

# SISTEMATIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL ÀS VÉSPERAS DO CÓDIGO DE 1916: ANÁLISE EMPÍRICO-DOCUMENTAL DOS ARQUIVOS DA BIBLIOTECA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO<sup>1</sup>

SYSTEMATIZATION OF CIVIL LAW ON THE EVE OF THE 1916 CIVIL CODE: EMPIRICAL-DOCUMENTARY ANALYSIS FROM THE ARCHIVES OF SÃO PAULO LAW SCHOOL LIBRARY

Rafael Mafei Rabelo Queiroz\*

## Resumo:

Este artigo investiga a maneira como os juristas e operadores do direito brasileiro atendiam suas demandas por sistematização nos anos imediatamente anteriores ao Código Civil de 1916. Seu objetivo é problematizar a visão de que uma única obra de doutrina – a *Consolidação das Leis Cíveis* de Teixeira de Freitas – cumpria este papel, sem negar a evidente relevância daquele trabalho. Com base em evidências documentais primárias, obtidas nos livros de atas de consulta da Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo entre 1892 e 1916, o artigo mostra como um conjunto muito maior de autores, inclusive estrangeiros, era de fato utilizado para esses fins.

Palavras-chave: Código Civil de 1916. Codificação. Teixeira de Freitas. Direito Romano. Direito Privado.

## Abstract:

This paper investigates the way jurists and operators of the Brazilian Law used to attend to their demands using a systematization process in the years immediately preceding the Brazilian 1916 Civil Code. The objective is to problematize the view that the one single doctrine work - the *Consolidação das Leis Cíveis* by Teixeira de Freitas - accomplished this role without denying the obvious importance of its successor work. Based on primary documentary evidences obtained in the consultation record books from São Paulo Law School Library from 1892 and 1916, the article shows how diverse was the set of authors - including foreigners - they made use of to accomplish this purpose.

Keywords: Brazilian 1916 Civil Code. Codification. Teixeira de Freitas. Roman Law. Private Law.

## 1. Introdução

O ano de 2016 marca o centenário do Código Civil de 1916. Trata-se de um marco na história do direito brasileiro: além de ter sido o diploma vigente para o

---

<sup>1</sup> Texto elaborado em razão do Colóquio “Cem Anos de Codificação Civil Brasileira”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no mês de Agosto de 2016.

\* Professor Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

regramento das relações privadas na maior parte do século XX, foi também representativo do sucesso, embora tardio, da codificação do direito privado brasileiro.

A codificação é tarefa politicamente difícil onde quer que tenha sido tentada. No caso do direito civil, foi particularmente complicada no Brasil. Às polêmicas advindas da substituição do direito pré-codificado, recheado de costumes empiricamente validados pelo comportamento conforme da população, por uma peça legislativa única, compreensiva e de pretensões totalitárias, somaram-se contendas especificamente jurídicas, não sem traços de disputas pessoais, envolvendo grandes nomes do direito brasileiro da época.

A codificação é um tema tipicamente adequado para estudos históricos comparativos: sua dinâmica, em cada local onde foi implementada, revela muito sobre como uma comunidade jurídica particular recebeu e metabolizou a onda reformista emanada do Iluminismo revolucionário europeu. Com isso, é possível interpretar não apenas os contornos específicos da codificação em países particulares por comparação a seu epicentro – a França napoleônica – como também identificar suas singularidades, por comparação com outras nações com histórias políticas e jurídicas paralelas. Para o caso brasileiro, os parâmetros seriam as novas repúblicas independentes da América Latina das primeiras décadas do século XIX.

Neste texto, procuro oferecer alguma contribuição aos estudos da codificação do direito civil brasileiro valendo-me de uma pequena inovação metodológica. Em adição às fontes históricas normalmente empregadas em estudos análogos, tais como projetos legislativos, debates parlamentares e livros de doutrina produzidos *in illo tempore*, minhas conclusões serão também baseadas em uma fonte primária até aqui pouco considerada nos estudos histórico-jurídicos nacionais: os registros documentais de livros consultados na biblioteca jurídica mais antiga e, àquela altura, mais relevante do país, a Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo.<sup>2</sup> Por refletirem os livros de fato buscados por estudantes e profissionais do foro paulistano, esses documentos fornecem dados que permitem uma interpretação do que chamo aqui de “economia intelectual da codificação”, isto é, as ofertas e as demandas práticas e teóricas por conhecimento sistematizado do direito civil pré-codificado.

Além desta introdução, o artigo é dividido em três outras partes principais. Na Seção 2, apresento uma breve cronologia dos esforços de codificação brasileiros anteriores à obra de Clóvis Bevilacqua, com destaque para as contribuições de Augusto Teixeira de Freitas, a quem o governo imperial encomendou um código na década de 1850. Embora o trabalho de Freitas não tenha levado diretamente à promulgação de um

---

<sup>2</sup> Atualmente, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

código, seus esforços são de inegável importância para a racionalização e sistematização da ordem jurídica privada no século XIX. A seção seguinte (3) apresenta algumas das principais hipóteses históricas que se propõem a explicar a incapacidade do governo em pôr em vigor um Código Civil até o ano de 1916, fazendo com que o direito privado pré-codificado tenha experimentado no Brasil uma longevidade que não teve em nenhum outro lugar. Na Seção 4, confronto essas hipóteses com outra, aqui chamada economia intelectual da codificação, buscando identificar outros motivos que podem ter contribuído para o incremento da demanda por um código de modo a criar, finalmente, o impulso necessário à superação de seus esperados entraves políticos. Observações finais vêm ao fim, a título de conclusão.

## 2. Uma breve cronologia

Para os propósitos relevantes à presente discussão, a América do Sul dos anos 1800 foi impactada por três fenômenos jurídicos distintos, porém relacionados: a onda das independências; a onda republicana; e a onda codificadora. A onda das independências implica, é claro, a negação do status colonial: de 1810 a 1820, emergiu em Argentina, Paraguai, Chile, Equador, Colômbia e Venezuela; e em 1830, já havia atingido Brasil, Uruguai, Peru e Bolívia. Em todos os lugares com exceção do Brasil, a rejeição do status colonial implicou negação de governos monárquicos, o que impulsionou a segunda onda: novas repúblicas emergiram em todo o continente – o Brasil, ao contrário e como exceção que só confirma a regra geral, permaneceu sob regime monárquico até 1889. Finalmente, tanto nas repúblicas quanto na monarquia brasileira, os movimentos de independência clamavam pela substituição das antigas legislações coloniais vigentes à época, que haviam sido produzidas diretamente pelas antigas metrópoles (Portugal e Espanha), ou sob seu domínio. Por essa janela de oportunidade, o tema da codificação do direito emergiu com força na América Latina.

Para as elites políticas e jurídicas dessas novas nações, cujas culturas jurídicas haviam crescido sob influência do direito romano continental, o Iluminismo era uma estrela guia e a rota dos códigos parecia de sentido obrigatório: juristas e lideranças políticas dos *lumières* deram largada à “obstinação codificadora” dos imperadores e presidentes do século XIX em boa parte do mundo ocidental,<sup>3</sup> tanto nas antigas metrópoles quanto nas antigas colônias. A legislação privatista, que se ocupava de aspectos básicos da vida civil e negociais, era tratada com natural prioridade: até 1845, os atuais estados da Bolívia e Peru haviam promulgado seus códigos, assim como a Colômbia;<sup>4</sup> chegado o

<sup>3</sup> A análise, assim como a expressão “obstinação codificadora”, são de Grossi (2007, p. 92-94).

<sup>4</sup> O primeiro código civil boliviano veio em 1830; os estados do Norte do Peru e do Sul do Peru, da

ano de 1876, quando o Paraguai adotou o Código Civil Argentino de 1869, quase todas as nações independentes de nosso continente operavam sob a vigência de um código civil. A exceção, novamente, ficava por conta do Brasil. O quadro torna-se ainda mais pitoresco ao levarmos em conta que a Argentina – e, por corolário, também o Paraguai – tinha um código extensamente baseado no esboço escrito por Teixeira de Freitas, que não chegou a tornar-se código por aqui.

A falta de codificação do direito civil tampouco pode ser facilmente atribuída à pouca vontade política: a Coroa, também, tinha um senso de urgência relativo ao Código Civil. A Constituição de 1824 determinava que novos códigos, um civil e um criminal, baseados nos princípios de equidade e justiça, fossem elaborados “o quanto antes”.<sup>5</sup> O Código Criminal brasileiro foi escrito e aprovado rapidamente, ganhando vigência já em 1830. Um Código de Processo Criminal veio em seguida, em 1832, de modo que os códigos no Brasil já não eram tabu desde então. Mesmo no direito privado houve avanços codificadores, com a publicação do Código Comercial em 1850.

Na época da independência brasileira, em 1822, as Ordenações Filipinas eram a legislação vigente. Originadas no reino de Felipe II, haviam sido promulgadas em 1603.<sup>6</sup> Assuntos de direito civil eram regulados principalmente em seu Livro Quarto. Embora fossem frutos dos primeiros esforços da legislação real em obter supremacia sobre suas concorrentes normativas, como o Direito Romano, os juristas medievais, os costumes locais e o Direito Eclesiástico, as Ordenações eram, na prática, ladeadas por essas outras normas no cotidiano da vida jurídica imperial, tanto em Portugal quanto no Brasil colonial. Nas precisas palavras de Fonseca, o sistema jurídico brasileiro era “tipicamente autóctone”, com grandes lacunas nos estatutos reais sendo preenchidos por direitos locais, decisões de tribunais e outras fontes não legisladas (FONSECA, 2012, p. 117). A conhecida Lei de 18 de Agosto de 1769 – Lei da Boa Razão –, promulgada graças ao esforço do absolutista ilustrado Marquês de Pombal, teve sucesso moderado em sua pretendida varredura do Direito Romano e dos juristas medievais da prática jurídica portuguesa.

Para confrontar este cenário, as elites políticas e jurídicas brasileiras passaram a clamar por uma reorganização da legislação civil nacional ao menos desde os anos 1840. Em 1845, Carvalho de Moreira, importante advogado da Corte, propôs uma codificação geral do direito civil e processual civil do Brasil, alegando ser caótica a legislação então vigente (MOREIRA, 1862). Eusébio de Queiroz, outro entusiasta da

---

confederação Peru-Bolívia, promulgaram os seus em 1836; e a Bolívia, novamente, aprovou um novo código em 1845 (GUZMÁN BRITO, 2001).

<sup>5</sup> Constituição Política do Império do Brasil. (1824), art. 179, XVIII.

<sup>6</sup> Para uma apreciação geral das Ordenações Filipinas, v. Silva (1991, p. 285 e ss.).

codificação da mesma época, impulsionou a iniciativa em 1851, quando foi ministro da Justiça, valendo-se de uma espécie de atalho: ao invés de redigir um código nacional, propôs que fosse adotado o trabalho doutrinal do jurista português Corrêa Telles, que organizava as regras do direito civil de Portugal em princípios gerais e regras específicas de modo sistemático e compreensivo (OCTÁVIO, 1933, p. 17-18). Em seguida, mudou de estratégia e tentou convencer Nabuco de Araújo, um respeitado jurista e político do século XIX, a redigir um projeto de código. Não teve sucesso (NABUCO, 1997, v. 2, p. 1.051-1.074).

Passos mais decisivos para a promulgação de um código civil brasileiro foram tomados em 1855. Naquele momento, Augusto Teixeira de Freitas passou a figurar, como protagonista, na narrativa da codificação. Freitas tornara-se conhecido como advogado no Conselho de Estado, (MEIRA, 1983, p. 90) o cume da alta cultura jurídica brasileira da época.<sup>7</sup> O já mencionado Nabuco de Araújo, que sucedeu Eusébio de Queiroz no ministério da Justiça, era admirador de seu trabalho desde então, e decidiu convidá-lo a redigir o código civil brasileiro. Freitas então propôs que, anteriormente ao código propriamente dito, as leis civis vigentes fossem primeiramente consolidadas de modo sistemático, à moda do que Corrêa Telles fizera com sua ordenação portuguesa. Solicitou um prazo de cinco anos,<sup>8</sup> mas logrou entregar esse primeiro trabalho pouco mais de dois anos depois, em 1857 (FREITAS, 1857).

A *Consolidação das Leis Civis* de Teixeira de Freitas foi um notável esforço organizador das normas de direito civil de seu tempo.<sup>9</sup> O trabalho fazia críticas à grande quantidade de fontes jurídicas dispersas que o Brasil havia herdado do antigo regime português: numa carta ao Ministro da Justiça que o havia confiado a tarefa codificadora, ele se referia às fontes válidas do direito civil como “um caos” de leis que remetiam a “épocas desviantes”.<sup>10</sup>

Embora muitos historiadores (corretamente) apontem a influência dos privatistas alemães nos trabalhos de Freitas,<sup>11</sup> é relevante destacar que a estrutura da

<sup>7</sup> Sobre o Conselho de Estado e sua importância durante o Século XIX no Brasil, v. Lopes (2013).

<sup>8</sup> Para o convite de Nabuco de Araújo, a resposta de Teixeira de Freitas e o prazo de cinco anos, v. Meira (1983, p. 91).

<sup>9</sup> De acordo com outro importante civilista da época, Lourenço Trigo de Loureiro, tais fontes compreendiam as seguintes: as Ordenações Filipinas de 1603 e toda a legislação extravagante, cartas de leis, cartas patentes, regimentos reais, alvarás, cartas régias, decretos e resoluções. Adicionalmente, fontes suplementares do direito foram também consideradas, tais como: assentos da Casa de Suplicação, usos e costumes, direito romano, opiniões de juriscônultos e as leis de outras nações modernas (cristãs). Cf. Loureiro (1883, v. 1, p. 19-21).

<sup>10</sup> *Apud* (MEIRA, 1983, p. 92).

<sup>11</sup> Segundo Meira (1983, p. 228), que fez o mais detido estudo da vida e da obra de Teixeira de Freitas, ele não lia alemão. Seu contato com a doutrina germânica vinha provavelmente de tradutores franceses, que respondiam pela maior parte de suas referências bibliográficas.

*Consolidação* assemelha-se bastante ao Código de Napoleão, de 1804, que se dividia em três livros: pessoas (I), propriedade (II), e os vários modos de transação de propriedades entre pessoas (III). Embora o trabalho de Freitas tivesse apenas duas grandes partes (geral e especial), seu conteúdo é claramente marcável por referência a uma teoria das pessoas, uma teoria das coisas (*res*), e finalmente uma teoria geral da riqueza e do crédito, (MEIRA, 1983, p. 131) dispersas dentro de provisões específicas sobre os vários institutos de direito civil.

A *Consolidação* foi prontamente aprovada pelo governo imperial. Segundo privatistas brasileiros que já estudaram a história de nossa codificação, o trabalho tornou-se a principal referência sobre as provisões vigentes de direito civil para os operadores do direito brasileiros: sua publicação supostamente dispensava remissões ao Direito Romano e às Ordenações Filipinas, ainda que elas formassem boa parte da matéria prima consolidada na obra de Freitas.<sup>12</sup>

O Decreto Imperial n. 2.337, assinado em 11 de janeiro de 1859, encomendou a Freitas a versão final do Código. A obra deveria seguir o esquema proposto pela *Consolidação*. O prazo estipulado para a conclusão da empreitada era de três anos.<sup>13</sup>

Contudo, Freitas optou por elaborar uma obra intermediária entre a *Consolidação* e o código final – o chamado *Esboço de Código Civil*. Ela deveria ser publicada em fascículos e circulada entre os juristas da época, recebendo críticas e sugestões de melhoria, que poderiam eventualmente ser incorporadas à versão final do projeto de código (OCTÁVIO, 1933, p. 25).

Conforme planejado, os dois primeiros livros desta segunda empreitada saíram em 1860 e 1861. Tratavam de pessoas e direitos pessoais em geral, inclusive no âmbito das relações familiares. Apenas em 1865 Freitas publicou o próximo volume de seu esboço, sobre direitos pessoais dentro das relações civis. Àquela altura, o conjunto dos três livros já resultava em mais de 3.000 artigos. Havia outros 1.300 prontos para serem publicados, e 200 mais em estágio avançado de redação, relativos aos direitos de propriedade. Concluídas essas partes, faltariam apenas partes menores, como as relativas a sucessões e concorrência de credores (OCTÁVIO, 1933, p. 25). Freitas estava bastante atrasado em relação ao cronograma que lhe fora encomendado, a despeito de seus enormes esforços.

A reação dos juristas brasileiros ao *Esboço*, contudo, foi pouco entusiástica. Em 1863, o governo imperial instituiu uma comissão revisora da obra, composta de

<sup>12</sup> Sobre a dispensa às referências a materiais do Antigo Regime, v. Octávio, (1933, p. 24).

<sup>13</sup> ‘Decreto n. 2.337, de 11 de Janeiro de 1859. Approva o contracto celebrado com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas para a redacção do projecto do Codigo Civil do Imperio. (BRASIL, 1859).

ilustres juristas e práticos do direito, além de políticos da época com formação jurídica.<sup>14</sup> Caetano de Campos, que tivera, anos antes, uma notória e amarga disputa com Teixeira de Freitas sobre partes de sua *Consolidação*, era o decano do grupo e emitiu a opinião mais abrangente, sobre a qual os demais elaboravam as suas. Começando pelo Livro Preliminar – uma introdução à moda do *Tire Préliminaire* do Código de Napoleão – Campos criticou o *Esboço* duramente, propondo emendas em quase todos os seus artigos. Indagava a pertinência dos dispositivos preliminares, que não eram parte da *Consolidação* que, segundo a encomenda governamental, deveria ser a matriz do código. Como Silvio Meira relata em grande detalhe, esta polêmica tomou muito do trabalho da comissão (MEIRA, 1983, p. 218 e ss.).

O *Esboço* de Teixeira de Freitas era uma obra colossal, de mais de 5.000 artigos. O modo de proceder da comissão, com cada um de seus membros analisando os artigos um a um, fazia da tarefa do grupo uma missão sem fim. Conforme progrediram as sessões, o volume de críticas agigantou-se desmesuradamente. As divergências entre Freitas e a comissão de revisores eventualmente tornaram-se acachapantes: em 1867, dez anos após a publicação bem-sucedida da *Consolidação das Leis Civis*, Teixeira de Freitas escreveu uma carta ao governo imperial renunciando à incumbência de redação do Código Civil.<sup>15</sup> Seu trabalho, entretanto, encontraria guarida na legislação de países vizinhos: o projeto de Código Civil Argentino de 1871, escrito por Velez Sarsfield, costuma se apontar espelhado no *Esboço* do autor brasileiro. O diploma vigeu não só na Argentina como também no Paraguai.<sup>16</sup>

### 3. A falta de um Código Civil no império: as hipóteses prevalentes

Por que razão o Brasil, ao contrário dos demais países independentes da América do Sul do mesmo período, não logrou êxito em promulgar seu código civil? Por que o trabalho de Teixeira de Freitas, influente nas codificações de outras nações

<sup>14</sup> A comissão era inicialmente composta por Paulino Soares de Souza (Visconde do Uruguai), Nabuco de Araújo, José Mariani, Lourenço José ribeiro, Francisco Furtado, Antônio J. Ribas, Brás Florentino Henriques de Sousa e Caetano Alberto Soares. Houve algumas substituições ao longo de seu funcionamento: Joaquim Marcelino de Brito substituiu Mariani; José Carlos de Almeida Areas substituiu Furtado, que pouco depois voltaria à comissão no lugar de Araújo; e Jeronimo Figueira de Melo substituiu Ribeiro. Para um breve currículo de cada um, v. Meira (1983, p. 217-218).

<sup>15</sup> Para Octávio (1933), oscilações nas concepções codificadora de Teixeira de Freitas foram a causa mais relevante de abandono de seu projeto. Embora a razão desta afirmação não fique absolutamente clara em seu artigo, é possível que se refira às diferenças estruturais entre a *Consolidação* e o *Esboço*.

<sup>16</sup> Meira (1983, p. 387 e ss.) fornece vastas referências bibliográficas e faz detalhadas comparações entre o *Esboço* de Freitas e o projeto de Sarsfield.

do continente e mesmo em locais mais remotos,<sup>17</sup> não bastou para nós? Essas questões ocupam os historiadores do direito privado brasileiro há um bom tempo.

Grande parte dos autores aponta para a escravidão como a questão central a ter impedido a codificação do direito civil brasileiro durante o século XIX.<sup>18</sup> A despeito de ser amplamente condenada pela elite política e jurídica da época, desde os primórdios de nossa história independente, a economia nacional prosperou sobre base agrícola, fundada em grandes propriedades monocultoras, seguindo na mesma trilha estabelecida durante a época colonial. Enquanto as plantações estivessem em fase de expansão, a demanda por trabalho escravo era alta. A aprovação das leis anti-escravidão, ou o seu fazer valer na prática, eram tarefas difíceis e politicamente custosas, que não foram priorizadas até a segunda metade do século retrasado.

Dado que o código civil era, na visão de Teixeira de Freitas, um documento legislativo feito para valer indefinidamente, a ser legado para gerações futuras, tanto ele quanto o governo partiam da premissa de que a escravidão deveria ser ignorada em seu texto.<sup>19</sup> O código seguiria, assim, a mesma estratégia da Constituição de 1824: promulgada em uma terra onde a maior parte da população era de africanos cativos, mesmo assim não trouxe palavra sobre a escravidão e os direitos e deveres a ela associados. Do ponto de vista do direito privado, a regulação da escravidão e de seus problemas típicos, tais como a responsabilidade civil por danos causados por escravos, o status jurídico das filhas e filhos de escravas, etc., deveriam ser regulados por legislação especial, que perderia o objeto uma vez emancipados os escravos, sem deixar rastros no texto principal do código. Essa intencionada legislação especial era apelidada de “código negro”. Tal estratégia legislativa é assemelhada ao que aconteceu na codificação criminal do Império: o Código Criminal de 1830 foi eventualmente complementado pela Lei de 10 de junho de 1835, que previa penas duras para rebeliões de escravos,<sup>20</sup> sem bem que o texto original do código fazia menção a escravos em poucas de suas passagens.

A escravidão era, com certeza, um ponto de tensão dentro da discussão do esboço de código. Mas ela não deve ser superestimada como um impedimento à codificação. Primeiramente, como já se apontou, ela não impediu a promulgação de outros estatutos de faceta liberal, tais como o Código Criminal de 1830. Adicionalmente, o estado da Louisiana, nos EUA, fornecia o exemplo de como codificação civil e escravidão podiam conviver: seu Código Civil de 1825 regulava extensamente as questões jurídicas

<sup>17</sup> Para a influência do trabalho de Freitas nos códigos de outros países, v. Meira (1983, p. 267 ss.).

<sup>18</sup> Ver Fonseca (2012, p. 123 e ss.) para a incompatibilidade entre o código pretendido e os interesses da elite agrária; também Grinberg (2002, p. 315 e ss.).

<sup>19</sup> O já mencionado Decreto Imperial 2337 (1859) especificamente proibia qualquer menção à escravidão.

<sup>20</sup> Para uma interpretação do Direito Penal brasileiro no século XIX de um ponto de vista do controle social dos escravos, v. Ribeiro (2005).



relativas a escravos e as relações destes com seus senhores, com terceiros e entre si. Tal diploma, aliás, foi um dos que Teixeira de Freitas usava como referência para seu próprio trabalho.

As contendas acerca da escravidão surgiram principalmente após a publicação de seu primeiro trabalho, a *Consolidação*, e antes do *Esboço*. Duas foram as principais. A primeira, e mais intensa, opôs Freitas e Alberto Caetano de Campos, outro importante advogado do Rio de Janeiro. A disputa ocorria na sede do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), e tinha por objeto principal o *status* de filhos e filhas de uma escrava que, a despeito de ter sido emancipada, estivesse sob servidão temporária no momento do parto, o que normalmente acontecia para indenizar seu proprietário pela perda decorrente de sua libertação. Segundo Campos, os nascidos nesta condição deveriam ser livres; mas, para Freitas, seguindo a lógica do Direito Romano, nasciam escravos. A pedido deste último, a questão foi submetida à votação no conselho do IAB, quando sua tese, largamente defendida com base em fragmentos de Ulpiano,<sup>21</sup> foi derrotada por 8 a 7. Teixeira de Freitas recebeu mal o resultado, tendo acusado seus colegas de IAB de agirem por motivações políticas e de traírem a pureza do Direito Romano. Em outras situações, mesmo quando a abolição era irreversível e iminente, Teixeira de Freitas preferiria a integridade da tradição jurídica sobre a inovação em matéria de escravidão.<sup>22</sup>

A segunda polêmica, ocorrida em 1859 e em tons mais amenos, opôs o autor do projeto de código e Antônio Pereira Rebouças, um respeitado advogado do Brasil imperial que era ele próprio descendente de ex-escravos.<sup>23</sup> O debate cuidou de questões de emancipação mandatária: se um senhor recebesse uma proposta razoável pela libertação de seu escravo, feita pelo próprio escravo ou por um terceiro que desejasse comprar sua liberdade, podia ele recusá-la sem mais? A abordagem conservadora de Freitas se mostrava também aqui: contra a opinião de Rebouças, ele sustentava, com base em fragmentos romanos, que a propriedade de alguém, o que incluía seus escravos, não lhe podia ser tirada à força.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> ULPIANO (Fragmentos), T. II, 1 & 2: “Um escravo cuja libertação condicional seja determinada sob os termos de um testamento é chamado *Statuliber*; Ele permanece escravo o herdeiro enquanto estiver pendente a condição; quando ela for satisfeita, torna-se imediatamente livre.”

<sup>22</sup> Como exemplo, seu artigo de 1875 apontando que a Lei do Ventre Livre (1871) violava o direito constitucional de propriedade: “A Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 1º, e o Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 1º, violarão o *direito de propriedade*”. (FREITAS, 1876, v. 9, p. 109).

<sup>23</sup> Sobre Rebouças, sua vida e sua obra, v. Grinberg (2002).

<sup>24</sup> Grinberg (2002, p. 309) encontrou evidências de que Freitas, enquanto advogado, litigou com sucesso em favor de um antigo escravo na década de 1840, valendo-se da mesma tese que, quando defendida por Rebouças na polêmica do projeto de Código, ele rejeitou. Por coincidência, o advogado do proprietário, que foi vencido por Freitas, era Caetano de Campos, como quem ele teve sérios embates por ocasião da revisão do esboço de Código Civil.

Como se pode ver, polêmicas em torno da escravidão de fato existiam no contexto dos debates sobre a codificação. Foi Paulo Mercadante, na década 1960, (MERCADANTE, 1985) um dos primeiros autores a tratá-los como o principal obstáculo ao código. Para ele, a promulgação do Código Comercial em 1850 atestava que o Brasil estava pronto para a codificação do direito privado, desde que não tratassem das questões de *status*, onde se situam escravidão e liberdade.

Keila Grinberg, mais recentemente, aponta que o principal problema não era a escravidão em si, mas a condição transitória dos escravos somada à incapacidade de nosso país em pensar a sua incorporação em uma sociedade plenamente livre (GRINBERG, 2002, p. 318-322). Ricardo Marcelo Fonseca também acredita que fatores relacionados à economia escrava deveriam ser igualmente apontadas como responsáveis, embora acrescente outros, como a falta de uma comunidade acadêmica importante ou a força das ideias germânicas anticodificadoras no meio de lideranças intelectuais do direito brasileiro do século XIX (FONSECA, 2012, p. 126-131).

#### 4. Uma hipótese alternativa: a economia política da codificação

As razões para a falta de um Código Civil no Brasil do século XIX são certamente variadas. Muitas das interpretações antecedentes são plausíveis. Levando-se em conta que um evento socialmente complexo como a codificação civil, ou a falta dela, tem certamente múltiplas causas, diversos serão os pontos relevantes para a explicação histórica dos fenômenos pertinentes.

Quero aqui desenvolver uma hipótese alternativa, que se soma às demais: talvez a codificação tenha demorado porque a demanda pelo código, entendido como um provedor de sistematização do direito civil, não era tão alta quanto precisaria ser para vencer os naturais obstáculos à sua consumação.

Essa hipótese é sustentada, em parte ao menos, por uma evidência primária até hoje pouco considerada pela historiografia jurídica: a demanda por livros jurídicos da área nos anos anteriores à codificação. Um exemplo de fonte capaz de fornecer essas informações são os livros de consulta da maior biblioteca pública de São Paulo – a Biblioteca da Faculdade de Direito de São Paulo, atual Faculdade de Direito da USP – entre 1892 e 1916, ano de promulgação do Código Civil. Se, como sempre assumimos ser verdade, um dos principais valores agregados de um código é sistematizar as normas de um campo do direito, e se há outros materiais que podem cumprir este mesmo papel (compêndios, consolidações, livros de doutrina etc.), esses registros mostram como estudantes, professores e operadores do direito satisfaziam suas demandas por sistematização antes que um código pudesse fornecê-la; e mostram, principalmente, como os trabalhos doutrinários produzidos sob as premissas do século XIX seguiam sendo úteis

e demandados até o final da primeira década do século XX, registrando declínio, contudo, a partir de 1910.

A questão da sistematização do direito civil por meio da doutrina já foi enfrentada antes, mas as respostas me parecem excessivamente simplificadoras: assume-se que a *Consolidação* de Teixeira de Freitas cumpriria por si este papel.<sup>25</sup> Mas nem mesmo um código, propriamente, poderia entregar isso sozinho: questões de interpretação, dúvidas sobre casos difíceis, desafios trazidos por situações novas não previstas nos dispositivos legais – tudo isso exige um esforço interpretativo que tem no código um ponto de partida, mas não de chegada. Considere-se, ademais, que no tempo entre a publicação da primeira edição da obra (1859) e o Código Civil (1916), o Brasil libertou o ventre escravo, aboliu depois a escravidão, proclamou a República, abriu mão da religião católica como oficial (e, conseqüentemente, do direito canônico como a principal fonte normativa para o matrimônio) e viveu enormes modificações urbanas, com a chegada de empresas estrangeiras que investiram nas reformas das grandes cidades e na prestação de serviços públicos contratada com o poder público. Como assumir que a organização sistemática de todas essas matérias caberia, sem maiores esforços adicionais, em um corpo textual pensado na década de 1850, mesmo que submetido a posteriores atualizações legislativas pontuais?

Os dados doravante trazidos foram colhidos em triênios a partir de 1892 até 1916, cobrindo assim aproximadamente o quarto de século anterior à codificação. Embora não seja possível descartar a falta de consistência nos registros dos livros de consulta da biblioteca paulista – o ano de 1910, por exemplo, apresenta uma queda aparentemente inexplicável na consulta a todas as obras, o que poderia dever-se a um fator impróprio como uma interdição temporária da biblioteca ou mesmo um funcionário menos diligente nesse período – a análise dos dados em conjunto revela padrões claros, de decréscimo de consultas a certos tipos de obra e aumento progressivo de outros. A tabela 1, a seguir, traz os dados absolutos de números de consultas das obras de Direito Civil (incluindo Direito Romano) mais requisitadas entre 1892 e 1916:

---

<sup>25</sup> Para a *Consolidação das Leis Civis* como referência mandatória para práticos e acadêmicos do direito no Brasil do XIX, v. Fonseca (2012, p. 127).

**Tabela 1 – Livros de Direito Civil mais consultados na Biblioteca da Faculdade de Direito de S. Paulo, 1892-1916**

C. MAYNZ (928) Cours de Droit Romain (187?)	18	3	63	40	53	51	23	17	14	282
F. MACKELDEY (1846) Manuel de Droit Romain (926)	14	14	67	49	45	56	21	3	2	271
A. J. RIBAS (1865, 1880, 1905, 1915) Curso de Direito Civil Brasileiro (1086)	11	19	47	47	45	39	22	16	18	264
L. R. PEREIRA (1877) Direito das Cousas (1078)	69	17	56	43	40	15	6	18	0	264
J. C. DEMANGEAT (1866) Cours elementarie de droit romain (923)	23	25	33	51	46	59	1	22	0	260
SAVIGNY (1866, 1873) Le droit des obligations (1000)	11	44	46	25	35	53	22	3	3	242
A. T. DE FREITAS (1865, 1867, 1876, 1877, 1896, 1915) Consolidação das Leis Civis (1068)	8	44	62	25	22	40	5	1	0	207
C. M. DE ALMEIDA (1869) Código Philipino (1009)	2	70	37	16	32	40	3	4	0	204
L. R. PEREIRA (1869, 1889) Direitos de familia (1044)	8	7	34	25	29	48	24	3	5	183
L. T. LOUREIRO (1871, 1884) Instituições de Direito Civil brasileiro (1062 e 1073)	8	24	41	48	34	17	7	0	0	179
R. FRESQUET (1854?) Traite elementaire de droit romain (924)	2	6	21	31	30	40	15	0	0	145
C. BEVILAQUA (1908) Theoria Geral do Direito Civil (1908)	0	0	0	0	0	0	6	38	21	65
POTHIERS (1849, 1883) Tratado das obrigacoes pessoas reciprocas nos pactos, contractos, convencoes (1374)	24	11	7	0	0	0	0	0	0	42
C. BEVILAQUA (1896, 1910) Direito das Obrigações (5006)	0	0	0	0	0	0	6	2	26	34
SAVIGNY (1841, 1855, 1866, 1893) Traité de la possession en Droit Romain OU Sistema del Diritto Romano attuale OU Traité de Droit Romain (931)	12	1	1	1	5	10	2	0	0	32
C. BEVILAQUA (1905, 1908) Direito de Família (5000)	0	0	0	0	0	0	13	3	9	25

Fonte: Biblioteca da Faculdade de Direito de S. Paulo, Livros de registro de obras consultadas (1892-1916). Sistematização do autor.

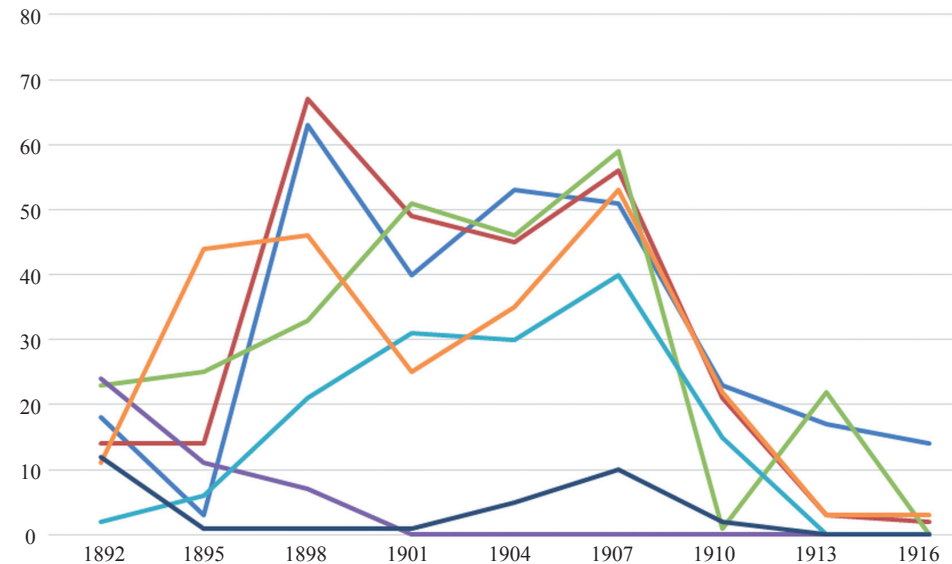
Como se vê, a comunidade de advogados e acadêmicos envolvidos com o Direito Privado na cidade de São Paulo recorria a diversas obras para suprir suas necessidades de compreensão sistematizada do ordenamento jurídico privado à época.

Deve-se anotar, em primeiro lugar, a presença relativamente pequena da *Consolidação* de Teixeira de Freitas na lista. Há duas explanações possíveis para esse fenômeno, não sendo possível saber, por esses dados apenas, qual delas há de ser preferida: ou a obra de Freitas era tão popular que cada estudante e advogado do foro de São Paulo tinham sua própria cópia do trabalho, não necessitando consultá-lo na biblioteca; ou o trabalho, embora periodicamente atualizado, estivesse ficando datado e menos útil a cada ano que se passava. Embora a popularidade da Freitas fale em favor da primeira hipótese, o comportamento consistente do gráfico em sentido de uma curva decrescente reforça a plausibilidade dessa última alternativa. Ainda falando de Teixeira de Freitas, é importante registrar que não há vestígio da consulta específica a seus esboços de código civil. É possível que estejam diluídos nas consultas à *Consolidação*, pois os bibliotecários, aparentemente, associavam autores aos números de catálogo de suas obras mais conhecidas, indicando toda e qualquer consulta àquele autor por meio do respectivo número (Teixeira de Freitas era o número 1.068, o que incluía todas as diferentes edições das *Consolidações*, como também possivelmente outros escritos seus).

Um segundo achado relevante mostra a permanente importância do Direito Romano como um campo de referência para a comunidade jurídica brasileira do século XX adentro. É válido lembrar que Portugal, nossa matriz jurídica, já tinha seu próprio código desde 1865; e que a França, claro, já tinha o seu desde 1804. Juristas portugueses e franceses comentando seus códigos vigentes poderiam muito bem oferecer interpretações doutrinárias úteis para o nosso ordenamento, *mutatis mutandis*. Ainda assim, nossos operadores do direito seguiam firmemente adeptos dos romanistas. Entre os brasileiros, além de Teixeira de Freitas, Cândido Mendes de Almeida se destacava como comentador do Código Filipino, com alta procura do século XX adentro (v. gráfico 2, adiante)

Finalmente, a presença significativa de autores franceses também coloca em perspectiva a hipótese de uma hegemonia germânica nos estudos jurídicos do direito privado brasileiro anteriores ao Código Civil – esta é uma das hipóteses de Ricardo Fonseca para o atraso de nossa codificação, como já mencionado. Embora muitos desses trabalhos franceses sejam voltados ao direito romano, e não à legislação nacional do país, esses autores faziam relações entre aquele direito e o novo direito francês legislado, no que poderia ser uma tentativa de preservar a relevância intelectual do direito romano mesmo num cenário de perda de sua vigência formal. Também isso há de ser levado em conta na relativização do romanismo e do germanismo como um obstáculo à codificação no brasileiro: os romanistas franceses, aparentemente muito lidos pelos brasileiros, enfatizavam não a incompatibilidade, mas sim a harmonia entre o direito nacional legislado e o direito romano. O livro seguinte mostra os romanistas mais buscados na biblioteca no período investigado, bem como a variação de suas buscas ao longo do tempo.

### Gráfico 1 – Livros de Direito Romano mais consultados na Biblioteca da Faculdade de Direito de S. Paulo, 1892-1916



—	C. MAYNZ (187?) Cours de Droit Romain (926)
—	F. MACKELDEY (1846) Manuel de Droit Romain (926)
—	J. C. DEMANGEAT (1886) Cours elementaire de droit romain (923)
—	POTHIER (1849, 1883) Tratado das obrigações pessoais recíprocas nos pactos, contratos, convenções (1374)
—	R. FRESQUET (1854?) Traite elementaire de droit romain (924)
—	SAVIGNY (1866, 1873) Le droit des obligations (1000)
—	SAVIGNY (1841, 1855, 1866, 1895) Traité de la possession en Droit Romain OU Sistema del Diritto Romano attuale OU Traité de Droit Romain (931)

Fonte: Biblioteca da Faculdade de Direito de S. Paulo, Livros de registro de obras consultadas (1892-1916). Sistematização do autor.

Os dados coletados também permitiram uma análise das obras mais consultadas quanto às diferentes subáreas do direito civil. O direito de família (incluindo “Orfanologia”), os direitos reais e o direito das obrigações eram os ramos mais consultados, com ligeiro destaque para os dois primeiros. Esses resultados sugerem que família e propriedade eram tópicos em que os livros generalistas de Direito Civil eram de alguma forma insuficientes para fornecer o conhecimento intelectual sistematizado de que os profissionais jurídicos de São Paulo necessitavam.

Hipóteses para o interesse por temas específicos dentro do direito civil já foram esquadrihadas por acadêmicos dedicados especificamente ao assunto. A mais comum, que é consistente com os achados da tabela anterior, enfatiza a relação íntima entre o direito canônico e o direito de família durante o Império (1822-1889), (GRINBERG, 2002, p. 318-319) uma vez que a religião Católica Apostólica Romana era oficial: as formalidades jurídicas do casamento confundiam-se com as da liturgia religiosa e anotações batismais faziam as vezes dos registros de nascimento, por exemplo. A laicização do direito com o fim da monarquia teria erodido os fundamentos do direito de família ancorado no direito canônico. O manual de direito de família de Lafayette Pereira, publicado no ocaso do Império, foi o esforço mais compreensivo para se ajustar os fundamentos jurídicos do direito de família a uma ordem jurídica crescentemente desvinculada do direito da Igreja.

No tocante ao direito de propriedade, a bibliografia mais recente aponta à inadequação da regulação da propriedade de terra no século XIX, que não teria sido capaz de fomentar o surgimento de um mercado imobiliário no Brasil. Ao contrário, ela teria sido mais direcionada à estabilização da posse e à prevenção da fragmentação do patrimônio familiar transmitido por via sucessória. Como a escravidão – outra forma relevante de propriedade – tinha seus dias contados, mais dinamismo era necessário na circulação de terras como um bem econômico. O direito romano e as ordenações filipinas, porém, orientavam-se ao imobilismo.<sup>26</sup> A obra de Lafayette de Andrada, escrita em 1877, surge em um momento em que essas novas necessidades eram patentes, especialmente após a Lei do Ventre Livre (1871).

O direito de propriedade foi também objeto de diversas reformas legislativas durante a segunda metade do século XIX: a Lei de Terras fora aprovada em 1850, diversos estatutos relativos à escravidão – majoritariamente regulada como direito de propriedade – foram também aprovados a partir de 1860 e uma reforma geral das hipotecas veio em 1864.

Todas essas mudanças potencialmente concorriam com a sistematização proposta por Freitas na *Consolidação*, e avançavam soluções com as quais ele nem sempre concordava: Freitas opunha-se à existência de mais de um código de direito privado, resistindo, portanto, ao Código Comercial de 1850. Também tinha posição conservadora no tocante às reformas do instituto jurídico da escravidão quando entendia que elas violavam o direito de propriedade dos senhores, como já mencionado. Somando-se isso à desatualização do direito canônico como direito dos casamentos e do direito de família em geral, isso tudo pode indicar que o trabalho de Freitas, a despeito de suas

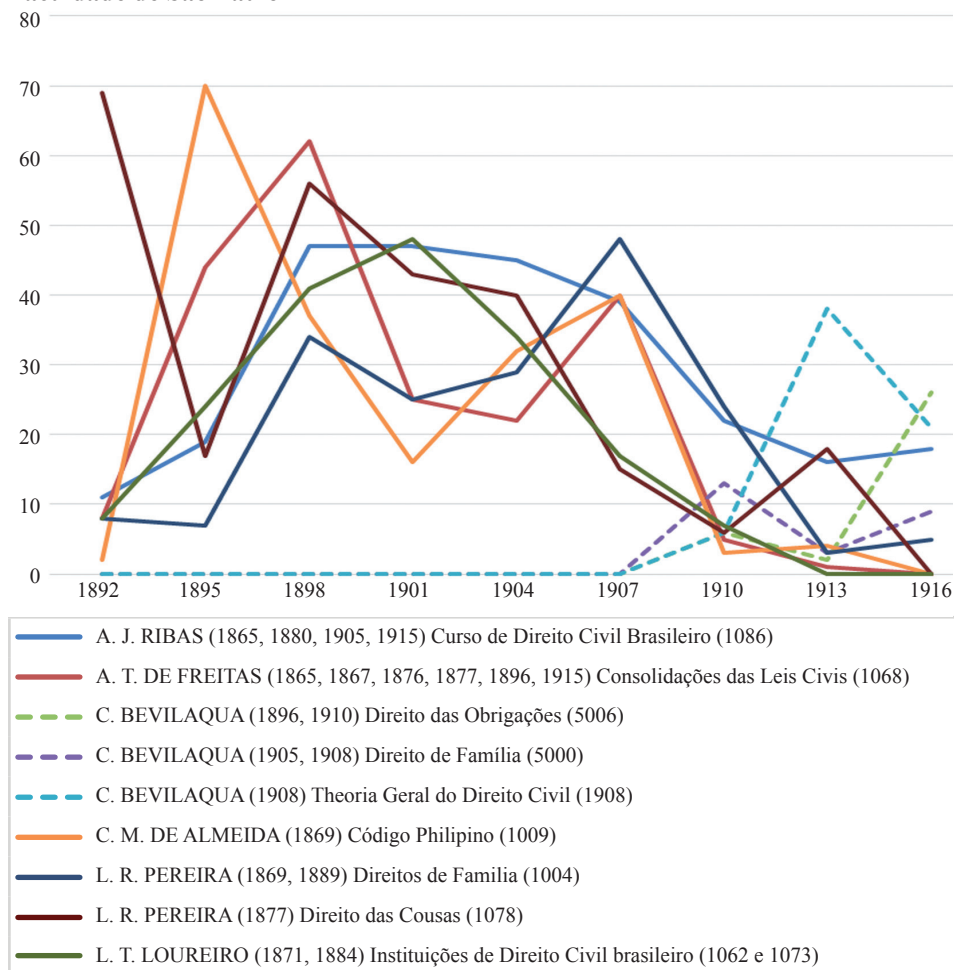
---

<sup>26</sup> Para uma apreciação geral da propriedade de terra e suas mudanças desde o Império até a República, v. Sanches (2008).

atualizações legislativas, ia tornando-se velho em sua concepção, perdendo a hegemonia como instrumento de sistematização do direito civil pré-codificado. Ao contrário, as obras de países que haviam já passado pelas reformas codificadoras e que já trabalhavam com códigos harmonizados às matrizes romanas de suas ordens jurídicas, de que a França era um bom exemplo, talvez cumprissem melhor essa tarefa.

Os mais relevantes achados, contudo, referem-se às variações nas consultas de autores brasileiros. O gráfico seguinte sintetiza visualmente esses dados, extraídos da Tabela 1 (retro):

**Gráfico 2 – Livros nacionais de Direito Civil mais consultados na Biblioteca da Faculdade de São Paulo**



Fonte: Biblioteca da Faculdade de Direito de S. Paulo, Livros de registro de obras consultadas (1892-1916). Sistematização do autor.



Embora com oscilações excessivas e pouco explicáveis, salvo, talvez, pela inconsistência das anotações, os dados mostram nítidas tendências de declínio e ascensão. O declínio refere-se aos autores do século XIX, os civilistas do Império: mesmo tendo sobrevida doutrinária do século XX adentro, a procura por suas obras mostra nítido declínio a partir das entradas de 1907. Além de suas obras estarem crescentemente datadas, mesmo com atualizações legislativas – Teixeira de Freitas e Antônio Joaquim Ribas tinham atualizações de seus livros publicadas em 1915, por exemplo –, é importante anotar que o projeto de Bevilacqua começara a circular já nos primeiros anos da década de 1900, rendendo debates e atraindo atenção. Não é possível descartar que esse processo tenha impactado negativamente a atenção destinada às obras anteriores, que talvez tenham passado a ser associadas a um marco legislativo prestes a desaparecer.

A ascensão, por sua vez, refere-se às novas obras, aqui representadas por Bevilacqua, embora houvesse também outros exemplares (o baiano Eduardo Espínola aparecia vez por outra, por exemplo). A partir de 1913, essa nova geração já tinha hegemonia nas consultas da biblioteca se comparadas com as anteriores, inclusive Teixeira de Freitas.

## 5. Apontamentos conclusivos

Os registros da biblioteca jurídica pública de São Paulo nos anos consultados permitem concluir que a alegada hegemonia da *Consolidações das Leis Civis* de Augusto Teixeira de Freitas nas vésperas da codificação civil era relativa e questionável: estudantes, professores e operadores do direito da capital paulista valiam-se de um conjunto mais amplo de autores, de diferentes períodos e nacionalidades, em seus esforços para adquirir compreensão conceitual sistemática das instituições de direito civil antes da promulgação do código, em 1916. Elas mostram, ademais, o ocaso da geração de civilistas do século e a sua superação, em termos de demanda efetiva de estudantes e advogados, pela geração de Clóvis já a partir de 1913, três anos antes do Código de 1916.

A evidência histórica joga luzes sobre trabalhos e áreas em que essas demandas intelectuais e operacionais eram mais frequentes, permitindo a formulação de hipóteses adicionais que compreendam, de modo mais detalhado, as complexidades da prática e do estudo do direito civil brasileiro durante os anos anteriores ao código. Viu-se que, a despeito do avanço do direito legislado, a comunidade jurídica paulistana seguia utilizando pesadamente os romanistas e os comentadores da legislação colonial. Por outro lado, nos temas de direito de família e direito de propriedade, era maior o recurso a obras monográficas mais atualizadas, sugerindo uma carência das obras mais antigas e tradicionais em fornecer os conhecimentos necessários nesses assuntos.

São Paulo, agosto de 2016.

## Referências

BRASIL. Decreto n. 2.337, de 11 de janeiro de 1859. *Colecção das Leis do Império do Brasil de 1859*, Rio de Janeiro, t. 22, pt. 2, p. 5-7, 1859. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18473/collecao\\_leis\\_1859\\_parte2.pdf?sequence=3](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/18473/collecao_leis_1859_parte2.pdf?sequence=3)>.

FONSECA, Ricardo Marcelo da. La modernización frustrada: la cuestión de la codificación civil en Brasil del siglo XIX. *Revista Pensamiento Jurídico*, Bogotá, n. 33, p. 109-141, 2012. p. 117.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Libertação do ventre. *O Direito*. Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, Rio de Janeiro, anno 4, v. 9, p. 609-617, 1876.

GRINBERG, Keila. *O fiador dos brasileiros: cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 315 e ss.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2. ed., rev. e ampl., 2007.

GUZMÁN BRITO, Alejandro. El tradicionalismo del código civil peruano de 1852. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n. 23, p. 547-565, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1883. v. 1. p. 19-21.

MEIRA, Silvio. *Teixeira de Freitas: o jurista do Império: vida e obra*. 2. ed. revista e aumentada. Brasília: CEGRAF, 1983. p. 90.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Contribuição ao estudo da formação brasileira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

MOREIRA, Francisco Ignácio de Carvalho. Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil: memória lida em sessão do instituto a 7 de setembro de 1845. *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, anno 1, tomo 1, n. 3, p. 147-169, jul./ago./set. 1862.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. v. 2. p. 1.051-1.074.

OCTÁVIO, Rodrigo. A codificação do direito no Brasil. Teixeira de Freitas e a unidade do direito privado. *Revista de Direito Civil, Commercial e Criminal*, Rio de Janeiro, v. 109, p. 17-18, 1933.

RIBEIRO, João Luiz. *No meio das galinhas as baratas não têm razão: a lei de 10 de junho de 1835: os escravos e a pena de morte no Império do Brasil, 1822-1889*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANCHES, Almir Teubl. *A questão de terras no início da República: o Registro Torrens e sua (in) aplicação*. 2008. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1991. p. 285 e ss.

