

ENTRE A RUPTURA E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA NAÇÃO: SISTEMA DE DIREITO PRIVADO E A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PÚBLICA NO BRASIL (1824-1916) *

BETWEEN RUPTURE AND INSTITUTIONALIZATION OF THE NATION: PRIVATE LAW SYSTEM AND THE RISE OF THE PUBLIC SPACE IN BRAZIL (1824-1916)

Bernardo Brasil Campinho

RESUMO

A construção da Sociedade-Nação nas Américas passa por um processo de tensão dialógica entre a ruptura com o passado colonial (e a dependência que o status de colônia impõe), e a afirmação nacional a partir de um novo arcabouço institucional-legal, gerando a formação e consolidação de uma esfera pública, onde será debatida a produção legislativa nacional, configurada pelas nascentes instituições parlamentares, pelos tribunais, pelos cursos jurídicos e pelo jornalismo. Um processo particularmente significativo na formação da esfera pública destas novas Nações foi a codificação, a partir do modelo francês Napoleônico, do sistema de Direito Privado, da definição do estatuto do cidadão/proprietário. Este trabalho de pesquisa se propõe, a partir de uma análise histórico-dogmática, a refazer o trajeto da formação do sistema de Direito Privado no Brasil e sua contribuição para a autonomização de uma esfera pública nacional, permeada pelas condições sóciopolíticas que marcaram o país, desde a outorga da sua Constituição em 1824 até a promulgação do primeiro Código Civil em 1916.

PALAVRAS-CHAVES: NAÇÃO; SISTEMA; DIREITO PRIVADO; ESFERA PÚBLICA

ABSTRACT

The development of the Nation in the Américas is a process of tense dialog between cutting the bond that ties the American societies with their colonial past (which includes the dependence that is a trace of the colonial status), and the affirmation as a independent nation, which brings the need of and legal system and its institutions, leading to the formation of a public space, where it will be debated the national legislation, including in its core the legislative institutions, the courts, the Law schools and the newspapers. A relevant process in the formation of the public space in newly independent American nations was the codification of Private Law according to the

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

model of the French (Napoleonic) Civil Code, which brought out the modern definition of the citizen/property owner. This work focus, base on a historic and legal analysis, in rebuilt the path which lead to the formation of the Brazilian Private Law system and its contribution to the rise of a national public space, crossed by the social and political conditions of the period from the first Brazilian Constitution (1824) to the first Civil Code of the country (1916).

KEYWORDS: NATION; SYSTEM; PRIVATE LAW; PUBLIC SPACE

1. Introdução

O período que vai de 1775, com a batalha de Lexington, nas então colônias britânicas na América do Norte, até 1825, com a derrota final dos espanhóis na América do Sul, marca a derrocada dos três grandes impérios coloniais existentes nas Américas àquele tempo: o britânico, o espanhol e o português[1].

A construção destas novas sociedades, por assim dizer *nacionais*, além de enfrentar um grande período de conflitos políticos e sociais, é marcada também pela busca de uma identidade, na tensão dialógica entre um passado colonial que se buscava superar e a construção vindoura da Sociedade-Nação.

Este processo se revelou através de uma série de manifestações, mas o primeiro desafio imediato era a construção (e delimitação) da extensão destes novos Estados Nacionais e, em consequência, a formatação de instituições e de um sistema jurídico próprio que, ao mesmo tempo que devia ser o sustentáculo das relações sociais, seria também a marca da ruptura com o passado colonial e o marco institucional da identidade nacional (ou sua legitimação burocrático-legal)[2].

Obviamente, este processo se manifestou de forma distinta em cada país das Américas, em momentos distintos (A Revolução Americana é sucedida por um hiato de mais de trinta anos em relação à independência das colônias latino-americanas, que por sua vez foram precedidas pela Revolução Francesa).

Inicialmente, a busca pela construção do sistema jurídico nacional se deu de forma distinta dentro do âmbito de cada um dos antigos sistemas coloniais, muito em razão da diferente relação institucional que cada grupo de colônias tinha com sua metrópole e a própria distinção entre o Direito continental europeu (sistema romano-germânico, do qual descendiam as tradições jurídicas em Portugal e na Espanha) e do Direito inglês (sistema da *common law*).

As colônias britânicas na América do Norte sempre tiveram, desde o século XVII, algum tipo de representação política local, que incluía fazendeiros, manufactureiros e comerciantes, até porque as leis votadas pelo Parlamento de Westminster só teriam validade fora da Inglaterra se assim fosse expressamente declarado. Muitas das colônias acabavam passando leis locais, e a aplicação do precedente judicial (fonte do direito por

excelência no sistema da *commom law*) era temperada, quando não muitas vezes afastadas, pela aplicação dos juízes locais[3].

No caso das colônias espanholas, espalhadas por um território mais vasto do que as treze colônias britânicas na América do Norte, a dualidade entre a metrópole e as colônias era maior, seja em termos de organização judiciária, com autonomia maior para os juízes locais, seja com a distinção clara entre as normas legais que eram aplicadas na Espanha e na América Espanhola. Neste sentido, haviam *compilaciones*, reuniões casuísticas e sem qualquer sistematização de textos legais editados para a Espanha (como a *Nueva Recopilación*, de 1567), ao passo que houve também a reunião dos textos legislativos específicos das colônias em um documento – *la Recopilación de las Leyes de Los Reinos de Las Indias* – datada de 1680 (Lerner, 2002: 13).

Finalmente, o caso da América portuguesa é bastante singular em relação aos demais impérios coloniais existentes ao final do século XVIII nas Américas. Com efeito, conforme explica José Reinaldo Lima Lopes (2000: 237):

“Comparada com a história da América Espanhola, a América Portuguesa é única. Do ponto de vista do direito um traço marcante é a unidade do império português e esta unidade dependeu de inexistir uma separação de cargos entre brasileiros e portugueses e de não se criar uma universidade deste lado do Atlântico. Todos os cargos da carreira de justiça, por exemplo, eram comuns: o tribunal da Bahia, ou de Goa, ou do Porto recebiam desembargadores de qualquer parte do Império. A universidade de Coimbra formava todos os letrados do Império. Finalmente, a compilação das Ordenações de 1603 (chamadas de Filipinas) vigoravam aquém e além-mar, juntamente com o direito comum[4]: nos tribunais criados no Brasil deveria haver além das Ordenações um jogo completo de Bartólos e do Corpus Iuris Civilis[5]. Portanto, a despeito das muitas normas, alvarás, regimentos, cartas-régias especialmente feitos para se aplicar ao Brasil, há uma vida jurídica comum. (...) E embora o Conselho Ultramarino possa interferir em questões de fazenda e guerra, em matéria de justiça a relação é direta com a justiça comum do reino”.

O legado dos sistemas legais coloniais era um fardo a ser esquecido, principalmente pelo seu comprometimento com o Antigo Regime, com o centralismo monárquico que desconhecia os limites do constitucionalismo.

Assim, a tarefa de construir os novos sistemas jurídicos era também uma delimitação daquilo que se queria entender por nacional em contraponto às reminiscências dos antigos impérios coloniais.

O processo de afirmação nacional, a partir de um novo arcabouço institucional-legal, acabou gerando como um produto a formação e consolidação de um esfera pública, onde será debatida a produção legislativa nacional, configurada pelas nascentes instituições parlamentares, pelos tribunais, pelos cursos jurídicos e pelo jornalismo.

Algo particularmente significativo na formação da esfera pública destas novas Nações foi a codificação, a partir do modelo francês Napoleônico, do sistema de Direito Privado, da definição do estatuto do cidadão/proprietário, informada pela noção de povo (na verdade, povo-burguesia) e que construía toda uma centralidade em um Código Civil, onde a matéria pertinente às relações entre particulares, à propriedade, aos contratos e à organização da família se tornava o complemento das declarações de direito e tinha uma função notadamente “constitucional”.

Como explica Michelle Giorgianni:

“(...) No sistema jusnaturalista e racionalista, o Direito ‘Privado’ indicava de modo total e exclusivo o estatuto dos particulares ou particuliers, ou seja, do indivíduo na órbita do ordenamento jurídico. A ‘prioridade’ do Direito Privado sustentada pelos jusnaturalistas tinha por isso o significado de inclusão, na sua órbita, de todas as normas postas em favor dos indivíduos frente ao príncipe. (...) Deste significado – que com termo moderno podemos decididamente qualificar como ‘constitucional’ – existem traços muito significativos nas codificações oitocentistas (...) assim, as inserções das chamadas disposições preliminares sobre a lei em geral nos códigos civis (que se perpetua ainda na sistemática dos nossos manuais de instituições de Direito Privado), das normas sobre o gozo dos direitos civis, sobre a cidadania, etc., respondiam a uma íntima lógica do sistema de Direito Privado, o qual continha o ‘estatuto’ dos cidadãos e, portanto, os limites da atividade do Estado frente a eles. Basta lembrar que no seio do Código Civil austríaco de 1811 era proclamado que ‘todo homem tem direitos inatos já reconhecíveis pela razão e, portanto, se deve considerar como pessoa’ (§ 16)” (Giorgianni, 1998: 41).

Por outro lado, a propriedade foi o vértice do processo de codificação do Direito Privado, com a afirmação da propriedade enquanto direito positivado sob a ótica do individualismo burguês e consolidando o papel do Estado como garantidor da autonomia da vontade enquanto expressão do espaço privado no qual se desenvolveria o ciclo econômico, dando um novo sentido à dicotomia esfera pública/sociedade civil (burguesa).

Bastante esclarecedora neste sentido é a seguinte passagem de Jurgen Habermas:

“Com as grandes codificações do direito burguês, é desenvolvido um sistema de normas que assegura uma esfera privada em sentido estrito, ou seja, o intercâmbio das pessoas privadas entre si livres de encargos corporativistas e governamentais. Garantem a instituição da propriedade privada e, como seu ponto de ligação, as liberdades básicas de contrato, de empreendimento e de herança” (Habermas, 1984: 95).

Estas influências marcaram também todo o processo histórico de codificação do Direito Privado no Brasil, alimentado não só pelas matrizes filosóficas do jusnaturalismo e do liberalismo político e econômico, mas também pela ruptura com a condição colonial e a necessidade de afirmação nacional e construção de um sistema jurídico próprio do país, pela lógica oligárquica de apropriação privada da esfera pública.

Neste sentido, para que a nossa aspiração nacional através de um sistema jurídico próprio pudesse ser completa, a Constituição Imperial de 1824, no inciso XVIII do art. 179 determinou que se elaborasse, o quanto antes, um Código Civil (e também um Criminal), fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade.

Assim, este trabalho se propõe, a partir de uma análise histórico-dogmática, a refazer o trajeto da formação do sistema de Direito Privado no Brasil e sua contribuição para a autonomização de uma esfera pública nacional, permeada pelas condições sócio-políticas que marcaram o país, desde a outorga da sua Constituição em 1824 até a promulgação do primeiro Código Civil em 1916, quando todo o sistema normativo das relações jurídico-privadas alcançou a tão sonhada centralidade fundada em um Código, objetivo caro ao ideário liberal, sendo o fim de uma trajetória do Direito Privado enquanto elemento de afirmação da Sociedade-Nação e demarcação simbólica de suas vicissitudes.

2. Nação e codificação: entre a revolução e a tradição

A nação encontra no Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, 2ª edição, 33ª reimpressão, as seguintes definições: 1. Agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros, fixados num território, são ligados por traços históricos, culturais, econômicos e lingüísticos; 2. País; 3. O povo de um território organizado politicamente sob um só governo; 4. Pessoa jurídica formada pelo conjunto dos indivíduos, e titular de soberania; 5. Povo ou tribo indígena; 6. Raça, casta, espécie.

Com efeito, Max Weber adverte que a nação é um conceito que, se for possível defini-lo inequivocamente, jamais pode ser definido na base de qualidades comuns empíricas daqueles que se consideram seus membros. Para ele, em primeiro lugar, significa, sem dúvida, no sentido daqueles que o empregam, que de certos grupos de pessoas pode ser esperado, diante de outros, um sentimento de solidariedade específico, pertencendo, portanto, à esfera dos valores. Mas o próprio Weber alerta para o fato de que não há unanimidade nem sobre a questão de como delimitar esses grupos nem sobre a de que tipo de ação social deve resultar daquela solidariedade[6].

O significado fundamental de nação equalizava “o povo” e o Estado à maneira das revoluções americana e francesa, tornando-se parte de seu conceito a idéia de que esta deveria ser “una e indivisa”, como na fórmula francesa (Hobsbawn, 1990: 31). Assim considerada, a “nação” era o corpo de cidadãos cuja soberania coletiva os constituía como um Estado concebido como sua expressão política (Hobsbawn, 1990: 31b).

Se a nação equalizava “povo” e Estado, naturalmente o sentido nacional se relacionava, pelo menos nas experiências das revoluções liberais (francesa e americana), as idéias de cidadania e de pertencimento, que seriam em grande parte definidas a partir do discurso do jusnaturalismo.

A medida para a idéia de povo-cidadão seria a princípio informada pelo paradigma liberal-burguês, alimentado pela retórica da liberdade e da igualdade perante a lei. Nestes termos, tornava-se clara a necessidade de consolidar e uniformizar o entendimento de quem e como se era cidadão, o que foi feito a partir da positivação do Direito Natural através de duas vertentes: os textos constitucionais e, particularmente, as declarações de direitos, que definiam a liberdade civil e limitavam o poder estatal; e as codificações civis, que regulamentavam plenamente a liberdade e a igualdade perante a lei, através da linguagem do sujeito de direito abstrato, cristalizando a noção de cidadão enquanto proprietário e de povo-nação enquanto burguesia.

A França representou o ponto de maior aproximação entre estes dois processos: após a Revolução Francesa, foram lançadas as bases para a afirmação em toda a Europa dos ideais de liberdade e igualdade defendidos pela burguesia. Com a ascensão de Napoleão, o processo revolucionário se encerra, tendo deixado ao mundo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e lançado os fundamentos para a codificação civil de 1804, que combinava a consolidação da Dogmática Jurídica de base romano-germânica a partir da inspiração jusfilosófica do liberalismo e do jusnaturalismo.

Mas a codificação civil encerrou não apenas um papel “constitucional” ou de institucionalização das conquistas da classe burguesa: na França, a codificação desempenhou dois papéis fundamentais: o primeiro, de certa forma já mencionado, foi a outorga aos cidadãos de direitos privados certos e claros, garantindo a estabilidade da vida privada, vida do mercado e da propriedade, assim como à organização familiar burguesa; o segundo diz respeito à superação da grande divisão da França em dois territórios – o norte de direito costumeiro e o sul de direito romano comum (Lopes, 2000: 300), o que reforça a idéia da codificação como a monopolização do sentido nacional e a supressão das diferenças, não só em relação aos privilégios econômicos e sociais do Antigo Regime, mas ainda em relação à própria especificidade da divisão do espaço sócio-cultural do território francês.

O modelo do Código Civil se espalhou pelo mundo através de todo o século XIX, notadamente na Europa e na América Latina, servindo de influência mesmo a países que buscavam uma modernização cultural e política acelerada, como o Japão e a Turquia.

Como define Lerner (2002: 3), a sanção de um código civil em um país não deve ser apreciada como um fato meramente jurídico, pois a codificação não é só um ato legislativo, mas vem a cumprir um outro tipo de função; ao observar os processos codificadores, percebe-se com clareza que eles surgem de uma constelação política de determinadas características: por um lado, toda a codificação revoga a legislação antiga (na Europa, o direito comum; na América Espanhola, o antigo Direito Espanhol), criando assim uma ruptura a partir da tensão entre o novo e o velho; porém a codificação também estaria relacionada à ânsia por unidade nacional e à afirmação do nacionalismo. Na América Latina por sua vez, a codificação seria consequência da organização nacional, a partir da superação das crises e conflitos internos (Lerner, 2002: 3b).

O sentido nacional do Código Civil e da unificação/centralidade do Direito Privado parecem ser a melhor forma de explicar como o modelo francês – liberal, jusnaturalista e revolucionário – atinge sociedades que não conheceram a revolução burguesa ou não estavam organizadas em base do capitalismo moderno e, em alguns casos, sequer tinham raiz na tradição romano-germânica. Assim, a codificação francesa inspira países como Paraguai, Chile, Panamá, Itália, Egito, Japão e Turquia, entre outros.

Há uma tensão dialética entre o passado, altamente penetrado pela tradição e pelos costumes e a aspiração civilizatória, a ausência que marca a busca por um futuro próprio. Os dois não se tornam excludentes, mas podem conviver para criar arranjos altamente simbólicos e singulares onde, sem qualquer aproximação com o modelo liberal-burguês, seus instrumentos jurídicos – os códigos – se tornam elemento chave para a modernização e a afirmação da sociedade-nação.

Daí porque o debate sobre codificação toma corpo nos cinquenta anos posteriores à Independência dos Estados Unidos, como forma de superar a *common law* enquanto legado britânico à cultura política e jurídica da nova nação; ou mesmo o caso da Lousiana, que incorporada aos Estados Unidos após negociação com a França, promulga em 1808 o seu Código Civil, à imagem e semelhança da codificação Napoleônica. Com resultados distintos, o que está em jogo é o diálogo entre tradição e ruptura, entre superação e afirmação[7].

Ainda, em duas nações européias de unificação nacional tardia, Itália e Alemanha, a codificação do Direito Privado se relaciona fortemente com o sentido nacional. No caso italiano, a codificação, promulgada em 1865, antes mesmo da existência fática do Estado italiano, aponta para o objetivo a ser alcançado: um mesmo governo e as mesmas leis para toda a península itálica. Na Alemanha, o Código vem depois da unificação, em 1900, e unifica os interesses da elite agrária militar e a burguesia nascente, é a transição para o capitalismo sem a revolução burguesa. A discussão do Código no Parlamento alemão demora dezoito anos, mas acaba por cristalizar o ideal que remontava ao início do século XIX, presente nos debates entre Savigny e Thibaut, entre o “espírito do povo” (escola histórica) e a pandectística dos professores de Direito e a idéia de sistema.

Finalmente, no processo de afirmação e organização nacional que acaba por acompanhar a discussão sobre a codificação, em particular no Direito Privado, cumpre reconhecer também o fortalecimento e estruturação da esfera pública. Nas palavras de Jurgen Habermas:

“É característico de todos esses códigos que eles não só surgiram no interesse da sociedade burguesa, mas também em seu meio específico: passaram muitas vezes através do debate público das pessoas privadas reunidas num público. Através de concursos e enquetes, a opinião pública também participa na elaboração do Código onde organismos parlamentares não existiam ou, como na França napoleônica, permanecessem ineficazes. Como em Berlim e Viena, também em Paris o projeto de código é apresentado à opinião pública, e não só a um fórum interno de especialistas, para ser avaliado (1800). Sim, os próprios projetos nem sequer foram elaborados pelos representantes tradicionais da jurisprudência, mas por homens cultos de confiança do

governo, de certo modo pessoas de contato com o público já ativo politicamente (Habermas, 1984: 95).

Na experiência latino-americana do século XIX, os códigos eram geralmente entregues a um técnico de confiança do governo, ainda que, como no Chile, passassem por uma comissão de revisão. Os organismos parlamentares, dominados pelas oligarquias agrárias, faziam a discussão com base na aproximação entre a herança espanhola e o Direito civil nacional que se queria construir a partir dos modelos francês e, no final do século XIX, italiano e alemão. Era preciso adaptar as pretensões codificadoras ao sentido nacional que se construía e que já estava em processo de sedimentação após 1850, quando as codificações hispano-americanas começam a ser promulgadas. Ainda, ao mesmo tempo em que precisava fixar uma noção de propriedade próxima dos interesses das elites agrárias, sua discussão circulava na imprensa, como forma de legitimar as regulações sobre as relações sociais privadas com setores das camadas médias urbanas e de, em matéria de família, compatibilizar os institutos com aquilo que havia sido legado pela moral religiosa católica do período colonial. Também havia a necessidade de levar a sua discussão para as faculdade de Direito, para romper com a tradição colonial fundada ainda na universidade medieval.

3. Sistema de Direito Privado no Brasil: singularidade e contradições na busca de um sentido nacional

Fazer o país de alto a baixo era a tarefa dos legisladores brasileiros após 1822 e seguindo o modelo da codificação, sem que houvesse um debate nacional acerca da necessidade ou não dos códigos (Lopes, 2000: 312). A Constituição brasileira de 1824, em parte resgatando os trabalhos da Assembléia Constituinte dissolvida, decidira pela codificação criminal e civil como forma de estruturar o Estado e regular as relações sociais (art. 179, inciso XVIII).

O Estado nacional no Brasil nascia diretamente com o propósito reformador e a ordem antiga precisava de reforma e nascia dentro da tradição unitária do Direito português[8]; os defensores do Antigo Regime já haviam perdido a disputa em anos anteriores a 1824; o que se colocava em pauta era que espécie de nova ordem se desejava, de modo que os legisladores do Império não precisavam cair no romantismo do direito pré-legislado do “espírito do povo” (Lopes, 2000: 312b).

Emergindo de um passado colonial e situado em um contexto internacional cada vez mais interdependente pela expansão do capitalismo, o projeto imperial, antes de qualquer coisa, buscava um mundo que pudesse legitimar a sociedade escravista brasileira; para tanto era preciso partilhar os parâmetros civilizatórios dominantes do Ocidente europeu e, ao mesmo tempo, afirmar a novidade americana do projeto imperial para a sociedade em formação (Salles, 1996: 52).

Diante do exposto, este contexto mostra uma concepção do direito enquanto instrumento de poder e de reforma, algo partilhado pela primeira geração de legisladores, que adotou sem problemas o estilo impessoal da lei; a linguagem voluntarista e pessoal, a ausência de motivos retoricamente produzidos nos artigos, o tom abstrato e imperativo; a legislação brasileira nasce moderna e seus autores parecem convencidos de que com ela irão reformar o país, modernizando no limite da manutenção de uma parte da velha ordem, ou seja, o Direito brasileiro nasce idealista e modernizador (Lopes, 2000: 312c).

No entanto, ao longo do desenvolvimento institucional do país, era preciso acomodar as diversas forças sociais e políticas que emergiram com a independência, fortalecendo a crescente ação do Estado sobre as instituições representativas e a sociedade civil; no entanto, vencer e/ou neutralizar antagonismos pela força e pela incorporação dos interesses secundarizados a um projeto dominante implicou na criação de um Estado vencedor marcadamente forte enquanto elemento de direção política e formado no embate com uma sociedade civil viva e atuante, mesmo que de acesso às classes dominantes e aos ainda pouco expressivos setores médios, o leva a consideração da imprensa com seus inúmeros jornais e periódicos que se tornavam porta-voz de determinados políticos e grupos (Salles, 1996: 56).

A tarefa inicial para delimitar a construção de um sistema jurídico próprio foi a instauração entre 1827 e 1832 da estrutura judiciária, que estaria consolidada após reformas em 1841. Inaugurou-se um Supremo Tribunal de Justiça, mas os Tribunais de Relação (segunda instância) foram herdados do período colonial, localizando em Salvador, no Rio de Janeiro, em Recife e em São Luís (em 1874 foram criadas novas Relações, mas só com a República cada espaço local teria um órgão jurisdicional próprio).

As faculdades de Direito foram implantadas em 1827 e 1828, com currículo pleno imposto pelo Governo Imperial e com a necessidade de aprovação dos professores e dos livros pela própria congregação e pela Assembléia Geral.

O primeiro passo no intento codificador foi o Código Criminal, em 1830, e o de Processo Criminal, em 1832, para delimitar o monopólio estatal da violência diante das conturbações sociais do final do Primeiro Reinado e da Regência. Ainda, representavam uma disputa entre o centralismo imperial e as aspirações locais, na medida em que deram poderes significativos aos juizes de primeiro grau e às Câmaras Municipais.

Até que o Código Civil se tornasse uma realidade, o Brasil teve um sistema fragmentado de leis que constituiriam o nascente sistema de Direito Privado, que começa a tomar corpo a partir da década de 1840, com a pacificação política do país e a expansão da lavoura agroexportadora articulada com o setor mercantil. O que iria, na ausência do Código, regulamentar as relações sociais privadas. Diferente, portanto, da sociedade civil burguesa consagrada pela Revolução Francesa, no Brasil, o empreendimento, a família, a propriedade, o contrato e a herança não estavam articulados e sistematizados em um código enquanto positivação do ideário liberal.

Este era um traço original do projeto codificador brasileiro: o diálogo com a tradição de unidade legada pelas Ordenações Filipinas (que gradativamente sofriam um processo de verdadeira apropriação nacional e de aburguesamento dos seus institutos pela

interpretação jurisprudencial) e também o aspecto fragmentado como forma de interlocução entre os interesses de vários grupos sociais.

Sobressaíram-se o Código Comercial de 1850, que exerceu o papel de centralidade na matéria de ordem econômica, da empresa mercantil e dos contratos e garantias, até mesmo, por analogia, no âmbito civil; o direito público eclesiástico da Igreja Católica, que tratava sobre a família, o casamento, e parcialmente sobre as sucessões; e a Consolidação das Leis Civis, de 1858, elaborada pelo baiano Augusto Teixeira de Freitas, que trazias disposições sobre as pessoas, sobre a propriedade em geral, alguma matéria em termos de contratos e as disposições supletivas sobre família e sobre herança, notadamente sobre testamentos[9].

Deve-se mencionar a importância da Lei de Terras de 1850, que já no seu art. 1º estabelecia que ficavam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não fosse o da compra. Por sua vez, terras devolutas eram definidas no art. 3º como as que não tivessem uso público, nem título legítimo de particular, nem houvessem sido dadas em sesmarias revalidadas, bem como as que não tivessem posse legítima. Finalmente, o art. 5º legitimava as posse constituídas até aquele momento.

Para Emília Viotti da Costa (1994: 141), a Lei de Terras é significativa da transição de um sistema em que a terra deixa de ser domínio da Coroa e título de prestígio para transformar-se no que é modernamente, apropriável como mercadoria.

Ainda segundo Viotti da Costa (1994: 145-146), a Lei de Terras vem não só modernizar o domínio da terra (transformando-a definitivamente em mercadoria, permitindo a hipoteca e o crédito modernos), como especialmente legitimar grandes ocupações e não simplesmente permitir um acesso democrático à terra por parte de quem quer que fosse.

Nestes termos, a Lei de Terras de 1850 representa o cercamento da terra brasileira, isto é, o estabelecimento do sistema de propriedade em evolução, exclusivista e mercantil (Lopes, 2000: 359). A consolidação da efetiva transição para este sistema de propriedade descrito e em acordo com o paradigma individualista burguês se dá com a promulgação da Lei Geral de Hipotecas, de 1864.

O Código Comercial, promulgado no mesmo ano, representava os interesses mercantis associados à expansão da lavoura cafeeira. No esteio do fim do tráfico negreiro, superando em matéria de contratos e garantias o que estava previsto nas Ordenações Filipinas, acabava por fazer, de forma parcial, o papel de ligação e mediação dentro do sistema de Direito Privado fragmentado que havia. Era comum o seu uso recorrente de forma analógica em matéria contratual, servindo de orientação para os negócios celebrados nos centros urbanos.

Até o final do Império, as questões relativas ao matrimônio e à família se encontravam sob a responsabilidade do tribunal eclesiástico, pois se tratava de assunto da esfera da Igreja, no contexto do regime do padroado e da religião de Estado consagrada constitucionalmente.

As tentativas de codificação civil no Império foram emblemáticas: a primeira, de 1850, se propunha a adotar o Digesto Português (obra doutrinária que reinterpretava e sistematizava o Direito português) e fora apresentada em uma sociedade de advogados,

tendo recebido grande rejeição ali e na imprensa, pois significava o retorno à tradição lusitana que estava associada ao passadismo colonial e dissociada da aspiração nacional.

A tentativa de Teixeira de Freitas de elaborar um Código Civil gerou o Esboço, obra que deveria ser submetida e ratificada pela Assembléia Geral, após o sucesso da Consolidação que, na ausência do Código Civil, formara os juristas brasileiros no Império.

A complexidade do projeto tornado público em 1865 era muito grande e tinha uma aspiração inovadora e sistematizadora excessiva, alongando-se em mais de 4900 artigos (o atual Código Civil brasileiro, de 2002, possui pouco mais de 2000), sendo um trabalho de grande erudição, mas incompatível com a vida forense, que se realizava longe dos gabinetes da Corte. O projeto foi abandonado, embora tenha servido de base para o Código Civil da Argentina e tenha sido estudado por Clóvis Bevilácqua para a elaboração do Código Civil brasileiro de 1916.

Durante o Império ainda houve os projetos de Nabuco de Araújo (1872) e de Joaquim Felício dos Santos (1878), embora nenhum deles tenha conseguido a influência e a complexidade do Projeto de Teixeira de Freitas (Lopes, 2000: 303).

O Direito legislado, notadamente os parâmetros do sistema de Direito Privado (Código Comercial, Consolidação das Leis Cíveis, Lei de Terras e Lei Geral de Hipotecas), ajudou a formar um espaço público no Brasil, pois as leis promulgadas eram remetidas às Câmaras Municipais, para que fossem tornadas públicas, o que acabava por difundir o seu conhecimento pela população (letrada) em geral. Até que as faculdades de Direito se consolidassem, na década de 1870, a vida jurídica se dava no foro (espaço local) e na Corte (espaço nacional), produzindo um diálogo entre o centro do país e sua periferia, mediado pela circulação e discussão dos projetos na imprensa estabelecida, visto que os periódicos e coletâneas de jurisprudências eram limitados e intermitentes até o início da República. Os projetos aprovados e aqueles que foram abandonados conseguiam mobilizar debate não pouco significativo entre as elites agrárias, os comerciantes, a burocracia do Império, as camadas médias urbanas e os advogados forenses nas províncias.

Este espaço guardava similaridades em seus mecanismos formais com espaços públicos da mesma natureza que haviam se formado ou estavam em formação na Europa burguesa (Salles, 1996: 111). Mas não conseguiam superar dificuldades marcantes que obstaculizavam o processo de codificação: a escravidão, algo estranho ao discurso racional do Direito liberal-burguês e ao seu tom de generalidade e abstração simbolizados pelo sujeito de direito, o que fazia com que o escravo não aparecesse de forma alguma na legislação de Direito Privado (até porque tratava-se do cidadão/proprietário, algo que não abarcava de forma alguma não só os escravos, mas muitos homens e mulheres livres); por outro lado, havia o problema da jurisdição eclesiástica: enquanto esta permanesse, a família, a herança e as questões relativas a filiação não poderiam ser unificadas na centralidade de um Código que buscasse reunir pessoa, propriedade, contrato, família e herança. A jurisdição eclesiástica impedia uma visão da família sob o paradigma liberal, enquanto unidade de produção, e tratava as questões morais e íntimas das relações sociais como assunto público, a ser tutelado pelo Estado. Este legado segue como uma sombra até hoje no Direito de Família, lançando

obstáculo à laicização/secularização completa da tutela normativa das relações familiares no Brasil.

4. Considerações finais: a República, a codificação civil e o fim da fase “nacional” do Direito Privado

O Código Civil propriamente dito só viria a ser promulgado em 1916, a partir de projeto de Clóvis Beviláqua, apresentado ao Congresso Nacional em 1899, tramitando durante quase 17 anos no Poder Legislativo. É o esforço do ideal reformador da República, de pôr fim a tudo que representasse a velha ordem (colonial, imperial e dinástica), representando a afirmação do paradigma liberal-burguês, a partir do modelo da codificação alemã de 1896, definindo a centralidade do Código Civil e dando-lhe o almejado sentido “constitucional” por assim dizer, encerrando o ideal civilizatório europeizante e suprimindo a ausência que marcava o Direito brasileiro.

Retrato dos ideais do século XIX e ponto de encontro entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, o Código Civil de 1916 nascia marcado pelo individualismo e afirmava a idéia de unidade, sistematicidade e centralidade do Direito Privado consolidadas na codificação civil, em um ordenamento apartado quase que simetricamente do Direito Público e dos direitos do cidadão.

Tratava o Código da vida do homem comum e assim, no exercício de sua função “constitucional”, disciplina e regulamentava os direitos de liberdade e propriedade, as relações entre as pessoas, o espaço doméstico, a unidade da família, legitimada pelo casamento civil (o religioso de efeitos civis seriam regulamentado na década de 1940 por lei específica, fora do corpo do Código), afastando quaisquer formas que se afastassem desse modelo e estabelecendo a articulação da vida econômica na própria esfera privada.

A promulgação do Código Civil de 1916 representou o ápice de um processo que se iniciara no século XIX e a plenitude do paradigma liberal no sistema jurídico brasileiro, marcado pela dualidade Constituição política / codificação do Direito Privado (iniciado com o Código Comercial de 1850 e finalizada com o Código Civil de 1916).

Mas, enquanto processo histórico, estava em descompasso com as transformações ocorridas no mundo, com a ascensão do paradigma, ao final da Primeira Guerra Mundial, do constitucionalismo social e sua progressiva afirmação nas Constituições, notadamente a partir do término da Segunda Guerra Mundial, enquanto espaços não só de limites ao Poder estatal, mas também de regulação da vida econômica e de afirmação dos direitos sociais do cidadão.

Ainda, no plano infraconstitucional, havia um hiato entre um documento legal que glorificava o espaço privado livre da iniciativa econômica, em sentido muito próximo `aquele consagrado nas revoluções liberais do século XIX, com a intervenção legislativa e administrativa do Estado, notadamente através do poder de polícia, para delimitar a liberdade econômica, como em casos de saúde e higiene pública.

Sua promulgação põe fim à fase nacional do Direito Civil, onde a codificação era uma afirmação dos propósitos de estruturação de um modelo jurídico que combinasse o legado da unidade do Direito português, a tradição brasileira que ia se forjando de forma original a partir da ruptura marcada pela Independência e a busca dos parâmetros civilizatórios europeus a partir da mediação com valores que estavam sendo construídos no espaço público imperial, o que mostra uma articulação entre o projeto de construção de um sistema de Direito Privado e a institucionalização progressiva da Sociedade-Nação no Brasil.

Bibliografia consultada

COSTA, Emília Viotti da (1994). Da Monarquia `a República – Momentos Decisivos. São Paulo: Brasiliense.

DAVID, René (1996). Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes.

GIORGIANNI, Michelle (1998). O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. Revista dos Tribunais número 747.

HABERMAS, Jurgen (1984). Mudança Estrutural na Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

HOBSBAWN, Eric J (1989). Nações e Nacionalismos desde 1780. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

LERNER, Pablo (2002). El Código Civil Italiano de 1942 y las Reformas al Código Civil Argentino. In: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/103/art/art6.htm.

LOPES, José Reinaldo de Lima (2000). O Direito na História: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad.

SALLES, Ricardo (1996). Nostalgia Imperial: a formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado. Rio de Janeiro: Topbooks.

WEBER, Max (1999). Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

[1] O Império Colonial francês nas Américas já havia sido consideravelmente diminuído ao final da Guerra dos Sete Anos (1756-1763), com a anexação do Canadá pelo Império Colonial Britânico. No curso do processo que se inicia com a Revolução Americana e vai até o final da independência das colônias ibéricas, a França ainda perderia o Haiti, independente desde o início do século XVIII, resumindo suas possessões a algumas ilhas no Caribe e à Guiana que, embora não pudessem ser desprezadas, não se igualavam em extensão territorial e importância política aos impérios coloniais constituídos anteriormente mencionados.

[2] Não se busca aqui reduzir a construção da identidade nacional a um aspecto meramente institucional-legal, seja porque seria artificial, seja porque a questão identitária nas sociedades nacionais das Américas transcenderia em muito este aspecto. Mas não se pode relegar uma certa importância ao Direito enquanto fenômeno social e como um arranjo que reflete, ao mesmo tempo em que também pode influenciar, as questões identitárias. Por isto, este será o enfoque deste trabalho.

[3] Sobre o desenvolvimento histórico do Direito nos Estados Unidos, conferir DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, Martins Fontes, 3ª edição, 1996, São Paulo.

[4] Direito comum foi a denominação recebida para o Direito Romano compilado e recepcionado na Europa Meridional e Central no final da Baixa Idade Média e início da Idade Moderna, retomando o estudo das instituições jurídicas da Roma Antiga, reinterpretadas pelo humanismo e pelo jusnaturalismo renascentista, servindo de base para o estudo e a aplicação do direito, formando uma espécie de razão jurídica européia, que seria extinta com a Revolução Francesa e a queda do Antigo Regime.

[5] *Corpus Iuris Civilis* é a codificação do Direito Romano ordenada pelo Imperador Bizantino Justiniano, no século VI d.C., que reúne e ordena toda a matéria tratada pelos juristas romanos desde os primeiros séculos da Era Cristã e cristaliza a razão jurídica dos textos romanos, influenciada esta pela filosofia grega.

[6] Weber, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 172.

[7] A *common law* se consolidou nos Estados Unidos, mas de forma e sentido bastante originais em relação à Inglaterra e mesmo em outros países de tradição britânica, como Canadá e Austrália. Já o Estado da Louisiana mantém o Código Civil vigente até os dias atuais e, assim como Quebec, representa um enclave do sistema romano-germânico na América do Norte.

[8] Talvez fosse mais apropriado falar em um Direito do Império Português, que tinha vigência tanto na metrópole quanto nas colônias, sendo a legislação específica para estas uma exceção na produção legislativa do Reino.

[9] Na consolidação, inspirado na pandectística alemã do século XIX, Teixeira de Freitas inclui uma parte geral, tratando sobre pessoas e coisas (o que no Código Civil de 1916 se chamou mais apropriadamente de bens), organizando e produzindo ali conceitos jurídicos (Lopes, 2000: 392).