

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRO - ORIGENS, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, DESENVOLVIMENTO E CARACTERÍSTICAS MAIS IMPORTANTES QUE MARCARAM O DIREITO CIVIL ATUAL

*Maria Angélica Gaspar Pioli**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A codificação como processo histórico e cultural; 3. Origem histórica remota do direito civil; 4. Tentativa de unificação das Leis e as Ordenações; 5. Origens históricas recentes do direito civil; 6. Fontes do direito civil antes da edição do código; 7. As tentativas de codificação no Brasil; 8. Os projetos do Código Civil brasileiro; 9. O Brasil, em 1889; 10. Fontes materiais e sistema no código Civil brasileiro; 11. Algumas lacunas e incorreções; 12. Descodificação?; 13. Conclusão; 14. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A perspectiva da passagem do século e de um novo Código Civil faz lembrar que o Brasil já passou por um processo de codificação civil, e que é conveniente saber e aprender com a experiência. Um século já se passou desde os primeiros movimentos em prol da codificação, sendo importante perguntar: a experiência foi válida? Deve ser repetida? Somente compreendendo todo o processo é possível dar resposta a tais indagações.

Segundo Francisco Amaral¹, a palavra código vem de *codex*, que significa livro compacto, com costura na lombada, contendo material jurídico. Porém, o significado de um código é muito mais abrangente do que o conceito puramente formal da palavra. “Cada povo, cada alma, cada modo

Professora de Direito Civil, advogada e Mestranda em Direito Civil, Universidade Estadual de Maringá.

Amaral, F. *A descodificação do direito civil brasileiro*, in Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, vol. 8, n. 4, (out e dez/1996), separata, Brasília, 1996, p. 637.

de viver², de modo que se pode dizer que um código é o reflexo da alma de um povo, de sua história e de sua cultura.

É assim que caminham os processos de codificação, procurando captar, sintetizar e registrar o momento histórico e cultural de uma sociedade.

O Código Civil Brasileiro, disse Miranda³, não é fruto de sementes mas de um galho que se plantou. Para se entender o nosso processo de codificação civil deve-se ter sempre em mente que foi Portugal quem colonizou o Brasil. Logo, o nosso direito é, em grande parte, herança do direito português. Para se entender o nosso, precisamos, antes de mais nada, conhecer nossas origens. Indispensável é compreender o processo de elaboração do código, suas razões políticas e ideológicas, enfim, sua razão de ser.

Materialmente falando-se, o Código nada mais é do que um sistema de regras organizado internamente, logicamente estruturado. E como sistema, o código expressa o racionalismo no direito, porque realiza a idéia de construção unitária, coerente e hierárquica que veio a marcar a ciência jurídica dos séc. XVIII e XIX⁴. Daí porquê afirmar-se que o Código representa um determinado momento histórico, científico e político de uma determinada sociedade.

Como valores e paradigmas da codificação, encontra-se o iluminismo, o racionalismo e o individualismo, que justificam a idéia de codificação. A concepção do direito como um sistema de normas emanadas do Estado, propiciando um pensamento sistemático e ordenado na interpretação e aplicação da lei também sustenta a teoria, com respaldo, ainda, na tese de que a segurança jurídica é valor fundamental do direito, transmitindo o sentido de ordem, estabilidade e certeza na sua realização. A segurança jurídica tem o condão de justificar o formalismo e, por consequência, o positivismo.

2. A codificação como processo histórico e cultural

Há sempre razões políticas, filosóficas e técnicas que justificam uma codificação, aqui considerada como um processo de sistematização de regras, ocorrido nos séculos XVIII e XIX. Acreditavam os governantes de outrora que, através das codificações e das constituições, dariam ensejo a

² Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 440.

³ *Idem*, *ibidem*, p. 27.

⁴ Amaral, F. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, in Revista "O Direito", ano 126^o, I-II, 1994, p. 64.

uma sociedade melhor. Era uma atuação racional, sob a influência de uma convicção iluminista⁵.

Por essas razões, pode-se considerar que um código pressupõe causas de natureza filosófica, política e técnica. O professor Amaral⁶ entende como causa de natureza filosófica o iluminismo, que vê na razão do homem o instrumento de sua emancipação, e o jusracionalismo, que considera também a razão, mas como instrumento de construção jurídica através do sistema.

Decorre, daí, a alegação de que a idéia de sistema é produto do jusracionalismo, que justifica a codificação. Da ligação do iluminismo com o jusracionalismo surgem as primeiras codificações, tais como a da Prússia, a da Áustria e a da França, especialmente esta última que cristalizou os ideais da revolução francesa.

O absolutismo é a razão política, com as teses do direito natural, que prega a existência de um direito racional e universal, sem particularismos jurídicos. É a aplicação da lei com unidade e coerência, direcionada a todos de forma igualitária.

A razão técnica implica considerar o jurista apenas como um técnico do direito, sem responsabilidade política, tendo em vista a constatação do cunho técnico cognoscitivo e não prático-valorativo da atividade.

3. Origem histórica remota do direito civil

Já que nosso direito provém de um galho que se plantou, convém saber de que planta ou árvore veio este galho, para melhor entendê-lo. Uma incursão pelas origens históricas do Direito Português é necessária, portanto.

O direito português tem como fontes o direito romano, que era mais político que moral e religioso, o germânico, tendenciosamente moral, e o canônico, de cunho evidentemente religioso.

Até onde se sabe, desde os tempos primitivos até a redução da Espanha, que então compreendia Portugal, a província romana, vigorou para os nossos longínquos antepassados o direito chamado pré-românico, cujo regramento consistia em poucos costumes e nenhuma lei escrita.

Posteriormente aconteceram sucessivas invasões, sendo a primeira delas a germânica, do século V, quando é possível perceber a prevalência do direito romano e do direito costumeiro.

Posteriormente com a invasão bárbara, que se estendeu até a sarracena, verifica-se o direito do Código Visigótico, elaborado pelo XII

⁵ Amaral, F. *A descodificação do direito civil brasileiro*, in Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, separata, vol. 8, n. 4, out/dez/1996, Brasília, p. 635/651.

⁶ *Idem, ibidem*, p. 639/640.

Concílio de Toledo e confirmado em 693 pelo XVI Concílio. Importante notar que prevalecia ainda o direito costumeiro, concomitantemente a profundas dissimetrias sociais, envolvendo as classes.

Na fase seguinte, preponderou o domínio mouro, que terminou com a fundação da monarquia portuguesa. Nesta época, imperava, ainda, o direito costumeiro, as tradições romano-visigóticas, os forais, inicialmente entendido como o respeito árabe a propriedade individual da terra.

Da fundação da monarquia até D. João I se vislumbra um início de tentativa de unificação do Direito, com as Leis Gerais, quando se nota uma influência do direito justinianeu. Ainda há predominância do direito costumeiro, oriundo dos Forais. Porém, o direito local resiste, insensível às desigualdades das classes sociais, prevalecendo o feudalismo português.

A fase que vai de D. João I a D. Manuel é caracterizada pelo auge do absolutismo e a unidade do Direito através dos princípios romanos. É nesta fase que surgem as Ordenações Afonsinas (1443), que ocorre a reforma dos *forais* pelo governo central (1500) e, mais adiante, sob o império de D. Manuel, são editadas as Ordenações Manuelinas.

A fase seguinte ainda segue com D. Manuel e vai até D. José, e se destaca pelos abusos de interpretação. De 1446 a 1769 são aplicadas, como fontes subsidiárias do Direito, as glosas de Acúrsio e de Bártolo de Saxoferrato, bem como os arestos e opiniões comuns. É nessa época também que são editadas as Ordenações Manuelinas (1521).

As leis posteriores às Ordenações Manuelinas são reunidas por Duarte Leão, através do Alvará de 14 de fevereiro de 1569, e alguns anos depois, em 1603, são editadas as Ordenações Filipinas, iniciadas e concluídas pelos reis espanhóis e revalidadas em 1643. Todavia, ainda nesta época, prevaleciam como normas de interpretação e fontes subsidiárias do direito as opiniões de Acúrsio, Bártolo de Saxoferrato, a opinião comum e a boa razão.

As reformas do Marquês de Pombal, com a Lei de 18 de agosto de 1769, que definiu a boa razão, o método cujaciano, caracterizado pela luta contra a teocracia e a oligarquia aristocrática, com a possibilidade de ascensão da burguesia para a aristocracia, diminuíram as dissimetrias, provocando um fenômeno de simetrização que foi marcante para a filosofia do século XVIII.

Segundo Miranda⁷, as leis que regiam a Lusitânia eram as leis que as províncias romanas recebiam de Roma quando eram declaradas províncias, além de outras que expressamente se expediam e dos editos dos governos e magistrados, denominados, em coleção, Edito Provincial. Portanto, é correto

⁷ Miranda, P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 31.

afirmar que uma das bases históricas do direito português está fundada no Código Visigótico.

Mesmo após a separação de Portugal, a lei geral de Leão e Castela era o Código Visigótico, que persistiu mesmo ante o domínio sarraceno. Aliás, mesmo na ocasião da vitória sarracena, a tradição jurídico godoromana não foi rompida, mas alguns elementos arábes acabaram influenciando o direito luso, acabando por constituir o que foi chamado de costume moçárabe.

No século XII, constata-se a influência no direito português do direito justinianeu.

4. Tentativas de unificação das leis e as ordenações

O Livro das Leis e Posturas, o Livro das Leis Antigas e as Ordenações de D. Duarte foram tentativas de unificação das Leis que precederam a primeira das Ordenações, ou seja, a Afonsina. Porém, eram bastante deficientes e delas restam apenas fragmentos e cópias de algumas. Nesta época, a concentração dos poderes esparsos em um indivíduo representa uma evolução.

No século XV, os poderes locais ainda impunham o seu direito. Posteriormente, as Leis são legisladas oficialmente, seguindo-se as compilações e os Códigos, com significado de segurança e pujança do poder central. O surgimento dos códigos é indício de confiança ao se editarem as leis e politicamente é sinal de força consciente de si mesma.

O surgimento das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas significou, de certa forma, um avanço na tentativa de unificar organizadamente as Leis. As primeiras a vigorar foram as Ordenações Afonsinas, concluídas e publicadas em 1446, em nome de D. Afonso V. Têm como fontes o Direito Romano, Direito Germânico, as Leis das Partidas de Castela, bem como antigos costumes nacionais, das cidades e das vilas. Podem ser consideradas bastante avançadas para sua época, apesar de apresentarem contradições e inconseqüências, sendo divididas em cinco livros. O advento das Ordenações Afonsinas é um sinal concreto de que o direito local, fundado no pluralismo jurídico, estava em decadência, dando margem a evolução do direito reinícola, caracterizado pelo monismo jurídico. Havendo lacunas, recorria-se às glosas e opiniões de Acursio, depois às de Bártolo de Saxoferrato. Não sendo possível supri-las por qualquer destes meios, consultava-se o Governo. Neste período, ainda não era regular a publicação de leis, que não era obrigação prevista nas Ordenações Afonsinas, mas que será expressa nas Ordenações Manuelinas. Algumas leis satisfaziam-se com o registro pelos tabeliães, outras com o

registro e a leitura em cada "concelho"⁸, e outras exigiam a leitura a cada semana, ou a cada sexta-feira, ou aos domingos ou uma vez por mês ou conforme dispusesse a lei. As Ordenações Afonsinas, resultaram da necessidade de afirmação nacional, fruto do romanismo dos juristas, somados ao nacionalismo.

De 1514 datam as Ordenações Manuelinas, publicadas em nome de D. Manuel. Após algumas emendas, foi concluída a impressão, em 1521. Na verdade, é quase uma reedição das Ordenações Afonsinas, com algumas poucas revisões. O sistema de divisão e princípios permaneceu, apenas o estilo tornou-se mais conciso. "Desapareceram as disposições legais que representavam a dissimetria social entre mouros e cristãos, ou entre cristãos e judeus"⁹. Com relação ao regime matrimonial de bens, determinou-se que o regime seria o legal se nada convencionaram os esposos. As Ordenações Manuelinas são fruto da ambição pessoal do monarca, sua vaidade, aliada à necessidade de se prestigiar o direito romano com suas doutrinas do poder absoluto e que concorriam para a unificação do Direito.

Por fim, em 1603, iniciam-se as Ordenações Filipinas, com Filipe I. Foram publicadas sob o império de Filipe II. A elaboração ocorreu a partir das leis editadas posteriormente às Ordenações Manuelinas até 1569, compiladas por Duarte Nunes de Leão e confirmadas pelo Alvará de 14 de fevereiro do mesmo ano. Nelas, ainda encontravam-se algumas contradições. São consideradas como fontes subsidiárias o Direito Romano e o Canônico; faltando estes, as opiniões de Acursio e de Bártolo de Saxoferrato, quando estas opiniões não fossem divergentes. As Ordenações Filipinas, foram confirmadas pelo novo Rei, em 1643, e, no Brasil permaneceram em vigor, de 1603 até 1916. Resistiram a mudanças políticas radicais, como a da independência, em 1822, e a Proclamação da República, em 1889.

A aplicação do Direito, em Portugal, no período das Ordenações Filipinas reduzia-se no caso dos juizes fazerem acompanhar as suas decisões de um longo préstito de autores que constituíam a opinião comum. As alegações dos advogados reduziam-se a acumulação extensa e fastidiosa de remissões, quase sempre copiadas e, muitas vezes, impróprias. A afirmação do Direito tornou-se mecânica, inconsciente e emperrada. Esse vício persistiu e foi transmitido ao Direito brasileiro. O direito caminhava vagaroso, tímido e sonolento, segundo Miranda¹⁰. As Ordenações Filipinas foram uma tentativa dos reis espanhóis, tidos como intrusos, de parecerem

⁸ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro Forense, 1981, p. 34.

⁹ *Idem, ibidem*, p.40.

¹⁰ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro Forense, 1981, p.44.

portugueses ou amigos do povo português, somada à reação contra o predomínio do direito canônico.

O Marquês de Pombal, aos 18 de agosto de 1769, publicou a chamada Lei da Boa Razão recomendando a conferência das opiniões dos doutores, numa tentativa de acabar com a mecânica citação de textos exegéticos ou de julgados. As inovações mais importantes ocorreram em matéria de lacunas da Lei, determinando-se que o modo de julgar não se alterasse e que, em caso de dúvidas, a inteligência da Lei devia ser buscada com antecedência, pois o espírito da Lei é que devia ser atendido, não outras regras de interpretação. Se as lacunas se dessem em assuntos políticos, de natureza econômica, dever-se-ia se recorrer não às leis romanas, mas às das nações civilizadas da Europa. Importante mesmo foi a determinação de que as glosas e opiniões de Acúrsio e de Bártolo de saxoferrato, bem como a de outros doutores, não mais podiam ser alegadas em Juízo, nem seguidas, porque acima delas estavam as boas razões. O costume deveria ser conforme a boa razão, as leis do Reino e de mais de cem anos. A lei também recomendava que se estudasse, entendendo que disso resultaria um melhor julgamento e um manejo menos perigoso do método aconselhado, em conformidade com a boa razão.

As reações à Lei da Boa Razão foram as mais diversas, desde aquelas que a recepcionaram com entusiasmo quanto aquelas que a censuraram e entenderam-na como um retrocesso. Indiscutível, porém, a importância histórica da Lei da Boa Razão, eis que apela para o valor intrínseco e não mais para os valores extrínsecos das opiniões. A lei somente considerava o costume jurígeno quando constituía o espírito da lei, tivesse mais de cem anos, estava em conformidade com a razão e não era contrário a lei alguma¹¹.

Os juristas começam a se destacar em Portugal como doutrinadores a partir das Ordenações, culminando com a Lei da Boa Razão, no século XVIII.

5. Origens históricas recentes do direito civil

De acordo com Miranda¹², o descobrimento do Brasil, em 1500, foi mera ficção, pois o Tratado de Tordesilhas comprova que antes, em 1494, portugueses e espanhóis já estabeleciam, documentalmente, que a América do Sul passaria a pertencer a seus respectivos países.

¹¹ *Idem, ibidem*, p. 46.

¹² *Idem, ibidem*, p. 65.



Após o ano de 1500, o que se constata, é que Portugal está mais preocupado com outras possessões do que com a colonização propriamente dita do Brasil.

A obra dos bandeirantes, a diplomacia, a luta contra franceses, holandeses e espanhóis, bem como os tratados asseguraram o território que temos.

Após o descobrimento em face da grandeza do território e da dificuldade de exploração, a solução foi recuar e, contrariamente às Ordenações Manuelinas promover a colonização do Brasil pelo sistema pluralista e descontínuo, característico da colonização feudal, que na época era considerada a única solução para colonizar países quase ermos de gente.

De 1534 em diante, vigorou o sistema das capitânias hereditárias, doadas às pessoas que se tornavam tributários perpétuos da coroa.

Três planos de simetria passam a existir, com o rei, em primeiro plano, os senhores territoriais ou capitães mores, em segundo, e os colonos ou sesmeiros, em terceiro.

Miranda destaca que as cartas das concessões eram todas de igual teor, "...mais tolas do se devia esperar numa época em que na Europa os reis tratavam de concentrar cada dia mais autoridade, fazendo prevalecer o direito real dos imperadores com detrimento dos antigos senhores, ou de certas corporações privilegiadas"¹³.

Proclamada a independência, em 1822, no ano seguinte foi editada uma lei (20.10.1823) mandando revogar as Ordenações Filipinas e as leis e decretos promulgados por Portugal até 25.04.1821, "enquanto se não organizasse um novo código ou não fossem especialmente alterados."

Nosso primeiro diploma, a Constituição do Império, que entrou em vigor por uma lei de 25.03.1824, declarou no art. 179, nº XVIII: "Organizar-se-ão, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundados nas sólidas bases da Justiça e da Equidade."

A transição reino português/império brasileiro é considerada uma evolução democrática nas leis: diminui o despotismo, a violência e nota-se uma brandura nas penas, como por exemplo, nas que impunham castigos corporais à mulher e aos filhos; fixou-se a igualdade sucessória entre nobres e plebeus; reduziram-se as condições para a maioridade; instituiu-se o regime civil; quanto ao casamento, houve equiparação dos acatólicos e a instituição do casamento civil; reforma hipotecária; promulgação do Código Comercial de 1880; edição da Lei das Sociedades Anônimas, inspiradas na lei francesa e belga; as de marcas de fábricas e patentes industriais; leis sobre

¹³ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 65/66.

bancos, cambiais, cheques, falências, títulos ao portador foram criados e, de 1880 em diante a legislação dos bancos.

No século XIX, Teixeira de Freitas foi o grande expoente, "o gênio do direito civil na América", segundo Miranda¹⁴, pois foi ele quem idealizou e concretizou a "Consolidação das Leis Civis", que na América era o que de melhor se tinha, assim como é dele a autoria do primeiro Esboço do Código Civil, que também era o melhor. Esses trabalhos notáveis de Teixeira de Freitas inspiraram diversos códigos que surgiram depois de 1860, especialmente o argentino e também, em menores proporções, o uruguaio e paraguaio.

Considerando o Esboço de Teixeira de Freitas superior ao próprio Código Civil brasileiro que entrou em vigor, Miranda lamenta que tenha esse projeto malgrado para o Brasil, embora muito bem sucedido fora dele, pois até mesmo no direito alemão acham-se disposições do projeto de Teixeira de Freitas. Os bons volumes brasileiros sobre direito civil publicados antes do Código não chegaram a quinze.

6. Fontes do direito civil antes da edição do código

Antes de 1917, o direito civil, em que pese a Consolidação de Teixeira de Freitas, era tumultuário e à doutrina cabia dar o tom de uniformidade, com Teixeira de Freitas, Pascoal José de Melo Freire, Coelho da Rocha Lafayette Rodrigues Pereira e outros.

Eram considerados como fontes do direito, em primeiro lugar, a legislação peninsular antigo, feita pelo rei, consistente nas cartas de lei, cartas patentes, ou simplesmente cartas, os alvarás, que eram tidos como provisões reais, e as cartas régias a autoridade; a legislação propriamente dita, peninsular até 1822 e brasileira daí em diante. Em segundo lugar, eram fontes do direito os costumes, entendidos como "estilo da corte", consistentes nos assentos da Casa da Suplicação (Lei de 18.08.1769), que visavam firmar a interpretação das leis. Era como que uma elaboração autoritária da lei, que na República foi suprimida. Foi uma evolução social. O Supremo Tribunal Federal não teve o poder da antiga Casa de Suplicação ou do Supremo Tribunal do Império.

Na Constituição da República de 1891, havia a recomendação de quando fosse necessário aplicar leis do Estado, a Justiça Federal devia consultar a jurisprudência dos tribunais locais e vice-versa. Era um acatamento recíproco. As Constituições de 34, 37, 46 e 64 não repetiram a disposição.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 63.

O direito canônico foi importante como fonte até a Constituição de 1891, depois desapareceu, mas, até hoje, tem valor histórico e documentário para a interpretação do direito positivo, no que provém dele. As Ordenações Filipinas falavam do direito canônico e os Estatutos da Universidade de Coimbra reconheciam sua autoridade. Até 1890, os cânones do Concílio de Trento e as Constituições do Arcebispado da Bahia foram o direito positivo sobre o casamento. A Constituição de 1891 dizia que nenhum culto gozaria de subvenção oficial e nem teria relações de dependência ou aliança com o governo da União ou dos Estados. Estabelecia que o casamento é contrato e que o registro de nascimento e óbito é civil e não paroquial. Estavam, assim, inteiramente revogadas as Ordenações Filipinas na parte que dizia que “em matéria que traga pecado” e na omissão da lei, haveria de se julgar pelos cânones.

A importância do direito romano tampouco pode ser olvidada. Haviam de se observar as disposições romanas no que continham de “verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos romanos havia estabelecido” e que depois serviram “de regras morais e civis entre o cristianismo”¹⁵.

A Lei da Boa Razão declarava que deviam ser afastados os preceitos do direito romano fundados em superstições ou em costumes particulares do povo romano e nas matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas, dando preferência às regras das nações cristãs.

Os Estatutos da Universidade de Coimbra (Lei de 28.08.1772) diziam que o direito romano somente poderia atuar onde não se estendiam as providências das leis nacionais e quando fundado na boa razão, que devia lhe servir de único fundamento.

O direito das nações civilizadas, o uso moderno (referidos nos Estatutos da Universidade de Coimbra) era a remissão ao direito estrangeiro. Por ser o critério da boa razão árduo, aconselhou-se verificar o que as nações cultas adotavam do direito romano.

No império houve a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, mera coletânea sistematizada das leis vigentes, mas feita com a competência do autor que foi na sua época, o maior nome do direito civil na América. É acompanhada de notas, com as fontes e a discussão.

A analogia também teve lugar entre as fontes do Direito. As Ordenações Filipinas previam que “porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante”; e

¹⁵ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 73

mais, que o julgado, "dito nestes casos aqui especificados haverá lugar em qualquer outros semelhantes em que a razão pareça ser igual."¹⁶.

Em síntese, eram fontes do direito: Ordenações, direito romano, leis, decretos, alvarás e cartas régias, resoluções de consultas, assentos da Casa de Suplicação, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos, instituições, estilos e praxe, forais, concordatas, tratados, leis de outros povos, analogia. Foi dessa pluralidade de fontes que nasceu o Código Civil.

7. As tentativas de codificação no Brasil

Foram sucessivas e baseadas uma nas outras, o que denota um caráter de solidariedade histórica.

Em 1845, um advogado chamado Carvalho Moreira escreveu sobre a necessidade da "revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil", reclamando uma codificação que viesse acabar com a legislação "esparça, antinômica, desordenada e numerosíssima". Era, segundo Miranda, "um grito, não uma tentativa"¹⁷.

Euzébio de Queiroz propôs que se adotasse, como Código, o Digesto Português, obra meio código, meio expositiva, de José Homem Correia Telles. Era uma solução conservadora, preservando a continuidade luso-brasileira e que não abarcaria a legislação posterior ao livro. Houve oposição do Instituto dos Advogados Brasileiros, que considerava a medida um retrocesso.

Outros entendiam que era necessário um trabalho inicial de consolidação do direito vigente para depois codificar-se. Essa opinião prevaleceu e coube a Teixeira de Freitas, em 1855, a tarefa, que concluiu em 1857. É a "Consolidação das Leis Civis", merecedora dos maiores elogios, principalmente por parte de Miranda, que a considera "ampla, erudita, fiel, organizada e técnica, construída admiravelmente com os elementos legislativos oriundos de 1603 a 1857 e a legislação vigente"¹⁸.

A. P. Rebouças, contudo, criticou a consolidação de Freitas, e em resposta este publicou, em 1877, os "Aditamentos à Consolidação das Leis Civis".

Em 10.01.1859, Teixeira de Freitas foi encarregado de fazer o Esboço do Código Civil. O Esboço foi fonte dos três primeiros livros do Código Civil Argentino e concorreu, sobremaneira, para os do Uruguai e

¹⁶ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.76.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 79.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 80.

outros países da América. Ele teria até 31.12.1861 para terminá-lo, mas este prazo acabou sendo prorrogado até 1864.

O Esboço era dividido em duas partes, geral e especial. Na geral, estavam os "elementos do direito" (pessoas, coisas e fatos). Na especial, I) os direitos pessoais (em geral nas relações de família e nas relações civis); II) os direitos reais (em geral, sobre coisas principalmente sobre coisa alheias); III) disposições comuns aos direitos reais e pessoais (herança, concurso de credores, prescrição). O terceiro livro da parte especial não foi levado a cabo, porque, em 1872, o contrato com Teixeira de Freitas foi rescindido. Ele entendia que devia codificar todo o direito privado, elaborando um Código Geral de Direito Privado (que seria dividido em dois grandes livros: Das causas jurídicas, subdividido em pessoas, bens e fatos; e Dos feitos jurídicos) não só o civil.

Em 1871, o Visconde de Seabra ofereceu seu projeto de Código, com 392 artigos, que foi veementemente rejeitado. Em 1872, José Thomaz Nabuco de Andrade foi incumbido de escrever o projeto, mas não deu certo, porque não era ele cientista do direito, mas estadista. Falecido este, sucedeu-lhe na tarefa Felício dos Santos, que apresentou em 1881, os seus "Apontamentos", rejeitados pela comissão de estudo.

O governo converteu em permanente a comissão, nela incluindo Felício dos Santos, e o incumbiu do projeto, mas esta se dissolveu, de fato, em 1882 e, oficialmente, em 1886. Embora outra tenha sido instituída, em 1889 sobreveio a República, que a extinguiu. Em 15.07.1890, um dos membros da comissão extinta, Coelho Rodrigues, foi incumbido do Projeto e acabou por concluí-lo em 11.01.1893, em Genebra, inspirando-se no Código de Zurique e em idéias vigentes na Alemanha. Porém, uma comissão nomeada pelo governo não deu parecer favorável à aprovação.

Em 1896, o Senado autorizou o governo a contratar um jurisconsulto ou uma comissão de jurisconsultos brasileiros para proceder a revisão do projeto elaborado por Coelho Rodrigues, porém sem sucesso, porque a Câmara dos Deputados não deu andamento à proposta.

Em 1899, Clóvis Beviláqua recebeu a incumbência e teve o mérito de em oito meses, de abril a novembro, concluí-lo. Uma comissão foi nomeada, sob a presidência do então Ministro da Justiça Eptácio Pessoa e os trabalhos encerrados em agosto de 1900. Nesta época o Código Civil Alemão já estava em vigor, mas curiosamente, como ressalta Miranda¹⁹, ninguém conferiu se prevaleceram naquele código dispositivos que o nosso utilizou do I e do II Projeto Alemão.

¹⁹ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 85.

Em 17.11.1900, depois de outra revisão, foi submetido ao Congresso, que nomeou nova comissão. De 1900 a 1901, a Câmara determinou que fossem ouvidos vários segmentos da sociedade, como o Supremo Tribunal, os Tribunais dos Estados, as faculdades de Direito, os Governadores dos Estados, o Instituto dos Advogados e os juristas.

Em 18.01.1902, enfim, depois de muitas alterações, a Comissão deu seu parecer, o projeto foi aprovado pela Câmara e foi remetido ao Senado, que determinou nova comissão presidida pelo então Senador Rui Barbosa. Este atacou simplesmente a forma do projeto, criticando Clóvis Beviláqua no jornal que dirigia, atacando principalmente os erros de português. Foi por causa de Rui Barbosa, diz Miranda²⁰, que existe pelo menos um erro grave no Código Civil brasileiro: a palavra usucapião foi posta como masculina, quando na verdade é feminina.

Em todo caso, além das emendas da redação, o Senado aprovou 186 que modificaram no fundo o Projeto, em 1912.

Enquanto no Brasil discutia-se o Projeto do Código Civil, outros Códigos já haviam sido publicados, como o Código Civil Suíço (1907), e a Lei sobre o Direito das Obrigações (1911). Mas, o Senado ficava insensível aos ensinamentos técnicos do século XX, de modo que o nosso Código, assim como outros, tem idade mental do século passado. Para Pontes, não temos Código do Século XX.

Em 09.02.1913, o Congresso foi convocado, extraordinariamente, e a 02.04.1913 apresentou parecer, porém só em 1915 foram votadas as emendas do Senado, em grande parte rejeitadas. No vai e vem de aprovação e rejeição das emendas, o Projeto acabou sendo aprovado só em dezembro de 1915 e promulgado em 01.01.1916, pelo Decreto nº 3.071.

No ano da publicação (1916), Miranda escreve uma obra sobre direito de família e aponta incorreções no Código. Resultado: em 15.01.1919 o Código Civil já estava emendado. Em 1925, o Deputado Júlio Santos propôs revisão do Código, mas ele próprio reconheceu que a mudança corria o risco de ser para pior, com a inclusão de novas idéias retrógradas, como a que facilitava que os pais vendessem os bens pertencentes aos filhos.

Em 1981, Miranda já dizia que o atual Código precisava de emendas e corrigendas, mas nada de "outro código"²¹.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 92.

²¹ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 86.

8. Os projetos do código civil

O Projeto de Coelho Rodrigues e, principalmente, o Esboço de Teixeira de Freitas são criativos, o de Nabuco de Araújo, prático; o de Felício dos Santos é detalhista, sem método e concepção de conjunto; o de Clóvis Beviláqua é eminentemente expositivo e serve mais para as faculdades de Direito que para a vida. A realidade que nele se contém vem de Teixeira de Freitas. Não contém demais, mas valoriza excessivamente a boa-fé, fato que Miranda²² atribui a circunstância de ser Clóvis Beviláqua apenas professor universitário em Recife, nem advogado, nem juiz.

Todavia, o Projeto de Clóvis Beviláqua tem méritos. Comparando-se a estrutura do Código Civil e a do projeto, constata-se que o esqueleto é o mesmo, com pequenas alterações, “quase sempre benéficas”²³. Poucas vezes as alterações desacertaram, destacando Miranda as seguintes: “bens reciprocamente considerados”, arts. 58-64; “dissolução da sociedade conjugal” art. 315; inclusão do “registro de imóveis” no capítulo sobre hipotecas, art. 856-862, etc.

O Código Civil tem a proeza de ser conciso²⁴, pois tem apenas 1807 artigos. Se o compararmos com outras legislações contemporâneas, verifica-se que é menor que o Código Suíço (incluída a lei sobre direito das obrigações), que o francês (2.281), o alemão (2.383), o italiano (2.969) e ao português (2.234); é quase a metade do BGB, que tem uma sobrecarga de regras jurídicas.

Se se comparar a evolução das Ordenações, constatar-se-á que a tendência é essa mesma: reduzir a quantidade de normas, fundi-las e economizar o esforço humano em reger a vida²⁵.

Beviláqua pôde se pautar nos quatro projetos já apresentados, aproveitar o material deles e apresentar a construção sóbria e elegante ainda que fosse aperfeiçoada pela comissão revisora, a comissão da Câmara e o Senado.

Aproveitou artigos do Esboço de Teixeira de Freitas e do projeto de Coelho Rodrigues e também as regras tradicionais e sugestões conservadoras de Felício dos Santos. O Código Civil é característico, é nacional. A Câmara imprimiu-lhe um cunho político, com suas comissões ecléticas, constituídas de juizes e advogados, que se encarregavam do acerto com a opinião geral.

²² *Idem, ibidem*, p. 90.

²³ *Idem, ibidem*, p. 90.

²⁴ Amaral, F. *A descodificação do direito civil brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol. 8, n. 4, (out edez/1996), Brasília, 1996, p. 643.

²⁵ Miranda, F.C.P. de. *Ob. cit.*, p. 91.

Exceto em poucas partes, como o capítulo acerca dos seguros, que foi quase que inteiramente trasladado para a língua nacional, o Código Civil não foi cópia servil de nenhum outro, destacando-se pela originalidade.

9. O Brasil, em 1889

A campanha contra a escravidão toma corpo; a retórica de Rui Barbosa é destacada; os descendentes de alemães, franceses, ingleses, que figuraram na história política brasileira, são espíritos dominados pela opinião de Paris, mas representam o idealismo nacional, buscado pelo brasileiro. É assim que caminha o Brasil em 1889. A “Escola do Recife” foi o único movimento sério, diretamente ligado à filosofia alemã, e da qual saiu, pode-se dizer, o Código Civil.

A tolerância e a afetividade, aliadas as características patriarcais e capitalistas marcaram o direito civil brasileiro. Tudo isso possibilitou uma maior adaptação humana e menor despotismo. Visivelmente, é um direito mais preocupado com o círculo social da família do que com os da nação e das classes. Um exemplo disso é a sucessão em que o cônjuge se sobrepõe aos colaterais, por influência dos direitos uruguaio e argentino (os colaterais são menos família que o outro cônjuge.).

Impulsos mais idealistas e “tendência a permitir, e não negar”, segundo Pontes Miranda²⁶ facilitaram a liberdade, mas afrouxaram a função da defesa social que deve haver nos sistemas jurídicos. Prova disto é o disposto no artigo 394, do Código Civil Brasileiro, que corresponde ao 233 do Código Civil Italiano, que prevê a perda do pátrio poder mas que dificilmente foi aplicado na íntegra.

A benevolência jurídica e o exagerado afetivismo, presentes em nosso Direito, têm como raiz o elemento negro presente na população. O negro, inicialmente, não tinha direitos, não podia reivindicar privilégios, não podia reclamar direitos, pois não os tinha, e disso resultou o afetivismo exagerado e um certo “conformismo servil que as leis biológicas e a hereditariedade social ainda reproduzem depois da abolição da escravatura”²⁷. O negro, com sua conduta passiva, e o índio, contribuíram apenas como influência biológica. Prova disso é que não se vislumbra, no Direito brasileiro, institutos de direito negro ou indígena.

Em razão do liberalismo e dessa afetividade exagerada, a jurisprudência repelia as medidas de prisão em matéria civil, fulcrada em princípios de liberdade individual pregados pela Revolução Francesa.

²⁶ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 444.

²⁷ *Idem, ibidem*, p. 445.

Segundo Miranda, isso era um entrave à evolução econômica do país e do Estado²⁸.

O regionalismo brasileiro (nordestino, paulista e gaúcho) influenciou na vida nacional e jurídica. O exemplo é a plantação de cocos no norte do Brasil, desde a Bahia ao Ceará, que criou figura jurídica exótica, da "propriedade da planta" separada da "propriedade do terreno"²⁹.

O elemento italiano e o alemão principalmente este, concorreram fortemente para a formação de costumes jurídicos, como por exemplo, a partilha dos bens herdados, que se observa no sul do país.

10. Fontes materiais e sistema do código civil brasileiro

A fonte principal dos 1807 arts. do Código Civil foi o Esboço de Teixeira de Freitas, que contribuiu com 189 artigos, mesmo no que se alterou.

O *Code Civil* foi o que quantitativamente mais concorreu (172), porém com as regras de direito romano que modernizou. Na seqüência colaboraram, pela ordem, os códigos português (83), o italiano (72), os projetos alemães (66), o código espanhol (32), a lei Suíça de 1881 (31), o código argentino (17), o direito romano de forma direta (19), o *BGB austríaco* (7) o chileno (7), o mexicano (4), o peruano (2) e outros. Foram de elaboração brasileira mais de 670 artigos.

As fontes alemãs foram as mais importantes, mesmo porque estas também foram utilizadas nos códigos citados.

Quando se fala em sistema imagina-se a estrutura e a organização de um Código. O Código Francês seguiu a ordem das Institutas de Gaius: direito das pessoas, das coisas, das ações; o alemão adotou a classificação usual dos juristas alemães: parte geral, direito das obrigações, das coisas (também posse), de família, sucessão. A divisão no direito civil brasileiro seguiu regra própria. A mais elogiável é a do Projeto de Teixeira de Freitas, no qual se vê uma dicotomia: parte geral (pessoas, coisas, fatos) e parte especial (direitos pessoais; parte geral, relações de família, relações civis); direitos reais: parte geral, coisas próprias, coisas alheias; e disposições comuns a direitos pessoais e reais; herança, concurso de credores, prescrição.

Segundo Miranda, só o Código Alemão é superior ao esboço de 1860. O Código Argentino adotou a disposição das matérias imaginada por Teixeira de Freitas e apenas o Código francês e o alemão tiveram mais influência no mundo contemporâneo que o Esboço (de 1869), que

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 446.

²⁹ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 446.

influenciou na América Latina, nos dispositivos de códigos europeus e argentino todos frutos do trabalho de Teixeira de Freitas.

A distribuição do Código Civil em vigor é igual a do Projeto de Clóvis Beviláqua, com suas alterações.

Antes da atual Lei de Introdução ao Código Civil vigorava a Introdução ao Código Civil, com 21 artigos que dispunham sobre os efeitos e aplicação das leis em geral, a exemplo do *Code Civil* e diferentemente do *BGB*. Até hoje, na verdade, prevalecem as suas disposições, embora já tenham ocorrido algumas alterações que redundaram na redução de artigos.

Na parte geral do Código Civil brasileiro, encontra-se a divisão das pessoas. O artigo 1º define o campo de aplicação do Código. Na verdade, a primeira regra está no artigo 2º.

Na consolidação de Teixeira de Freitas, o artigo 1º dispunha: “As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento.” No Projeto de Clóvis Beviláqua, era o artigo 3º que tratava-se deste assunto: “A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, com a condição de nascer com vida.” Mas, prevaleceu, para o nosso direito, que a personalidade começa com o nascimento. Pôs-se de lado a questão da vitalidade, suscitada no *BGB*.

O artigo 6º, do Código Civil brasileiro, que fala dos relativamente incapazes, teve retirado o item II, onde constava entre estes incapazes, “as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.” Responsável pela exclusão foi a Lei 4.121, de 27.08.62.

Na parte em que trata das fundações, o CCB é fruto quase que inteiramente da doutrina, pois somente o artigo 29 provém do Código alemão. Foi Coelho Neto quem formulou os dispositivos que não têm correspondentes nos outros Códigos e diferem, às vezes com vantagem, do *BGB* e do Código Civil suíço. A simples leitura dos artigos 20-24 mostra a simplicidade e a inteireza de construção no Código Civil brasileiro.

No Livro II, o Código Civil trata dos bens. Coisas e bens, em título único (das diferentes classes de bens). Neste título, é indiscutível a vantagem em relação aos outros Códigos, porque ele é resultado da elaboração doutrinária dos Projetos anteriores, desde Teixeira de Freitas, elaborado com habilidade de professor universitário por Clóvis Beviláqua e retocado pela comissão revisora e pelo Congresso³⁰. Os artigos 49 e 57 são de origem romana.

O livro III trata dos fatos jurídicos. Neste livro, a construção é singela, porém elegante. É quase uma centena de artigos que dizem o

³⁰ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 146.

essencial, sem grandes lacunas e com certa precisão. Foi resultado da inspiração de Teixeira de Freitas, da sabedoria didática de Beviláqua e os melhoramentos decorrentes da técnica da comissão revisora.

Na parte especial, o Código Civil brasileiro começa com o direito de família, diferentemente do alemão, que começa com obrigações. Era assim no Projeto de Coelho Rodrigues, mas não prevaleceu no Brasil, embora parecesse a mais razoável e prática sob o seguinte argumento: o direito das obrigações não precisa, em sua estrutura, do direito de família ou do das coisas, ao passo que estes precisam daquele. No direito das coisas e de família, intervêm noções e regras jurídicas, que supõem o inteiro e prévio conhecimento do direito das obrigações. Quanto ao direito das sucessões, Miranda diz que “este fica muito bem onde está: no final do direito civil, pois que a todos prescinde”³¹.

A preferência pela colocação do direito de família no princípio da parte especial obedece, no Brasil, a certo sentimentalismo de sociedade em que o máximo de organização ainda se achava no círculo social da família. Essa tendência pode ser constatada nos séculos anteriores ao Código Civil, desde as Ordenações e nas obras que se seguiram.

Todavia, a sistematização adotada pelo Código Civil traz alguns inconvenientes. A ausência, por exemplo, é tratada na parte especial (direito de família) e na geral. O Assunto ficou partido, ficando a metade no direito de família e, em se tratando de herança jacente, ao direito das sucessões; ficou subordinado a critério restrito, família, assunto que diz respeito ao interesse público. Um terceiro inconveniente seria o de sistematização, pois o art. 5º, IV, ao enumerar os absolutamente incapazes, inclui “os ausentes, declarados tais por ato do juiz.”

No que diz respeito ao casamento (Título I, Livro I) “pouco se inovou”, pois as leis de direito de família mudam menos que as de direito das obrigações. É um título mais econômico que moral. Há artigos que procedem desde o Código Civil italiano (art. 234), até o chileno (art. 247, III) e o espanhol (248 e 258, parágrafo único).

O título III é de caráter ainda mais econômico, pelas disposições que possui, como por exemplo: o regime de bens; a obrigação de prover e alimentar; a mulher que exerce profissão lucrativa tem direito de praticar os atos inerentes à sua defesa, bem como dispor livremente do produto do seu trabalho (art. 246), etc.

O Título IV é mais moral. A multiseccularidade de uma prática quase exclusiva da comunhão universal de bens, herdada do direito germânico, e o patriarcalismo herdado do direito romano, transmitidos ao direito português, deixaram a noção de que a família é o pai, de que os bens são do pai, do

³¹ *Idem, ibidem*, p. 165.

marido, do "chefe da família". Morta a mulher, não se fazia inventários a não ser por intimação do juiz. Dessa mentalidade em que se misturavam as desvantagens da dureza da "patria potestas" e os inconvenientes (certamente menores que as conveniências morais), da completa comunhão de bens entre cônjuges, resultava a absorção do patrimônio da mulher e dos filhos pelo marido e pelo pai. O Código Civil não corrigiu este estado de coisas, apenas atenuou a situação no artigo 1.770.

No que diz respeito ao direito das coisas (Livro II), quando dispõe sobre a posse, o Código Civil Brasileiro recusa os "romanismos e a doutrina de Savigny, mas as alterações que sofreu posteriormente deformaram sua construção"³². Dos 39 artigos de que se compõe o capítulo, 17 foram incluídos depois. Adotou-se a doutrina de Ihering quanto à posse, buscando-se no Projeto alemão algumas disposições (arts. 285 e segs.), em substituição ao que constava nas Ordenações de 1603 e na doutrina anterior, fundada em Savigny. Afastou-se a teoria subjetiva (*subjektivitätstheorie*) de Savigny (artigo 486), considerando-se como autônomo detentor e, conseqüentemente, como possuidor, o que possui por força de obrigação ou direito, como o usufrutuário, o credor pignoratício e o locatário.

O interdito proibitório do artigo 501 é herança das Ordenações Filipinas. Já, quando dispõe sobre a propriedade, no Título II, o Código Civil Brasileiro demonstra que, em matéria de posse, fez-se com elementos romanos, germânicos e canônicos. É reflexo da pesquisa científica que atingiu seu apogeu nos séculos XIX e XX, pela classificação de conceitos e pela seleção de soluções.

O Código Civil brasileiro tem de ser interpretado como o Código Civil alemão e o suíço, atendendo-se a que a doutrina, de que provieram, se preocupava com a "verdade histórica" e, ao mesmo tempo, com a escolha do mais "acertado", para a resposta a certos problemas considerados delicados. As soluções perseguem um melhor regramento entre os homens.

O conceito de posse é romano, o de puro fato jurídico. A proteção possessória é desenvolta, ressalta a ambiência de liberdade, de civismo ativo e fecundo, só verificado muitos séculos depois no direito público inglês, com o *habeas corpus*, e no direito brasileiro com o mandado de segurança.

No Capítulo VI (propriedade literária, científica e artística), a contribuição estrangeira foi maior, embora hoje inteiramente revogado por lei especial que, entretanto, aproveitou o que dispunha o Código.

No direito anterior, a caça em terreno particular não cercado independia da autorização do dono (esboço de Teixeira de Freitas), ao passo que, pelo Código Civil, é exigida em qualquer caso (artigo 594).

³² Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 183.

Inspirado no Código Civil português, o Código Civil brasileiro previu o caso do tesouro em terreno aforado, e mandou que se partisse igualmente entre o inventor e o enfiteuta, ou que todo se desse a este, em sendo ele o descobridor (artigo 609).

A intervenção das convicções religiosas - sendo a religião o processo adaptativo dotado de maior efeito de estabilização - tem, no direito, às vezes, conseqüências de recuo no tempo: um simples dispositivo legal, que deverá obedecer a sugestões jurídicas ou políticas, e não a sugestões religiosas, puxou o direito civil para a antigüidade.

Há, ainda, algumas considerações a serem feitas sobre os "Direitos Reais sobre Coisas Alheias". No direito anterior, o registro não provava o domínio, não constituía título, nem presunção. No Código Civil, art. 859, adota-se do direito alemão a presunção da juridicidade dos livros de registro.

No tocante ao direito das obrigações (Livro III), no título I, que trata das modalidades das obrigações, quase todas as regras jurídicas são doutrinárias: definições, conceitos, princípios fundamentais. O capítulo I trata das obrigações de dar coisa certa e das de dar coisa incerta; o capítulo II das de fazer; o capítulo III das de não fazer; o capítulo IV das obrigações alternativas; o capítulo V das divisíveis e indivisíveis; o capítulo VI das obrigações solidárias; o capítulo VII, da cláusula penal. A elaboração é brasileira, com o material comum da ciência³³. Há, todavia, regras provindas do Esboço de Teixeira de Freitas, dos Códigos Civil argentino, italiano e suíço.

Em matéria de direito das sucessões (Livro IV), é possível constata-se do Título I, que trata das sucessões em geral, que no Código Civil brasileiro esta parte do direito é das mais simplificadas, pois são apenas 203 artigos, incluídas as regras de partilha. Conservou-se muito do Direito anterior, porém em vários lugares preferiram-se dispositivos de outros códigos, às vezes pela forma deles, outras por constituírem solução para as controvérsias da doutrina até então vigente. No Título II, encontra-se a matéria "Da Sucessão Legítima", disposta em 23 artigos, distribuídos em dois capítulos: "Da ordem da vocação hereditária" e "Do direito de representação". O Código traçou o seu sistema simples, claro e justo em quase todos os pontos. O Título III trata da "Sucessão Testamentária". São dezessete capítulos, que contém 114 artigos, mais de metade do livro sobre direito das sucessões.

³³ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 210.

11. Algumas lacunas e incorreções

A terminologia jurídica do nosso Código é simples, mas precisa, harmoniosa e condizente com o pensamento geral do código. Nenhum outro código latino pode competir com ele.

O Código Civil brasileiro tem muitas soluções próprias, resultado das doutrinas anteriores e dos projetos. Procurou evitar o afrancesamento, tal como ocorreu com o Código argentino. Não é uma obra literariamente perfeita, mas são inegáveis a pureza de estilo, a simplicidade nas frases e nas palavras. "Poucos artistas da palavra, em Portugal ou no Brasil, poderiam comparar qualquer de suas obras ao código. Depois de tantas intervenções no feitio literário o Código parece, a quem o lê, escrito por uma só pessoa"³⁴.

Entretanto, no Direito, as lacunas são inevitáveis e não há como entender absoluto o princípio da plenitude lógica do Direito. No Código Civil brasileiro há lacunas da lei, de técnica legislativa, inadvertências e desatenções do legislador. Pontes Miranda³⁵ aponta algumas lacunas, ao fazer algumas indagações: Se houver, além de múltipla (ou de nenhuma) nacionalidade e múltiplo domicílio, e multiplicidade de residências, sem que nenhuma delas seja no Brasil? Resposta: a) a residência atual; b) a do ato ou negócio jurídico; c) a do domicílio mais antigo; d) a do domicílio mais recente. Essas as hipóteses de resposta; as duas últimas, diante do que diz o art. 9º da Lei de Introdução seriam aceitáveis. Mas, qual das duas preferir? As duas primeiras hipóteses também são aceitáveis.

Outras lacunas ou incorreções são apontadas, mas não se citará todas. Apenas algumas são citadas, a título de ilustração: no artigo 4º nega-se personalidade ao embrião, mas, no artigo 462, diz-se que se dará curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida e não tendo pátrio poder; quanto ao artigo 6º, falta a interdição por alcoolismo (cf. BGB, §§ 6º e 3º) e também por outros tóxicos; no art. 86, falta o esclarecimento da regra do § 118, BGB: "É nula a declaração de vontade que é feita sem intenção séria e na esperança de que não se lhe desconheça a falta de seriedade."; no artigo 142, não se inclui entre os que não podem testemunhar o inimigo capital, o tutor relativamente ao pupilo e os que não têm idoneidade para testemunhar (condenados por falsidade, estelionato, furto ou roubo).

Muito se discutiu a questão dos esponsais, se estariam em vigor tacitamente, porém na verdade, os esponsais foram abolidos. A lei brasileira não quer que assuntos de direito de família possam ser regulados em contrato, salvo o casamento, que é *sui generis* e completamente livre das

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 277.

³⁵ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e Evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 371.

regras do direito das obrigações. Contudo, e as promessas de casamento, como ficam? Direito é processo adaptativo, um dos critérios de adaptação social, mas não o são matéria, o ato, a substância da vida. No caso de um dos noivos faltar à palavra, o fato deve ser tratado frente ao artigo 159, no que toca à reparação do dano sofrido e conforme o direito das obrigações convencionais, os danos e os lucros cessantes. O Código Civil francês também não regula os esponsais, como o brasileiro. O suíço, o holandês, o espanhol e o italiano fazem menção aos esponsais e trazem algumas regras de indenização. Posteriormente, o Código francês repudiou o contrato e a indenização, à semelhança do Código Civil.

Miranda³⁶ faz, ainda, uma preleção sobre as incorreções do Código, que abarcam erros gramaticais de português, impropriedades coloquiais dos artigos, má localização no sistema do Código, defeitos de redação, etc., mas é impossível alcançar a perfeição. Todavia, acredita que, cientificamente, o Código poderia ser diferente em muitos dispositivos, capítulos e títulos, mas aceitando-o como está, poder-se-ia admitir que suas incorreções poderiam facilmente ser corrigidas. Para ele, supérfluas seriam as regras dos artigos 1.377 (evicção), 1.392 (repetitivo), 1.407 (pois o assunto já está disciplinado nos arts. 1.375, 1.396 e 1.398) e 1.526.

12. Descodificação?

Francisco Amaral conta que a codificação foi muito discutida no séc. XIX, sendo de se destacar a polêmica havida nesta época entre Savigny e Thibaut, acerca da conveniência de um código civil como lei básica reguladora das relações jurídicas privadas. Savigny considerava a codificação como um entrave à evolução do Direito, ao passo que Thibaut defendia a codificação, entendendo-a como processo hábil para dar à Alemanha um direito uniforme.

Na verdade, a descodificação ainda hoje é muito discutida, porque a tendência de uma codificação, com o passar do tempo e a grande proliferação das leis, é fragmentar-se. A descodificação, então, nada mais seria, do que “um fenômeno contemporâneo que consiste na fragmentação do sistema unitário do Código Civil”³⁷.

Com a fragmentação, cria-se uma pluralidade de núcleos legislativos, os chamados microssistemas jurídicos, reduzindo-se o primado

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 424.

³⁷ Amaral, F. *A descodificação do direito civil brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol 8, nº 4 (out/dez/1996), separata, Brasília, 1996, p. 646.

do Código. Daí, Francisco Amaral concluir que “se a codificação é uma síntese histórica, a descodificação representa uma antítese”³⁸.

O renomado professor Amaral³⁹ cita as vantagens da codificação, aí entendida como a construção do código civil como sistema, que seriam: facilitar o conhecimento dos direitos, possibilitando a administração da justiça e garantindo a segurança jurídica; permitir a sistematização do saber jurídico; legitimar as decisões pelo conhecimento que propicia entre lei e sentença; e permitir, ainda, a posituação do Direito e uma interpretação lógico-dedutiva e sistemática do Direito, facilitando a analogia. Pontes Miranda cita, ainda, como vantagens a generalização do Direito e a simetria dos prazos⁴⁰.

Em contraponto, Francisco Amaral enumera as desvantagens⁴¹, como sendo: o imobilismo legislativo; o conservadorismo doutrinário; a idolatria legalista, a pretensão de plenitude; e a limitação da função criadora da Justiça. Por tudo isso, o eminente jurista citado conclui⁴²:

Com nostalgia, mas também com senso de realismo devemos reconhecer que o declínio do Código Civil está consumado, não subsistindo razões, que não sejam meramente formais, para um novo Código.

Permanece, todavia, o Direito Civil, como ciência de princípios e regras ainda comuns a todos os ramos do direito privado, observadas as tendências contemporâneas da constitucionalização, personalização e descodificação que, se atestam a crise da sistematicidade e reconduzem os juristas à prática de um novo empirismo na doutrina e a uma nova exegese na interpretação, permitem a reconfiguração do Direito Civil como o direito básico e nuclear da pessoa humana.

13. Conclusão

O Código Civil brasileiro, em se considerando o momento histórico em que foi elaborado, foi uma evolução social. Trouxe vantagens em relação ao direito anterior.

Caracterizou-se pelos vários processos de simetriação que promoveu, tais como a igualdade de uma série de direitos da mulher e do

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 646.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 637-638.

⁴⁰ Miranda, F.C.P. de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 361-366.

⁴¹ Amaral, F. Ob. cit., p. 637-638.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 649-650.

homem. Como instrumento de adaptação, o Código Civil teve grande valor, pois resultou da elaboração de mais de meio século, porque a Consolidação de Teixeira de Freitas apareceu em 1858 e dela se serviram todos os projetos. Conservou-se muito, mas em muito também se alterou o que existia. Desde alterações de pequenos defeitos ou asperezas até a recepção de novas leis européias: Lei Suíça, do Cantão, Projetos do *BGB*, Código francês e criações do próprio Código ou, em maior número, do Esboço de Teixeira de Freitas e do Projeto de Coelho Rodrigues.

O Código Civil brasileiro é, assim, produto de sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial. Os seus pequenos defeitos, e o Código Civil os têm, não têm o poder de lhe tirar a grandeza.

O projeto de Código ora em tramitação preserva a estrutura e a redação do Código Civil, atualizando-o com novos institutos da legislação especial e extravagante.

Resta saber, nos albores do século XXI, sobre a conveniência ou não de um novo Código Civil. Os fundamentos que justificam a descodificação também não deixam de ter coerência, mas seria a descodificação o melhor caminho?

Hodiernamente, os que defendem a descodificação, pregam que está a ocorrer uma constitucionalização do direito civil. Este fenômeno é visível quando se observa que os princípios fundamentais do direito privado estão expressos na Constituição Federal. O Código Civil já não é mais sede institucional dos direitos da pessoa, sua família e seu patrimônio.

Por outro lado, não é possível ignorar a atual desagregação do direito civil e o conseqüente surgimento de ramos jurídicos autônomos, tais como o direito do trabalho, previdenciário, imobiliário, democrático, bancário, industrial etc., inexistentes no século passado. Hoje nota-se a existência dos microssistemas jurídicos, leis autônomas em relação ao Código Civil, com princípios e interpretação própria, como o das sociedades por ações, a legislação agrária, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código do Consumidor, as instituições do mercado de capitais, das instituições financeiras, do inquilinato, da propriedade industrial etc.

Francisco Amaral⁴³ fala em crise ou até superação da idéia do direito como sistema hierárquico e axiomático, pensamento este que é próprio da cultura da codificação. Coerentemente com isto, conclui que a aplicação do direito deixa de ser um procedimento meramente lógico-dedutivo, e o juiz

⁴³ Amaral, F. *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, vol 8, nº 4 (out edez/1996), separata, Brasília, 1996, p. 644-646.

passa a ser, também, criador de direito. A segurança jurídica, como valor, não se pode sobrepor a outro valor maior, que é o da Justiça.

14. Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 2ª edição, Renovar: Rio de Janeiro, 1998.
- AMARAL, Francisco. *A descodificação do direito civil brasileiro*, in Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª região, vol. 1, nº 1, outubro/dezembro/1989, Brasília, p. 635-651.
- AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*, in Revista "O Direito", separata, ano 126, I-II, 1994, p. 63-81.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil comentado*, 4ª ed., vol. 1, Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1934.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Introdução e tradução de Menezes de Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.
- GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, Livraria Progresso Editora: Salvador, 1958.
- GONÇALVES, Luiz da cunha. *Princípios de direito civil luso brasileiro*, 3º vol., Max Limonad: Rio de Janeiro, 1951.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 1981.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*, tomo I, 5ª ed., Borsoi: Rio de Janeiro, 1970.
- NÓBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de direito romano*, vol. 2, 8ª edição, Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1975.