

RENATO SEDANO ONOFRI

**A CONSTRUÇÃO DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA: MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E
A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP
Janeiro de 2017**

RENATO SEDANO ONOFRI

**A CONSTRUÇÃO DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA: MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E
A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências, na área de concentração Direito Civil (2131), subárea História do Direito, sob orientação do Professor Titular Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo
Janeiro de 2017

próprio lar, como um passo *natural*, como o desenvolvimento de uma forma jurídica que *sempre* haveria existido.

O Brasil, como já tantas vezes repetido, não teve um Código Civil promulgado até 1916. O discurso jurídico, entretanto, em diversas manifestações, fez com que nos alinhássemos, desde logo, à organização codificada das fontes jurídicas.

3.2. O Código como novo elemento de identidade e a aderência do direito brasileiro ao sistema codificado

O processo de codificação civil no Brasil é um contundente demonstrativo da relação de circularidade entre a *cultura jurídica* e a *legislação* já afirmada acima (*supra*, 2.1.4). Por quase um século após a independência, o Brasil não teve um Código Civil, entendido como diploma legislativo, mas teve, por outro lado, o Código no *discurso*. A Lei de 20 de outubro de 1823 afirmava a *provisoriidade* da vigência da legislação portuguesa no país recém-independente. Nota-se, com isso, que se havia começado a construir a imagem de que, se não havíamos ainda sistematizado o ordenamento na forma codificada, estávamos apenas aguardando a providência política para que o fizéssemos. Ou seja, um Código ideal, que ainda não existisse, fazia-se presente no discurso jurídico ao longo do século XIX, inclusive na promessa solene contida no art. 179, inc. XVIII, da Carta Constitucional de 1824⁴⁴⁹.

A sequência de eventos que levaria à codificação do direito civil brasileiro, como narrada pela historiografia, apresenta um processo em que a ideia de Código não era questionada; não teria havido, entre nós, um opúsculo como o de SAVIGNY ou qualquer

⁴⁴⁹ A menção ao futuro Código contida, como se apontou no corpo de texto, em uma das seis leis de 20 de outubro de 1823, cujo projeto fora apresentado à Assembleia Constituinte aos 5 de maio de 1823, e que declarava “em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 21 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados”.

O art. 1º do referido diploma enunciava que “as Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas”. (*Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, Parte 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, págs. 07-08).

movimento que, direta ou indiretamente, opusesse-se à ideia de codificação⁴⁵⁰; a impressão que se tem ao ler as obras que se preocupam com a história da codificação é que não sistematizamos o direito civil em forma de Código em momento cronologicamente anterior a 1916 por questões acidentais; aguardávamos, apenas, como aponteí acima, a oportunidade e a vontade política eficiente para trazermos o código da *potência* ao *ato*⁴⁵¹.

Interessava, em momento de formação do Estado-nação brasileiro, a ideia de Código, com todo seu efeito de substituição de fontes jurídicas que lhe precederam e abandono do *velho* pelo *novo*. No contexto brasileiro, o *velho* a ser abandonado pelo advento da codificação eram os diplomas jurídicos coloniais, impostos pela metrópole⁴⁵².

O Código Civil carrega consigo algo de autoritarismo que pode ser conveniente ao Estado em formação. Na aguda análise de CARBONNIER, não se trata de autoritarismo quanto ao conteúdo – no *Code Civil* de 1804, por exemplo, a ordem pública não seria mais que uma modesta figura de exceção no direito dos contratos –, mas quanto à decisão de dobrar todo o direito civil à unidade para fazê-lo servir à própria unidade do Estado⁴⁵³.

Fazia-se necessário que se resignificassem essas fontes, fomentando, assim, a construção de um direito nacional. A adoção das fontes jurídicas portuguesas, conforme a

⁴⁵⁰ Refiro-me, evidentemente, ao opúsculo *Da vocação de nosso tempo para a jurisprudência e a legislação*, que manejo por meio da tradução para o espanhol: SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (trad. esp. GARCIA, José Díaz. *De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho*) Madrid: Aguilar, 1970.

⁴⁵¹ Como exemplos dessa mencionada historiografia, pode-se apontar a primeira parte da obra de ORLANDO GOMES. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Esse texto lastreia-se, em grande medida, na excelente conferência de GUILHERME BRAGA DA CRUZ, publicada em 1955 na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 50, intitulado “A formação histórica do direito privado português e brasileiro”. Também SPENCER VAMPRÉ, na série de conferências publicada sob o título “O que é Código Civil?” lança mão desse modo de ver a história da codificação que se tornou tradicional (*O que é Código Civil*. São Paulo: Pedro de S. Magalhães Filho & Irmãos, s.d.).

Embora a partir de premissas teóricas e objetivos diversos comparados aos das obras acima arroladas, mesmo KEILA GRINBERG alinha-se, de modo geral, à linha teórica sob foco (*Código Civil e cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008).

Exceções há, contudo, como o livro de GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO, que, entre as “infinitas possibilidades de estudo da História do Direito Civil”, optam por posicionar como objeto central o ensino jurídico nas Escolas de São Paulo e do Recife e a produção bibliográfica em direito civil de seus docentes, escapando, então, do enfoque nas sucessivas tentativas de codificação (*História do direito civil brasileiro: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016).

⁴⁵² KEILA GRINBERG faz uma observação interessante, embora trate, nesse passo, já da segunda metade do século XIX: “se pudéssemos perguntar a algum jurista daquela época, da Escola de Direito de Recife ou da Escola de Direito de São Paulo, a sua opinião sobre a importância da codificação, nenhum teria dúvidas em afirmar que ele [o Código Civil] era fundamental para o futuro do país. Qualquer um diria que o direito era a porta de entrada para a civilização, e era impossível adentrá-la sem a codificação do direito civil. Isso porque, desde aproximadamente a década de 1870, a formação de bacharéis em direito estava embebida do espírito positivista e evolucionista que caracterizava o pensamento científico da época” (*Op. cit.*, págs. 32-33).

⁴⁵³ CARBONNIER, Jean. Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*, tomo II, vol. II. Paris: Gallimard, 1986, pág. 296.

Lei de 20 de outubro de 1823, vinha acompanhada da ressalva “emquanto se não organizar um novo Código”; quer dizer, o direito português não é direito brasileiro, mas é aplicável provisoriamente enquanto não se elabora um Código nacional.

As sucessivas promessas de codificação, a apologia do Código realizada por membros do legislativo e juristas, fizeram o Código *presentificar-se* entre nós, como que pairando no ideário nacional por quase um século antes que tivéssemos, efetivamente, um Código Civil⁴⁵⁴.

3.2.1. *A construção da identidade jurídica nacional em torno da figura do Código*

§ 1º *As primeiras vozes.* É comum, na historiografia jurídica brasileira, que se situe o início do “processo de codificação” nas promessas realizadas pelo governo imperial (veja-se, *supra*, nota de rodapé nº 451 e respectivo corpo de texto), com hiato de interesse até que Euzébio de Queiroz pôs em discussão que se utilizasse o *Digesto Português*, de José Homêem Correa Telles, como Código Civil, proposta rejeitada pelo Instituto da Ordem dos Advogados⁴⁵⁵.

O ponto mais remoto em que se situa o início dos debates acerca da codificação na historiografia é 1845, como indicam PONTES DE MIRANDA e KEILA GRINBERG, que fazem menção ao “grito” de Carvalho Moreira, o Barão de Penedo, acerca da necessidade de *revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil*, em que articulava a necessidade da codificação, fazendo cessar a desordem das fontes normativas herdadas do período colonial⁴⁵⁶.

É inegável que os projetos de Código Civil, efetivamente, tardaram a aparecer. Todavia, é possível localizar em diversos setores do discurso jurídico – no parlamento, na doutrina e nos periódicos – que o Código já *pairava* sobre nós muito antes da obra do

⁴⁵⁴ Sem esquecer, é claro, que desde 1830 tivemos o Código Criminal do Império; em 1832, o Código de Processo Criminal; e, em 1850, já no campo do direito privado, o Código Comercial.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Francisco Alves, 1916, pág. 11; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 50, págs. 66, 1955.

⁴⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 79; GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pág. 12.

Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS. A ideia do “Código moderno” já se articulava em língua portuguesa – e no Brasil – desde, pelo menos, 1822.

Essa *presença* não culminou, é verdade, em verdadeiras *iniciativas* para a codificação – não, pelo menos, até a contratação de TEIXEIRA DE FREITAS, na década de 1850. Entretanto, já se revela a *aderência* do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema codificado.

Aos 29 de março de 1822, teria proposto o Deputado José Joaquim Rodrigues de Bastos, junto às Cortes Extraordinárias e Constituintes reunidas em Lisboa, que se oferecesse um prêmio a quem elaborasse um projeto de Código Civil para a nação portuguesa. Deu essa proposta ocasião para que VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOZO DA COSTA fizesse publicar um opúsculo intitulado *Que he o Código Civil?* O autor era brasileiro, nascido na Bahia, e, em seu texto, defendia que a nação portuguesa deveria ter um “código original”, pois não havia nenhum outro que pudesse lhe servir de modelo – nem mesmo os trabalhos de Jeremy Bentham, já que todos os Códigos conhecidos seriam imitações do corpo justiniano⁴⁵⁷.

Para CARDOZO DA COSTA, um Código feito à perfeição poderia ajustar-se a todos os povos, na maior parte, e pouco precisaria ser reformado de século em século. A composição de um tal Código necessitaria do “pleno conhecimento dos diversos actos, de que podem resultar na Sociedade Civil direitos, e obrigações”. Poderiam os portugueses, segundo o autor, ocupar, em relação à elaboração do Código, a mesma posição de pioneirismo que tiveram em relação à navegação – que, desde o “nosso Gama”, foi “muito melhorada”, mas que tiveram os lusitanos a glória de abrir o caminho⁴⁵⁸.

A compilação justinianeia em nada se pareceria com um *verdadeiro* Código Civil, pois este seria um “systema da moral civil”. Careceria, por isso, de uma uniformidade de princípios e de doutrinas desde a primeira até a última linha. Seu conteúdo, portanto, deveria obedecer à uniformidade que as diferentes “partes de hum edificio hão de jogar humas com as outras, não devendo ter da ordem Toscana humas janellas, e outras da Corinthia, e da Dorica a porta”. Por isso, exigir-se-ia que uma “planta antes da sua construção, e que ella seja feita por hum único Architeto”. Os Códigos estariam sujeitos à

⁴⁵⁷ Cfr. CARDOZO DA COSTA, Vicente José Ferreira. *Que he o Código Civil?* Lisboa: Rodrigues Galhardo, 1822, pág. 01. Mesmo o Código Civil dos franceses não passaria de uma recompilação de certo número de leis que o primeiro Cônsul teria mandado juntar em um corpo na ordem que decretara (Idem, ibidem, pág. 08).

⁴⁵⁸ Idem, ibidem, pág. 02.

mesma regra, convindo que suas plantas sejam revisadas por muitos, mas que o primeiro delineamento da obra não seja incumbência de dois artífices⁴⁵⁹.

Assim, Códigos deduzidos de fontes positivas, ou seja, na linguagem do autor, do texto de outras leis, seriam sempre “imperfeitíssimos”⁴⁶⁰. Vê-se, portanto, que se apregoa a originalidade do Código ante as fontes preexistentes, proscrevendo-as.

A efetiva penetração das ideias de CARDOZO DA COSTA no pensamento jurídico brasileiro não é possível de ser investigada no momento. É fácil verificar, contudo, que a obra esteve disponível para os brasileiros ao longo do século XIX, pois os jornais constantemente anunciavam exemplares da obra à venda. No *Diário do Rio de Janeiro*, de 15 de junho de 1825, dava-se notícia de que havia, na rua da Candellaria n. 35, para vender o opúsculo *Que he o Código Civil?*, cujo autor, segundo o anunciante, tanto honrava a literatura pelos seus vastos conhecimentos e profundo saber; seria ele contado, no início do século XIX, “por hum dos primeiros Jurisconsultos”. Brasileiro “nascido na Cidade da Bahia”, deveria não apenas “aquella Cidade se lisongiar muito de ter visto nascer um sábio desta ordem, mas o Brazil em geral pela honra que dahi lhe rezulta”⁴⁶¹.

O *Correio Braziliense*, no mesmo ano de 1822, por ocasião da edição do *Que he o Codigo Civil?*, publicou um elogio ao seu autor. Segundo o periódico, a opinião pública em Portugal julgava que poderia ser a nação bem servida por Cardozo da Costa, tivesse dele se lembrado o governo. O desprezo decorreria de ser o autor “um verdadeiro Literato e patriota” que se atreveu a “dar sua sincera opinião, sem se curvar ou offerecer insenso, áquelles que succede terem as redeas do Governo”⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cfr. CARDOZO DA COSTA, Vicente José Ferreira. *Que he o Código Civil?* Lisboa: Rodrigues Galhardo, 1822, págs. 04-05.

⁴⁶⁰ Idem, ibidem, págs. 08-09.

⁴⁶¹ *Diário do Rio de Janeiro*, 15 de junho de 1825, seção “Livros á venda”. O exemplar está disponível em versão digital na Hemeroteca Brasileira pelo endereço eletrônico <http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/5380>. Último acesso aos 22 de setembro de 2016. O mesmo livreiro anuncia a obra pelo mesmo veículo de imprensa aos 19 de maio de 1826; impossível, contudo, saber se se trata do mesmo volume; dois exemplares eram anunciados no *Diário do Rio de Janeiro* aos 24 de dezembro de 1828, um à venda junto ao livreiro Sr. Souza Laëmert (*sic*) e, outro, junto ao livreiro Veiga, ambos pelo preço de 2:880.

A oferta aparece, novamente, no *Diário* de 05 de janeiro de 1830. Tratava-se de obra reimpressa, com expurgação de grande numero d’erros e, para vantagem dos alunos dos Cursos Jurídicos, continuava a vender-se nas lojas dos Srs. Veiga e Laemmert por 2\$ réis cada.

No *Diário do Rio de Janeiro*, o opúsculo ainda aparece anunciado aos 11 de setembro de 1834, aos 17 de dezembro do mesmo ano (aparecendo, aqui, ao lado do *Princípio de Direito Natural*, do Conselheiro Brotero) e em 1º de outubro de 1835.

Sobre o livreiro e editor Laemmert, veja-se HALLEWELL, Laurence. *Books in Brazil: a history of the publishing trade* (trad. port. VILLALOBOS, Maria da Penha; OLIVEIRA, Lólio Lourenço; SOUZA, Geraldo Gerson de. *O livro no Brasil: sua história*). 3ª ed. São Paulo: EDUSP, 2012, págs. 251-274.

⁴⁶² *Correio Braziliense*, nº 29, 1822, págs. 328-329.

O periodista questiona se não seria o lugar de nascimento do autor um obstáculo a ser o seu merecimento atendido pelos governantes de Lisboa: “pelo menos a total exclusão dos Brazilienses, de tudo quanto he emprego de concideração, dá lugar ésta conjectura”⁴⁶³.

A necessidade da codificação civil é expressamente articulada na imprensa em um artigo publicado na seção *Notícias estrangeiras*, publicado no *Diario Fluminense*. Nesse texto, assinado por PADRE AMARO, defende-se que é impossível que o governo possa, efetivamente, proteger os direitos individuais, impondo as penas às suas violações por meio do Código Penal, se antes não viesse promulgado o Código Civil, em que estariam as definições dos direitos civis⁴⁶⁴.

Conforme o artigo, “para os Portuguezes, ou seja de cá ou de lá do Atlantico, nem ha codigo, que defina direitos, porque o que se chama de codigo civil he uma confuza maça de determinações”. A codificação civil é colocada, então, como pressuposto para organização não apenas das relações privadas, como também para a viabilidade da tarefa do direito penal.

ANTONIO PEREIRA REBOUÇAS fez circular n’*O Grito da Razão*, em 1825, uma carta em que apontava, como o PADRE AMARO, o Código Civil como medida para que os governos estivessem prevenidos da prática de arbitrariedades: “em quanto não tivermos hum Codigo Civil a geito da Constituição, ha-se que isso de eleger o Povo os Juizes Ordinarios seja huma Concessão que o Augusto Chefe do Poder Executivo tolera”⁴⁶⁵.

JOSÉ DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairú, fez circular, em 1832, um outro opúsculo que fazia a apologia da codificação – comercial, não civil – entre nós. Tratava-se das *Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com opportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*⁴⁶⁶. No longo discurso preliminar que redigiu, LISBOA observa que já havia sido publicado o Código Criminal, mas que, sem dúvida, o Código Civil teria maior dificuldade e não se poderia “dizer quando seria objecto das deliberações da Assembléa Geral Legislativa”. A ausência de um Código de direito

⁴⁶³ *Correio Braziliense*, nº 29, 1822, pág. 331.

⁴⁶⁴ *Diario Fluminense*, nº 06, 1825, pág. 106.

⁴⁶⁵ *Grito da Razão*, nº 32, 02 de agosto de 1825, sem paginação.

⁴⁶⁶ Consultei o opúsculo enfeixado à 6ª edição dos *Princípios de direito mercantil* curada por CANDIDO MENDES DE ALMEIDA. A referência completa é LISBOA, José da Silva. *Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com opportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*. In: *Princípios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, págs. 931-956.

privado não era conveniente ao Império, que só teria, à época, “Legislação limitada, antinômica, e vacillante”⁴⁶⁷.

Certamente, segundo o autor, o Código Civil que estaria por vir abarcaria as regras sobre os “contratos e negócios”. Entretanto, as regras de exceção pertinentes ao comércio seriam tão numerosas, que não conviria aguardar até que o Código Civil tivesse vigência, sem antes ao menos dar ao comércio um *Regimento* provisório. Aliás, observa CAIRÚ, seria grande o inconveniente de que se englobasse a legislação comercial no Código Civil; acompanhando Pardessus, o autor escreve que o espírito que informa as regras comerciais é o “espírito do universo”, ao passo que, sobre o direito civil, paira o espírito cambiante inerente às diferentes demarcações territoriais⁴⁶⁸.

CAIRÚ, nota-se, em nada se opõe à codificação civil, deixando claro que julga ser a sua ausência uma situação provisória e que a promulgação do Código é necessária para a correção do estado desordenado em que se encontraria a legislação brasileira.

§ 2º Indicações sobre o Código Civil no âmbito parlamentar. Ao contrário do que a historiografia deixa entrever, o hiato acerca das preocupações no sentido de codificar o direito civil brasileiro parece ter sido menor do que normalmente se julga.

Já em 1826, os deputados Maria e Pires Ferreira propuseram que se organizasse um prêmio para quem, no prazo de dois anos, elaborasse o melhor projeto de Código Civil ou Criminal. A Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal, analisando a proposta, concluiu pela sua pertinência, em vista da necessidade desses dois diplomas como medida de afirmação nacional. O país, então independente, ainda se encontrava regido pela maior parte pelo *Código* da antiga metrópole, bem como por compilações de nações estrangeiras, além de um “sem número de leis extravagantes (...) que tornão quase impossível o seu conhecimento”⁴⁶⁹.

Seria essencial, segundo a Comissão, para levar a bom termo a tarefa da codificação civil, que se travasse contato com as obras de Bentham e Ferreira Cardozo; o

⁴⁶⁷ LISBOA, José da Silva. Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com oportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas. In: *Principios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, pág. 931.

⁴⁶⁸ Idem, *ibidem*, pág. 932.

⁴⁶⁹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 01 de agosto de 1826, pág. 16. O documento está acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/docreader/132489/981>>. Último acesso aos 04 de novembro de 2016.

Código deveria ser dividido em duas partes, “contendo uma o código das materias civis propriamente ditas, e outra o código de processo civil (...)”; era sentida a necessidade de um regramento apartado para o comércio, que poderia ser posto em vigência por um Código de Comércio “separado ou compreendido no mesmo Codigo Civil (...)”; afirmava-se, ainda, que este mesmo deveria ser conforme à Constituição⁴⁷⁰.

A Comissão recomenda que, para que se obtivessem os Códigos Civil e Criminal que se convidasse os “sábios e jurisconsultos” para levar a efeito “este árduo trabalho”, utilizando o governo “todos aquelles meios que podem excitar o genio, como as distincções honorificas, estampando-se o nome do autor no código” e ainda “concedendo-lhe o uso de uma medalha de ouro com legenda que exprima o reconhecimento de gratidão do Brasil”, além do premio pecuniário. Os pleiteantes deveriam entregar os projetos no prazo de dois anos⁴⁷¹.

Aos 04 de maio de 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos apresenta o projeto de Código Criminal, ao passo que, aos 18 de maio do mesmo ano, Clemente Pereira intervém, apondo como preliminar à aprovação, fosse do Código Civil, fosse do Código Criminal, a discussão acerca dos juizes de paz, já que do estabelecimento desses juizes dependeria a aprovação dos Códigos.

No ano seguinte, aos 12 de maio de 1828, os *Annaes* dão conta de que o Conselheiro Maia (Visconde de Caeté) teria apresentado a “primeira parte do projecto do Código Civil”. Não há transcrição do documento, cuja leitura fora dispensada, e o tal projeto teria sido encaminhado de imediato à comissão de justiça civil.

A continuidade dos debates revela, contudo, não se tratar propriamente de um projeto de Código Civil, mas de um *projeto* para *projetá-lo*. A fala do deputado, quando iniciada a segunda discussão acerca de seu projeto, dá conta de que seria a necessidade de

⁴⁷⁰ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 01 de agosto de 1826, págs. 16-17. O documento está acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/docreader/132489/981>>. Último acesso aos 04 de novembro de 2016.

⁴⁷¹ O parecer detalhava, ainda, que, recebidos os projetos, deveria a Câmara nomear comissão específica para suas análises, definindo, então, em trinta dias, se algum deles mereceria o prêmio e as menções, remetendo-as ao Senado; a seguir, publicar-se-iam os projetos selecionados em conjunto com os pareceres das comissões do Parlamento; o projeto vencedor, então, deveria ser encaminhado ao seu autor para que se fizessem as emendas indicadas, bem aos Tribunais de Justiça do Império, aos advogados e “aos sábios da nação” para que, em seis meses, remetessem suas próprias observações para a discussão nas casas parlamentares. O mesmo parecer aprovou o plano do Código Criminal proposto por José Clemente Pereira em sessão de 03 de junho de 1826, julgando-o baseado nas “justiça e equidade”, nos termos do art. 179, inc. XVIII, da Carta de 1824. Isso, ainda segundo o parecer, não vincularia os sábios convidados pela Câmara para apresentarem seus projetos, que poderiam seguir sistemas diferentes (Idem, *ibidem*).

um Código Civil tão geralmente reconhecida que “ninguém ousaria contestá-la”; haveria divergência, segundo o parlamentar, apenas “sobre os males de o conseguirmos com mais brevidade”⁴⁷².

Um segundo ponto versou sobre se o projeto deveria ser obra individual ou coletiva. Os deputados Maia e Cruz Ferreira posicionavam-se pela nomeação de uma comissão, ao passo que Paula e Souza e Lino Coutinho desejavam ver um projetista singular, na linha de CARDOZO DA COSTA no *Que he o Codigo Civil?*; esse expediente, reiterou Lino Coutinho, seria o mais adequado para uma composição que se guiasse somente pelas luzes. Paula e Souza, por sua vez, aduziu que um Código seria um sistema de princípios aplicados a fatos que diriam respeito à propriedade, à segurança e à liberdade do cidadão; desse modo, “sendo este um systema filho do genio”, ele não poderia ser feito por uma comissão, “onde apparecem idéas separadas”; a divisão de tarefas, segundo o deputado, seria a “razão porque a maior parte dos códigos têm (*sic*) sido mal feitos, porque forão obra de muitos homens”⁴⁷³.

O deputado May, por sua vez, via na nomeação da comissão uma salvaguarda da legitimidade democrática do Código, pois, como era uma incumbência da câmara, a comissão serviria como expressão do poder legislativo ao elaborar o projeto⁴⁷⁴.

Em terceiro lugar, não se transcurou das qualidades do futuro codificador, que deveria ter aptidão técnica e conhecimento do direito brasileiro aliados à disposição de tempo hábil para executar a tarefa. Cruz Ferreira, por exemplo, afirma que, “apezar de entender da materia, não se mettia mão á obra; um empregado publico não se pode encarregar de muita cousa”⁴⁷⁵.

Lino Coutinho intervém na discussão para questionar se não teria Vicente José Ferreira Cardozo da Costa um projeto de Código Civil pronto para o Brasil; anos antes, aos 17 de maio de 1826, o deputado Marcos Antonio sugeriu algo semelhante, propondo que se consultasse o barão de Cairú, que estaria incumbido de um projeto de Código Mercantil, sobre se não teria o mesmo jurista principado algum projeto de Código Civil ou Criminal para oferecer⁴⁷⁶.

⁴⁷² *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 09 de junho de 1828.

⁴⁷³ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁶ *Idem*, sessão de 17 de maio de 1826.

A sugestão do deputado Maia ainda estaria pendente de aprovação um ano depois, em junho de 1829, como indica a fala de Bernardo Pereira de Vasconcellos, que suscita a comissão encarregada de examinar o projeto a apresentar seu parecer. Nessa mesma oportunidade, Vasconcellos sugere que também a comissão para que fora remetida a “proposta do governo, contendo o projecto de um novo código civil” também apresentasse seus trabalhos, a fim de que o parlamento, cotejando-o com a proposta de Maia, pudesse decidir a sua preferência⁴⁷⁷.

Não passava despercebida, no ambiente parlamentar, a eventual incoerência que pudesse advir de se discutir regramentos de *exceção* quando ainda não se havia, a rigor, promulgado as regras gerais que regeriam o direito privado e o direito criminal. Em vista de uma sugestão de adiamento do debate sobre determinada proposta de regramento das milícias, Paula e Souza chamou a atenção para a circunstância de que a falta de um regramento geral não poderia ser alegada para requisitar tal adiamento, já que, se para qualquer projeto parcial os parlamentares se julgassem dependentes do sistema geral, então se censurariam todos os atos do legislativo; já se teria “feito leis parciais de justiça, sem que ainda tivéssemos feito o código”; e o mesmo se diria em relação ao Código Civil, pois “qualquer reforma de processo se não podia fazer sem que primeiro aparecesse o código (...)”⁴⁷⁸.

O modo como se deveria discutir o projeto de Código Civil também já era objeto de disputas entre os deputados, mesmo que não tivessem em vista o projeto em si, mas o modo como se o prepararia. Com efeito, o deputado Limpo de Abreu, em meio à deliberação sobre a nomeação de comissão especial para debate acerca dos projetos de Código de Processo Criminal⁴⁷⁹ – seguindo o método já anteriormente adotado para o Código Criminal –, argumenta que não seria conveniente tal procedimento quando se tratasse da discussão do Código Civil. Acrescentou o deputado, contudo, que seria apropriado que se encontrasse um método de trabalho que facilitasse o exame e abreviasse o debate, sugerindo emenda que determinasse que a comissão que analisasse o projeto de

⁴⁷⁷ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 06 de junho de 1829.

⁴⁷⁸ *Idem*, sessão de 02 de julho de 1828. Essa ordem de discussões é retomada quando dos debates sobre a aprovação do Código Comercial brasileiro. O deputado Antão retomou as lições de Ferreira Borges, segundo o qual, não existindo um Código Civil, em Portugal, que definisse as regras gerais, viu-se obrigado o legislador brasileiro, como o português, a estabelecer uma doutrina geral para depois fazer as exceções (*Idem*, sessão de 02 de julho de 1845).

⁴⁷⁹ Tratar-se-ia de dois projetos, um apresentado pelo Ministro da Justiça, e outro pelo deputado Maciel.

Código Civil apresentasse, igualmente, também os melhores meios para conhecimento e para apresentação dos votos sobre a matéria⁴⁸⁰.

As discussões acerca da codificação civil passam a ficar mais rarefeitas daí em diante. Mas, aos 16 de maio de 1835, Figueira de Mello apresenta novo projeto de lei no sentido de convidar os “sábios nacionais e estrangeiros” para que apresentassem um projeto de Código Civil e Criminal para o Império⁴⁸¹.

Os projetos que fossem apresentados deveriam compreender tanto as matérias de direito civil em geral quanto aquelas pertinentes aos direitos especiais do comércio, fazenda, obras públicas, pesca, minas, matas, bosques etc.⁴⁸².

Os concorrentes deveriam apresentar seus trabalhos no prazo máximo de três anos; previa-se um prêmio em moeda a todos aqueles que tivessem seus projetos julgados admissíveis; determinava-se a impressão de todos os projetos admitidos ao concurso, acompanhados dos relatórios da comissão e do processo verbal do debate, tudo vendido “por um preço que baste para tirar unicamente as despesas da impressão e brochura”⁴⁸³.

Não há notícia de que o referido concurso tenha sido levado a efeito. Após essa ocasião, as discussões a respeito da efetiva formação de um projeto tornam-se rarefeitas. Contudo, a *figura* do Código permanece sendo invocada em diferentes contextos. Não se identifica, como já observei, qualquer movimento no sentido de negar a codificação; ao contrário, ela sempre aparece como uma inevitabilidade, como se ao *destino da nação* tivesse sido reservado o Código Civil.

Ao mesmo tempo, observa-se que, enquanto as tentativas para organização do projeto, reveladas nas propostas para efetivação de um concurso, tornam-se escassas, aparece a constante referência à *dificuldade* em codificar o direito civil, associada à consequente *morosidade* nesse processo.

Quando dos primeiros debates acerca do “projecto sobre venda de terras e colonização”, volta-se a tratar do Código, com enfoque, nessa ocasião, em traçar a linha

⁴⁸⁰ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 08 de maio de 1830.

⁴⁸¹ *Idem*, sessão de 16 de maio de 1835.

⁴⁸² A disposição está no art. 1º, § 1º, do referido projeto, acessível na ata da sessão de 16 de maio de 1835 nos *Annaes do parlamento*. Interessante notar que na proposta do deputado há um ponto que se tornaria objeto de calorosos debates teóricos nas décadas seguintes do século XIX e que, mesmo hoje, não se encontra de todo pacificado: a unificação do direito privado.

⁴⁸³ *Idem*, *ibidem*.

divisória entre as matérias que deveriam ser reservadas ao Código e aquelas que poderiam figurar na Lei de Terras.

A fala de Euzebio de Queiroz, aos 21 de julho de 1843, põe em questão a ideia do governo de proibir que fossem cedidas ou vendidas a estrangeiros terras localizadas em regiões fronteiriças. O parlamentar defendeu que seria conveniente excluir os estrangeiros não apenas do primeiro título de propriedade e posse de tais terrenos vizinhos a nações estrangeiras, estendendo-a a todas as transferências posteriores. Contudo, indaga, “será este o lugar próprio para adoptarmos uma disposição tão importante (...)?”. Parecia a Queiroz que a matéria teria pouca relação com a do projeto em geral, que tratava da colonização auxiliada pelo produto das vendas de terras devolutas; esse tipo de regramento careceria de um desenvolvimento maior, em lugar mais oportuno: “parece materia mais propria de um codigo civil, de uma lei que trate de transferencias da propriedade”⁴⁸⁴.

Em resposta, o deputado Pacheco aduziu que seria indispensável que a proibição constasse já da lei sobre colonização, rejeitando, assim, a sugestão de que se reservasse a matéria para o Código Civil. “Ora, o nobre deputado”, dirigindo-se Pacheco a Euzebio de Queiroz, “sabe bem as difficuldades que há para a organização de um codigo civil; e se esperarmos por elle, então não sei quando tomaremos a providencia que o mesmo nobre deputado não rejeita”⁴⁸⁵.

Retomando-se o debate, na sessão de 24 de julho de 1843, Euzebio de Queiroz destaca a mudança de rumo que teve o direito francês na matéria discutida. Segundo ele, no *Code Civil* de 1804, havia-se consagrado o *princípio da reciprocidade*, atribuindo-se aos estrangeiros em França a mesma extensão de direitos que poderiam ser atribuídos ao cidadão francês na pátria de cada estrangeiro. E seria por isso que a França em todos os seus tratados cuidaria sempre de estipular sobre direitos de propriedade, sucessão, testamentos etc. Todavia, “em virtude de uma lei feita em 1819, admitia-se que o estrangeiro pudesse suceder até ao nacional”. Questiona, então, o parlamentar: “qual destas jurisprudencias seguiria o juiz brasileiro?”. Queiroz insiste que a discussão deveria ficar reservada para o Código Civil.

Na mesma sessão, seguiu-se a fala de Franco de Sá. Para esse deputado, a matéria seria, de fato, tremendamente importante, mas não comportaria muito maior

⁴⁸⁴ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 21 de julho de 1843.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*.

desenvolvimento do que se poderia conseguir por meio da lei de colonização. Afinal, todos os contratos que fundamentassem meio de transmissão da propriedade não ficariam alterados, exceto no que se refere à *legitimidade*, que ficaria excluída ao estrangeiro nos casos de terras de fronteira.

Acrescenta Franco de Sá que, quanto ao Código Civil, a objeção lhe pareceria ainda mais infundada, pois “importaria um adiamento indefinido, ou muito remoto”⁴⁸⁶. O nobre deputado Queiroz sabia muito bem, de acordo com Sá, “quanto é trabalhosa a confecção de um código civil”. Embora fosse verdade que tivéssemos “nesta matéria bons modelos e exemplares”, seria de conhecimento geral que seria “difficil uma copia em taes assumptos” que pudesse ser “convenientemente applicada ás circumstancias do paiz”. Seria mostra da morosidade e da dificuldade em concertar a codificação da “grande demora que tem tido o corpo legislativo em publicar o código de commercio”; dessa sorte, não se poderia “lisonjear de que o código civil pudesse apparecer com brevidade”. Seria inadmissível, assim, que se resolvesse a questão apenas com o Código Civil, pois, até aquela ocasião, é possível que os governos “que tivessem intenções usurpadoras” já tivessem adquirido terrenos em territórios nacionais por meio de seus súditos, individual ou coletivamente⁴⁸⁷.

Em junho de 1845, retomaram-se os debates sobre o projeto de regimento comum à assembleia geral, remetido pelo Senado à Câmara em 1835. Em meio à discussão sobre a

⁴⁸⁶ Esse tipo de preocupação também se revelava no Senado. Respondendo ao Visconde de Cayrú e ao Marquês de Caravellas, que propunham que se aguardasse pelos Códigos para decidir a respeito da organização de juizes e jurados, o Visconde de Alcantara questionou “onde estão elles? Quando virão? Que taes serão? Quando chegarão a ser approvados pelas camaras, e sancionados pelo Imperados? De certo muito tarde”. Na sessão seguinte, o mesmo senador revisita os mesmos temores: “Quer-se que esperemos pelos codigos: porém, quando teremos nós esses codigos? Qual é de entre nós, o que já apresentou um? Ainda não houve quem o fizesse. Os que temos são hespanhões. E para que havemos de esperar por uma coisa, que talvez que chegue em nossa vida? Ha de entretanto estar um homem no seio da sua casa, ser della levado a uma masmorra sem saber qual é o seu crime, nem o seu accusador?” (*Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1827, Livro 02, sessões de 21 e 22 de julho. Todos os volumes dos anais do Senado do Império estão disponíveis por meio do endereço eletrônico <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp>. Último acesso aos 17 de dezembro de 2016. Doravante, indicarei o ano, o livro e a sessão correspondente ao assunto tratado no corpo de texto).

⁴⁸⁷ *Idem*, *ibidem*. Como cedição, prevaleceu a orientação de Euzebio de Queiroz, de sorte que o art. 1º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, dispunha, unicamente, que ficavam proibidas aquisições de terras devolutas por outro título que não a compra e venda; o seu parágrafo primeiro excetuava, por sua vez, as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, que poderiam ser cedidas gratuitamente.

Esse tipo de discussão, acerca do que se deveria reservar para tratar no Código Civil, já havia sido aventada no Senado, anos antes, pelo então Barão de Cayrú, quando da discussão sobre a lei de laudêmios. Segundo ele, seria prudente reservar o objeto “para o código civil o legislar-se a este respeito, para se fazer um systema coherente, bem distinguindo-se os contractos superficiarios, censuaes, emphyteuticos, locações de longo tempo, colonias perpetuas etc. que entre si têm analogias. Sobre isto ha um *mare magnum* de disputas, que os praxistas têm indicado, reclamando fixa legislação” (*Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1826, Livro 04, sessão de 11 agosto).

proposta da Câmara no sentido de promover a fusão das discussões com o Senado todas as vezes que suas emendas fossem rejeitadas pelos senadores, surgiram interessantes argumentos a respeito da força do balanceamento das fontes de direito no ordenamento nacional.

O deputado Moura Magalhães aduziu que “os precedentes fallão em favor da opinião da câmara (...): Acaso se poderá duvidar da força dos casos julgados, dos arestos, dos precedentes a respeito de corpos legislativos?”. De acordo com ele, se o Senado estivesse, até aquele momento, comportando-se de uma determinada maneira, vincular-se-ia à continuidade de sua conduta⁴⁸⁸.

Continua o deputado, argumentando que a força dos casos julgados, dos arestos e dos precedentes seria absolutamente necessária, tanto no âmbito civil quanto no âmbito político. Continuava Moura Magalhães, aduzindo que assim seria especialmente sob um sistema constitucional que não estabelecesse mais que linhas gerais, “princípios cardeais, fecundos em consequências, e não envolver-se na minuciosidade de questões que podem nascer a cada passo em cada uma das matérias (...)”.

Invoca o deputado, a seguir, a autoridade do direito romano para expressar que o uso, o costume, é verdadeiro intérprete de uma lei. A prática constante serviria, então de aresto, vinculando a conduta futura. Socorre-se, então, o deputado, de Portalis, no discurso preliminar ao *Code Civil*, para aduzir que na falta de um texto preciso sobre cada matéria, o uso constante e bem estabelecido, “uma série não interrompida de decisões semelhantes, uma opinião ou maxima geralmente recebida tem força de lei”.

§ 3º A presença do Código Civil francês. Nota-se que, nos debates parlamentares, toma-se o *Code Civil* de 1804 como paradigmático, tanto no que se refere ao método de organização quanto em relação à sua substância.

Vê-se que, no Senado, quando se debateu o projeto de lei sobre a livre estipulação de juros, o Barão de Cayrú interferiu, assumindo uma posição “conservadora”, segundo ele próprio, temendo que se exigissem dos devedores “usuras mordentes”. Cayrú aduziu saber

⁴⁸⁸ O parlamentar narra uma anedota para ilustrar o seu caso, em que se vê um advogado perante o Senado de Veneza: “este advogado tinha visto decidir um caso de uma maneira, e em outro mez tinha visto decidir um caso identico de um modo differente. Disse então o advogado perante o senado: – *Il mese passato le vostre Eccellenze hanno giudicato cosi; e questo mese, nelle medesima causa hanno giudicato tutto'l contrario: e sempre ben!* (...) O senado até aqui concordou bem, agora nega, sempre bem” (*Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 18 de junho de 1845).

que o autor do projeto estaria lastreado nos mais modernos economistas, encabeçados por Bentham, Say, “além do novo código civil” da França, no capítulo sobre o empréstimo a interesse, que seria fonte próxima do projeto⁴⁸⁹.

O deputado Mendes dos Santos, por exemplo, na sessão 06 de outubro de 1841, aduz a vigência do Código Civil francês no Brasil, em função do § 9º da Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, segundo a qual seria aquele Código aplicável subsidiariamente nas matérias econômicas, mercantis, políticas e marítimas⁴⁹⁰.

Também na Câmara dos Deputados, o *Code Civil* apareceu no contexto dos debates acerca de uma proposta do governo para “realizar por quaisquer operações de crédito” a soma 750:000\$ (750 contos) para o dote de D. Francisca Carolina, além de outros 100:000\$ para o enxoval⁴⁹¹. Cumpre fazer um breve panorama do caso para que compreendamos a alusão ao Código francês.

Um ponto da proposta governamental gerou dúvidas entre parlamentares, pois a parte final do artigo único em debate dispunha que ficaria autorizado o governo a fazer as despesas necessárias para a medição das terras concedidas em função do negócio de casamento. Uma vez que não se tivesse presente o contrato de casamento objeto da discussão, não haveria meios de conhecer que terras foram concedidas, se o governo teria poder de disposição sobre elas etc.⁴⁹².

O deputado Souza Martins, então, esclareceu que o governo não remetera à câmara o negócio em questão, pois não seria este do gênero que necessitaria de aprovação do corpo legislativo. Por essa razão, igualmente, acerca dele a comissão incumbida da análise do projeto para o dote não apresentara parecer algum. Além disso, esclareceu que parte do dote seria dada em moeda, parte em apólices e o excedente em terras devolutas, com 25 léguas, na província de Santa Catarina⁴⁹³.

⁴⁸⁹ *Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1826, Livro 03, sessão de 1º de julho.

⁴⁹⁰ Lembremo-nos que a Lei da Boa Razão não faz menção ao Código Civil francês, ao contrário do que deixa entrever o Sr. Mendes dos Santos: “(...) é doutrina consagrada nos arts. 106 e 107 do código civil francez, se bem me recordo, sendo essa legislação subsidiária entre nós omissos pela disposição da lei de 18 de Agosto de 1769, que em taes casos a manda seguir nas materias econômicas, mercantis, politicas e marítimas”. O § 9º da Lei de 18 de agosto de 1769 aludia às “Leis das Nações Cristãs Cultas e Civilizadas”.

⁴⁹¹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 28 de junho de 1843. Dona Francisca Carolina, filha de D. Pedro I, casar-se-ia com o Príncipe de Joinville, Francisco Fernando de Orléans, como vimos acima, responsável por conduzir de volta à França os restos mortais de Napoleão a partir da ilha de Santa Helena.

⁴⁹² O debate foi suscitado, pois a parte final do artigo único aprovado pela assembleia dispunha que ficava autorizado o governo a fazer as despesas necessárias para a medição das terras concedidas naquele contrato.

⁴⁹³ Veja-se idem, sessão de 28 de junho de 1843.

O deputado Maciel Monteiro acrescentou que careceria de necessidade de ratificação o contrato de casamento, pois, pela Carta Constitucional do Império, estariam sujeitos à ratificação pelo legislativo aqueles tratados internacionais que implicassem cessão ou troca de território; o negócio entre o Imperador do Brasil e o Rei da França, contudo, não contemplaria troca ou cessão, já que não haveria mudança de governo nesses territórios, submetendo-os à jurisdição estrangeira. O que haveria por efeito do negócio seria a “alienação de território feito a um particular” que dele desfrutaria como melhor lhe aprouvesse, mas submetido ao direito e às autoridades brasileiras⁴⁹⁴.

Houve, por outro lado, quem suscitasse que a cessão fosse, a rigor, na qualidade de sesmaria; restaria, então, averiguar se o governo imperial estaria, ou não, autorizado a esse tipo de concessão independentemente de autorização legislativa.

Foi nesse contexto que se chamou a atenção para o art. 5º do negócio de casamento, aventando-se se não poderia ser tal enunciado interpretado como extensão da aplicabilidade do *Code Civil* não apenas aos efeitos civis do casamento, mas também aos bens do casal que se encontrassem no Brasil. O deputado Urbano consultou, então, no decorrer dos debates, o Ministro da Fazenda, no sentido de compreender se, entre os efeitos da estipulação regulados pelo Código francês, não estariam a “posse e domínio dos bens dotados”. O Ministro responde que não estariam abarcados tais efeitos.

O assunto foi retomado na sessão do dia 30 de junho de 1843. O deputado Rezende manifesta-se sobre preocupação com a eventual influência do Código Civil francês que a cessão das terras poderia acarretar na propriedade cedida ao Príncipe de Joinville. O remédio para esse receio, segundo o parlamentar, seria dar ao príncipe “tantos contos em francos, postos em Paris”.

⁴⁹⁴ Expressam-se nos debates, por parte de alguns parlamentares, os termos de que a alienação das mencionadas terras se tornasse uma ameaça ao sossego público pelo risco de formação de populosas colônias estrangeiras no território da província de Santa Catarina. Nesse sentido, a fala do deputado Wanderley: “ninguém ignora que ha um desmesurado desejo, uma propensão muito mal disfarçada em varias nações poderosas da Europa, de estender seus dominios, de apossar-se em diversas posições do globo, de pontos de apoio para proteger seu commercio, dar hida de seus produtos e fazer assim prosperar sua indústria.

“A França sobretudo nos ultimos tempos tem a isto applicado toda a sua politica e força; nós a vimos ir nas ilhas do Pacifico erguer o seu pavilhão protector ao lado da rainha Pomaré, nós vemos com que cuidado se esforça por tornar-se tão poderosa no mar, como já o é no continente. Quando são patentes estes desejos, essa politica, bem semelhante á dos hespanhóes na conquista da America, será muito acertado que em um tratado concedamos terras a uma nação que revela semelhantes pretenções?” (*Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 29 de junho de 1843).

O deputado ainda se refere temerário de que uma instabilidade em Santa Catarina, como uma invasão dos “rebeldes do Rio Grande do Sul”, poderia dar ensejo a uma ação militar francesa para proteger a propriedade de seu príncipe.

A questão é invocada, uma última vez, pelo deputado Peixoto de Brito – que, antes da sessão de 30 de junho, havia feito “proposito firme de não fallar mais” naquele ano, mas desejava, naquela oportunidade, “fazer as pazes com a camara”. A questão é invocada pelo parlamentar como questão de defesa dos interesses nacionais: concedendo-se as terras ao príncipe, dizia o deputado, se acontecesse que ele encontrasse minas de ouro, poderia o governo dispensar nas leis que se pagasse o quinto do outro? Não haveria, para ele, nenhuma dúvida de que o território cedido ficaria regido pelo Código Civil francês; por isso, deveriam os demais deputados “lançar as vistas sobre este negocio com o interesse com que se devem tratar objectos tão importantes ao paiz”⁴⁹⁵.

Em fevereiro de 1845, o *Code Civil* voltou ser objeto de debate na Câmara. O contexto era o das discussões acerca da composição das forças de marinha para o ano de 1846. O Código francês foi, então, invocado pelo deputado Ferraz como paradigma de legislação “de uma nação muito civilizada”. O ponto levantado pelo parlamentar dizia respeito à possibilidade de que um estrangeiro fosse absorvido nas forças armadas do país; segundo ele, um estrangeiro apenas poderia arrolar-se no exército após ter completado a maioria e ter realizado a declaração exigida pelo art. 9º do Código francês⁴⁹⁶.

A imagem do Código francês como paradigmático foi retomada nos debates sobre a lei de reconhecimento de filhos ilegítimos. Em um primeiro momento, o deputado França Leite mostra desconfiança em relação ao projeto, que conteria “muitas disposições tiradas do código civil de França” e poderia ocorrer que tais disposições não fossem completamente adaptáveis ao Brasil, em vista dos costumes, da legislação e da prática do foro, de “nosso direito peculiar”⁴⁹⁷. Ferraz, na discussão do mesmo projeto, preocupa-se, igualmente, com que se seguisse o modelo francês em relação à proscricção da indagação forçada de paternidade, com única exceção feita ao rapto. Segundo ele, o Código Civil francês teria sido taxado de “inconsequente po habeis pennas” quanto a esse ponto⁴⁹⁸.

O deputado Rebouças, por sua vez, afirmou que, para ele, não haveria coisa mais perfeita que projeto em debate; “são as doutrinas do código civil da França, discuido pelas maiores illustrações daquella nação na época em que foi feito e promulgado”. O projeto do

⁴⁹⁵ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 30 de junho de 1843.

⁴⁹⁶ *Idem*, sessão de 05 de fevereiro de 1845.

⁴⁹⁷ *Idem*, sessão de 14 de agosto de 1845.

⁴⁹⁸ *Idem*, sessão de 15 de maio de 1846.

Código francês teria, a rigor, segundo o parlamentar, pretendido uma “razoada reforma dos costumes”⁴⁹⁹.

Contudo, o mesmo deputado Ferraz observou que o Cambacérès, ao longo da Convenção, demonstrara que seria necessário seguir antes a natureza que o costume do povo francês. Seria essa, todavia, a razão por que a legislação do período revolucionário fora abolida pelo Código: o descolamento entre ela e os costumes. Seria esse descolamento entre o sistema do Código francês e os costumes brasileiros que fundamentaria a rejeição de que o recebêssemos por meio da lei⁵⁰⁰. Souza Martins, por sua vez, preferia ver adiada a vigência de qualquer disposição referente à sucessão dos filhos ilegítimos até que se organizasse o Código Civil brasileiro⁵⁰¹.

Por ocasião da discussão acerca do requerimento do deputado Moura Magalhães para criação de novas cadeiras nos cursos jurídicos, Mendes da Cunha faz apologia do estudo do direito romano e da história, afirmando que o Código Civil dos franceses seria o Código mais sábio entre os seus contemporâneos; tal Código, contudo, teria sido feito pelos discípulos de Domat e Pothier; “Domat e Pothier, portanto, fizeram o código civil dos franceses; Bartholo e Cujas fizeram Domat e Pothier, e o digesto fez Bartholo e Cujas”; o Digesto, por sua vez, teria sido feito pelo Código Teodosiano e, este, pela Lei das XII Tábuas. Seria uma “lei soberana” o princípio de que “uma coisa procede necessariamente de outra coisa por um encadeamento que liga os pensamentos aos pensamentos, os actos aos actos, desorte que aquillo que precede seja sempre a razão logica e o germen effectivo do que se segue”⁵⁰².

Argumentos semelhantes já haviam sido postos pelo Senador Visconde de Cayrú quando se tratava da criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda. Não conformou o Visconde com a omissão da cadeira de direito romano, “base do direito pátria”, e que teria servido aos organizadores do *Code Civil* francês como “fonte original, e segura regra”⁵⁰³.

⁴⁹⁹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessões de 14 e 19 de maio de 1846.

⁵⁰⁰ *Idem*, sessão de 15 de maio de 1846.

⁵⁰¹ *Idem*, sessão de 18 de maio de 1846.

⁵⁰² *Idem*, sessão de 12 de junho de 1846. Vê-se, na fala de Mendes da Cunha, algo significativo para o argumento que proponho. O discurso do deputado revela algo do pensamento jurídico brasileiro da primeira metade do século XIX: o Código Civil francês é elevado à categoria de Código mais perfeito do tempo, em um processo de “codificação” que está ligado por diversos elos até o direito romano antigo, sem rupturas. Codificar, assim, seria algo natural, inerente à tradição jurídica, como o último ato de uma cadeia antiquíssima. Não temos, aqui, uma “narrativa compendiária” da história?

⁵⁰³ *Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1827, Livro 01, sessão de 21 de maio.

Nas atas do Conselho de Estado, encontra-se uma interessante discussão que revela a presença do Código Civil francês como paradigmático. Debateu-se, aos 29 de maio de 1856, projeto de lei que visava regulamentar o casamento civil no Império. A proposta era de que o casamento entre católicos continuasse a ser regido pelo direito canônico; casamentos mistos ou entre quem não professasse a religião romana poderiam ser firmados como *contratos civis*, cujas nulidades poderiam ser declaradas apenas pelos Juízes e Tribunais Civis; o projeto admitia, ainda, o divórcio com cessação da eficácia civil do casamento, preservando-se os “efeitos evangélicos” conforme os preceitos do direito canônico ou da religião protestante de que se tratasse⁵⁰⁴.

Justificava-se a medida aduzindo-se que, no que se referisse ao casamento entre católicos, conveniente seria a manutenção da regulação no estado em que encontrava; contudo, quanto aos casamentos de quem estivesse fora do grêmio do Catolicismo, sobre os quais a igreja não teria autoridade e “que não encaram no matrimônio um sacramento”, não haveria razão para que qualquer “dificuldade religiosa pudesse fundamente aparecer em estabelecê-los como contratos civis. A Igreja nada tem com elas”⁵⁰⁵.

Carecendo o país de colonização e da promoção de emigração, não seria medida politicamente sábia dificultar o influxo de quem se dirigisse ao Brasil a partir de países protestantes; “onde vivem promiscuamente populações de crenças diversas, os casamentos mistos necessariamente aparecem; se se não regulam, vem os concubinatos, e o que é pior ainda os casamentos nulos, e irregulares (...)”⁵⁰⁶.

Seguindo-se a orientação de Portalis, dever-se-ia “tolerar tudo o que a Providência tolera”. Se a lei não poderia forçar a conversão religiosa, deveria, então, imitar a natureza “que não vê senão homens nos indivíduos”.

Regulando-se o casamento civil, seria necessário que se estipulassem para ele os impedimentos, nulidades, divórcios e os demais pontos relacionados com a existência, validade e eficácia do negócio. Por quais princípios seriam julgados esses pontos pela Justiça Civil? “Pelo Direito Civil [da] Pátria? Mas esse ou é omissos ou incompleto”, já que algumas questões eram de domínio exclusivo da jurisdição eclesiástica e do direito canônico; o direito canônico seria, por sua vez, em alguns pontos inaplicável ao casamento

⁵⁰⁴ *Atas do Conselho de Estado*, tomo 04, sessão de 29 de maio de 1856, pág. 173. Os documentos estão disponíveis por meio do endereço eletrônico <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/188985>>. Último acesso aos 19 de novembro de 2016.

⁵⁰⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 174.

⁵⁰⁶ *Idem*, *ibidem*, pág. *loc. cit.*

civil; por fim, “querer legislar sobre estas matérias seria difficilima tarefa, e mesmo impolítico suscitar debates sobre tantas questões delicadas simultaneamente”. De acordo com a seção do Conselho, conviria que se mantivesse a religião e a família, o quanto possível, “superiores e estranhas às decisões políticas”⁵⁰⁷.

A solução apresentada, então, seria a adoção do Tít. 6º do Código Civil francês para que regesse a matéria, acomodando o governo, pelo seu poder de ordinário de emitir regulamentos, tal legislação aos juízes e tribunais do Império. Ter-se-ia, com isso, a vantagem adicional de aproveitar “a experiência de uma grande Nação” e evitar “o perigo das dúvidas que se suscitam na aplicação de leis novas”⁵⁰⁸.

Ora, já teria sido “o texto do Código Francês tão comentado, e explicado”, que seria difícil que aparecesse dúvida que não se pudesse resolver pelas regras anteriores à espécie corrente. “Só esta vantagem seria suficiente para que a Seção preferisse este expediente à organização de qualquer trabalho novo, por mais aperfeiçoado que lhe parecesse”⁵⁰⁹. Haveria, então, a possibilidade de, como na Áustria e na Sardenha, adotar-se o Código Civil francês sem ofender a fé católica.

O Visconde de Marangupe, acompanhado de outros conselheiros, expressou desconfiança quanto à medida, pois julgava que o Título 6º do Código Civil francês não seria suficiente para regular os impedimentos, as nulidades, a forma de celebração dos casamentos como contratos civis⁵¹⁰.

O que se destaca desse debate no Conselho de Estado é que se tenha cogitado a adoção, como lei vigente no Império, de parte do *Code Civil*: não só a ideia de Código não é negada, como também se propôs a adoção de uma seção de Código já pronto, já debatido, justamente como medida para evitar a politização de matérias referentes à família e religião.

3.2.2. Código, memória e presentificação no Império brasileiro

Iniciei este capítulo afirmando que o Código era, ao longo da primeira metade do século XIX, efetivamente *novo*; ele não promove a *novidade*, mas é produto de uma

⁵⁰⁷ *Atas do Conselho de Estado*, tomo 04, sessão de 29 de maio de 1856, pág. 179.

⁵⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, págs. 179-180.

⁵⁰⁹ *Idem*, *ibidem*, pág. 180.

⁵¹⁰ *Idem*, *ibidem*, págs. 187-188.

corrente de pensamento que o idealiza. Foi possível entrever, a partir dos documentos analisados no tópico antecedente, que a figura do Código funcionou como constante rememoração de que *teríamos*, em breve, um sistema de direito civil codificado. O Código e o modo de lidar com ele serviram, portanto, como suporte para o amoldamento da identidade jurídica nacional.

Essa *rememoração* a respeito do *Código que está por vir*, somada às referências ao Código francês, tomado como modelo – tudo já no âmbito da mentalidade *reformada* a partir das medidas político-pedagógicas da administração pombalina –, concorreram para a *presentificação* do Código entre nós. Não tínhamos o Código, não tínhamos nem sequer um projeto de Código; todavia, nosso discurso jurídico já comportava essa figura, sem hesitar a respeito de sua necessidade e utilidade.

Presentificar é tornar presente o que está ausente ou não representado; o indivíduo acometido por uma alucinação não apenas vê *representado* o objeto, mas o *presentifica*, agindo como se estivesse diante daquilo que, a rigor, tem existência apenas em sua mente.

A *apresentação* da ideia de Código, como levada a efeito ao longo dos primeiros decênios do século XIX no Brasil, torna-o *presente* entre nós, como uma experiência própria do seu tempo. A sua *genealogia*, que remeteria à Antiguidade, garantiria sua *antiguidade (pastness)* e inserção como elemento da tradição jurídica ocidental.

Como argumentei no capítulo primeiro deste trabalho, o que chamamos hoje de *Civil Law* é uma tradição jurídica recriada, reinaugurada, na modernidade; a figura do Código joga um papel importante nessa reconfiguração. É ele, sobretudo, o responsável por afastar a *nobreza de toga* do controle sobre a criação e interpretação do direito; é ele, portanto, o símbolo do que nos divorcia, na Idade Contemporânea, do outro termo da dicotomia, o *Common Law*.

Na formação do direito brasileiro, a figura do Código participa como um *lugar de memória* que *presentifica* o *ausente* e fomenta a determinação, desde logo, de nossa aderência ao que, hoje, chamamos *Civil Law*.

As fontes do direito português, que compartilhávamos ao longo do período colonial, foram ressignificadas sob o signo da provisoriedade, como se vê pelas promessas de codificar contidas na Lei de 23 de outubro de 1823 e na Carta Constitucional de 1824.

Tal provisoriedade continuou a ser reiterada em diferentes setores do discurso jurídico ao longo do século XIX. O deputado Pacheco, por exemplo, na sessão da Câmara de 29 de julho de 1843, lembra que, “quando se mandou que as leis portuguesas servissem como nosso código civil, foi porque nós nos constituíamos então em nação independente”; desse modo, não dispúnhamos, ainda do aparato para que nos regêssemos: “não estávamos organizados, éramos governados por aquelas leis, e força foi que continuassem: foi um acto filho da grande lei da necessidade”⁵¹¹.

Essa tarefa de ressignificação parece ter expressão bem acabada na *Consolidação das Leis Civis*, encomendada pelo governo imperial junto a Augusto Teixeira de Freitas em 1855 e publicada em 1858⁵¹². Sem conter enunciado normativo original, a obra procede ao *mapeamento* e à *sistematização* do direito civil então vigente no Brasil. Os preceitos foram organizados segundo uma metodologia que, se por um lado já não era absolutamente original do ponto de vista doutrinário, era, por outro, ainda inédita no campo legislativo, em qualquer outra parte do mundo, com a bipartição em *parte geral* e *parte especial*.

Tanto a inovação metodológica quanto o conservadorismo em relação ao conteúdo – que era, aliás, o propósito da obra – são aproveitados pela historiografia para esquadriñar uma identidade jurídica nacional que se diferencia da portuguesa por ser, justamente, menos suscetível à inovação material e ter permanecido fiel à tradição jurídica lusitana de modo mais contundente que o próprio direito português⁵¹³.

⁵¹¹ *Annaes do parlamento brasileiro*, sessão de 29 de julho de 1843. Acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/DocReader/132489/21132>>. Último acesso aos 17 de dezembro de 2016.

⁵¹² A respeito da *Consolidação*, em especial, da *Introdução*, que lança as bases metodológicas e constitui a porção verdadeiramente original da obra de TEIXEIRA DE FREITAS, veja-se POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006.

⁵¹³ Veja-se a esse propósito, por exemplo, PAULO MERÊA, referindo-se já ao produto final do processo de codificação civil brasileiro, o Código promulgado em 1916, cujo projeto primitivo foi de autoria de Clóvis Beviláqua: “não se deve supôr que o novo Código vem introduzir no sistema jurídico brasileiro transformações radicaes. Isso, que seria um erro formidavel, foi cuidadosa e sabiamente evitado pelo autor do projecto primitivo (...). Cumpria que a obra se ligasse organicamente ao passado, que fosse, não uma criação *exnovo* [*sic*], mas sim o terminus natural e lógico da evolução jurídica brasileira, e isto sem que, por outro lado, se cahisse num exagerado misoneismo.

(...)

Na sua parte técnica, o código merece que se lhe não regateiem elogios pela forma por que se evitaram os dois grandes escolhos do legislador: o perigo do exagero doutrinário, (...) e o do exagerado detalhe de regulamentação, da exposição casuística das materias, que é um entrave à tarefa do intérprete e do juiz” (*Código Civil brasileiro*. Lisboa: Livraria Classica, 1917, págs. XIV-XV).

O direito civil luso-brasileiro pré-codificação foi o labirinto em que adentrou TEIXEIRA DE FREITAS para elaboração da *Consolidação*⁵¹⁴; *sistema e método* foram os fios de Ariadna que o guiaram para dali tirar a *forma* do Código Civil, compreensível e manuseável.

A pluralidade e a desorganização das fontes decorreriam, segundo TEIXEIRA DE FREITAS, de serem as Ordenações “pobríssimas” e reclamarem “copioso suplemento”. Diversas eram as remissões ao direito romano e ao canônico; além disso, após a Lei de 18 de agosto de 1769, ter-se-iam dado “largas ao arbítrio com o título de *boa razão*”; por isso, menos se estudaria o direito brasileiro “pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão”⁵¹⁵.

O plano do governo, de consolidar por *títulos* e *artigos*, reduzindo as proposições do direito *antigo* a uma *nova* forma, foi seguido com rigor por TEIXEIRA DE FREITAS. A redação, como já dito, não continha conteúdo normativo original, mas tratava-se, efetivamente, de uma redação *nova* de uma estipulação *antiga*.

Consistiria, então, a Consolidação em uma *reapresentação* do direito vigente em um *estilo novo*, o *estilo do Código*⁵¹⁶; estaria perfeita, então, a *presentificação* do Código que não tínhamos: nosso direito civil *foi* codificado.

Certamente, poder-se-ia supor que a substituição material do direito anterior pelo *direito nacional* teria um caráter importante de afirmação para uma nação recém-independente. Todavia, isso ainda teria que aguardar até um segundo momento, quando, após a proclamação da República, a ideia de Código encerra uma concepção de ruptura e substituição de fontes, não apenas ao que se referisse ao direito colonial ou ao direito português, mas ao direito do Império; assim, o Código pode ser visto, em primeiro lugar,

⁵¹⁴ A historiografia jurídica nacional costuma transmitir a ideia de que, efetivamente, as fontes do direito civil encontravam-se em estado caótico até que interviesse a obra de TEIXEIRA DE FREITAS. Segundo VAMPRÉ, antes de TEIXEIRA DE FREITAS, o direito luso-brasileiro encontrava-se em estado de obscuridade e antinomia (*O que é Código Civil*. São Paulo: Pedro de S. Magalhães Filho & Irmãos, s.d., pág. 08).

⁵¹⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Introdução. In: *Introdução à Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. *fac-similar*, Brasília: Senado Federal, 2003). Esse estado é o que SAMUEL BARBOSA definiu como *complexidade do direito civil*: “primeiramente, a abundância de diferentes tipos de atos legislativos que não formavam um sistema, mas um ‘*aglomerado variável*’; em segundo lugar, a vigência das Ordenações Filipinas mediada pelos sacerdotes de uma ‘longa jurisprudência inculca e incerta’ apoiada no Digesto (...)”; “e, por fim, a tensão entre essa jurisprudência e a Lei da Boa Razão” (BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 362).

⁵¹⁶ Cfr. BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Op. cit.*, pág. 370.

como um projeto político do Império recém-emancipado e, em momento posterior, como projeto político da jovem proclamada República.

Parece-me, inclusive, que não seja exagero supor que o Código acompanha o programa federalista. Uma vez que a Constituição de 1891 criou a federação, a unicidade do regramento civil serviria, certamente, de fomento à continuidade da unidade nacional, além da promoção da centralização jurídica e política.

Desse modo, segundo a historiografia, embora, ao final do processo de codificação, o direito brasileiro permanecesse semelhante, quanto ao conteúdo, ao direito *antigo*, isto é, ao *velho* direito português de que, justamente, se queria afastar, os preceitos normativos foram ressignificados por meio de uma nova fonte formal e um novo método de organização, cujo papel político, repito, é o de ruptura: o Código Civil. O alegado *conservadorismo* do Código Civil brasileiro foi aproveitado como elemento da identidade jurídica nacional⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Essa ordem de ideias será mais bem explorada no Capítulo IV desta tese.