



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



Venceslau Tavares Costa Filho

Um Código “social” e “impopular”: uma história do processo de
codificação civil no Brasil (1822-1916).

Tese de Doutorado

Recife

2013

VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO

Um Código “social” e “impopular”: uma história do processo de
codificação civil no Brasil (1822-1916).

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior.

Recife

2013

Catlogação na fonte

Bibliotecário Wagner Carvalho CRB/4-1744

C837c Costa Filho, Venceslau Tavares
Um código “social” e “impopular”: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916) / Venceslau Tavares Costa Filho – Recife: O Autor, 2013.
246 f.

Orientador: Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Junior
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2013.
Inclui referências.

1. Direito civil – Brasil. 2. Movimento jurídico-filosófico - Recife. 3. Historicismo. 4. Clovis Beviláqua. 5. Codificação do direito civil – Brasil. 6. História do direito. I. Castro Junior, Torquato da Silva (Orientador). II. Título.

346.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2017-43)

VENCESLAU TAVARES COSTA FILHO

Um Código “social” e “impopular”: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916).

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor. Área de concentração: Direito Privado. Orientador: Prof. Dr. Torquato Castro Junior.

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado ou Doutorado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo - UFPE

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Profa. Dra. Larissa Maria de Moraes Leal - UFPE

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo - UFPR

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel - UFPR

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - UFF

Julgamento: APROVADO Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Recife, 24 de maio de 2013.

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Marcos Nóbrega.

Aos meus pais, Venceslau e Eugenia.
Aos meus filhos, Lucas e Luiz Antonio.
À minha esposa, Luciana.
Vocês são a melhor parte da minha história.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Torquato Castro Júnior, mestre e amigo. Graças a ele, pude contar com uma orientação segura desde a minha graduação, passando pela especialização, mestrado e doutorado. De jovem promessa, escreveu a sua própria história, e passou à condição de Professor Titular de Direito Civil da tradicional Faculdade de Direito do Recife.

Ao Professor Doutor Paulo Lôbo, expoente do Direito Civil brasileiro.

Às Professoras Doutoradas Fabíola Albuquerque Santos e Larissa Maria Leal, por ensinarem com delicadeza e descontração. Foram minhas professoras desde a Graduação, e passaram adiante o prazer de estudar e de ensinar Direito Civil.

Ao Professor Doutor João Maurício Adeodato, querido amigo. Os diálogos durante as reuniões do grupo de pesquisa em retórica na história das idéias jurídicas no Brasil ofereceram *insights* preciosos para esta tese de doutorado. Além disso, sabe ser sério sem ser sisudo; e sabe ser leve sem ser leviano.

À querida Irmã Eliziete Cassimiro de Freitas, às irmãs da Congregação das Damas da Instrução Cristã e a todos os que fazem o Colégio Damas da Instrução Cristã: aprendi e não esqueci as lições de vida que me foram proporcionadas durante os momentos preciosos de convívio com a Comunidade Damas.

Aos estimados Marcos Ehrhardt Jr, Beclaute Oliveira, Fernando Amorim, Bruno Emanuel, João Antônio, Suenya Almeida, Glauco Salomão, Erica Babini, Renata Dayanne, Alexandre Salema, Mário Maia, Pablo Falcão, Elaine Buarque, Maria Rita, Gustavo Andrade, Ticiane Benevides, Isabel Matheos, Ingrid Zanella, Graziela Bacchi Hora, Renata Othon, Ivanildo Figueiredo, Oton, Pedro Parini, Rogéria Gladys, Leonardo Siqueira, Rosa Maria Freitas do Nascimento, Alexandre Saldanha, Clóvis, Flavianne Nóbrega, Paul Hugo, pelo

coleguismo e pela confiança depositada na escolha de meu nome para representar os doutorandos perante o Colegiado do Programa de PósGraduação em Direito da UFPE.

Aos prezados amigos e colegas de docência, por todo apoio e incentivo.

Aos meus alunos e ex-alunos, porque mostram que sempre preciso aprender mais, levando-me adiante em uma jornada em busca do conhecimento.

Aos que fazem a Ordem dos Advogados do Brasil –Secção Pernambuco e a Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes, pela confiança depositada.

Às minhas amadas irmãs e ao meu cunhado Jorge, pelo apoio e pelo afeto ao longo desta jornada.

Quando eu morrer, não faça disparates
nem fiques a pensar: “Ele era assim ...”

Mas senta-te num banco de jardim,
calmamente comendo chocolates.

Aceita o que te deixo, o quase nada
destas palavras que te digo aqui:
Foi mais que longa a vida que eu vivi,
para ser em lembranças prolongada.

Porém, se um dia, só, na tarde em queda,
surgir uma lembrança desgarrada,
ave que nasce e em vôo se arremeda,

deixa-a pousar em teu silêncio, leve
como se apenas fosse imaginada,
como uma luz, mais que distante, breve.

(Adaptado de: Pena Filho, Carlos. Testamento do homem sensato. In: COUTINHO, Edilberto (org.). Os melhores poemas de Carlos Pena Filho. 2000.)

RESUMO

COSTA FILHO, Venceslau TAVARES. **Um Código “social” e “impopular”**: uma história do processo de codificação civil no Brasil (1822-1916). Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Trata-se de tese de doutorado que discute a influência da Escola do Recife sobre o Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, bem como sobre o caráter liberal do referido Projeto. Contextualiza o debate legislativo das primeiras décadas do século XIX no Brasil, trazendo a lume as influências da Filosofia da Restauração enquanto reação aos princípios da Revolução Francesa. Neste contexto, o Historicismo Político de Burke legitimou a tradição, e uma aversão à ruptura. Ao Historicismo Político, soma-se o Historicismo Jurídico de Savigny e da Escola Histórica alemã, que emprestará refinamento à tendência da elite jurídica e política nacional ao ecletismo, ou seja, a tendência em prol da harmonização das velhas estruturas sociais arcaicas com as novas ideologias em voga na Europa e na América do Norte. Ademais, a união entre Igreja e Estado durante praticamente todo o século XIX inviabilizou a formação de um contexto liberal efetivo à época da contratação de Clóvis Beviláqua para a elaboração do Projeto de Código Civil. Ademais, analisa as continuidades e descontinuidades da civilística nacional em relação à tradição jurídica lusobrasileira; apontando os momentos de “traição” e também de valorização da “tradição”. Por fim, demonstra que o pensamento de Clóvis Beviláqua diverge fundamentalmente da Filosofia de Tobias Barreto, de modo que este afastamento de Clóvis Beviláqua em relação às bases lançadas por Tobias Barreto desautoriza a conclusão pela caracterização do Projeto de Clóvis Beviláqua enquanto produto da Escola do Recife e, especialmente, da Filosofia de Tobias Barreto.

Palavras-chave: Codificação do Direito Civil. História do Direito. Escola do Recife.

ABSTRACT

This is a doctoral thesis that discusses the Escola do Recife's influence on the Civil Code Project of Clovis Bevilacqua, as well as on the liberal character of said Project. It contextualizes the legislative debate of the first decades of the nineteenth century in Brazil, bringing to light the influences of the Philosophy of the Restoration as a reaction to the principles of the French Revolution. In this context, Burke's Political Historicism legitimized tradition, and an aversion to rupture. Political Historicism adds to Savigny's Legal Historicism and the German Historical School, which will lend refinement to the tendency of the national juridical and political elite to eclecticism, that is, the tendency towards the harmonization of the old archaic social structures with the new ideologies in vogue in Europe and North America. This work approaches the following questions: I – the Escola do Recife's influence on process of legal codification in Brazil; II – impacts of liberal theories on brazilian Civil Code. Having as its starting point the historicism (political, legal and philosophical), it presents the Brazilian doctrinal debate on the issue.

Keywords: Civil codification process. Legal History. Escola do Recife.

Sumário

1 A GUISA DE INTRODUÇÃO	13
2 DIREITO, HISTÓRIA E MÉTODO: ELEMENTOS PARA UMA METÓDICA HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL	19
2.1 Quando os juristas “fazem” história: paroquialismo, reverencialismo, manualismo, evolucionismo e confusão metodológica	20
2.2 A história como ciência “auxiliar” do direito	24
2.3 O Direito entre a História e a Razão	30
2.4 Sobre o historicismo enquanto relativismo	34
2.5 A história enquanto narração	39
2.6 A Nova História Jurídica (New Legal History): uma história do direito apesar dos juristas?.....	44
3 VICISSITUDES DO LIBERALISMO À BRASILEIRA.....	49
3.1 A assimilação do discurso democrático e liberal no Brasil	49
3.2 O papel das elites brasileiras na construção de um “despotismo mole e açucarado”, ou como o discurso liberal legitimou as estruturas arcaicas.....	55
3.3 O centralismo jurídico português entre nós: “O Governo das maiorias não existe em nossa Constituição”	61
3.4 “Um povo mesclado e heterogêneo”: obstáculos à igualdade jurídica e política no Brasil	65
3.5 O liberalismo “à brasileira” pode ser chamado de liberalismo?	70
4 A RECEPÇÃO DAS IDÉIAS DE SAVIGNY E DA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ NO BRASIL ...	87
4.1 Guardiã e artífice da tradição	87
4.2 O Kairos da Codificação	92
4.3 A Escola Histórica alemã enquanto contraponto ao programa revolucionário francês e seu Code	97
4.4 Uma ciência “histórica” do direito privado?.....	103
4.5 Influências do Idealismo e do Romantismo alemão no pensamento de Savigny ...	109
4.6 Hegel e a Escola Histórica	113
5 POMBALISMO, LEI DA BOA RAZÃO E REFORMA DOS ESTATUTOS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA.....	116
5.1 O problema da periodização do direito português	116
5.2 Período de influência do direito romano (ou direito comum)	122
5.3 O lento afastamento do direito canônico.....	124
5.4 O usus modernus pandectarum	128

5.5 A Lei da Boa Razão.....	131
5.6 A Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra.....	138
6 TEIXEIRA DE FREITAS: O GUARDIÃO DA TRADIÇÃO.....	144
6.1 Entre tradições e traições.....	144
6.2 Um Jurista de transição.....	147
6.3 O sistema de direito civil de Teixeira de Freitas.....	158
6.4 Do “novo Código” ao Código Civil e Criminal.....	164
6.5 Da Parte Geral ao Código Geral.....	167
7 A “ALGAZARRA DAS TEORIAS”: A QUESTÃO DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ALVORECER DA REPÚBLICA.....	177
7.1 Origens doutrinárias do Código Civil de 1916.....	178
7.2 Código Civil ou Códigos Cíveis?.....	184
7.3 Coelho Rodrigues: um súdito “fiel”.....	189
7.4 A Escola do Recife: notícia de sua relevância, periodização e introdução ao debate acerca do seu perfil naturalista ou culturalista.....	195
7.5 O ecletismo espiritualista de Tobias Barreto e sua posterior adesão ao positivismo comteano.....	199
7.6 Tobias Barreto e o seu monismo evolucionista. O método histórico-naturalista de Tobias Barreto e sua rejeição ao naturalismo determinista.....	203
7.7 Clóvis Bevilacqua e seu afastamento em relação a Escola do Recife: o determinismo no Projeto de Código Civil.....	213
SÍNTESE DAS CONCLUSÕES.....	228
REFERÊNCIAS.....	231

1 A GUIA DE INTRODUÇÃO

A moderna metodologia da pesquisa já não acredita mais na neutralidade do observador. A começar pelo fato da escolha do objeto de pesquisa, que será influenciado por uma série de fatores subjetivos, que levam o pesquisador (consciente ou inconscientemente) a percorrer certa senda.

Como já pudemos afirmar em outra oportunidade¹, o problema da demarcação entre ciência e metafísica não reside em uma simples opção entre dedução ou indução. O problema da demarcação consiste em como distinguir a ciência da metafísica, sem que se leve em consideração a indução como questão determinante da cientificidade. Para Popper, a solução para este problema reside na aceitação da testabilidade, da refutabilidade ou da falsificabilidade como elemento característico das teorias científicas que as distinguem das especulações pseudocientíficas².

O recurso ao método qualitativo parece ser adequado ao manejo das informações a serem colhidas durante uma pesquisa como a que se empreendeu na redação desta Tese. Isto porque, na pesquisa qualitativa, o processo de compreensão das informações dá-se de “uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos”³. Este método é o mais adequado à elaboração de uma teoria que pretenda oferecer uma visão acerca do fenômeno sob análise, descrevendo os pontos de partidas da investigação e possibilitando a problematização e explicação das conclusões.⁴

Pode-se dizer que o objeto da nossa tese não passa disto: o estudo dos reflexos da teoria (formulada por juristas tais como Clóvis Bevilacqua, Teixeira

¹Cf.: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Apontamentos sobre a pesquisa jurídica a partir de uma visão tópico/retórica do direito. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, vol. 38 (2007). João Pessoa: Idéia.

²POPPER, Karl. A demarcação entre ciência e metafísica. In: CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia: posições e críticas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991, p. 203.

³MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 110.

⁴Cf. noção de teoria em: ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, nº 8. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1997, p. 206.

de Freitas, Savigny, Tobias Barreto, etc) na legislação (no nosso caso, o Código Civil brasileiro de 1916). O que nos impulsionou a redigir esta tese foi a busca por respostas a duas indagações básicas: I) se o anteprojeto de Código Civil redigido por Clóvis Bevilacqua pode ser considerado um “produto tardio do ideário burguês liberal e individualista dos séculos anteriores”,⁵ e II) se o Código Civil brasileiro de 1916 pode ser considerado enquanto fruto da Escola do Recife e da Filosofia de Tobias Barreto.⁶

O interesse pela História das Idéias Jurídicas parece fugir às preocupações de uma tese em direito civil. Contudo, a construção de uma metódica mais “esclarecida” do direito civil importa na investigação da sua trajetória histórica. Muitos juristas tendem a enxergar o estado da arte em que se encontra o direito civil como o “melhor dos mundos possíveis”, ignorando o fato de que as escolhas atuais são apenas algumas das alternativas dentre as historicamente possíveis.

Ademais, das fileiras do direito civil sempre saíram relevantes obras e autores voltados para a História do Direito e das Instituições jurídico-políticas nacionais. Entre os nacionais, podemos destacar a obra de Clóvis Bevilacqua e de Clóvis do Couto e Silva. Já nas fileiras estrangeiras, podemos ressaltar os trabalhos de Franz Wieacker e Karl Larenz.

O interesse pela história do direito nacional passa também pelas referências pessoais do autor da tese. Além de haver freqüentado os bancos da Faculdade de Direito do Recife nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado; de haver participado do grupo de pesquisa sobre as retóricas na história das idéias jurídicas no Brasil (sob a liderança do Professor Titular Doutor João Maurício Adeodato); viveu em um ambiente familiar que emprestava uma importância – talvez exagerada – a certos vultos da política e do direito no Brasil.

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23-24.

⁶ LOSANO, Mario G. La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 325.

Até hoje guardamos uma carta escrita por nosso avô paterno, na qual ele nos estimula para os estudos basicamente por dois motivos: a) para que seja tão inteligente quanto Ruy Barbosa o foi; b) para que este destaque intelectual proporcione boas relações pessoais, como a do Presidente Epitácio Pessoa com o nosso Bisavô (também chamado Venceslau); o que lhe proporcionou a nomeação como Coletor Federal à época.

Impressionou-me a condição de “celebridade” alcançada por certos bacharéis naquela época. Rui Barbosa era uma *persona* tão admirada naquele tempo quanto celebridades televisivas ou empresários são admirados hoje.

Ao participar de intensas polêmicas na grande imprensa, notáveis bacharéis como Clóvis Bevilacqua, José Veríssimo, Ruy Barbosa, etc.; eram elevados à condição de celebridades, sem falar nos que ingressaram também no imaginário e no anedotário popular.

Esta carta evidencia os ecos de um bacharelismo ainda dominante nos tempos do nosso avô. Mais do que isto, traz à lume o regime do favor vigente à época. O nosso bisavô não foi alçado à condição de coletor federal apenas por ser estudioso, mas provavelmente também por causa de suas relações pessoais com o Presidente Epitácio Pessoa, que havia sido o seu colega nos bancos escolares.

Esta relação entre Epitácio Pessoa e nosso Bisavô traz à tona também as relações entre Epitácio Pessoa e Clóvis Bevilacqua. Epitácio Pessoa foi Professor da Faculdade de Direito do Recife, assim como Clóvis Bevilacqua. Antes de ser Presidente da República, Epitácio Pessoa foi Ministro da Justiça, e homem de confiança dos primeiros governos republicanos.

Não foram poucos os que insinuaram que a escolha de Clóvis Bevilacqua se deveu mais a amizade dele com Epitácio Pessoa, do que aos seus dotes intelectuais. Mas, o regime do favor era praticamente onipresente à época, de modo que o estranho é que a escolha não fosse baseada em critérios subjetivos e personalistas.

Ao longo da tese, demonstraremos que fatos tais como a Proclamação da República e o Código Civil de 1916 não terão um sentido inovador. Na verdade, se prestarão mais à preservação dos velhos hábitos do que

efetivamente à renovação. Estes bacharéis, integrantes de uma elite que usava do discurso da reforma social para na verdade preservar as estruturas sociais arcaicas, não passavam de “deuses de casaca”.

“Deuses de casaca” é o nome de uma peça de Machado de Assis, em que ele retrata uma reunião dos Deuses do Olimpo, a fim de adotar uma solução diante do estranhamento causado pelo impacto dos novos costumes. A proposta de Marte e de outros Deuses a Júpiter, o *primus inter pares*, é no sentido de fazê-los assumir a forma humana, diante do esvaziamento de suas funções:

MARTE. Que acontece d’aqui? É que nesta Babel Reina em todos e em tudo uma cousa – o papel.
É esta a base, o meio e o fim. O grande rei
É o papel. Não há outra força, outra lei A fortuna o que é? Papel ao portador;
A honra é de papel; é de papel o amor.
O valor já não é aquelle ardor acceso:
Tem duas divisões – é de almaço ou de peso.
Enfim, por completar esta horrível Babel,
A moral de papel faz guerra de papel.⁷

Júpiter, contudo, reluta a abrir mão de sua condição divina a fim de assumir uma forma humana:

JUPITER. Fico eu só?
MARTE. Não, meu pae. Segue o geral exemplo.
É inútil resistir; o velho e antigo templo Para sempre cahio, não se levanta mais. Desçamos a tomar lugar entre os mortaes.
É nobre: um deus que despe a aureola divina. Sê homem!
JUPITER. Não! não! não!
APOLLO. O tempo nos ensina. Que devemos ceder.⁸

Finalmente, Júpiter é convencido por Marte, quando afirma que a mudança não prejudicará o seu “valor antigo”:

JUPITER. E tu, Marte?
MARTE. Eu cedo à guerra de papel.
Sou o mesmo; sómente o meu valor antigo
Mudou de applicação. Corro ainda ao perigo,

⁷ASSIS, Machado de. **Os deuses de casaca**. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1866, p. 13.

⁸ASSIS, Machado de. **Os deuses de casaca**. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1866, p. 44.

Mas não já com a espada: a penna é minha escolha.
 Em vez de usar broquel, vou fundar uma folha. Dividirei a espada em
 leves estyletes,
 Com elles abrirei campanha aos gabinetes.
 Moral, religião, política, poesia,
 De tudo falarei com alma e bizzarria.
 Perdoa-me, ó papel, os meus erros de outr'ora, Tarde os reconheci,
 mas abraço-te de agora!
 Cumpre-me ser, meu pae, de coração fiel,
 Cidadão do papel, no tempo do papel.⁹

As diversas reformas legislativas empreendidas ao longo do século XIX, culminando com o Código Civil de 1916, resultarão apenas em uma cidadania “do papel”, ou seja, uma cidadania formalmente garantida por lei, mas que não se reflete na realidade. Os antigos súditos fiéis do imperador vestirão as casacas republicanas, mas preservarão os mesmos valores. Eram “deuses de casaca”.

Neste sentido de investigar a ideologia por trás das narrativas históricas sobre a história das idéias jurídicas no Brasil, que optamos por iniciar a tese apresentando não somente um panorama geral sobre a teoria da história contemporânea, como também algumas de nossas opções teóricas e metodológicas. Sem dúvida, reflete bastante o ambiente da Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife e, especialmente, o pensamento do Professor Nelson Nogueira Saldanha.

Já no capítulo 2, nos dedicamos a analisar a especificidade da apropriação do discurso liberal no Brasil oitocentista, sua superficialidade e artificialidade. Analisamos os reflexos da tradição autoritária luso-brasileira, que defende que as grandes mudanças só podem ser operadas “de cima para baixo”, ou seja, a partir das elites. Ademais, no sentido de não fazer do liberalismo um sinônimo de democracia, esclarece em que medida a intervenção do Estado nas relações sociais e econômicas no Brasil inviabiliza a formação de um contexto genuinamente liberal ao tempo da elaboração do Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua.

No capítulo 3 da tese, analisamos justamente os desdobramentos jurídicos da Filosofia da Restauração no cenário europeu. O principal

⁹ASSIS, Machado de. **Os deuses de casaca**. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1866, p. 45-46.

movimento jurídico de reação à Filosofia Liberal foi a Escola Histórica alemã, já nas primeiras décadas do século XIX. Assim, procuramos apresentar as principais teses e influências da Escola Histórica alemã, relacionando-a com o contexto doutrinário brasileiro ao longo do século XIX.

O capítulo 4, por sua vez, é fruto direto da Banca de qualificação da presente Tese. Não se trata de um trabalho inteiramente novo em relação ao que foi apresentado para a qualificação, mas sim um desenvolvimento acerca da influência portuguesa – especialmente ao tempo do chamado despotismo esclarecido – sobre as bases do nosso direito e, especialmente, no processo de sistematização da legislação.

O capítulo 5 versa sobre o perfil de Teixeira de Freitas, enquanto jurista de transição encarregado da Consolidação das Leis Cíveis e, depois, da feitura de um Projeto de Código Civil. Em face da influência da doutrina de Savigny e da Escola Histórica alemã, formula um sistema de direito civil comprometido com a preservação do legado jurídico luso-brasileiro.

O capítulo 6 analisa a transição do regime monárquico para o regime republicano, e os impactos desta mudança no processo de codificação. Ademais, expõe as diversas influências filosóficas que deram origem à Escola do Recife e analisa o pensamento de Tobias Barreto em suas diversas fases, concluindo pela qualificação de Tobias Barreto em sua maturidade intelectual enquanto adepto de um naturalismo não determinista, pelo que lançará mão justamente do chamado método histórico-naturalista. Para concluir com a exposição da filosofia de Clóvis Bevilacqua à época da redação do Projeto de Código Civil, que representará um afastamento dele em relação a Tobias Barreto e à Escola do Recife.

Por fim, apresenta uma síntese das conclusões alcançadas ao longo do trabalho.

2 DIREITO, HISTÓRIA E MÉTODO: ELEMENTOS PARA UMA METÓDICA HISTÓRICA DO DIREITO CIVIL

Caldas andava aborrecido, pessimista. O seu processo ia mal e até agora o governo não lhe tinha dado coisa alguma. O seu patriotismo se enfraquecia com o diluir-se da esperança de ser algum dia vice-almirante. É verdade que o governo ainda não organizara a sua esquadra; entretanto, pelo rumor que corria, ele não comandaria nem uma divisão. Uma iniquidade! Era velho um pouco, é verdade; mas, por não ter nunca comandado, nessa matéria ele podia despender uma energia moça.

- O almirante não deve falar assim... A pátria está logo abaixo da humanidade.

- Não se deve desesperar... Não trabalhamos para nós, mas para os outros e para os vindouros – continuou Fontes persuasivo.

- Que tenho eu com eles? – fez agastado Caldas.

Bustamante, o general e Quaresma assistiam à pequena discussão calados e os dois primeiros um tanto sorridentes com a fúria de Caldas, que não se cansava de dançar a perna e alisar os longos favoritos brancos. O tenente respondeu:

- Muito, almirante. Nós todos devemos trabalhar para que surjam épocas melhores, de ordem, de felicidade e elevação moral.

- Nunca houve e nunca haverá! – disse de um jato Caldas.

- Eu também penso assim – acrescentou Albernaz.- Isto há de sempre ser o mesmo, aduziu ceticamente Bustamante.

O Major nada disse; parecia desinteressado da conversa. Fontes, em face daquelas contestações, ao contrário dos seus congêneres de seita, não se agastou. Ele era magro e chupado, moreno carregado e a oval do seu rosto estava amassada aqui e ali.

Com a sua voz arrastada e nasal, agitando a mão direita no jeito favorito dos sermonários, depois de ouvir a todos, falou com unção:

- Houve já um esboço: a Idade Média.

Ninguém ali lhe podia contestar. Quaresma só sabia História do Brasil e os outros nenhuma.¹⁰

¹⁰BARRETO, Lima. **Triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 136-137.

2.1 Quando os juristas “fazem” história: paroquialismo, reverencialismo, manualismo, evolucionismo e confusão metodológica

“O direito civil latino-americano nada mais é do que Direito Romano adaptado”, afirmou Sílvio Meira.¹¹ Este é o mote inicial para a nossa tentativa de identificar as ligações entre o pensamento europeu e a vivência jurídica no Brasil Imperial (1822-1889) e das primeiras décadas republicanas; bem como de apresentação do contexto específico em que se desenvolveram estas idéias; nos moldes de uma história das idéias (ou uma história do espírito, *Geistesgeschichte*), tal como propôs o professor Nelson Saldanha.¹² Cada geração tem a missão de refazer os itinerários fundamentais das gerações precedentes, enfrentando novamente os problemas, mas sem ignorar a “vivência histórica específica e intransferível”. Assim, preserva-se a continuidade, mas também se busca manter a “vigília crítica”, que deve ser reconstituída a cada tempo com matéria e expedientes próprios, porquanto a consciência histórica seja marcada pela identificação e pelo diferenciamento.¹³

Faz-se esta conexão entre as idéias jurídicas européias e a trajetória jurídica nacional em certo período temporal a fim de evitar aquilo que Nelson Saldanha chamou de paroquialismo, ou seja, a redução dos horizontes do historiador apenas à história de seu país, ou de sua região.¹⁴ A história geral (*allgemeine Geschichte*) fornece, portanto, as coordenadas gerais que auxiliarão o historiador na contextualização dos fatos históricos locais.¹⁵

¹¹ Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 134.

¹²SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: VEIGA, Gláucio. **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – III volume. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982, p. 23.

¹³SALDANHA, Nelson. Prefácio. In: VEIGA, Gláucio. **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – III volume. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982, p. 26.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 60.

¹⁵SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 57.

No direito civil, tal tendência se manifesta na proposta de síntese entre história do direito e sistema jurídico e, ainda, entre a história do direito e o direito comparado. A mitigação da autonomia dos sistemas nacionais, a partir de realidades tais como a União Européia e (entre nós) o Mercosul parecem indicar um retorno a um paradigma transnacional do direito privado, tal como anteriormente vivenciado à época do *ius commune*.¹⁶

Apesar da evidente falta de cuidado dos juristas com o percurso histórico das idéias brasileiras, faz-se esta opção de estudo também tendo em vista a consolidação da “identidade de uma cultura”.¹⁷ A assimilação da cultura jurídica européia no Brasil não se deu como uma simples transladação, mas sim com a adaptação às necessidades locais.

Esta atitude comparativa parece ser comum aos povos que conheceram um estágio colonial, quando receberam instituições, e que normalmente sofreram revoluções políticas que resultaram – além da ruptura formal com as antigas metrópoles – em um anseio de reelaboração das respectivas estruturas jurídicas. Tais fatores explicam a atitude de constante atenção às influências européias, especialmente na América Latina.¹⁸

Some-se a isto o pensamento iluminista e sua tendência à universalização em termos éticos e estéticos, além de conceber a história enquanto progresso; bem como a influência de Kant e suas idéias sobre uma “história cosmopolita”.¹⁹ Já a noção de história local guarda ligações ideológicas com o “particularismo político”: na Osnabrück do século XVIII, por exemplo, registra-se a ação de Justus Moeser em prol da descentralização

¹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporâneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche). **Rivista di diritto civile**, a. XLVII, n. 6 (novembre/dicembre 2001). Padova: CEDAM, p. 706.

¹⁷ ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume LIII, fascículo 215 (jul./set. 2004). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 335.

¹⁸ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

¹⁹ SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 56.

administrativa e pela valorização da história local, ao argumento de que o centralismo não era compatível com as “forças históricas reais”.²⁰

Esta valorização do local em face do geral, por outro lado, pode proporcionar ao jurista carente de uma abertura cultural uma percepção do ordenamento jurídico local como o “melhor dos mundos possíveis”, tendendo a enxergá-lo em termos absolutos, e até mesmo a mitificá-lo.²¹ Não é raro ver juristas manifestarem seu paroquialismo, especialmente quando referem que tal ou qual jurista nacional antecipou-se ao resto do mundo, ou que só não foram reconhecidos internacionalmente como os maiores gênios do seu tempo porque escreveram em português, e não em outras línguas.

Tal atitude é também um reflexo daquilo que Luciano Oliveira chama de impureza ou confusão metodológica no ambiente das pós-graduações em direito. Não raro, as dissertações ou teses em direito trazem um capítulo sobre uma visão sociológica, histórica ou filosófica da temática enfrentada; ao argumento de uma suposta interdisciplinaridade da pesquisa empreendida. Contudo, muitas vezes isto não passa de confusão metodológica. Ainda de acordo com Luciano Oliveira, não obstante o fato de estar indicada enquanto abordagem interdisciplinar, o que se verifica em muitos casos é uma série de lugares comuns, coletados em na obra de diversos autores, mas sem qualquer densidade teórica.²²

Afora isso, o reverencialismo e o manualismo também são problemas comuns no ambiente dos mestrados e doutorados em direito. Grassam trabalhos de pós-graduação em que é feita verdadeira colagem da opinião de “ilustres” autores dos mais diversos matizes teóricos e que aparentemente igualam-se em sabedoria e bondade. Tal reverência aos antigos e modernos

²⁰SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 59.

²¹GROSSI, Paolo. IL punto e la línea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista). In: **Società, diritto, stato: un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 10.

²²OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pósgraduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 310-311.

termina por ignorar as diferenças, sem proporcionar uma explicação qualificada do argumento que se deseja sustentar. Como resultado desta atitude, “todos os sociólogos, filósofos, historiadores etc. tornam-se igualmente benfeitores da humanidade”.²³ Tal reverencialismo, nas palavras de Luciano Oliveira, liga-se ao estilo elogioso dos manuais, que costumam colocar certos vultos nos altares do direito, que normalmente são utilizados como fonte para a redação das teses e dissertações.²⁴ É o que se pode verificar, por exemplo, na seguinte afirmação de Alfredo Valladão: “Teixeira de Freitas, é a figura máxima de nossos juriconsultos, a encarnação do gênio do direito, que leva a cabo a Consolidação das nossas leis civis, (...)”.²⁵

Ademais, esta tendência otimista dos juristas de mitificar o direito, ou de enxergar o momento atual como “o melhor dos mundos possíveis” evidencia uma percepção muitas vezes evolucionista da história do fenômeno jurídico, em que as normas e concepções atuais já existiriam embrionariamente no passado mais remoto. Então, não é incomum ver autores afirmarem que Teixeira de Freitas era um homem “à frente do seu tempo”, ou que Tobias Barreto “antecipou tal teoria”.

Como crítica e contraponto a esta visão evolucionista da história, Nelson Saldanha afirma que Jhering deve ser interpretado como um típico intelectual do século XIX, sem que se possa cobrar dele a adesão a teses que hoje estão em voga: “Jhering foi um grande pensador do direito do século XIX”.²⁶ O mesmo se pode afirmar de Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua ou Pontes de Miranda. Foram homens de seu tempo. Tal perspectiva otimista da história e dos grandes vultos, além de anacrônica, evidencia um tipo de trabalho em que

²³ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pósgraduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 319.

²⁴ OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pósgraduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 319.

²⁵ VALLADÃO, Alfredo. **Felício dos Santos e a codificação civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1952, p. 29.

²⁶ SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 183.

aparentemente o autor não tem consciência do que afirmou, porquanto copiou tal idéia acriticamente de algum manual ou compilação.²⁷

O “paroquialismo”, o “manualismo”, a “confusão metodológica” e o “reverencialismo”, contudo, não são manifestações estranhas ao ambiente em que ocorreram. Os três grandes mestres da suspeita (Marx, Nietzsche e Freud), majoritários em termos de academia brasileira, ao trazer as pesquisas sobre problemas sociais e humanos “para o terreno do escondido, do baixo, até mesmo do inconfessável”, fizeram da desconfiança um expediente sempre lançado à mão para desvelar a realidade “visível, vivida, imediata”; sempre indagando “mas o que é que está por trás disso?” A resposta a ser dada por Marx é pública e notória: o modo de produção; Nietzsche por sua vez diria que é a vontade de poder, e Freud afirmaria ser o inconsciente.²⁸

2.2 A história como ciência “auxiliar” do direito

Pode-se falar em três momentos específicos da história do direito enquanto disciplina auxiliar do direito.²⁹

Ela se apresenta enquanto *história das idéias e da dogmática (ideen und dogmengeschichte)* quando aparece como fundamento da compreensão histórica do direito vigente. Ninguém pode conhecer adequadamente o Código Civil brasileiro ou o Código Civil alemão sem entender o pandectismo novecentista e sua ideologia. Ou ainda, não é possível compreender a atual Constituição Federal brasileira sem antes perscrutar o constitucionalismo liberal e as críticas socialistas. Assim, sob esta perspectiva busca-se o contexto em que se desenvolveram certos dogmas e escolas jurídicas.

²⁷OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pósgraduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 312-313.

²⁸OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010, p. 19-20.

²⁹COING, Helmut. **Grundzüge der rechtsphilosophie**. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1950, p. 280-281.

Já enquanto *história dos problemas* (*Problemgeschichte*) aborda as diversas soluções talhadas para um dado problema – o tratamento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo – nas diversas fases do “desenvolvimento” do direito. Sob este prisma, a história do direito compreende as soluções postas pelo direito vigente como uma entre várias soluções historicamente possíveis para aquele problema. Assim, permite-se a apreciação do direito positivo e suas peculiaridades sob o pano de fundo dos problemas gerais.

Por fim, como história do desenvolvimento do direito (*Entwicklungsgeschichte des Rechts*) se propõe a estudar o devir do direito em face da “evolução” social e cultural em geral. Neste caso, apresenta as transformações historicamente sofridas na idéia de direito, sua influência na ordem social e suas relações com o poder. Sob esta ótica, mostra quais são as forças que têm sustentado e promovido o desenvolvimento do direito; incluindo aí os fatores filosóficos, éticos, religiosos, etc. – e quais as forças que têm se colocado contra tais evoluções; especificando as condicionantes históricas favoráveis e as desfavoráveis às modificações operadas no direito.

Contudo, tal tentativa de tripartição dos “momentos” da história do direito promovida por Helmut Coing não está livre de críticas. A começar pela noção de história do desenvolvimento do direito enquanto um levantamento de fatores de progresso ou de atraso na marcha histórica do fenômeno jurídico. Ora, a interpretação de determinada corrente de pensamento ou grupo social como progressista ou atrasada é um ato de pura ideologia, e que estará condicionado pelas estruturas econômicas e sociais em que está inserido o intérprete. As fontes históricas, portanto, são colocadas a serviço de processos de conformação da realidade, ou ainda, constituem “investimentos simbólicos de uma certa estratégia de poder”.³⁰

Por outro lado, a referência a uma história dos problemas parece ignorar os sistemas enquanto referenciais históricos, ou ainda, deixam a descoberto

³⁰HESPANHA, António Manuel. Savants et rustiques: la violence douce de la raison juridique. **Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte**, n. X (1983). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 01.

uma opção teórica que repudia o sistema como referência válida. Este tipo de radicalização que opõe o sistema ao problema é aprofundado com a difusão da obra de Theodor Viehweg na segunda metade do século passado, que gerou conclusões apressadas que perduram até hoje.³¹ Até mesmo porque, seja no direito romano ou em outros direitos, a admissão do problema não implica necessariamente a exclusão do sistema.³²

Registre-se, entretanto, que – de acordo com Nelson Saldanha - os romanos nunca foram conhecidos pelo refinamento metodológico, bem como o fato de que a própria noção de sistema “não pertenceu, em sentido expresso, à linguagem romana”. Mas, a perspectiva sistemática não é incompatível com o direito desenvolvido por Roma, porquanto seja uma noção que hodiernamente é associada com a própria concepção objetiva do direito, o que não refoge à própria imagem daquele que – para o Ocidente – é o direito por excelência.³³

É bem verdade que esta abordagem sistemática deve evitar a pretensão omniexplicativa, como se um dado sistema pudesse controlar todo e qualquer problema. Assim, não negamos que parte considerável da história da filosofia diz respeito aos problemas levantados, enquanto que a parte relativa aos sistemas criados para resolver tais problemas ocupa uma parcela menor.³⁴ Contudo, a história do direito não se reduz à história dos problemas, admitindo também uma história dos sistemas.

³¹Permita-nos referir a nossa análise em: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado. Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). Brasília: Senado Federal.

³² SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 112.

³³SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p.114.

³⁴ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica a verdade na ética e na ciência** (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

Finalmente, é de se rejeitar o discurso que exalta um suposto progresso verificado no direito civil atual. Este é um discurso que parece se insinuar entre alguns dos adeptos da constitucionalização do direito civil.³⁵

Porém, de acordo com o Professor Torquato Castro Júnior, a constitucionalização do direito civil pode ser considerada enquanto uma atitude hermenêutica, que angariou grande prestígio doutrinário e foi amplamente divulgada no Brasil, especialmente após o advento da Constituição brasileira de 1988.³⁶ Construiu-se, pois, um discurso fundado metodologicamente “na dúplice tarefa de desprestigiar o direito legislado nos códigos em favor de uma retórica da potencialização da eficácia do texto constitucional”.³⁷

Conforme leciona o Professor Torquato Castro Júnior, trata-se de uma doutrina que sustenta a saída do direito codificado do “centro” do ordenamento jurídico, espaço este que passa a ser ocupado pela Constituição. Para eles, tal fenômeno é comparável à mudança de perspectiva operada com a adoção da tese de que o sol – e não a terra – ocupa o centro do universo. A questão reside, contudo, no fato de não se notar “a relatividade dessas assertivas. O sistema jurídico não tem centro. Aliás, toda topologia que se lhe queira atribuir será inescapavelmente metafórica, embora nem por isso menos relevante”.³⁸

Tal atitude de mitificação do direito civil constitucional evidencia-se também no discurso de autores que defendem que a Constituição conferiu certa força especial ou qualitativamente superior a uma miríade de institutos de direito privado. Desenha-se, portanto, em linhas fortes um cenário em que

³⁵Para uma melhor compreensão das principais teses acerca da Constitucionalização do Direito Civil, recomendamos a leitura de um dos primeiros trabalhos publicados no Brasil sobre tal atitude teórica e metodológica: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal. Pedimos vênias, também, para recomendar o seguinte trabalho: COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora.

³⁶CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? *In*: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 64.

³⁷CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? *In*: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 64-65.

³⁸CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? *In*: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 65.

institutos (como a função social, por exemplo) pelo simples fato de restarem mencionados no texto constitucional, passam a ser considerados princípios qualitativamente diferentes do que eram. Assim, conforme leciona Torquato Castro Júnior:

A 'revolução copernicana' da civilística constitucionalista tem um sentido mítico fundamental, relacionada à cumulatividade do saber jurídico e do direito de juízes e juristas, que se projeta na composição de uma topografia imaginária da legislação.³⁹

A relevância da Constituição em termos de interpretação e desenvolvimento do direito privado está fora de questionamento. Deve-se atentar, contudo, para o fato de que a Constituição cumpre funções políticas e retóricas diversas das funções atribuídas ao Código Civil. Leciona, ainda, Torquato Castro Júnior:

A Constituição é escrita com estilo diverso do código civil, emprega palavras bem menos semanticamente determinadas do que o Código Civil e persegue outros fins. São duas formas diversas da técnica de legislar, distintas formas de pensamento e tradições. Como afirmou expressamente Fachin (...), por detrás desses esforços de figuração há 'uma grande vontade política'.⁴⁰

Tal atitude, portanto, evidencia um determinado engajamento político e ideológico do jurista; na medida em que o direito constitucional é tradicionalmente associado "à ideologia e ao poder vigente".⁴¹ Trata-se, também, de uma atitude típica do jurista moldado pela modernidade. Antes do advento da modernidade, predominava o passado, a estabilizar as escolhas atuais sob a égide de tradições, status sociais e leis pertinentes. A partir do século XVII, conforme leciona Stephan Kirste, o tempo passa a ser apreciado

³⁹ CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 65.

⁴⁰ CASTRO JR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? In: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011, p. 66.

⁴¹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora, p. 03. Disponível em: www.oab.org.br Acesso em: 10 de março de 2012.

mediante uma perspectiva voltada para o futuro. Tal atitude guarda relação com o crescimento das incertezas, bem como com uma maior velocidade no tocante às transformações das circunstâncias sociais. As previsões, que orientavam a tomada de decisões, cedem espaço ao planejamento ativo.⁴² Destarte, na modernidade, as normas jurídicas passam a desempenhar “uma função no contexto da ‘colonização do futuro’, da garantia atual em contraposição à sua imprevisibilidade”.⁴³

A premência pelo novo em detrimento do antigo ou velho manifesta-se em franca oposição a uma linha de pensamento histórico que deita raízes na cultura medieval, que fez uma clara opção pelo “latim como língua franca, o texto bíblico como livro fundamental e a tradição patrística como único testemunho da cultura clássica”, de modo que recorre a fórmulas consagradas e a comentários, sem dar a entender que se está afirmando algo novo. Tal afirmação da cultura medieval e, portanto, dos glosadores, bartolistas, praxistas, etc. (enquanto produtos desta cultura) como obstáculos à inovação são falsas. Ocorre que a cultura medieval procura esconder a inovação sob o manto da repetição, em vez de fingir “inovar mesmo quando repete”. Assim, pelo apego que tem à tradição, apressa-se o medieval “a nos convencer de que está simplesmente redizendo o que foi dito antes”, de modo a legitimar o seu discurso.⁴⁴

Opor-se à tradição oficial não era apenas um pecado do orgulho, mas gerava certos riscos para quem sustentava tais idéias. É apenas depois de Descartes que se iniciará a tendência dos pensadores aparecerem como aqueles que pisaram em terras nunca exploradas; o fetiche da inovação do

⁴² KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pósgraduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 113-114.

⁴³ KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pósgraduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 117..

⁴⁴ ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 14.

pensamento. Contudo, ainda que não valorizassem a inovação, os medievais “também eram capazes de achados engenhosos e lances geniais”.⁴⁵

2.3 O Direito entre a História e a Razão

Pode-se afirmar que existe uma oposição “ambígua e fundamental” entre a história e a razão. Enquanto para alguns a história reduz a razão, para outros é a razão que está para além da história. Este antagonismo entre história e razão pode ser identificado em diversos momentos do pensamento ocidental, nas diversas tendências doutrinárias ou metodológicas. Contudo, o caráter de certos movimentos da história do pensamento ocidental, predominantemente vinculados à idéia de razão ou cultuando certo desprezo em relação a ela, permitiram a construção de uma tendência contemporânea que considera que os problemas e as ações humanas podem ser analisados de acordo com a razão ou em oposição a ela, circunstâncias que serão consideradas na apreciação histórica.⁴⁶

Existe certa tendência a opor razão e história, assim como se fala em uma suposta oposição entre iluminismo (ou racionalismo) e romantismo. Contudo, é uma simplificação inadequada considerar como irracional toda a narrativa histórica, especialmente devido à associação do romantismo com o culto ao passado. Assim, não se pode afirmar como absoluta a incompatibilidade entre razão e história.⁴⁷

Se bem que o romantismo normalmente é identificado com momentos de crise da cultura ocidental secularizada, períodos em que se questionou a razão e o racionalismo, de ascensão de valores ligados à emoção, bem como

⁴⁵ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval**. Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 16.

⁴⁶SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 57.

⁴⁷SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 58.

ao resgate da tradição e dos componentes religiosos.⁴⁸ Daí a franca oposição dos adeptos do racionalismo.

Aparentemente, a oposição ideológica e metodológica entre o Iluminismo e o Romantismo não é inafastável. Isto porque, sob uma perspectiva histórica, toda oposição é apenas relativa. Pode-se dizer, entretanto, que a filosofia de Hegel – com a sua crença absoluta na razão – e seu ponto de vista histórico marcam um momento de transição. Por outro lado, a impossibilidade de se reduzir a história à razão, que é fruto da antiga predominância do pensamento aristotélico, ao argumento de que o intelecto humano tanto trabalha com o particular como também com o universal; mas, enquanto o universal é o campo próprio da razão, a história atua na seara do particular, pelo que não seria propriamente uma ciência.⁴⁹

O caráter histórico do direito, todavia, foi ignorado desde os seus primórdios. Tal atitude pode ser explicada por uma consciência histórica tardia. O enfrentamento histórico dos problemas ocorre, no devir histórico das diversas culturas, após um tratamento supostamente racional. A Escola Histórica alemã desponta como a primeira tentativa de compreensão histórica do direito. Tal perspectiva trazida pelo movimento liderado por Savigny, entretanto, não representa a única interpretação histórica do direito possível. Até mesmo porque certos aspectos da historicidade do direito podem não ter sido enfrentados ao tempo de Savigny, enquanto outras manifestações contemporâneas do histórico no direito podem ser enriquecidas com os desenvolvimentos recentes do relativismo cultural e da sociologia do conhecimento.⁵⁰

Este retardo na construção de uma apropriada “teoria filosófica das ciências ‘culturais’”, bem como a valorização e o prestígio do conceito físicomatemático de ciência, proporcionou uma desastrosa vinculação da teoria

⁴⁸SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a crise do classicismo jurídico). **Revista trimestral de direito civil**, a. 2, v.9 (jan./mar.2002). Rio de Janeiro: Padma, p. 187-188.

⁴⁹SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 58.

⁵⁰SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 61.

do direito, através dos séculos, a modelos a-históricos. Entretanto, apenas recentemente a ciência do direito tem sido reconhecida como um fenômeno histórico, dentre outros. Assim, o direito é uma seara do conhecimento que busca sentidos historicamente localizados enquanto afazer e que, portanto, necessita de uma metodologia que também seja – ao menos em parte – histórica.⁵¹

Esta opção metodológica não é incompatível com uma específica perspectiva racional, qual seja a perspectiva sistemática. Isto porque a idéia de sistema é normalmente utilizada no discurso jurídico. Logo, é de se levar em consideração a historicidade dos sistemas e a historicidade do próprio conceito de sistema.⁵²

É bem verdade, contudo, que a perspectiva histórica não é necessariamente sistemática. Em verdade, o histórico e o sistemático remetem a “modos distintos e complementares do pensar em matéria de ciências humanas”. Some-se a isto o fato de que tal aspecto sistemático não se reduz a um dado sistema historicamente localizado, mas sim às várias manifestações institucionais ou espirituais estabelecidas e mais ou menos independentes que gozam de reconhecimento mútuo enquanto produtos culturais peculiares.⁵³

Esta consciência que nos leva a considerar que o direito é um sistema, portanto, não significa uma profissão de fé nesta ou naquela concepção sistemática. Contudo, a esta conclusão chegaram os juristas dos séculos XIX e XX; que terminou por ser contestada na metade do século passado por uma

⁵¹SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 62.

⁵² SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 111.

⁵³ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 111-112.

parcela significativa da doutrina, capitaneada por Viehweg, a colocar em primeiro plano o estudo do problema no direito.⁵⁴

É bem verdade que ainda se pode afirmar que: “Somente na filosofia do direito ainda estamos em busca da razão sistemática”.⁵⁵

Contudo, este enfoque nos problemas não pode descurar do sistema, porquanto não se possa entender, mensurar, localizar ou avaliar um problema sem a perspectiva fornecida pelo sistema. Algum parâmetro, princípio, modelo ou referencial deve ser disponibilizado para que o problema se apresente enquanto tal. Não sendo assim, não passará de mero embate, ou demanda. Uma perspectiva institucional da vivência jurídica exige, portanto, que se compreenda o direito como um sistema.⁵⁶

Não se pode negar, contudo, que esta certa atitude sistemática proceda com uma redução dos horizontes do historiador. O direito manifesta-se muitas vezes como uma lúcida operação redutiva. Apesar da plurissecular tradição que admitia um direito dos “privados” (ou seja, criado pelos particulares) ao lado do direito estatal, na contemporaneidade o direito aparece estritamente vinculado aos detentores do poder político. O Estado passa a pretender não somente a criação do direito, mas também a ser o único sujeito produtor.⁵⁷

Sem sombra de dúvida, este processo ganha contornos mais límpidos com a Revolução Francesa. Sob este perfil, o novo se destaca profundamente do velho, e a história jurídica ocidental é retratada a partir de uma ruptura fundamental. Assim, a atuação dos poderes burgueses é restringida e se reduz a um só sujeito produtor do direito, que se manifesta apenas pela lei, que se torna daí para frente em uma fonte de qualidade superior e em posição hierarquicamente primária. A tarefa do jurista (que era a de “dizer o direito”, *juris dicere*) é reduzida à de mero exegeta de um texto normativo que lhe é

⁵⁴SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 186.

⁵⁵ LLOMPART, José. Juristisches und philosophisches denken. *In*: **Le raisonnement juridique**. Actes du congrés mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale: Bruxelles, 30 août – 3 septembre 1971. Bruxelles: Hubert Hubien, 1971, p. 85.

⁵⁶SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 187.

⁵⁷GROSSI, Paolo. Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi. *In*: **Società, Diritto, Stato** – un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 14.

completamente estranho, pois em nada contribuiu para criá-lo. Com isto, pretende-se a realização de um projeto político-jurídico: reduzir a velha ordem jurídica caótica a um sistema claro e simples. Sempre procedendo com uma operação redutiva.⁵⁸

2.4 Sobre o historicismo enquanto relativismo

Enquanto tentativa de explicação do geral ou do particular, trabalha a história em função de exemplaridades. O historiador, não importando o tema ou suas intenções, atua a partir de determinadas linhas traçadas e estas ganham novas cores e contornos de acordo com as respectivas ideologias e pressupostos metodológicos. Assim, levando-se em consideração sua formação filosófica, o historiador fará uso destas coordenadas gerais como categorias básicas do seu afazer.⁵⁹

Uma destas coordenadas gerais pode ser chamada de historicismo ou historismo. Preferimos chamar esta corrente contemporânea da teoria ou filosofia da história de *historismo*, a fim de diferenciá-la do historicismo da Escola Histórica alemã, capitaneada por Savigny. O historismo parte da “idéia essencial segundo a qual o homem é um ser histórico e todos os problemas humanos se compreendem em função disto”.⁶⁰

Uma das primeiras referências ao termo historismo remete a um estudo feito por Karl Werner (em 1881) sobre Vico, correspondendo ao conjunto de teorias que, no século XVIII, valorizavam as explicações formuladas a partir de

⁵⁸GROSSI, Paolo. Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi. In: **Società, Diritto, Stato** – un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 14.

⁵⁹SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 57.

⁶⁰SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002, p. 82.

um ponto de vista histórico, como contraponto ao racionalismo cartesiano, que se desvinculava da história.⁶¹

As últimas décadas do século XIX testemunharam o apogeu da história enquanto campo privilegiado do conhecimento. A adequada compreensão do passado, aparentemente, garantiria maior rigor e segurança na compreensão dos fatos em curso, o que permitiria mudar ou corrigir os rumos da história, sempre a partir deste conhecimento do passado. Tal crença não era monopolizada pelos historiadores, mas também era partilhada com os juristas.⁶²

De acordo com Arno Wehling, pode-se considerar que é a partir da década de 1920, com a divulgação dos livros de Ernest Troeltsch, que se insinuou uma tendência que associava o historicismo com o relativismo e o ceticismo. Segundo esta linha de argumentação, a ausência “de uma sedimentação transistórica na cultura” acarretava na identificação da problemática do historicismo com a do relativismo, ou seja, “cada cultura era um produto histórico único e irreduzível a quaisquer formulações generalizadoras”. A solução para este impasse seria, para autores como Juan Beneyto, a adoção de uma perspectiva ética como a do cristianismo, por sua forte presença na cultura ocidental.⁶³ Contudo, concordamos com a crítica formulada por Arno Wehling a tal tipo de concepção, que leva o historiador da ontologia à metafísica, em busca de uma verdade absoluta que está fora da história.⁶⁴

João Maurício Adeodato considera o historicismo enquanto parte da retórica, que - apesar de haver nascido da sofística – tornou-se mais extensa que ela, abarcando também o ceticismo e o humanismo.⁶⁵ Talvez haja um pouco de exagero nesta afirmação. Contudo, concordamos no sentido de que

⁶¹WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 21.

⁶²WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 21.

⁶³BENEYTO, Juan. **Una sociologia de la historia jurídica**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, p. 5 e ss.

⁶⁴WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 22.

⁶⁵ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *In: A retórica constitucional*: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 58.

tanto a história como a retórica podem ser consideradas espécies de relativismos.

Enquanto parte da Retórica, a história era considerada pelos antigos gregos como um conjunto de narrativas representativas das condutas eticamente desejáveis ou reprováveis, selecionando neste repertório de condutas aquelas que servissem para a obtenção de uma argumentação persuasiva. Some-se a isto o fato de que – sob o ponto de vista de uma retórica como a de Aristóteles - “um argumento (entimema) baseado em um exemplo que as pessoas crêem ter realmente ocorrido é mais convincente do que quando não há essa crença”.⁶⁶

Os antigos gregos procuravam, também, diferenciar a história da literatura, inclusive condenando o estilo romanceado de contar a história, que deveria ser evitado. A história ocupa-se do que efetivamente ocorreu, e não do que poderia ter acontecido. Assim, o que distingue o historiador do poeta não é a prosa ou o verso dos quais eles lançam mão, mas sim esta referência da história à realidade concreta e particularizada.⁶⁷

Isto faz com que a literatura, por outro lado, aproxime-se mais da filosofia do que a história, porquanto suas assertivas sejam mais universais, enquanto as da história são singulares. Ressalte-se, entretanto, que “os relatos históricos foram tradicionalmente considerados uma forma de arte, sendo a história depois incluída no sistema das sete artes liberais, como parte da gramática e da retórica, *artes bene dicendi et scribendi* (o saber bem falar e escrever)”.⁶⁸

⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁶⁷ ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119-120.

⁶⁸ ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120.

Assim, compreendida nesta perspectiva retórica, a história conduz “a uma concepção retórica da linguagem, o que significa entender a linguagem como auto-referente e ao mesmo tempo constitutiva da realidade, numa interação muito difícil de determinar”.⁶⁹ O paradigma racionalista cartesiano, todavia, promoveu uma concepção etiológica e escatológica da história. O estudo da história passa a ter um referencial causal (ou seja, é concebida “como um estudo natural de causas e efeitos”) e progressista (pois “supostamente se evolui para melhor”). É neste contexto que se consolida uma superioridade do moderno frente ao antigo, bem como a do presente em face do passado.⁷⁰

Mas, sob um ponto de vista retórico, advoga-se uma perspectiva sisífica da história, que entra em rota de colisão com tais visões etiológica e escatológica da história. A história não deve ser compreendida “em termos causais nem caminha para algum ponto previamente determinável, exatamente porque os consensos temporários de sentidos são circunstanciais e infinitamente variáveis, por vezes, contraditório”. Chama-se sisífica esta perspectiva porque – justamente como Sísifo que não sabe até onde conseguirá levar a pedra – os homens também desconhecem aonde irão efetivamente chegar. Cada tempo histórico, portanto, é construído circunstancialmente.⁷¹

Esta polêmica gerada pela chamada visão etiológica/causalista da história aprofunda-se com as críticas de Karl Popper publicadas em 1944, na obra *A miséria do historicismo*. Karl Popper dirige suas críticas exatamente contra toda e qualquer teoria que admitisse “a previsão social em todas as ciências sociais, fundamentadas na existência de leis científicas de caráter newtoniano, indiferentemente de possuírem ou não feição naturalista”. A este

⁶⁹ ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

⁷⁰ ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

⁷¹ ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *In: A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

conjunto de teorias chamou de *historicismo*, chegando a separar os naturalistas dos antinaturalistas, na medida de sua admissão ou aceitação da análise dos fenômenos sociais a partir de parâmetros biológicos.⁷²

Esta crítica dirigida ao historicismo, contudo, foi direcionada somente às teorias que “privilegiam a sucessão temporal dos fenômenos culturais, entendendo-os como um processo determinista e teleologicamente direcionado”. Trata-se, segundo Popper, de uma espécie de superstição.⁷³ Mas, o próprio Karl Popper esclarece que a sua crítica não visa ao conjunto do historicismo, ou seja, “aos problemas do conhecimento histórico – relativismo, anti-racionalismo, ceticismo etc. – em suas várias acepções (ontológica, epistemológica, metodológica), mas tão somente a uma feição específica de teses sobre previsibilidade histórica”.⁷⁴ Ou seja, trata-se de uma refutação geral à tese segundo a qual é possível recorrer à métodos racionais ou científicos que possibilitem a previsão do curso da história humana.⁷⁵

Popper basicamente apresenta cinco teses “anti-historicistas”, com o seguinte encadeamento:

1. A marcha da história humana é fortemente influenciada pelo desenvolvimento do conhecimento humano;⁷⁶
2. Contudo, é impossível prever, a partir de métodos científicos ou racionais, o desenvolvimento futuro do conhecimento humano;⁷⁷
3. Logo, isto inviabiliza qualquer possibilidade de previsão do devir histórico;⁷⁸

⁷²WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 25.

⁷³POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. VII.

⁷⁴WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 25-26.

⁷⁵POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. VII.

⁷⁶POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. IX.

⁷⁷POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. IX-X.

4. Isto também implica na rejeição de uma concepção teórica da história, ou seja, da história enquanto espécie de ciência social histórica, aproximando-se da física e das ciências da natureza; pois não se pode conceber uma teoria científica da história que se preste à fundamentação da previsão do curso da história;⁷⁹

5. Conclui-se, então, que a indicação da previsão enquanto objeto fundamental do método historicista constitui um equívoco que termina por colapsar o próprio historicismo.⁸⁰

Karl Popper, portanto, tece duras críticas contra todas as teorias que laboram a partir de algum tipo de padronização do desenvolvimento do processo histórico. Assim, dirige suas assertivas contra uma suposta “filosofia material da história”, que termina por deixá-la sem “seu motor e sua explicação”; e contesta a tradição racionalista/iluminista da história (especialmente as da linha kantiana/hegeliana) a partir da história do conhecimento. Criticou, ainda, a chamada “macroteologia histórica” (isto é, a compreensão da história como uma sucessão de fases históricas) e um suposto papel engajado (ou desalienante) da história, que termina por dar ensejo a outro problema que é a ideologização do conhecimento histórico, como ocorreu no nazismo e no stalinismo a partir do suporte teórico de um historicismo hegeliano.⁸¹

2.5 A história enquanto narração

Diante das inconsistências de uma teoria histórica que admita uma previsibilidade social, ou ainda de uma visão etiológica/causalista da história, parece-nos adequada a perspectiva da história enquanto narração, nos moldes

⁷⁸POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. X.

⁷⁹POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. X.

⁸⁰POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957, p. X.

⁸¹WEHLING, Arno. **A invenção da história: estudos sobre o historicismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 26.

apresentados por Walter Benjamin. A narração desempenha uma importante função “na própria constituição do sujeito”, enquanto momento importante de retomada de um passado que morreria se não fosse mencionado, se caísse no esquecimento.⁸²

Para Walter Benjamin, a história relaciona-se a uma espécie de audiência secretamente agendada entre as gerações anteriores e a atual. O passado, portanto, exige⁸³ que as gerações posteriores façam uso do “frágil poder messiânico” (*schwache messianische Kraft*) que lhes foi concedido, de modo a resgatá-lo.⁸⁴

Um dos problemas enfrentados pelo historiador na atualidade é a visão, a nosso ver equivocada, que projeta a narrativa histórica para o futuro. Uma característica das sociedades contemporâneas (as sociedades do “risco”) é justamente a idéia de que o futuro é um território a ser conquistado, de modo que as suas ações são orientadas para controlar ou, até mesmo, impedir o futuro. As sociedades antigas, por outro lado, não conheceram o conceito de risco ou incerteza diante do futuro. As sociedades tradicionais, porquanto vivam “no passado”, vinculam os acontecimentos imprevisíveis não ao futuro, mas a algo já determinado previamente, pelo que a associação com o destino, a sorte, a vontade dos deuses, etc.⁸⁵

A modernidade, portanto, apresenta uma nova forma de percepção da temporalidade, que se caracteriza pela ênfase nas rupturas e não nas continuidades, rompendo com um passado que era considerado tranqüilo e marcado pela linearidade. Neste sentido, Walter Benjamin apresenta um fato histórico ilustrativo deste processo: na revolução de julho de 1830, ao final do

⁸² FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. *In*: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito: Anais**. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 76.

⁸³No texto original, o autor faz uso da expressão *anspruch*, que também pode ser traduzida como apelo, ou pretensão.

⁸⁴BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. *In*: **Erzählen** – Schriften zur Theorie der Narration und zur literarischen Prosa. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 129-130.

⁸⁵GIDDENS, Anthony. **Runaway world**: how globalisation is reshaping our lives. 2 ed. London: Profile Books, 2002, p. 22-23.

primeiro dia de combates, combatentes localizados em pontos diferentes da cidade de Paris, sem que tenham combinado previamente e em momentos próximos, abriram fogo contra os relógios situados nas torres.⁸⁶

De acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, este fato evidencia o rompimento com um tempo mecânico ou linear, assim como o projeto revolucionário em prol da implantação de um novo calendário “e uma nova forma de encarar a passagem do tempo, numa irrupção e numa quebra de uma continuidade que seja aparentemente tranqüila”.⁸⁷

Esta manipulação moderna da narrativa histórica também é reproduzida em terras tupiniquins. Os revolucionários pernambucanos de 1817, por exemplo, também tentaram instituir um novo calendário, de modo que há registro de cartas trocadas entre eles nas quais se verificam a indicação do tempo posterior ao movimento como o “ano I da Independência”.⁸⁸ Ademais, os conspiradores pernambucanos de 1817, com o fito de levar o nacionalismo às últimas conseqüências: “excluíam de suas mesas o pão e o vinho da Europa, servindo com ostentação a farinha de mandioca e a aguardente nacional com o qual faziam brindes à Independência, contra a tirania real e contra os portugueses da Europa”.⁸⁹

Na visão de Walter Benjamin, os calendários são espécies de monumentos erigidos de modo a promover uma conscientização histórica. A contagem do tempo não se dá na mesma forma nos relógios e nos calendários. Nos calendários, existirão dias que constantemente retornarão na forma de feriados, que funcionam como dias para rememorar ou recordar. Ademais, a história não se traduzirá em um tempo homogêneo ou linear; será recheada por um “tempo de agora” (*Jetztzeit*) que permitirá que as classes dominantes dêem

⁸⁶BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: **Erzählen** – Schriften zur Theorie der Narration und zur literarischen Prosa. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 137.

⁸⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito**: Anais. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 78.

⁸⁸ COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Brasil em perspectiva**. 20 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 86.

⁸⁹ COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Brasil em perspectiva**. 20 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 87.

saltos dialéticos para fora do *continuum* histórico, de modo a manipular o passado conforme as conveniências atuais.⁹⁰

Esta noção de temporalidade é partilhada tanto pelos historiadores positivistas, como também pelos ideólogos de esquerda partidários de uma idéia de progresso bastante disseminada na primeira metade do século passado. Pregava-se, então, que “os eventuais retrocessos não passavam de percalços da classe operária, que inevitável, fatal e inexoravelmente deveria acabar por vencer, já que esta era a própria lei da história”. Esta postura, contudo, leva a um conformismo, à medida que considera que os eventuais percalços serão totalmente superados pela lei da história, porquanto se tratam de uma fase passageira que antecederá inexoravelmente o triunfo final e definitivo da classe operária.⁹¹

Este tipo de ponto vista, contudo, restou imensamente prejudicado com a divulgação do pacto de não-agressão celebrado por Hitler e Stalin (por volta de agosto de 1939), ou seja, aquela nação que era vista como a única que poderia deter o avanço do nazismo na Europa terminou por se aliar com o inimigo.⁹² Esta visão progressista da história, portanto, terminava por legitimar os erros da liderança operária, pois acreditavam que tais erros seriam milagrosamente transformados em acertos após o triunfo final da revolução.

Walter Benjamin faz uso de uma metáfora interessante para explicar esta visão escatológica da história adotada pelos historiadores marxistas, pelos adeptos do materialismo histórico. Tratava-se uma espécie de robô, trajado à moda turca, que podia responder a cada jogada de um jogador de xadrez com outra jogada mais engenhosa, de modo a obter a vitória sempre. Isto não

⁹⁰BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: **Erzählen** – Schriften zur Theorie der Narration und zur literarischen Prosa. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 137.

⁹¹FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito: Anais**. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 78.

⁹²FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito: Anais**. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 78.

passava, contudo, de mera ilusão. A mesa onde se realizavam as partidas de xadrez, que parecia ser transparente graças ao uso de espelhos, ocultava um anão corcunda que era muito hábil no xadrez, e que dirigia os movimentos do boneco. Tal marionete habilmente manipulada seria o materialismo histórico, destinada a vencer sempre. Pois, faz uso dos serviços da teologia, mas que é hoje diminuta e feia, de modo que não pode se mostrar às claras.⁹³

Outra crítica diz respeito à historiografia que se dedica “a uma reconstituição do passado ‘como ele de fato foi’, ou à idéia (própria de Fustel de Coulanges) de que o historiador, ao reconstituir uma época histórica, deve esquecer tudo o que sabe sobre fases posteriores da história”. Ademais, também procedem com a identificação de nexos causais entre os fatos históricos, resultando em uma historiografia universal que se afasta das especificidades do passado que pretende analisar.⁹⁴

Sem falar em uma atitude que é muito comum entre juristas que usam de argumentos históricos, que é a de atribuir “um sentido *a posteriori* aos eventos” e a de trabalhar com uma lógica que é estranha aos eventos sob análise. Assim, este tipo de história termina por estabelecer “uma certa linearidade, uma harmonia e uma coerência que são estranhas à própria época que está sendo estudada”.⁹⁵ Exemplo disto é a afirmação feita por Miguel Reale no sentido de que Clóvis Bevilacqua, assim como ele mesmo, seria um adepto das teses de Rudolf Stammler acerca do Direito Natural de conteúdo variável.⁹⁶ Este, sem dúvida, é um tipo de fixação de sentido *a posteriori*, que talvez tenha uma função estratégica, qual seja a de tornar palatável a proposta culturalista de codificação de Miguel Reale associando-a a um pensador respeitável: Clóvis Bevilacqua.

⁹³BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. In: **Erzählen** – Schriften zur Theorie der Narration und zur literarischen Prosa. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007, p. 129.

⁹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito**: Anais. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 78.

⁹⁵FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito**: Anais. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 78-79.

⁹⁶REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 340.

Esta visão linear da história termina por se inserir em uma predisposição em identificar ligações inexistentes e em realizar pressuposições utilizadas arbitrariamente enquanto pontos de partida.⁹⁷ Somente a partir de um discurso histórico *a posteriori* é que a narrativa histórica poderia se apresentar como uma sequência lógica de eventos, em fases perfeitamente identificáveis, livres de contradições e outros problemas. Este tipo de simplificação é estranho ao passado, porquanto a época pretérita, “quando vivida – qualquer época que seja – se mostra complexa, dialética, rica de virtualidades, e impossível de ser apreendida por conexões simples, tal como este discurso historicista quer fazer crer que é”.⁹⁸

Tal tentativa de simplificação da narrativa histórica não é nada mais do que uma (im)postura que – tal como o leito de Procusto – deseja enquadrar o passado nas categorias sociais e mentais do hoje, transformando o devir histórico em um momento de preparação para o futuro, em uma atitude escatológica, que parece poder dirigir a história. Destarte, este tipo de narrativa histórica termina por se divorciar do tempo pretérito, porquanto promova uma leitura do passado “que nada mais é do que um ‘clone’ do presente, cheio de valores políticos e ideológicos próprios do presente”.⁹⁹

2.6 A Nova História Jurídica (New Legal History): uma história do direito apesar dos juristas?

A perda de confiança na capacidade das teorias sociais clássicas em formular interpretações que alcançassem todos os aspectos do então mundo

⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

⁹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. *In*: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito**: Anais. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 79.

⁹⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. *In*: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). **A Escola de Frankfurt no Direito**: Anais. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 79.

moderno, levou ao aparecimento de linhas de pensamento em rota de colisão com estas explicações tradicionais. Uma foi a da chamada pós-modernidade, com suas flexibilizações, e que fez das suspeitas em relação às teorias gerais uma virtude a ser cultivada. Outra linha de crítica às teorias sociais clássicas foi a das teorias neo-sistemáticas, caracterizadas por serem menos ousadas e mais rigorosas do ponto de vista formal ou analítico, que continuou o legado de Parsons (mas foi além dele).¹⁰⁰

A teoria neo-sistemática seria justamente o fundamento da proposta de Maria Theres Fögen e sua “nova história jurídica” (*new legal history*). Seguindo uma linha ortodoxa, advoga a tese de que os indivíduos desaparecem em uma representação do mundo social como sistema de comunicação. Neste contexto, a hierarquia e a dominação – que sempre foram consideradas elementos centrais tanto da história política como também da história social – são considerados a partir da diferenciação funcional dos sistemas, em que a reprodução e mudança são considerados a partir da chamada *autopoiese*.¹⁰¹

Trata-se de uma proposta de interpretação da história que se desenvolve a partir de uma concepção sistemática como a de Niklas Luhmann. A partir da perspectiva trazida por Niklas Luhmann, a sociedade apresenta-se como um “sistema para redução da complexidade e controle da contingência inerentes ao mundo circundante”. A sociedade enquanto sistema é formada por subsistemas (a exemplo do científico, do amoroso, do religioso, do político, etc), que interagem sem perder a sua identidade. Entretanto, para cada um dos subsistemas “todos os demais sistemas funcionam como mundo circundante”.

102

Destarte, um mesmo evento não afetará a todos os sistemas da mesma maneira, podendo ser considerado positivo para um e não para outro, o que “possibilita a cada subsistema lidar consigo mesmo e conduzir autonomamente

¹⁰⁰ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 21.

¹⁰¹ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 21.

¹⁰²ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 62.

os problemas”.¹⁰³ Isto pode gerar diferenças substanciais na forma como os subsistemas lidam com certos fatos. Assim, enquanto para o direito o divórcio será um fato recepcionado enquanto lícito, para certos subsistemas religiosos será tido enquanto comportamento indesejável ou pecaminoso.

Maria Theres Fögen afirma que se costuma vincular o fenômeno histórico a expressões aparentemente contraditórias, tais como “continuidade” e “mudança”, “tradição” e “ruptura”¹⁰⁴, “estrutura” e “acontecimento”. Mas, esta identidade paradoxal não é restrita ao campo da pesquisa histórica, alcançando também os fenômenos biológicos e sociais.¹⁰⁵ Para ela, a história apresenta-se como uma história da evolução do sistema social. Parte de uma idéia de comunicação sistemática, na qual a história aprecia as interações sistemáticas, a construção do repertório do sistema social, etc. Trata-se, portanto, de uma interpretação da história que faz uso das teses formuladas por Niklas Luhmann, segundo nossa compreensão.¹⁰⁶

Pode-se apontar como vantagem desta visão sistemática da história do direito a minimização da atuação dos indivíduos (ou “heróis”) no processo histórico, à medida que é a sociedade (ou o sistema social) que irá promover as interações entre os subsistemas que a integram. Ademais estas trocas comunicativas – apesar de partirem de um subsistema com linguagem especializada – são mensagens que são repaginadas em cada subsistema que as recebe.¹⁰⁷

¹⁰³ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

¹⁰⁴ A autora fala em *Tradition und Einschnitt*. A tradução literal da palavra *Einschnitt* seria incisão, corte ou entalho. Devido à referência ao devir histórico, decidimos traduzir a palavra como ruptura, que talvez expresse mais adequadamente a proposta da autora.

¹⁰⁵ FÖGEN, Marie Theres. Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 14.

¹⁰⁶ FÖGEN, Marie Theres. Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 14-19.

¹⁰⁷ ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 21.

Apesar de ser esta uma teoria que vem angariando a simpatia de muitos juristas, os estudiosos da matéria devem analisar com cautela as suas propostas. Apesar das suas origens nas ciências exatas e da natureza, esta visão de mundo pode não proporcionar ao historiador uma vantagem teórica. Marie Theres Förger chega a defender a possibilidade de um direito sem jurisprudência, sem leis, sem doutrina jurídica e sem juristas.¹⁰⁸

É bem verdade, que as chamadas regularidades sociais independem da existência de um “rei”, ou de uma ordem jurídica diferenciada de outras ordens, porquanto as sociedades humanas sempre fizeram uso de argumentos normativos, tais como códigos binários do tipo *proibido/permitido*. A noção de direito, contudo, não é universal; depende de um processo de diferenciação (ou especialização) funcional que se desenvolve no seio de cada sistema social. Destarte, isto permite questionar a tese de Marie Theres Förger acerca de um conceito geral de direito que não depende das contingências historicamente mutáveis.¹⁰⁹

Por fim, já tivemos a oportunidade de afirmar a inconveniência da transposição do modelo de Maturana e Varela (*autopoiese/alopoiese* dos sistemas) para o direito. Diz-se isto porque:

esta seria uma transposição para o direito do que ocorre com os organismos vivos – os quais são sistemas reais – que ao interagir com outros organismos se modificam. Contudo, a unidade do sistema real reside em causalidades físicas, de modo que as modificações ocorridas entre as interações entre seres vivos se dão com base nesta causalidade física, preservando a unidade do sistema. Entretanto, o direito civil é um sistema conceitual, e a unidade dos sistemas conceituais não reside em uma causalidade física. No caso do direito civil, há que se falar em uma regra de reconhecimento. Ao pôr em segundo plano ou até mesmo negar a necessidade desta regra de reconhecimento, a noção de sistema aberto labora contra a sistematicidade do direito civil.¹¹⁰

Como já pudemos afirmar anteriormente, também, o elemento que confere sistematicidade ao direito e sua história não está no próprio direito e

¹⁰⁸ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 21.

¹⁰⁹ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 22.

¹¹⁰COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado. Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). Brasília: Senado Federal, p. 155.

nem muito menos no devir histórico, mas em um esforço hermenêutico que é promovido por aqueles que se dedicam a elaborar narrativas explicativas do direito e sua história.¹¹¹

¹¹¹ COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Prefácio. *In*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). **A modernização do direito civil – Volume II**. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 05-06.

3 VICISSITUDES DO LIBERALISMO À BRASILEIRA

Por certo um código não poderá ser uma obra popular na sua expressão. Mas póde e deve ser uma obra clara, transparente, movendo-se com facilidade e na ocasião oportuna.¹¹²

A questão das formas de governo, em sentido de torná-la republicana, é de antiga data; vai tomar porém novo incremento com a excitação geral dos espíritos. Acho-a razoável e acertada, impondo-lhe apenas uma condição: não sonhemos a república de pura forma com suas manias igualitárias pelo modelo francês.¹¹³

3.1 A assimilação do discurso democrático e liberal no Brasil

O mote inicial desta tese - o estudo das vivências jurídicas brasileiras durante o período imperial e as primeiras décadas da República e seus pontos de contato com as idéias européias -, guarda relação em última instância com uma reflexão mais ampla sobre os desafios da implantação de uma cultura européia em um território de proporções continentais, em que as condições naturais (quando não adversas) apresentam-se ao largo de sua tradição milenar. Ao importarmos da Europa “nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias”; e insistindo na introdução destes elementos estrangeiros a um ambiente muitas vezes avesso e arisco; qualificamo-nos ainda hoje como “uns desterrados em nossa terra”.¹¹⁴

Após séculos de presença do absolutismo e colonialismo português em diversos pontos do país, causa espanto e admiração a receptividade (especialmente da elite letrada) no tocante às novas aspirações sopradas pelos ventos europeus, no processo de emancipação nacional e nas décadas que se seguiram. A aparente nacionalização do discurso democrático e liberal, que

¹¹²BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 20.

¹¹³ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 42.

¹¹⁴HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 16 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 03.

parecia não sofrer uma oposição esperada em uma sociedade em diversos aspectos arcaica, encobre um fenômeno que se opera mais na legitimação do discurso, mas sem afetar substancialmente a estrutura das relações sócioeconômicas tradicionais no Brasil: “certos lemas sacrossantos como os do liberalismo e da democracia formal podiam chegar a tornar-se atraentes, tanto mais quanto ficavam aptos a se converter em verbalizações grandiloqüentes, mas inócuas, já que não tinham por onde ameaçar seriamente a ordem estabelecida”.¹¹⁵

As idéias e os “fraseados de importação” foram reinterpretados a partir de um conjunto de velhas estruturas coloniais mantidas no Brasil mesmo após a independência. Mas este não seria o único caso “em que o apelo ao arcaico e a elementos endógenos acabem por fundir-se num só todo, quando se unem a formulações modernas, dando-lhes mesmo reforço”.¹¹⁶ Neste diapasão, observe-se que a despeito de um texto constitucional supostamente liberal como a Constituição brasileira de 1824 manteve-se a escravidão entre nós, o que sem dúvida foi um dos grandes óbices à realização dos ideais democráticos e liberais entre nós.

José Bonifácio de Andrada e Silva, em notável Representação dirigida à Assembléia Constituinte, já advertia àquela época: “Mas como poderá haver uma Constituição liberal e duradoura em um país continuamente habitado por uma multidão de escravos brutais e inimigos?”¹¹⁷

Como tentaremos demonstrar mais adiante, a escravidão associada ao regime do “favor” e ao centralismo jurídico-político vigente entre nós podem ser considerados como os principais fatores a impedir a efetivação dos princípios

¹¹⁵HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Capítulos de história do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 22.

¹¹⁶HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Capítulos de história do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 22-23.

¹¹⁷SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura. In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 270.

liberais, ou ainda, a obstar a implementação de um Estado liberal entre nós. Entretanto, os civilistas brasileiros adeptos da chamada constitucionalização do direito civil costumam explicar a evolução do direito civil brasileiro contrapondo o paradigma do Estado Social ao paradigma do Estado Liberal. Considerando que o constitucionalismo e as codificações são contemporâneos do Estado Liberal, afirmam que o direito civil brasileiro é legatário de uma herança liberal, especialmente no tocante a uma consagração formal da liberdade e da igualdade ao rol de direitos fundamentais.¹¹⁸ Ou ainda, que o Código Civil brasileiro de 1916 é fruto das doutrinas “voluntarista e individualista” consagradas pelo Código de Napoleão; o que também evidenciaria uma forte inspiração liberal no tocante ao Código Civil pretérito.¹¹⁹

Também Antonio Carlos Wolkmer propõe uma interpretação da História do Direito no Brasil a partir da compreensão do liberalismo entre nós, “bem como de que forma suas diretrizes se manifestaram no bojo de um saber irradiado com a fundação das primeiras escolas de Direito, na criação de uma elite jurídica própria e na construção de um arcabouço legal positivo, durante o Império e o início da República”.¹²⁰

Destarte, esta parece ser uma premissa comum nas narrativas acerca da história do direito civil e do direito nacional: as instituições jurídicas do Império e do início da República refletem os ideais liberais. Assim, partindo desta premissa, afirma-se também que o Anteprojeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua também seria fruto deste ideário liberal.

No Brasil, contudo, restou evidenciada uma reação aos princípios liberais. Trata-se de uma reação que se manifesta em nome do respeito que se deve ter à história. Estamos falando, portanto de uma espécie de historicismo. Pois, o historicismo também designa diversas reações contra as doutrinas racionalistas e liberais. Entretanto, a designação em comum não deve ser um

¹¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal, p. 100-102.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Revista Jurídica**, a. 48, n. 278 (dez. de 2000). Porto Alegre: Notadez, p. 07.

¹²⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 93-94.

obstáculo à diferenciação do historicismo em três correntes, quais sejam: “o historicismo filosófico de Schelling e Hegel, o historicismo político dos teóricos da Restauração, e finalmente o historicismo jurídico ou Escola histórica dos juristas alemães”.¹²¹

O historicismo político nasceu a partir de circunstâncias e condicionantes peculiares, ou seja, em posição antagônica quanto a teoria e a prática adotada pelos revolucionários franceses de 1789. O programa revolucionário inspirouse nas teses da Escola de Direito natural, que laborava a partir de uma oposição entre o direito natural e o direito positivo, o que os estimulou dirigir críticas contra as instituições vigentes e a promover reivindicações políticas ao gosto dos liberais.¹²²

Logo após a Revolução Francesa surgiram manifestações contrárias ao seu ideário, manifestado na Declaração dos direitos do Homem e do cidadão. A obra publicada por Edmund Burke, em 1790, é uma crítica contundente ao programa revolucionário francês.¹²³ Mais adiante, nos ocuparemos das críticas formuladas por Edmund Burke.

Os funestos atos praticados pelos revolucionários, com destaque para a decapitação do rei Luís XVI e de figuras proeminentes da nobreza, causaram espécie e forneceram combustível para acesas polêmicas contra a metafísica dos revolucionários e as doutrinas racionalistas e liberais. Tal reação buscou principalmente a restauração das monarquias absolutas, que tiveram seus poderes reduzidos ou praticamente eliminados pela onda revolucionária que varreu a Europa daquela época. Se no campo da política a chamada Santa Aliança é a manifestação mais eloquente¹²⁴, no campo filosófico apareceram

¹²¹VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito – Vol. I.** 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 193.

¹²²VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito – Vol. I.** 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 193.

¹²³BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France.** Chicago: Gateway Editions, 1955. Trata-se de uma republicação da obra trazida à lume originalmente em 1790.

¹²⁴ Trata-se de um pacto celebrado entre os soberanos da Áustria, Rússia e Alemanha, no ano de 1815, no intuito de promover a defesa da monarquia em moldes absolutistas. Não custa

diversos trabalhos escritos no intuito de louvar a autoridade do poder estabelecido e consolidado através dos séculos, em detrimento de uma vontade de inovação que se baseia apenas na razão individual. A esta forma de historicismo atribuiu-se o nome de Filosofia da Restauração.¹²⁵

De acordo com esta linha de argumentação, o direito pode ser considerado um dado abstrato, desvinculado da realidade concreta, passível de ser alcançado dedutivamente pelo pensamento de qualquer homem racional, em qualquer época e lugar. Muito pelo contrário, o direito seria um fato histórico que depende de uma longa preparação, e que é transmitido de uma geração a outra. As Constituições, portanto, devem firmar suas raízes na tradição; não devem ser constituídas ou refeitas novamente graças à atuação de pensadores singulares ou de um grupo de doutrinadores, sem qualquer preocupação com a tradição. Para Giorgio Del Vecchio, este último argumento alude ao contexto da época, já que “precisamente no período da Revolução francesa surgiu (não só na França, mas também na Itália) uma série numerosíssima de projetos de constituições políticas; tanto que foram promovidos concursos com tal objectivo e quase todos os cidadãos se julgaram capazes de propor um sistema de governo para substituir o existente”.¹²⁶

É neste contexto de influência da Filosofia da Restauração, que D. Pedro I faz uso das seguintes palavras em seu discurso dirigido aos Constituintes:

Todas as constituições, que á maneira das de 1791 e 92, têm estabelecido suas bases, e se têm querido organizar, a experiência nos tem mostrado, que são totalmente theoreticas e metaphysicas e por isso inexeqüíveis; assim o prova a França, Hespanha, e ultimamente Portugal. Ellas não têm feito como devião, a felicidade geral; mas sim, depois de uma licenciosa liberdade, vemos que em uns paizes já appareceu, e em outros ainda não tarda a apparecer o despotismo em um, depois de ter sido exercitado por muitos, sendo consequência necessária, ficarem os povos reduzidos à triste situação de presenciarem, e sofrerem todos os horrores da anarchia.

lembrar que o Brasil foi elevado à condição de Reino Unido à Portugal justamente no ano de 1815, a fim de conferir legitimidade à D. João VI enquanto representante dos interesses da monarquia portuguesa no supracitado pacto, que até então governava Portugal a partir da colônia localizada no outro lado do oceano atlântico.

¹²⁵VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito – Vol. I.** 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 194.

¹²⁶VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito – Vol. I.** 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 194-195.

Longe de nós tão melancólicas recordações; ellas enlutarão a alegria, e jubilo de tão fausto dia.¹²⁷

Observa-se, portanto, que o discurso do Imperador D. Pedro I está impregnado das teses formuladas pelos filósofos da restauração, com Edmund Burke na liderança. A rejeição do soberano às constituições “theoreticas e methaphysicas” é a rejeição a um saber jurídico baseado somente na razão humana, e desvinculado das tradições de um povo. Esta ruptura com a segurança proporcionada pela tradição levaria ao despotismo e à anarquia, segundo D. Pedro I, que faz uso deste argumento estrategicamente. De qualquer forma, resta evidenciada a existência de fortes vínculos entre a filosofia da restauração e o pensamento político e jurídico brasileiro no período pós-independência.

Sem falar que tais manifestações eram vistas como verdadeiros atos de traição à Monarquia Portuguesa. Diz-se porque a invasão e ocupação do território português pelas tropas de Junot feriram o orgulho nacional, além de serem impopulares e suscitarem reações beolicosas. Contudo, não obstante isto, certa parcela da elite lusitana na época, que apregoava os princípios e as idéias favoráveis à renovação do Estado e do Direito português, não deixou de manifestar a sua simpatia à causa francesa e às teses revolucionárias. É exatamente deste grupo que partirá, em 23 de maio de 1808, a chamada “Súplica” a Napoleão Bonaparte, um documento no qual pediam ao líder da ocupação francesa uma Constituição, no que seria considerado o primeiro texto em língua portuguesa a assinalar este desejo de constituição.¹²⁸

Nesta “Súplica” apresentam um texto relativamente sistematizado, com aparência de proposta de Constituição para Portugal. Os suplicantes não desejavam a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, mas que

¹²⁷ FALLA DO THRONO DE PEDRO I, em 3 de maio de 1823. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição commemorativa do centenário da 1ª constituinte do Brasil (1823-1923)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923, p. 29.

¹²⁸ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192.

simplesmente ela fosse outorgada por Napoleão, à semelhança do que ocorreu em relação ao Grão-Ducado de Varsóvia, a fim de promover formas representativas e o princípio da igualdade de todos diante da Lei e do Estado.¹²⁹

As raízes do constitucionalismo brasileiro, segundo Paulo Bonavides, encontram-se na Revolução Pernambucana de 1817, de inspiração republicana. Seja pela natureza deste levante,

confessadamente separatista e emancipativo, como pelos princípios que o inspiravam, todos derivados da ideologia revolucionária solapadora das monarquias absolutas, a Lei Orgânica da nova república era um projeto superior em substância e qualidade à 'Súplica' portuguesa de 1808.¹³⁰

Não obstante a relevância destes dois fatos marcantes da história constitucional portuguesa e brasileira; o fato é que a leitura que a monarquia portuguesa e, depois, brasileira fez destes movimentos foi no sentido de compreendê-los como traições, especialmente pela associação que se fazia desta atitude a uma aliança ou apoio aos invasores franceses e sua revolução indesejável.

3.2 O papel das elites brasileiras na construção de um “despotismo mole e açucarado”, ou como o discurso liberal legitimou as estruturas arcaicas

José Bonifácio de Andrada e Silva, o “patriarca da independência”, parece sintetizar as contradições entre o discurso liberal e as práticas arcaicas das elites brasileiras, seja durante o primeiro reinado ou em períodos posteriores, podendo ser apontado como um destacado representante da Filosofia da Restauração. Dotado de uma “formação pombalina na linha intelectual da Verney”, passou uma longa temporada na Europa. Partiu do Brasil com vinte e um anos e regressou quando já contava com cinquenta e

¹²⁹BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192.

¹³⁰BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 192-193.

seis anos. Doutorou-se em Direito e Filosofia pela Universidade de Coimbra, além de freqüentar aulas de Matemática no ambiente universitário português. Parecia estar destinado a assumir funções na magistratura, mas desviou-se deste trajeto mais natural devido a um convite para ingressar na Academia Real de Ciências, formulado pelo Duque de Lafões, que teve a iniciativa de “propor a Dona Maria I a concessão de bolsas de estudo aos mais promissores recém-formados da época. Escolhidos são dois brasileiros, um deles José Bonifácio, e um português”. Esta oportunidade proporcionada a José Bonifácio de Andrada e Silva o levará a testemunhar uma série de eventos cruciais à sua formação política, em pleno ano de 1790, em uma França sacudida pela Revolução ¹³¹

Diversamente do que se verificou na Espanha e suas colônias, Portugal “nunca permitiu a criação de universidade em sua colônia”. Na última fase do período colonial, verificava-se a presença de pelo menos vinte e três universidades na América hispânica, sendo três delas no México. Estima-se que estas universidades formaram cerca de 150 mil pessoas. Já na América portuguesa, somente com a chegada da Família Real ao Brasil em 1808 é que se permitiu a presença de escolas superiores. Destarte, assim como se deu em relação a José Bonifácio, aqueles brasileiros que “quisessem, e pudessem, seguir curso superior tinham de viajar a Portugal, sobretudo a Coimbra. Entre 1772 e 1872, passaram pela Universidade de Coimbra 1.242 estudantes brasileiros. Comparados com os 150 mil da colônia espanhola, o número é ridículo”. ¹³²

O testemunho do caos instalado a partir da agitação revolucionária em terras francesas talvez tenha influenciado José Bonifácio de Andrada e Silva, especialmente no sentido de repelir soluções idealistas dissociadas da realidade política e social do país. Com a deflagração das investidas das tropas

¹³¹CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 112.

¹³²CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 23.

de Napoleão, em 1808, José Bonifácio alista-se ao Corpo Voluntário Acadêmico a fim de defender as terras portuguesas.¹³³

Os malefícios resultantes dos extremismos revolucionários testemunhados por José Bonifácio parecem haver influenciado na constituição de sua personalidade moderada, de um personagem que pertence à “escola da política como o viável, não de todo desejável porque impossível”. Outro foi o caminho trilhado por um dos irmãos de José Bonifácio, António Carlos, que foi “ouvidor em Olinda quando da insurreição independentista republicana de 1817 no Nordeste do Brasil, tendo de purgar quatro anos de cárcere na Baía por sua adesão ao movimento em Pernambuco”.¹³⁴

Este traço característico de José Bonifácio não pode ser compreendido enquanto fenômeno isolado. As elites nacionais parecem ser tradicionalmente mais propensas à harmonização entre os novos discursos e as estruturas sociais arcaicas do que à ruptura. Durante todo o período colonial, com exceção das sublevações de escravos, foram escassas as manifestações cívicas; “quase todas as outras foram conflitos entre setores dominantes ou reações de brasileiros contra o domínio colonial”.¹³⁵ A derradeira e mais relevante revolta do período colonial, a revolução pernambucana de 1817, apresenta uma preocupação maior com a problemática dos direitos sociais e políticos.¹³⁶

Esta tendência à harmonização entre os novos discursos e as estruturas arcaicas evidencia um traço marcante do discurso jurídico nacional durante o Império e as primeiras décadas republicanas: o conservadorismo. O Desembargador maranhense Joaquim Rodrigues de Sousa, que foi um dos principais comentadores da Constituição brasileira de 1824, explica a opção pelo bicameralismo sob um viés conservador: afirma que toda organização

¹³³CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 114.

¹³⁴CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 115.

¹³⁵CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 24.

¹³⁶CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 24-25.

política deve mesclar tendências democráticas e tendências aristocráticas, ao argumento de que existem “duas leis diferentes, mas inseparáveis e essenciais, que presidem, tanto a organização e vida humana, como a social e política – a conservação e o progresso’. O que é uma fórmula conciliatória e ecletizante”.¹³⁷

Apesar de defender um ideal republicano identificado com um suposto “governo dos povos livres”, em contraponto ao absolutismo vigente, os revolucionários pernambucanos de 1817 não avançaram no tocante à questão da igualdade. Basta dizer que a escravidão permaneceu intacta. Chamavam-se de “patriotas”, em vez de “cidadãos”. Mas, este patriotismo “era pernambucano mais que brasileiro. A identidade pernambucana fora gerada durante a prolongada luta contra os holandeses, no século XVII. Como vimos, guerras são poderosos fatores de criação de identidade”.¹³⁸

Em vez das rupturas violentas apoiadas em “idéias generosas”, José Bonifácio de Andrada e Silva preferia seguir na direção oposta, “naquela sua perspectiva iluminista de uma ‘visão lógica e cientificamente estruturada do mundo físico e natural [procurando] disciplinar, através do exercício pleno da racionalidade, uma realidade social fugidia e contraditória””.¹³⁹

Assim, cabia ao Estado uma missão civilizatória em prol da recuperação dos índios e dos negros cativos, mas sem atropelos, e desde que tudo se fizesse “de cima para baixo conforme o despotismo ilustrado da época (...), sem o tumulto dos ‘corcundas, anarquistas, pés-de-chumbo, ladrões, alcoviteiros e outras lesmas””. Era assim que José Bonifácio de Andrada e Silva chamava os liberais radicais da época, partidários da república e de um governo de assembleia. Como foi testemunha das convulsões sociais que se abateram sobre a França com a Revolução Francesa e o regime de terror ali

¹³⁷SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 116.

¹³⁸CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 25.

¹³⁹CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico: a escolástica progressista e a questão da modernidade**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 115-116.

instalados, José Bonifácio de Andrada e Silva temia não somente o esfacelamento do Brasil em diversas repúblicas, mas também uma violenta ditadura militar.¹⁴⁰

Isto talvez explique um traço muito específico da ideologia liberal, amplamente difundida na elite letrada brasileira. Diversamente do que ocorreu na América do Norte, o Brasil não sofreu uma revolução que transformasse a estrutura da sociedade colonial. Destarte, os princípios liberais não chegaram a se plasmar em um programa de modernização da sociedade e do estado, restringindo-se apenas à minoria ilustrada e culta de então. Graças ao despotismo ilustrado vigente no século XVIII, “qualquer tentativa de modernização e reforma política e social do país não deveria extrapolar um limite que viesse a comprometer a continuidade da sociedade colonial nos seus diversos aspectos”.¹⁴¹

Disto resulta que o Brasil logo após a ruptura política em relação a Portugal torna-se herdeiro das estruturas sociais e econômicas legadas pela colonização. Assim, permaneceram o monopólio de terras e a divisão da população em três classes distintas: o escravo, o latifundiário e o homem livre. No que respeita às relações de dependências constituídas entre estes três atores, pode-se destacar a escravidão. Contudo, mister se faz destacar que

nesse momento, e sobretudo para a compreensão do contexto da codificação civil brasileira, o regime do *favor* que se estabelecia entre latifundiários e ‘homens livres’ deve ser colocado num ponto central. O ‘homem livre’, na América portuguesa e no Brasil após a independência, não pertencia à classe dos proprietários e também não figurava como proletário. Essa “multidão” de indivíduos dependia ‘materialmente do *favor*, indireto ou direto, de um grande.’¹⁴²

¹⁴⁰CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 116.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 141.

¹⁴² NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 141.

Os frutos deste regime do favor podem ser encontrados nos mais diversos setores da sociedade e estado brasileiros. Quase todos os profissionais liberais “dependiam do favor da classe latifundiária para o exercício da profissão e para a garantia da segurança de suas pequenas propriedades”. E é este regime do favor que torna tão exóticas e inviáveis entre nós as idéias liberais importadas.¹⁴³ O clientelismo resultante deste regime do favor impossibilitava a constituição de relações entre iguais; restavam apenas as relações de dependência: do escravo em relação ao senhor, e dos homens livres em relação aos latifundiários.

O regime do favor ajudará a moldar o discurso das elites, de modo a tentar racionalizar o arbítrio reinante de então. Reproduzem-se idéias européias em terras brasileiras, mas sob “um sentido originário impróprio”. Assim, é justamente “a partir dos compromissos e dos vínculos provenientes do regime do *favor* que os intelectuais, juristas e advogados definiam e reformulavam seus discursos, teorias e propostas legislativas”. Os debates empreendidos durante o século XIX e o início do século XX acerca da codificação civil brasileira também resultam diretamente da mimetização deste ideário europeu e de uma permanente subserviência da intelectualidade e dos profissionais liberais em troca das benesses concedidas pela elite agrária.¹⁴⁴

A incorporação destes elementos liberais ao discurso das elites resultou em uma tentativa de amenização do despotismo no Brasil, o que foi chamado de despotismo açucarado, por José Bonifácio de Andrada e Silva: “O

¹⁴³ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 142.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 142.

despotismo de certo país que conheço é açucarado e mole; mas por isso mesmo perigoso, por tirar o nervo aos espíritos, e abastardar os corações”.¹⁴⁵

3.3 O centralismo jurídico português entre nós: “O Governo das maiorias não existe em nossa Constituição”

Neste diapasão, é de se começar afirmando que desde o momento imediatamente posterior aos movimentos de 1822 a escravidão e a sua manutenção enquanto instituição jurídica no Brasil encontrou adversários. É o caso do discurso concebido por José Bonifácio de Andrada e Silva, em 1823, no intuito de alertar a Assembléia Constituinte sobre a necessidade da abolição gradual do trabalho escravo no Brasil, a fim de permitir a formação de uma sociedade nacional homogênea.¹⁴⁶ Esta representação não chegou a ser apresentada à Assembléia Constituinte, porquanto o Imperador a tenha dissolvido, e o seu autor tenha sido deportado logo em seguida.¹⁴⁷

Contudo, não se deve enxergar nesta atitude do “patriarca da independência” uma adesão às concepções liberais em voga na época. Egresso das Faculdades de Leis e de Filosofia, ambas da Universidade de

Coimbra; José Bonifácio de Andrada e Silva “não tinha nenhuma simpatia pela Revolução Francesa e, decerto, pelo seu Código Civil”.¹⁴⁸ Isto porque era dominante em Coimbra um pensamento não convergente com aquilo a que Walter Ullman chamou de *ascending conception of government*

¹⁴⁵ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. *Apud*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 218.

¹⁴⁶ AMBROSINI, Diego Rafael; FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Elite política, abolicionismo e Republicanismo: 1850-1889. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 199.

¹⁴⁷ SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 99-100.

¹⁴⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *In*: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

and law, ou seja, a noção que afirma que o Direito está no próprio povo, ou seja, de que o poder emana do povo.¹⁴⁹

Aquela concepção (o centralismo jurídico) reflete o discurso eclesiástico medieval em prol da harmonização entre a *Lex ecclesiastica* e a *Lex mundana*, o que resulta em uma estratégia da Igreja que processou com a introdução finalidades éticas estranhas às finalidades dos direitos praticados pelos povos bárbaros, bem como com o discurso segundo o qual as normas temporais não se legitimam de *per se*, mas estão todas sob o domínio da *Lex dei*.¹⁵⁰ O Papado defenderá que a lei, porquanto instituída, em última instância, pela Divindade, formava-se a partir de um processo do que os destinatários da norma não participavam, na medida em que eles simplesmente a recebiam. O direito romano não destoava desta concepção.¹⁵¹ Trata-se de uma concepção descendente do poder político e jurídico, portanto.

Mais coerente com o pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva era uma concepção em que o poder procede do monarca, sem qualquer tipo de intermediação ou participação popular; uma percepção descendente, igualmente. Deste ponto de vista resulta uma importante diferença entre a legislação portuguesa de então e a de outros países europeus. Enquanto na Inglaterra falava-se em uma legislação produzida não somente pelo rei, mas também com a participação dos nobres, do clero e de toda a comunidade do reino; em Portugal predominavam as leis produzidas exclusivamente por determinação do Rei, como é o caso das Ordenações Afonsinas.¹⁵²

¹⁴⁹SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 14-15.

¹⁵⁰MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 64-65.

¹⁵¹MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65.

¹⁵²SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. In: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 15.

Neste contexto, mister se faz aludir a uma continuidade – e não a uma ruptura – do direito brasileiro em relação à tradição jurídica portuguesa. Isto porque a Assembléia Constituinte, com fundamento na Lei de 20 de outubro de 1823, determinou que se continuasse a aplicar no Império as leis portuguesas vigentes a 25 de abril de 1821.¹⁵³ Esta continuidade na tradição jurídica permitiu, também, a continuidade do centralismo jurídico português, evidenciado nesta concentração na figura do monarca, bem como pela chamada concepção descendente do poder. Ademais, tal permanência da legislação portuguesa contribuiu para a manutenção das influências do Direito Romano e do Direito Canônico no direito brasileiro.¹⁵⁴

Vai neste sentido o discurso de Diogo Antônio Feijó, político influente na primeira metade do século XIX (tendo sido Regente durante a menoridade de D. Pedro II e Diretor do Curso Jurídico de Olinda), sobre o papel da maioria no exercício do poder jurídico e político:

O Governo das maiorias não existe em nossa Constituição (...). Tal princípio altera o nosso sistema político, entregando o Governo nas mãos da maioria das Câmaras ou de uma só (...). Quer o ilustre senador tirar seus ministros das maiorias, sendo absolutamente livre de nomeá-los e demiti-los sem condição alguma? Tal princípio tende a republicanizar o Brasil. O nosso Governo é monárquico, isto é, governo de um só, embora modificado. O nosso Governo é o da lei.¹⁵⁵

As tentativas de submeter o Monarca à vontade da maioria, dos representantes do Povo, eram vistas como “projectos infames, só capazes de excitar desordem, e rivalidade, de fazer correr o sangue, de cubrir o Brasil de

¹⁵³ IGLÉZIAS, Paola D’Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

¹⁵⁴ MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? *In*: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 132. Veja-se também: SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *In*: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 15.

¹⁵⁵ FEIJÓ, Diogo Antônio. Discurso proferido na Sessão do Senado de 29 de maio de 1839, em resposta a Bernardo Pereira de Vasconcelos. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 227.

luto, de o infamar e tornar odioso á Europa civilizada, e ao Mundo inteiro”.¹⁵⁶ De modo que se louvava à Divina Providência, porque o Monarca: “manietando o horrível Monstro da intriga, salvou o Imperio, que a Constituição jurada, e mandada observar pela Carta da Lei de 25 de Março de 1825 estabeleceo e consolidou depois”.¹⁵⁷ Ou seja, agradecia-se à Providência Divina o fato de o Imperador Dom Pedro I mandar fechar a Assembléia Constituinte então reunida e outorgar ao País uma Constituição “digna dele”.

A reação armada dos que se opunham a uma Constituição jurada, sob a liderança dos Pernambucanos, era naturalmente vista com horror pela elite dominante, que associavam o liberalismo dos revolucionários do Norte a “princípios da infernal demagogia”. A subversão da ordem do antigo regime, que encontrava ostensivo apoio na Religião oficial, era um sacrilégio.¹⁵⁸

Destarte, era natural que o então Ministro da Justiça apelasse ao Imperador por um Código Civil para o Brasil, e não ao Poder Legislativo, já que nele estavam concentrados os poderes:

Sendo pois estes os mais importantes objectos dos Assíduos, e Desvelados Cuidados de Vossa Magestade Imperial, os Brasileiros, Senhor, devem com razão lisonjear-se de que Vossa Magestade Imperial não Tardará em Selar, e Coroar o Título de Seo Defensor Perpetuo e Fundador do Imperio com o de Seo Legislador pela Soberana Augusta Sancção dos Codigos Civil, e Criminal, em que os Cidadãos, e os Juizes possam encontrar reunidas as Leis, que devem regel-os, melhorados de sua sorte, e mais seguros de suas fortunas, com maiores vantagens, e mais conhecida liberalidade que os Actuaes Codigos Civil, e Criminal, além do beneficio da maior

¹⁵⁶ FRANÇA, Clemente Ferreira. Relatório do Ministério da Justiça de 1825: trecho do relatório redigido pelo Ministro Clemente Ferreira França, tratando da conjuntura política dos anos 1823, 1824 e 1825. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 282-283.

¹⁵⁷ FRANÇA, Clemente Ferreira. Relatório do Ministério da Justiça de 1825: trecho do relatório redigido pelo Ministro Clemente Ferreira França, tratando da conjuntura política dos anos 1823, 1824 e 1825. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 283.

¹⁵⁸ FRANÇA, Clemente Ferreira. Relatório do Ministério da Justiça de 1825: trecho do relatório redigido pelo Ministro Clemente Ferreira França, tratando da conjuntura política dos anos 1823, 1824 e 1825. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 283.

facilidade da sua inteligência, e aplicação sem a necessidade e o trabalho de mendigarem as Leis dispersas entre collecções imperfeitas e avulsas, ordinariamente arranjadas por homens imperitos.¹⁵⁹

Assim, causa estranheza a afirmação de um liberalismo entre nós, ou de que a História do Direito brasileiro e, especialmente, do Direito Civil brasileiro comporte uma etapa verdadeiramente liberal, a começar pelo centralismo jurídico predominante entre nós durante praticamente todo o período monárquico.

3.4 “Um povo mesclado e heterogêneo”: obstáculos à igualdade jurídica e política no Brasil

Some-se a isto a dificuldade em se lidar com conceitos tais como o da igualdade jurídica, em um país em que intelectuais influentes como Sívio Romero, Euclides da Cunha e Nina Rodrigues defendiam que uma das causas do atraso brasileiro seria a “desvantagem evolutiva” decorrente da mestiçagem, afirmando a inferioridade das raças não-brancas e das culturas não-européias.¹⁶⁰ José Bonifácio de Andrada e Silva, ainda na segunda década do século XIX, via a mestiçagem como um mal, uma herança do despotismo: “Se o antigo despotismo foi insensível a tudo, assim lhe convinha ser por utilidade própria: queria que fóssemos um povo mesclado e heterogêneo, sem nacionalidade, e sem irmandade, para melhor nos escravizar”.¹⁶¹

¹⁵⁹ FRANÇA, Clemente Ferreira. Relatório do Ministério da Justiça de 1825: trecho do relatório redigido pelo Ministro Clemente Ferreira França, tratando da conjuntura política dos anos 1823, 1824 e 1825. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 287.

¹⁶⁰ VENTURA, Roberto. Um Brasil mestiço: raça e cultura na passagem da monarquia à república. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000, p. 331-332.

¹⁶¹ SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 270.

Apesar de condenar a crueldade da forma de tratamento dispensado pelos senhores aos cativos de então, José Bonifácio de Andrada e Silva parece considerar os negros cativos como seres “inferiores” aos europeus:

Fala pois contra vós a justiça e a religião, e só vós podeis escorar no bárbaro direito público das antigas nações, e principalmente na farragem das chamadas leis romanas: com efeito os apologistas da escravidão escudam-se com os gregos e romanos, sem advertirem que entre os gregos e romanos não estavam ainda bem desenvolvidos e demonstrados os princípios eternos do direito natural, e os divinos preceitos da religião; e todavia como os escravos de então eram da mesma cor e origem dos senhores, e igualmente tinham a mesma, ou quase igual, civilização que a de seus amos, sua indústria, bom comportamento, e talentos os habilitavam facilmente a merecer o amor de seus senhores, e a consideração de outros homens; o que de nenhum modo pode acontecer em regra aos selvagens africanos.¹⁶²

Destarte, seja pelo centralismo jurídico ou pela rejeição de uma natural igualdade entre os homens enquanto seres dotados de razão, pode-se dizer que as bandeiras do liberalismo francês encontraram grandes dificuldades para ingressarem no discurso e na prática dos juristas brasileiros neste período.

Ainda assim, a influência do liberalismo fez-se notar na defesa da manutenção da escravidão. José de Alencar, por exemplo, apresenta argumentos de “liberal ortodoxo” em seus discursos contrários à Lei do Ventre Livre de 1871, afirmando ser contrário “à intervenção do Estado no círculo familiar e na autoridade do patriarca a quem, por direito de compra, pertencia o escravo”.¹⁶³

Também os republicanos paulistas invocavam teses liberais de modo a se colocar contra a abolição, lastreando-se no princípio da não intervenção estatal em assuntos econômicos. Sendo assim, de acordo com tal grupo, a liberdade dos escravos deveria trilhar a “via privada, ou seja, a liberdade

¹⁶² SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura. In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 272.

¹⁶³ VENTURA, Roberto. Um Brasil mestiço: raça e cultura na passagem da monarquia à república. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000, p. 335.

concedida pela vontade particular dos senhores proprietários, e não por uma decisão governamental”.¹⁶⁴

Veja-se, portanto, que o argumento liberal servia aqui para repelir “intervenção e controle por mínimos que sejam”, inadmitindo a planificação.¹⁶⁵ Ou seja, contestava-se ali o controle e a intervenção do Estado, a fim de – sob o manto da liberdade – manter o domínio (ou controle) sobre a massa escravizada.

Ressalte-se, contudo, que apesar do liberalismo jurídico francês ser visto com reservas devido à ênfase na igualdade e na liberdade, mesmo na França napoleônica constatou-se uma resistência à abolição da escravatura no Haiti, uma colônia francesa até então. O ano de 1804, além de marcar a promulgação do Código Civil dos franceses (o Código de Napoleão, como é denominado correntemente), também assinala o envio de tropas francesas, a mando de Napoleão, a fim de retomar o Haiti e ali reintroduzir a escravidão. A vitória do ex-escravo Jean-Jacques Dessalines sobre as tropas napoleônicas justificou a fama alcançada por ele no Brasil, de modo que já em 1805 (apenas um ano após este episódio) “seu retrato decorava medalhões pendurados nos pescoços de milicianos negros no Rio de Janeiro”.¹⁶⁶

A mais significativa mudança em prol da cidadania (cantada e decantada pelos liberais) no período imperial foi a abolição da escravidão, no ano de 1888. Tal mudança conferiu direitos civis aos ex-escravos, não obstante a falta de efetividade destas garantias.¹⁶⁷ Apesar do aparente paradoxo existente entre as noções de escravidão e da cidadania, o Brasil surgiu como nação independente para o mundo ocidental com uma Constituição de base liberal

¹⁶⁴ AMBROSINI, Diego Rafael; FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Elite política, abolicionismo e Republicanismo: 1850-1889. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

¹⁶⁵ VEIGA, Gláucio. **Direito econômico** – fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do direito (o direito inadimplente em relação à realidade). Recife: Nossa Livraria, 2008, p. 39.

¹⁶⁶ REIS, João José. “Nos achamos em campo a tratar da liberdade”: a resistência negra no Brasil oitocentista. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000, p. 248-249.

¹⁶⁷ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 17.

que tratava todos os cidadãos como seres livres e iguais. A escravidão enquanto instituição, contudo, não foi afetada pelo texto constitucional outorgado pelo Imperador D. Pedro Primeiro, pois estava assentada no direito de propriedade assegurado naquela Constituição.¹⁶⁸

Posteriormente, inclusive, o abolicionismo será refutado a partir de argumentos liberais: a libertação dos escravos por imposição estatal seria uma intervenção indevida do Estado na propriedade privada.¹⁶⁹

Estima-se que, até 1822, foram introduzidos no território da então colônia cerca de 3 milhões de escravos. De modo que, em 1822, havia mais de 1 milhão de escravos em relação a uma população de aproximadamente 5 milhões de pessoas, incluídos cerca de 800 mil índios.¹⁷⁰ Diante desta presença ostensiva da escravidão na vida social brasileira, pode-se dizer que ela limitou o pensamento liberal da geração da Independência e das gerações seguintes.¹⁷¹

Ao lado da escravidão, estava a grande propriedade a embarçar a formação de um ambiente propício à cidadania. Sem dúvida alguma, pode-se afirmar que os escravos não eram cidadãos, porquanto lhes negassem expressamente os direitos civis mais elementares; já que eram considerados propriedade de alguém, tal como os animais. Entre os escravos e seus senhores situava-se uma população livre que, apesar das garantias jurídicas formais, não dispunha de meios para a efetivação dos direitos básicos da cidadania. Esta parcela da população brasileira era dependente dos grandes proprietários de terras e escravos para morar, trabalhar e proteger-se contra os

¹⁶⁸MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e cidadania no Brasil Monárquico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 07.

¹⁶⁹COSTA FILHO, Venceslau Tavares. The juridical Rethoric in the slavery of the imperial Brazil (1822-1889). In: **25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Abstract Book (15-20 August 2011)**. Frankfurt am Main: Goethe Universität/Internationale Vereinigung für Rechts-und-Sozialphilosophie, p. 350.

¹⁷⁰CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 19.

¹⁷¹MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e cidadania no Brasil Monárquico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 08.

desmandos da administração pública e dos demais proprietários. Não se pode afirmar, contudo, que os senhores de terras e escravos incorporassem a condição de cidadãos, pois não compreendiam o significado da cidadania, ou seja, “a noção de igualdade de todos perante a lei”. Pois, agiam como “simples potentados que absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias. Em suas mãos, a justiça, (...), tornava-se simples instrumento do poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas”.¹⁷²

Tal justificação da desigualdade no tratamento jurídico dispensado às raças ganhará ares científicos ao final do século XIX, com a adoção dos ideais positivistas no Brasil, especialmente do evolucionismo spenceriano e das idéias de Lombroso. Clóvis Bevilacqua, o projetista do Código Civil de 1916, enxergava uma superioridade da raça branca sobre as demais:

Sabe-se que três raças fusionaram-se para a formação do brasileiro: a branca, a cabocla e a preta. Geralmente a branca preponderou sobre as outras duas; mas é certo igualmente que as quantidades que entraram para essa combinação metachímica não se conservaram constantes.¹⁷³

Mas não ficava somente nesta idéia, defendia também uma natural inclinação dos negros para o crime, que seria menos acentuada quando há o “branqueamento”, ou seja, quando há miscigenação entre pretos e brancos: “Quando o preto se combina com o branco (mulato), a inclinação criminosa baixa; mas, si há um retorno à fonte negra (cabra), se realça aquela inclinação”.¹⁷⁴

Ademais, deve-se atentar para o fato de que as bandeiras liberais hasteadas durante o processo de “independência” do Brasil não foram apresentadas e assimiladas para o conjunto integral dos brasileiros. Quem vivenciou tais debates e apoderou-se de tais idéias foi a elite daquele tempo. Por isto, é de se evidenciar a atitude ideológica do historiador ou jurista que deseja reunir a todos, com o objetivo de “atribuir àqueles anos uma unidade de consensos doutrinários (como quem mandasse chegar para junto a fim de sair

¹⁷²CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 21.

¹⁷³BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 91.

¹⁷⁴BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 94.

numa foto)”, bem como ressaltar uma suposta “coerência das manifestações melhores da elite, as manifestações libertárias, com as virtualidades mais positivas do povo”.¹⁷⁵

Contudo, as concepções elitistas e autoritárias permaneciam enraizadas nos preconceitos populares, o que levou o General José Inácio de Abreu e Lima a afirmar o seguinte sobre o insucesso da Revolução Pernambucana de 1817: “quanto se enganavam os que criam que era fácil desarraigar, com belas teorias, preconceitos populares, e abalar os fundamentos de uma monarquia cimentada sobre usos, costumes e religião”.¹⁷⁶ O que, sem dúvida, evidencia o descompasso entre o discurso liberal e as vivências jurídico-políticas da época.

3.5 O liberalismo “à brasileira” pode ser chamado de liberalismo?

Parece-nos válido, sob a ótica da história das idéias jurídicas, considerar que o Império (1822-1889) e a Primeira República (1889-1930) integram um só período, que sofreu apenas uma alteração importante: a abolição da escravidão, em 1888. Entretanto, não obstante a atribuição de direitos civis aos ex-escravos, tais conquistas foram mais formais do que reais. A transição de um regime político (a monarquia) para outro (a república), em 1889, resultou em poucas modificações. Assim, é de se ressaltar que, mais importante (pelo menos do ponto de vista político), foi o movimento que pôs fim à Primeira República, em 1930”.¹⁷⁷

O fato da nossa transição para a posição de nação “independente” em 1822 haver sido amplamente negociada permitiu uma continuidade das estruturas sócio-culturais. Formalmente, constituiu-se um governo inspirado

¹⁷⁵SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 92.

¹⁷⁶*Apud*: SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 85-86.

¹⁷⁷CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 17.

nas monarquias constitucionais e representativas da Europa, mas sem que isto implicasse em qualquer alteração quanto ao regime da escravidão, não obstante as pressões internacionais (especialmente inglesas) no sentido de abolir tal instituição “ou, pelo menos, para interromper o tráfico de escravos. Com todo o seu liberalismo, a Constituição ignorou a escravidão, como se ela não existisse”.¹⁷⁸ Diz-se que a instituição de uma monarquia constitucional e representativa deu-se apenas formalmente em razão dos amplos poderes conferidos ao Imperador, ou seja, a Constituição brasileira de 1824 não prestava a limitar os poderes do monarca. É sintomática a *Falla do Trono* de 03 de maio de 1823, na abertura dos trabalhos da Assembléia Constituinte, quando o Imperador faz a seguinte proclamação:

Afinal raiou o grande dia para este vasto império, que fará época na sua história. Está junta a assembléa para constituir a nação. Que prazer! Que fortuna para todos nós! Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpétuo deste império, disse ao povo no dia 1º de Dezembro do anno próximo passado, em que fui coroado, e sagrado, que com a minha espada defenderia a pátria, a nação e a constituição, se fosse digna do Brazil e de mim.¹⁷⁹

Mais do que simplesmente convocar uma Assembléia Nacional Constituinte, D. Pedro I solicitava uma Constituição “à sua altura”, ao afirmar que somente a defenderia “se fosse digna dele”, o que nos põe diante de um dilema difícil:

ou o julgamento do monarca seria o fundamento de validade do texto, e então aquela assembléia não era bem uma constituinte, ou a constituição a fazer-se seria emanção de um poder legítimo, fundado no povo e exercido em competência autêntica, e então o monarca, órgão a ser delimitado na letra mesma da carta, só devia acomodar-se. É que vivíamos no transe uma combinação insustentável. Tínhamos um soberano no trono e queríamos ter um governo liberal: aquele Guilherme de Orange às avessas pretendia adequar a ele o nosso Bill.¹⁸⁰

¹⁷⁸CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 28.

¹⁷⁹FALLA DO THRONO DE PEDRO I, em 3 de maio de 1823. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição comemorativa do centenário da 1ª constituinte do Brasil (1823-1923)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923, p. 28.

¹⁸⁰SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 105.

Para o monarca de então, a nossa Constituição também deveria preencher outros requisitos:

Vós não as ignorais, e eu, certo, que a firmeza nos verdadeiros princípios constitucionaes, que têm sido sancionados pela esperiencia, caracteriza cada um dos deputados, que compõe esta illustre assembléa, espero, que a constituição, que façais, mereça a minha imperial acceitação, seja tão sabia, e tão justa, quanto apropriada á localidade, e civilização do povo brasileiro; igualmente, que haja de ser louvada por todas as nações que até os nossos inimigos venhão a imitar a santidade e sabedoria de seus princípios, e que por fim a executem.¹⁸¹

Pode-se identificar no discurso do Imperador D. Pedro I uma rejeição a teses racionalistas desvinculadas da experiência histórica, quando considera que os “verdadeiros” princípios constitucionais seriam aqueles confirmados pela experiência. Ademais, rejeita o universalismo da razão postulada pelos revolucionários liberais, na medida em que exige que a Constituição seja apropriada “à localidade, e civilização do povo brasileiro”.

Reconhece-se neste discurso de D. Pedro I a influência das idéias do filósofo inglês Edmund Burke, expoente da Filosofia da Restauração. Para Edmund Burke, apesar do Rei poder ser apontado em um dado sentido como servo do povo – pois o seu poder não tem outra finalidade racional que não seja o bem comum -, por outro lado, não se pode considerá-lo servo em um sentido ordinário, nem muito menos no sentido que teria sido determinado pela Constituição inglesa de então. Diz isto porque entende que ser servo corresponde essencialmente à obediência às ordens de outra pessoa. Mas, o Rei da Grã-Bretanha não obedece outra pessoa. Todas as outras pessoas estão individualmente, e também coletivamente, sob a autoridade dele; devendo-lhe a obediência imposta pelo direito. O direito, sem bajular ou insultar, chama-o de grande magistrado, e não de servo.¹⁸² Mas, acrescenta Edmund Burke, nós não devemos obediência a ele, mas ao direito que está

¹⁸¹ FALLA DO THRONO DE PEDRO I, em 3 de maio de 1823. In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição commemorativa do centenário da 1ª constituinte do Brasil (1823-1923)**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923, p. 29-30.

¹⁸²BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955, p. 47.

nele. A Constituição não teria instituído nenhum instrumento que fizesse do Rei um servo, passível de ser responsabilizado em qualquer medida.¹⁸³

Prossegue Edmund Burke afirmando que a idéia pela instituição de uma nova forma de governo é “suficiente para nos encher de desgosto e horror”.¹⁸⁴ Defende que as boas reformas ocorridas na Inglaterra procederam conforme o princípio da reverência à tradição; respeitando os precedentes, a autoridade e os exemplos.¹⁸⁵

O conhecimento útil à construção da comunidade, ou para renová-la, ou reformá-la; assim como se dá com outras ciências práticas, não pode ser ensinado *a priori*. Uma curta experiência não pode proporcionar algo de relevante a uma ciência prática como esta, porque os efeitos causados por questões de ordem moral nem sempre são imediatos. O que a primeira vista pode parecer nocivo, pode se revelar excelente em uma situação diversa. Tal excelência, inclusive, pode provir dos desdobramentos dos efeitos a princípio nocivos gerados pela adoção de certa providência. O reverso também pode acontecer, segundo Edmund Burke, esquemas que se apresentam inicialmente plausíveis podem ser desastrosos a longo ou médio prazo. A administração da coisa pública, enquanto ciência prática, corresponde a uma matéria que demanda experiência, mas uma experiência que supera a experiência individual do governante. E é por isto que o governante deve se socorrer da tradição, das medidas consagradas pela experiência das gerações anteriores.¹⁸⁶

Some-se a isto o chamado regime do “favor” vigente, como fator impeditivo da implementação do projeto liberal entre nós. Pode-se dizer que as raízes deste regime alcançam a colonização portuguesa e suas práticas administrativas. Normalmente, em vez de conflito, verificava-se entre as

¹⁸³BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955, p. 48.

¹⁸⁴Tradução livre. No original: “The very idea of the fabrication of a new government is enough to fill us with disgust and horror” (BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955, p. 50).

¹⁸⁵BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955, p. 50.

¹⁸⁶BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955, p. 91-92.

autoridades e grandes proprietários arranjos e mútua dependência. As autoridades locais que mais concentravam poder eram os capitães-mores das milícias, que eram de investidura real, mas que na prática eram escolhidos entre os grandes proprietários. Confundiam-se os poderes privados dos proprietários e o poder do Estado, o que resultava em certa permissividade. Ademais, a arrecadação de tributos dava-se mediante a celebração de contratos com particulares. Funções públicas relevantes tais como o registro de nascimentos, casamentos e óbitos; eram realizadas pelos integrantes do clero católico. Destarte, pode-se afirmar que “não existia de verdade um poder que pudesse ser chamado de público, isto é, que pudesse ser garantia de igualdade de todos perante a lei, que pudesse ser garantia de direitos civis”.¹⁸⁷

Ressalte-se, todavia, que as terras não eram suficientes por si só para garantir poder e prestígio durante o período colonial, “que pareciam proceder mais da habilidade e do emprego de escravos nas terras, de modo a torná-las rentáveis”.¹⁸⁸ Ter terras, mas sem que se pudesse dispor da força de trabalho e dos demais meios de exploração, não costumava fazer sentido algum no Brasil colonial e durante parte do período imperial. Diversamente do que aconteceu na Europa medieval, que foi invadida pelos bárbaros do norte, a organização econômica e política do Brasil não se deu a partir da superposição de uma classe sobre uma estrutura social já formada (como no caso da Europa, que já havia conhecido o Império Romano), o que resultou na apropriação e monopolização do solo europeu. Assim, “faltou-nos este caráter econômico fundamental do feudalismo europeu”.¹⁸⁹

A manutenção e crescimento da escravidão no Brasil Imperial, inclusive, pode ser explicada a partir do incremento da lavoura de exportação, da

¹⁸⁷CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 22.

¹⁸⁸PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 16-17.

¹⁸⁹PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 17.

crescente urbanização e da intensificação do tráfico de escravos.¹⁹⁰ Foi esta relevância econômica da escravidão que interferiu na produção de uma série de normas jurídicas sobre escravidão, ou até mesmo sobre temas que aparentemente não se encontravam diretamente vinculadas a ela, como é o caso da *Lei de Hipotecas*, de 1864.

Isto porque a proibição do tráfico negreiro em 1850 terminou por liberar capitais até então destinados ao financiamento do tráfico de escravos, de modo que os investidores passaram a depositar tais somas em casas bancárias, permitindo a utilização destes capitais em outras atividades. Contudo, as instituições financeiras de então não costumavam conceder empréstimos diretamente aos fazendeiros, porquanto considerassem pouco confiáveis os títulos de propriedade, o que tornava os escravos garantias importantes.

Entretanto, com a proibição do tráfico, diante da impossibilidade de substituição a contento dos escravos que foram envelhecendo, os fazendeiros se viram em grandes dificuldades na obtenção de empréstimos, o que poderia resultar na inviabilização da modernização agrícola brasileira.¹⁹¹

Apresentado um projeto de lei para a regulamentação da hipoteca pelo Deputado Nabuco de Araújo, em 1854, ressaltou a Comissão que “nos empréstimos hipotecários a atenção do credor concentrar-se-ia acima de tudo no objeto da garantia, i.e., na terra. Esta, no entanto, teria entre nós pouco valor, já que a lavoura estaria na dependência de braços escravos que poderiam facilmente ser subtraídos pelos devedores”.¹⁹²

Veja-se, portanto, que a aprovação da *Lei de Hipotecas* (em 1864) encontra fundamento na perda da função econômica do escravo enquanto garantia das dívidas naquele contexto. A proibição do tráfico de escravos,

¹⁹⁰ REIS, João José. “Nos achamos em campo a tratar da liberdade”: a resistência negra no Brasil oitocentista. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000, p. 243.

¹⁹¹ IGLÉZIAS, Paola D’Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 172.

¹⁹² IGLÉZIAS, Paola D’Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. In: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174.

também, ensejará mais um argumento contrário à manutenção da escravidão: a elevação dos preços dos escravos. Joaquim Nabuco, por exemplo, vai retratar a escravidão enquanto malefício econômico, especialmente em comparação com a maior rentabilidade do trabalho assalariado.¹⁹³

Observe-se que a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864 (Lei de Hipotecas) – que “Reforma a legislação hypothecaria, e estabelece as bases das Sociedades de credito real” – não deixará de situar o escravo enquanto possível objeto de garantia, apesar de ser representativa deste processo de decadência do modelo escravagista entre nós. O art. 2º da Lei de Hipotecas prescreve o seguinte:

Art. 2.º A hypotheca é regulada sómente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes. Ficão derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas à hypotheca de bens de raiz.

§ 1.º Só podem ser objecto de hypotheca:

Os immoveis.

Os accessorios dos immoveis com os mesmos immoveis.

Os escravos e animaes pertencentes ás propriedades agrícolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades.¹⁹⁴

Este uso ostensivo do trabalho escravo também explica o insucesso da pequena propriedade durante o período colonial e boa parte do Império. O trabalho de um reduzido número de lavradores livres “não podia concorrer na rude tarefa do desbravamento de uma terra ainda virgem e nas primitivas culturas e produções aqui adotadas com o grosseiro trabalho do escravo”. As culturas tropicais eram bem mais rentáveis quando desenvolvidas em larga escala, não obstante as técnicas rudimentares empregadas naquele tempo.

¹⁹³ VENTURA, Roberto. Um Brasil mestiço: raça e cultura na passagem da monarquia à república. In: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000, p. 341.

¹⁹⁴ BRASIL. **Lei e Regulamento da Reforma Hypothecaria estabelecendo as bases das Sociedades de Credito Real**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865, p. 03-04.

Isto ilustra a preferência, no Brasil, em relação às grandes explorações, em detrimento das pequenas.¹⁹⁵

Esta é narrativa que joga luz sobre a organização social brasileira durante o período colonial, e também ao longo do Império e das décadas iniciais da República. Enquanto as grandes culturas absorvem a terra, “o senhor rural monopoliza a riqueza, e com ela seus atributos naturais: o prestígio, o domínio”. A relevância desta nobreza calcada no latifúndio e no trabalho escravo pode ser melhor compreendida quando se tem em vista que a grande massa popular e miserável era composta, desde o início da colonização, de índios, mestiços e negros escravos.¹⁹⁶

A escravidão penetrou de tal forma na vida social brasileira, que até mesmo os libertos, uma vez que estavam livres do jugo da servidão, adquiriam escravos. A escravidão e o grande latifúndio não proporcionaram um ambiente propício à formação de cidadãos. Os escravos não podiam ser considerados cidadãos, já que não dispunham de “direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais”.¹⁹⁷

A população legalmente livre, inserida entre escravos e senhores, não tinha acesso aos meios para o exercício dos direitos civis, especialmente no tocante à educação. Pois, “dependia dos grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários”. Nem os senhores poderiam ser chamados de cidadãos, apesar de serem livres, e de que votavam e eram votados nas eleições locais. Careciam, contudo, da noção mais íntima de cidadania: a igualdade de todos diante da lei. Eles eram equiparados a autoridades, porquanto incorporavam algumas funções públicas, sobretudo as judiciárias. Na mão destes poderosos, a justiça (que deveria ser a maior garantia dos direitos civis) era reduzida a um “simples instrumento do

¹⁹⁵PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 18-19.

¹⁹⁶PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 23-24.

¹⁹⁷CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 20-21.

poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas”.¹⁹⁸

Parece-nos que este traço particular da sociedade brasileira pode ser compreendido a partir das concepções correntes na península ibérica e que foram transpostas para “além mar”. Tais concepções parecem explicar a inviabilidade de um “pacto social” que pudesse garantir a igualdade de todos perante a lei. É o que se pode extrair da pena de Sérgio Buarque de Holanda:

Pode dizer-se, realmente, que pela importância particular que atribuem ao valor próprio da pessoa humana, à autonomia de cada um dos homens em relação aos semelhantes no tempo e no espaço, devem os espanhóis e portugueses muito de sua originalidade nacional. Para eles, o índice de valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste. Cada qual é filho de si mesmo, de seu esforço próprio, de suas virtudes ... – e as virtudes soberanas para esta mentalidade são tão imperativas, que chegam por vezes a marcar o porte pessoal e até a fisionomia dos homens. Sua manifestação mais completa já tinha sido expressa no estoicismo que, com pouca corrupção, tem sido a filosofia nacional dos espanhóis desde o tempo de Sêneca. Essa concepção espelha-se fielmente em uma palavra bem hispânica – “sobranceria” – palavra que indica inicialmente a idéia de superação. Mas a luta e emulação que ela implica eram tacitamente admitidas e admiradas, engrandecidas pelos poetas, recomendadas pelos moralistas e sancionadas pelos governos. É dela que resulta largamente a singular tibieza das formas de organização, de todas as associações que impliquem solidariedade e ordenação entre esses povos. Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida.¹⁹⁹

Ora, em uma sociedade como a nossa, na qual a esmagadora maioria das pessoas está sob a dependência dos poderosos locais, fica evidente a ausência de fundamentos sociais que pudessem estruturar uma realidade calcada em bandeiras liberais como a igualdade, liberdade e fraternidade. Não, realmente não se pode afirmar que tenhamos vivido uma experiência liberal no período que vai da Independência até a feitura do Código Civil de 1916.

¹⁹⁸CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 21.

¹⁹⁹HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 16 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983, p. 04.

Diz-se isto levando em consideração o liberalismo enquanto doutrina que se desenvolve e divulga a partir da Europa, enquanto nova forma de enxergar o mundo, “impregnada de princípios, idéias e interesses de cunho individualista”. A análise dos argumentos trazidos pelo liberalismo importa no “reconhecimento imperativo de alguns traços essenciais centrados em núcleos ‘ético-filosófico’, ‘econômico’ e ‘político-jurídico’”.²⁰⁰

O núcleo ético-filosófico do liberalismo evidencia o predomínio de valores e dos direitos básicos decorrentes da natureza moral e racional do homem. Seus fundamentos radicam nos “princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida”.²⁰¹

A dimensão econômica do liberalismo reside, especialmente, nas questões pertinentes “a propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou minimização do controle estatal, a livre empresa e a iniciativa privada”. Disto resultam os direitos econômicos como elemento integrante deste núcleo, que podem ser exemplificados pelo direito de propriedade, pelo direito a herança, etc., em suma: nas garantias dadas à livre circulação de bens e serviços. Já o núcleo político-jurídico do liberalismo baseia-se em princípios básicos como: “consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito”.²⁰²

A escravidão, o regime do “favor”, o poder moderador, o centralismo jurídico, etc.; em suma, foram vários os fatores que impediram a implementação do liberalismo entre nós na prática, seja sob o viés ético-filosófico, econômico ou jurídico-político. Antonio Carlos Wolkmer ensaia uma distinção entre o liberalismo europeu (“como ideologia revolucionária”) e o liberalismo brasileiro, “canalizado e adequado para servir de suporte aos

²⁰⁰WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94.

²⁰¹WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94.

²⁰²WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 95.

interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial”.²⁰³

Mas, não nos parece que o uso seletivo de algumas teses liberais para legitimar as velhas práticas oligárquicas e autoritárias nacionais pode ser chamado de liberalismo. Afirmar um liberalismo brasileiro seria reafirmar o equívoco de boa parte dos civilistas nacionais, que entendem que o direito civil atual, sob os influxos da Constituição democrática e social de 1988, é fruto de um processo histórico de ruptura com o liberalismo. Como já pudemos afirmar em outra oportunidade, o uso de tais argumentos, teoricamente incompatíveis com a realidade posta, evidenciam o caráter retórico da argumentação jurídicopolítica, que se voltava mais para a manutenção das estruturas sociais herdadas do período colonial, do que promover uma ruptura efetiva.²⁰⁴

Para Norberto Bobbio, o Estado Liberal ideal nunca existiu. Tal modelo de Estado advoga que a única função do Estado é o de impedir que as pessoas causem prejuízos umas às outras, tese que será levada ao extremo por Herbert Spencer, resulta em uma equivocada redução do direito público ao direito penal. Destarte, a passagem do Estado Liberal ao Estado Social traduzse na trajetória de um direito com uma função precipuamente protetorarepressiva para um direito cada vez mais imbuído de sua função promocional.²⁰⁵

A superação da tese que restringia a função do direito ao aspecto protetivo-repressivo ilustra o fato de que o Estado não é mais indiferente ao desenvolvimento econômico. Se em uma sociedade na qual o Estado de abstém de intervir nas relações econômicas, o instrumento jurídico do

²⁰³WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 95-96.

²⁰⁴COSTA FILHO, Venceslau Tavares. The juridical Rethoric in the slavery of the imperial Brazil (1822-1889). *In: 25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Abstract Book (15-20 August 2011)*. Frankfurt am Main: Goethe Universität/Internationale Vereinigung für Rechts-und-Sozialphilosophie, p. 350.

²⁰⁵BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. *In: Marco Aurélio Nogueira*. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 126.

desenvolvimento econômico é o negócio jurídico, em relação a quem o direito se limita a assegurar eficácia; a partir do momento em que o Estado assume a missão de não apenas controlar o desenvolvimento econômico, mas passa também a conduzir os rumos deste desenvolvimento, a solução jurídica adequada para tal finalidade deixa de ser uma norma reforçada apenas por uma sanção negativa em relação aos seus transgressores, e passa ser a diretriz econômica, que normalmente é aparelhada com uma sanção positiva em benefício daqueles que a observam, como se pode verificar em relação às chamadas leis de incentivo.²⁰⁶ Esta mudança de uma função apenas protetivorepressiva no direito para uma função promocional, corresponde a uma passagem do direito enquanto forma de controle social para um direito que é forma de controle e direção social.²⁰⁷

É bem verdade que não cabe falar no liberalismo enquanto corrente de pensamento homogênea. Diante das particularidades das diversas correntes de pensamento identificadas como liberais, mais adequado seria falar em liberalismos. Norberto Bobbio, contudo, considera que as dimensões fundamentais do liberalismo são a política e a econômica. Para ele, o liberalismo “é, como teoria econômica, defensor da economia de mercado; como teoria política, é defensor do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário)”.²⁰⁸

Ressalte-se, contudo, que o liberalismo não pode ser tomado como antítese do absolutismo. Ora, se o Estado absoluto é aquele no qual o poder do soberano não está sob o controle dos representantes do povo reunidos em assembléia, é de se entender que é o Estado democrático que deve ser tomado como antítese do Estado absolutista. Assim, de acordo com Norberto Bobbio, a negação do Estado liberal é o Estado paternalista, pois dirige a vida

²⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 208-209.

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 208-209.

²⁰⁸ BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. In: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 128.

e cuida da felicidade dos súditos, como se os considerassem permanentemente incapazes.²⁰⁹

Enquanto Estado mínimo, por sua vez, o Estado liberal apresenta-se como contraponto em face do modelo paternalista de Estado dos déspotas (esclarecidos ou não). É até mesmo por isto que as velhas teses liberais serão repaginadas por aqueles que desejam enfrentar as manifestações mais recentes do paternalismo estatal, no contexto do que se convencionou chamar de Estado assistencial.²¹⁰ Ressalta-se aqui esta compreensão trazida por Norberto Bobbio, a fim de deixar claro que o argumento pela inviabilização de um liberalismo à brasileira no período apontado não se resume somente à questão do autoritarismo de Estado, ou à fragilidade da democracia.

A começar pelo fato de que a noção de liberalismo enquanto teoria dos limites do Estado, faz com que a intervenção estatal na seara econômica deixe de ser a regra, e passe a ser a exceção. Entretanto, tal compreensão dos limites da atuação do Estado não se restringe ao problema da intervenção nas relações econômicas, mas também se espalha às questões espirituais ou éticoreligiosas. De acordo com Norberto Bobbio, o Estado liberal:

é também um Estado laico, isto é, um Estado que não se identifica com uma determinada confissão religiosa (nem com uma determinada confissão filosófica-política, como por exemplo, o marxismo-leninismo), e isto mesmo quando se considere que um Estado pode ser laico, isto é, agnóstico em matéria religiosa e filosófica, apesar de ser intervencionista em matéria econômica. Ao passo que é difícil imaginar um Estado liberal que não seja também defensor da livre iniciativa econômica e inconcebível um Estado que seja liberal sem ser laico, é perfeitamente concebível um Estado laico não-liberal e não-liberista, como é certamente um Estado laico não-liberal e não-liberista, como é certamente um Estado com governo social democrático.²¹¹

²⁰⁹BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. *In*: Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 135.

²¹⁰BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. *In*: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 136.

²¹¹BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. *In*: **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 129.

Ora, se na constituição do Estado liberal pode-se identificar uma emancipação do poder político em relação ao poder religioso (Estado laico), bem como uma desvinculação do poder econômico do poder político (Estado do livre mercado); é pelo primeiro processo que o Estado deixa de estar a serviço da Igreja, enquanto o segundo processo corresponde à transformação do Estado no braço secular da burguesia mercantil e empresarial.²¹² Como é possível afirmar, portanto, o caráter liberal do Estado brasileiro diante do fato de o catolicismo haver permanecido como Religião de Estado entre nós, por força de regra constitucional inclusive, até a Proclamação da República em 1889? Na verdade, até um pouco depois da Proclamação da República, porquanto somente se verificou a separação formal entre a Igreja e o Estado em virtude do Decreto n. 119 A, de 07 de janeiro de 1890.²¹³

Observa-se, pois, acima do Título 1º da Constituição do Império do Brasil, que sua outorga se deu “EM NOME DA SANTÍSSIMA TRINDADE”.

Ademais, o art. 5 da sobredita Constituição prescreve o seguinte: “A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo”.

A permanência desta união entre Igreja e Estado até a passagem da monarquia à república em novembro de 1889, portanto, evidencia a incompatibilidade entre uma concepção não intervencionista como a liberal e a permanente intervenção do Estado nas questões religiosas, justamente em virtude da adoção do Padroado e do Beneplácito entre nós.²¹⁴

No âmbito do Poder Judiciário, esta união entre Igreja e Estado fica evidente no funcionamento dos então chamados Tribunais da Relação, que são equivalentes aos Tribunais Estaduais de hoje. O Tribunal da Relação de

²¹²BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. In: Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 129.

²¹³MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 96.

²¹⁴LYNCH, Christian Edward Cyril. O Império da Moderação: agentes da recepção do pensamento político europeu e construção da hegemonia ideológica do liberalismo moderado no Brasil imperial. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 318.

Pernambuco, por exemplo, foi instituído em virtude da Carta Régia de 02 de Junho de 1822, na qual o Príncipe Regente (D. Pedro I) determinou a sua instalação.²¹⁵

Descrevendo a Sala dos Despachos, considerada a parte nobre das Casas da Relação, afirma José Ferraz Ribeiro do Valle:

No Salão, porta fechada, protegida pela vigilância do Guarda-Mor, despachavam os desembargadores, depois de missa celebrada pelo Capelão, no Oratório da Casa, em obediência ao preceito: 'Antes de entrarem no despacho, se dirá todos os dias Missa por um Capelão, que o Governador para isto escolher'.²¹⁶

Somente após a celebração religiosa, os Desembargadores se ausentavam do Oratório, de modo a se dirigirem para a Sala dos Despachos, onde deveriam permanecer trabalhando por pelo menos quatro horas, "marcadas pelo relógio na Mesa Grande".²¹⁷ Mesmo após a Independência do

Brasil, tal preceito permaneceu aplicável. Pois, verifica-se que no início do ano de 1823, os Desembargadores dirigem um pedido à Junta Provisória de Governo. Verificando-se que a Casa era carente de oratório, solicitam à Junta Provisória a construção de um, a fim de que se viabilizasse a participação dos Desembargadores na missa antes do início dos despachos.²¹⁸

Resta saber, contudo, se o período de cerca de uma década, que vai da proclamação da República (1889) até a apresentação do anteprojeto de Código Civil por Clóvis Bevilacqua (1899), pode ser considerado um momento tal de mudanças no Estado brasileiro que permitissem falar em um Estado liberal neste período da História do Brasil.

²¹⁵VALLE, José Ferraz Ribeiro do. **Uma Corte de Justiça do Império**: o Tribunal da Relação de Pernambuco. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 1983, p. 51.

²¹⁶VALLE, José Ferraz Ribeiro do. **Uma Corte de Justiça do Império**: o Tribunal da Relação de Pernambuco. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 1983, p. 57-58.

²¹⁷VALLE, José Ferraz Ribeiro do. **Uma Corte de Justiça do Império**: o Tribunal da Relação de Pernambuco. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 1983, p. 58.

²¹⁸VALLE, José Ferraz Ribeiro do. **Uma Corte de Justiça do Império**: o Tribunal da Relação de Pernambuco. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 1983, p. 99.

O anteprojeto de Código Civil, concluído em 1899, não pode ser considerado enquanto fruto de um contexto liberal. Até mesmo porque o seu autor, Clóvis Bevilacqua, não pode ser considerado um jurista afinado com o ideário liberal. Clóvis Bevilacqua, cerca de seis anos antes da redação do Anteprojeto de Código Civil, apresenta sua visão sobre o filósofo, que será uma metáfora acerca do jurista idealizado por ele:

Philosopho é aquelle que tem a faculdade eminentemente vantajosa de synthetisar os sentimentos e as aspirações de uma época, que pode condensar, enfeichar e methodisar os conhecimentos e os princípios que existem vagos e indefinidos, ou andam dispersos, desassociados, pelas consciências individuaes. É elle a alma de seu tempo, o espelho em que se reflectem todos os anhelos, o ponto convergente de todos os raios luminosos. A collectividade humana amontuou os instrumentos e os dados de que elle se serve, mas também de que só elle se sabe servir, é preciso acrescentar. Comte possuiu essas fecundas e vivificadoras qualidades.²¹⁹

Veja-se, pois, que a ciência não está disponível a todos, pois apenas o filósofo sabe se servir dos conhecimentos acumulados. Não é a toa que ele é convidado por iniciativa do Ministério da Justiça, órgão vinculado ao poder executivo, e não por uma das Casas do Congresso Nacional. O processo de codificação, portanto, não foi conduzido sob a liderança dos representantes do povo ou da maioria, mas sim dos “homens de ciência”, da elite esclarecida de então.

Este traço autoritário do pensamento de Clóvis Bevilacqua parece ser comum a outros juristas que também foram produto do ambiente jurídico recifense no final do século XIX e início do século XX. É o caso, por exemplo, de Pontes de Miranda, que parece entender que ao jurista é dado o poder de corrigir o legislador:

O erro do legislador pode ser de expressão: prevalece, então, o pensamento que se tentou exprimir, se êsse pensamento é captável no sistema jurídico; não se desce ao chamado espírito, ou à vontade do legislador, porque seria atravessar a linha distintiva do político e do jurídico; não se contraria o princípio de que a lei é para ser entendida pelo povo, no grau de cultura jurídica em que se acham os seus técnicos, e não para ser decifrada.²²⁰

²¹⁹BEVILACQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 25.

²²⁰MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado** – Parte Geral: Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. X.

Para Pontes de Miranda, portanto, ao jurista pertence a prerrogativa de corrigir o comando legislativo, de modo a torná-la “captável” pelo sistema jurídico. Chega a afirmar, em outro momento, que o jurista encontra-se apto não somente a revelar regras escritas, mas também as não escritas. E que estas regras jurídicas não escritas podem “dilatar ou diminuir o conteúdo da regra jurídica nova”. Na medida em que os juristas detêm o controle sobre as regras jurídicas escritas e sobre as não escritas, ou seja, sobre todo o sistema jurídico, porquanto sejam aptos a compreender a lei tendo em vista o texto, a história e a exposição sistemática; verifica-se que “os erros de expressão da lei são corrigidos facilmente”.²²¹

Como veremos mais adiante, as idéias jurídicas alemães, especialmente as de Savigny e dos adeptos da Escola Histórica alemã, prestar-se-ão perfeitamente à legitimação deste “autoritarismo dos juristas”, bem como a fim de emprestar um aspecto contemporâneo ao discurso de uma elite assentada em estruturas sociais arcaicas.

²²¹MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado** – Parte Geral: Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. XIV.

4 A RECEPÇÃO DAS IDÉIAS DE SAVIGNY E DA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ NO BRASIL

Caminho, e tudo o que faço
Derramo sobre o regaço
Da história que é minha irmã;
Chama-me Byron ou Goethe,
Na frente do meu ginete Brilha a estrela da manhã.²²²

4.1 Guardiã e artífice da tradição

Como visto nos capítulos anteriores, seja pelo centralismo jurídico ou pela rejeição de uma natural igualdade entre os homens enquanto seres dotados de razão; as bandeiras do liberalismo francês encontraram grandes dificuldades para ingressarem no discurso e na prática dos juristas brasileiros neste período.

Esta aparente incompatibilidade entre o liberalismo francês e as concepções das elites jurídicas brasileiras pode ser apontada como um dos principais estímulos para a utilização das idéias alemãs enquanto arcabouço teórico de manutenção de certas instituições como a escravidão. Um dos mais influentes teóricos alemães neste período entre nós foi Friedrich Karl Von Savigny. Este jurista foi um típico exemplar da elite alemã da primeira metade do século XIX, e viveu de 1779 até 1861, o que lhe permitiu presenciar importantes transformações políticas na Europa, especialmente as repercussões da Revolução Francesa.

Ele foi Professor de Direito em um tempo em que as Faculdades de Direito na Alemanha (ainda fragmentada) tinham competência para julgar recursos de apelação, além de ter sido o mais famoso e influente defensor de

²²²BARRETO, Tobias. *In*: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto**: estudos de direito II. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 285.

duas importantes idéias, quais sejam: I) a verdadeira origem das normas jurídicas está no *Volksgeist*, ou seja, o “espírito” que governa certo povo, aprimorado através de costumes imemoriais, que são racionalizados pela “ciência jurídica” nacional; e II) que o direito aplicado ao povo alemão em seu tempo, baseado em um Direito Romano historicamente adaptado ao Direito costumeiro alemão, era um sistema racionalmente elaborado, mas sem recair em universalismos.²²³

Savigny é apontado como “o mais ilustre” representante da Escola Histórica, entre outros motivos, por haver “descoberto” o Direito não mais na consciência individual dos membros da sociedade, mas sim em uma “consciência coletiva”: o Espírito do Povo.²²⁴

Pode-se descrever a proposta da Escola Histórica alemã, em linhas gerais, a partir da comparação da vida dos povos e de cada um de seus elementos constitutivos com a vida humana, que não permanece sempre a mesma, apresentando-se como uma “sucessão contínua de desenvolvimentos orgânicos”. Da mesma forma, a língua e o direito inserem-se neste processo de transformação ininterrupta, resultando do mesma origem, e submetidos às mesmas necessidades, igualmente independentes do acaso e das vontades individuais. Tais transformações seguem uma marcha regular e submetem-se a um encadeamento de circunstâncias invariáveis, que estão intimamente ligadas às diversas manifestações do Espírito do Povo, do qual o direito nasce.²²⁵

Pode-se dizer que Savigny e suas idéias constituirão o prenúncio de uma “crise” da Ciência europeia do direito. Para Carl Schmitt, esta crise se instaura em meados do século XIX e resulta na vitória do positivismo legalista. A era das revoluções iniciadas em 1848 marcaria uma transição da hegemonia

²²³ KENNEDY, Duncan. Savigny's Family/Patrimony distinction and its place in the global genealogy of classical legal thought. **The American Journal of comparative law**, v. 58, n. 4 (Fall 2010). Michigan: The American Society of Comparative Law, p. 811-812.

²²⁴ BONNECASE, Julien. **Science du droit et romantisme**: le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1928, p. 400.

²²⁵ BONNECASE, Julien. **Science du droit et romantisme**: le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1928, p. 402.

do direito natural para o positivismo. Pode-se dizer que um dos principais marcos desta transição paradigmática traduz-se na publicação da seguinte obra de Bernard Windscheid, em 1854: “Der Traum des Naturrechts ist ausgeträumt”.²²⁶

Bernard Windscheid pode ser considerado um dos principais continuadores da obra de Savigny, destacando-se no contexto do desenvolvimento da chamada jurisprudência construtiva (ou, como é mais conhecida no Brasil, jurisprudência dos conceitos). Com a publicação desta obra, cujo título pode ser traduzido como “O sonho do direito natural desapareceu”. De acordo com Carl Schmitt, Bernard Windscheid apresenta nesta obra uma teoria bastante positivista e realista, não obstante ser um conhecido romanista; chegando ao ponto de propor uma “purificação” do direito, ou seja, “um reducionismo positivista estatalista, apesar de ainda não ser capaz disto e realmente sem entender as possíveis repercussões futuras”.²²⁷

Não se pode negar, contudo, que a Revolução francesa e o seu *Code* tiveram grande impacto no mundo jurídico ocidental e em certas regiões do oriente. Frente ao cipoal jurídico existente em épocas anteriores ao ingresso do *Code* no mundo legislativo, uma legislação simplificadora como a do código napoleônica foi recebida com entusiasmo e alcançou uma grande repercussão. O *Code civil* dos franceses, mais do que uma simplificação, promoveu diversas reduções: reduz-se a um só os sujeitos produtores de direito; reduz-se o jurista ao papel de mero exegeta de um texto normativo estranho, que ele não contribuiu para criar.²²⁸ Tal expansão do *Code* só foi contida pela Pandectística

²²⁶SCHMITT, Carl. **Die lage der europäischen rechtswissenschaft**. Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, p. 14.

²²⁷No original: “Vermutlich glaubte der Romanist und Pandektist Windscheid mit diesem Satz sehr realistisch und wohl auch sehr positivistisch zu sein, obwohl er, gerade als Romanist und Pandektist, eines reinen d. h. staatsbezogenen Setzungspositivismus kaum fähig war und die eigentlich Gefahr gar nicht begriff” (SCHMITT, Carl. **Die lage der europäischen rechtswissenschaft**. Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, p. 15).

²²⁸GROSSI, Paolo. *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*. In: **Società, Diritto, Stato** – un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 14.

e o advento dos dois modernos códigos legados pela tradição germânica (o BGB, em 1900; e o SchZGB, de 1907/11).²²⁹

Pode-se até mesmo afirmar que a crença difusa da “maioria silenciosa dos juristas” na estatalidade do direito, no monopólio da lei e na passividade da jurisprudência é uma herança deste projeto político burguês notabilizado na França.²³⁰

Enquanto os franceses pregavam a ruptura com o Antigo Regime e suas tradições, Savigny trazia um conjunto de idéias justamente no sentido de preservar a “cultura”, ou seja, o conjunto de tradições que vão constituir o chamado “espírito do povo”.²³¹ Alguns o acusam de colocar-se contra o projeto político e jurídico dos revolucionários franceses em razão de sua posição na aristocracia, sua francofobia e seu nacionalismo.²³² Mas, o fato é que ele se notabilizou por apresentar argumentos vigorosos de modo a se contrapor ao movimento que começava a ganhar força na década de 1810 nos Estados germânicos pela confecção de um código civil nos moldes do *Code* napoleônico. Savigny pode ser apontado como o maior expoente da chamada Escola Histórica alemã.

Chama-se de Escola Histórica alemã o conjunto de idéias jurídicas em voga na Alemanha (ainda dividida) do início do século XIX e que advogava a historicidade do direito levando em consideração a historicidade de cada povo, afirmando ser o direito uma manifestação do espírito do povo (*volksgeist*).²³³ Assim, o direito nesta perspectiva assume-se como parte importante da cultura

²²⁹WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 394.

²³⁰GROSSI, Paolo. Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi. In: **Società, Diritto, Stato** – un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 15.

²³¹WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 439.

²³²É o caso de: LARDEUX, Gwendoline. Droits civils français et allemand: entre convergence matérielle et opposition intellectuelle. **Revue de la recherche juridique – Droit prospectif**, n. 113 (2006-2). Marseille: PUAM, p. 02.

²³³WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 407.

de cada povo. Friedrich Carl Von Savigny, um dos principais expoentes desta corrente de pensamento, concebe a cultura “como uma tradição literária (“história da literatura”); no caso especial da história do direito romano na Idade Média, quase como a história dos manuscritos e livros que nos transmitiram testemunhos e opiniões doutriniais sobre as fontes do direito romano”.²³⁴ Este ponto de vista ressaltado por Savigny permite que se “nacionalize” o direito, permitindo uma certa autonomia em relação às antigas fontes romanas e à legislação estrangeira.²³⁵

Ora, no contexto germânico de então, a tradição jurídica escrita consistia basicamente em um conjunto de interpretações dos textos romanos realizadas por autores alemães, o *usus modernus pandectarum*. É neste contexto que se fala em uma “sobrevivência” do direito romano, ou seja, em uma “presença de conteúdos e de formas romanas dentro de sistemas modernos, neles integrados e redimensionados”.²³⁶

Pode-se dizer que Savigny é herdeiro de uma longa tradição romanística que remonta à predominância do *mos italicus* na formação dos juristas alemães, que depois foi impactada pela reforma humanística empreendida pelo *mos gallicus*.²³⁷ O *mos italicus* “é um método casuístico”, também chamado de “magistraliter docere”, e geralmente denominado “vulgaris ratio” pelos juristas alemães do século XVI.²³⁸ Theodor Viehweg, inclusive, ressalta que a tópica aristotélica pode ser encontrada “no *mos italicum*, bem como na civilística atual e presumivelmente também em outros campos”.²³⁹ Talvez, a prolongada influência do *mos italicus* nas Universidades alemãs e na vida jurídica daquele

²³⁴WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 439.

²³⁵MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 128.

²³⁶SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 116.

²³⁷BURMEISTER, Karl Heinz. **Das studium der rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich**. Stuttgart: Guido Pressler, 1974, p. 251-252.

²³⁸BURMEISTER, Karl Heinz. **Das studium der rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich**. Stuttgart: Guido Pressler, 1974, p. 241.

²³⁹VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17.

país explique a rejeição de Savigny a soluções *prêt-a-porter*, que parecem servir para qualquer época e qualquer lugar.

Pode-se dizer que a influência da Escola Histórica alemã estende-se até meados do século XX, na obra de juristas tais como Hans Planitz (1882-1954). Ele estudou história e direito em Tübingen e Leipzig, e foi Professor das

Universidades de Colônia e de Viena. Ele foi um dos últimos e mais destacados “representantes de aquellas generaciones de juristas que, dentro de la dirección trazada por la Escuela Histórica del Derecho, supieron elevar la Historia jurídica al rango de la disciplina científica”.²⁴⁰ Realmente, o pensamento de Hans Planitz parece não discrepar muito das diretrizes traçadas por Savigny, especialmente quando afirma que “o direito privado alemão, enquanto direito nacional alemão, é a expressão da cultura alemã de seu tempo”.²⁴¹

4.2 O Kairos da Codificação

Savigny notabilizou-se, dentre outras coisas, pelo debate travado com Thibaut sobre a necessidade de um Código Civil para a Alemanha. As doutrinas do direito natural difundidas durante o século XVIII na Europa resultaram em um “otimismo legislativo” que acreditava poder substituir completamente o direito vigente (então influenciado pelo direito romano e canônico) por novos códigos lastreados apenas na razão, como é o caso do *Code napoleônico*.²⁴²

Impulsionado por este otimismo, Thibaut publicou “*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha), no ano de 1814.

²⁴⁰ GALLO, Alfonso García. Prólogo a la version castellana. In: PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957, p. XVIII.

²⁴¹ PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957, p. 05.

²⁴² OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Traduzido por Luis Sancho Seral. Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 14.

Defendia ele a necessidade de um código civil para todo o *Reich*, formulado sob bases “racionais”, de modo a devolver um espírito popular até então em falta no direito germânico.²⁴³ Considerando que a Alemanha (ainda não unificada) da época carecia de “vocação legislativa”, Savigny (que era “por princípio” um adversário da Revolução francesa e seus objetivos)²⁴⁴ publicou no mesmo ano de 1814, em Heidelberg, o seu opúsculo “*Vom Beruf unserer Zeit f r Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (Da vocação de nosso tempo para a legislação e a ciência do direito)²⁴⁵, onde se opõe às teses de Thibaut.

Tal proposta de Thibaut de um código geral de direito civil para a Alemanha restou esquecida ou superada pela chamada “restauração” alemã, que inclusive empreendeu esforç os para a retomada de territórios outrora dominados pelos franceses. Assim, a reação contra o domínio francês na Europa tornou insustentável politicamente tal proposta de Thibaut de substituição do direito comum alemão por um código civil afrancesado.²⁴⁶

Uma das principais teses rechaçadas por Savigny diz respeito à capacidade da lei de resolver os problemas de então. O otimismo legislativo dos revolucionários franceses resultou em um culto à lei; em apego aos códigos e   letra da lei. Assim, para “salvar a ciência em face do código”, Savigny propõe reduzir o direito civil e os outros ramos do direito em teorias gerais.²⁴⁷

Causava (e ainda parece causar) preocupação o fato de o legislador lanç r mão de soluções jurídicas sem raízes na cultura jurídica, ainda que animada pelas “melhores” intenções.²⁴⁸ Se em tempos passados a produção

²⁴³OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Traduzido por Luis Sancho Seral. Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 15-16.

²⁴⁴COING, Helmut. Savigny und die deutsche privatrechtswissenschaft. **Ius Commune – Zeitschrift für Europ ische Rechtsgeschichte**, n. VIII (1979). Frankfurt am Main: MaxPlanck-Institut für europ ische Rechtsgeschichte, p. 10.

²⁴⁵OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Traduzido por Luis Sancho Seral. Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 16.

²⁴⁶HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática**. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 201.

²⁴⁷PIMONT, Sébastien. Peut-on r duire le droit en theories g n rales? Exemples en droit du contrat. **Revue trimestrielle de droit civil**, n. 3 (juillet/septembre 2009), p. 418. Paris: Dalloz.

²⁴⁸WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 400.

de normas jurídicas para solucionar problemas cotidianos cabia aos sujeitos privados, o Estado moderno toma para si a exclusiva tarefa de – sem se importar com as vivências cotidianas, os costumes sociais, os usos negociais, etc – produzir normas jurídicas.²⁴⁹

Isto termina por estimular certa distorção na mentalidade do jurista estritamente dogmático; que, ignorando a necessidade de perquirir os antecedentes históricos da norma e de conectá-la ao contexto social em que ela se insere, considera-se diante do “melhor dos mundos possíveis”; de modo a “mitificar” a ordem jurídica.²⁵⁰

Esta desvinculação da norma jurídica das vivências sociais, da cultura jurídica de certo país, etc; fundamentada nos “santos” princípios da revolução francesa e seu *Code*, encontrarão um contraponto em Savigny. Ele identificou dois planos distintos no direito positivo: “o da norma de direito positivo e o das instituições”.²⁵¹ Para ele, o cerne da ordem jurídica não estava na norma jurídica enquanto resultado da atividade estatal, mas sim na idéia de “instituição” ou “relação jurídica” como noção fundamental. Para Savigny, o que confere unidade formal à ordem jurídica não são as normas jurídicas. Esta unidade se realiza de fato pela mediação de “relações jurídicas orgânicas”; de modo que “a ordem jurídica não é tanto uma ordem de normas, mas antes uma ordem institucional”.²⁵²

De acordo com Savigny, as leis não podem ser tomadas abstratamente como parâmetros adequados a influir nas condutas humanas. Mais adequado é captar as condutas típicas aceitas pela consciência social ou por força da

²⁴⁹GROSSI, Paolo. Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi. In: **Società, Diritto, Stato** – un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 14.

²⁵⁰GROSSI, Paolo. IL punto e la línea (l'impacto degli studi storici nella formazione del giurista). In: **Società, diritto, stato**: un recupero per il diritto. Milano: Giuffrè, 2006, p. 10.

²⁵¹ No original: “Savigny unterscheidet im positiven Recht zwei Ebenen, die der positiven Rechtssätze und die der Institute” (COING, Helmut. Savigny und die deutsche privatrechtswissenschaft. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. VIII (1979). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 20).

²⁵²WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 454.

necessidade. Tais relações da vida (a exemplo do casamento, do pátrio poder, do contrato de troca ou permuta, etc), “na medida em que se pensam e organizam como uma ordem juridicamente vinculante, constituem os ‘institutos jurídicos’ – que assim se convertem, para Savigny, na origem e no fundamento de toda a evolução do Direito”.²⁵³

Destarte, para Savigny, as regras jurídicas específicas procedem dos institutos jurídicos; de modo que se faz necessária a vigorosa atividade do intérprete de modo a captar na consciência comum dos juristas o sentido da norma.²⁵⁴

Some-se a isto o fato de que Savigny segue na esteira dos pensamentos de Kant e de Leibniz em suas proposições. De Leibniz vem a idéia de que o direito romano é a própria *ratio scripta*, “capaz de servir – uma vez reordenado – para todas as necessidades normativas possíveis”.²⁵⁵ E é na esteira do pensamento de Leibniz que Savigny argumentava pela preservação do direito romano enquanto normativa vigente na Alemanha daquela época, porquanto fosse um direito “muito mais perfeito”, mas também por força do seu caráter científico. E é este suposto caráter científico que autorizaria falar em uma “validade permanente” do direito romano, o que também explica o porque do sistema de direito romano “atual” na obra de Savigny.²⁵⁶

É da ética kantiana que Savigny constrói a sua noção de correção do direito positivo fundamentada na autonomia moral da pessoa e da vontade ética, bem como faz uso da idéia kantiana segundo a qual a ordem jurídica é a forma que possibilita a maior liberdade compatível com a liberdade das outras pessoas.²⁵⁷ Assim, a concepção sistemática de Savigny fundamenta-se no

²⁵³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

²⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13, 14, 18 e 19.

²⁵⁵ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 117.

²⁵⁶ HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática**. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 202.

²⁵⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 402.

“conceito ético central da liberdade”.²⁵⁸ Também de Kant provém o raciocínio categorial²⁵⁹, que será de grande utilidade na formulação das teorias gerais.

Kant qualificou as categorias como conceitos fundamentais da pura razão e, também, como formas *a priori* do nosso conhecimento, considerandoas como condições prévias do raciocínio.²⁶⁰ As categorias, apesar das críticas das mais diversas escolas do pensamento jurídico, se apresentam para o jurista como espécie de um ponto de referência “tranqüilizante”, um modo de tornar a própria interpretação e a tomada de decisão menos “pessoal” e arbitrária enquanto condicionadas aos limites categoriais.²⁶¹ O pensamento categorial de raiz kantiana, portanto, proporcionaria mais segurança e previsibilidade à atividade jurídica, à medida que o prévio enquadramento de certo objeto em dada categoria condicione o resultado do processo de interpretação.²⁶²

Contudo, Savigny não pode ser incluído - sem as devidas ressalvas - no rol dos expoentes da “jurisprudência dos conceitos” (ou jurisprudência construtiva). No cerne do pensamento de Savigny, identifica-se a idéia de sistema enquanto sistema científico “construído a partir dos conceitos jurídicos”.²⁶³ Ademais, para ele não é a lei a fonte originária do direito, mas sim a “comum convicção jurídica do povo”, o “espírito do povo”.²⁶⁴

²⁵⁸No original: “Der ethische Zentralbegriff dieses Systems ist die Freiheit” (COING, Helmut. Savigny und die deutsche privatrechtswissenschaft. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. VIII (1979). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 18)

²⁵⁹LIPARI, Nicolò. Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile. **Rivista di diritto civile**, a. LV, n. 5 (settembre-ottobre/2009). Padova: Cedam, p. 515.

²⁶⁰LIPARI, Nicolò. Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile. **Rivista di diritto civile**, a. LV, n. 5 (settembre-ottobre/2009). Padova: Cedam, p. 515.

²⁶¹LIPARI, Nicolò. Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile. **Rivista di diritto civile**, a. LV, n. 5 (settembre-ottobre/2009). Padova: Cedam, p. 516-517.

²⁶²LIPARI, Nicolò. Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile. **Rivista di diritto civile**, a. LV, n. 5 (settembre-ottobre/2009). Padova: Cedam, p. 518.

²⁶³LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 19.

²⁶⁴LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

Pode-se dizer que Savigny alerta sobre o fato de que poucos seriam os momentos históricos propícios para a codificação legislativa. A este momento favorável corresponde a expressão de origem grega *kairos*. É sobre a presença deste *kairos* que os preâmbulos das Constituições normalmente cuidam:

Muitas constituições expressam em seus preâmbulos e introduções a chance, a possibilidade, ou até a necessidade de que o povo se dê, exatamente nesse momento, uma Constituição. Eles realçam o momento histórico específico, talvez a última oportunidade por um longo tempo, uma conjuntura histórica que não dura muito e que talvez nunca mais volte, que teria chegado para decidir sobre as estruturas gerais da comunidade. Com essas formulações, os preâmbulos acalmam não apenas os céticos que queiram objetar, diante do processo de constitucionalização, que o momento para a elaboração e a despedida de uma Constituição ainda não teria chegado – se é que ele jamais chegaria.²⁶⁵

4.3 A Escola Histórica alemã enquanto contraponto ao programa revolucionário francês e seu Code

Mais do que notável, pode-se dizer inegável o amplo espectro de influência do Código Civil dos franceses durante todo o século XIX e nos anos iniciais do século XX. Os homens de 1789, os autores do *Code* napoleônico, bem como boa parte dos juristas franceses e estrangeiros da primeira metade do século XIX consideravam que aquele diploma legal constituía um “sistema de direito definitivo, que se impunha com o rigor e a evidência de um sistema geométrico”. De modo que, assim como os geômetras modernos se baseiam nos princípios burilados por Euclides, também em todas as nações e em todas as épocas, o direito dos povos civilizados não deveria passar do desenvolvimento normal e racional dos princípios “eternos e perenes” formulados naquele texto. A ressalva que se deve fazer a esta afirmação passa pela Escola liderada por Savigny.²⁶⁶

²⁶⁵ KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pósgraduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 126.

²⁶⁶ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920, p. 21-22.

Outra obra publicada no início do século passado (em 1904, para ser mais exato)²⁶⁷, parece reforçar esta visão acerca da Escola Histórica alemã. Pode-se distinguir dois períodos de influência do *Code* (1804): um período durante o qual houve a imposição dele sob as nações conquistadas por Napoleão, e um segundo período no qual a influência do *Code* se deveu aos seus próprios “méritos”.²⁶⁸

A Alemanha e os países eslavos, contudo, não podem ser apontadas como nações que estiveram sob a influência direta do *Code* napoleônico. Talvez porque “a cultura alemã construa a sua visão de liberdade e sobre os direitos em uma oposição direta a da cultura iluminista e revolucionária”. Iluminismo e Revolução são idéias que se implicariam mutuamente, porquanto pertençam a um modelo supostamente “coerente” caracterizado por uma antropologia individualista, por uma visão mecanicista do Estado, e por uma visão atomística das relações sociais, e incapaz de compreender os vínculos que unem os indivíduos à coletividade. A liberdade para os alemães, por outro lado, será aquela do sujeito historicamente localizado no *Volk*, ou seja, no Povo; subtraídos das abstrações jusnaturalistas concebidas pela tradição e dos vínculos de pertencimento que o vinculam ao Estado.²⁶⁹

O *Code civil* é considerado um movimento significativo de rompimento com a ordem anterior. Enquanto projeto de estatuto das relações do homem comum, assumiu o patamar de “norma exclusiva, que, por meio do direito civil, produziu uma nova forma ou um projeto político-jurídico para a produção do direito”. Trata-se de um importante incremento na forma “código”, que foi

²⁶⁷ ALVAREZ, Alexandre. **Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1904. Esta obra foi traduzida posteriormente para a língua inglesa e republicada em uma compilação, qual seja: ALVAREZ, Alexandre. *The influence of the Napoleonic codification in other countries*. In: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969.

²⁶⁸ ALVAREZ, Alexandre. *The influence of the Napoleonic codification in other countries*. In: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 251.

²⁶⁹ COSTA, Pietro. *Diritti*. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo stato moderno in Europa: istituzioni e diritto**. 10 ed. Bari: Laterza, 2010, p. 50.

bastante debatida entre os anos de 1790 e 1810 na França ainda sacudida pela Revolução. A conclusão do *Code* resulta, especialmente, da consolidação do iluminismo jurídico e do sucesso obtido pela Revolução francesa, no século XVIII. Enquanto movimento intelectual “derivado do pensamento jusnaturalista setecentista, o iluminismo jurídico impregnou toda Europa ocidental”.²⁷⁰

Pode-se dividir as nações ocidentais, basicamente, em dois grandes grupos: as que estavam sob a área de influência do *Code* e as demais. A Alemanha e as nações eslavas, portanto, estão situadas no segundo grupo, porquanto não tivessem maiores razões para exaltar a codificação (especialmente a francesa). Pode-se dizer que a força da Escola Histórica na Alemanha foi um dos fatores que mais contribuíram para a reação contra a demanda pela codificação, bem como em relação ao trabalho de unificação do direito alemão.²⁷¹

A codificação do direito privado marca um novo momento na história do direito privado europeu. Elas contribuíram para a fragmentação da tradição jurídica européia, opondo o outrora direito comum aos direitos nacionais codificados. As codificações representam uma parte da legislação aplicável apenas aos confins de certo território nacional no qual a autoridade competente para legislar editou tal corpo normativo. Já se notavam sinais desta fragmentação ao tempo do *usus modernus pandectarum* (por volta dos séculos XVII e XVIII), quando juristas a serviços de interesses nacionalistas discorriam sobre o direito romano, mas como um direito romano-holandês, direito romanoescocês, *ius romano-hispanicum* ou *ius romano-saxonicum*. Contudo, estas análises constituíam variações sobre um mesmo tema: diferentes manifestações de uma mesma manifestação que era comum à “Europa”. O surgimento das codificações nacionais enfraqueceu esta tradição compartilhada, muitas vezes confinando a doutrina às opções políticas

²⁷⁰ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 139

²⁷¹ ALVAREZ, Alexandre. The influence of the Napoleonic codification in other countries. In: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 255.

nacionais manifestadas na legislação.²⁷² Os códigos nacionais, entretanto, assinalam também uma “segunda vida” do direito romano, porquanto representem a aplicação prática daqueles preceitos.²⁷³

As teorias que ganharam corpo após a edição do *Code* muitas vezes, não foram o desenvolvimento natural dos princípios consagrados em 1789, mas sim uma formidável reação contra eles.²⁷⁴ Apesar da Declaração de direitos do homem, do Código de Napoleão e de todos os códigos atuais influenciados por ele, repousarem sob uma concepção puramente individualista do fenômeno jurídico²⁷⁵; autores tais como Alexandre Alvarez entendem ser falaciosa a afirmação no sentido de que a não adoção de um código nos moldes do *Code* napoleônico foi motivada pela rejeição aos princípios da Revolução Francesa nestas nações que não fizeram um código civil à francesa. Os Estados Unidos da América (por exemplo) adotaram os princípios da Revolução Francesa; mas, por questões culturais (filiação ao *Common Law*), não produziram uma codificação civil.²⁷⁶

Nem todas as idéias francesas que influenciaram na feitura do *Code* restaram rechaçadas por Savigny, sem dúvida. É o caso de Montesquieu, por exemplo, de quem Savigny colhe a noção acerca do mundo jurídico enquanto realidade formada por relações jurídicas (*Rechtsverhältnisse*). Trata-se esta de uma concepção fundamental para o jurista, pois liberta o mundo jurídico da concepção da concepção que apregoa ser o direito nada mais que um conjunto de ordens ou comandos emanados de uma autoridade superior a fim de dirigir o comportamento humano. Já a perspectiva de Savigny propõe-se a mostrar o

²⁷²ZIMMERMANN, Reinhard. **The new german law of obligations**: historical and comparative perspectives. New York: Orford University Press, 2005, p. 05.

²⁷³ZIMMERMANN, Reinhard. **The new german law of obligations**: historical and comparative perspectives. New York: Orford University Press, 2005, p. 05-06.

²⁷⁴DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920, p. 22.

²⁷⁵DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920, p. 23-24.

²⁷⁶ALVAREZ, Alexandre. The influence of the Napoleonic codification in other countries. In: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 255.

direito sob o aspecto de um ordenamento cuja estrutura é integrada por diversas relações jurídicas que tratam acerca da convivência humana, mas sem necessitar assumir a “forma de uma razão operante na história humana”.²⁷⁷

Mas, não podemos deixar de considerar – por exemplo – que o Código civil alemão (e também o Código civil suíço) não pertence exatamente ao grupo do Código civil dos franceses. Diz-se isto porque, para o aplicador daquelas regras, devem-se levar em consideração na aplicação dos princípios do Código as mutações e vicissitudes da vida jurídica do Povo. Ademais, as relações de direito privado não são esgotadas pelo Código, que normalmente são reguladas por regras que resultam da lenta evolução jurídica operada nas massas populares. A doutrina alemã, contudo, não crê que as regras jurídicas são fruto do trabalho do povo, na medida em que isto se constitui em um adágio democrático, ou praticamente a expressão de um princípio revolucionário.²⁷⁸

A mentalidade alemã daquela época não concebia a direção do Estado como algo pertinente à nação em geral. De acordo com esta mentalidade, a massa costuma agir mais com sentimento do que com razão, de modo que não pode conduzir as relações estatais corretamente. Disto decorre que o Código Civil alemão, enquanto produto da Escola Histórica alemã, constituiu uma reação contra o Código Civil dos franceses, que foi um produto da Revolução francesa, bem como uma expressão do princípio do “tudo pelo povo”. A civilística alemã, por sua vez, enaltecerá o ponto de vista contrário, que pode ser enunciado como “tudo pela consciência e pela razão esclarecida”.²⁷⁹

É bem verdade que nada garante que a noção de solidariedade social pudesse ser levada a efeito pelas massas populares mais do que pela

²⁷⁷BEHRENDTS, Okko. Rudolf Von Ihering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale. **Rivista di diritto romano**, n. III (2003), p. 4.

²⁷⁸PERICH, Ivan. The French code of 1804, the Austrian code of 1811, the German code of 1900, and the Swiss code of 1907; a contrast of their spirit and influence. *In: The progress of continental law in the nineteenth century by various authors*. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 282.

²⁷⁹PERICH, Ivan. The French code of 1804, the Austrian code of 1811, the German code of 1900, and the Swiss code of 1907; a contrast of their spirit and influence. *In: The progress of continental law in the nineteenth century by various authors*. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 282-283.

intelectualidade. Assim, a intelectualidade alemã mostrava-se disposta a fazer muito “para o povo”, mas eles concebiam que, à maneira do guardião, não agiam “pelo” povo, mas sim “para” o povo.²⁸⁰

Isto irá se refletir no Brasil em uma concepção que acreditava que a mudança social não deveria provir das massas, mas sim da liderança da elite esclarecida. Neste sentido, por exemplo, Pontes de Miranda irá lamentar a falta de preparo de nossas elites:

O Brasil é série tão longa de problemas gravíssimos que se entrelaçam, problemas de tão alta sciencia social, que chegaram os nossos homens à convicção íntima de que, mais eruditos ou menos eruditos, mais bem orientados ou menos bem orientados, os nossos homens públicos são todos os mesmos, substituíveis entre si e susceptíveis de classificações arbitrárias, porque os unifica a todos a mesma inflexível inefficiencia. Não conheço mais perigoso pressuposto. Em nenhum país do mundo, é mais grave, no entanto, o problema da competência, no seu duplo aspecto – aproveitamento das existentes e formação de maior número dellas; e em nenhum país do mundo a collaboração da competência é mais difficultada, no direito, pelos juristas de nomenclatura, sem obras e sem sciencia, (...). Os que amam o Brasil não podem estar satisfeitos com o que elle é.²⁸¹

Pouco depois, arremata o discurso com a seguinte frase de efeito, mas que é muito representativa da ideologia dos bacharéis da época: “Criemos a cabeça, e os braços obedecerão!”.²⁸² A missão das faculdades de direito, portanto, dirigia-se à formação dos homens de “sciencia”, que seriam os mais aptos a conduzirem a nação para uma era de progresso econômico e social.

²⁸⁰ PERICH, Ivan. The French code of 1804, the Austrian code of 1811, the German code of 1900, and the Swiss code of 1907; a contrast of their spirit and influence. *In: The progress of continental law in the nineteenth century by various authors*. New York: Augustus M. Kelley, 1969, p. 283.

²⁸¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Discurso, em resposta, do Sr. Dr. Pontes de Miranda. *In: BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nuno. O direito como sciencia positiva na obra científica de Pontes de Miranda: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado*. Rio de Janeiro: Sussekind de Mendonça & Comp., 1923, p. 30-31.

²⁸² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Discurso, em resposta, do Sr. Dr. Pontes de Miranda. *In: BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nuno. O direito como sciencia positiva na obra científica de Pontes de Miranda: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado*. Rio de Janeiro: Sussekind de Mendonça & Comp., 1923, p. 34.

4.4 Uma ciência “histórica” do direito privado?

A doutrina desempenha um papel importantíssimo nos sistemas romanogermânicos. Ela é o intérprete natural da lei e exerce sobre o conjunto da comunidade jurídica um magistério que é ligado fundamentalmente à noção de direito enquanto saber.²⁸³ Isto se manifesta particularmente na construção de conceitos, que irão desempenhar um papel fundamental no discurso dos juristas, pois são expedientes que possibilitam a neutralização da decisão judicial.²⁸⁴

Apesar da ciência fazer uso de conceitos, não se pode afirmar peremptoriamente que ela se reduza a tal mister. A escolha do “caminho conceitual para a construção da justificação da decisão veste a violência do decidir com roupas de saber”.²⁸⁵ Pode-se dizer que a construção de conceitos funcionais é uma forma do jurista neutralizar o conteúdo da decisão proferida, na medida em que afirma ter escolhido o caminho trilhado para a decisão porque “sabe” que é o correto, e não simplesmente porque “quer”.

A doutrina, portanto, presta-se a fazer com que o direito pareça ser mais uma ciência do que efetivamente uma manifestação do “poder”. O direito, contudo, é uma expressão do poder político. Afinal de contas, o direito é sempre resultado de um fato gerador, que tem sido fixado por homens. Este fato gerador do direito “pode ser (atualmente) chamado de política”.²⁸⁶

Nelson Saldanha atribui aos alemães uma concepção de “ciência do direito” (*Rechtswissenschaft*). Entende ele que na França do Século XVIII (seja a partir de Rousseau, Montesquieu ou Domat) verifica-se a presença de uma teoria da lei, mas não uma teoria do direito. Mais adiante com a geração de

²⁸³ZENATI-CASTAING, Frédéric. La proposition de refonte du livre II du code civil: étude critique. **Revue trimestrielle de droit civil**, n. 2 (avril/juin 2009). Paris: Dalloz, p. 212.

²⁸⁴CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Classificação das obrigações. *In*: CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (org.). **Coletânea do direito das obrigações**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011, p. 101-102.

²⁸⁵CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Classificação das obrigações. *In*: CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (org.). **Coletânea do direito das obrigações**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011, p. 102.

²⁸⁶KIMMINICH, Otto. Derecho y política – conocimientos de las ciencias jurídicas. **Universitas: Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte**, v. XXVII, n. 04 (jun. 1990), p. 246.

Demolombe e Portalis, uma teoria do Código Civil, mas ainda não havia uma teoria do direito. É a partir de Savigny e sua Escola que se passa a falar do direito especificamente. Não se pode negar, contudo, a contribuição dos exegetistas franceses. Mas, Nelson Saldanha considera que eles:

perderam a chance, inclusive porque um deles dizia que não sabia **direito** civil, mas apenas sabia o **código** civil. Vejam bem, isto ocorre enquanto Savigny e seus prosélitos criam a teoria histórica do direito, devendo-se falar anteriormente em uma filosofia do direito, claro. Kant e Hegel haviam falado em direito e Gustav Hugo, o grande romanista anterior a Savigny, também falou em direito. Tudo na transição para o século XIX. É nesta geração que transitou para o século XIX que se começou a falar no **direito**. E é com Savigny que a idéia de uma ciência do direito passa a ser uma exigência do **sistema**.²⁸⁷

Para Savigny, o campo científico do direito, no qual estão acumuladas as experiências continuadas por muitos séculos, oferece uma rica herança. Não são apenas as conquistas acumuladas que interessam a ele, mas cada esforço ou tentativa feita no passado, seja ela vã ou fecunda, serve de exemplo ou de advertência.²⁸⁸ Adverte, contudo, que nem tudo o que foi transmitido por aqueles que nos antecederam será valioso e verdadeiro, pois – na “multidão de conceitos” – misturam-se aos conceitos “verdadeiros” um número considerável de “erros”, que nos são impostos pela autoridade da tradição, que podem continuar a predominar. Por isso, é necessário que, diuturnamente, o conjunto das idéias tradicionais seja reexaminado e posto em dúvida, bem como sejam investigadas as origens destas concepções.²⁸⁹

Mas, não se pode olvidar que os sucessos obtidos pela ciência não podem ser alcançados senão pelo concurso de diversas atividades “do espírito”. Uma destas atividades é chamada por Savigny e por outros de “Escola Histórica”. Este aspecto da ciência foi posto em relevo, segundo

²⁸⁷ SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. In: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 183.

²⁸⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 03.

²⁸⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 04.

Savigny, não para diminuir o valor das outras correntes e atitudes, mas sim porque este elemento (o histórico) foi por muito tempo menosprezado, de modo que este seria o tempo de retomada deste elemento pelo direito.²⁹⁰

Os adversários da Escola Histórica, àquela época, acusavam-na se querer submeter o presente ao domínio do passado, como se tal escola desconhecesse a independência do tempo presente. Ademais, acusam-na de tentar estender os domínios do direito romano, em detrimento do direito germânico e dos direitos de formação recente, às relações jurídicas atuais. Mas, adverte Savigny, que é um falseamento da ciência do direito historicamente considerada, a concepção de que estas formas jurídicas vinculadas ao passado são dotadas de caráter absoluto, como se fosse possível conservar imutável o presente e o porvir.²⁹¹

Por isto, para Savigny, o cerne da questão reside “no justo reconhecimento dos valores e da independência de cada época”. Deve-se ter em altíssima conta os vínculos ativos, que ligam o presente ao passado; pois, sem o conhecimento histórico, não podemos compreender a natureza mais profunda dos fenômenos jurídicos atuais. No que respeita à aplicação do direito romano, a doutrina histórica não pretende imputar-lhe uma exagerada autoridade daquelas formas jurídicas sobre os fatos atuais, mas sim investigar e determinar no conjunto de nossas condicionantes jurídicas o que é verdadeiramente de origem romana, para que não sejamos ludibriados pela falta de consciência histórica. Por isto, tende a eliminar “do complexo dos elementos romanos da nossa consciência jurídica tudo o que está realmente morto, e que só em razão de nossos mal-entendidos, conserva uma perturbadora aparência de vida”. Com isto, pretende-se ampliar o espaço para o desenvolvimento e a ação das forças ainda vivas do elemento romano.²⁹²

²⁹⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 05-06.

²⁹¹ SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 06.

²⁹² SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall'originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886, p. 07.

Mas, constitui um equívoco reduzir o horizonte da Escola Histórica de Savigny à história do direito, porquanto estivesse ela também preocupada com a história. Até mesmo porque a ênfase maior repousava na cientificidade do saber jurídico e sua sistematicidade, “que avalizava seu caráter científico – porque Kant tinha escrito que a filosofia tem que ser sistemática, a filosofia tem que ser um sistema, e daí a ciência tinha que ser, ela também um sistema”.²⁹³

Pode-se dizer que o fracasso das tentativas de codificação empreendidas nos estados alemães na primeira metade do século XIX deve-se a uma profunda cisão entre ciência e prática: enquanto a ciência das universidades alemães desenvolvia-se a partir do direito comum, somente uma literatura de interesse estritamente prático se interessava pelos direitos particulares daqueles estados alemães.²⁹⁴

Esta fragmentação do direito alemão suscitou em juristas tais como Conring e, posteriormente, Leibnitz a necessidade e a importância de um Código geral, mas sem que suas advertências tivessem repercussão prática.

Pode-se dizer que é “un mérito de la Ciencia alemana, principalmente de las Universidades alemanas, el haber mantenido, a pesar de todo, los pensamientos de unidad dedicando casi todo su trabajo al cultivo del derecho común”.²⁹⁵

Helmut Coing assinala que, em matéria de pensamento jurídico europeu, existe um período fundamental para o desenvolvimento dos pressupostos de toda a doutrina científica, no que respeita ao direito trata-se da época da Escola Histórica. Já em uma obra chamada *Juristische Methodenlehre* (Metodologia Jurídica), publicada em 1804, Savigny assevera que o labor do jurista deve estar lastreado em elementos históricos. A tarefa histórica do jurista, para ele, consiste em esclarecer quais circunstâncias históricas

²⁹³SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 183-184.

²⁹⁴PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado** germânico. Barcelona: Bosch, 1957, p. 10.

²⁹⁵ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil** (Parte General). Volumen Primero. Barcelona: Bosch, 1947, p. 30.

determinaram a criação de uma regra posta pelo direito positivo. Isto significava para o jurista alemão dos anos iniciais do século XIX, para quem o direito positivo era sinónimo de direito romano, investigar o desenvolvimento de certa regra através dos séculos após a Antiguidade clássica.²⁹⁶ Trata-se de uma novidade significativa no cenário europeu daquela época, até então dominado por concepções metafísicas ou jusnaturalistas, que acreditavam que o fundamento de validade das normas jurídicas repousava em algo que estava fora ou além da história.

Pode causar certo espanto tomar conhecimento do teor das suas “lições de inverno”, publicadas em 1802, na qual se refere a uma “ciência da legislação” como sinónimo de ciência do direito. Mas já dava mostras de sua sensibilidade para a perspectiva histórica, quando afirma que a ciência do direito é “primeiro uma ciência histórica, e depois, também, uma ciência filosófica” e que ambas as coisas se devem unificar porque, a ciência do Direito tem de ser ‘a um tempo e integralmente, histórica e filosófica’”. Também é surpreendente verificar que, nesta obra, Savigny equipara o direito positivo ao direito legislado.²⁹⁷ Esta perspectiva será alterada substancialmente após a publicação da sua obra em 1804, quando passa a defender que a fonte originária do direito não corresponde à lei, mas sim a comum convicção jurídica do povo.²⁹⁸

Assim, enquanto na juventude defende que o sistema jurídico compõe-se exclusivamente de regras jurídicas, o Savigny da maturidade compreende que é dos institutos jurídicos “que as regras jurídicas particulares vêm posteriormente a extrair-se através de uma ‘abstracção’; por isso, têm aqueles de estar, na ‘intuição’, constantemente presentes ao intérprete, para que este possa compreender com justeza o sentido da norma particular”.²⁹⁹

²⁹⁶ COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey, p. 01.

²⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 09-10.

²⁹⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 13.

²⁹⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 18-19.

É na maturidade intelectual, portanto, que Savigny se afastará da rigidez da literalidade da lei, defendida na juventude, para um entendimento da finalidade da lei e da plêiade de significações fornecidas por uma visão mais global do instituto. Destarte, além da perspectiva histórica, adota uma noção de sistema enquanto sistema “científico” construído a partir dos conceitos jurídicos – idéia que serviu de ponto de arranque para a ‘jurisprudência dos conceitos’, em que não deve incluir-se, ou então apenas com reservas, o nome do próprio Savigny”.³⁰⁰

Ora, não é a toa que da pena de Savigny sairá o “Sistema” de direito romano atual: não se trata apenas de revivificar o direito romano, mas sim de emprestar-lhe um caráter sistemático. Assim, trabalhando com o direito romano “vivo” ou “atual”, a doutrina avança, a partir de um procedimento puramente lógico e sistemático, de modo a extrair novas conseqüências daquelas antigas regras. Mas, é a pesquisa histórica que assume para si a tarefa fundamental de definir os pontos de partida do pensamento jurídico. A partir desta perspectiva, a história do direito deixa de ser um aspecto secundário da ciência jurídica, e passa a ser a própria substância dela.³⁰¹

Contudo, verifica-se atualmente uma profunda cisão entre a teoria do direito e a história do direito. A história do direito é mais utilizada como ornamento, ou por curiosidade, mas sem ser considerada como elemento necessário da metodologia do direito. É claro que existe uma nova metódica do direito que insinua uma reaproximação mais acentuada destes dois aspectos do direito. Pode-se atribuir esta cisão atual entre teoria do direito e história do direito a uma crescente especialização, que se pode verificar nas ciências em geral e, também, na ciência jurídica.³⁰²

³⁰⁰LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 19.

³⁰¹COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey, p. 01-02.

³⁰²COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey, p. 03-04.

4.5 Influências do Idealismo e do Romantismo alemão no pensamento de Savigny

É a filosofia contemporânea que desenvolve uma concepção de história que implica em uma verdadeira interpenetração entre interpretação do direito e história do direito. Tomando por base a teoria da história do filósofo inglês Collingwood³⁰³, afirma que depois dele a distinção entre a História e as ciências naturais é fundamental. Para o historiador, não existem fatos observáveis: os fatos que interessam a ele pertencem definitivamente ao passado. Apesar de poderem ser reconstituídos, não podem ser observados como um objeto presente. Assim, a história não se presta a uma comparação entre a vida dos organismos. Distinguir as civilizações, identificar os estágios de desenvolvimento ou comparar as estruturas morfológicas, como Spengler e Tonybee o fazem, correspondem a aplicações dos métodos positivistas dos biólogos à história, ou seja, de métodos inadequados à realidade histórica.³⁰⁴

O sujeito da história, sob tal perspectiva trazida por Collingwood, são as ações humanas, as *res gestae*. Pela interpretação das fontes, o historiador reconstrói a ação exterior e o pensamento que dirige esta ação, que é revivificada pelo historiador em seus pensamentos. Contudo, constitui um equívoco metodológico acreditar que é possível reconstruir os fatos de modo a identificar as leis causais que determinaram tais eventos históricos. Buscar tais leis é sinal de fé em demasia, um erro metodológico, consistente em aplicar os métodos das ciências históricas à história.³⁰⁵

Segundo Collingwood, quando o historiador investiga qualquer evento ocorrido no passado, procede com a feitura de uma “distinção entre o que pode considerar-se o exterior e o interior dum acontecimento’ (*the outside and the*

³⁰³Trata-se de Robin George Collingwood, que se notabilizou com a publicação da obra *The Idea of History*, em 1946.

³⁰⁴COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey, p. 05-06.

³⁰⁵COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey, p. 06.

inside of an event)”. Compreende-se como externo ao acontecimento tudo aquilo que é passível de descrição “em termos físicos, com relação a situações no espaço; por interior do acontecimento, deve entender-se ‘tudo aquilo que nele só pode ser descrito em termos de pensamento’”.³⁰⁶

Caso o historiador observe apenas o elemento exterior do acontecimento histórico, certamente procederá com um registro objetivo de fatos, mas não fará História. O agir humano se constitui no inseparável amálgama “de exterior e interior: a acção é a objectivação, no mundo dos factos, de um estado de espírito, do pensamento do seu agente. Compreender, conhecer uma acção passada e descobrir o seu porquê é penetrar no pensamento do agente”.³⁰⁷

Disto resulta uma distinção básica entre a causa dos eventos naturais, e a causa do evento humano. Enquanto este último “produz-se no campo da liberdade; o natural, no da necessidade”. O homem, ser livre que é, age ou decide sempre levando em consideração uma série de fatores:

o seu agir é a solução dada a certa equação de factos. Ora – e este aspecto é muito importante – dado que a equação é construída pelo homem, sucede que a causa da acção, muito mais do que nesse conjunto de circunstâncias, se filia, afinal, na imagem que o agente faz desse conjunto. É a imagem, é o juízo que o agente faz de uma situação que o determina actuar. E aprender essa imagem, captar esse juízo mais não é do que conhecer, reconstituir o pensamento do agente: este é, pois, o interior do evento humano.³⁰⁸

Uma concepção tal como esta pode ser chamada de idealista, à qual se opõem as chamadas concepções materialistas e, especialmente, o materialismo histórico. A resposta dada pelo idealismo ao questionamento acerca da motivação da ação humana traduz-se no pensamento, na idéia enquanto motor da conduta humana. Já o materialismo indaga se o

³⁰⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 05.

³⁰⁷SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 05-06.

³⁰⁸SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 06.

pensamento mesmo não seria condicionado por causas que devem ser perquiridas. Para o materialismo histórico, por exemplo, todo o sistema de relações sociais é condicionado pelas relações de produção, quais sejam a base econômica ou infraestrutura da sociedade “em que assentam as idéias, as instituições políticas, jurídicas, culturais, religiosas, artísticas vulgarmente denominadas superestruturas. Esta é, pois, sempre, um reflexo de uma determinada infraestrutura”.³⁰⁹

Quanto ao romantismo, multiplicam-se os lugares comuns associando o romantismo alemão a certo culto ao passado, bem como colocando-o em oposição ao iluminismo e à razão.³¹¹ Em certa medida, é uma espécie de tradicionalismo, mas não no sentido de conservar indistintamente e sem qualquer critério a ordem estabelecida, e sim a partir de posições políticas e³¹⁰ ideológicas modernas. Pode-se dizer que é um conservadorismo moderno, portanto. Em um famoso ensaio sobre o *Pensamento Conservador*, Karl Mannheim apresenta os fundamentos históricos do conservadorismo:

ele o caracteriza com um processo de reação, da parte dos remanescentes do espírito feudal (fala sobretudo da Alemanha), contra o capitalismo e o racionalismo, um processo em que se retomaram os símbolos medievais contra o liberalismo crescente, e que desaguou no romantismo, recheado que foi (na Alemanha então!) de posições antiburguesas pelo timbre aristocratizante, antirracionalistas pelo cunho religioso, antiindividualistas pela consagração do nacionalismo e do localismo.³¹¹

Karl Larenz assinala que o primeiro terço do século XIX pode ser considerado a culminância do romantismo e da filosofia idealista alemã. Aduz ainda que “ambos movimientos, cualesquiera que sean sus contrastes de detalle, están en estrecha conexión, no puede ofrecer hoy duda alguna”.³¹²

A idéia geral que perpassa o discurso de autores tão diversos como Schelling, Adam Müller, Hegel, Ranke, Savigny, etc.; pode ser apresentada da

³⁰⁹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 06-07.

³¹⁰SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD, p. 57-58.

³¹¹SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 144-145.

³¹²LARENZ, Karl. **La filosofía contemporánea del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 33.

seguinte forma: 1) a vida histórico-política contém um sentido metafísicoreligioso para além da utilidade e da segurança individual; 2) fecundas forças supraindividuais dão lastro a tal vida; 3) somente participando desta vida histórico-política os indivíduos alcançam a dignificação pessoal; e, por fim, 4) “existe una armonía íntima y secreta entre la comunidad política y el héroe histórico que a ésta y a su época les imprime su sello”.³¹³

Disto resulta uma valorização do sentimento; da concepção de indivíduo; do “conceito concreto”, de Hegel; e não uma supervalorização das leis gerais e abstratas, que é própria da Ilustração. Em vez do contratualismo iluminista – “este ‘sistema atomístico de la filosofía practica’ – Fichte, Hegel y Savigny colocaron el pensamiento de la comunidad originaria que no es producto del capricho. Frente a todo utilitarismo y pragmatismo, el idealismo alemán, en su conjunto, representó la incondicionalidad de la voluntad ética”.³¹⁴

Para Hans Planitz, a Escola Histórica do Direito é fruto do romantismo, importando em um afastamento do direito natural e de sua atitude anti-histórica e especulativa. Os sequazes da Escola Histórica consideravam o direito enquanto produto do processo histórico, como expressão do espírito do povo. Ela também marcará o advento do “Derecho privado alemán, en el moderno sentido”. É neste sentido de elaborar uma ciência histórica do direito privado que procede Karl Friedrich Eichorn, ao publicar em 1823 o seu *Enleitung in das Deutsche Privatrecht*.³¹⁵

As exposições que se seguiram a partir da obra de Eichorn, como as de Beseler e de Gierke, somente aprofundaram este ponto de vista da historicidade dos princípios de direito privado alemão. Contudo, tais princípios de direito privado alemão:

apenas em uma pequena parte possuíam força de Direito consuetudinário. Seu significado, como demonstraram Albrecht e

³¹³LARENZ, Karl. **La filosofía contemporánea del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 34.

³¹⁴LARENZ, Karl. **La filosofía contemporánea del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 34.

³¹⁵PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957, p.13.

Gerber, é bem mais de caráter científico, mas dotada de um grande valor prático em razão desta circunstância: o elemento jurídico alemão pôde unir-se à legislação e ciência do Direito Civil mais recentes apenas sob o impulso da formidável criação teórica que, no século XIX, foi dedicado ao Direito privado alemão por uma brilhante coleção de grandes juristas alemães.³¹⁶

4.6 Hegel e a Escola Histórica

Outro traço característico da concepção de Savigny foi a ênfase no pensamento da comunidade originária. Karl Larenz, neste ponto, associa Savigny a Fichte e Hegel.³¹⁷ Também Nelson Saldanha enxerga conexões não apenas entre Hegel e Savigny, mas também entre eles e Rudolf Von Ihering:

Há muita influência hegeliana em tudo isso, eu creio que até em Jhering. A idéia de um **espírito do povo** está tanto em Savigny como em Hegel. Há muita influência hegeliana e ela aparece sutil, subreptícia, profunda e constante em Jhering. E Jhering é um autor ambíguo, ambivalente, está um pedaço numa corrente, um pedaço em outra, como sói acontecer com certas grandes figuras. Quando um autor é muito grande, muito importante, pode-se puxar o que quiser da obra dele.³¹⁸

Bernard Bourgeois considera que a filosofia propriamente dita de Hegel aparecerá durante a estadia dele em Frankfurt, que dará aos seus escritos de juventude uma forma reflexiva e a transformará em um sistema estruturado em torno daqueles conceitos fundamentais (unidade, multiplicidade, totalidade, contradição, etc.). A filosofia de Hegel, portanto, reside na reflexão sobre tais conceitos, bem como sobre a unidade contida no ideal de um belo conjunto livre e feliz.³¹⁹ Já em Léna, Hegel reconciliará a razão e a vida histórica, instaurando o que se chamaria depois de hegelianismo.³²⁰

Hegel promove então uma reunião com o tempo, a fim de realizar a vida livre e feliz, que se traduzirá em uma reconciliação com a razão. A reconciliação

³¹⁶PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germânico**. Barcelona: Bosch, 1957, p. 13-14.

³¹⁷LARENZ, Karl. **La filosofía contemporânea del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942, p. 34.

³¹⁸SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995, p. 184.

³¹⁹BOURGEOIS, Bernard. **La pensée politique de Hegel**. 2 ed. Paris: P.U.F., 1992, p. 48.

³²⁰BOURGEOIS, Bernard. **La pensée politique de Hegel**. 2 ed. Paris: P.U.F., 1992, p. 62.

com o tempo (ou seja, com a história e com a política) não será exatamente completa, pois o tempo parece estar para além da razão. Por outro lado, parece que também não é completa a reconciliação com o conceito (a razão, a filosofia) no pensador, pois o conceito terminará por se revelar como o sentido do tempo.³²¹

Esta tensão que se evidencia no pensamento hegeliano entre o tempo e o conceito, corresponde a outras dicotomias clássicas no pensamento ocidental, a exemplo da tensão entre classicismo e romantismo.

Nelson Saldanha identifica no direito civil um reflexo da tensão entre o classicismo e o romantismo no direito. Os conceitos de clássico e romântico não se aplicam somente aos padrões artísticos, mas também às formas literárias e a tipos de filosofia.

Sob uma perspectiva histórica, o classicismo se constituiu em um processo de secularização, baseado em uma confiança na razão como “faculdade conhecedora e instrumento de organização, (...) como estrutura da mente humana identificada à própria ordem universal”. Enquanto que o romantismo é identificado com momentos de crise da cultura ocidental secularizada, períodos em que se questionou a razão e o racionalismo, de ascensão de valores ligados à emoção, bem como ao resgate da tradição e dos componentes religiosos.³²²

Não obstante o fato de que o conhecimento jurídico, como desenvolvido pelos antigos romanos e ainda durante a chamada idade média, fosse considerado pouco sistemático, apesar de sempre referenciado às opiniões dos doutos e das autoridades religiosas e seculares, bem como às soluções tidas como canônicas; o Renascimento e a Ilustração são legatários daqueles séculos, mas sob uma nova perspectiva, qual seja a de uma nova concepção de Estado em âmbito nacional, o que demandava uma ordem jurídica coerente.

³²¹BOURGEOIS, Bernard. **La pensée politique de Hegel**. 2 ed. Paris: P.U.F., 1992, p. 62.

³²² SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a crise do classicismo jurídico). **Revista trimestral de direito civil**. – v.9 (janeiro/março 2002), ano 2. – Rio de Janeiro: Padma, 2000-. p. 187-188.

Destarte, o clássico se apresenta como a ordenação racional, seja no método ou na organização do pensamento político, assim como na idéia de direito escrito, que desde os primórdios sugeria a necessidade de uma codificação, a qual se constituiria em uma “ordenação racional, coerente e tanto quanto possível definitiva do Direito”.³²³

Assim, vincula-se ao classicismo o recurso ao pensamento classificatório e a valorização da análise, pelo que uma tendência analítica do jurista situado nesta zona de influência. O romantismo, por sua vez, não se caracteriza pela identificação do diferente, mas por um favorecimento à igualitarização.³²⁴

³²³ SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a crise do classicismo jurídico). **Revista trimestral de direito civil.** – v.9 (janeiro/março 2002), ano 2. – Rio de Janeiro: Padma, 2000-. p. 188.

³²⁴ SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a crise do classicismo jurídico). **Revista trimestral de direito civil.** – v.9 (janeiro/março 2002), ano 2. – Rio de Janeiro: Padma, 2000-. p. 189..

5 POMBALISMO, LEI DA BOA RAZÃO E REFORMA DOS ESTATUTOS DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

5.1 O problema da periodização do direito português

Conforme afirmamos anteriormente, a trajetória do direito brasileiro ao longo do século XIX evidencia mais continuidades do que rupturas em relação ao direito português. O uso de teses liberais pelos detentores do poder no Brasil e em Portugal explica porque estas nações eram duas contradições da História. Seja na antiga metrópole ou na antiga colônia, o quadro político apresentava-se particularmente confuso e contraditório.³²⁵

No Brasil, a independência conquistada em 1822 não representou um efetivo rompimento quanto ao direito privado, na medida em que permaneciam vigentes, porquanto não revogadas, as Ordenações de 1603 e demais diplomas legislativos subseqüentes. A substituição da vetusta legislação lusitana de direito privado deu-se em uma marcha excessivamente lenta, de modo que – no que respeita ao direito civil – tal espera aproximou-se de um século. No intuito de conferir segurança às relações jurídicas após a Independência, ofereceu-se uma proposta legislativa em 05 de maio de 1823, depois convertida na Lei de 20 de outubro de 1823, prescrevendo que a legislação portuguesa existente até 25 de abril de 1821 permaneceria vigendo no Brasil mesmo após a cisão verificada.³²⁶

Deu-se, portanto, em diversos ramos do direito brasileiro, especialmente na seara do direito privado, a recepção pura e simples de regras e princípios preexistentes; sem que isto implique necessariamente em uma renúncia à

³²⁵ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. In: **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 191.

³²⁶ CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo III [1822-1889]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 54.

soberania recém conquistada. Isto porque o sistema jurídico de um país não pode ser alterado instantaneamente, ou por passe de mágica. Qualquer mudança demanda uma reflexão que pode se prolongar por décadas ou séculos, pois a improvisação em matéria jurídica já se demonstrou muitas vezes nefasta à vida social.³²⁷

Destarte, a atitude dos juristas brasileiros nas primeiras décadas do século XIX guardará relação com o ideário jurídico e político que precedeu à emancipação política brasileira em 1822. O ponto alto deste período corresponderá justamente às reformas empreendidas pelo Marquês de Pombal, traduzindo uma atitude que mesclava ao mesmo tempo autoritarismo e modernização do Estado, atitude esta que será chamada de pombalismo.

O pombalismo é chamado por Vamireh Chacon de “autoritário iluminismo de Estado”, carregando uma atitude conciliatória que irá caracterizar as tentativas de modernização do Estado e do Direito no Brasil. Propunha-se a conciliar a ruptura com a continuidade, mas foi a continuidade que parece haver se sobressaído.³²⁸

Apesar do século XIX ser considerado como um dos momentos “fundantes” da consciência jurídica nacional, prevaleceu neste período uma atitude de reverência e contemplação do direito das nações estrangeiras, o que foi uma atitude comum às nações que atravessaram um período colonial, no qual receberam instituições jurídicas das respectivas metrópoles. A ruptura política, por sua vez, trouxe consigo uma vontade de aperfeiçoar os ordenamentos jurídicos. Tais fatores acabaram levando ao “hábito de ter em vista influências européias. No caso da América Latina, para cuja consciência cultural continua a colocar-se a questão que consiste saber se ela pertence ou não ao âmbito desta coisa vaga e facilmente chamada Ocidente, o problema da comparação tem sido uma constante”.³²⁹

³²⁷ CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo III [1822-1889]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966, p. 55.

³²⁸ CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico: a escolástica progressista e a questão da modernidade**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 65.

³²⁹ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

Além da importação de idéias jurídicas estrangeiras, some-se a forte presença do direito romano na formação do direito brasileiro (e também no direito das antigas colônias hispânicas na América)³³⁰. Entretanto, por obra do Marquês de Pombal, há que se falar em um expediente jurídico a limitar o recurso ao direito romano, qual seja a Lei da Boa Razão (de 1769). Ela impunha, a priori, “o predomínio da racionalidade” e “repudiava o direito romano”.³³¹ Também na implantação dos cursos de direito no Brasil, talvez por influência deste ideário pombalino, o direito romano deixou de figurar no currículo, depois de acalorados debates no legislativo da época. Contudo, pode-se falar em uma presença ainda que genérica do legado romano no

Direito brasileiro “a partir dos civilistas do século XIX: neles e na obra legislativa que resultou no Código Civil”.³³²

A partir desta compreensão da história do direito privado brasileiro oitocentista enquanto continuidade das tradições jurídicas portuguesas, importa considerar os antecedentes lusitanos como elementos relevantes para o entendimento das instituições jurídicas brasileiras no período estudado nesta tese. Os historiadores dedicados ao direito português apresentam diversas propostas de divisão da história das instituições jurídicas lusitanas. É claro que não se advoga aqui uma possibilidade de “divisão” da história, seja pelas críticas que já formulamos em relação às pretensões escatológicas e científicas dos juristas e historiadores, seja por não a considerarmos uma realidade física passível de ser fracionada.

³³⁰ LIRA, Bernardino Bravo. El derecho común en ultramar: autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. XV (1988). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 03.

³³¹ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

³³² SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

Não obstante isto, tais periodizações têm uma relevância didática que não pode ser desprezada, o que nos leva a considerar algumas em nosso estudo. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva propõe uma divisão da história do direito português nos seguintes períodos:

I) Fase do direito consuetudinário e foraleiro: da independência de Portugal ao começo do reinado de Dom Afonso III;³³³

II) Fase de influência do direito comum: do início do reinado de Dom Afonso III (em meados do século XIII) até aproximadamente a metade do século XVIII (reinado de Dom José);³³⁴

III) Fase de influência iluminista: da metade do século XVII até o advento da Revolução de 1820;³³⁵

IV) Fase de influência liberal e individualista: da Revolução liberal de 1820 até 1926. Contudo, não obstante a indicação do ano de 1926 como termo final deste período, o historiador Nuno J. Espinosa Gomes da Silva assevera que tal influência alcança até os anos finais do século XX.³³⁶

José Izidoro Martins Junior, por sua vez, entende que a história do direito português deve ser compreendida a partir de uma periodização que leva em consideração apenas a época posterior à Restauração, ou seja, ao fim da União Ibérica, período no qual Portugal integrou-se à Espanha. Assim, considera que a partir de 1640, a história do direito português comporta uma divisão em três épocas: I) de 1640 a 1750; II) de 1750 a 1778; e III) de 1778 a 1823.³³⁷

Importa considerar a pequena divergência entre estes historiadores levando-se em consideração os fatos que marcaram tais épocas. Tanto um quanto o outro indicam como dado relevante o início do reinado de Dom José I

³³³SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 16.

³³⁴SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 17.

³³⁵SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 17.

³³⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 17.

³³⁷MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional.** Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 107.

(no ano de 1750) enquanto fato que não pode ser ignorado. Seja por considerar este período inaugurado pelo reinado de D. José I enquanto auge do pombalismo, ou seja em razão das providências adotadas no intuito de reduzir a influência do direito romano entre nós³³⁸; o fato é que esta época é apontada como particularmente relevante para ambos.

Já o ano de 1778 marca o primeiro ano do reinado de D. Maria I, a mãe de Dom João VI e avó paterna de Dom Pedro I do Brasil. Nota-se, portanto, nesta diferença de posicionamentos, uma atitude de compreensão do período compreendido entre o início do reinado de D. Maria I e o ano de 1823 como um tempo com características diversas em relação ao período anterior, que abrange especificamente o reinado de Dom José I e o período em que o Marquês de Pombal integrou o corpo de ministros do monarca português em questão.

Para nós, entretanto, o reinado de D. Maria I deve ser interpretado enquanto continuidade do projeto de modernização do direito e do estado português empreendidos por D. José I com o apoio político e intelectual do Marquês de Pombal. Ora, se sob o reinado de D. José I fez-se a Lei da Boa Razão e a Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra, não se deve esquecer que, durante o reinado de D. Maria I, ensaiou-se mais uma tentativa de feitura de novas Ordenações. Assim, em virtude do Decreto de 31 de março de 1778, criou-se uma Junta de Ministros encarregada de atualizar e ressystematizar o direito português. Inclusive, no que respeitava às matérias que exigiam reforma e inovação, determinava a feitura de um “novo Código”.³³⁹

Guilherme Braga da Cruz não discrepa de tal posição, ao afirmar que o período que se inicia em meados do século XVIII até o início da década de 1820 deve ser compreendido enquanto um momento de influência do direito natural ou jusnaturalismo. É somente a partir de 1820 que as idéias liberais

³³⁸MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 110.

³³⁹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 284-285.

teriam ingressado em Portugal, segundo Guilherme Braga da Cruz, graças ao sucesso do levante liberal.³⁴⁰

Assinala Nuno J. Espinosa Gomes da Silva que tal comissão só forneceu resultados mais efetivos a partir de 1783, quando Melo Freire restou encarregado da elaboração do livro pertinente ao direito público, bem como no que respeita ao livro quinto, que deveria tratar do direito criminal. Concluído o trabalho de Melo Freire, instituiu-se uma Junta de Censura e Revisão, a fim de apreciar o projeto. Ribeiro dos Santos foi a voz de oposição à Melo Freire dentro desta *Junta*, pois estava mais inclinado para as novas idéias liberais.³⁴¹ Destarte, registra-se o seguinte embate ideológico entre Melo Freire e Ribeiro dos Santos por ocasião da apreciação do projeto perante a Junta designada para tal:

Este, na sua crítica, insistia na necessidade de definição das leis fundamentais do Estado, das regras de sucessão dinástica, do esclarecimento dos direitos, foros e liberdades dos povos e da função das Cortes; Melo Freire defendia a feição absolutista do seu projecto, reagindo, com energia, ao aliás moderado liberalismo de Ribeiro dos Santos. Mas, nem mesmo com índole absolutista, conseguiu o projecto chegar a lei. Não estavam os tempos para inovações ou reformas de qualquer tipo que fossem, e, muito menos, em direito público. A Revolução Francesa tinha vindo esfriar os ânimos das Cortes esclarecidas. Aliás, havia quem entendesse, com lucidez, que o projecto do Novo Código só teria sentido, em Portugal, após uma revolução liberal.³⁴²

Ora, como já pudemos destacar anteriormente, a polêmica em questão não passa de um reflexo da cizânia que já havia se instalado na sociedade portuguesa, resultando em um embate entre os entusiastas do liberalismo e os adeptos do centralismo/absolutismo monárquico.

³⁴⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 07.

³⁴¹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 285-286.

³⁴² SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 286.

5.2 Período de influência do direito romano (ou direito comum)

O jurista lusitano Guilherme Braga da Cruz assinala que, assim como se verificou em outras nações europeias à época, Portugal “pagou o seu tributo ao direito romano e ao direito canônico quase desde os alvares da nacionalidade”.³⁴³

A recepção do direito romano e do direito canônico enquanto fontes do direito português, inclusive, marca uma crescente autonomização do direito português em relação às fontes outrora relacionadas enquanto tais à época em que Portugal ainda estava sob o domínio dos soberanos de Leão, atual Espanha. Assim, ao longo do século XIII (primeiro século de existência de Portugal enquanto reino independente), a afirmação da autonomia do direito português em relação às instituições jurídicas leonesas (costumes, *fueros*, sentenças judiciais, etc) dá-se sob o signo do renascimento jurídico romanocanônico.³⁴⁴

Tais considerações acerca do direito português não discrepam do panorama geral do direito europeu no período. O que se chama, inclusive, de cultura jurídica europeia não se restringe aos limites geográficos do continente europeu, alcançando países como o Japão e a Turquia, mas que promoveram a recepção de institutos jurídicos europeus.³⁴⁵

Some-se a isto também o papel desempenhado pela Igreja Católica Apostólica Romana, enquanto sucessora do Império Romano no que toca à organização administrativa e à cultura jurídica. Este processo de difusão da

³⁴³ CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 247.

³⁴⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 247-250.

³⁴⁵ WIEACKER, Franz. Foundations of European Legal Culture. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, n. 01 (Winter, 1990). Michigan: The American Society of Comparative Law, p. 05.

cultura jurídica latina promovido pela Igreja baseou-se em quatro pontos básicos:

I – na preservação da qualidade do rico sistema clássico de educação, qual seja o *trivium*. A Igreja conservou o uso da escrita, a documentação, o arquivo e a contabilidade; proporcionando as estruturas básicas exigidas pela administração pública;

II – devido à atuação da Igreja, as concepções sobre o poder público e a jurisdição restaram preservadas; noções estas que o absolutismo Bizantino, após a separação entre os poderes civil e militar, exaltaram a ponto de hipertrofiar. Esta noção de dever difere da idéia germânica da relação pessoal entre o Rei e seus súditos, na qual não existe lugar para a fixação de competências e outros limites ao poder;

III – o mesmo se dá em relação à noção de Estatuto. Os germânicos, e depois também as tribos e nações eslavas, não conceberam originalmente o direito como um comando emanado do poder estatal, mas sim enquanto uma ordenação tradicional da vida em comum. Ademais, aprenderam com os romanos que o direito não se resume aos costumes e tradições, mas é também uma expressão do poder e da vontade humana.³⁴⁶

É no curso dos séculos XVI e XVII que se verifica em Portugal a franca hegemonia do direito real e do direito comum, sendo que este último era composto basicamente das grandes fontes da Baixa Idade Média: a Glosa, os Comentários de Bartolo e, na última fase, a *communis opinio* dos “modernos”.³⁴⁷

No que toca ao aspecto político-ideológico, António Manuel Hespanha afirma a permanência na historiografia portuguesa do mito da “centralização do poder real”, que foi manipulado pelos historiadores do século XIX, seja para elogiar a ação dos reis na correção dos supostos abusos feudais e em prol da

³⁴⁶ WIEACKER, Franz. Foundations of European Legal Culture. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, n. 01 (Winter, 1990). Michigan: The American Society of Comparative Law, p. 11.

³⁴⁷ HESPANHA, António Manuel. Savants et rustiques: la violence douce de la raison juridique. **Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte**, n. X (1983). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 02.

proteção do terceiro estado, seja para justificar a decadência de um país se esvaziou de sua dinâmica local e cívica para favorecer os projetos políticos de uma Corte monopolizadora, distante e imobilista.³⁴⁸

Por outro lado, aplica-se também ao caso português o que foi dito por Hans Hattenhauer: o jurista não vinculado à Igreja e especializado no *Corpus iuris civilis* afirmou-se diante do teólogo. Esta autonomização do jurista frente à religião guarda relação com a apropriação pelo jurista das categorias fornecidas por um direito indiferente às fontes canônicas. O culto ao livro, traço característico do período medieval, refletiu-se na crescente admiração pelos tratados e compêndios jurídicos enquanto manifestações de uma racionalidade jurídica que se revela, a *ratio scripta*.³⁴⁹

5.3 O lento afastamento do direito canônico

O período que se inicia com as reformas empreendidas pelo Marquês de Pombal também marca um progressivo afastamento e diferenciação do direito civil português em relação ao direito canônico. Tal afastamento, contudo, não se concluiu naquele período (meados do século XVIII), de modo que nas últimas décadas do século XIX ainda ecoavam no Brasil as vozes daqueles que defendiam a necessidade de harmonização do direito civil com o direito canônico.

Joaquim Pinto de Campos, por exemplo, em uma obra em que defende a necessidade de preservação dos valores espirituais legados pelo cristianismo frente às tentativas de modernização do Estado e da sociedade civil, criticando

³⁴⁸HESAPANHA, António Manuel. Savants et rustiques: la violence douce de la raison juridique. **Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte**, n. X (1983). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 03.

³⁴⁹HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil**: introducción histórico-dogmática. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987, p. 197.

propostas “secularizantes” como a de introdução do divórcio no Brasil, afirma que o progresso da ordem civil e política também se encontra entre as preocupações da Igreja, ao argumento que: “Si, na direcção dos homens, cabe a Cesar o que é de Cesar, também cabe a Deus o que é de Deus”.³⁵⁰

Impõe-se, portanto, segundo Joaquim Pinto de Campos, a harmonia entre os poderes civis e religiosos. Eles devem buscar a realização de um objetivo comum: o bem estar da comunidade.³⁵¹ Tal entendimento deita raízes em uma concepção cristã medieval do Estado e da sociedade civil, qual seja a *Respublica Christiana*.

Para a *Respublica Christiana* a memória é uma categoria (e também um dever) fundamental. Da junção das instituições judaicas e cristãs decorre novas interações entre a religião e a lembrança, entre o ser humano e a divindade. A civilização cristã, portanto, será a civilização da recordação. As comemorações (ou seja, o celebrar a memória em conjunto, com outras pessoas, com a comunidade) fazem referência a questões do nosso passado, que são ritualizadas ciclicamente na memória. Na última ceia, por exemplo, o Cristo enquanto divindade encarnada determina que repitamos aquela oferta simbólica do seu corpo e do seu sangue em sua memória.³⁵²

Contudo, como não podemos confiar em nossas memórias, porque frágeis e traiçoeiras; mister se faz conferir forma a ela de modo a garantir a sua transmissão às futuras gerações. Na medida em que, ao lado do *intellectus* e da *voluntas*, a memória também integra uma representação humana da divindade, não se pode permitir que ela perambule ao acaso. Impõe-se a necessidade de guiá-la, utilizá-la e protegê-la. Daí que na Segunda Escolástica, segundo Maria Filomena Coelho:

memória e prudência associam-se de maneira fusional. Tal amálgama não molda apenas a visão religiosa do mundo, mas revela-se também como instrumento precioso para outros aspectos da vida, principalmente na esfera política. Memória, memorial, memorável, *artes memoriae*, memorialista, *memorandum*, *aide-mémoire*, são

³⁵⁰CAMPOS, Joaquim Pinto de. **A igreja e o estado**: o catholico e o cidadão. Rio de Janeiro: Typographia do Globo, 1875, p. 10.

³⁵¹CAMPOS, Joaquim Pinto de. **A igreja e o estado**: o catholico e o cidadão. Rio de Janeiro: Typographia do Globo, 1875, p. 11.

³⁵²COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 17.

termos que arrancam da Idade Média, atravessam toda a Idade Moderna e, ainda hoje, constituem um dos pilares da construção da autoridade política.³⁵³

A memória liga-se à prudência, na medida em que ela constitui um valioso auxílio para distinguir o melhor caminho no meio do emaranhado de acontecimentos. A prudência, portanto, é uma espécie de conhecimento que por sua peculiar condição demanda informações sobre o passado e a contemplação do presente, o que só pode ser obtido pela tradição ou pela invenção. Ou seja, a prudência demanda memória e inteligência, mas uma inteligência que necessita ser inventiva sem ser soberba. Em vez da empáfia, tal conhecimento deve ser dócil aos princípios fundamentais da religião cristã. Tal docilidade guarda relação com a cautela, a circunspeção e a providência. Destarte, apenas poderemos considerar prudentes os atos que refletem todos estes ideais. Disto se extrai a importância das normas e dos precedentes para o homem prudente, porquanto impregnados de memória.³⁵⁴

A memória plasmada na tradição garante cautela e providência na tomada de decisões, pois estas se lastreiam em experiências consagradas no que respeita à interpretação da norma. Disto se extrai uma tendência básica à permanência, que confere estabilidade às relações jurídicas e sociais, além de evidenciar uma ação política que se legitima nas instituições e no conhecimento dos antigos, além da crença de que eles contam com melhores condições para analisar o que é mais conveniente para o bem comum. Por fim, registre-se a importância de elementos como a docilidade e a memória para aqueles que necessitam aventurar-se no cipoal das relações sociais e suas estruturas institucionais e jurídicas a fim de facilitar a resolução dos problemas com base na jurisprudência e no acúmulo de informações.³⁵⁵

³⁵³COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 17.

³⁵⁴COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 19.

³⁵⁵COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 19-20.

Isto repercutirá na união entre a jurisdição secular e a eclesiástica, que irá permanecer no Brasil, ainda que mitigada, até a proclamação da República. Este dualismo entre o poder temporal e o poder espiritual será fundamental para a manutenção da harmonia entre a união sagrada do juramento e a secularização do pacto político. Esta concepção de mundo remonta aos primórdios do Cristianismo, traduzindo-se na teoria do “grande duplo sistema”, qual seja um dualismo sistêmico “que supõe a estreita convivência entre as duas esferas e não uma separação propriamente dita. Hoje, em plena vigência do poder secular, esquecemos amiúde que ele próprio encerra essa dualidade e que o Estado era tão cristão quanto a Igreja”.³⁵⁶

No que toca ao problema da jurisdição, esta concepção encontra sua primeira fundamentação teórica em São Gregório Magno, na Idade Média. Conforme Maria Filomena Coelho, ele partia do pressuposto de que seria impossível almejar uma perfeita identificação entre a justiça divina e a justiça dos homens. Pois, enquanto a justiça dos homens é fruto do pecado e, na melhor das hipóteses, alcançará apenas a contenção da violência entre os filhos de Deus e o reequilíbrio das forças através de soluções imperfeitas; a justiça divina é fruto de um ente (Deus) que é verdade e perfeição. Além da dicotomia divindade-humanidade, surge outra: a da Igreja, que não está autorizada a atribuir-se a justiça divina, mas que também não se encontra no mesmo nível da justiça dos homens.³⁵⁷

Caberá à Igreja, portanto, a função de construir pontes entre a justiça divina e a justiça dos homens, demarcando o seu próprio âmbito jurisdicional, e emergindo da excessiva imbricação entre os poderes religiosos e temporais à época do feudalismo. É a partir daí que surge a *Respublica Christiana*. Ainda de acordo com Maria Filomena Coelho: “S. Bernardo percebeu com clareza que a pedra angular para a sustentação do edifício institucional da Igreja

³⁵⁶ COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 79.

³⁵⁷ COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 79-80.

estava no controle do foro da consciência, ou seja do foro íntimo. O sacramento da confissão é a face mais visível deste tribunal paralelo”.³⁵⁸

Observa-se, contudo, que as reformas empreendidas pelo Marquês de Pombal aconteceram no sentido de reduzir as prerrogativas conferidas à Igreja. Destarte, transforma a censura inquisitorial em Real Mesa Censória, transferindo à Coroa algumas prerrogativas que outrora pertenciam à Igreja, tendo em vista a imposição da soberania do Direito Divino, mas agora sob os moldes preconizados pelo despotismo esclarecido típico do século XVIII, seja em Portugal ou na Áustria do josefinismo.³⁵⁹

Como veremos mais adiante, a Lei da Boa Razão (de 18 de agosto de 1769) foi um dos passos mais significativos para o afastamento do direito civil português em relação ao direito canônico. Contudo, a esta obra modernizadora somam-se também outras leis. Por força dos Alvarás de 10 de março de 1764 e de 18 de Janeiro de 1765 limitou-se a jurisdição ordinária dos prelados aos negócios puramente espirituais, além de prescrever regras sobre amortização. Ademais, proibiu-se a instituição da alma como herdeira, bem como se fixou limites à liberdade de testar em legados pios, capelas, sufrágios, etc. Para José Izidoro Martins Júnior, as leis de Sebastião José de Carvalho e Mello (o Marquês de Pombal) tiveram o grande mérito de afastar os tentáculos perigosos da teocracia e da oligarquia.³⁶⁰

5.4 O usus modernus pandectarum

De acordo com António Manuel Hespanha, o que se poderia chamar de tradicional “ciência” jurídica portuguesa setecentista não estava assentada em

³⁵⁸COELHO, Maria Filomena. **A justiça d’além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009, p. 80.

³⁵⁹CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 70.

³⁶⁰MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 111.

um corpo de leis, mas sim em um corpo de doutrina, quais sejam as obras de Bártolo de Sassoferrato e de outros juristas contemporâneos a ele e seus seguidores. A argumentação dos juristas portugueses de então operava a partir da “autoridade dos juristas citados, do cotejo de opiniões, da invocação de precedentes jurisprudenciais, da utilização de fórmulas de raciocínio e de dedução quase exclusivamente utilizáveis num contexto normativo deste tipo”.³⁶¹

Tal corpo doutrinal não poderia ser substituído simplesmente por força de lei ou por decreto; fazia-se necessária a substituição desta doutrina por um conjunto doutrinário mais condizente com as aspirações jurídicas modernas. Esta nova doutrina era fruto da dogmática jurídica alemã, que adaptou as vetustas disposições romano-justinianas às necessidades das sociedades burguesas em desenvolvimento na Europa central. Este novo sistema dogmático foi denominado de *usus modernus pandectarum*, ou seja, tratava-se um uso moderno das Pandectas, ou do direito romano. Pouco depois, recebeu a roupagem em alta na burguesia europeia da época, de modo que passou a ser associado ao direito natural. Graças a este movimento, que depois será incentivado pela Lei da Boa Razão, a prática dos juristas é paulatinamente levada a um novo campo de referências teóricas e conceituais.³⁶²

O desenvolvimento da doutrina do *usus modernus pandectarum* é reflexo da recepção do direito romano na Baixa Idade Média alemã. Tal movimento vem a lume com a publicação dos chamados “Espelhos” (*Spiegel*), que eram espécies de apostilas que apresentavam o direito romano em uma linguagem simplificada. À publicação destes “Espelhos”, sucedem obras jurídicas sobre o chamado direito comum, que afirmavam que o direito romano era um direito inacabado, ou ainda não elaborado. Assim, passaram a ter em conta os princípios revelados nas decisões dos Tribunais, no sentido de reelaborar o direito romano, mas não necessariamente o direito alemão.³⁶³

³⁶¹HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978, p. 75.

³⁶²HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978, p. 75.

³⁶³PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957, p. 11.

Em Portugal, será significativa a obra de Luiz Antonio Verney “O verdadeiro método de estudar”, publicada em 1746, que subsidiará as críticas ao bartolismo e apresentará a *Filosofia das Luzes*. Guilherme Braga da Cruz assinala que é a partir deste momento que ingressam em Portugal, em larga escala, as novas idéias favoráveis ao direito natural racionalista e ao *usus modernus pandectarum*, que servirão de lastro à legislação posteriormente editada pelo Marquês de Pombal e que marcarão um novo rumo ao direito privado português.³⁶⁴

Conforme afirmamos anteriormente, a interpretação do direito romano na Idade Média fazia largo uso do critério da autoridade, que predominaria sobre a razão. Tal respeito à autoridade implicaria em uma submissão irrefletida ou acrítica ao direito justinianeu. Para Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, trata-se de uma razão “que rasteja, colada ao texto, que tem por finalidade última prensar o texto, comprimi-lo, para dele extrair a verdade. Tudo isto já fora abalado pelo Humanismo, mas só agora se vai dar a ruptura decisiva”.³⁶⁵ Quando a estrutura social que impulsionou a propagação do direito romano na Europa medieval desaparece, a necessidade de se submeter à autoridade do direito romano deixa de fazer sentido.³⁶⁶ É a partir deste momento que a voz dos juristas-filósofos abafará a dos juristas-intérpretes. Se antes era suficiente “revelar” a verdade contida no texto jurídico, a partir deste momento a razão, que já não se contenta mais com a autoridade do texto, ignora-o e busca, precipuamente, uma verdade atemporal. Assim, dedica-se a encontrar, com

³⁶⁴ CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 06.

³⁶⁵SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 269.

³⁶⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 269-270.

apoio na razão, o direito demandado pela natureza humana, ou seja, o direito natural.³⁶⁷

A partir desta visão jusnaturalista/racionalista, o direito romano deixa de ser visto como *corpus* dotado de uma autoridade intrínseca, seja em matéria de interpretação, ou de integração das lacunas da lei. Esta autoridade será personificada, a partir deste momento, pelo direito natural, pela *recta ratio* ou *boa razão*, como diziam os autores portugueses da época. É a ela que o intérprete ou aplicador do direito deve recorrer em caso de dúvida ou omissão.³⁶⁸

O interesse do jusnaturalista em relação ao direito romano reduz-se apenas ao fato desta ser uma experiência jurídica relevante, que inclusive trará a lume alguns princípios de direito natural. Destarte, chama-se de *usus modernus pandectarum* a corrente teórica que se dedicará ao estudo do direito romano, mas somente na medida em que ele se mostrasse adequado às demandas atuais. De acordo com Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, atribui-se a expressão *usus modernus pandectarum* a uma obra de mesmo nome, escrita pelo jurista alemão Samuel Stryk (1640-1710). Assim, interessavam-se somente pelo direito romano passível de uso moderno.³⁶⁹

5.5 A Lei da Boa Razão

Um dos traços marcantes, no processo de modernização do Estado e do Direito Português, é reflexo das mudanças na Organização Judiciária no século XVIII e do “despotismo esclarecido” do Marquês de Pombal: a Lei da Boa Razão, de 18 agosto de 1769. Trata-se de uma lei que emprestava um novo perfil aos recursos fundados em dúvida no tocante à interpretação da lei, no intuito de dar cabo a uma atitude intelectual antiquada e a “velhas ferrugens

³⁶⁷SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 270.

³⁶⁸CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 08.

³⁶⁹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 272.

forenses”. Mais do que isto, a Lei da Boa Razão estabeleceu que se devia lançar mão da razão como critério de seleção das regras de direito romano, utilizadas para a colmatação de lacunas na legislação em vigor.³⁷⁰

Observe-se, contudo, que - apesar de a Lei de Boa Razão estabelecer “um sistema racional de fontes, reconduzidas, em termos ideológicos, à vontade do Estado (ao Rei) e à boa razão”³⁷¹; ela não pode ser encarada como um óbice intransponível às influências do direito romano. Mais adequado é afirmar que a Lei da Boa Razão configurou-se em um duplo filtro. Isto porque além de ser considerada um perfeito exemplar do iluminismo no direito, a Lei da Boa Razão também marcou uma “viragem nacionalista”, estabelecendo a precedência do direito nacional sobre o *ius commune*, abrindo caminho para a era das codificações.³⁷²

Teoricamente, o propósito da Lei da Boa Razão limitava-se a empreender apenas uma reforma na burocracia de então, mas terminou atingindo (de forma surpreendente) o campo da interpretação das leis. Do ponto de vista cultural, tratam-se de “manifestações de uma nova perspectiva, entrada do racionalismo na política portuguesa, eco do iluminismo europeu, brecha nos avantesmas tradicionais”. A partir daí, o que se enviava para o Brasil deixou de ser apenas “escolástica, ou burocracia cultural, nem burocracia, ou escolástica estatal: eram também novas usanças e novas possibilidades – embora ainda magras e remotas”.³⁷³

Conforme leciona Clóvis do Couto e Silva: “A ‘boa razão’ consistia, principalmente, segundo o § 9º da lei de 18.08.1769, ‘nos primitivos princípios que contêm verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ética dos

³⁷⁰SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 58.

³⁷¹CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

³⁷²CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

³⁷³SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 58.

mesmos romanos havia estabelecido e que os Direitos Romano e Natural formalizaram...”³⁷⁴

Já assinalamos em outra oportunidade que esta remissão a princípios feita pela Lei da Boa Razão pode ser considerada como uma espécie de cláusula geral, a permitir uma maior liberdade para a jurisprudência, o que também evidencia o fato de que o “recurso às cláusulas gerais (apesar de ser apontada como uma das grandes ‘inovações’ do projeto Reale), contudo, não é ‘novidade’ no direito nacional”.³⁷⁵

António Menezes Cordeiro considera que as primeiras grandes reformas modernizadoras do direito lusitano, levando-se em consideração a segunda metade do século XVIII, foram a Lei da Boa Razão (1769) e a Reforma da Universidade de Coimbra (1772).³⁷⁶

Ora, se os pressupostos teóricos da Escola Histórica alemã emprestarão um sofisticado recheio doutrinário aos juristas brasileiros do século XIX, a Lei da Boa Razão será a forma legislativa utilizada como expediente de legitimação da tradição romanística. É bem verdade, também, por outro lado, que a Lei da Boa Razão também serviu de expediente retórico para o abuso.

Teixeira de Freitas, por exemplo, referindo-se à “imensa teia das Leis extravagantes” acumuladas ao longo de dois séculos e meio, no intuito de complementar às Ordenações Filipinas, reclama da falta de ordenação e da dispersão até então observada. Acrescenta, ainda, mais um problema: o fato dos juristas da época frequentemente se reportarem “ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisarão; mandando até guardar as glosas de

Accursio, e as opiniões de Bartolo, e mais Doutores”.³⁷⁷ E, conclui:

Essa franqueza que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendèra ao Direito Canonico, a famosa lei de 18 de agosto de 1769 que deu largas ao

³⁷⁴ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 20-21.

³⁷⁵ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado. Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). Brasília: Senado Federal, p. 152.

³⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19.

³⁷⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. VII.

arbítrio com o título de – *boa razão* - , o outro subsidio dos – estilos e costumes - , tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas tem chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas Leis que o constituem, do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribuem para tão desagradavel situação.³⁷⁸

Não obstante as vantagens oferecidas pela Lei da Boa Razão em termos de nacionalização do direito, deve-se compreender o diploma legislativo em questão a partir de um ponto de vista predominantemente universalista, e não necessariamente nacionalista. Tal universalismo termina por exalar um forte cheiro de racionalismo filosófico e de universalismo jurídico.³⁷⁹

Ora, se no texto das Ordenações Filipinas arrolava-se vagamente como fontes do direito a vontade do monarca e o *utrumque ius*, no Século das Luzes almeja-se substituir o simples recurso ao *utrumque ius* pelo expediente da razão. Um passo concreto neste sentido será dado a partir da Lei da Boa Razão. Assim, adotam-se novas disposições no que toca aos costumes e ao estilo da Corte.³⁸⁰

Quanto ao estilo da corte, que corresponderia hoje ao que entendemos ser a jurisprudência, prescrevia-se que a validade do estilo da corte dependia do fato dele ter sido objeto de aprovação em virtude de Assento da Casa de Suplicação. No tocante ao Costume, determinou que ele só poderia ser tido como fonte do direito caso houvesse a verificação de três requisitos: I) conformidade com a boa razão; II) não ser contrário à Lei; e III) possuir mais de cem anos.³⁸¹

³⁷⁸FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. VII-VIII.

³⁷⁹MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 119-120.

³⁸⁰SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 276.

³⁸¹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 276.

José Izidoro Martins Júnior, por sua vez, assinala que a trajetória histórica do direito português é marcada pelo progressivo desenvolvimento legal e doutrinário do direito justiniano, a atacar e obter conquistas sob o combalido direito nacional português, até então representado nos institutos jurídicos costumeiros e foraleiros. A luta entre o direito romano e o direito nacional português - na qual o direito canônico sempre se envolveu fornecendo armas, em alguns momentos em detrimento de um dos combatentes e em outros momentos em detrimento do outro -, acompanha o enredo da marcha do direito português desde os seus primórdios até o século XIX.³⁸²

É neste contexto que aparece a Lei da Boa Razão, tendo em vista as chicanas forenses utilizadas pelos juristas e letrados com base em antigas fórmulas de direito romano, mas em desprestígio do direito nacional. A Lei da Boa Razão buscará justamente conter ou minimizar tais excessos no recurso às fontes antigas, conferindo uma interpretação dita “autêntica” a um dispositivo do título 64, do livro 3º das Ordenações, especialmente em relação à parte final do preâmbulo.³⁸³

A Lei da Boa Razão, segundo José Izidoro Martins Júnior, poderia ser comparada a um artefato explosivo lançado contra a trincheira romana que acolhia aos “soldados da Glosa, os discípulos de Accursio e de Bartholo”. A Lei da Boa Razão, portanto, teria posto tais estruturas abaixo.³⁸⁴

Além das vantagens no que respeita à modernização do direito português, a Lei da Boa Razão também está a serviço da consolidação da supremacia do Poder Real sobre o Poder Religioso. De acordo com José Izidoro Martins Júnior, o diploma legislativo em questão levava em consideração duas finalidades básicas:

- a) o cerceamento das liberdades doutrinarias e do arbítrio jurídico, de que gosavam advogados e julgadores, em manifesto prejuízo da jurisprudência pátria e da suprema judicatura da Realeza; (preamb. e n. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 da lei.)

³⁸²MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 112-113.

³⁸³MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 1113.

³⁸⁴MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 1113.

b) a redução da influencia e prestígio do Direito Romano, como elemento subsidiário da legislação: relegado tal Direito para um plano inferior não só pela definição da boa razão como pela condenação das glosas de Accursio e Bartholo; (ns. 9, 10, 11 e 13 da Lei.).³⁸⁵

Tal condenação da Lei da Boa Razão à Glosa de Acúrsio e à *Bartoli opinio* resultará, também, em uma condenação implícita à *communis opinio*. É interessante frisar que a recepção de Bártolo nas Ordenações Afonsinas devesse-se ao fato de a doutrina dele “*he communalmente mais conforme aa razom*”.

Agora, com a Lei da Boa Razão, é escorraçado porque não se harmoniza com a *boa razão*. Nuno J. Espinosa Gomes da Silva anota que Bártolo saiu “do quadro das fontes pela mesma porta por onde entrara”.³⁸⁶

Registra José Izidoro Martins Júnior, no que respeita ao tratamento dispensado ao direito romano pela Lei da Boa Razão, a manifestação de juristas da época contra o que seria uma notável prova de “ingratidão” para com o direito romano. Ademais, assinala também a opinião corrente de que este seria o triunfo da Escola Cujaciana contra a rival, a Escola de Bártolo.³⁸⁷

Como já pudemos demonstrar anteriormente, a Lei da Boa Razão encontrará suporte doutrinário no *usus modernus pandectarum*. Assim, o recurso ao direito romano só passaria a ser admitido quando em conformidade com o uso moderno, ou seja, quando houvesse uma boa razão. Neste mister, prescreveu-se que - em relação às questões políticas, empresariais, econômicas e marítimas -, impõe-se a remissão às leis das nações européias civilizadas, em vez das regras e fórmulas de direito romano.³⁸⁸

³⁸⁵MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 117.

³⁸⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 278-279.

³⁸⁷MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 118.

³⁸⁸SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 277-278.

Para que o empreendimento pela modernização do direito português fosse levado a bom termo, impunha-se que - na verificação da lacuna no direito nacional – não se aplicasse o velho direito comum nos moldes bartolistas, mas sim o moderno direito natural, de cunho individualista e mais conforme às “luzes” daquele século. Assim, era necessário vincular a atividade hermenêutica dos juristas a princípios mais atuais, como os veiculados pelo jusracionalismo. É por isto que, em relação a certas matérias (especialmente as políticas, econômicas, mercantis e marítimas), os juristas não poderiam valer-se das soluções oferecidas pelo direito romano tradicional na falta de um direito nacional atual, mas sim o direito que as nações européias de evolução social e econômica mais elevada haviam elaborado para elas.³⁸⁹

Resta evidenciada uma clara preocupação em se restringir a interpretação doutrinal, o que também fica evidenciado no tocante às decisões da mais importante Corte de Justiça do Reino: a Casa de Suplicação. A preocupação com a atividade desenvolvida no âmbito deste órgão do Poder Judiciário explica-se pelo fato de que as incertezas cultivadas no seio dele irão se estender a toda a organização judiciária.³⁹⁰

Além da Casa de Suplicação, também os Tribunais das Relações do Porto, Goa, Baía e do Rio de Janeiro detinham o privilégio de proferir Assentos.

A Lei da Boa Razão irá deslegitimar esta prática, de modo que somente os Assentos da Casa de Suplicação gozarão de autoridade. Preservou-se, contudo, “a possibilidade de os Assentos das Relações subalternas adquirirem valor autêntico, desde que fossem confirmados pela Casa da Suplicação”.³⁹¹

Outro dado relevante diz respeito à atitude da Lei da Boa Razão em relação ao direito canônico. O legislador neste caso considera como “erro manifesto” a conduta adotada no foro temporal tendente a “conhecer dos

³⁸⁹HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978, p. 76.

³⁹⁰HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978, p. 76.

³⁹¹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 279.

pecados, que só pertencem privativa, e exclusivamente ao foro interior e à espiritualidade da Igreja”.³⁹²

Neste diapasão, a Lei da Boa Razão conduz-se no sentido de conferir mais segurança e previsibilidade às relações sociais, por meio do expediente da vedação da aplicação do direito canônico aos tribunais civis, de modo a colocar um ponto final às querelas existentes entre o direito da Igreja e o direito romano, impasses tais que não eram solucionados satisfatoriamente pelo chamado “critério do pecado” (Ordenações Filipinas, III, LXIV). A aplicação deste critério, na prática, obrigava os juizes do foro temporal a decidir sobre uma matéria que lhes era completamente estranha.³⁹³

Diante disto, o legislador firma posição de modo a excluir da apreciação dos tribunais seculares o conhecimento dos pecados, cabendo a eles apenas o conhecimento dos delitos. Assim, apartava-se o direito canônico do foro temporal, de modo que a observância das disposições de direito canônico cabe aos Ministros e Consistórios Eclesiásticos nas decisões de sua alçada. Concluía-se, assim, “o ciclo evolutivo do direito canônico na história das fontes do direito, no nosso país. Em 1211, o direito canônico sobrepunha-se ao próprio direito régio; agora, em 1769, deixa, sequer, de ter valor como fonte subsidiária”.³⁹⁴

5.6 A Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra

A reforma legislativa empreendida pelo Marquês de Pombal não encontrou solução de continuidade com a Lei da Boa Razão; mas foi

³⁹²SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 278.

³⁹³HESPAÑA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978, p. 78-79.

³⁹⁴SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 278.

continuada na reforma universitária, “com especial incidência no curso de Direito. A fina sensibilidade racionalista apreendeu claramente que o ensino do Direito e a sua concretização estão interligados de modo indissociável”.³⁹⁵ Pode-se destacar na reforma universitária portuguesa de 1772 os seguintes tópicos: I) “a introdução de disciplinas de História e de Direito pátrio”; e II) “a obrigação de elaborar compêndios, a cargo dos professores”.³⁹⁶

A obra reformadora de Pombal, iniciada com a Lei da Boa Razão, completa-se com a grande reforma do ensino universitário (com a publicação dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, em 1772), “que constitui a expressão mais perfeita, no domínio da pedagogia, do despotismo esclarecido que nos governou”.³⁹⁷

Observe-se, pois, que a Reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra também se volta para a nacionalização do direito, ao estimular a substituição da doutrina estrangeira por manuais escritos por autores nacionais, bem como a partir da valorização da trajetória histórica do direito nacional mediante a criação da cátedra de história do direito pátrio.

As origens desta reforma remontam ao ano de 1770, com a instalação da Junta de Providência Literária, que teria a incumbência de verificar as carências do ensino superior português e de propor as reformas que julgasse adequadas e convenientes. Justamente no ano seguinte, em 1771, vem a público um relatório – denominado de “Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas” – que imputa aos jesuítas todas as sortes de malefícios infligidos à Universidade de Coimbra, bem como indica rumos a serem seguidos a fim de restaurar a antiga glória.³⁹⁸

³⁹⁵CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 20.

³⁹⁶CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 21.

³⁹⁷ CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. In: **Obras esparsas – volume II: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 11.

³⁹⁸SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 279.

Os novos Estatutos da Universidade de Coimbra farão aquilo que não poderia ser alcançado somente pela Lei da Boa Razão: a criação, pela via das novas gerações de juristas, de uma mentalidade igualmente nova, nos moldes do novo espírito que anima a legislação portuguesa e, sobretudo, adaptada aos novos expedientes de interpretação e integração da lei, de modo a fazê-los predominar na doutrina e na jurisprudência. Para que isto acontecesse, introduziram no currículo universitário as idéias do direito natural e do *usus modernus pandectarum*.³⁹⁹

Já no Compêndio Histórico elaborado pela Junta de Providência Literária recomendava-se o estudo da história do direito e da história geral, a fim de gerar uma melhor compreensão do espírito da lei. Insistia-se, também, no estudo do latim, do grego, da retórica, da lógica e da autêntica metafísica. Arrematam com a necessidade do estudo do direito natural, porquanto supostamente se constituiria no fundamento de todo o direito positivo; que por sua vez não passa da transposição dos universais e atemporais princípios de direito natural a certa região e em determinada época. O Compêndio, portanto, volta-se contra o predomínio dos estudos de direito romano naquela Universidade, deixando o direito local em segundo plano.⁴⁰⁰

Assim, graças a influência do pensamento de Verney e das diretrizes fixadas pelo Compêndio Histórico, inseriu-se nos novos Estatutos da Universidade de Coimbra os temas correntes no pensamento setecentista: “exaltação do direito natural e das gentes, visão do direito romano através do ‘*usus modernus pandectarum*’, atenção concedida ao direito pátrio, apologia do método histórico e da síntese na investigação e exposição”.⁴⁰¹

³⁹⁹ CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. In: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981, p. 11.

⁴⁰⁰SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 280.

⁴⁰¹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 282.

Os Estatutos aprovados em 1772, portanto, reforçaram a necessidade de se aferir a boa razão dos textos romanos à luz do “uso moderno”. Ademais, instituiu novas disciplinas jurídicas, tais como o Direito Natural, a História do Direito Pátrio e as Instituições de Direito Pátrio. Introduziu-se, ainda, um novo método de ensino (o método sintético-demonstrativo-compendiário), que seria mais adequado ao entendimento do novo espírito, de modo a permitir a instauração de uma mentalidade jurídica diversa da que era cultivada anteriormente.⁴⁰²

Tal método sintético-demonstrativo-compendiário, a ser observado pelos Professores na exposição da matéria, consistia na organização de “compêndios ‘breves, claros e bem ordenados com o succo e a substância das doutrinas’”. Tais compêndios se destinariam a fornecer as definições e divisões das disciplinas, em harmonia com as regras da boa dialética: partia-se dos princípios e regras mais simples e fáceis de serem compreendidas, e depois passava-se para as conclusões mais específicas, hauridas a partir de um número maior de idéias e por isto mesmo mais complexas e sublimes, a exigir mais da inteligência dos estudantes.⁴⁰³

Não se tratava somente de mera recomendação de obras a serem consultadas pelos professores e estudantes, mas de verdadeira censura às obras que discrepavam da ideologia oficial. Tratava-se de uma tentativa, portanto, de controle das consciências dos juristas em formação. Tal imposição dos compêndios permaneceu entre nós durante o período imperial, enquanto legado pombalino, e representava um grande entrave ao ensino, gerando um desestímulo à inovação, e incentivando a acomodação, a repetição acrítica dos conteúdos veiculados em tais compêndios.⁴⁰⁴

Nos Estatutos da Universidade de Coimbra, após a reforma pombalina, prescrevia-se a seguinte regra (livro II, título III, cap. I, § 13):

⁴⁰² JUSTO, A. dos Santos. O código de Napoleão e o direito ibero-americano. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, volume 71 (1995). Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 37.

⁴⁰³ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 282.

⁴⁰⁴ VEIGA, Gláucio. Currículo e compêndios - 1. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume II. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1981, p. 66.

será pois a Escola da Jurisprudência que somente se abraça e inviolável e uniformemente se siga por todos os professores, assim nas dissertações e escritos, como nas lições públicas nas escolas, precisamente a Escola Cujaciana, a qual, tendo sido fundada no princípio do século XVI por André Alciato, que dele tomou a denominação com que hoje é conhecida.

Assim, ressalta Gláucio Veiga que: “Inviolável e uniformemente, nos cursos jurídicos, abraçaram-se compêndios e idéias, numa espetacular rotina, se bem que, como assinalamos, explicável como legítima defesa do regime”.⁴⁰⁵

Por fim, ressalte-se o recurso à razão que se fez nos Estatutos conimbricenses de 1772 servirá justamente para preservar um direito romano que era muitas vezes visto como atentatório à razão. De acordo com Nuno J.

Espinosa Gomes da Silva, justificava-se isto da seguinte forma:

se há, ainda, um *usus modernus* de certas leis romanas é porque, presumivelmente, elas são conformes à razão. Se assim não fosse, não teriam tais normas conservado a sua vigência. Acaba, pois, o *usus modernus* por ser como que uma objectivação histórica do próprio direito natural. Nesse sentido, os Estatutos da Universidade (L. II, tit. V, C. 3 § 7), mencionando o uso moderno das Leis Romanas nas nações civilizadas, dirão que elas devem ser aplicadas ‘pois não he verosimil, que se entre ellas houvesse repugnância, pela qual se devão haver por abolidas, continuassem ainda hoje a observá-las tantas e tão sábias nações’.⁴⁰⁶

O impacto dos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, será enorme entre nós. Diz-se isto porque as nossas primeiras Faculdades de Direito tomarão por modelo justamente esta Universidade de Coimbra moldada pelo Marquês de Pombal e seu despotismo esclarecido.⁴⁰⁷ Como já tivemos oportunidade de afirmar, o rompimento com Portugal não teve o condão de interromper as velhas tradições metropolitanas, de modo que o chamado período olindense da Faculdade de Direito instalada na então Província de Pernambuco (1827-1854) será compreendido como um tempo de predomínio

⁴⁰⁵VEIGA, Gláucio. Currículo e compêndios - 1. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume II. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1981, p. 67.

⁴⁰⁶SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 273.

⁴⁰⁷WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 103.

do pensamento estrangeiro (especialmente o francês) e das tradições universitárias coimbrãs. Isto teria auxiliado na “penetração e perenização das idéias lusitanas no espaço acadêmico. Coimbra era tomada como modelo pela Olinda acadêmica. Odilon Nestor, por sua vez, acrescenta: ‘Em Olinda, era de algum modo, Coimbra que se reeditava’”.⁴⁰⁸

⁴⁰⁸COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Sobre os 150 anos da Faculdade de Direito do Recife. **Estudantes – Caderno Acadêmico**: órgão de divulgação científico-literário dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife, a. 06, n. 10 (abr./dez. 2004). Recife: Bagaço/Diretório Demócrito de Souza Filho/Núcleo de Estudos Acadêmicos, p. 20.

6 TEIXEIRA DE FREITAS: O GUARDIÃO DA TRADIÇÃO

Quando deus formou o mundo,
Para castigo dos infiéis,
Deu ao Egito os gafanhotos, Ao Brasil deu bacharéis.⁴⁰⁹

6.1 Entre tradições e traições

O direito civil foi e permanece sendo “um pórtico da tradição jurídica ocidental”. É nele que se podem identificar as construções teóricas mais antigas e a manifestação mais sofisticada da cultura jurídica. Exatamente “por isso, e apesar disso, seguindo os passos das transformações sociais, o Direito Civil por diversas vezes retratou traições às tradições”.⁴¹⁰

Ora, a recepção da Escola Histórica alemã e do pensamento de Savigny entre nós, seja a partir de Teixeira de Freitas ou de Tobias Barreto, representa uma traição às concepções jusnaturalistas e neotomistas de então. Este será um paralelo interessante entre Teixeira de Freitas e Seabra, o projetista do Código Civil oitocentista português. Pois, enquanto Teixeira de Freitas se alinha às teses da Pandectística alemã, inclusive no que toca ao rigor lógico e a precisões conceituais; Seabra é um jusnaturalista, de modo que o seu projeto de código civil português insere-se nesta tradição antropocêntrica.⁴¹¹

⁴⁰⁹Quadrinha atribuída a Tobias Barreto, conforme se verifica em: VEIGA, Gláucio. Tempo estamento: a circunstância social nos últimos decênios do século XIX. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume VII. Recife: Artegrafi, 1993, p. 32.

⁴¹⁰LEONARDO, Rodrigo Xavier. A parte geral do direito civil brasileiro: reflexões críticas sobre a sua atualidade e a sua prestabilidade no primeiro decênio do Código Civil. *In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 23.

⁴¹¹JUSTO, A. dos Santos. O código de Napoleão e o direito ibero-americano. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, volume 71 (1995). Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 42.

O Código Civil alemão (*BGB*) enquanto produto da Pandectística alemã exerceu um impacto significativo sobre a legislação de diversos países. O Código Civil brasileiro de 1916 evidencia estreitas ligações com o Código Civil alemão de 1896 (*BGB*) no que respeita ao seu sistema e a uma série de regras e instituições incorporadas ao seu texto.⁴¹² Ora, foi justamente a influência da Escola Histórica alemã que fez do Código Civil brasileiro de 1916 “a mais independente das codificações latinoamericanas”:

De los 1.807 artículos que lo integran, una mitad, más o menos, deriva de los códigos europeos, principalmente del francés y del portugués, habiendo 62 artículos que tienen su origen en el Código civil alemán. La otra mitad se funda em ideas de los juristas brasileños y recoge el derecho consuetudinario.⁴¹³

A traição praticada por Teixeira de Freitas em relação ao jusnaturalismo, contudo, é muito mais uma traição à traição, do que uma traição propriamente dita. Pode-se afirmar que a atitude geral de Teixeira de Freitas foi de infidelidade ao jusnaturalismo, que – como vimos no capítulo anterior – pugnava por uma redução do direito romano na vida jurídica nacional, com reflexos na Lei da Boa Razão (de 1769) e nos Estatutos da Universidade de Coimbra (de 1772). Destarte, conduziu-se Teixeira de Freitas em prol da conservação da rica tradição romanística luso-brasileira. Por isso, o consideramos guardião da tradição.

Parece ser um traço comum na doutrina romanística latino-americana a sua forte e permanente ligação com o direito civil codificado. Neste diapasão, pode-se afirmar que foram exemplos de um romanismo consciente: Andrés Bello, Teixeira de Freitas e Vélez Sarsfield.⁴¹⁴

Este romanismo permitiu a estes juristas latino-americanos, levando-se em consideração o contexto em que eles se encontravam inseridos, certo distanciamento crítico em relação às codificações européias. Foi esta influência

⁴¹²ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil** (Parte General). Volumen Primero. Barcelona: Bosch, 1947, p. 37.

⁴¹³ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil** (Parte General). Volumen Primero. Barcelona: Bosch, 1947, p. 108.

⁴¹⁴CATALANO, Pierangelo. Direito romano na América latina: difusão e atualidade. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 15.

dos estudos do direito romano que permitiram a antecipação de Teixeira de Freitas quanto à necessidade de uma parte geral e da unificação das obrigações, antes que a Alemanha e a Suíça o fizessem. Ele associou a idéia de Código Geral com os títulos 16 e 17 dos *Digesta* de Justiniano.⁴¹⁵

Ademais, nos moldes preconizados pela Escola Histórica alemã e sob a influência de Savigny, cuidou de emprestar uma feição sistemática à Consolidação das Leis Civis, dotando-a de uma parte geral e de uma parte especial, o que depois foi reproduzido no seu Esboço ao Código Civil. Esta influência da Escola Histórica alemã e do pensamento de Savigny projetar-se-á posteriormente também no próprio Código Civil alemão. Como o Esboço de Teixeira de Freitas precedeu cronologicamente ao Código Civil alemão, insinuou-se entre nós a afirmação de que Teixeira de Freitas teria influenciado diretamente a redação do Código Civil alemão. Trata-se, contudo, de um evidente exagero, conforme observa Rodrigo Xavier Leonardo.⁴¹⁶

Um dos principais divulgadores deste exagero foi o romanista Sílvio Meira, autor de uma premiada obra sobre a vida e obra de Teixeira de Freitas: “Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império”. Reconhecendo que o direito romano foi a matéria burilada em comum pelos codificadores do direito civil alemão, alega que os historiadores do direito alemão não atribuem a ele o mérito da divisão do Código Civil em Parte Geral e Especial, bem como a proposta de unificação do direito privado, por desconhcerem a obra do citado jurista brasileiro. A Teixeira de Freitas, contudo, caberia os louros por haver expandido as idéias dos jurisconsultos clássicos, preparando o caminho de tudo o que se seguiu depois nas Américas, na Europa e na Ásia.⁴¹⁷

⁴¹⁵CATALANO, Pierangelo. Direito romano na América latina: difusão e atualidade. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 16.

⁴¹⁶LEONARDO, Rodrigo Xavier. A parte geral do direito civil brasileiro: reflexões críticas sobre a sua atualidade e a sua prestabilidade no primeiro decênio do Código Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

⁴¹⁷MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império**. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983, p. 457.

Acrescenta Sílvio Meira que diversos Códigos e Leis foram produzidos em outras nações a partir das idéias de Teixeira de Freitas, mas “sem que os legisladores se dessem conta de que o autor era o jurisconsulto brasileiro”.⁴¹⁸ Some-se, ainda, a publicação de um artigo produzido pelo Visconde de Ourém na França, acerca da obra de Teixeira de Freitas, que “seria suficiente para justificar o seu conhecimento pela comissão elaboradora do projeto do Código Civil alemão de 1896”. Sem falar na questão cultural, pois talvez não tenham atinado para o jurista de nome exótico, e proveniente de terras distantes.⁴¹⁹

O elogio desmesurado de Sílvio Meira à genialidade do jurista brasileiro, que teria se antecipado aos demais juristas do mundo inteiro naquele tempo, talvez seja uma evidência do reverencialismo por nós criticado enquanto desvio metodológico a ser evitado atualmente. Contudo, deve-se entender que, no contexto em que a obra de Sílvio Meira foi produzida, o elogio tinha a função de afirmar a valia de um pensamento jurídico periférico, na esteira da emergência das então chamadas nações do terceiro mundo. Não nos cabe, portanto, lançar mão das lentes de hoje para criticar os que nos antecederam; mas sim alertar a fim de evitar a repetição desta estratégia em um contexto que não mais justifica o uso deste tipo de expediente argumentativo.

6.2 Um Jurista de transição

A especificidade dos arranjos conceituais do direito privado brasileiro ao longo do século XIX evidencia bastante do caráter de nossa compleição jurídica, o que levará a desdobramentos relevantes quanto aos debates institucionais. O Brasil ingressa na modernidade jurídica do século XIX pela “metade”, no entender de Ricardo Marcelo Fonseca. Pois, tenta harmonizar a aplicação da Constituição e de um conjunto de leis pretensamente modernas

⁴¹⁸MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o jurisconsulto do império. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983, p. 458.

⁴¹⁹MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o jurisconsulto do império. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983, p. 458

com doutrinas e jargões jurídicos mais apropriados a um período pré-liberal, como os das Ordenações Filipinas.⁴²⁰

É neste contexto que surge a figura de Teixeira de Freitas, a quem já é possível atribuir uma mentalidade legalista em matéria de teoria das fontes, porquanto estivesse em sintonia com a forma de apreciar o direito instaurada na era liberal/burguesa.⁴²¹ Por outro lado, o seu apego à lei não fazia dele um representante da Escola da Exegese, ou um tipo de jurista que rasteja diante da lei. Isto porque, influenciado pela Escola Histórica Alemã, atribuía ao jurista o papel de protagonista e conformador do direito.⁴²² O que faz dele, no entender de Ricardo Marcelo Fonseca, um personagem de transição.⁴²³

O conservadorismo de Teixeira de Freitas, enquanto atitude em prol da preservação da tradição romanista luso-brasileira, deve ser compreendido em um contexto no qual as opiniões dos estudiosos do direito em voga no Brasil de meados do século XIX eram neste sentido. Tal atitude conservadora, contudo, não foi um obstáculo intransponível para que ele também contribuísse com a inovação e difusão de idéias originais.⁴²⁴

Teixeira de Freitas insere-se naquilo que Gláucio Veiga denominou de “tempo estamento”. Trata-se de uma visão de mundo que acredita ser possível conter o tempo, represá-lo, retirar dele a sua dinamicidade, enfim, “coagular o tempo”. Assim, a ordem estamental tende em conduzir rumo ao arcaico, aos

⁴²⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 343-344.

⁴²¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 346.

⁴²² COSTA FILHO, Venceslau Tavares. The juridical Rethoric in the slavery of the imperial Brazil (1822-1889). In: **25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Abstract Book (15-20 August 2011)**. Frankfurt am Main: Goethe Universität/Internationale Vereinigung für Rechts-und-Sozialphilosophie, p. 349-350.

⁴²³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 346-353.

⁴²⁴ JUSTO, A. dos Santos. O código de Napoleão e o direito ibero-americano. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, volume 71 (1995). Coimbra: Universidade de Coimbra, p. 53.

relatos exemplares. Tais arquétipos, por outro lado, passam a ser tomados como Ordem ideal, reproduzida e repisada. Busca-se um tempo “natural” e um movimento também “natural”, ou seja, sem saltos (*natura non facit saltus*). Neste contexto, dois personagens merecem destaque: “o padre e o bacharel.

Após o conflito paraguaio, militares compartilharão também o palco”.⁴²⁵

Para Gláucio Veiga, o bacharel em direito será uma espécie de “padre às avessas”, pois se presta à preservação de princípios abstratos, além de aparentemente acreditar em dogmas de fé. Mas, simultaneamente, ri cinicamente e descrê dos dogmas revelados, apenas tomando parte daquela farsa por conveniência, por desejar governar a sociedade moderna ao lado do soberano.⁴²⁶

Teixeira de Freitas não foge a este perfil de bacharel descrito por Gláucio Veiga. Trata-se de um perfeito exemplar de “padre às avessas”. A sua ambigüidade na argumentação quanto à legitimação jurídica da escravidão no Brasil oitocentista gera discussões até hoje sobre o seu posicionamento em relação a esta questão. Ricardo Marcelo Fonseca, em sua análise do perfil de Teixeira de Freitas, considera que a questão de se afirmar que ele era contrário ou favorável à escravidão é irrelevante e, mais do que isto, irrespondível. Até mesmo porque “seu foco não era e nunca foi (como alguns parecem buscar que seja) posicionar-se sobre a questão da escravidão; o seu foco era outro, científico e doutrinário”.⁴²⁷

Contudo, Teixeira de Freitas remete à problemática da escravidão na Introdução à Consolidação das Leis Civis e, também, nos seus comentários ao Esboço de Código Civil. Naquele texto, ele consigna o seguinte:

Cumpra advertir que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de – escravos - . Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado

⁴²⁵ VEIGA, Gláucio. Tempo estamento: a circunstância social nos últimos decênios do século XIX. In: **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – volume VII. Recife: Artegrafi, 1993, p. 09.

⁴²⁶ VEIGA, Gláucio. Tempo estamento: a circunstância social nos últimos decênios do século XIX. In: **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – volume VII. Recife: Artegrafi, 1993, p. 09.

⁴²⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 345.

a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade; fique o – estado de liberdade – sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas à parte, e formarão o nosso – *Código Negro* - .⁴²⁸

Observe-se, pois, que ele considera a Escravidão uma instituição jurídica que deve ser objeto de regulação por lei especial, e não pelo Código Civil. Apesar de tachar as regras que tratam da escravidão como “disposições vergonhosas”, note-se que ele não a considera incompatível com o nosso ordenamento jurídico. Tanto é assim que propõe a feitura de um Código Negro. De acordo com José Izidoro Martins Junior, este é um jargão comum “na tecnologia jurídico-escravista de quase todas as antigas colônias europeas”; e esta era a denominação utilizada para o conjunto das disposições acerca da escravidão, promulgadas para as Colônias francesas.⁴²⁹

Teixeira de Freitas considera, então, que a escravidão tende ser suprimida do ordenamento “em época mais ou menos remota”; mas, ainda assim, não se posiciona pela supressão do instituto.

Esta omissão de Teixeira de Freitas frente à escravidão, contudo, deve ser compreendida à luz da influência do historicismo político e jurídico no Brasil daquele tempo. Estava em voga a idéia de que não cabia ao legislador “atropelar” as tradições jurídicas nacionais, ou seja, que certas instituições jurídicas nacionais só deveriam ser eliminadas quando se verificasse o completo exaurimento de suas funções econômicas e sociais.⁴³⁰ Ou seja, ao afirmar que a escravidão seria extinta com o passar do tempo, ele na verdade afirmava que o legislador não deveria se antecipar ao processo histórico.

⁴²⁸FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XI.

⁴²⁹MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 216-217.

⁴³⁰COSTA FILHO, Venceslau Tavares. The juridical Rethoric in the slavery of the imperial Brazil (1822-1889). In: **25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Abstract Book (15-20 August 2011)**. Frankfurt am Main: Goethe Universität/Internationale Vereinigung für Rechts-und-Sozialphilosophie, p. 349-350.

Já em suas considerações acerca dos dispositivos do seu Esboço, assevera:

Ainda ultimamente o Projeto do Código Civil de Portugal trouxe estampado, em seu 1.º artigo, que só o homem era pessoa! Evidentemente não há distinção a fazer como em Toullier, ou no Direito Romano; porque todo o homem é pessoa, ainda mesmo em um país de escravos; mas como fugir à divisão do nosso texto, seja qual fôr a denominação que se adote? A realidade da vida aí está, basta observá-la.⁴³¹

Mais adiante, deixa registrada a sua posição no que toca à natureza jurídica do escravo:

Sabe-se que neste Projeto prescindindo da escravidão dos negros, reservada para um projeto especial de lei; mas não se creia que terei de considerar os escravos como coisas. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas. Assim já se julgou em França quanto aos escravos das colônias, como se refere Demolombe, tomo 1.º, pág. 139. O mesmo Savigny reconhece, vol. 8.º, pág. 164, que a capacidade de direitos das leis Romanas não é mais aplicável às legislações modernas. Por certo que não o é para este Projeto, porquanto restrições da liberdade, e diferenças de nacionalidade, não determinam incapacidade civil; e a dependência natural de algumas relações de família (poder paternal e marital) só determina incapacidades de fato.⁴³²

Mais uma vez, Teixeira de Freitas ressalta que deixou de tratar da escravidão dos negros. Não bastasse afirmar isto na Introdução à Consolidação das Leis Civis, reitera isto em seu Esboço de Código Civil. Mas, já no Esboço surge o seguinte problema: se todo homem, “mesmo em um país de escravos”, é pessoa; como pode haver divisão no que toca à regulação? Ou seja, porque a situação jurídica dessas “pessoas” foge ao escopo específico do Código Civil? Ele suscita, então, o exemplo da França; que tinha um Código Negro para os escravos das colônias, mas também os reconhecia enquanto pessoas. Mais do que isto, chega a afirmar que meras “restrições à liberdade” não retiram a capacidade civil; que os escravos eram simplesmente pessoas que sofrem restrições a direitos. E, para fechar com chave de ouro, invoca o “sábio” Savigny!

⁴³¹FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 19.

⁴³²FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 24.

Na prática, a partir desta visão de Teixeira de Freitas, considerar os escravos enquanto “pessoas” em nada alterava a situação jurídica deles, pois aquelas “restrições a direitos” (açoite, trabalhos forçados, perseguição religiosa, conversão forçada à religião cristã, etc) seriam juridicamente admissíveis, compatíveis com a condição de pessoa que ele atribuía aos escravos.

Ademais, considerar como irrelevante a posição de Teixeira de Freitas quanto à escravidão é zombar da inteligência de gerações de pesquisadores sérios que pesquisaram e permanecem pesquisando a vida e a obra de Teixeira de Freitas, e entenderam que este tema é relevante. Até mesmo porque a manutenção da escravidão entre nós foi um grande fator de limitação aos direitos civis.⁴³³

Ademais, afirmar – a partir de uma certa perspectiva sistemática como a Teixeira de Freitas – que um dado sistema é juridicamente indiferente a determinado fato, representa uma tomada de posição deveras relevante. Some-se a isto o fato de que Teixeira de Freitas faz questão de afirmar – seja na Introdução à Consolidação ou no texto do Esboço – que deixará de tratar da escravidão. Ora, a escravidão para Teixeira de Freitas termina por se enquadrar no conjunto dos fatos juridicamente indiferentes, que seriam aqueles que “assim o são porque foram juridicamente definidos, por exclusão, como indiferentes”.⁴³⁴

Não se pode ignorar, também, que um discurso como o formulado por Teixeira de Freitas apresenta-se enquanto um “conjunto cuidadosamente elaborado de enunciados de diversas ordens (política, econômica, jurídica, etc.), que permite a construção da realidade”.⁴³⁵ Ora, enquanto tentativa de ordenação da realidade, o discurso jurídico é permeado de interdições, ou seja,

⁴³³CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 28.

⁴³⁴FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 107.

⁴³⁵CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Ensino jurídico e titularidades: o lugar do professor. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do rio de janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 353.

de regras que estabelecem o que pode e o que não pode ser dito.⁴³⁶ A interdição é uma espécie de silêncio eloqüente, ou seja, deseja-se passar uma mensagem clara com esta exclusão do discurso.

José Antônio Peres Gediél apresenta uma hipótese interessante no intuito de explicar esta suposta falta de opinião de Teixeira de Freitas acerca da escravidão. Por haver participado de uma revolta republicana na Bahia (a Sabinada) no mesmo ano em que obteve o grau de Bacharel (1837), Teixeira de Freitas chegou a ser acusado formalmente, mas foi absolvido *a posteriori*. Neste mesmo ano, muda-se para a Capital do Império, onde ajudou a fundar o Instituto dos Advogados Brasileiros no ano de 1843.⁴³⁷

Em 1857, foi alçado à condição de presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, mas não chegou a permanecer no cargo durante muito tempo, por haver se envolvido em uma polêmica acerca da escravidão. Tratase de uma consulta dirigida a Caetano Alberto Soares, que submeteu a questão ao exame dos demais membros do Instituto, naquele ano de 1857. A questão sob exame era a seguinte: se eram livres ou ainda escravos “os filhos de uma escrava que em testamento foi libertada, mas com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário enquanto viver”?⁴³⁸

Para Caetano Alberto, os filhos desta escrava deveriam ser considerados livres, pelo que emitiu parecer neste sentido. Entretanto, Teixeira de Freitas manifestou-se avesso a esta posição, asseverando que os filhos dela deveriam ser considerados enquanto escravos. Apegado como era aos antigos preceitos romanos, Teixeira de Freitas – apesar de ser aparentemente anti-escravagista – chegou a afirmar que não poderia subverter o direito

⁴³⁶ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Ensino jurídico e titularidades: o lugar do professor. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do rio de janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 354.

⁴³⁷ GEDIÉL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 357-358.

⁴³⁸ GEDIÉL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 357-358.

romano a fim de atender àquela pretensão.⁴³⁹ Mais uma vez, Teixeira de Freitas demonstra ser fiel à tradição.

Então, José Antônio Peres Gediel insinua a seguinte hipótese explicativa da posição de Teixeira de Freitas acerca da escravidão:

Ao que parece, Teixeira de Freitas, após sua participação no movimento republicano baiano, 'Sabinada', tentou se afirmar como advogado e como jurista, participando da vida cultural e jurídica do Império. Seu republicanismo de vertente liberal não encontrou espaço, após a consolidação do poder imperial".⁴⁴⁰

O que a afirmação de José Antônio Peres Gediel parece insinuar é que Teixeira de Freitas sabia que a pecha de radical, ou de inimigo do *status quo* poderia colocar em risco a sua posição social. Tanto é assim que, já no ano seguinte, entrega a Consolidação das Leis Civis ao Governo Imperial. No passado, já havia sido associado ao movimento republicano, por ocasião da Sabinada. O momento agora já era outro; era o de demonstrar ser um fiel súdito de sua Majestade o Imperador do Brasil.

José Antônio Peres Gediel tenta explicar esta atitude de Teixeira de Freitas frente à escravidão a partir da herança do dogmatismo coimbrão de sua formação na Faculdade de Direito de Olinda, bem como às influências positivistas da Pandectística alemã. Assim, ao mesmo tempo em que busca a autoridade dos antigos textos romanos a fim de legitimar a sua tomada de posição, Teixeira de Freitas também se arvora "na neutralidade do direito e busca na autoridade dos textos romanos uma única resposta certa sobre um problema".⁴⁴¹ Em suma, Teixeira de Freitas foi um homem de seu tempo, e não o "visionário" que muitos tentam apresentar.

⁴³⁹ GEDIEL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 358.

⁴⁴⁰ GEDIEL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 359.

⁴⁴¹ GEDIEL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva**: do antigo regime à modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 359-360.

Assim, não se pode olvidar o contexto em que Teixeira de Freitas inicia os seus estudos do direito (ainda na Faculdade de Direito de Olinda) e desenvolve a sua vida profissional. As idéias que animaram o processo de independência, além do cenário político-ideológico do Brasil imperial, não expressam um significado efetivamente revolucionário ou de rompimento com as estruturas sociais e as tradições coloniais. Assim, as pretensões de reforma institucional e legislativa normalmente assumem um caráter conservador. Diversamente do que se deu na Europa já atingida em cheio pelas teses Iluministas, as fontes do direito brasileiro não refletiam esta proposta iluminista.⁴⁴²

As leis nacionais não foram alçadas à condição de única fonte do direito; de modo que concorriam com as disposições de direito romano, direito canônico, com a legislação portuguesa ainda preservada, sem falar do direito das nações estrangeiras a ser aplicado supletivamente (conforme prescrevia a Lei da Boa Razão). Enfim, não se verificou efetivamente uma ruptura social e jurídica com os esquemas legados pelo Antigo Regime lusitano, de modo que entre nós preservou-se a pluralidade e a complexidade em matéria de fontes do direito, tais como as regras de direito romano, as Ordenações Filipinas, os costumes e a doutrina do *ius commune* (especialmente, as Glosas de Acúrsio e os Comentários de Bártolo).⁴⁴³

Esta preservação das fontes legadas pelos portugueses é apontada, inclusive, enquanto possível “causa” da demora no que respeita à feitura do Código Civil brasileiro. Outros argumentos, contudo, somam-se a este na tentativa de explicar o suposto atraso observado no processo de codificação civil no Brasil: I) a falta “de uma tradição culta e doutrinária logo após a independência do Brasil”; e II) a circunstância da Escola Histórica alemã ser

⁴⁴² NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 144.

⁴⁴³ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 144.

considerada a principal influência sobre os juristas brasileiros da segunda metade do século XIX, a qual manifestava mais reservas em relação à codificação, em contraposição às influências francesas, que teriam alcançado menor repercussão em relação a esta questão.⁴⁴⁴

Teixeira da Freitas, contudo, não se limita a desempenhar o papel de personagem de transição, como outros já haviam sido antes dele (a exemplo de José Bonifácio de Andrada e Silva). Ele não se circunscreveu aos caminhos traçados para ele, de mero continuador da tradição, de consolidador das velhas disposições contidas nas Ordenações Filipinas. Ele terminou por avançar, ainda que inconscientemente, por outras sendas; inovando em relação ao que estava posto até então.

Exemplo disto, assinala Ricardo Marcelo Fonseca, seria o art. 884 da Consolidação das Leis Civis, com a seguinte redação: “*Consiste o domínio na livre faculdade de usar e dispor das cousas, e de as demandar por Ações reaes*”. Teixeira de Freitas aponta – enquanto consolidador – algumas disposições contidas nos livros 3º e 4º das Ordenações. Contudo, não seria possível perceber uma relação direta entre os dispositivos citados e a regra consolidada.⁴⁴⁵

Contudo, o título XXXI do Livro da 3º das Ordenações, mencionado no rol das fontes para o art. 884 da Consolidação das Leis Civis, alude a litígio que tem por objeto um bem móvel e no qual o demandado não possui bens de raiz. Já o título X do Livro 4º das Ordenações, que também é relacionado como fonte por Teixeira de Freitas, diz respeito às hipóteses de vendas e alienações de coisas que sejam objeto de discussão em juízo. O título 11 do Livro 4º das Ordenações versa sobre a proibição quanto a submeter uma pessoa ao

⁴⁴⁴ NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. In: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 144.

⁴⁴⁵ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 351-352.

constrangimento de vender bens a outrem; e o título XXXVI do Livro 4º das Ordenações trata da situação daqueles que faleceram sem nomear alguém para a propriedade de foro.⁴⁴⁶

Ricardo Marcelo Fonseca então pondera que:

Como se pode ver, as hipóteses e disposições presentes nas Ordenações Filipinas que são invocadas por Teixeira de Freitas como 'fontes' do artigo consolidado (de número 884), apesar de pertencerem às relações dos homens com as coisas (as relações reais), estão longe, porém, daquilo que Paolo Grossi chamou de paradigma 'napoleônico pandectista' da propriedade, que constituiu, em termos de direitos reais, uma ruptura formidável (moderna) com relação ao período anterior (pré-moderna). As disposições das Ordenações Filipinas citadas enquadram-se perfeitamente numa época pré-liberal, período reicêntrico e não individualista. Todavia, no texto da 'Consolidação', Teixeira de Freitas faz com que aquelas disposições sejam carregadas de completo individualismo proprietário, típicos do período posterior (...). Teixeira de Freitas não dirá (...) que a propriedade é o direito de gozar da coisa 'da maneira mais absoluta' e nem dirá (...) que a propriedade é um direito 'sagrado', mas vai dispor que o domínio é a *livre faculdade* de usar e dispor das coisas. Quando ele fala em liberdade e em faculdade, desloca-se o foco presente originalmente nas ordenações para um viés claramente centrado na figura do sujeito proprietário. Aproxima-se das definições que a maioria dos códigos oitocentistas vai seguir com relação à propriedade no sentido de defini-la pelos *poderes* (no caso, de usar e dispor) que o sujeito têm com relação à coisa. Em suma, transfigurase o texto das Ordenações (editado em 1603 e que é expressão típica do 'ius commune', isto é, de uma apreciação originariamente medieval da experiência jurídica) em dispositivo individualista, moderno, à feição dos códigos oitocentistas. A operação de 'Consolidação', como se vê aqui, foi muito além da 'reunião dos textos' vigentes. Ocorreu sem dúvida alguma um caráter criador e conformador (...) de um certo direito, um direito ainda não legal, não promulgado, mas que a partir dali vai gozar de prestígio e até mesmo de vigência: (...).⁴⁴⁷

Para Ricardo Marcelo Fonseca, é exatamente por isto que Teixeira de Freitas merece ser chamado de "traidor". Pois, em vez de se ater à tarefa de simplesmente tornar inteligível a legislação pretérita (que era chamada de confusa e labiríntica), ele na verdade subverteu ou superou tal ordem, ao projetar nela o que não havia lá. Ou seja, em vez de simplesmente atuar

⁴⁴⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurista "traidor" na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 351-352.

⁴⁴⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurista "traidor" na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 352-353.

enquanto consolidador, ou tradutor do velho direito; ele foi um verdadeiro produtor ou inventor de certos aspectos do direito civil brasileiro.⁴⁴⁸

Todavia, a nossa compreensão acerca do papel desempenhado por Teixeira de Freitas no processo de codificação civil no Brasil nos leva a considerá-lo como uma espécie de guardião da tradição, e não enquanto traidor dela. Sob a casaca das novas teorias vindas da Europa, Teixeira de Freitas ocultava a rica tradição jurídica luso-brasileira. Ora, foi justamente neste sentido que Teixeira de Freitas procedeu, fazendo uso da nova roupagem conferida pela Escola Histórica alemã (como já discutimos no capítulo III da presente tese) pôde conservar as antigas regras legadas pelos portugueses.

6.3 O sistema de direito civil de Teixeira de Freitas

Teixeira de Freitas formula uma concepção sistemática do direito civil a partir de um referencial comum aos adeptos da Escola Histórica alemã: Leibniz. Ele tece amplos elogios a tal concepção de sistema ao longo da Introdução a

Consolidação das Leis Civis.⁴⁴⁹ De acordo com Teixeira de Freitas, coube ao “célebre” Leibniz “com o poder de seu gênio” censurar as Institutas e proclamar o princípio supremo que deve dirigir as relações de direito civil.⁴⁵⁰

São bem conhecidas as influências germânicas sobre o pensamento de Teixeira de Freitas e sua concepção de sistema, especialmente a de Savigny, o que já foi objeto de diversos estudos e análises sobre esta recepção. O que é menos ressaltado, contudo, é justamente a presença do pensamento de Leibniz na idéia de sistema formulada por Teixeira de Freitas, seja na

⁴⁴⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 353-354.

⁴⁴⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXIII-XXVI.

⁴⁵⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXIII.

Consolidação das Leis Civis ou no *Esboço*. Contudo, muitas investigações sobre o pensamento sistemático em Teixeira de Freitas não enfrentam este aspecto, limitando-se a analisar a concepção de sistema que ele desenvolveu a partir da divisão dos direitos em direitos reais e direitos pessoais; ou seja, tais estudos se restringem ao chamado aspecto estrutural do sistema, que diz respeito às relações entre os elementos de um sistema.⁴⁵¹

No que diz respeito a tal aspecto estrutural do sistema, Leibniz propõe a substituição da clássica divisão do direito em pessoas, coisas e ações por outra que leve em consideração as causas que fazem nascer ou que fazem cessar os direitos. Assim, distinguiu nesta seara cinco causas: I) a natureza; II) a convenção; III) a posse; IV) a sucessão; e V) o delito.⁴⁵² Para Teixeira de Freitas, a lição legada por Leibniz seria inestimável: “Ao brilhante esforço de Leibniz, que encerra uma verdade eterna, embora mal aplicada, não são comparáveis outras tentativas que se fizerão até meiado do século ultimo”.⁴⁵³

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) abordará o direito natural a partir de sua metafísica. Para ele, a ética e as relações sociais como um todo lastreiam-se no direito natural, que consiste em um conjunto de idéias eternas, para onde o universo e suas partes (as mônadas) se dirigem. Assim, o direito natural e as leis que regem a natureza estão conectados.⁴⁵⁴

A totalidade do universo é refletida em cada uma de suas mônadas, ainda que elas estejam deveras afastadas e apartadas. Mas, as mônadas permanecem interligadas e todas elas integram o universo em uma harmonia preestabelecida, conforme pontifica Leibniz. Tal equilíbrio seria o desdobramento da razão que permeia todas as coisas e que, efetivamente, é a razão divina. Por isto, Leibniz proclamou que o mundo real é o melhor dos mundos possíveis, declaração que fez dele a vítima do escárnio e da zombaria

⁴⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, v. 23 (1999). Rosario: Universidad Nacional de Rosario, p. 89-90.

⁴⁵² FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXIV-XXV.

⁴⁵³ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXVI.

⁴⁵⁴ FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965, p. 133.

em tempos mais pessimistas, mas que decorre naturalmente de sua linha de raciocínio. A lei natural, portanto, fundamenta-se no imortal ideal de justiça e pode ser extraída dele logicamente.⁴⁵⁵

Não se pode olvidar, também, a existência de uma carta de Leibniz enviada a Kestner, na qual “ele afirma explicitamente sua esperança em que fosse brevemente criado um novo código, conciso, claro e adequado”.⁴⁵⁶ Fica evidente, neste caso, que – para Leibniz – a aplicação das bases de seu jusracionalismo e de sua concepção sistemática exigiam a codificação enquanto forma legislativa apta a incorporar tais diretrizes. Não é a toa, portanto, que as concepções favoráveis à codificação ao final do século XVIII e ao longo do século XIX socorrem-se das teses de Leibniz e seus seguidores.

Tais lições de Leibniz e de outros filósofos contemporâneos dele, buriladas por Kant, conferirão aos civilistas uma noção de sistema que antecede ao Código Civil, em vez de ser um desdobramento dele. Tais noções, segundo Nelson Saldanha, parecem ter exercido mais influência “sobre os privatistas do que sobre os publicistas. Daí talvez o tropismo do direito civil em direção a uma teoria geral, sistemicamente concebida”.⁴⁵⁷

Leibniz publica em 1667 a sua obra “*Nova Methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*”. Ele considerava que o sistema de direito romano do Digesto ou do Codex era intrinsecamente desordenado e confuso. Assim, para Leibniz, a reforma dos estudos não pode de ser feita apenas com o sistema de direito romano, mas sim levando em consideração outros

⁴⁵⁵FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965, p. 133-134.

⁴⁵⁶FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965, p. 138.

⁴⁵⁷SALDANHA, Nelson. Sobre a teoria geral do direito civil. **Revista da Esmape**, v. 2, n. 3 (jan./mar. 1997). Recife: ESMape, p. 412.

elementos que contribuirão para um desenvolvimento mais recente da disciplina do direito romano.⁴⁵⁸

O pensamento de Leibniz deve ser compreendido em um contexto de ascensão do jusracionalismo na Alemanha e em diversos pontos do continente europeu. O jusracionalismo pode ser considerado apenas enquanto breve passagem diante das diversas manifestações identificadas com o jusnaturalismo. Diz-se isto porque o direito natural se apresenta enquanto problema teórico permanente para o jurista, além de remeter a uma longa tradição que parte dos inícios da filosofia grega na antiguidade e permanece até hoje.⁴⁵⁹

Chama-se de jusracionalismo uma dada atitude de renovação do direito natural, que estava passando por uma situação de relativa fragilidade metodológica desde o início da modernidade, em um contexto de crise política e religiosa, e que parte de uma revolução metodológica observada na filosofia e nas ciências naturais.⁴⁶⁰ Assim, reformula (ou, ainda, formula) uma concepção de sistema, laborando a partir de uma metodologia que se socorre do raciocínio dedutivo. Assim, fazendo uso dos axiomas, baseou-se na observação empírica, que passou a ser aplicada para diversos objetos de análise: a natureza externa, a sociedade humana, a alma humana, etc.⁴⁶¹

Destarte, procedeu-se com a redução destas realidades a sentenças que podem ser apresentadas através de números, sendo este o pressuposto básico para a elaboração de leis universalmente válidas, pois só a medida admite o cotejamento dos fenômenos que se repetem invariavelmente. Isto só

⁴⁵⁸ LUIG, Klaus. Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. V (1975). Frankfurt am Main: MaxPlanck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 57-58.

⁴⁵⁹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 280.

⁴⁶⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 281.

⁴⁶¹ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 285.

não seria possível, segundo Leibniz, em relação aos acontecimentos históricos e biológicos.⁴⁶²

Assim, estende-se à sociedade (no que se inclui o Direito e o Estado) a pretensão de conhecimento das leis naturais enquanto traço característico da modernidade, ou seja, também esta seara deve ser alvo da formulação de postulados tão permanentes quanto às fórmulas matemáticas. Destarte, se a organização das leis naturais a partir de certa lógica resulta no sistema do mundo físico, por outro lado, as leis naturais que regem a sociedade constituem um sistema fechado da sociedade, qual seja o direito natural. Este tipo de concepção, contudo, corresponde a um direito natural “repaginado” na modernidade: o jusracionalismo.⁴⁶³

Apesar das ilações feitas acerca da suposta superficialidade da formação filosófica de Teixeira de Freitas, o fato é que ele vai se valer de filosofias jusracionalistas na elaboração de sua peculiar concepção de sistema. É a partir das teses de filósofos-matemáticos germânicos, tais como Leibniz e Wolf, que ele vai defender que as normas jurídicas são concebidas enquanto proposições ordenadas, isentas de lacunas e interligadas entre si, aptas a formar uma espécie de tecido, que é feito das partes harmonicamente unidas. Assim, mais do que simples ordenação classificatórias de elementos (à moda dos jusracionalistas franceses), tratava-se de um sistema elaborado a partir do rigor científico de suas premissas, fazendo uso de formulações cada vez mais gerais, das quais se poderia extrair supostas verdades irretocáveis, nos termos propostos pelos supracitados jusracionalistas alemães.⁴⁶⁴

O método de Leibniz foi utilizado e aperfeiçoado pela Pandectística alemã, e influenciou o Código Civil alemão (*BGB*). Mas, mesmo antes da

⁴⁶²WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 285-286.

⁴⁶³WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 288.

⁴⁶⁴MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, v. 23 (1999). Rosario: Universidad Nacional de Rosario, p. 91.

aprovação do *BGB*, tal metódica impactou significativamente o pensamento de Teixeira de Freitas, que se socorreu de tais teses para a elaboração de sua concepção de sistema de direito civil.⁴⁶⁵

Chama-se de Pandectística, a atitude dos juristas-professores alemães, ao longo dos séculos XVIII e XIX, na elaboração de uma ciência do direito de perfil sistemático a partir das decisões e dos argumentos apresentados pelos juristas romanos do “período clássico” (que se inicia por volta do ano 50 a.C e se estende até aproximadamente o ano 150 d.C), período havido como o auge da sofisticação jurídica daquele povo. Tais soluções romanas, contudo, não estariam reunidas de forma sistemática nos casos compilados por Justiniano, além de serem lacunosas. Coube a tais juristas-professores germânicos, portanto, o desafio de emprestar uma certa sistematicidade a esta manifestação jurisprudencial fragmentária, a fim de revelar os pressupostos de toda e qualquer decisão logicamente correta.⁴⁶⁶

Esta sistematização operada a partir das antigas fontes justinianeas teve um forte impacto na evolução da civilística dos países de tradição romanista ao longo do século XX. Tome-se, por exemplo, o fato de que o Código Civil brasileiro de 1916 (bem como o atual) tem uma destacada “Parte Geral”, “na qual se apresentam as regras estruturais que governam a dinâmica da ‘relação jurídica’, seus sujeitos, objetos e transformações”.⁴⁶⁷ Antes disto, contudo, cuidou Teixeira de Freitas de formular uma Parte Geral para a Consolidação das Leis Civis, bem como para o seu Esboço de Código Civil; influenciado que foi pela Pandectística.

⁴⁶⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, v. 23 (1999). Rosario: Universidad Nacional de Rosario, p. 96.

⁴⁶⁶ CASTRO JUNIOR, Torquato. A jurisprudência dos interesses e a questão da obediência à lei. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 14 (2004). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 303.

⁴⁶⁷ CASTRO JUNIOR, Torquato. A jurisprudência dos interesses e a questão da obediência à lei. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 14 (2004). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 303.

6.4 Do “novo Código” ao Código Civil e Criminal

Não é demais lembrar que a idéia de codificação vai passar por várias transformações na passagem do século XVIII para o século XIX. Inicia-se neste momento paradigmática o fenômeno da chamada desconcentração legislativa. O *Corpus* de Justiniano e as Ordenações Filipinas, por exemplo, concentrarão normas de direito público e direito privado; pelo que se pode destacar a presença de regras de direito civil, direito penal, direito processual civil, direito processual penal, direito administrativo, etc. Nos últimos anos do século XVIII, por outro lado, dá-se os primeiros passos rumo a uma desconcentração que tende a se sofisticar com o passar dos anos. Assim, as normas relativas à estrutura e organização do Estado passaram a integrar um corpo autônomo de normas, superior às demais, qual seja a Constituição. Esta regra devia ser ordinariamente aprovada por uma Assembléia Constituinte, mas poderia ser excepcionalmente outorgada pelo Chefe do Poder Executivo. Tal regra não poderia ser reformada com a mesma facilidade que se verificava em relação às demais. Surgia, então, uma hierarquia básica entre a Constituição e as outras normas, que seguiam um processo comum de aprovação e reforma. Pode-se dizer que esta é a dicotomia fundamental instaurada pelos movimentos favoráveis à Constituição nos últimos anos do Século XVIII.⁴⁶⁸

Contudo, Portugal e sua principal colônia só vieram a possuir uma Constituição na segunda década do século XIX. É por isto que as tentativas de codificação operadas a partir do reinado de Dona Maria I, nos últimos anos do século XVIII, ainda partirão desta visão de mundo que consagrava a concentração legislativa, limitando-se a atualizar as Ordenações. Assim, sob o patrocínio de D. Maria I, foi organizada uma tentativa de feitura de novas Ordenações. Em virtude do Decreto de 31 de março de 1778, criou-se uma

⁴⁶⁸VALLADÃO, Haroldo. **O Código Civil brasileiro e sua reforma**. Estrutura e sistemática. Códigos multiplicados, especiais e autônomos. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica, 1975, p. 04.

Junta de Ministros encarregada de atualizar e ressystematizar o direito português. Inclusive, no que respeitava as matérias que exigiam reforma e inovação, determinava a feitura de um “novo Código”.⁴⁶⁹

José Izidoro Martins Júnior, professor de história do direito nacional da Faculdade de Direito do Recife nos últimos anos do século XIX e no início do século XX, assinala que tal Decreto de 31 de março de 1778 prescreveu que as autoridades encarregadas desta missão:

deviam discutir os respectivos trabalhos em conferencias, de modo a evitar antinomias e redundâncias. E realmente a Junta por sua actividade mostrou desejo tal de realizar a sua missão, que não se fez esperar o Decreto de 17 de Julho, pelo qual foram declaradas suspensas, provisoriamente, algumas leis anteriores, até a conclusão do Código projectado.⁴⁷⁰

As atividades desta Comissão, contudo, não resultaram em conquistas legislativas concretas. Pode-se dizer que um dos entraves a qualquer avanço no que toca aos trabalhos desta Comissão deve-se à oposição que se verificou entre Ribeiro dos Santos (que era entusiasta das novas idéias liberais) e Pascoal José de Mello Freire (que, nas palavras de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, seria um “teórico do despotismo”). Apesar disto, é de se ressaltar a contribuição de Pascoal José de Mello Freire para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas portuguesas, com a entrega – a partir de 1783 – do livro segundo do Projeto acerca do direito público.⁴⁷¹

É justamente na apreciação do Projeto de Pascoal José de Mello Freire quanto ao direito público que há um maior acirramento entre o liberal moderado (Ribeiro dos Santos) e o absolutista (Mello Freire). Contudo, apesar do caráter absolutista do Projeto de Pascoal José de Mello Freire ele não foi transformado em lei. A época não era propícia às inovações ou reformas, especialmente na seara do direito público. A Revolução Francesa foi uma ducha de água fria para os ânimos da elite esclarecida em Portugal. Até mesmo porque, “havia quem entendesse, com lucidez, que o projecto do Novo Código só teria sentido, em

⁴⁶⁹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 284-285.

⁴⁷⁰MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica, 1895, p. 111.

⁴⁷¹SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 285-286.

Portugal, após uma revolução liberal”.⁴⁷² Some-se a isto, também, a decadência física e mental de Dona Maria I, bem como a sucessão de acontecimentos que desembocaram na ocupação de Portugal pelas tropas de Junot; que terminaram por colocar uma pá de cal sobre tal intenção de renovar a legislação portuguesa.⁴⁷³

Em certa medida, esta idéia de Código simplesmente enquanto lei geral, mas que não se limita a determinado ramo do direito vai ser retomada entre nós com a Constituição outorgada por Dom Pedro I, que foi promulgada em 25 de março de 1824. Determinava esta Constituição que se fizesse “quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”. De acordo com Geraldo Neves, o intento inicial do Constituinte era pela feitura de um só Código, que abarcaria toda a legislação de direito civil e de direito criminal; e não pela feitura de dois códigos.⁴⁷⁴

O Governo Imperial providenciou inicialmente a feitura de um Código Criminal (em 1830) e, também, de um Código de Processo Criminal (em 1832). A estes Códigos seguiu-se o Código Comercial, em 1850. Obviamente, os juristas da época chegaram a um consenso pela inviabilidade de reunir em um só corpo de leis toda a matéria civil e, igualmente, as disposições de direito criminal.⁴⁷⁵ No Código Criminal brasileiro de 1830, ressalta-se a elevada influência do Código Criminal encomendado por Dona Maria I a Pascoal José de Mello Freire, enquanto parte integrante daquele seu “novo código”, bem

⁴⁷²SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985, p. 286.

⁴⁷³MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica, 1895, p. 111-112.

⁴⁷⁴NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 361.

⁴⁷⁵NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 361.

como das teses iluministas de Beccaria e Bentham. O Brasil, contudo, esperou quase um século por um Código Civil, que somente foi aprovado em 1916.⁴⁷⁶

6.5 Da Parte Geral ao Código Geral

A influência das fontes romanísticas (a partir de Leibniz ou da Pandectística alemã) apresenta-se de forma mais ostensiva na trajetória do direito privado brasileiro do que em relação ao direito público. Isto se explica, de acordo com Nelson Saldanha, em razão “da própria situação da romanística oitocentista, para a qual o ‘Direito Romano’ interessou principalmente como Direito *privado*”.⁴⁷⁷

Esta concepção de sistema formulada por Teixeira de Freitas também evidencia um afastamento dele em relação à França e suas ideologias revolucionárias. Ele deixa clara a sua antipatia pelo Código Civil francês ao reclamar de seu “methodo artificial” e do “máo principio da transferênciã do domínio só por effeito dos contractos”⁴⁷⁸, sem falar do “detestável espírito das leis francesas” com as suas “noções errôneas e confusas sobre direitos civis”.⁴⁷⁹ Esta aproximação de Teixeira de Freitas em relação à Pandectística alemã valeu-lhe a alcunha (atribuída por Cândido de Mendes) de “Cujácio brasileiro”.⁴⁸⁰

Já sob esta nova perspectiva de feitura de um Código unicamente de direito civil, o Governo Imperial contratou Teixeira de Freitas em 1855 para promover o trabalho que deveria anteceder a esta grande empreitada, qual seja o de realizar a Consolidação das Leis Civis. Teixeira de Freitas já possuía uma

⁴⁷⁶ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45 (fevereiro/2001). São Paulo: Associação Nacional de Pósgraduação e Pesquisa em Ciências Sociais-ANPOCS, p. 114.

⁴⁷⁷ SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 119.

⁴⁷⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXXI.

⁴⁷⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 08.

⁴⁸⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 48-49.

visão ampla do sistema de direito brasileiro, tanto que não considerou válidas, de modo a excluí-las da Consolidação, as disposições que afrontassem a Constituição de 1824; pelo que já era consciente da hierarquia normativa instituída a partir da promulgação da Constituição.⁴⁸¹ Tanto é assim, que vai afirmar na Introdução à Consolidação das Leis Civis:

A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma Monarchia absoluta, sob o predomínio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar ás condições do systema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas? A força do habito entretanto as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatórias.⁴⁸²

É interessante notar o aparecimento de obras ao final do século XX acusando a civilística brasileira tradicional de adotar uma “disfarçada resistência conservadora”, que se manifestaria “na conduta freqüente de se ler a Constituição a partir do Código Civil”.⁴⁸³ Será que caberia imputar tal resistência conservadora a civilística brasileira em geral, e especialmente a Teixeira de Freitas, ou a Clóvis Bevilacqua? Talvez, como já visto em relação a Teixeira de Freitas e como será demonstrado em relação a Clóvis Bevilacqua, a generalização seja injusta.

Teixeira de Freitas foi um dos sócios fundadores do Instituto dos Advogados Brasileiros em 1843, que presidiu em 1857; e em 15 de fevereiro de 1855 o Governo Imperial o contratava para a organização da Consolidação das Leis Civis. A primeira edição da Consolidação foi publicada em 1858, a segunda em 1865 e a terceira em 1876; com 1.333 artigos. Para Clóvis

⁴⁸¹ NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 363.

⁴⁸² FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. VIII.

⁴⁸³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal, p. 109.

Bevilaqua, a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas foi o nosso primeiro Código Civil.⁴⁸⁴

Isto porque a sua Consolidação das Leis Civis tinha uma feição sistemática que a aproximava da idéia de Código Civil. Tanto é assim que tomou o cuidado de estruturar a Consolidação das Leis Civis de modo a dotá-la de uma Parte Geral e de uma Parte Especial. Entretanto, apesar da influência da Pandectística alemã sobre a sua obra, não lhe agradava a divisão da Parte Geral ao estilo das Pandectas:

Como se fosse possível dar força de lei a proposições científicas, vêse escripto nas Pandectas, que todo direito refere-se às pessoas, cousas e acções. – *Omnes jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* –.⁴⁸⁵

Por isto, irá estruturar o seu sistema a partir da sua *summa divisio*, qual seja a distinção entre direitos reais e direitos pessoais.⁴⁸⁶ Para ele, a Parte Geral deveria lidar basicamente com estes dois elementos: pessoas e coisas. Observe-se, portanto, que deixou de tratar de um terceiro elemento que é alvo de abordagem na Parte Geral do Código Civil pretérito, bem como na Parte Geral do Código Civil vigente: os fatos jurídicos.

Isto porque entendia que a descrição dos direitos, ressaltando-se as suas peculiaridades, bem como a regulação das relações jurídicas instauradas por tais direitos, era tarefa da Parte Especial. A Parte Geral não cuida, ainda, de direitos, nem muito menos das causas que os produzem; mas, simplesmente trata dos elementos que os produzem. Ora, os fatos jurídicos são tidos por “causas” dos direitos; de modo que a Parte Geral deveria se ater aos elementos comuns à substância dos direitos em sua totalidade: pessoas e coisas.⁴⁸⁷

Para Teixeira de Freitas, tratava-se de uma ordem a ser observada; uma relação de causa e efeito, até:

⁴⁸⁴BEVILAQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 48.

⁴⁸⁵FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. *In: Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XIII.

⁴⁸⁶FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. *In: Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. XXXIX-XL.

⁴⁸⁷FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. *In: Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CVII.

Tem-se confundido a parte geral ou elementar do Direito Civil com a parte especial e orgânica. Os direitos existem por causa das pessoas, e onde não há pessoas, não pode haver questões de direitos. Devese tratar primeiro e separadamente dos dous elementos do direito – pessoas – e – cousas - , já que a sua existência deve ser suposta para todo o direito. Esta é a ordem natural das idéas, e se ella se desconhece, envolvendo-se em parte o direito organizado com o direito por organizar, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas.⁴⁸⁸

Destarte, na Consolidação das Leis Civis, em vez de preferir a classificação de Gaio (Pessoas, coisas e ações) ou a classificação objetiva de Savigny, Teixeira de Freitas partiu da distinção fundamental entre direitos reais e direitos pessoais.⁴⁸⁹ Contudo, aprofundando-se na meditação das idéias de Savigny, muda de opinião quanto a idéia de deixar os fatos jurídicos de fora da

Parte Geral do Código Civil.⁴⁹⁰ Introduce a categoria dos Fatos Jurídicos justamente na Seção 3ª da Parte Geral do seu Esboço de Código Civil, reconhecendo isto não constava de seu intento original. Contudo, reconhece: “Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito Privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção unicamente do da Prússia”.⁴⁹¹

Mais adiante, nas notas iniciais a esta Seção 3ª do Esboço, invoca justamente Savigny a fim de esclarecer de quais fatos se fala naquela Seção, o que evidencia a influência das idéias de Savigny sobre Teixeira de Freitas.⁴⁹² Apesar de se fazer sentir o maior peso da influência de Savigny no Esboço, já na Consolidação das Leis Civis ele não poupa elogios à obra de Savigny, “o

⁴⁸⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. In: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. CXXXVI.

⁴⁸⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 50-51.

⁴⁹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 51-52.

⁴⁹¹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 229.

⁴⁹² FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esboço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952, p. 231.

sábio”.⁴⁹³ Clóvis Bevilacqua, contudo, ressalta que a assimilação das idéias de Savigny por Teixeira de Freitas deu-se de forma a preservar a sua individualidade, a sua autonomia enquanto pensador do direito nacional.⁴⁹⁴

Assim como se nota uma mudança de posição entre a Consolidação das Leis Civis e o Esboço de Código Civil, o mesmo se dará após a conclusão do Esboço por Teixeira de Freitas. Ele cairá na tentação de ultrapassar os lindes do Código Civil, pretendendo formular um Código Geral, que trata de todos os elementos permanentes na ciência jurídica.

Teixeira de Freitas notava já no Esboço um vício de lógica que enfraquecia a classificação das leis civis e terminava por perturbar a regulação da vida em sociedade. Isto porque verificava que o direito civil abarcava noções comuns a outros ramos do direito, ao mesmo tempo em que se excluía dele outras noções que deveriam ser pertinentes a ele. Pessoas, Coisas e Fatos Jurídicos seriam elementos comuns a todos os direitos possíveis, apesar de serem alvo de regulação apenas dos Códigos Civis.⁴⁹⁵

Assim, termina por enviar uma carta ao então Ministro da Justiça expondo a sua intenção de não mais prosseguir naquela trajetória inicialmente traçada em prol simplesmente de um Projeto de Código Civil. Sua intenção agora é a de elaborar um Código Geral:

O Governo espera por um Projecto de Codigo Civil para reger como o subsidio ao complemento de um Codigo do Commercio; intenta conservar o Codigo Commercial existente com a revisão, que lhe destina; e hoje minhas idéias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Codigo do Commercio. O Governo só pretende de mim a redação de um Projecto de Código Civil, e eu não posso dar esse Código, ainda mesmo comprehendendo o que se chama Direito Commercial, sem começar por um outro Código, que domine a legislação inteira.⁴⁹⁶

⁴⁹³ COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. **Revista de Direito Privado**, a. 12, n. 45 (jan./mar. de 2011). São Paulo: RT, p. 148-149.

⁴⁹⁴ BEVILACQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 53-54.

⁴⁹⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Codificação do direito civil** (Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça). Publicação comemorativa ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos (1827-1977). Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Arquivo Nacional, 1977, p. 07.

⁴⁹⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Codificação do direito civil** (Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça). Publicação comemorativa ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos (1827-1977). Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Arquivo Nacional, 1977, p. 06.

José Martiniano de Alencar foi Ministro da Justiça de 16 de julho de 1868 a 10 de janeiro de 1870.⁴⁹⁷ Assim, a supracitada carta, remetida por Teixeira de Freitas ao Ministério da Justiça em 20 de setembro de 1867, tinha como destinatário o então Ministro da Justiça Martim Francisco Ribeiro de Andrada, que ocupou a pasta de 27 de outubro de 1866 a 16 de julho de 1868. Diz-se isto porque existe uma tendência entre os historiadores do direito civil nacional em atribuir a José de Alencar a culpa pela rejeição do Projeto de Teixeira de Freitas.

Clóvis Bevilacqua, por exemplo, afirma que José de Alencar - “quando foi Ministro da Justiça em 1863” – propôs que se aproveitasse o Esboço de Teixeira de Freitas, bastando aperfeiçoá-lo e acrescentar alguns dispositivos para que isto resultasse na feitura de um Projeto de Código Civil adaptado à nossa realidade.⁴⁹⁸ Geraldo Neves, por sua vez, assevera que tal rejeição do Governo à proposta de Teixeira de Freitas deu-se apenas em 1872, “e quem não aceitou foi pessoa muito conhecida de nossa literatura: José de Alencar, então Ministro da Justiça”.⁴⁹⁹

Em geral, atribui-se a José de Alencar a criação de obstáculos desnecessários ao andamento do projeto durante o tempo em que foi o Ministro da Justiça. Opiniões estas que se fundamentam em declarações proferidas por ele em um período anterior à sua ascensão ao cargo de Ministro da Justiça. Ruy Rosado de Aguiar esclarece que a rescisão do contrato de Teixeira de Freitas deu-se quando outra pessoa já ocupava a pasta:

O Ministério deixou o assunto de lado até que, em 1872, sendo Ministro da Justiça MANUEL ANTONIO DUARTE DE AZEVEDO,

⁴⁹⁷ Conforme informações colhidas em 10 de abril de 2013, no sítio eletrônico do Ministério da Justiça: portal.mj.gov.br

⁴⁹⁸ BEVILACQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, p. 48.

⁴⁹⁹ NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 366.

expediu-se ofício pelo qual era considerado rescindido o contrato com TEIXEIRA DE FREITAS e ele exonerado das suas obrigações.⁵⁰⁰

Destarte, não consideramos adequado atribuir a culpa exclusiva pela rejeição do Projeto de Teixeira de Freitas ao período em que José de Alencar foi o titular da pasta do Ministério da Justiça. Abelardo Saraiva da Cunha Lôbo, que foi aluno de Tobias Barreto na Faculdade de Direito do Recife e depois obteve a Cátedra de Direito Romano na Universidade do Brasil (atual Universidade Federal do Rio de Janeiro, assinala que o plano apresentado por Teixeira de Freitas não foi imediatamente rejeitado pelo Ministério da Justiça da época, apesar de importar em atraso no andamento do processo legislativo. Pelo contrário, o parecer da Seção de Justiça do Conselho do Estado – integrada por José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Sales Torres Homem e pelo Visconde de Jequitinhonha - foi pela aceitação da proposta, inclusive ressaltando que “a demora seria ‘compensada pela possibilidade de uma invenção, que pode dar glória ao autor e ao país’”. Somente em 18 de novembro de 1872 é que o titular da pasta do Ministério da Justiça, Conselheiro Manuel Antônio Duarte de Azevedo, promoveu a rescisão do contrato inicialmente firmado em 10 de janeiro de 1859.⁵⁰¹

Pensamos que a ambiciosa proposta de Teixeira de Freitas era de uma audácia tal que - poderíamos dizer - chegava a ter pretensões constitucionais. Ora, desejava ele que este Código Geral fornecesse categorias e preceitos aplicáveis à toda a legislação em geral; ou seja, este Código Geral seria o vetor de ordenação de todo o sistema jurídico brasileiro. De acordo com Teixeira de Freitas, o Código Geral deveria ser o repositório de:

todas as definições necessárias, assim as das matérias superiores com as das disposições de cada um dos códigos particulares, de modo que nestes últimos nada se defina. Conciliamos destarte o preceito com a necessidade. No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis, que mandam. O Código Geral para os homens da sciencia, os outros códigos para o povo.⁵⁰²

⁵⁰⁰AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Teixeira de Freitas. **Revista Jurídica**, a. 51, n. 309 (julho de 2003). Porto Alegre: Notadez, p. 64.

⁵⁰¹LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 603.

⁵⁰²FREITAS, Augusto Teixeira de. **Codificação do direito civil** (Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça). Publicação comemorativa ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos (1827-1977). Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Arquivo Nacional, 1977, p. 09.

Extrai-se, pois, das palavras de Teixeira de Freitas que o seu Código Geral não seria uma lei para o Povo, mas que se dirigia aos “homens da sciencia”. Ele deixa transparecer nesta passagem a grande influência da Escola Histórica Alemã e de Savigny em sua obra, especialmente no que toca à idéia de que o direito não deve ser produzido pela massa, mas sim por uma intelectualidade consciente das tradições jurídicas nacionais e das exigências de cada época. A generalidade e abstração dos conceitos contidos em uma proposta como esta de Código Geral formulada por Teixeira de Freitas, ou até mesmo na Parte Geral dos Códigos Civis; permitirão justamente esta participação do jurista na complementação do comando da norma, adaptando-a às diversas épocas e latitudes. Não estamos mais diante do jurista escravizado pela lei – na perspectiva da Escola da Exegese; mas sim do jurista que se coloca na posição de intérprete por excelência da lei, ao ponto de lhe ser permitido corrigi-la.

Como já pudemos afirmar anteriormente, é justamente esta atitude dos civilistas que permite explicar como milenares fórmulas romanas continuam vigentes entre nós em pleno século XXI. Aparentemente, tais regras não foram impactadas pela passagem do tempo: “Permaneciam basicamente as mesmas. Basicamente, eram traduções das antigas regras legadas pelos romanos”.⁵⁰³

Como explicar, então, a sobrevivência de tais regras em meio a tantas transformações? Ora, isto se justifica em razão de:

uma atitude de permanente ‘atualização’ ou ‘modernização’ do Direito Civil enquanto atitude hermenêutica. Esta atitude hermenêutica, contudo, não representa uma ruptura com a Tradição, que no Brasil é representada por vultos tais como Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda e, mais recentemente, Marcos Bernardes de Mello.⁵⁰⁴

⁵⁰³COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Prefácio. *In*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). **A modernização do direito civil – Volume II**. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 05.

⁵⁰⁴COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Prefácio. *In*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). **A modernização do direito civil – Volume II**. Recife: Nossa Livraria, 2012, p. 05.

Teixeira de Freitas não acreditava que o direito civil se esgotava na legislação. Na formulação da Consolidação das Leis Civis, apesar de entender ser valioso o exame direto da legislação “sem influência de alheias opiniões”, acreditava que este expediente não estava apto a indicar o alcance o direito civil. Neste caso, entendia ser mais adequado recorrer à consulta a legislação, mas também às “tradições da sciencia, e com toda a liberdade de espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso”.⁵⁰⁵

Ou seja, Teixeira de Freitas não era adepto daquela linha de pensamento influenciada pela geração de 1789 e pelos autores do Código Civil de Napoleão, que reputavam encontrar naquele *corpus* normativo um sistema jurídico definitivo, que se impõe com o rigor e a evidência de um sistema geométrico. Destarte, acreditavam que – assim como a geometria atual repousa sobre os princípios revelados por Euclides – também hoje e sempre, em todos os países, o sistema de qualquer nação civilizada não deveria ser nada mais que o desenvolvimento normal e racional dos princípios eternos e inalteráveis cristalizados na Codificação.⁵⁰⁶

Esta visão estritamente legalista do fenômeno jurídico é completamente estranha à civilística brasileira, que nunca foi adepta deste ponto de vista. A influência do historicismo jurídico e filosófico alemão, associado ao historicismo político de Burke, explicam o porquê da valorização da tradição jurídica lusobrasileira na obra de Teixeira de Freitas. Mais adiante, outro jurista baiano – Ruy Barbosa – irá reconhecer o papel inovador a jurisprudência frente ao texto das leis e dos códigos:

Ninguém ignora o papel da interpretação judiciaria na evolução do direito escripto. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a autoridade dos arestos, que os infiltra, os decompõe, os allue. O juiz, pela sua collaboração continua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera insensivelmente o direito positivo. Os inglezes e americanos devem a essa collaboração quase legislativa da magistratura, à ‘judge

⁵⁰⁵FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. *In: Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. X.

⁵⁰⁶DUGUIT, Leon. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920, p. 21-22.

madelaw', tem-se sobreposto muitas vezes ao Poder Legislativo, dizia em uma sentença o juiz Perkins (Spencer v. State, 5 Ind. 41, 46. Cooley: Const., 5ª Ed., p. 69). Absurdo seria, pois, que, reservando-se a função de legislar acerca do direito civil, commercial e penal, a União entregasse esse direito, criação sua, à variedade de interpretação da Justiça dos Estados, sem lhe opor ao menos, em ultima instancia, um correctivo, uma garantia de unificação. (Recurso Extraordinario n. 176, Rio, 1899, ps.15-17).⁵⁰⁷

Esta posição de Ruy Barbosa só reforça o nosso entendimento no sentido de que não se pode atribuir aos juristas brasileiros um legalismo estrito, o que faz com que as teses mais recentes acerca do papel criativo da jurisprudência acabem no Museu das “grandes novidades”.

Mesmo na França, esta redução do direito à legislação irá encontrar adversários, especialmente a partir dos últimos anos do século XIX e das primeiras décadas do século XX. Trata-se uma geração de juristas franceses que será influenciada por Ihering e sua Jurisprudência dos Interesses. Exemplo disto é o posicionamento de Leon Duguit, para quem o direito é muito menos obra do legislador do que um desdobramento constante e espontâneo dos fatos. Apesar das leis e códigos permanecerem inalterados em seus textos rígidos, isto é irrelevante. Por força das circunstâncias, sob a pressão dos fatos e das necessidades práticas, formam-se novas instituições jurídicas. Ou, ainda, graças a uma interpretação sábia e sutil, dá-se ao texto um sentido e um alcance tal que o legislador não havia previsto ao tempo da sua redação. Assim, apesar do texto permanecer o mesmo, não se pode olvidar que - isolado dos elementos dinâmicos da vida social - ele se encontra inerte e sem vida.⁵⁰⁸

⁵⁰⁷ BARBOSA, Ruy. **Commentários à constituição federal brasileira** – II volume: arts. 16 a 40, Do poder legislativo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933, p. 401.

⁵⁰⁸ DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920, p. 19.

7 A “ALGAZARRA DAS TEORIAS”: A QUESTÃO DA CODIFICAÇÃO DO DIREITO CIVIL NO ALVORECER DA REPÚBLICA

Em nome do Marechal Floriano, qualquer oficial, ou mesmo cidadão, sem função pública alguma, prendia e ai de quem caía na prisão: lá ficava esquecido, sofrendo angustiosos suplícios de uma imaginação dominicana. (...). Os militares estavam contentes, especialmente os pequenos, os alferes, os tenentes e os capitães. Para a maioria a satisfação vinha da convicção de que iam estender a sua autoridade sobre o pelotão e a companhia, a todo esse rebanho de civis; mas, em outros muitos havia sentimento mais puro, desinteresse e sinceridade. Eram os adeptos desse nefasto e hipócrita positivismo, um pedantismo tirânico, limitado e estreito, que justificava todas as violências, todos os assassínios, todas as ferocidades em nome da manutenção da ordem, condição necessária, lá diz ele, ao progresso e também ao advento do regime normal, a religião da humanidade, a adoração do grão-fetichê, com fanhosas músicas de cornetins e versos detestáveis, o paraíso enfim, com inscrições em escritura fonética e eleitos calçados com sapatos de sola de borracha!...

Os positivistas discutiam e citavam teoremas de mecânica para justificar as suas idéias de governo, em tudo semelhantes aos canatos e emirados orientais. A matemática do positivismo foi sempre um puro falatório que, naqueles tempos amedrontava toda gente. Havia mesmo quem estivesse convencido que a matemática tinha sido feita e criada para o positivismo, como se a Bíblia tivesse sido criada unicamente para a Igreja

Católica e não também para a Anglicana. O prestígio dele era, portanto, enorme.⁵⁰⁹

7.1 Origens doutrinárias do Código Civil de 1916

Acostumamo-nos a ver o direito como fruto da vontade arbitrária do legislador (ou seja, do poder político); ou como fenômeno derivado da luta de classes ou do jogo mecânico das forças que coexistem em um Estado. Contudo, Michel Villey assinala que a origem do velho código civil dos Franceses é predominantemente doutrinal. Pois, predominou na França dos últimos séculos do Antigo Regime, e é mais próprio para explicar a especificidade do *Code*, um regime intermediário consistente no primado da doutrina. O *Code*, portanto, é fruto do trabalho de profissionais do direito, de uma casta de juristas, dos mais aptos à redação de tratados teóricos.⁵¹⁰

É possível fazer uma afirmação semelhante no que respeita ao Código Civil brasileiro de 1916: trata-se de um corpo legislativo elaborado sob as balizas das diversas correntes doutrinárias difundidas no Brasil ao longo do século XIX. Quase um século após a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro, contudo, parece que o tempo apagou as diferenças doutrinárias existentes, que resultaram em acalorados debates e polêmicas que alcançaram as páginas dos principais veículos de comunicação do Brasil.

Nelson Saldanha assinala que, durante o século XIX, os livros eram lidos e, mais do que isto, citados “com incipiente, senão crescente estridência. Enfim, ecoava no Brasil aquilo que Euclides da Cunha chamou uma vez, em expressão notável, ‘a algazarra das teorias’”.⁵¹¹

⁵⁰⁹BARRETO, Lima. **Triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Moderna, 1993, p. 112-113.

⁵¹⁰VILLEY, Michel. Préface. In: ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Préface de Michel Villey. Paris: LGDJ, 1969, p. II-III.

⁵¹¹SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 120.

O sucesso alcançado por Clóvis Bevilacqua após a promulgação do Código Civil de 1916 parece ter resultado em uma espécie de mistificação, que o transformou em uma espécie de “gênio da raça”, ou em um:

‘jurista perfeito’, tão bem descrito pelo Professor Haroldo Valladão, (...), pela formação de sua alma, pelo primor de sua inteligência, pela grandeza da sua cultura jurídica, mestre consumado, com obras publicadas, e não apenas de direito civil, mas, pode-se dizer de todos os ramos do direito, e ademais forrado de elevada cultura filosófica e literária.⁵¹²

Talvez a afirmação acima sobre as qualidades de Clóvis Bevilacqua, além de exagerada, incorra naquela espécie de equívoco metodológico apontado no primeiro capítulo: o reverencialismo. Uma amostra das opiniões que grassavam à época dos debates sobre o Código Civil pretérito indica uma presença relevante de críticas as mais ácidas acerca da escolha de Clóvis Bevilacqua para esta missão.

Exemplo disto é a obra publicada por Estevam de Almeida, que foi membro de Academia Paulista de Letras e “Lente Cathedratico” da Faculdade de Direito de São Paulo. O professor paulista comenta uma opinião publicada no Jornal “O Paiz”, no sentido de que somente Ruy Barbosa teria condições de elaborar o Código Civil brasileiro, pois ele estaria além de seu meio e acima de seu tempo. Como os que estavam a frente do governo na época escolheram outra pessoa (Clóvis Bevilacqua) em detrimento dele, conclui que realmente Ruy Barbosa não deveria desempenhar esta missão. E ironiza: “O paiz terá o código civil, como tem o governo que merece. Seja, porém, qual for, é desejado como uma possibilidadesinha de entrave ao completo arbítrio que campeia nos julgamentos cíveis”.⁵¹³

Mas, o que desejamos ressaltar aqui é o fato de que nenhum Código é gerado a partir do nada, nem muito menos obtém a sua matéria-prima do vazio. Ele sempre representa uma reflexão e uma forma de enfrentamento dos

⁵¹²VALLADÃO, Alfredo. **Felício dos Santos e a codificação civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1952, p. 30-31.

⁵¹³ALMEIDA, Estevam de. **O projecto do código civil na camara e no senado**. São Paulo: Typ. Siqueira, Nagel & C., 1913, p. 50.

problemas do mundo, ou seja, apresenta-se como uma filosofia.⁵¹⁴ O Código Civil de 1916, sem dúvida, expressou uma visão de mundo particular.

Esta vontade de codificação, entretanto, não está circunscrita a passagem do século XIX para o Século XX, mas remete justamente à passagem do século XVIII para o século XIX. Trata-se de um fenômeno que se insere em um contexto mais amplo de modernização das instituições, seja em Portugal ou no Brasil, no intuito de estabelecer ligações com o pensamento do resto da Europa.

É neste contexto que o modelo legalista, que se volta ao primado da lei enquanto vetor político e ideológico, comunicava – na virada do século XVIII para o século XIX -, o quão necessária era a adoção de modernos códigos civil e criminal, o que ultrapassa bastante a mera enunciação de preceitos constitucionais em prol da limitação das prerrogativas absolutistas dos monarcas europeus, o que guarda relação com o processo de secularização em andamento. Daí que, em Portugal e no Brasil, existirão discursos favoráveis à reforma na codificação.⁵¹⁵

É interessante notar que estes reclamos em prol da codificação civil não são produtos de uma revolução política, ou até mesmo de uma grande mudança econômica e social. A proclamação da república no Brasil de 1889 não constituiu uma ruptura com as estruturas arcaicas, mas no máximo um “glissement”. A expressão é de Gláucio Veiga, que considerava que a grande burguesia oitocentista não desprezava ou desejava abolir os hábitos da nobreza; na verdade, buscava imitá-la na vida em sociedade. A literatura da época foi bastante eficaz em registrar a preservação do *status quo* estamental, que termina por ceder seus espaços aos novos espaços conquistados pelas

⁵¹⁴MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, a. 93, v. 819 (janeiro de 2004). São Paulo: RT, p. 23.

⁵¹⁵ NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45 (fevereiro/2001). São Paulo: Associação Nacional de Pósgraduação e Pesquisa em Ciências Sociais-ANPOCS, p. 114. Acesso em: 05 de maio de 2010. Disponível em: www.anpocs.org.br

classes sociais, “porém, aos poucos. Tão lentamente que o Império Brasileiro encerrou-se definitivamente em outubro de 1930”.⁵¹⁶

Uma evidência disto pode ser extraída da trajetória de Coelho Rodrigues na história da codificação do direito civil brasileiro. Com o insucesso das tentativas empreendidas por Teixeira de Freitas e Nabuco de Araújo, o Senador Joaquim Felício dos Santos apresentou-se ao Ministro da Justiça para a tarefa de redigir um Projeto de Código Civil. Devido a isto, formou-se uma comissão para a avaliação deste projeto, de modo que o Ministro Sousa Dantas (titular da pasta da Justiça) compôs a Comissão com os seguintes nomes: Antonio Joaquim Ribas, Francisco Justino Gonçalves de Andrade, Antonio Coelho Rodrigues, e Antonio Ferreira Viana.⁵¹⁷

A tentativa de Felício dos Santos também não alcançou melhor sorte do que as anteriores, de modo que o Gabinete de 06 de junho de 1889, sob a liderança do Visconde de Ouro Preto, constituiu uma nova comissão encarregada da redação do Código Civil. Desta vez, foram nomeadas as seguintes pessoas para a Comissão: Olegario de Aquino e Castro, José da Silva Costa, Affonso Augusto Moreira Penna, Manuel Pinto de Souza Dantas,

Antonio Coelho Rodrigues e José Julio Albuquerque Barros. O próprio Imperador Dom Pedro II presidiu “de fato” a primeira reunião desta comissão, em 12 de julho de 1889, que era presidida “de direito” pelo Ministro da Justiça, o Conselheiro Candido de Oliveira.⁵¹⁸

Proclamada a República em 15 de novembro daquele ano, também os trabalhos daquela comissão não foram levados a efeito. Mas, o Ministro da Justiça do Governo Provisório, Manuel Ferraz de Campos Salles, resolve encarregar o professor Antonio Coelho Rodrigues desta tarefa, não apenas por haver integrado as comissões anteriores, mas também por ser o responsável pela redação da Lei do Casamento Civil. Spencer Vampré assinala ainda que ele solicitou a concessão do prazo de três anos para a redação do anteprojeto.

⁵¹⁶VEIGA, Gláucio. Estamentos e espaços. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume VI. Recife: Artegrafi, 1993, p. 29.

⁵¹⁷VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916, p. 16.

⁵¹⁸VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916, p. 18.

Contudo, quando finalmente o apresentou, “em 1893, ao Marechal Floriano, não foi bem acolhido pelo Governo, momentaneamente interessado em apoiar o projecto de Felício dos Santos, sob o patrocínio de Saldanha Marinho”.⁵¹⁹

A expulsão da família real do Brasil, em virtude da Proclamação da República, parece não haver impactado as estruturas de poder de maneira significativa. Os mesmos homens de “confiança” do Imperador continuavam ocupando posições de destaque na república recém instalada. Coelho Rodrigues é um excelente exemplo deste espírito conciliador que nós herdamos da metrópole. Apesar da ruptura com a monarquia, permaneciam “a serviço” do Brasil os mesmos homens que outrora eram fiéis súditos do Imperador Dom Pedro II.

O Marquês de Pombal, portanto, com o seu iluminismo “italianamente moderado” fará escola na maior colônia portuguesa: o Brasil.⁵²⁰ A honrosa exceção ao tom conciliatório da ação de Pombal reside em sua fobia antijesuítica, que terminará por trazer conseqüências interessantes para o mundo acadêmico do Brasil após a emancipação política. Graças a tais ações de Pombal, chegaram ao solo brasileiro uma série de livros que iriam compor as bibliotecas dos padres oratorianos escalados para ocupar as posições que outrora pertenciam aos jesuítas.⁵²¹ A reforma no ensino superior português, empreendida por Pombal, também influenciará o programa do Bispo Azeredo Coutinho, que instalou o Seminário de Olinda em 1798 e ali estabeleceu cursos de história natural animal, vegetal e mineral; que faziam uso de pesquisas empíricas de campo.⁵²²

⁵¹⁹VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916, p. 19.

⁵²⁰CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico: a escolástica progressista e a questão da modernidade**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 67-68.

⁵²¹VEIGA, Gláucio. A biblioteca da faculdade de Olinda. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume IV. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1984, p. 101.

⁵²²CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico: a escolástica progressista e a questão da modernidade**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 67-68.

Destarte, na mesma Olinda que sediava o Seminário do Bispo Azeredo Coutinho, frequentemente marcado pelo extremismo ideológico da época, resolveu o Imperador Dom Pedro I instalar uma das duas primeiras Faculdades de Direito do Brasil (a outra foi instalada em São Paulo). A Faculdade de Direito, no período olindense, será um contraponto ao Seminário. Enquanto este era “paradoxalmente iluminista pró-jacobino”, a Faculdade de Direito era em certa medida liberal, mas moderada e pragmática. Sairá da “emblemática pendulação” de tais pólos o início do Estado brasileiro, “com a tendência oligárquica originária de deter ou demorar demasiado o pêndulo no pólo conservador”.⁵²³

Uma explicação possível para a instalação do Curso Jurídico no Mosteiro de São Bento de Olinda (bem como para a instalação do congênere paulista no Convento de São Francisco) residiria no desejo “do Governo Imperial em colocar a sua ‘ciência’ sob a ‘proteção’ da Igreja”. A emancipação política brasileira, teoricamente, implicou na demanda pela formação intelectual daqueles que assumiriam postos-chaves nesta “nova” ordem, de modo que não era de bom tom recorrer à Velha Metrópole para este mister.⁵²⁴

Quanto aos oratorianos, tão prestigiados em Portugal após a expulsão dos Jesuítas, acabaram igualmente perseguidos pelos governantes, de modo que chegaram a ser proibidos de residir em Lisboa.⁵²⁵ Esta hostilidade dirigida agora contra os oratorianos resultou na saída deles de Pernambuco, deixando para trás uma biblioteca valiosa.

É esta Biblioteca, deixada para trás pelos oratorianos, que dará origem à biblioteca da Faculdade de Direito de Olinda, e que será posteriormente transferida com a mudança da Faculdade para o Recife em 1854. Em 7 de dezembro de 1830 assinala-se a criação de uma Biblioteca Pública, a fim de atender aos alunos do Curso Jurídico de Olinda. Já em 09 de dezembro do

⁵²³CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 69.

⁵²⁴COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Sobre os 150 anos da Faculdade de Direito do Recife. **Estudantes – Caderno Acadêmico**: órgão de divulgação científico-literário dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife, a. 06, n. 10 (abr./dez. 2004). Recife: Bagaço/Diretório Demócrito de Souza Filho/Núcleo de Estudos Acadêmicos, p. 20.

⁵²⁵CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998, p. 70.

mesmo ano, dá-se a extinção da Congregação do Oratório de São Filipe Néri em Pernambuco e a doação dos livros que compunham a sua Biblioteca ao Curso Jurídico de Olinda.⁵²⁶

É justamente no ambiente do Curso Jurídico de Olinda e, depois, da Faculdade de Direito do Recife que aparecerão vários dos personagens que já foram mencionados nos capítulos anteriores e serão mencionados neste capítulo: Coelho Rodrigues, Teixeira de Freitas, Diogo Feijó, Ruy Barbosa, Clóvis Bevilacqua, Tobias Barreto, Epitácio Pessoa, etc. A forte presença de Pernambuco na formação das instituições jurídicas nacionais é potencializada pelo fato de que, durante a monarquia, só existiram dois pólos de formação de juristas: um em São Paulo e o outro em Pernambuco, sediado inicialmente em Olinda e depois transferido para Recife.⁵²⁷

7.2 Código Civil ou Códigos Civis?

Com a Proclamação da República, em 15 de Novembro de 1889, surge um impasse entre os membros do Governo à época: a adoção do federalismo implicaria em considerar como estadual a competência para legislar em matéria de direito civil? Spencer Vampré, inclusive, ao aludir ao Projeto formulado por Coelho Rodrigues, afirma que o “fulgor das espadas revolucionárias” ao tempo da Proclamação da República não permitiu a retomada imediata do processo de codificação civil. Até mesmo porque havia aqueles que entendiam que tal

⁵²⁶VILELA, Karine Gomes Falcão; RODRIGUES, Ligia Santos da Silva; CARVALHO, Maria José de; VIDAL, Maria Marinês Gomes (orgs.). **Obras raras e valiosas**: critérios adotados pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. XXII.

⁵²⁷HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 285.

competência deveria ser concedida aos poderes locais, como já se dava na Suíça e nos Estados Unidos da América do Norte.⁵²⁸

Esta indefinição inicial se deve a um dos aspectos do discurso republicano de então: a defesa de um federalismo à americana. Na verdade, esta questão irá resultar na expedição de um dos primeiros “Avisos” do Ministério da Justiça do Governo Provisório da República: o Aviso n. 3, de 21 de novembro de 1889. Trata-se de um aviso expedido pelo então Ministro da Justiça Manuel Ferraz de Campos Salles (que depois viria a ser Presidente do Brasil), no qual ele dissolve a Comissão nomeada pelo Imperador Dom Pedro II em 01 de Junho de 1889, incumbida da feitura do Projeto de Código Civil. Observe-se, pois, dois aspectos interessantes deste “Aviso”: I) a Comissão nomeada pelo Imperador sobreviveu formalmente à República, pelo que só foi dissolvida alguns dias após a sua proclamação; II) o Governo Republicano reconhecia a autoridade do Imperador, tanto que entendia ser necessário a produção de um outro ato jurídico a fim de revogar aquele outro ato jurídico que também se reputava válido.

Mas, o supracitado “Aviso” prosseguia:

Que pelo decreto n. 1 de 15 de novembro, foi proclamada provisoriamente e decretada como forma de governo da nação brasileira a Republica Federativa e reconhecida a competência de cada Estado para decretar as leis porque se deve reger em sua existência autonômica, salvo apenas o que constitue as attribuições do Congresso Federal;

Que da natureza e essência d’este regimen político é que a autoridade do poder Legislativo Federal só pertençam as attribuições relativas aos interesses geraes e à coexistência harmônica dos Estados, ficando em plena independência, na respectiva esphera de acção, as legislativas d’elles;

Que a confecção das leis que regulam as relações civis dos cidadãos dos differentes Estados não entra na legitima esphera de acção do Poder Legislativo Federal;

Que pois seria restringir em limites indevidamente preestabelecidos a autonomia dos Estados decretar ou, siquer, redigir leis civis obrigatórias para toda a União, devendo, pelo contrario, ficar à legislatura de cada Estado, à sua soberana iniciativa e livre competência o direito de regular, como a cada um d’elles mais convenha, as relações civis dos cidadãos que os compõem.

⁵²⁸ VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1916, p. 19.

Observe-se, pois, que o entendimento trazido à baila por Manuel Ferraz de Campos Salles era no sentido de considerar que o poder de regular as relações de direito privado deveria competir aos Estados, cabendo à União somente regular as questões essenciais à sua tutela, bem como à coexistência e a permanência dos Estados sob a forma federativa. Esta linha de argumentação influenciou, também, o projeto de Constituição para a República recém-proclamada, de modo que no texto do projeto constava que a competência para legislar em matéria de direito civil seria dos Estados. Foi Ruy Barbosa o responsável por esta alteração nos rumos da história do nosso processo de codificação. Américo Jacobina Lacombe registra que o Governo Provisório nomeou uma Comissão incumbida do Projeto de Constituição, a chamada “Comissão dos Cinco”, que era composta por: Joaquim Saldanha Marinho (na condição de Presidente da Comissão); Américo Brasiliense de Almeida Melo (Vice-Presidente); Antônio Luis dos Santos Werneck, Francisco Rangel Pestana e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro.⁵²⁹

⁵²⁹LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. In: FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. I.

Fundidas as propostas formuladas pelos membros da Comissão em um só Projeto, ele foi submetido em 24 de maio de 1890 à apreciação do Governo. Determinou-se, então, que Ruy Barbosa assumisse a supervisão nesta fase de revisão do Projeto, de modo que as reuniões da Comissão passaram a acontecer na casa de Ruy Barbosa, situada na Praia do Flamengo. Após as discussões dos artigos, a redação final do dispositivo incumbia a Ruy Barbosa. O que leva Américo Jacobina Lacombe a afirmar que: “Não há exagero, portanto, em dizer que da pena de Rui saíram todos os artigos do projeto definitivo adotado, afinal, pelo Governo, pelo Decreto nº 510, de 22 de junho desse mesmo ano”.⁵³⁰

Na Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife, inclusive, pudemos consultar um *fac-simile* do Projeto anotado à bico de pena por Ruy Barbosa, no qual consta o acréscimo feito por ele acrescentando entre as competências privadas do Congresso Nacional (art. 33, n. 13) a de: “codificar as leis civis, criminaes e processuaes da Republica”.⁵³¹ Observe-se, pois, que Ruy Barbosa faz uso da expressão “codificar”, em vez de simplesmente se referir à competência para “legislar” em matéria de direito civil. Anote-se, ainda, que a expressão “codificar” tem um sentido mais restrito do que simplesmente “legislar”, pois evidencia uma ação no sentido de sistematizar algo.⁵³²

Para nós, a estranheza causada pela atitude de Ruy Barbosa - um dos juristas que mais lutaram pela implantação do federalismo entre nós - é logo substituída pela impressão de que Ruy Barbosa desejava trazer para si a missão de elaborar o primeiro Código Civil brasileiro. Isto talvez explique, também, o tamanho do espanto e da decepção de Ruy Barbosa ao ser preterido quando da nomeação do obscuro Clóvis Bevilacqua; um lente provinciano.

⁵³⁰LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. In: FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985, p. I.

⁵³¹Este fac-símile do projeto pode ser consultado em um livro editado pela Fundação Casa de Rui Barbosa por ocasião de uma exposição sobre a participação de seu patrono na elaboração da Constituição de 1891, qual seja: FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

⁵³²CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio - tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967, p. 93.

O fato é que tal competência privativa do Congresso Nacional restou consignada no art. 34, n. 23, da Constituição de 1891: “Art. 34. Compete privativamente ao congresso nacional: 23. Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da República e o processual da justiça federal”. Todavia, a atitude de Ruy Barbosa foi recebida por alguns como uma espécie de traição ao ideal federalista. É o caso, por exemplo, de João Barbalho Uchoa Cavalcanti, que foi Deputado pelo Estado de Pernambuco na Assembléia

Nacional Constituinte de 1891, e depois foi alçado à condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Ele entendia que esta disposição:

é avessa ao princípio federativo, tirando aos Estados um poder que elles têm como estados que são, mutilando-os em sua capacidade política, restringindo-lhes faculdades inherentes a ella, e sem que essa amputação se possa considerar como essencial e indispensável à União, à co-existência e nexos dos Estados sob a forma federal (foedus).⁵³³

Acrescentava, ainda, que o Congresso terminou cedendo ao que ele chamava de “espírito de concentração” e a uma padronização da legislação; preferindo a rigidez da unidade, a uniformidade engessada do direito enquanto elemento de harmonização nacional; em vez de concretizar e proceder com o desenvolvimento lógico e integral do princípio federativo consagrado no texto constitucional.⁵³⁴

José Gomes Bezerra Câmara também atribui tal modificação no projeto à ação de Ruy Barbosa, mas registra que também se deve a ele a pluralidade do processo em todo país durante aproximadamente 49 anos. Deve-se a ele a limitação da competência do Congresso Nacional em matéria de leis processuais somente às situações afeitas à Justiça Federal.⁵³⁵ Para ele, a tese esposada pelo então Ministro da Justiça Manuel Ferraz de Campos Salles seria das mais absurdas; pois, se prevalecesse, além de inconveniente, também

⁵³³CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: commentarios. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Lito-Typographia, 1902, p. 126.

⁵³⁴CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: commentarios. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Lito-Typographia, 1902, p. 127-128.

⁵³⁵CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967, p. 93.

representaria um verdadeiro desastre para a Nação, no que toca à sua unidade política, geográfica, econômica e social.⁵³⁶

Este desejo de levar o princípio federativo ao extremo de deferir tal competência para legislar em matéria de direito civil aos poderes locais estaria restrito a alguns federalistas “românticos”, que talvez não soubessem distinguir a federação da confederação, no entender de José Gomes Bezerra Câmara. Entendia ele que a extensão do Brasil e de seus problemas reclamavam a unidade da legislação civil, e que foi equivocada a retirada do direito processual civil da competência da União. Pois, o direito processual civil também contém normas de direito civil substantivo; de modo que – em muitos casos – é difícil estabelecer uma fronteira nítida entre o direito processual civil e o direito civil.⁵³⁷

Apenas a título de pura especulação, cogita-se aqui a possibilidade de acontecer em relação ao direito civil um fenômeno similar ao que ocorreu em relação ao direito processual civil: a demora de alguns Estados em elaborar as suas codificações; alguns Estados simplesmente adotaram como suas as codificações de outros Estados; além de existirem alguns Estados que nem sequer elaboraram as suas codificações, aplicando ainda a velha legislação.

Por fim, compreende-se que esta decisão - ao deferir tal competência privativa de legislar em matéria de direito civil ao Congresso Nacional - foi uma “traição” ao princípio federativo, mas também representou um apego ao velho centralismo luso-brasileiro, que tende a concentrar poderes e competências, em vez de delegar ou transferir.

7.3 Coelho Rodrigues: um súdito “fiel”

A artificialidade da implantação do regime republicano entre nós pode ser evidenciada não apenas na manutenção das estruturas econômicas,

⁵³⁶CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967, p. 93-94.

⁵³⁷CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967, p. 94.

jurídicas e sociais; mas também no amplo aproveitamento de pessoas de “confiança” do Imperador no preenchimento de cargos na fase republicana.

Exemplo disto é o do Professor Antonio Coelho Rodrigues, que fez parte das duas últimas comissões formadas ao tempo da monarquia em prol da feitura de um Código Civil, quais sejam a Comissão de 1881 (para revisar o Projeto de Felício dos Santos) e a Comissão de 1889 (que foi presidida “de fato” pelo Imperador Dom Pedro II, e dissolvida logo após a Proclamação da República).

Com a República, foi Senador e Prefeito do Distrito Federal, além de ser o responsável pela elaboração da Lei do Casamento Civil (Decreto n. 181, de 24 de Janeiro de 1890); cabendo-lhe também “um *Projeto de Código Civil*, encomendado pelo Governo, o qual saiu a lume em 1893 e, depois reeditado com introdução histórica, exposição de motivos e discussão em 1897”. Destacam-se na sua produção bibliográfica – além do Projeto de Código Civil – as seguintes obras: “*Da República na América do Sul*, Einsielden, Suíça, 1906, 2ª ed., *Manual do súdito fiel* e outros escritos menores”.⁵³⁸

Atente-se, pois, para a sequência dos acontecimentos: I) em 01 de Junho de 1889, Coelho Rodrigues é nomeado pelo Imperador Dom Pedro II enquanto membro da Comissão incumbida da redação do Código Civil brasileiro; II) em 21 de Novembro de 1889, a Comissão outrora nomeada pelo Imperador é dissolvida pelo Ministério da Justiça do Governo Provisório da República; III) em 24 de Janeiro de 1890, o Decreto n. 181- redigido por Coelho Rodrigues - institui o Casamento Civil; IV) em 02 de Julho de 1890, Coelho Rodrigues é contratado para a elaboração do Projeto de Código Civil.

Sem dúvida, o simples fato de Coelho Rodrigues haver sido incumbido da tarefa de formular a Lei do Casamento Civil já o coloca em uma posição de destaque entre os reformadores do direito civil brasileiro. Esta é a alteração mais substancial que se operou em relação à legislação anterior, causando impactos sociais e políticos que não foram calculados pelo Governo e pelo projetista da Lei. José Gomes Bezerra Câmara assinala que a década iniciada com a Proclamação da República não trouxe alterações significativas em

⁵³⁸BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 497.

matéria de direito privado, mas faz questão de ressaltar a relevante alteração ocorrida no direito de família (a Lei do Casamento Civil), como exceção dentro daquele quadro geral.⁵³⁹

Este fato, contudo, não deixa de ser uma grande ironia. Em 1884, Coelho Rodrigues publica sob pseudônimo o seu *Manual do súbdito fiel*, no qual vai expressar sua insatisfação em relação às políticas desenvolvidas pelo Gabinete liberal à época. Coelho Rodrigues era um destacado membro do Partido Conservador, e irá tecer uma série de críticas às políticas levadas a efeito pelo Governo, especialmente no que tocava ao chamado “elemento servil”. Mas, entre diversas críticas dirigidas ao Governo ainda monárquico, cria uma situação hipotética e coloca a seguinte frase na boca de um Padre que irá representar a ala da Igreja Católica Apostólica Romana insatisfeita com os rumos da monarquia: “Depois, a influência soberana também tocou-me por casa, no projecto do casamento civil e na questão dos frades, cuja propriedade está esbulhando sem reservar, sequer, o usufructo, que a lei havia respeitado”.⁵⁴⁰

Ora, se o casamento civil serviu de mote para a crítica ao Governo nos tempos da Monarquia, agora é dele a responsabilidade de redigir a Lei do Casamento Civil. Veja-se, pois, que a transição da crítica à aceitação dá-se sem maiores problemas para Coelho Rodrigues. O que era abominável no projeto dos liberais no poder à época do Imperador Pedro II, ganhará concretude com a colaboração do outrora “súbdito fiel” e líder do Partido Conservador: Coelho Rodrigues. Ele mesmo confessa sua visão relativista em relação a tais diferenças ideológicas:

Apezar, porém, das doutrinas do meu autor predilecto, cedo verifiquei que isso de conservadores e liberaes no Brazil eram modos de dizer, ou methodo de opposição ao governo, e, como os meus parentes já andavam mettidos com os primeiros reuni-me a elles e fiz-me conservador, mesmo porque tinha alguma cousa que perder e a gente só póde ser liberal sem restricções, quando tem o pão certo, sem

⁵³⁹CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967, p. 74.

⁵⁴⁰RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 39.

trabalho, como os altos funcionarios, ou chega á condição de proletário.⁵⁴¹

Fazendo uso de uma fina ironia, afirma que os brasileiros geralmente desejam um título científico e um emprego público. Com a conquista do emprego público, passam a desejar uma cadeira na Câmara dos Deputados, após isto uma cama no Senado, em seguida uma poltrona no Conselho de Estado e, por fim, uma rede de dormir no Conselho de Estado.⁵⁴² Ademais, critica a possibilidade de abolição da pena de morte, que – apesar de ser do desejo da maioria dos filósofos – deve ficar fora das cogitações do Imperador. Isto porque, enquanto o filósofo “deve ser o apóstolo da igualdade”, considera o Rei enquanto “a encarnação suprema da desigualdade política”.⁵⁴³

A questão central desta obra é a escravidão, que é considerada por Coelho Rodrigues como a “irmã gêmea” Monarquia no continente americano. Assim, insinua que a abolição da escravidão entre nós levaria à supressão da monarquia.⁵⁴⁴ O que, de fato, terminou por ocorrer. De qualquer forma, ainda no intuito de persuadir o Imperador a não ceder aos abolicionistas, invoca o argumento da tradição ou dos costumes, bem ao gosto dos historicistas:

Eu não creio que instituições seculares possam ser reformadas e transformadas de improviso a golpes de decretos; pelo contrario, attribúo a esse preconceito os resultados negativos das grandes aspirações da revolução de 1789, e receio muito que a escravidão, supprimida por esse processo de sobre a nossa raça africana, resurja no dia seguinte por sobre a branca e a mestiça, que constituem a maioria do paiz.⁵⁴⁵

Registre-se, ainda, que Coelho Rodrigues faz uma crítica pontual à ausência de Código Civil ainda ao tempo da Monarquia, ao afirmar que “o governo conserva a linguagem das Ordenações, ou fala um dialecto mixto, que

⁵⁴¹ RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 11-12.

⁵⁴² RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 32.

⁵⁴³ RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 78.

⁵⁴⁴ RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 108.

⁵⁴⁵ RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 127.

não é bem o francez, nem o portuguez, e que só elle entende, se é que o entende”.⁵⁴⁶ O Código Civil serviria justamente para por fim a esta confusão, pois seria dotado de um texto claro e conciso, capaz de ser compreendido com mais facilidade. A tarefa de traduzir aquele “dialecto mixto”; de tornar o direito civil inteligível; caberá inicialmente a Coelho Rodrigues a partir da República.

A fim de se afastar da agitação da atividade política e da advocacia, Coelho Rodrigues resolveu realizar este trabalho de formulação do Projeto na Suíça, e o entregou ao Governo em 1893.⁵⁴⁷ Geraldo Neves assinala que o contrato firmado entre Coelho Rodrigues e o Governo à época concedia apenas três anos para a conclusão do Projeto. Entregue o Projeto em 1893, ele foi pomposamente rechaçado à época do Governo de Floriano Peixoto.⁵⁴⁸

De acordo com Spencer Vampré, a rejeição do projeto pelo Governo de Floriano Peixoto tem um componente político: o Governo estava temporariamente interessado em apoiar o Projeto de Felício dos Santos, que havia obtido o patrocínio de Saldanha Marinho.⁵⁴⁹

A rejeição do Projeto pelo Poder Executivo levou Coelho Rodrigues a apresentá-lo diretamente ao Poder Legislativo. Clóvis Bevilacqua assinalou à época que:

O senado já deu parecer favorável a respeito do *projecto* Coelho Rodrigues, porém mandando-o submeter á revisão de uma comissão de juristas- Si a procrastinação trazer maior perfeição que seja bem acolhida, mas si fôr para desfazer, ainda uma vez, esperanças, já arraigadas de obtermos, afinal, um código civil digno de nós, devemos lastimal-a.⁵⁵⁰

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, outra testemunha dos fatos à época, assinala que esta provocação do Senador Coelho Rodrigues para que o

⁵⁴⁶ RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884, p. 35.

⁵⁴⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 497.

⁵⁴⁸ NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco, p. 373.

⁵⁴⁹ VAMPRE, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916, p. 19.

⁵⁵⁰ BEVILAQUA, Clóvis. **Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado**. 2 ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1897, p. 114.

Senado pressionasse o Governo não produziu bons frutos; o que fez com que ele chegasse “até às portas dos tribunais, em memorável ação que propôs contra a União, sem resultado, aliás”.⁵⁵¹

O registro feito por Clóvis Bevilacqua ocorreu em um momento que antecede a sua contratação para a realização do Projeto de Código Civil. Mais adiante, já na posição de projetista do Código Civil, assinala o seu elogio ao Projeto apresentado por Coelho Rodrigues, após tecer críticas aos Projetos de Nabuco de Araújo e de Felício dos Santos. Segundo Clóvis Bevilacqua, Coelho Rodrigues teria sido mais feliz na escolha de seus referenciais teóricos, pois estaria mais atualizado em relação ao panorama legislativo e doutrinário; mas que, apesar disto, o projeto não obteve a aprovação das autoridades competentes.⁵⁵²

Coelho Rodrigues, assim como Teixeira de Freitas, também era um romanista e foi influenciado pela Pandectística alemã. O seu Projeto de Código Civil também era estruturado em uma Parte Geral e em uma Parte Especial, o que evidencia a sua concepção sistemática de direito civil. Chegou a traduzir as Institutas de Justiniano para o português, obra publicada em dois volumes (o primeiro em 1879, e o segundo em 1881) sob o título: *Institutas do Imperador Justiniano vertidas do latim para o português com perto de cinquenta notas extraídas do ‘Corpus Juris’ e um appendice contendo a integra do texto e da tradução das Novellas 118 e 127.*

A precisão conceitual e o caráter sistemático do seu Projeto de Código Civil, frutos da influência da civilística alemã, renderam a Coelho Rodrigues referências elogiosas de Spencer Vampré e Clóvis Bevilacqua. O primeiro, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, afirma que Coelho Rodrigues era detentor das mais “promissoras credenciaes” para a realização da tarefa da redação do Código Civil.⁵⁵³ Já Clóvis Bevilacqua confessa que desejava vincular o seu trabalho ao *Esboço* de Teixeira de Freitas e ao *Projecto* do “Dr. Coelho Rodrigues”. Afirma também que retirou mais contribuições do *Projecto* de

⁵⁵¹ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 613.

⁵⁵² BEVILACQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 25.

⁵⁵³ VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916, p. 19.

Coelho Rodrigues do que do *Esboço* de Teixeira de Freitas para a elaboração de seu próprio Projeto de Código Civil.⁵⁵⁴

A escolha de Coelho Rodrigues para a função de projetista do Código Civil também foi uma dura traição aos republicanos convictos. Escravagista e Monarquista, o “súdito fiel” Coelho Rodrigues não parecia ser a pessoa mais alinhada com os ideais de um regime que pretendia ser a antítese de tudo isto.

7.4 A Escola do Recife: notícia de sua relevância, periodização e introdução ao debate acerca do seu perfil naturalista ou culturalista

Comumente, atribui-se a influência germânica sobre o Código Civil brasileiro de 1916 ao fato de que: “A Escola do Recife e a obra do seu fundador, Tobias Barreto, foram o fundamento da codificação brasileira”.⁵⁵⁵ Conforme João Mauricio Adeodato, deve-se a denominação “Escola do Recife” a Sílvio Romero, para identificar o movimento intelectual que se iniciou por volta da década de 1860 e se estendeu até o princípio do século XX.⁵⁵⁶

Ainda nesta seara, Mário Losano apresenta a seguinte proposta de periodização da Escola do Recife:⁵⁵⁷

- 1) **Primeira fase** (final dos anos de 1860 até 1875): caracterizada pela reação inicial ao ecletismo espiritualista então dominante no Brasil;
- 2) **Segunda fase** (de 1875 a 1885): fase iniciada com a reprovação de Sílvio Romero ao concurso pela cátedra de filosofia da Faculdade de Direito do Recife. No mesmo ano de 1875, Tobias publica um ensaio – na seqüência do episódio Sílvio Romero – chamado “A metafísica deve ser considerada morta?”. Verifica-se neste período, também, a publicação do livro de Sílvio Romero: “A

⁵⁵⁴BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 26.

⁵⁵⁵ LOSANO, Mario G. La scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 325.

⁵⁵⁶ ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume LIII, fascículo 215 (jul./set. 2004). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 336.

⁵⁵⁷ LOSANO, Mario G. La scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 340-343.

filosofia no Brasil”. Trata-se de um momento de abandono ao positivismo comteano;

3) **Terceira fase** (de 1885 ao fim do século XIX): período de apogeu da Escola do Recife. Caracteriza-se pelo combate vigoroso ao espiritualismo e ao positivismo comteano. Com a morte de Tobias (1889), desenvolvimento de um cientificismo não dogmático e muito peculiar, de origem neokantiana. Lentamente, a Escola do Recife sai da linha traçada por Tobias Barreto, e investe no estudo da sociologia, “di quella sociologia cui Tobias Barreto nega il diritto di esistere”;

4) **Quarta fase** (de 1906 a 1914): fase de decadência ou dissolução da Escola do Recife. A Revista **cultura acadêmica** deixa de ser publicada em 1906, ano em que não se pode apontar a produção de monografia filosófica na FDR. Diz-se que é a fase “jurídica” da Escola do Recife, por ser marcada pelo abandono da filosofia e migração para o Direito. Clóvis Bevilacqua e Artur Orlando seriam os grandes representantes desta última fase.

O Professor Mário Losano é um dos juristas estrangeiros que se dedicaram ao estudo da história do direito brasileiro, além de ser um dos responsáveis pela divulgação da Escola do Recife no exterior. Contudo, não podemos concordar com ele quando situa o Código Civil brasileiro de 1916 e seu projetista Clóvis Bevilacqua nos domínios da Escola do Recife. Infelizmente, o impacto da obra do Professor Mário Losano e a ausência de investigações específicas contribuiriam para a repetição acrítica desta lição.

Também para José Lopes de Oliveira, o Código Civil de Bevilacqua é fruto da influência intelectual da Escola do Recife.⁵⁵⁸ Clóvis Bevilacqua seria o “filho espiritual” da Escola do Recife, e seus pensamentos expressariam a “essência” do pensamento desta Escola jusfilosófica brasileira.⁵⁵⁹ O jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti também considera que a influência alemã no Projeto de Clóvis Bevilacqua deu-se através da Escola do Recife, liderada por Tobias

⁵⁵⁸ OLIVEIRA, José Lopes de. Clóvis Bevilacqua e o Código Civil. **Revista Acadêmica**, n. XCIII (1984). Recife: Editora Universitária da UFPE, p. 13.

⁵⁵⁹ OLIVEIRA, José Lopes de. Clóvis Bevilacqua e o Código Civil. **Revista Acadêmica**, n. XCIII (1984). Recife: Editora Universitária da UFPE, p. 11.

Barreto; “e é lá onde Bevilacqua toma os principais elementos da sistemática geral de seu código”.⁵⁶⁰

Geralmente, vincula-se a Escola do Recife à chamada “geração 70”, ou seja, àqueles juristas que concluíram o curso de bacharelado em Direito ao longo da década de 1870, no ambiente da Faculdade de Direito do Recife. Após subseqüentes gerações fortemente influenciadas por ideais românticos, a chamada geração 70 apresentar-se-á como aquele grupo de pessoas que cuidará de matar o velho, de modo a preparar a chegada do novo. O “novo”, então, era identificado com o materialismo, o cientificismo, o anticlericalismo, etc.; de modo a recepcionar algumas das doutrinas em voga na época, quais sejam: o positivismo, de Comte e de Littrè; o evolucionismo de Haeckel e Spencer, etc.⁵⁶¹

Segundo Antonio Carlos Wolkmer, a Escola do Recife foi a responsável pela introdução no Brasil, no último quartel do século XIX, das teorias mais avançadas daquele tempo, especialmente em razão do germanismo de Tobias Barreto, que restringia as influências lusitanas e francesas.⁵⁶²

A diversidade de fases, de temas e de linhas teóricas desenvolvidas faz com que existam questionamentos sobre a existência de uma Escola do Recife, especialmente quando se está diante de posicionamentos às vezes tão diversos como os de Tobias Barreto, Sílvio Romero e Clóvis Bevilacqua. Para Vamireh Chacon, a resposta a este questionamento deve ser afirmativa, por se fundamentar no reconhecimento mútuo verificado entre os membros, amigos e discípulos de Tobias Barreto à época; bem como em vista da interpretação de diversos historiadores das idéias no Brasil: “de Leonel Franca SJ a Cruz Costa, Hermes Lima, Sílvio Rabelo, Miguel Reale, Nelson Werneck Sodrè e Hélio Jaguaribe, de todas as tendências filosóficas”.⁵⁶³

⁵⁶⁰LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998, p. 278.

⁵⁶¹AGUIAR, Cláudio. **Franklin Távora e seu tempo**. São Caetano do Sul-SP: Ateliê Editorial, 1997, p. 244.

⁵⁶²WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 104.

⁵⁶³CHACON, Vamireh. O germanismo da Escola do Recife. *In*: Barreto, Tobias. **Monografias em alemão**. Tradução de Vamireh Chacon. Aracaju: Governo do Estado de Sergipe, 1978, p. 09.

Resta saber, contudo, se a Escola do Recife pode ser qualificada de Culturalista, como pretendem Miguel Reale e Judith Martins-Costa, especialmente na fase de superação das influências do Positivismo de Comte.⁵⁶⁴ Já Nelson Saldanha e Graziela Bacchi Hora, preferem considerá-lo preponderantemente naturalista, apesar de sua tentativa de conciliação das teses neokantianas com o monismo filosófico.⁵⁶⁵ Vamireh Chacon, seguindo na trilha aberta por Miguel Reale, vê nas leituras kantianas de Tobias Barreto a prova da existência do “Culturalismo Tobiático”.⁵⁶⁶

Parece-nos que a divergência entre as teses de Nelson Saldanha e de Miguel Reale reside no debate acerca do maior ou menor grau de profundidade das leituras de Kant por Tobias Barreto. Graziela Bacchi Hora defende que a adesão de Tobias à Kant não teria se dado de forma conseqüente; mas apenas para rebater os excessos daqueles imersos em um dogmatismo e cientificismo que pretende explicar todos os fenômenos.⁵⁶⁷ Lourival Vilanova, por sua vez, reconhece que a leitura que Tobias Barreto fez da Crítica da razão pura era deveras lacunosa, o que revelava a fragilidade de Tobias Barreto enquanto estudioso da obra de Kant; não obstante o fato de Tobias Barreto haver escrito a sua *Recordação de Kant*, que é mais um texto de exaltação do que exatamente uma análise do pensamento kantiano.⁵⁶⁸ Mais adiante, retomaremos esta questão do caráter culturalista ou naturalista do discurso tobiático.

De qualquer forma, a chamada Escola do Recife foi responsável pela introdução no Brasil do último quartel do século XIX de uma série de filosofias em voga na Alemanha e em outros pontos da Europa. Entretanto, tratava-se inicialmente de uma filosofia eclética, representativa do período de decadência

⁵⁶⁴MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, a. 93, v. 819 (janeiro de 2004). São Paulo: RT, p. 27.

⁵⁶⁵HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

⁵⁶⁶CHACON, Vamireh. **História das idéias sociológicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 75.

⁵⁶⁷HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 296.

⁵⁶⁸VILANOVA, Lourival. Prefácio. In: SUCUPIRA, Newton. **Tobias Barreto e a filosofia alemã**. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 24.

da filosofia na Alemanha, que se verificou a partir da morte de Hegel, que exerceu influência sobre o ecletismo francês. Assim, muitos pensadores formados a partir da influência do positivismo apresentavam críticas “empiristas” às teses hegelianas.⁵⁶⁹

A filosofia de Karl Christian Friederich Krause também aparece neste contexto de decadência da filosofia alemã após a morte de Hegel. Seguidor de Fichte, ele defende a possibilidade de uma moral que não se submete necessariamente à religião, mas em uma liberdade que se realiza em um fluxo transpessoal da atividade pura. A filosofia de Krause, contudo, apesar de haver aportado no Recife por volta de 1853 – antes do que em São Paulo -, alcançará maior divulgação em São Paulo.⁵⁷⁰

Até mesmo os sucessores imediatos de Hegel, a exemplo de Schelling, passaram a invocar a experiência, numa tentativa de formular uma nova filosofia que fosse capaz de harmonizar a razão, a experiência e a religião. É justamente a partir desta crise sofrida pela filosofia alemã nas últimas décadas do século XIX que surgirão diversas correntes teóricas contemporâneas, sendo que algumas delas irão repercutir – ainda que de forma imprecisa e artificial – na chamada Escola do Recife.⁵⁷¹

7.5 O ecletismo espiritualista de Tobias Barreto e sua posterior adesão ao positivismo comteano

No ano de 1868, Tobias Barreto manifesta a sua adesão ao ecletismo espiritualista com a publicação do seguinte artigo: *Guizot e a escola espiritualista do século XIX*, que vem a lume em março do ano em questão.

⁵⁶⁹ COSTA, João Cruz. **Contribuição à história das idéias no Brasil**: o desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956, p. 296.

⁵⁷⁰ VEIGA, Gláucio. A doutrina de Krause. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – III volume. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1982, p. 115-116.

⁵⁷¹ COSTA, João Cruz. **Contribuição à história das idéias no Brasil**: o desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956, p. 296-297.

Com isso, da mesma forma que a maioria dos intelectuais da sua época, manifesta a sua fé no ecletismo espiritualista.⁵⁷²

A publicação deste trabalho, contudo, não chamará muita atenção da comunidade acadêmica e jurídica naquele tempo. Diferentemente do que se dará no mês seguinte, quando Tobias Barreto inicia uma polêmica intelectual com a publicação de outro artigo, qual seja *A Propósito de Uma Teoria de S. Tomás de Aquino*. Após ser contraditado por um colega acadêmico, responde com a publicação de outro trabalho em junho de 1868, intitulado *Teologia e Teodicéia não são Ciências*. Os dois trabalhos em questão foram publicados posteriormente nos seus *Estudos de Filosofia*, e – segundo Antônio Paim – tem por escopo atacar àqueles que almejam promover a restauração da subordinação da filosofia à teologia, idéia bastante em voga na Idade Média.⁵⁷³

Graziela Bacchi Hora afirma que o contato de Tobias Barreto com o espiritualismo eclético remonta aos seus estudos junto ao Frei Itaparica. Apesar de não significar uma ruptura com os dogmas vigentes à época, registre-se esta adesão de Tobias ao ecletismo já representa um importante contraponto ao tomismo e ao catolicismo tradicional.⁵⁷⁴

A influência de Victor Cousin, um dos expoentes do ecletismo espiritualista, remete também ao historicismo; que será um traço fundamental na Escola do Recife, porquanto este autor insinue que – ao lado dos sistemas filosóficos formulados pelos grandes pensadores ao longo dos diversos momentos da marcha histórica da filosofia – é de se admitir a existência de uma filosofia silenciosa e sem rosto, que se constituiu a partir dos posicionamentos lentamente e discretamente sedimentados pelo senso comum.⁵⁷⁵

Dá-se uma mudança significativa justamente quando Tobias passa a criticar o ecletismo espiritualista, a partir das bases fornecidas pelo positivismo de Comte. A introdução da filosofia de Augusto Comte no Brasil é saudada por

⁵⁷²PAIM, Antônio. **A escola do recife**. 3 ed. Londrina: UEL, 1997, p. 10.

⁵⁷³PAIM, Antônio. **A escola do recife**. 3 ed. Londrina: UEL, 1997, p. 11.

⁵⁷⁴HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

⁵⁷⁵HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 286.

Clóvis Bevilacqua como “o despontar de um novo dia”.⁵⁷⁶ Assim, já no ano de 1871, Tobias apresenta ao público um novo artigo: *A ciência da alma ainda e sempre contestada*, no qual apresenta suas críticas ao ecletismo espiritualista já a partir de uma visão positivista de mundo.⁵⁷⁷

Para Graziela Bacchi Hora, a razão da adesão ao positivismo comteano reside em:

uma necessidade de contraposição ao *status quo* vigente, em termos filosóficos e políticos, mas não há uma continuidade nessa adesão de modo a englobar o positivismo em seu viés dogmático. Nesse sentido, Recife difere de outros centros brasileiros, que receberam a influência francesa e experimentaram uma paulatina consolidação da doutrina positivista, como se fez notar no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul, sendo possível que se note a influência positivista no Brasil até meados do século XX. Há, aqui, no Recife, o abandono da defesa incondicional e dogmática do comtismo relativamente cedo, se compararmos com os outros centros de seu desenvolvimento no país. É oportuno lembrar a criação no Rio de Janeiro da Sociedade Positivista, em 1876, convertida em Centro ou Igreja Positivista em 1881, que se manteve em atividade até 1927, aceitando de Comte, além da doutrina filosófica positivista, o culto ao positivismo ortodoxo embutido na ‘religião da Humanidade’.⁵⁷⁸

Discordamos, contudo, do suposto saldo “progressista” da adesão ao positivismo entre nós. Para Graziela Bacchi Hora, o alinhamento ao positivismo teria proporcionado elementos de contraposição às antigas oligarquias, destacando-se as teses favoráveis à abolição da escravatura, à laicização do Estado e a uma antropologia antirracista.⁵⁷⁹ Ora, tais adeptos recifenses até poderiam ser abolicionistas, mas é difícil de acreditar que o positivismo comteano os persuadissem acerca da improcedência das teses favoráveis a uma concepção científica da inferioridade das raças não-brancas.

A defesa do fim da escravidão não significou, necessariamente, uma dignificação dos africanos e seus descendentes. Vários intelectuais, egressos

⁵⁷⁶ BEVILACQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 10.

⁵⁷⁷ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 287.

⁵⁷⁸ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 290.

⁵⁷⁹ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 291.

das faculdades do império, defendiam que o discurso abolicionista não deveria impedir o enfrentamento “imparcial” da questão racial. O precursor da medicina legal no país, Raymundo Nina Rodrigues, afirmava que a concepção que advoga que as diversas raças podem chegar ao mesmo estágio evolutivo, alcançando o meu grau de inteligência, é uma “concepção irremissivelmente condenada em face dos conhecimentos científicos modernos”.⁵⁸⁰

Sílvio Romero, por sua vez, advoga a aplicação do darwinismo em relação às raças, de modo a levar em consideração também o clima em que elas apareceram.⁵⁸¹ Mais adiante, reconhecendo a mestiçagem no Brasil, afirma o seguinte: “O elemento branco tende em todo caso a predominar com a internação e o desaparecimento progressivo do índio, com a extinção do tráfico de africanos e com a imigração européia, que promete continuar”.⁵⁸² Aproveitando a deixa de Sílvio Romero, Clóvis Bevilacqua afirma que – apesar da preponderância da raça branca – as “quantidades que entraram para essa combinação metachimica não se conservaram constantes”.⁵⁸³ Disto resulta que: “Quando o preto se combina com o branco (mulato), a inclinação criminosa baixa; mas, si há um retorno à fonte negra (cabra), se realça aquella inclinação”.⁵⁸⁴

Tal concepção, portanto, demonstra a coexistência entre os ideais abolicionistas das elites e certas concepções racistas. Ademais, observe-se que dois dos mais proeminentes membros da chamada Escola do Recife (Sílvio Romero e Clóvis Bevilacqua) eram partidários de teses na linha do chamado racismo científico; que terminavam por legitimar o tratamento desumano dispensado aos negros e mestiços.

A continuidade desta linhagem de pensamento na elite jurídica nacional encontrará eco ainda cerca de um século depois da abolição da escravatura no Brasil. Em concorrido seminário de direito romano ocorrido na Universidade de Brasília na primeira metade da década de 1980, o romanista Sílvio Meira teceu

⁵⁸⁰RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1984, p. 30.

⁵⁸¹ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 85.

⁵⁸²ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 133.

⁵⁸³BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 91.

⁵⁸⁴BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 94.

uma série de considerações sobre as contribuições das outras raças para a construção do direito civil brasileiro. Ao referir-se aos negros, rechaça uma possível contribuição deles para o direito nacional.⁵⁸⁵ Acrescenta, ainda, que:

O negro, inclinado à submissão, não deu às causas da nossa emancipação política o sangue e o brilho que lhe emprestaram os mamelucos. Os que morriam na forca, os fuzilados e esquartejados – salva uma ou outra exceção – eram mamelucos. Poderíamos citar dezenas ou centenas de exemplos.⁵⁸⁶

Tal concepção, sem dúvida, trilha o mesmo caminho dos argumentos de Sílvio Romero, que enxergava na mestiçagem a possibilidade de aperfeiçoamento da raça brasileira. Tal exaltação da mestiçagem no Brasil também encantará outro expoente da sociologia no Brasil durante o século XX: Gilberto Freyre.

7.6 Tobias Barreto e o seu monismo evolucionista. O método histórico-naturalista de Tobias Barreto e sua rejeição ao naturalismo determinista

Também o positivismo comteano será alvo de acérrimas críticas formuladas por Tobias Barreto. O marco da transição do positivismo para o monismo evolucionista é a publicação de *O haeckelismo na zoologia*, em 1880. Trata-se de um artigo que se propõe a demonstrar as vantagens do evolucionismo de Haeckel frente a doutrina comteana, tomando como ponto de partida as críticas de Carl Semper – que era professor de Würzburg – à doutrina de Ernest Haeckel.

Principia, portanto, por criticar os seguidores de Comte, “em cuja cabeça aliás nunca fez ninho a ideia da evolução”.⁵⁸⁷ A ideia de evolução da doutrina de Comte é a de uma evolução já concluída, nos termos da lei dos três estados;

⁵⁸⁵MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 135.

⁵⁸⁶MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? In: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 136.

⁵⁸⁷BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. In: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 77.

concepção que não seria originalmente dele, mas sim de filósofos escoceses do século XVIII.⁵⁸⁸

Tobias Barreto, inclusive, repara que esta referência de Comte ao número três seria uma espécie de resíduo teológico, na medida em que alude às virtudes do número três.⁵⁸⁹ Mas, tal referência não nos autoriza a afirmar que Tobias antecipou-se a Carl Schmitt e sua teologia política. Tobias Barreto era simplesmente um homem de seu tempo, com suas virtudes e seus vícios.

É interessante notar os exageros do germanismo de Tobias Barreto, quando - por exemplo - estabelece uma espécie de hierarquia entre sábios como mote para a crítica dirigida a Carl Semper: “O trabalho de Carl Semper não é digno de um sabio. e muito menos de um sabio allemão”.⁵⁹⁰ Ademais, Tobias Barreto critica Carl Semper quando ele advoga que o conhecimento empírico (ou seja, o conhecimento obtido a partir da experiência) é o único conhecimento válido para a zoologia, ou seja: que os limites naturais desta ciência impõem esta limitação da zoologia ao conhecimento empírico.⁵⁹¹

Sobre os ditos “limites naturais” da zoologia, afirma Tobias Barreto:

O que se deve entender por limites naturais e invariáveis de uma sciencia, máxime de uma sciencia de observação, em cuja natureza está mesmo fundada a ausência de qualquer limite d'antemão traçado, pois que ella augmenta de dia em dia o circulo da sua acção, é o que eu bem não comprehendo! E muito menos que esses limites não possam ser ultrapassados, sob pena de perder a zoologia o character de sciencia, quando é certo que o que lhe dá, como ás demais sciencias congêneres, o verdadeiro cunho scientifico, é justamente esse continuo avançar para o desconhecido, sem um programma que determine a priori o resultado e o valor das observações procedidas.⁵⁹²

Tobias Barreto também relaciona o pensamento de Darwin sobre a seleção natural ao evolucionismo de Haeckel. Segundo ele, Darwin teria intuído a sua concepção de seleção natural a partir de suas leituras da obra de

⁵⁸⁸BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 77.

⁵⁸⁹BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 77.

⁵⁹⁰BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 80.

⁵⁹¹BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 82-84.

⁵⁹²BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 84-85.

Malthus.⁵⁹³ Para ele, há uma transposição da noção de concorrência entre os indivíduos do domínio da economia para o domínio da biologia. Assim, a partir da idéia de “luta pela vida” (*struggle for life*) deduziu a concepção de seleção natural.⁵⁹⁴

Assim, se nas lutas em geral os fracos sucumbem diante dos fortes, conclui Tobias Barreto que é aos fortes que é cometida a missão de prosseguir no trabalho da vida, de modo que a partir de tais embates as classes de indivíduos vão se aperfeiçoando e introduzindo melhoramentos em todas as classes de seres, que são uma miríade de outros combatentes. Com isto, conclui que: “salvo um ou outro caso de degenerescência ou desenvolvimento falseado, tudo que existe é uma cousa selecta, - tudo que existe é melhor do que tudo que existiu”.⁵⁹⁵

Além de manifestar sua adesão ao evolucionismo, também irá manifestar uma visão monista em relação ao conhecimento científico. Este monismo consiste em afirmar que os fenômenos – sejam eles físicos, sociais, biológicos, etc. – se submetem aos mesmos princípios ou leis. De modo que indaga: “Qual é pois a diferença entre o raciocínio do astrônomo e o raciocínio do zoólogo, que de princípios admittidos deduz, como verdade probabilissima, que nelles se contem, a procedência *pithecoiclica* do homem? No fundo, nenhuma”.⁵⁹⁶ Assim, advoga a utilização desta visão evolucionista de Haeckel para o estudo do direito, bem como da história do direito. De acordo com Mario Losano, nesta última fase de seu pensamento, Tobias Barreto irá fundir o monismo de Kant com o evolucionismo de Haeckel.⁵⁹⁷

Contudo, este monismo não foi permanente e nem muito menos ortodoxo no pensamento de Tobias Barreto. No entender de Lourival Vilanova,

⁵⁹³BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. In: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 85.

⁵⁹⁴BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. In: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 86.

⁵⁹⁵BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. In: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 86.

⁵⁹⁶BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. In: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 88.

⁵⁹⁷LOSANO, Mario G. La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 358.

a personalidade de Tobias Barreto havia sido marcada por “um espiritualismo recôndito, que afluía com veemência”.⁵⁹⁸ Assim, mais adiante, além de combater a “sociolatria” de Comte (ou seja, uma valorização demasiada da sociologia), ele também irá combater os equívocos de Haeckel, outrora reputado como sábio; especificamente em suas *Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações antissociológicas*.⁵⁹⁹

Pois, segundo Graziela Bacchi Hora, Tobias também irá identificar em Haeckel (e sua filogenia) o empirismo radical que ele critica em Carl Semper e no positivismo de Comte:

Essa função limitadora do empirismo radical, defensora do espaço especulativo, resta igualmente satisfeita pela adoção do monismo propalado por Haeckel em sua obra *Ziele und Wege der Heutigen Entwicklungsgeschichte* (Objetivos e caminhos da história da evolução contemporânea), que conclama ao estudo das ciências biológicas através da filogenia. Segundo seu posicionamento, o método pode ser aplicado igualmente a vastas áreas da história da cultura a partir da conjugação de duas atitudes complementares: a ‘observação’ e a ‘reflexão’.⁶⁰⁰

Mas, José Izidoro Martins Júnior, fortemente influenciado pelas primeiras impressões de Tobias Barreto acerca do evolucionismo de Haeckel, posteriormente tentará desenvolver uma Teoria da História do Direito que irá aproximar a Escola Histórica de Savigny – que “entreviu e formulou algumas das leis que dominam a nova concepção do cosmos jurídico”⁶⁰¹ – e o evolucionismo de Haeckel, pelo que propõe uma história evolutiva do direito ou *philogenia jurídica*, qual seja: “a história evolutiva do Direito; mas do Direito geral, no seu conjunto, na sua integridade, na sua desenvolvimento completa através de povos e tempos”.⁶⁰²

⁵⁹⁸VILANOVA, Lourival. Prefácio. In: SUCUPIRA, Newton. **Tobias Barreto e a filosofia alemã**. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001, p. 21.

⁵⁹⁹HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292.

⁶⁰⁰HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 299.

⁶⁰¹MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica, 1895, p. 08.

⁶⁰²MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empresa Democratica, 1895, p. 11.

Tobias, por sua vez, irá se insurgir contra o monismo naturalístico, que se prende a uma intuição mecanicista, reduzindo o saber a investigações sobre as relações entre causas e efeitos. Para Tobias, o sentimento também deveria ser levado em consideração, e não apenas o movimento. De acordo com a posição dele, o conhecimento não se limitaria a uma série de porquês (a *causa efficiens*), mas deveria levar em consideração também os para-quês (a *causa finalis*).⁶⁰³

Em 1884, com a publicação de *Menores e loucos*, Tobias Barreto deixa claro que o seu naturalismo não é ortodoxo; que não há que se falar em um determinismo biológico também em questões jurídicas. De Tobias Barreto procede uma das primeiras críticas dirigida a Cesare Lombroso e seu criminalismo, pelo que refuta o argumento lombrosiano nos seguintes termos:

Assim como existe, perante a lógica um argumento vicioso que consiste em provar demais, também existe perante a ciência, alguma coisa de análogo e também condenável: é esse processo que se delicia em observar demais, em acumular observações, aparentemente profícuas mas no fundo estéreis, incapazes de generalização, irreduzíveis a uma lei.⁶⁰⁴

Ou seja, para Tobias Barreto, trata-se de uma transposição indevida de pressupostos da biologia e de outras ciências para a ciência do direito. Até mesmo porque a admissão de que o comportamento do indivíduo seria biologicamente determinado terminaria por inviabilizar a realização da função do direito que consiste no regramento das ações humanas; que pressupõe a capacidade do direito influir no comportamento humano.

Isto não significa que a explicação do tipo causal será excluída do repertório de Tobias Barreto, mas simplesmente que ele admite outras possibilidades de explicação dos fatos; o que também não nos permite concluir que ele fosse um culturalista (como afirma Miguel Reale).⁶⁰⁵ Até mesmo porque

⁶⁰³ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

⁶⁰⁴ BARRETO, Tobias. *Menores e loucos*. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.).

Tobias Barreto: estudos de direito II. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 72.

⁶⁰⁵ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295.

esta admissão de outras possibilidades de explicação não resultará em um abandono da filosofia de Haeckel por outra concepção; mas uma crítica ao reducionismo dos haeckelistas ortodoxos.⁶⁰⁶

Ademais, Tobias Barreto também não deixou o seu monismo completamente de lado, mas concebeu uma lei cósmica que compreenderia o natural humano e o natural não humano. Assim, em Tobias Barreto, não se verifica uma antítese, mas sim uma relação de complementaridade “desde que animais não humanos apresentam capacidade de aprendizado social e constroem uma própria história, à qual devem se adaptar os indivíduos de cada grupo que apresenta características distintivas”.⁶⁰⁷

Raymundo Nina Rodrigues, por outro lado, enquanto destacado discípulo da Escola Criminológica de Lombroso, rebate as críticas de Tobias Barreto. Afirma que a legislação brasileira em matéria de direito criminal baseava-se, à época do Código Penal de 1830, no princípio do livre arbítrio. Com o advento da república e a feitura de um novo Código Penal (em 1890), afirma que a legislação continuou a trilhar no caminho desta doutrina penal tradicional, que já se refletia no Código Penal de 1830.⁶⁰⁸ Daí a crítica a Tobias Barreto:

Entretanto, esta doutrina é ainda aceita, sob a fôrma de um ecletismo, de uma conciliação insustentável, por muitos representantes do mais puro determinismo. Incidiu nesta contradição o eminente jurista brasileiro Tobias Barreto, no exame crítico a que submeteu o código de 1830 nos seus *Menores e Loucos*.⁶⁰⁹

Todavia, não obstante o seu naturalismo, Tobias não poderia ser reputado como expoente deste “puro determinismo”. Pois, ainda que reconheça a procedência em parte da investigação etiológica do comportamento do criminoso, Tobias Barreto advoga que – apesar da naturalidade do fato

⁶⁰⁶HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 293.

⁶⁰⁷HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 295-296.

⁶⁰⁸RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1984, p. 54.

⁶⁰⁹RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1984, p. 54-55.

delituoso – não fazia sentido curvar-se ao que é natural incondicionalmente. Até mesmo porque – quando o natural é o comportamento criminoso – cabe ao direito promover o afastamento desta trajetória natural, na medida em que sociedade reputa que a tais condutas criminosas (apesar de naturais) são nocivas à organização social, fazendo uso de outras leis que não aquelas que implicam na ocorrência do fato criminoso.⁶¹⁰

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, aluno do curso de Filosofia de Direito ministrado por Tobias Barreto na Faculdade de Direito do Recife, assevera que Tobias Barreto considerava-se adepto do método histórico-naturalístico.⁶¹² Tobias Barreto, assim como os adeptos da Escola Histórica alemã, era um grande admirador do direito romano, tanto que tencionava escrever uma obra chamada *A Bíblia e o Corpus Iuris*, conforme registra Abelardo Saraiva da Cunha Lobo:

A frase de Hermann Post afirmando que ‘a ciência do direito não deve continuar a ser uma irmã da Teologia, limitando-se a folhear contemplativamente o *Corpus Iuris*, como esta folha da Bíblia’, só pode ser verdadeira quando entendida nos seus justos termos, isto é, como a entendia Tobias Barreto, não para excluir o Direito Romano do estudo das ciências jurídicas, mesmo do estudo rudimentar, o que seria um sacrilégio, como seria a exclusão da Bíblia do estudo da ciência das religiões ou *Crítica Religiosa*, mas tão-somente para despi-lo do modo dogmático, daquele resto de intuição medieval, que fez do *Corpus Iuris* um supremo oráculo, eternamente valioso.⁶¹¹

Assim, tanto a Bíblia da Fé como também a Bíblia do Direito (o *Corpus Iuris*) ainda poderiam ser utilizados, mas desde que submetidos a um método e princípio diretor diversos do que tradicionalmente se faz. No método históriconaturalístico, o princípio diretor consistiria em uma perspectiva evolucionista, “em virtude da qual o direito, com todas as suas aparências de

⁶¹⁰ HORA, Graziela Bacchi. A escola do Recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 297-298. ⁶¹² *Apud*: ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 506.

⁶¹¹ *Apud*: ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 505.

constância e imobilidade, também se acha, como tudo mais, em um perpétuo *feri*, sujeito a um processo de transformação perpétua”.⁶¹²

Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, inclusive, fará uso do jargão naturalista de Tobias Barreto em seu Curso de Direito Romano. Justifica-se afirmando que não pode causar espanto o uso de tais expressões por aqueles que foram alunos de Tobias Barreto, pois ele constantemente tomava emprestados de Darwin e sua linguagem expressões aplicadas ao ensino do “organismo do direito”. Assim, não se poderia estranhar “que um seu discípulo, fale em Fisiologia do Direito Romano e procure discorrer sobre a Sístole e a Diástole desse grande corpo, animado pela ação eficaz dos prudentes, dos Edis, dos Pretores e dos Imperadores romanos”.⁶¹³

Tobias Barreto, por sua vez, irá manifestar-se em um sentido muito próximo ao do “Direito dos Juristas” (*Juristenrecht*) de Savigny e da Escola Histórica Alemã, pela valorização das Faculdades de Direito e daqueles que fazem a “ciência do direito”. Trata-se de um artigo chamado *As faculdades jurídicas como factores do direito nacional*; que teria por inspiração um texto publicado por Rudolf Heinze, professor de Heidelberg, em 1875: *Beilageheft zum Gerichtssaal*.⁶¹⁴

Rudolf Heinze defende que as Faculdades de Direito devem contribuir em parte com a tarefa da produção do direito; mas não enquanto integrantes do Poder Judiciário – com o julgamento de litígios – e sim enquanto corpo científico que é digno de ser ouvido, “quer no interesse da sciencia mesma, quer para o fim de augmentar e desenvolver o capital jurídico das nações”.⁶¹⁵ Contudo, coloca em questionamento a capacidade do nosso poder judiciário e das faculdades de direito da época colaborarem no aperfeiçoamento das instituições jurídicas nacionais. Aqui no Brasil, segundo Tobias Barreto: “Themis e Minerva não se beijam, porem brigam e esbofeteamse”. Afirma que, em linhas gerais, os docentes das faculdades de direito são conservadores, de

⁶¹² LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. *Apud*: ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009, p. 505.

⁶¹³ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 122-123.

⁶¹⁴ BARRETO, Tobias. As faculdades jurídicas como factores do direito nacional. *In*: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 37-38.

⁶¹⁵ BARRETO, Tobias. As faculdades jurídicas como factores do direito nacional. *In*: **Estudos alemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 38.

modo que ainda não se acostumaram a se desfazer de “sua velha mobília científica”. Já em relação aos Juízes, assevera que a maioria dos membros da magistratura nacional eram selecionados prioritariamente entre “os mais perfeitos exemplares da classe dos acephalophoros”.⁶¹⁶

A solução que Tobias Barreto propõe para esta distorção consiste justamente na efetiva cooperação entre as Faculdades de Direito e o Poder Judiciário. Assim, caberia às Faculdades de Direito a missão de elaborar pareceres e de responder a consultas, mas não para a solução de questões particulares, e sim para a resolução de questões mais graves e informadas pelo interesse geral.⁶¹⁷ Não se trataria, portanto, de pareceres para a resolução de conflitos interindividuais do tipo *Tício versus Caio* (o que os juristas vinculados às Faculdades de Direito já produziam); mas sim de propor a interpretação do direito que fosse a mais adequada à realização do interesse comum.

Ademais, as Faculdades de Direito têm um papel relevante na formação do “capital jurídico” de uma nação, ou seja, “o conjunto de questões elucidadas, de problemas resolvidos, nas múltiplas relações de direito, que acompanham a vida social”.⁶¹⁸ O aspecto histórico do método de Tobias Barreto impõe justamente que se leve em consideração este capital jurídico, ou seja, o acúmulo histórico refinado pela ciência do direito ao longo do tempo. Observe-se, portanto, que não há em Tobias Barreto um desprezo pela tradição. O que ele propõe é que estas fontes históricas sejam submetidas a um critério científico, de modo que se pode falar que ele – na esteira de Savigny – também propõe uma Ciência Histórica do Direito; o que reforça nossa tese da recepção da Escola Histórica alemã no Brasil oitocentista.

Segundo Virgílio Campos, Tobias Barreto seria o responsável pelo chamado romantismo penal, ou seja, enquanto o romantismo já havia penetrado especialmente no direito privado a partir de Savigny e da Escola

⁶¹⁶BARRETO, Tobias. As faculdades jurísticas como factores do direito nacional. In: **Estudos allemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 39.

⁶¹⁷BARRETO, Tobias. As faculdades jurísticas como factores do direito nacional. In: **Estudos allemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 40.

⁶¹⁸BARRETO, Tobias. As faculdades jurísticas como factores do direito nacional. In: **Estudos allemães**. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883, p. 38.

Histórica alemã, o direito criminal permaneceu solidamente vinculado ao racionalismo, evidenciado na escola clássica penal.⁶¹⁹ É por isso que Tobias Barreto irá se manifestar favoravelmente à interpretação ampliativa da lei penal:

Mas é o caso de dizer com Rossirt que a liberdade deve ser protegida por outro modo, que não o simples respeito da letra da lei; porquanto, onde a independência e a integridade dos juizes, a honra do soberano e da nação não são garantias suficientes de justiça, a lei é um instrumento na mão dos mais sabidos. (...). Ainda baseio-me, sobre este ponto, na opinião de Puchta, para quem a ciência também é uma fonte jurídica. Com efeito, não compreendo que valor poderia ter o estudo do direito se os que a ele se consagram fossem obrigados, como os doutores da lei da escola do rabino Schammai, a ser somente exegetas, a não sair do texto, a executar simplesmente um trabalho de *midrasch*, como dizem os judeus, isto é, de escrupulosa interpretação literal. Assim viríamos a ter não uma ciência do direito, mas uma ciência da lei, que podia dar o pão, porém, ao certo, não dava honra a ninguém. Assentar-lhe-ia em cheio o *leider auch* com que Goethe humilhou a teologia; e cada um de nós poderia, com mais razão do que Fausto, zombar do seu doutorismo – *heisse Doctor gar!*⁶²⁰

Como já afirmamos anteriormente, esta perspectiva historicista de Tobias Barreto associa-se a um naturalismo não determinista, que lhe permite adotar uma perspectiva de um direito que se encontra imerso em um processo de constante transformação, “num perpétuo *fieri*”. Ademais, considerou que o direito enquanto objeto de estudo está submetido a uma permanente transição, ou seja, ele continuamente passa de um estado a outro; e arremata: “O direito constituiria uma anomalia inexplicável ou uma espécie de disparate histórico, se no meio de tudo que se move somente ele permanecesse imóvel”.⁶²¹

⁶¹⁹ CAMPOS, Virgílio. Tobias e o romantismo penal. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto: estudos de direito II**. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 280.

⁶²⁰ BARRETO, Tobias. Menores e loucos. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto: estudos de direito II**. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 42.

⁶²¹ BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto: estudos de direito II**. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 99-100.

7.7 Clóvis Bevilacqua e seu afastamento em relação a Escola do Recife: o determinismo no Projeto de Código Civil

Gláucio Veiga já afirmava que nem sempre os contemporâneos são coetâneos. Tratar-se-ia da diferença entre o que ele considera enquanto tempo externo (a contemporaneidade) e o tempo íntimo de cada geração (a coetaneidade). Se houvesse uma perfeita identificação entre contemporaneidade e coetaneidade, não haveria possibilidade de renovação e isto acarretaria na inércia do tempo histórico.⁶²²

Ademais, a referência que se possa fazer a um tempo histórico universal só pode ser tomada abstratamente. Pois, em terras tupiniquins, permanecemos em nosso tempo histórico peculiar; de modo que as conquistas verificadas no tempo histórico universal não eram recepcionadas mecanicamente, pacificamente em matéria de concepções e sistemas ideológicos. Assim, havia uma apropriação nacional de certas concepções européias, mas sem que necessariamente assumissem os mesmos significados e resultassem nos mesmos compromissos verificados no ambiente em que originalmente se desenvolveram.⁶²³

Segundo Gláucio Veiga, tratava-se de uma:

Tópica sobre as idéias européias, um sistema de ‘tópicos’ que iria se constituir num repertório de referência obrigatória, frequentemente mal assimilado, mas digerido. Exemplo clássico, a interpretação monista de Kant, dada por Tobias. Então, no âmbito de ideologia política as refrações e distorções seriam violentas.⁶²⁴

Exemplo desta Tópica é a Escola do Recife e seu “bando de idéias novas”, mas que não terão um sentido efetivamente renovador ou revolucionário entre nós. O que deveria ser ruptura, não significou nada mais do que meros “abalos, urticárias ideológicas”. Para Gláucio Veiga, a melhor prova deste impacto superficial da Escola do Recife está em um suposto

⁶²²VEIGA, Gláucio. Tempos e destempos. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume I. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1980, p. 19.

⁶²³VEIGA, Gláucio. Tempos e destempos. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume I. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1980, p. 20-21.

⁶²⁴VEIGA, Gláucio. Tempos e destempos. *In: História das idéias da faculdade de direito do Recife* – volume I. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1980, p. 21.

discípulo de Tobias Barreto, elaborando um Código Civil que ainda era deveras arcaico. Verificou-se geralmente uma tentativa de conciliação entre as novas idéias européias e as nossas estruturas arcaicas, em um ecletismo bastante característico na nossa filosofia. Clóvis Bevilacqua, enquanto representante deste ecletismo nacional, “confessava-se descoloridamente de meio termo, entre a retrogradação ou adiantamento exagerado. Bevilacqua colocou-se no justo meio – conservação de um lado e inovação do outro – ligados entre si harmonicamente”.⁶²⁵

Afirmamos que Clóvis Bevilacqua é um suposto discípulo de Tobias Barreto na medida em que ele não demonstra o respeito à figura de Tobias Barreto, bem como passa a trilhar um caminho diverso do traçado por Tobias Barreto.

Destarte, consideramos que Clóvis Bevilacqua na verdade se manifesta inicialmente como opositor ou crítico de Tobias Barreto. Talvez a admiração granjeada por Tobias não permitisse ao então obscuro Clóvis Bevilacqua tecer críticas diretas a ele, mas ainda assim identificamos tal atitude em um artigo publicado por Clóvis Bevilacqua em 1882: *Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro*.

Ele começa afirmando que a recepção do romantismo no Brasil deu-se “artificialmente, por mero espírito de imitação, por uma questão de moda”.⁶²⁶ A implantação do romantismo no Brasil não se deu naturalmente, mas seria fruto de um “enxerto, uma implantação artificial, como a generalidade das manifestações da intelligencia brasileira”.⁶²⁷ Tratar-se-ia, portanto, de uma “phase transitória e reaccionaria, mas despertadora dos elementos nacionaes da litteratura; uma suave luz crepuscular à prenunciar o dia que vem perto; o peristylo de vasto e luxuoso edifício”.⁶²⁸

⁶²⁵ VEIGA, Gláucio. Tempo estamento: a circunstância social nos últimos decênios do século XIX. In: **História das idéias da faculdade de direito do Recife** – volume VII. Recife: Artegrafi, 1993, p. 22.

⁶²⁶ BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. In: **Epochas e individualidades: estudos litterarios**. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 10.

⁶²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. In: **Epochas e individualidades: estudos litterarios**. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 37.

⁶²⁸ BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. In: **Epochas e individualidades: estudos litterarios**. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 71.

E quem será relacionado por Clóvis Bevilacqua entre os adeptos da Escola hugoana, que seria um desdobramento deste romantismo que entre nós é reacionário, artificial e fruto de um mero espírito de imitação? Tobias Barreto.⁶²⁹

Mais adiante, neste texto sobre o movimento romântico brasileiro, Clóvis Bevilacqua afirma que a mestiçagem produzida pelo cruzamento entre os brancos europeus e os negros resultou em uma regressão em nosso estágio civilizacional, de modo que o negro foi “um poderoso factor de nosso rebaixamento social”.⁶³⁰

O negro, seria uma “raça degenerada”⁶³¹, de modo que contribuiu minimamente para a formação do caráter brasileiro, mas o seu “contacto com a nossa sociedade foi também uma causa de retrogradamento intellectual”.⁶³² Os brasileiros seriam resultado do cruzamento de três raças: a branca, a negra e a americana. A raça branca, entretanto, sagrou-se vitoriosa no conflito travado em relação às demais, pois já ingressava na disputa “revestida de melhores armas”.⁶³³

Este recorte racial seria necessário para Clóvis Bevilacqua, pois permitiria entender melhor a literatura nacional, na medida em que os povos se constituem a partir da identificação de interesses comuns em matéria de raça, território, tradições, interesses, etc.⁶³⁴ Neste sentido, alude ao historicismo alemão de Lessing, Goethe, Schiller; além dos “dois irmãos poetas, philologos e historiadores, Jacques e Guilherme Grimm”.⁶³⁵ Ora, a referência a Jacques e Guilherme Grimm (e não a Jacob e Wilhelm Grimm) talvez evidencie que Clóvis

⁶²⁹BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 37.

⁶³⁰BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 74.

⁶³¹BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 75.

⁶³²BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 29.

⁶³³BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 27.

⁶³⁴BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 26.

⁶³⁵BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades*: estudos litterarios. Recife: Livraria Quintas, 1889, p. 13-14.

Bevilaqua consultava a traduções das obras destes autores alemães para o francês, em vez de examinar diretamente o texto original em alemão.

Como já asseveramos anteriormente, Tobias Barreto pode ser caracterizado na maturidade intelectual enquanto adepto de um monismo evolucionista, mas que não implicava em um naturalismo determinista. Apesar da simpatia passageira pelo comtismo e pelo litreísmo, Tobias Barreto “pouco se deteve no positivismo”.⁶³⁶

Ora, quando o positivismo já é considerado como superado por Tobias Barreto, Clóvis Bevilaqua afirmará que tal “interpretação positiva da natureza é hoje a preponderante”.⁶³⁷ Para ele, a recepção do pensamento de Augusto Comte no Brasil representa “o despontar de um novo dia”.⁶³⁸ Tais opções teóricas já evidenciam uma profunda divergência entre os pensamentos de Tobias Barreto e de Clóvis Bevilaqua. Entretanto, conforme Alcântara Nogueira, os estilos dos dois expoentes da Faculdade de Direito do Recife também são bem diferentes:

Divergência tanto maior quanto mais consideremos como Tobias estruturou o que pensou, sempre extremado nas afirmações ou negações, e a maneira como se conduziu Clóvis para organizar as idéias que tiveram o apoio de sua mente, deixando quase sempre à vista, quando não seja a oposição, uma concordância moderada, um espírito cético.⁶³⁹

Clóvis Bevilaqua não poupará elogios a Augusto Comte, que seria detentor de uma “perseverança inquebrantável que nunca se desmentiu através das vicissitudes de uma vida precária e laboriosa”. Acresce, ainda, que a sua obra contém “o que há de mais bello na historia dos homens devotados aos grandes pensamentos”.⁶⁴⁰ Clóvis Bevilaqua registra, ainda, que o positivismo que prepondera em Recife seria o “neo-positivismo inglez de

⁶³⁶NOGUEIRA, Alcântara. **O pensamento filosófico de Clóvis Bevilaqua**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – D.A.S.P., 1959, p. 173

⁶³⁷BEVILAQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 21.

⁶³⁸BEVILAQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 10.

⁶³⁹NOGUEIRA, Alcântara. **O pensamento filosófico de Clóvis Bevilaqua**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – D.A.S.P., 1959, p. 198.

⁶⁴⁰BEVILAQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 25-26.

Spencer”; enquanto na região Sul do Brasil já se constatavam as primeiras adesões ao positivismo religioso, à chamada “religião da humanidade”.⁶⁴¹

Mas, Sívio Romero, não poupará críticas ao positivismo comteano. Para ele, todo positivismo do tipo comteano é religioso: “O comtismo é aquilo, ou não é nada”.⁶⁴² Ao aludir a Littré, discípulo de Augusto Comte que depois iniciaria uma espécie de cisma entre os positivistas comteanos, afirma que tal movimento iniciado por ele “foi estéril, ilógico e anárquico”; para depois concluir que “o comtismo é um sistema atrasado e compressor, que faz uma figura apoucada ao lado do evolucionismo inglês e do naturalismo alemão”.⁶⁴³ Clóvis Bevilacqua, todavia, fará referência ao pensamento de Littré nas suas razões ao projeto de Código Civil: “Nada mais laborioso, pondera Littré, do que a passagem de uma concepção abstracta para uma obra effectiva”.⁶⁴⁴

É interessante notar que, apesar das grandes divergências em relação a Tobias Barreto e Sívio Romero, Clóvis Bevilacqua se denominará como representante da “phase jurídica” da Escola do Recife.⁶⁴⁵

De acordo com Alcântara Nogueira, o evolucionismo spenceriano pode ser identificado como a teoria em relação a qual Clóvis Bevilacqua mais se identificava.⁶⁴⁶

A alusão Spencer teria caído no gosto das elites nacionais emergentes, entusiastas do Progresso, por se associar melhor à própria ascensão ao Poder desta parcela da nossa burguesia. Diversamente do que fazia Augusto Comte,

⁶⁴¹BEVILAQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883, p. 49-50.

⁶⁴²ROMERO, Sívio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 70-71.

⁶⁴³ROMERO, Sívio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 71.

⁶⁴⁴BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Codigo Civil Brasileiro. In: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 08.

⁶⁴⁵Discurso do Sr. Prof. Dr. Clóvis Bevilacqua no banquete oferecido ao Sr. Dr. Pontes de Miranda. In: BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nuno. **O direito como ciencia positiva na obra científica de Pontes de Miranda**: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado. Rio de Janeiro: Sussekind de Mendonça & Comp., 1923, p. 07-08.

⁶⁴⁶NOGUEIRA, Alcantara. **O pensamento filosófico de Clóvis Bevilacqua**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – D.A.S.P., 1959, p. 199.

Spencer apelava mais à razão do que à fé. Ademais, o discurso de Spencer poderia ser manipulado por estas elites a fim de justificar o imobilismo social aos vencidos, sob as vestes de uma suposta legitimidade de classes, raças e culturas, que seriam mais aptas para a conquista e a dominação. Neste contexto, portanto, ressaltar-se-á mais Spencer do que Comte, por meio de argumentos tipicamente neodarwinistas, que foram muito bem compreendidos por Clóvis Bevilacqua.⁶⁴⁷

Netto Campello, um Catedrático contemporâneo de Clóvis Bevilacqua na Faculdade de Direito do Recife, afirma que esta ampla divulgação do pensamento evolucionista de Herbert Spencer deve-se a Sylvio Romero; e que o evolucionismo de Herbert Spencer pretende demonstrar a aplicação da evolução “ao complexo dos phenomenos universaes”.⁶⁴⁸ Este evolucionismo de Spencer encontrará correspondências na Sociologia do Direito Civil de Rudolf von Ihering; ou ainda com Lombroso, Ferri e Garofalo no Direito Criminal.⁶⁴⁹

Clóvis Bevilacqua aplicará a tese evolucionista de Spencer aos seus estudos de história do direito, direito romano e direito civil. Em *A formula da evolução jurídica*, defende que não é verdade que o direito romano retirasse sua força de uma suposta imposição dos vencedores aos vencidos.⁶⁵⁰ Apesar do desaparecimento daquela civilização, o direito romano continuou a subsistir enquanto espécie normativa entre os bárbaros, que o integraram aos seus costumes locais. Esta fusão do direito romano ao direito bárbaro, contudo, não se deu pela força das armas; mas por expressar o “valor incontestável de uma cultura superior”, de onde se originaram as instituições e a legislação das nações do ocidente.⁶⁵¹

Em *Criminologia e direito*, além de mais uma vez defender a inferioridade da raça negra e a aplicação das teses de Lombroso ao direito civil,

⁶⁴⁷ CHACON, Vamireh. **História das idéias sociológicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 30-31.

⁶⁴⁸ CAMPELLO, Netto. Prefácio. In: GUIMARÃES, Joaquim de Albuquerque Barros. **Elementos de direito romano** (adaptados ao programma aprovado pela congregação da faculdade de direito do recife). 2 ed. Recife: Manuel Nogueira de Souza, 1904, p. III.

⁶⁴⁹ CHACON, Vamireh. **História das idéias sociológicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 76.

⁶⁵⁰ BEVILAQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, a. III, 2ª edição (1893). Recife: Typ. Empreza Diario da Manhã, p. 09.

⁶⁵¹ BEVILAQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, a. III, 2ª edição (1893). Recife: Typ. Empreza Diario da Manhã, p. 09-10.

ele aduz que o direito se elabora no seio da sociedade a partir de um duplo combate:

Externamente a sociedade tem de defender, palmo a palmo, o solo em que pousa, momento por momento, o escoar de sua existência. Internamente os indivíduos tem de lutar cada um contra cada um e contra todos; mas como a divisão dos officios estractifica a sociedade em diversas classes, é finalmente, entre estas que a lucta mais ordinariamente se empenha. Da victoria ou do equilibrio das forças sociaes combatentes surge o direito como a resultante das sollicitações divergentes. O equilibrio dos interesses antinômicos é necessariamente instável. Quando a situação das classes muda, por acréscimo ou diminuição de energia, renova-se o combate. É, pois, a lucta o fator principal do direito. Ella o creou, e ella o mantém. O resultado da lucta há de ser necessariamente conforme aos interesses da sociedade, porque, se formando Ella em virtude da colligação de diversas parcialidades que visam a consecução de um fim commum, si entre estas parcialidades surgem conflictos, é natural que tenha auxilio da maioria aquella cujo interesse coincidir com a utilidade geral.⁶⁵²

Note-se, ainda, que o aporte trazido pelo evolucionismo de Spencer permitirá a Clóvis Bevilacqua admitir uma crescente especialização do direito privado para além do Código Civil, destacando-se do direito comercial o direito industrial, o que confirmaria “mais uma vez, em relação às formas do direito objectivo, a lei geral da evolução demonstrada por SPENCER”. Mas esta especialização não pararia aí, prosseguiria em relação a outros grupos de normas que – com o passar do tempo e sua contínua especialização – não admitirão mais sua permanência no corpo do direito comum, o que já se insinuaria no campo dos chamados “direitos intellectuaes”.⁶⁵³

Observe-se, pois, que Clóvis Bevilacqua nunca advogou a completude do Código Civil, nem muito menos o seu carácter excludente. Ele já admitia naturalmente o surgimento de uma legislação especial de direito privado; o que faz com que soem estranhas as acusações formuladas por civilistas nacionais ou estrangeiros acerca da pretensão de completude dos códigos civis, que se manifestaria em um suposto “paradigma insular da codificação privada”, ou ainda em um “modelo da unidade monológica” própria do Código Civil de

⁶⁵²BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896, p. 144-145.

⁶⁵³BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 39.

1916.⁶⁵⁴ Sem falar naqueles que associam – para nosso espanto – o Código Civil de 1916 à Escola da Exegese, como é o caso de Gustavo Tepedino:

O Código Civil brasileiro é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão, foram incorporadas pelas codificações do século XIX. Embora em vigor a partir de 1º de Janeiro de 1917, o projeto do Código Civil brasileiro foi elaborado por Clóvis Bevilacqua em 1889, na mesma esteira, portanto, do movimento legislativo que caracterizou o século XIX. Como se sabe, a Escola da Exegese, re-elaborando, o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações.⁶⁵⁵

Como já afirmamos e reafirmamos anteriormente, o movimento pela codificação civil no Brasil irá se associar às teses da Escola Histórica alemã e do chamado Historicismo político de Burke, que são justamente reações à filosofia que deu origem à Escola da Exegese. Infelizmente, este tipo de equívoco é deveras disseminado nas salas de aula das faculdades de direito, de modo que podemos testemunhar que já fomos vítima desta visão confusa.

Tais concepções seguem na trilha em prol da caracterização do Código Civil de 1916 enquanto diploma liberal. O professor Paulo Lôbo irá afirmar que o Código Civil brasileiro de 1916 foi um “produto tardio do ideário burguês liberal e individualista dos séculos anteriores”.⁶⁵⁶ Joachim Rückert analisa uma afirmação de Franz Wieacker acerca do Código Civil alemão que, para ele, seria equivocada:

Significativa em relação ao tratamento dado ao BGB nesta narrativa tradicional é a expressão muito citada de Franz Wieacker, segundo a qual o BGB seria o filho tardio do liberalismo. Essa denominação irônica tornou-se rapidamente uma etiqueta conhecida muito além dos círculos jurídicos – irônica justamente porque sugere que o filho nasceu tarde demais, praticamente morto, tão morto quanto o liberalismo em 1900 e principalmente nos anos seguintes. Certamente não era uma observação muito positiva. Sobretudo porque ela pressupunha uma grande narrativa histórica extraordinariamente convicta sobre o BGB e sua sociedade. Desde então, ela continua a ser fielmente contada e recontada, mesmo quando se deveria saber que ela provém dos ataques ao liberalismo

⁶⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência críticodoutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do rio de janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

⁶⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Revista Jurídica**, a. 48, n. 278 (dez. de 2000). Porto Alegre: Notadez, p. 07.

⁶⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

dos anos pré- e pós-1933, ano que marca a chegada de Hitler ao poder, tendo sua origem portanto em ‘fonte marrom’.⁶⁵⁷

A nossa “fonte marrom” em relação a tal afirmação do caráter liberal do nosso Código Civil pode ser situada nos juristas brasileiros que, nas décadas de 1940 e 1950, irão publicar trabalhos de cunho marxista criticando o Projeto Bevilaqua, como será o caso de Orlando Gomes e suas *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*.

Até mesmo a acusação de muitos adeptos da constitucionalização do direito civil (como a de Gustavo Tepedino, na página anterior), no sentido de que os civilistas brasileiros imputavam um “sentido constitucional” ao Código Civil, ou seja, que o Código Civil na sua auto-suficiência não precisava se valer da Constituição soa desarrazoada. Clóvis Bevilaqua, com o advento da Constituição brasileira de 1934, proferiu uma conferência na qual reconhece que “todo o direito de um povo dado se move, necessariamente, dentro do círculo da sua organização política”. Assim, reconhece que – por força da nova Constituição – “o Código Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões lógicas”.⁶⁵⁸

A partir das palavras de Joachim Rückert, pode-se dizer que as percepções tradicionais da civilística brasileira acerca do Código Civil de 1916 – especialmente dos adeptos da constitucionalização do direito civil – “reproduzem de forma completamente inadequada certas discussões que, apenas sob outra perspectiva, tornam-se interessantes”.⁶⁵⁹

Assim, os “reclamos sociais” não escaparão das preocupações de Clóvis Bevilaqua, que advoga neste caso a aplicação “da *lei de igual liberdade* de que nos fala SPENCER”. Afirma também que o individualismo deve ceder organicamente diante dos fins sociais do Estado, de modo que os Códigos de

⁶⁵⁷ RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código sem oportunidade? **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2 (2013). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 06.

⁶⁵⁸ BEVILAQUA, Clóvis. A constituição e o código civil. **Revista dos Tribunais**, v. 97, n. 34 (setembro de 1935), p. 31-38. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_47/panteao.htm

⁶⁵⁹ RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código sem oportunidade? **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2 (2013). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, p. 05-06.

Direito Privado devem ser Códigos de Direito Privado social. Este direito privado social consistiria no “equilibrio dos interesses do individuo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes. Dentro dessas raias são possíveis e benéficas a reforma, fora dellas serão subversivas”.⁶⁶⁰ Tanto entendia que a liberdade de contratar não é absoluta, que previa a figura da lesão em seu projeto de Código Civil, entre os defeitos do negócio jurídico. Tal instituto veio a ser suprimido posteriormente nas revisões feitas na Câmara e no Senado.

O evolucionismo de Spencer e o positivismo de Littré podem ser apontados como as principais influências de Clóvis Bevilacqua ao tempo da elaboração do Projeto de Código Civil. Este evolucionismo de Spencer irá se refletir em sua proposta acerca do exame pré-nupcial e da elevação da idade núbil, enquanto medidas eugenistas:

A idade núbil foi elevada a quinze annos para as mulheres e a dezoito para os homens, então está completa a puberdade para os dous sexos, e a experiencia tem demonstrado que os filhos de progenitores apenas puberes são debeis e enfermicos. Por outro lado, com o casamento se contraem obrigações de altíssima importância, que não podem ser bem comprehendidas e desempenhadas por pessoas de idade ainda muito tenra. Portanto, no interesse da sociedade, da família e dos próprios esposos, deve a lei exigir que somente se possam casar aquelles com quem se deve presumir um desenvolvimento physico e moral apropriado ao bom êxito do casamento. Mas ás pessoas que se acham nessas condições pode ser, sem inconveniente, a emancipação plena.⁶⁶¹

Na primeira redação proposta por Clóvis Bevilacqua para o Projeto de Código Civil, tal exigência de exame pré-nupcial estaria amparada no art. 220, com a seguinte redação:

Os paes e tutores poderão, antes de consentir no casamento, exigir, do noivo da filha ou tutelada, attestado medico, provando a ausência de qualquer lesão que ponha em perigo próximo a sua vida, e de qualquer moléstia incurável ou grave e transmissível por contagio ou herança. Igual direito lhes compete a respeito da noiva do filho ou tutelado.⁶⁶²

⁶⁶⁰ BEVILAGUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 39-40.

⁶⁶¹ BEVILAGUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Codigo Civil Brasileiro. *In*: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 27.

⁶⁶² PROJECTO DO CODIGO CIVIL BRAZILEIRO. *In*: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso

Com a revisão do Projeto promovida pela comissão designada pelo Ministério da Justiça, a regra passaria a constar do art. 231 do Projeto:

Os paes, tutores e curadores podem, antes de consentir no casamento, exigir, do noivo da filha, pupila ou curatelada, attestado medico, provando a ausência de qualquer lesão que ponha em perigo a sua vida, ou de moléstia grave, incurável ou transmissível. Igual direito lhes compete a respeito da noiva do filho, tutelado ou curatelado.⁶⁶⁵

Esta proposta de Clóvis Bevilacqua, entretanto, não pode ser tomada como uma novidade em relação ao direito civil brasileiro. Estava vigente àquela época do Decreto n. 181, de janeiro de 1890, que tratava do casamento civil.

Este Decreto prescrevia em seu artigo 20 o seguinte:

Além dos impedimentos do art. 7, os paes, tutores ou curadores dos menores, ou interdictos, poderão exigir do noivo ou da noiva de seu filho, pupillo, ou curatellado, antes de consentir no casamento, certidão de vaccina e exame medico, attestando que não tem lesão, que ponha em perigo próximo a sua vida, nem está soffrendo moléstia incurável, ou transmissível por contagio ou herança.⁶⁶³

A novidade, portanto, não residia na proposta em si, mas sim em sua fundamentação filosófica a partir do evolucionismo de Spencer e da filosofia de Rudolf von Ihering. Clóvis Bevilacqua teria tomado contato com a obra de Ihering a partir de 1881, quando era aluno do 4º ano da Faculdade de Direito do Recife.⁶⁶⁴ Outra influência sentida foi a de Herman Post, que pugnava por uma fundamentação da sociologia nos resultados obtidos pela biologia. Assim, o fenômeno jurídico enquanto parcela do fenômeno sociológico demanda para

Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 64.

⁶⁶⁵ PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRAZILEIRO, organizado pelo Dr. Clóvis Bevilacqua por ordem do governo federal e revisto pela comissão nomeada e presidida pelo Ministro da Justiça e Negocios Interiores, Dr. Epitacio Pessôa. *In*: COMMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p.181.

⁶⁶³ DECRETO n. 181 de Janeiro de 1890. *In*: CARVALHO, Jeronymo Materno Pereira de.

Promptuario sobre a lei do casamento civil. Recife: Typ. de Manoel Figueiroa de Faria & Filhos, 1890, p. 14.

⁶⁶⁴ PAIVA, Maria Arair Pinto. Pensamento jus-filosófico de Clóvis Bevilacqua ao final do século XIX. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 441.

a sua correta compreensão o entendimento dos seus pressupostos biológicos.⁶⁶⁵

Disto resulta a importância de Ihering e Post no arcabouço filosófico de Clóvis Bevilacqua, na medida em os considerava:

como representantes das novas ideias, estribadas no evolucionismo, no novel cientificismo e no monismo haekeliano. Se Jhering aplicou o método dedutivo em seus estudos, Post optou pelo método indutivo, procurando ver ‘a marcha seguida pelas sciencias reanimadas pelo methodo experimental, comprehendeu que se poderia fazer alguma cousa de semelhante em relação ao direito’.⁶⁶⁶

Mas, toda esta atenção dispensada à sociologia mais uma vez afastará Clóvis Bevilacqua das concepções formuladas por Tobias Barreto, que teceu uma série de críticas à “sociolatria” em suas *Variações anti-sociológicas*.⁶⁶⁷ Assim, apesar das críticas de Tobias Barreto ao sociologismo, “ele aderiu a Rudolf von Jhering, no que este defendia principalmente no livro *A luta pelo Direito (Der Kampf ums Recht, 1872)*. Era o Darwinismo Social expresso no Direito”.⁶⁶⁸ Rudolf von Ihering está para o direito civil, assim como Lombroso está para o direito penal; pelo que este amálgama filosófico formado a partir de Ihering, Spencer e Littré irão justificar tal expediente eugenista no bojo do Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua, mas que terminou por ser rejeitado durante o processo legislativo.

Rudolf von Ihering notabilizou-se por suas críticas à jurisprudência dos conceitos, por desenvolver teses tais como a da *culpa in contrahendo* e por haver colocado a finalidade (*zweck*) como conceito fundamental para o direito (*Grundbegriff des Rechts*). Apesar de muitos o identificarem atualmente com a crítica ao formalismo, ele defendia que a forma era a “irmã gêmea da liberdade”

⁶⁶⁵PAIVA, Maria Arair Pinto. Pensamento jus-filosófico de Clóvis Bevilacqua ao final do século XIX. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 446.

⁶⁶⁶PAIVA, Maria Arair Pinto. Pensamento jus-filosófico de Clóvis Bevilacqua ao final do século XIX. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 445.

⁶⁶⁷PAIVA, Maria Arair Pinto. Pensamento jus-filosófico de Clóvis Bevilacqua ao final do século XIX. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB, p. 451.

⁶⁶⁸CHACON, Vamireh. **História das idéias sociológicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 74-75.

(*Zwillingsschwester der Freiheit*).⁶⁶⁹ O fato é que, mesmo na Alemanha, não faltarão insinuações (ainda que qualificadas como obscuras) no sentido de que este darwinismo social de Ihering qualifica-o enquanto espécie de precursor de um racismo naturalista próximo do sustentado pelos adeptos do partido nazista alemão.⁶⁷⁰

Este sociologismo de Clóvis Bevilacqua seria justamente o aspecto original do seu projeto, levando-se em consideração os projetos anteriores de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues. Contudo, isto não retira dele o seu caráter conservador e autoritário. Se muitos dos egressos da Faculdade de Direito do Recife presentes aos debates no Congresso Nacional acerca da inserção do divórcio a vínculo no Código Civil, em vista da influência das concepções materialistas hauridas no ambiente da Faculdade pernambucana; a atitude de Clóvis Bevilacqua foi a de se integrar ao coro dos católicos e dos positivistas comteanos. Apesar de sua posição comteana moderada, Clóvis Bevilacqua é relacionado por Pontes de Miranda no grupo dos positivistas comteanos que se uniram aos católicos a fim combater “renhidamente” a proposta favorável ao divórcio.⁶⁷¹

Termina por ser mais conservador do que o Imperador em relação a quem fez uma acirrada oposição. Diz-se isto porque, a última Comissão incumbida da tarefa de elaborar o Código Civil ao tempo do Império - que era presidida de fato pelo Imperador Dom Pedro II – chegou a deliberar pela aprovação da proposta de admissão entre nós do divórcio, mas somente em caso de adultério.⁶⁷² Mas, por outro lado, para Clóvis Bevilacqua: “Sobre esta

⁶⁶⁹ RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings “Geist” und Jherings “Zweck”. **Rechtsgeschichte**, n. 5 (2004). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 129.

⁶⁷⁰ RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings “Geist” und Jherings “Zweck”. **Rechtsgeschichte**, n. 5 (2004). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, p. 129.

⁶⁷¹ MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 24-25.

⁶⁷² LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 609.

tormentosa questão do divórcio, não pareceu lícito ao auctor do Projecto avançar uma linha”.⁶⁷³

Não há que se falar efetivamente em um sentido inovador no Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua. As contribuições mais significativas e numerosas são de Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues: “Breve estatística poderia dizer-nos que foi, ainda em 1900-1915, Teixeira de Freitas, o codificador de 1860, quem mais criou no Código; depois, Coelho Rodrigues, Bevilacqua, a Comissão revisora e o Senado”.⁶⁷⁴ Ainda de acordo com Pontes de Miranda, isto talvez se deva ao fato de Clóvis Bevilacqua ser pouco afeito à práxis jurídica à época, por exercer exclusivamente a docência, diversamente de advogados experientes como Teixeira de Freitas e Coelho Rodrigues, de modo que: “O Código Civil brasileiro, pelo que deve a Clóvis Bevilacqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nelle vae morder (digamos) a realidade vêm de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rodrigues”.⁶⁷⁵

Como já assinalamos anteriormente, Clóvis Bevilacqua não concebeu um Código Civil “popular”, ou seja, que tinha por destinatário o Povo; pois defendia que “um código não poderá ser uma obra popular na sua expressão”.⁶⁷⁶ Mas, por outro lado, ele enxergava no Código Civil um sistema filosófico, que deveria servir como síntese de determinado momento histórico.⁶⁷⁷ Clóvis Bevilacqua também demonstrará em alguma medida a sua adesão às teses da Escola Histórica alemã, a começar pelo fato de reputar direito romano enquanto base

⁶⁷³BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 96.

⁶⁷⁴MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 118.

⁶⁷⁵MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928, p. 112.

⁶⁷⁶BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906, p. 20.

⁶⁷⁷BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro. *In*: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 04.

racional para a construção de uma ciência do direito.⁶⁷⁸ Seguindo nesta trilha, prestará suas homenagens à tradição:

A tradição, ligando entre si os diversos estádios do direito, representando uma aplicação da hereditariedade a esse fenómeno de ordem social, é um principio orgânico da vida jurídica. Quem se propuzesse a legislar 'rompendo com o passado, faria como aquelle que edificasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce', previne D'Aguano. O direito evolue, transforma-se, mas numa sequencia ininterrupta, de formas que se desdobram prolíficas. Os códigos antigos, como os modernos, jamais vieram firmar direito inteiramente novo, extranho ás tradições que o tempo argamassára. Assim procederam os legisladores da India, da Grecia e de Roma, assim se revelam as codificações civis da França, de Portugal, da Austria, da Allemanha, de toda parte.⁶⁷⁹

Observe-se, pois, que Clóvis Bevilaqua por um lado é um perfeito exemplar da tradição jurídica brasileira: ele tenta conciliar as estruturas arcaicas de nossa sociedade às novas idéias trazidas da Europa, dando nova roupagem a um conservadorismo e autoritarismo que já são conhecidos há longa data no Brasil. Por outro lado, no que respeita ao aspecto que poderia ser para ele um elemento de inovação – qual seja a sua vinculação a Tobias Barreto e a Escola do Recife -, Clóvis Bevilaqua apresenta-se como um traidor. A sua adesão às idéias de Spencer e Ihering só serviram para emprestar uma roupagem científica ao rebaixamento moral, social e econômico a que foram submetidos os não-brancos durante boa parte do século XX, e que ainda deita raízes sobre o nosso tempo.

⁶⁷⁸BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro. *In*: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 05.

⁶⁷⁹BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro. *In*: COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Código Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, p. 07.

SÍNTESE DAS CONCLUSÕES.

- I. A historicidade do conceito de direito, bem como a admissão do direito enquanto fenômeno historicamente localizado, demandam uma metodologia para o direito que também leve em consideração a sua historicidade. Esta metodologia é chamada de historismo, que importa em uma visão relativista da história e, também, do próprio fenômeno jurídico. O historismo importa também em uma perspectiva sisífica da história, na medida em que reconhece que a história não permite a realização de nenhum tipo de previsão ou intervenção segura em relação a acontecimentos futuros.
- II. A apropriação do discurso liberal por políticos e juristas brasileiros ao longo do século XIX não foi conseqüente, ou seja, não trazia consigo a intenção de realizar o programa subjacente a este discurso e nem muito menos expressará os mesmos significados do ambiente em que originalmente este ideário se desenvolveu. Ademais, o centralismo jurídico, o regime do favor e a escravidão foram poderosos entraves à construção da cidadania no Brasil oitocentista. O poder moderador e a união entre a Igreja e o Estado durante o período monárquico simplesmente inviabilizaram a caracterização do Estado e do Direito brasileiro como liberais, impedindo a formação de um contexto efetivamente liberal na década que antecedeu a feitura do Projeto de Código Civil de Clóvis Bevilacqua.
- III. A concepção jurídica dominante em matéria de direito civil no Brasil ao longo do século XIX foi a da Escola Histórica alemã, porquanto afinada com a chamada Filosofia da Restauração, que se opunha ao programa da Revolução Francesa e aos princípios do Liberalismo. A recepção das teses da Escola Histórica alemã no Brasil permitirá a estruturação de um discurso aparentemente modernizante e científico, mas com vistas à preservação da tradição e das estruturas jurídicas e sociais.

- IV. Esta tendência à harmonização entre modernização e tradição já se identifica nas Reformas empreendidas ao tempo do Reinado de Dom José e, depois, durante o Reinado de Dona Maria I. Auxiliado pelo Marquês de Pombal, Dom José irá empreender reformas no sentido de diminuir a influência da Igreja em relação aos assuntos estatais, a exemplo da Lei da Boa Razão, da Reforma nos Estatutos da Universidade de Coimbra e da expulsão dos jesuítas. Com a Lei da Boa Razão e a Reforma Universitária, introduz-se em Portugal e no Brasil o *usus modernus pandectarum*, que depois servirá de matéria-prima para a pandectística alemã e preparará a recepção da Escola Histórica alemã no Brasil.
- V. A emancipação política do Brasil não terá um sentido inovador no que respeita às instituições jurídicas e sociais, na medida em que se fez com a incorporação das instituições jurídicas lusitanas ao direito brasileiro, bem como com a preservação de práticas e instituições arcaicas, a exemplo da escravidão.
- VI. Apesar das inovações pontuais verificadas na Consolidação das Leis Cíveis, a atitude de Teixeira de Freitas não foi de abandono em relação à tradição, mas sim de valorização. Imbuído dos princípios esposados pela Escola Histórica alemã, Teixeira de Freitas elaborou um sistema de direito civil sem descurar das bases romanistas do direito brasileiro.
- VII. A Escola do Recife tem a sua culminância na Filosofia de Tobias Barreto, que assumiu na sua maturidade intelectual um caráter naturalista não determinista. Conciliando as teses da Escola Histórica alemã e do monismo evolucionista, Tobias Barreto formulou um método histórico-naturalista para o direito, rechaçando o positivismo comteano e o sociologismo de Ihering e outros. Clóvis Bevilacqua, contudo, afasta-se desta linha de pensamento. Assim, adota teses deterministas como a de Lombroso; filia-se às teses de Littré, que correspondem a um positivismo na linha comteana; bem como exalta o sociologismo de Spencer e de Ihering. O que nos leva a concluir

que Clóvis Bevilacqua procurou se afastar das teses de Tobias Barreto, em vez de implementá-las em seu projeto de Código Civil. Conclui-se, também, que o Projeto de Clóvis Bevilacqua admitia a intervenção do Estado nas relações privadas (ao prever o instituto da lesão, por exemplo), e pressupunha a necessidade de especialização da legislação de direito privado, pelo que não se pode afirmar que ele advogava que o Código Civil seria dotado de um “sentido constitucional”.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em Direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 8 (1997). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ADEODATO, João Maurício. O positivismo culturalista da Escola do Recife. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume LIII, fascículo 215 (jul./set. 2004). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ADEODATO, João Maurício. Função retórica do direito na construção das fronteiras da tolerância. *In*: **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. Retórica como metódica para estudo do direito. *In*: **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AGUIAR, Cláudio. **Franklin Távora e seu tempo**. São Caetano do Sul-SP: Ateliê Editorial, 1997.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Teixeira de Freitas. **Revista Jurídica**, a. 51, n. 309 (julho de 2003). Porto Alegre: Notadez.

ALMEIDA, Estevam de. **O projecto do código civil na camara e no senado**. São Paulo: Typ. Siqueira, Nagel & C., 1913.

ALVAREZ, Alexandre. The influence of the Napoleonic codification in other countries. *In*: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969.

ALVES, José Carlos Moreira. **Estudos de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2009.

AMBROSINI, Diego Rafael; FERNANDES, Maria Fernanda Lombardi. Elite política, abolicionismo e Republicanismo: 1850-1889. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ASSIS, Machado de. **Os deuses de casaca**. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1866.

BARBOSA, Ruy. **Commentários à constituição federal brasileira** – II volume: arts. 16 a 40, Do poder legislativo. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARRETO, Lima. **Triste fim de Policarpo Quaresma**. São Paulo: Moderna, 1993.

BARRETO, Tobias. O Haeckelismo na zoologia. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883.

BARRETO, Tobias. As faculdades juridicas como factores do direito nacional. *In: Estudos alemães*. Primeira série. Recife: Typographia Central, 1883.

BARRETO, Tobias. Menores e loucos. *In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). Tobias Barreto: estudos de direito II*. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991.

BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. *In: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). Tobias Barreto: estudos de direito II*. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991.

BEHRENDTS, Okko. Rudolf Von Ihering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale. **Rivista di diritto romano**, n. III (2003).

BENEYTO, Juan. **Una sociologia de la historia jurídica**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.

BENJAMIN, Walter. Über den Begriff der Geschichte. *In: Erzählen* – Schriften zur Theorie der Narration und zur literarischen Prosa. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007.

BEVILAQUA, Clóvis. **Philosophia positiva no Brazil**. Recife: Typographia Industrial, 1883.

BEVILAQUA, Clóvis. Esboço synthetico do movimento romântico brasileiro. *In: Epochas e individualidades: estudos litterarios*. Recife: Livraria Quintas, 1889.

BEVILAQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, a. III, 2ª edição (1893). Recife: Typ. Empreza Diario da Manhã.

BEVILAQUA, Clóvis. **Criminologia e direito**. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

BEVILAQUA, Clóvis. **Resumo das lições de legislação comparada sobre direito privado**. 2 ed. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

BEVILAQUA, Clóvis. Observações para esclarecimento do Codigo Civil Brasileiro. *In: COMMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS*.

Projecto do Codigo Civil Brasileiro: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

BEVILAQUA, Clóvis. **Em defeza do projecto de código civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

BEVILAQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de la universidad nacional de córdoba**, a. IV, n. 1 (marzo 1917). Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba.

BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nuno. **O direito como sciencia positiva na obra científica de Pontes de Miranda:** discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado. Rio de Janeiro: Sussekind de Mendonça & Comp., 1923.

BEVILAQUA, Clóvis. A constituição e o código civil. **Revista dos Tribunais**, v. 97, n. 34 (setembro de 1935), p. 31-38. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_47/panteao.htm

BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife.** Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

BOBBIO, Norberto. Liberalismo velho e novo. *In: O futuro da democracia.* Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *In: Teoria constitucional da democracia participativa* (Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

BONNECASE, Julien. **Science du droit et romantisme:** le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle. Paris: Librairie de Recueil Sirey, 1928.

BOURGEOIS, Bernard. **La pensée politique de Hegel.** 2 ed. Paris: P.U.F., 1992.

BRASIL. **Lei e Regulamento da Reforma Hypothecaria estabelecendo as bases das Sociedades de Credito Real.** Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

BRASIL. DECRETO n. 181 de Janeiro de 1890. *In*: CARVALHO, Jeronymo Materno Pereira de. **Promptuario sobre a lei do casamento civil**. Recife: Typ. de Manoel Figueiroa de Faria & Filhos, 1890.

BURKE, Edmund. **Reflections on the Revolution in France**. Chicago: Gateway Editions, 1955.

BURMEISTER, Karl Heinz. **Das studium der rechte im Zeitalter des Humanismus im deutschen Rechtsbereich**. Stuttgart: Guido Pressler, 1974.

CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo III [1822-1889]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966.

CÂMARA, José Gomes Bezerra. **Subsídios para a história do direito pátrio – tomo IV [1889-1930]**. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1967.

CAMPELLO, Netto. Prefácio. *In*: GUIMARÃES, Joaquim de Albuquerque Barros. **Elementos de direito romano** (adaptados ao programma approved pela congregação da faculdade de direito do recife). 2 ed. Recife: Manuel Nogueira de Souza, 1904.

CAMPOS, Joaquim Pinto de. **A igreja e o estado: o catholico e o cidadão**. Rio de Janeiro: Typographia do Globo, 1875.

CAMPOS, Virgílio. Tobias e o romantismo penal. *In*: MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto: estudos de direito II**. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991, p. 280

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

CASTRO JUNIOR, Torquato. A jurisprudência dos interesses e a questão da obediência à lei. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 14 (2004). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei? *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (orgs.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Classificação das obrigações. *In*: CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva; CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia (org.). **Coletânea do direito das obrigações**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2011.

CASTRO JUNIOR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição? *In*: SILVA, Artur Stamford da (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: EDUFPE, 2011.

CATALANO, Pierangelo. Direito romano na América latina: difusão e atualidade. *In*: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**: commentarios. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Lito-Typographia, 1902.

CHACON, Vamireh. **História das idéias sociológicas no Brasil**. São Paulo: Grijalbo/Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

CHACON, Vamireh. O germanismo da Escola do Recife. *In*: Barreto, Tobias. **Monografias em alemão**. Tradução de Vamireh Chacon. Aracaju: Governo do Estado de Sergipe, 1978.

CHACON, Vamireh. **O humanismo ibérico**: a escolástica progressista e a questão da modernidade. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1998.

COELHO, Maria Filomena. **A justiça d'além mar**: lógicas feudais em Pernambuco (séc. XVIII). Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2009.

COING, Helmut. **Grundzüge der rechtsphilosophie**. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1950.

COING, Helmut. Savigny et Collingwood ou: Histoire et Interprétation du Droit. **Archives de Philosophie du Droit**, Droit et Histoire (1959). Paris: Sirey.

COING, Helmut. Savigny und die deutsche privatrechtswissenschaft. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. VIII (1979). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

COMISSÃO ESPECIAL DA CAMARA DOS DEPUTADOS. **Projecto do Codigo Civil Brasileiro**: trabalhos da comissão especial da camara dos deputados (mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior). Volume I: projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

CORDEIRO, António Menezes. **Da modernização do direito civil, I volume (aspectos gerais)**. Coimbra: Almedina, 2004.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Ensino jurídico e titularidades: o lugar do professor. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do rio de janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

COSTA, Emília Viotti da. Introdução ao estudo da emancipação política do Brasil. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Brasil em perspectiva**. 20 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

COSTA, João Cruz. **Contribuição à história das idéias no Brasil**: o desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

COSTA, Pietro. Diritti. *In*: FIORAVANTI, Maurizio (org.). **Lo stato moderno in Europa**: istituzioni e diritto. 10 ed. Bari: Laterza, 2010.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Sobre os 150 anos da Faculdade de Direito do Recife. **Estudantes – Caderno Acadêmico**: órgão de divulgação científico-literário dos estudantes da Faculdade de Direito do Recife, a. 06, n. 10 (abr./dez. 2004). Recife: Bagaço/Diretório Demócrito de Souza Filho/Núcleo de Estudos Acadêmicos.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Apontamentos sobre a pesquisa jurídica a partir de uma visão tópico/retórica do direito. **Revista da Faculdade de Direito de Caruaru**, vol. 38 (2007). João Pessoa: Idéia.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Constitucionalização do direito civil e eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista Atualidades Jurídicas – revista eletrônica do conselho federal da oab**, n. 4 (jan./fev.2009). Brasília: OAB Editora.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. A morte e a morte da concepção sistemática do direito privado. Abertura hermenêutica, tópica e cláusulas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, a. 48, n. 189 (jan./mar. 2011). Brasília: Senado Federal.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Alguns aspectos da lei para a modernização do direito das obrigações na Alemanha. **Revista de Direito Privado**, a. 12, n. 45 (jan./mar. de 2011). São Paulo: RT.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares. The juridical Rethoric in the slavery of the imperial Brazil (1822-1889). *In*: **25th IVR World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy – Abstract Book (15-20 August 2011)**. Frankfurt am Main: Goethe Universität/Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie.

COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. Prefácio. *In*: COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva (coords.). **A modernização do direito civil – Volume II**. Recife: Nossa Livraria, 2012.

CRUZ, Guilherme Braga da. La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoleon. *In*: **Obras esparsas – volume II**: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981.

CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. *In: Obras esparsas – volume II: estudos de história do direito. Direito moderno. 2ª Parte.* Coimbra: Universidade de Coimbra, 1981.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón.** Tradução de Carlos G. Posada. 2 ed. Madrid: Francisco Beltran, 1920.

ECO, Umberto. **Arte e beleza na estética medieval.** Tradução de Mario Sabino Filho. Rio de Janeiro: Record, 2010.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho Civil** (Parte General). Volumen Primero. Barcelona: Bosch, 1947.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. A construção do direito privado contemporâneo na experiência crítico-doutrinária brasileira a partir do catálogo mínimo para o direito civil-constitucional no Brasil. *In: TEPEDINO, Gustavo (org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do congresso internacional de direito civil-constitucional da cidade do rio de janeiro.* São Paulo: Atlas, 2008.

FALLA DO THRONO DE PEDRO I, em 3 de maio de 1823. *In: CÂMARA DOS DEPUTADOS. Exposição comemorativa do centenário da 1ª constituinte do Brasil (1823-1923).* Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923.

FEIJÓ, Diogo Antônio. Discurso proferido na Sessão do Senado de 29 de maio de 1839, em resposta a Bernardo Pereira de Vasconcelos. *In: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). Os juristas na formação do estado-nação brasileiro.* Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FÖGEN, Marie Theres. Rechtsgeschichte – Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. *In: BECKER, Laércio Alexandre; STAUT JUNIOR, Sérgio Said (org.). A Escola de Frankfurt no Direito: Anais.* Curitiba: EDIBEJ, 1999.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB.

FRANÇA, Clemente Ferreira. Relatório do Ministério da Justiça de 1825: trecho do relatório redigido pelo Ministro Clemente Ferreira França, tratando da conjuntura política dos anos 1823, 1824 e 1825. *In: MOTA, Carlos Guilherme*

(coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Introdução. *In*: **Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil – Esbôço**, Volume 1. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores/Departamento de Imprensa Nacional, 1952.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Codificação do direito civil** (Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça). Publicação comemorativa ao Sesquicentenário dos Cursos Jurídicos (1827-1977). Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Arquivo Nacional, 1977.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Perspectiva histórica da filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1965.

FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

GALLO, Alfonso García. Prólogo a la version castellana. *In*: PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957.

GEDIEL, José Antônio Peres. Teixeira de Freitas: um civilista do império do Brasil. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (org.). **História do Direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Runaway world: how globalisation is reshaping our lives**. 2 ed. London: Profile Books, 2002.

GROSSI, Paolo. IL punto e la línea (l'impacto degli studi storici nella formazione del giurista). *In*: **Società, diritto, stato: un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006.

GROSSI, Paolo. Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi. *In*: **Società, Diritto, Stato – un recupero per il diritto**. Milano: Giuffrè, 2006.

HATTENHAUER, Hans. **Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática**. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987.

HESPANHA, António Manuel. **A história do direito na história social**. Lisboa: livros horizonte, 1978.

HESPANHA, António Manuel. Savants et rustiques: la violence douce de la raison juridique. **Ius Commune – Veröffentlichungen des Max-**

PlanckInstituts für Europäische Rechtsgeschichte, n. X (1983). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 16 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1983.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Capítulos de história do império**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

HORA, Graziela Bacchi. A escola do recife como expressão dos movimentos intelectuais do século XIX. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coords.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

IGLÉZIAS, Paola D'Andretta. A legislação comercial e o movimento de codificação civil no Segundo Reinado. *In*: MOTA, Carlos Guilherme; FERREIRA, Gabriela Nunes (coord.). **Os juristas na formação do EstadoNação brasileiro (de 1850 a 1930)**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTO, A. dos Santos. O código de Napoleão e o direito ibero-americano. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, volume 71 (1995). Coimbra: Universidade de Coimbra.

KENNEDY, Duncan. Savigny's Family/Patrimony distinction and its place in the global genealogy of classical legal thought. **The American Journal of comparative law**, v. 58, n. 4 (Fall 2010). Michigan: The American Society of Comparative Law.

KIMMINICH, Otto. Derecho y política – conocimientos de las ciencias jurídicas. **Universitas**: Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte, v. XXVII, n. 04 (jun. 1990).

KIRSTE, Stephan. Constituição como início do direito positivo. Traduzido por João Maurício Adeodato, Torquato Castro Jr. e Graziela Bacchi Hora. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

LACOMBE, Américo Jacobina. Apresentação. *In*: FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Rui Barbosa e a constituição de 1891**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

LARDEUX, Gwendoline. Droits civils français et allemand: entre convergence matérielle et opposition intellectuelle. **Revue de la recherche juridique – Droit prospectif**, n. 113 (2006-2). Marseille: PUAM.

LARENZ, Karl. **La filosofía contemporânea del derecho y del estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1942.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A parte geral do direito civil brasileiro: reflexões críticas sobre a sua atualidade e a sua prestabilidade no primeiro decênio do Código Civil. In: EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Os 10 anos do Código Civil**: evolução e perspectivas. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LIPARI, Nicolò. Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile. **Rivista di diritto civile**, a. LV, n. 5 (settembre-ottobre/2009). Padova: Cedam.

LIRA, Bernardino Bravo. El derecho común en ultramar: autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. XV (1988). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

LLOMPART, José. Juristisches und philosophisches denken. In: **Le raisonnement juridique**. Actes du congrés mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale: Bruxelles, 30 août – 3 septembre 1971. Bruxelles: Hubert Hubien, 1971.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de direito romano**. Brasília: Senado Federal, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, a. 36, n. 141 (jan./mar. de 1999). Brasília: Senado Federal.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: RT, 1998.

LOSANO, Mario G. La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano. In: TARELLO, Giovanni (org.). **Materiali per una storia della cultura giuridica**. Vol. IV. Genova: Società Editrice Il Mulino, 1974.

LUIG, Klaus. Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen. **Ius Commune – Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte**, n. V (1975). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O Império da Moderação: agentes da recepção do pensamento político europeu e construção da hegemonia ideológica do liberalismo moderado no Brasil imperial. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofia**

Jurídica y Filosofia Social, v. 23 (1999). Rosario: Universidad Nacional de Rosario.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. **Revista dos Tribunais**, a. 93, v. 819 (janeiro de 2004). São Paulo: RT.

MARTINS JUNIOR, José Izidoro. **História do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895.

MATTOS, Hebe Maria. **Escravidão e cidadania no Brasil Monárquico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império**. 2 ed. Brasília: Cegraf, 1983.

MEIRA, Sílvio. Direito Romano e Direito Novo no Brasil. Existe um Direito Civil Brasileiro? *In*: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MERCADANTE, Paulo; PAIM, Antonio (org.). **Tobias Barreto: estudos de direito II**. 2 ed. Rio de Janeiro/Aracaju: Record/Governo de Sergipe, 1991.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Discurso, em resposta, do Sr. Dr. Pontes de Miranda. *In*: BEVILAQUA, Clóvis; PINHEIRO, Nuno. **O direito como ciencia positiva na obra científica de Pontes de Miranda: discursos proferidos no banquete de 26 de fevereiro de 1923, incluído o do homenageado**. Rio de Janeiro: Sussekind de Mendonça & Comp., 1923.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello & C., 1928.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado – Parte Geral: Tomo I**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

NASCIMENTO, Douglas da Veiga. Código civil e revolução social: o regime do favor e os impasses da codificação civil brasileira no século XIX. *In*: RI JÚNIOR, Arno Dal (org.). **ANAIS Encontros de História do Direito da UFSC**. Ordenamentos jurídicos e a dimensão da justiça na experiência jurídica moderna e contemporânea: diálogos entre história, direito e criminologia. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Os filhos da lei. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, n. 45 (fevereiro/2001). São Paulo: Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais ANPOCS.

NEVES, Geraldo. Uma bibliografia comentada de fontes diretas e indiretas para o estudo do Esboço, Apontamento, Anteprojetos, Projetos e Código Civil Brasileiro, de 1855 a 2001. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11 (2000). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

NOGUEIRA, Alcantara. **O pensamento filosófico de Clóvis Bevilacqua**. Rio de Janeiro: Departamento Administrativo do Serviço Público – D.A.S.P., 1959.

OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Traduzido por Luis Sancho Seral. Buenos Aires: Editorial Labor, 1933.

OLIVEIRA, José Lopes de. Clóvis Bevilacqua e o Código Civil. **Revista Acadêmica**, n. XCIII (1984). Recife: Editora Universitária da UFPE.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do código de hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 13 (2003). Recife: Universidade Federal de Pernambuco.

OLIVEIRA, Luciano. **O enigma da democracia**: o pensamento de Claude Lefort. Piracicaba: Jacintha, 2010.

PAIM, Antônio. **A escola do recife**. 3 ed. Londrina: UEL, 1997.

PAIVA, Maria Arair Pinto. Pensamento jus-filosófico de Clóvis Bevilacqua ao final do século XIX. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 172, n. 452 (jul./set. 2011). Rio de Janeiro: IHGB.

PENA FILHO, Carlos. Testamento do homem sensato. *In*: COUTINHO, Edilberto (org.). **Os melhores poemas de Carlos Pena Filho**. 4 ed. São Paulo: Global, 2000.

PERICH, Ivan. The French code of 1804, the Austrian code of 1811, the German code of 1900, and the Swiss code of 1907; a contrast of their spirit and influence. *In*: **The progress of continental law in the nineteenth century by various authors**. New York: Augustus M. Kelley, 1969.

PIMONT, Sébastien. Peut-on réduire le droit en theories générales? Exemples en droit du contrat. **Revue trimestrielle de droit civil**, n. 3 (juillet/septembre 2009). Paris: Dalloz.

PLANITZ, Hans. **Principios de derecho privado germánico**. Barcelona: Bosch, 1957.

POPPER, Karl Raimund. **The poverty of historicism**. London: Routledge & Kegan Paul, 1957.

POPPER, Karl. A demarcação entre ciência e metafísica. *In*: CARRILHO, Manuel Maria. **Epistemologia**: posições e críticas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: colônia e império. São Paulo: Brasiliense, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REIS, João José. “Nos achamos em campo a tratar da liberdade”: a resistência negra no Brasil oitocentista. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000.

ROBERTS, Simon. Against a Systemic Legal History. **Rechtsgeschichte**, n. 1 (2002). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte.

RODRIGUES, Antonio Coelho. **Manual do súbdito fiel, ou Cartas de um lavrador a sua Magestade o Imperador sobre a questão do elemento servil**. Rio de Janeiro: Typ. e Lith. de Moreira, Maximino & C., 1884.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara Waissman Koogan, 1984, p. 30.

ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. Tomo primeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953.

RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings “Geist” und Jherings “Zweck”. **Rechtsgeschichte**, n. 5 (2004). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte.

RÜCKERT, Joachim. O BGB – um código sem oportunidade? **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series**, n. 2 (2013). Frankfurt am Main: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte.

SALDANHA, Nelson. History, Reason and Law. **Archiv für Rechts und Sozialphilosophie**, Bd. LXI/1 (1975). Franz Steiner Verlag GmbH, Wiesbaden, BRD.

SALDANHA, Nelson. História “geral e história “local”. **Revista Brasileira de Filosofia**, volume XXX, fascículo 113 (jan./mar.1979). São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia.

SALDANHA, Nelson. Prefácio. *In*: VEIGA, Gláucio. **História das idéias da faculdade de direito do Recife – III volume**. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982.

SALDANHA, Nelson. Vivência e sobrevivência do direito romano: para uma perspectiva brasileira. *In*: LANDIM, José Francisco Paes (coord.). **Seminários de direito romano**. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

SALDANHA, Nelson. Observações gerais sobre Jhering. *In*: ADEODATO, João Maurício (org.). **Jhering e o Direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1995.

SALDANHA, Nelson. Sobre a teoria geral do direito civil. **Revista da Esmape**, v. 2, n. 3 (jan./mar. 1997). Recife: ESMAPE.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Idéias Políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia, povos, ruínas**: páginas para uma filosofia da história. Rio de Janeiro: Calibán, 2002.

SALDANHA, Nelson. Sobre o “Direito Civil Constitucional” (Notas sobre a crise do classicismo jurídico). **Revista trimestral de direito civil**, a. 2, v.9 (jan./mar.2002). Rio de Janeiro: Padma.

SAVIGNY, Friedrich Carl von Savigny. **Sistema del diritto romano attuale**: volume primo. Traduzione dall’originale tedesco di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1886.

SCHMITT, Carl. **Die lage der europäischen rechtswissenschaft**. Tübingen: Internationaler Universitäts-Verlag, 1950.

SILVA, Clóvis do Couto e. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *In*: **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Vera Maria Jacob de Fradera (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Bonifácio de Andrada e. Representação à Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (coord.). **Os juristas na formação do estado-nação brasileiro**. Volume I – Século XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes de direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. **Revista Jurídica**, a. 48, n. 278 (dez. de 2000). Porto Alegre: Notadez.

VALLADÃO, Alfredo. **Felício dos Santos e a codificação civil**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1952.

VALLADÃO, Haroldo. **O Código Civil brasileiro e sua reforma**. Estrutura e sistemática. Códigos multiplicados, especiais e autônomos. Rio de Janeiro: Gráfica Olímpica, 1975.

VALLE, José Ferraz Ribeiro do. **Uma Corte de Justiça do Império**: o Tribunal da Relação de Pernambuco. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 1983.

VAMPRÉ, Spencer. **O que é o código civil** (conferências realizadas na Universidade de São Paulo). São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1916.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito – Vol. I**. 4 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1972.

VEIGA, Gláucio. Tempos e destempos. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume I. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1980.

VEIGA, Gláucio. Currículo e compêndios - 1. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume II. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1981.

VEIGA, Gláucio. A doutrina de Krause. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume III. Recife: UFPE/Editora Universitária, 1982.

VEIGA, Gláucio. A biblioteca da faculdade de Olinda. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume IV. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1984.

VEIGA, Gláucio. Estamentos e espaços. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume VI. Recife: Artegrafi, 1993.

VEIGA, Gláucio. Tempo estamento: a circunstância social nos últimos decênios do século XIX. *In*: **História das idéias da faculdade de direito do recife** – volume VII. Recife: Artegrafi, 1993.

VEIGA, Gláucio. **Direito econômico** – fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do direito (o direito inadimplente em relação à realidade). Recife: Nossa Livraria, 2008.

VENTURA, Roberto. Um Brasil mestiço: raça e cultura na passagem da monarquia à república. *In*: MOTA, Carlos Guilherme (org.). **Viagem incompleta – a experiência brasileira (1500-2000)**. São Paulo: SESC/SENAC, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILANOVA, Lourival. Prefácio. *In*: SUCUPIRA, Newton. **Tobias Barreto e a filosofia alemã**. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001.

VILELA, Karine Gomes Falcão; RODRIGUES, Ligia Santos da Silva; CARVALHO, Maria José de; VIDAL, Maria Marinês Gomes (orgs.). **Obras raras e valiosas**: critérios adotados pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

VILLEY, Michel. Préface. *In*: ARNAUD, André-Jean. **Les origines doctrinales du code civil français**. Préface de Michel Villey. Paris: LGDJ, 1969, p. II-III.

WEHLING, Arno. **A invenção da história**: estudos sobre o historicismo. 2 ed. Rio de Janeiro: Gama Filho, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WIEACKER, Franz. Foundations of European Legal Culture. **The American Journal of Comparative Law**, vol. 38, n. 01 (Winter, 1990). Michigan: The American Society of Comparative Law.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZENATI-CASTAING, Frédéric. La proposition de refonte du livre II du code civil: étude critique. **Revue trimestrielle de droit civil**, n. 2 (avril/juin 2009). Paris: Dalloz.

ZIMMERMANN, Reinhard. Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche). **Rivista di diritto civile**, a. XLVII, n. 6 (novembre/dicembre 2001). Padova: CEDAM.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The new german law of obligations**: historical and comparative perspectives. New York: Orford University Press, 2005.