

Seminário 4

Têxto Obrigatório 2

(FRONTE E VERSO)

P. T. A. F. B. O. A.

RAÍZES HISTÓRICAS  
E SOCIOLOGICAS  
DO CÓDIGO CIVIL  
BRASILEIRO

Orlando Gomes



Ilustração ALEXANDRE CAMANHO

Martins Fontes  
São Paulo 2003

LIVRO I

**Raízes históricas e sociológicas  
do Código Civil brasileiro**

## *I. Formação do Direito privado brasileiro*

1. Transcorridos mais de quarenta anos de vigência do Código Civil, é interessante tentar interpretar seu significado na história do Direito pátrio e na evolução cultural do país, sumariando, em breve análise, suas raízes históricas e sociológicas.

A história do Direito Civil brasileiro "singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas".

A longevidade desse corpo legislativo, organizado para o Portugal do século XVII, impediu que o país se integrasse no movimento de renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais no século XIX. E, assim, ao contrário do que sucedeu com os outros países ibero-americanos, o Brasil não codificou suas leis civis nesse século, passando diretamente do sistema das Ordenações Filipinas ao Código Civil de 1916<sup>1</sup>.

A significação desse fato não tem sido depreendida em toda a riqueza de suas consequências, mas não pode ser subestimada na determinação das coordenadas da codificação.

2. As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, durante a dominação espanhola, e confirmadas pela lei de

---

1. T. Ascarelli, *Ensaio e pareceres*, p. 12; Liebman, em nota à tradução brasileira das *Instituições de direito processual* de Chiovenda.

29 de janeiro de 1643, não foram uma compilação progressista? Coelho da Rocha censura a incúria e o espírito retrógrado dos compiladores, admitindo que tais Ordenações constituíam sobejá prova da decadência em que iam as letras e a jurisprudência?

Diz o professor Braga da Cruz que nasceram já envelhecidas, como simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas, constituindo, verdadeiramente, uma presença da Idade Média nos tempos modernos<sup>1</sup>.

O defeito capital que lhe apontavam era o de ter conferido autoridade extrínseca às opiniões de Acúrsio e Bártolo, numa época em que já estavam desacreditadas. Verdade é, porém, que século e meio depois foi sanado com a publicação da Lei da Boa Razão, feita exatamente em 18 de agosto de 1769<sup>2</sup>.

2. Teixeira de Freitas, na introdução da *Consolidação das leis civis*, esclarece que "seus colaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportaram-se muitas vezes ao Direito Romano e mesmo geralmente o autorizaram, mandando até guardar as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo e mais Doutores" (*Consolidação das leis civis*, p. XXV, 5.ª ed.).

As Ordenações Filipinas foram elaboradas em cumprimento ao Alvará de 5 de junho de 1595 pelo qual Felipe II de Espanha mandou reformar e codificar toda a legislação portuguesa. Foram seus autores Pedro Barbosa, Paulo Afonso, Damião de Aguiar e Jorge de Cabedo, sendo este o principal compilador, segundo Cândido Mendes. O método e a sistematização das matérias é o das Ordenações Manuelinas. Representam, porém, uma reação contra o direito canônico, na opinião do mesmo Cândido Mendes, apoiada por Martins Junior.

3. Pontes de Miranda, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 17.

4. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. I, 1955.

5. A parte final do preâmbulo ao título 64 do livro 3.º das Ordenações reza: "Quando algum caso for trazido em prática, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou estilo de nossa Côrte, ou costumes em os ditos Reinos ou em cada uma parte deles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja por eles julgado, sem

3. A Lei da Boa Razão constitui verdadeiro "marco miliário" na evolução do Direito português, e, portanto, do Direito brasileiro. Nenhuma reforma pombalina no campo da legislação teve alcance maior, por seu sentido autenticamente revolucionário<sup>3</sup>. Ao "impor novos crité-

embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispõem: porque onde a Lei, estilo ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direito. E quando o caso, de que se trata não for determinado por Lei, estilo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, por os sagrados Canones. E sendo materia, que não traga peccado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Canones determinem o contrario. As quais Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas. § 1.º - E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por Lei de nossos Reinos, estilos, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Canones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Lei, quando por comunum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bártolo, porque sua opinião comumente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario; salvo se a comunum opinião dos Doutores, que depois dele escreveram, for contraria."

6. A Lei de 18 de agosto de 1769 determina que, para a integração das lacunas das Ordenações, se confirmem as opiniões dos Doutores com a boa razão, isto é, nas suas próprias palavras, "com as verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis que a ética dos romanos havia estabelecido e que os direitos divinos e humanos formalizaram para servirem de regras morais e civis entre o Cristianismo", podendo ser buscado, outrossim, naquelas outras regras que, "de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes, para direção e govêmo de tôdas as nações civilizadas".

Suas inovações são resumidas, por Pontes de Miranda, nas seguintes determinações: "1 - que seja inalterável o modo de julgar; 2 - que, havendo dúvida, se fixe antes a inteligência da lei; 3 - que se atenda ao espírito das leis, e não a outras regras de interpretação; 4 - que as glosas e opiniões de Acúrsio e de Bártolo não possam ser alegadas em juízo, nem sugiendas, nem as de outros Doutores; 5 - que o costume seja conforme a boa razão e as leis do reino e de mais de cem anos" (*in Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 69).

Sobre a Lei da Boa Razão manifestou-se Coelho da Rocha nestes termos:

rios de interpretação e de integração das lacunas da lei", determinou-lhes radical mudança, justo porque as Ordenações eram uma compilação refeita de lacunas. A *raz-ratio* dos jusnaturalistas, erigida em fonte preexcelente da interpretação legislativa, deu ensejo não só à floração de numerosos preceitos marginais, que, todavia, passaram a integrar o Direito vigente sob forma consuetudinária, mas, também, estimulou e favoreceu o labor doutrinário que influiu fortemente sobre os aplicadores da lei.

A essa imposição de uma fonte subsidiária tão flexível deve-se, possivelmente, a extraordinária vitalidade das Ordenações Filipinas. Um de seus principais defeitos, consistente, como tem sido assinalado e se percebe à primeira leitura, na abundância de omissões, foi, quicá, o segredo de sua longevidade em Portugal e, mais do que lá, no Brasil.

"Pela lei de 18 de agosto de 1769 fez o marquês de Pombal restituir às leis pátrias a dignidade e consideração, que até aí si lhes tinham negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao Direito Romano e Canônico, outros pela comodidade de recorrer às opiniões e arestos. Segundo as disposições desta lei, aquêlê continuou a ser subsidiário; mas unicamente no que fôsse conforme com o Direito Natural, com o espírito das leis pátrias, e com o govêrno e circunstâncias da nação. Este, o Canônico, foi remeido para os tribunais eclesiásticos e matérias espirituais. As glosas, opiniões dos doutôres e arestos, foram destituídos de tôda a autoridade extrinseca; e nos negócios politticos económicos, mercantils e marittimos mandaram-se seguir, como subsidiário as leis das nações civilizadas da Europa."

Suas características principais, segundo Martins Junior, foram:

- a) o crescimento das liberdades doutrinárias e do arbítrio jurídico, de que gozavam advogados e julgadores, em manifesto prejuizo da jurisprudência pátria e da suprema judicatura da Realza (pream.: e ns. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 da lei);
- b) a redução da influência e prestígio do Direito romano, como elemento subsidiário da legislação: relegado tal Direito para um plano inferior não só pela definição da boa razão como pela condenação das glosas de Accursio e Bartholo (ns. 9, 10, 11, e 13 da lei).

As Ordenações Filipinas foram para aqui transportadas, no dizer de Martins Junior, como um pedaço da nacionalidade portuguesa, como um direito que estava feito, e precisava simplesmente ser aplicado, depois de importado?

Não obstante, continuaram a vigor após a proclamação da Independência do Brasil, em 1822.

A lei de 20 de outubro de 1823<sup>8</sup> determinou, com efeito, que, no Império nascente, vigorassem as Ordenações, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizasse um novo Código, ou não fossem especialmente alterados.

4. A Constituição de 25 de março de 1824 prescreveu, no art. 179, n.º XVIII, que se organizasse, quanto an-

7. "O português entrou para o Brasil, pela porta do tratado de Tor-desilhas, na qualidade de senhor, de dono, de proprietário. Instalando-se em sua nova possessão e tendo de realizar vis-a-vis do selvagem o processo de luta social a que Novicow chama de eliminação biológica, ele trouxe à terra descoberta, e para seu uso, tôda sua bagagem legislativa, como trouxe os seus costumes, os seus escravos, as suas roupas e joias. Transportava-se para cá um pedaço da nacionalidade portuguesa; era natural que viessem com êle as leis respectivas, como parte que eram do patrimônio moral da metrópole.

Assim o Direito que ia vigorar na colônia não tinha que nascer do choque de interesses das populações postas em contacto: era um direito que estava feito e que precisava simplesmente ser aplicado, depois de importado" (Martins Junior, *História do direito nacional*, p. 144).

8. Sobre a decretação dessa lei, diz Cândido Mendes: "Um dos pontos e mais importantes atos dessa Assembléa (constituinte), foi a Lei de 20 de outubro de 1823, mandando vigorar no novo Império as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais se governava o país até 25 de abril de 1821, enquanto se não organizava um novo Código, ou não fossem especialmente alteradas. Tal é o documento que assegurou à antiga Legislação e ao Código Filipino a vitalidade que tem fruído. Como se vê, a promessa de um novo Código, é ainda mais antiga que a da Constituição."

tes, um Código Civil, fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. A despeito de todas as tentativas feitas para o cumprimento dessa determinação, sobreveio a República, em 1889, sem se ter realizado a reforma legislativa de base, aspirada desde a proclamação da Independência. As Ordenações Filipinas, embora alteradas e completadas, sobreviveram à queda do Império, conservando a sua extraordinária vitalidade nos primeiros vinte e cinco anos do regime republicano. E assim completaram 314 anos de existência.

5. Em pleno século XX, a nossa legislação civil continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603, cujas disposições "escritas no estilo bizantino das Novelas dos Imperadores do Oriente, precedidas e seguidas de leis extravagantes, em todos os sentidos, algumas de mais de três séculos, e destinadas primitivamente a um reino absoluto", haviam sido, como nota Coelho Rodrigues, "enxertadas depois no Império constitucional, e sobrepostas, ultimamente, no regime republicano"<sup>9</sup>. Quando, em 1º de janeiro de 1917, o Código Civil entrou em vigor, o Direito Civil brasileiro, na precisa observação de Paulo de Lacerda, "não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprimindo, reparando e sustendo as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacer-

9. As Ordenações Filipinas só sobreviveram na parte relativa ao Direito Civil (livro 4º). Quanto ao Direito público, foram revogadas pela Carta Constitucional e pelo Ato Adicional; quanto ao Direito Penal, pelo Código Criminal de 1890, pelo Código de Processo Criminal e pela lei de 1841; quanto ao Direito privado, na parte relativa às atividades comerciais, pelo Código Comercial de 1850 e pelo Regulamento 737.

dotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, ligados ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão"<sup>10</sup>.

6. Interessante insistir na observação de que as Ordenações compiladas para o reino de Portugal tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil. Em 1867, Portugal organizou o seu Código Civil, à base do projeto elaborado pelo Visconde Seabra<sup>11</sup>. Conquanto se tenha inspirado na tradição do país, devido, principalmente, à influência exercida pela obra notável de Coelho da Rocha, *Instituições de direito civil português*, o Código Civil luso, no comentário judicioso do professor Braga da Cruz, rendeu-se demasiadamente à influência estrangeira, com esquecimento ou postergação, muitas vezes, da tradição portuguesa<sup>12</sup>. Essa tradição foi mais respeitada no Brasil, não havendo exagero na proposição de que o Có-

10. *Código Civil brasileiro, síntese histórica e crítica*, p. III, Jacinto Ribeiro dos Santos, Rio, 1917.

11. "Las fuentes que se utilizaron en la elaboración de sus preceptos fueron, especialmente: a) el Derecho portugués anterior y los trabajos de los juriconsultos, especialmente la obra magistral de Coelho da Rocha: *Instituições de Direito civil português*; b) el Código de Napoleón y sus comentaristas, sobre todo Marcadé y Demolombe; c) otros Códigos extranjeros, como el austriaco y el sardo; d) el Proyecto de Código Civil español de 1851 y el del Código italiano, así como el comentario de García Goyena sobre el primero de ellos" (Castan Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, p. 58).

"A partir de las postrimerias del siglo XIX, numerosas leyes y Decretos - entre los que sobresalen el de 1930, que reforma 175 artículos - han llevado importantes modificaciones al Código Civil portugués, y en la actualidad, en cumplimiento de un Decreto-Ley de 1944, se trabaja en la elaboración de un Proyecto de revisión general" (Castan Tobeñas, op. cit., p. 59).

12. "A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro", publicado na *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. I, pp. 32 ss., 1955).

10 digo Civil brasileiro constitui, em pleno século XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica lusitana do que a que pode representar o próprio Código Civil português promulgado cerca de cinquenta anos antes<sup>13</sup>.

7. A explicação dessa singularidade não reside na circunstância de ter durado mais no Brasil a legislação civil baseada nas Ordenações Filipinas. Além da conservação por mais tempo, entre nós, das condições e formas de vida para as quais fora ditada a legislação filipina, Portugal estava mais próximo da influência exercida no movimento de renovação legislativa, no século XIX, pelo Código de Napoleão. Sobre a Europa sopravam os ventos do individualismo jurídico. A organização das relações privadas animava-se, assim, de novo espírito, intenso à tradição. Elaborado no período histórico em que os princípios da revolução francesa formulavam as diretrizes de profunda renovação social, o Código Civil português havia de ser, como foi, a expressão mais acabada do individualismo jurídico em Portugal<sup>14</sup>. As idéias liberais, que haviam penetrado em Portugal, no começo do século XIX, influíram decisivamente na evolução do Direito privado português. Compreensível que houvesse rompido, em muitos pontos, com a tradição representada por leis inspiradas nas necessidades de uma sociedade de tipo diferente, organizada politicamente, até então, sob os moldes da monarquia absoluta.

8. Verificou-se nessa época a "diversificação evolutiva das instituições jurídico-privadas de Portugal e do Brasil"<sup>15</sup>.

13. Braga da Cruz, comunicação citada.

14. Braga da Cruz, comunicação citada.

15. Braga da Cruz, comunicação citada.

Até então a história jurídica dos dois povos fora comum. Daí por diante, bifurca-se. O Brasil permanece fiel à tradição, enquanto Portugal se deixa influir pelas idéias francesas, a ponto de consagrar inovações chocantes no seu Código de 1867. É que a estrutura social do Brasil, nessa época, não comportava essa influência alienígena. Sobre o vasto Império projetavam-se os tentáculos da sociedade colonial baseada no trabalho escravo. Embora se fizesse sentir a necessidade de reformar a legislação civil, mediante a elaboração de um Código que, por disposição constitucional, deveria ser fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade<sup>16</sup>, malograram, no Império, três tentativas de codificação: a de Teixeira de Freitas (1859), a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881). A circunstância de não ter sido elaborado o Código Civil pátrio no século XIX deve ter concorrido para a preservação, em maior escala, da tradição jurídica lusitana.

9. Em vista do estado caótico da legislação, o Governo imperial incumbiu a Teixeira de Freitas, em 15 de fevereiro de 1855, a consolidação das leis civis, com a obrigação de coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à independência do Brasil. A natureza e marcha da ingente tarefa foram bem compreendidas pelo juriconsulto encarregado de realizá-la. Tratava-se de mostrar o último estado da legislação, reduzindo a proposições claras e sucintas as disposições em vigor, com citação, em nota correspondente, da lei que autorizava cada preceito, ou declaração do costume que estivesse estabelecido contra ou além do texto<sup>17</sup>. O

16. Art. 179, n.º XVIII, da Constituição de 26 de março de 1824.

17. Teixeira de Freitas, *Consolidação das leis civis*, p. XXV, 5.ª ed., Instituto Ribeiro dos Santos, Rio, 1915.

objetivo era, claramente, a elaboração de trabalho preparatório da codificação. No consenso dos civilistas, a obra excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do Direito Civil brasileiro. Não interessa, nesta oportunidade, ratificar encômios unânimes, ao seu valor, mas, tão-só, mostrar que, por seu intermédio, o Direito português conservou-se no Brasil. Foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros. Admirável síntese da obra do passado, a Consolidação das Leis Cíveis condensa os resultados da experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcaça das Ordenações valetudinárias.

Não fora essa exímia condensação, e, por certo, as Ordenações do Reino não teriam vivido até 1917. É verdade que o Código Civil a ela não se ateve. Mas a Consolidação facilitou a obra do codificador.

A influência de Teixeira de Freitas não se faz presente apenas através da construção magistral em que reuniu e sistematizou os elementos esparsos da desordenada e contraditória legislação emigrada. Exerceu-se também por meio do "Esboço"<sup>18</sup>, que embora não houvesse sido aproveitado entre nós, como o foi em outras nações ibero-

18. O *Esboço* é obra inacabada. Embora houvesse sido prorrogado até 1864 o prazo para a entrega do projeto de Código Civil a que se obrigara, por contrato firmado em 1859, a elaborar, Teixeira de Freitas não o concluiu, deixando ao meio o terceiro livro da parte especial. O contrato foi rescindido em 1872 por não ter o Governo aceito a idéia de elaboração de um código geral para o Direito privado. Antecipando-se aos Códigos modernos, o *Esboço* foi dividido em duas partes: uma geral e outra especial. Na Parte Geral eram regulados os elementos do Direito (o sujeito, o objeto e o fato jurídico). Na Parte Especial, subdividida em três livros, estavam disciplinados os direitos pessoais e os reais.

americanas, inspirou numerosas disposições do Código Civil, notadamente da parte geral, do direito das obrigações e de certos institutos do direito das coisas.

Contudo, a fidelidade do Código à tradição e ao estado social do país revela-se mais persistente no direito de família e no direito das sucessões, nos quais, como observa Castan, não dá mostras de um espírito tão radical como o de outras legislações americanas, pois conserva o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o regime da comunhão universal de bens, o das legítimas e várias outras normas de certo sentido conservador<sup>19</sup>.

19. *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, p. 75.