

# HISTORICIDADE E RACIONALIDADE NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO

FRANCISCO AMARAL

*1. Introdução: Historicidade e Racionalidade na construção do direito. Matéria e forma. O recurso à história e o processo de codificação como summa divisio. A formação do direito ocidental e do direito brasileiro em particular; 2. O período pré-codificação. Historicidade; 2.1. A tradição romanista. O direito romano; 2.2. O direito canônico; 2.3. O direito germânico; 2.4. O direito comum (ius commune); 3. O processo de codificação brasileira. Racionalidade; 3.1. A obra de Teixeira de Freitas; 3.2. O Código Civil brasileiro; 3.3. A produção doutrinária. A literatura jurídica do Império; 4. Observações finais*

**Introdução: Historicidade e Racionalidade na construção do direito. Matéria e forma. O recurso à história e o processo de codificação como *summa divisio*. A formação do direito ocidental e do direito brasileiro em particular.**

Na história das ciências momento há em que, chegando-se a certo grau de maturidade, surge a necessidade de uma reflexão crítica sobre seus resultados particulares, estudando-se a formação do seu patrimônio teórico, a determinação do seu método e os princípios sobre os quais ela se desenvolve<sup>1</sup>.

A ciência jurídica<sup>2</sup> não foge a isso. Pelo contrário. Enfrentando novos problemas, decorrentes da inadequação ou até insuficiência dos modelos jurídicos da modernidade, o direito está em crise, sendo um dos seus mais evidentes sintomas a perda crescente da certeza e da segurança, valores históricos e fundamentais da ordem jurídica. Também a fragmentação dos sistemas e o pluralismo das fontes tornam evidente que o direito não mais satisfaz às necessidades de uma sociedade que evolui mais depressa do que ele<sup>3</sup>. É, assim,

instigante o desafio que se põe aos juristas de refletirem sobre o seu saber e o objeto desse conhecimento, nas suas estruturas e no seu modo de realização, e principalmente, a questão da permanência do modelo legalista da modernidade, o modelo formal — positivista dos séculos XVIII e XIX, “que tinha a norma jurídica como *prius*, o direito como sistema de normas e o pensamento jurídico orientado para a *aplicação* das regras”,<sup>4</sup> modelo hoje inadequado às exigências da sociedade contemporânea, marcada pelo domínio do conhecimento e a rapidez da informação.

O direito é fenômeno histórico e cultural, no processo de suas fontes e nas linhas de sua evolução. Traduz uma longa e milenar experiência, que se iniciou “quando os jurisconsultos romanos, com a sabedoria empírica quase intuitiva, vislumbraram na sociedade *tipos de conduta* e criaram, como visão antecipada dos comportamentos prováveis, os estupendos modelos jurídicos do direito romano<sup>5</sup>. O recurso à história é, assim, indispensável, e o primeiro passo para a compreensão da historicidade do direito deve ser de nós mesmos, na autoconsciência da nossa própria situação. E para chegar a essa consciência não há outro caminho senão percorrer o caminho evolutivo do direito, na sua formação, nas suas características, nas suas influências.<sup>6</sup>

Postulado inicial, que a história fortalece, é a convicção de que “a vida do direito não foi nunca pura *lógica*, mas sim *experiência*”. Particularmente na circunstância européia, aqui entendida no sentido orteguiano, circunstância essa que é a que mais diretamente nos afeta, pela influência sobre a nossa cultura, dois momentos se destacam. Um, que poderíamos chamar de *pragmático*, próprio do operar jurídico, diuturno, influenciado pela experiência comum, e outro, *reflexivo*, típico dos juristas que refletiam sobre o seu trabalho e seus procedimentos constitutivos,<sup>7</sup> e no qual se discutia a natureza da *jurisprudência*, se era *scientia* ou *ars*, como já patente nas fontes romanas.<sup>8</sup>

Na disputa sobre a *cientificidade* do direito é particularmente importante a contribuição dos juristas alemães da época moderna, o primeiro das quais foi Leibniz que, com seu pensamento matemático, *more geometrico*, induziu grande parte da doutrina jurídica para o racionalismo mais agudo, gerando o convencimento de que a verdadeira ciência jurídica, para ser tal, devia sublimar-se na elaboração de princípios cada vez mais gerais, em um trabalho crescente de abstração e generalidade<sup>9</sup>, o que foi próprio dos juristas alemães dos séculos XVIII e XIX, que nos legaram a pandectística como “a mais perfeita e completa realização do método sistemático”.

Em face disso, na história do direito ocidental, particularmente no de matriz romano-canônica, creio poder-se distinguir duas tendências marcantes, a da *historicidade* e a da *racionalidade*, conforme fosse dominante na primeira,

a concepção do direito como arte ou prática social, construída ao longo de uma experiência histórica, e na segunda, por efeito do iluminismo, de ser o direito uma ciência marcada pelo esforço dos juristas na elaboração de princípios cada vez mais gerais, afastados das “ocorrências concretas do cotidiano e do contingente”, a caracterizar um novo direito, o dos professores, que implicava a separação entre teoria e a prática, e a ação do direito professoral sobre a legislação<sup>10</sup>.

Qualquer que seja a concepção adotada, o fato é que, nesse processo histórico, momento importante é o da *codificação*, considerada hoje a *summa divisio temporis*, como processo de sistematização de regras jurídicas de determinada matéria, tendo como premissas a racionalidade e a conseqüente idéia de sistema. Segundo os historiadores, surgiu e desenvolveu-se como resposta à incapacidade do direito romano de satisfazer as necessidades jurídicas da sociedade industrial moderna<sup>11</sup> (século XVI — XIX).

No que diz respeito ao Brasil, os códigos surgiram (principalmente) de uma decisão da classe dirigente, com a independência, não sendo produto de longo processo histórico nacional, semelhante ao que ocorreu na Europa continental, da qual recolhemos, porém, as mesmas fontes. Teve como causa eficiente um ato de vontade política, e como sua causa material a herança do pensamento jurídico ocidental, aqui entendido como o conjunto da doutrina, da legislação e da jurisprudência, desenvolvido na Europa a partir do direito romano, com a contribuição do direito canônico e do direito germano-feudal.

A exemplo da experiência jurídica romano-canônica, a codificação representa para nós, a *summa divisão* do direito brasileiro, separando a *historicidade* da sua formação ibérica da *racionalidade* sistematizadora que o pensamento jusracionalista moderno nos proporcionou. Percorrer esse itinerário histórico-cultural ajuda a compreender o direito contemporâneo, marcado tanto pela crescente perda de certeza jurídica quanto pela crescente importância da experiência concreta e dos valores éticos que, tudo somado, tornam o direito uma unidade intrínseca de natureza axiológica e teleológica.<sup>12</sup>

Objetivo deste ensaio é estudar a formação do direito brasileiro, na sua matéria e na sua forma, para compreender principalmente o direito civil, na sua estrutura e na sua função na sociedade contemporânea, marcada pela complexidade, pelo pluralismo e pela fragmentação legislativa, e hoje sofrendo os efeitos da mundialização da economia. Coerentemente com a perspectiva adotada, dividimo-lo em duas partes, a primeira, dedicada ao período formativo, um longo *iter* iniciado com o direito romano, e por isso mesmo chamada de *historicidade*, o segundo, próprio do Estado moderno, marcado pela siste-

maticidade haurida do jusracionalismo, por isso mesmo chamada de *racionalidade*.

## 2. O período pré-codificação. Historicidade

### 2.1 A tradição romanista. O direito romano

O primeiro elemento na formação do direito brasileiro é o direito romano, aqui compreendendo a tradição romanista e o direito romano em senso estrito, das suas origens à compilação de Justiniano.

A tradição romanista significa o direito romano *lato sensu* do século VI ao século XX, mais precisamente o período entre o fenômeno da *recepção*<sup>13</sup> até os nossos dias. Compreende não só a sobrevivência do direito romano após a morte de Justiniano mas, principalmente, o seu restabelecimento no Ocidente, a partir do século XI, quando foi redescoberto e recuperado pela Universidade de Bolonha. É nessa segunda fase que se desenvolvem e se sucedem as escolas dos glosadores, dos pós-glosadores ou comentadores, do humanismo, do direito natural e da escola histórica alemã, terminando com o processo de codificação do direito civil moderno (século XIX).

Em sentido estrito, direito romano é o conjunto dos princípios e das normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos territórios por ela dominados desde a fundação da cidade (753 a. C.) até à morte de Justiniano, Imperador do Oriente (565 d. C.). Distingue-se, então, o direito romano da tradição romanista, na medida em que aquele é o direito dos romanos, das origens à compilação justiniânea, e essa é a sobrevivência ou continuidade, isto é, a aplicação prática do *ius romanum* nos países da Europa continental até sua consagração dos códigos modernos, principalmente o francês (1804) e o alemão (1900).

Dentre os vários aspectos que demonstram a vitalidade de sua presença e justificam as razões de seu estudo<sup>14</sup>, salienta-se que o direito romano é o fundamento de uma certa unidade espiritual da Europa, que tem o alicerce da sua civilização nos valores greco-romanos. E por via de consequência, acrescentamos, constitui-se em base comum dos diversos sistemas jurídicos da América Latina, transplantada por força da colonização ibérica.

O seu estudo permite a compreensão de que o direito é um fenômeno histórico, donde a insuficiência do pensamento lógico-dedutivo para lhe captar a essência e o sentido. E sendo o direito romano um direito histórico, sofreu alterações no seu processo de evolução, adaptando-se às circunstâncias de

tempo e de espaço, o que, na época atual, uma época de mudanças, ajuda a compreender os novos problemas e a elaborar as novas soluções.

Além desses aspectos, há que considerar o papel do direito romano na fixação de uma língua comum européia, que foi o latim, cuja oralidade levou à fragmentação dialetal, que deu origem às chamadas línguas latinas ou românicas, a saber, o italiano, o francês, o espanhol, o português e o romeno.

No plano jurídico, a influência romanista, principalmente a partir do século XI,<sup>15</sup> é manifesta.

Em primeiro lugar, o direito romano direito era um direito subsidiário, no sentido de que era chamado “a colmatar as lacunas de outros sistemas”<sup>16</sup>. Era fonte supletiva de direito, a que se recorria quando imperfeitas as fontes jurídicas nacionais. Direito subsidiário eram também o direito canônico, a glosa de Acúrsio, a opinião de Bártolo e, por último, a resolução do monarca<sup>17</sup>. Em Portugal, era também subsidiário o direito castelhano.

No campo político, a herança romana é a idéia de *republica*, aquilo que hoje se considera o Estado, e que designa “um poder de comando e de organização diverso das pessoas individuais que dele se encontrem momentaneamente investidas”. Nesse aspecto, Roma ligou-nos uma rica experiência institucional, a Realeza (753 a 509 a. C.), a República (509 a 27 a. C.), o Império, sob a forma do Principado (27 a. C. a 284 d. C.), que era uma monocracia de direito popular, e do Dominado (284 a 476 d. C.), uma monarquia absoluta de direito divino, e ainda a convicção de que a nação é o fundamento da soberania (*a res publica* era a *res populi*) e a de que o Estado representa e defende o interesse geral. E ainda, como característica, a submissão dos outros poderes públicos ao direito<sup>18</sup>.

Herança romana é também o seu sistema administrativo, marcado pela “concentração do poder decisório em um único ponto do território, a cidade de Roma, até 395 d. C. quando o império se dividiu, permanecendo Roma como a capital do império ocidental, e Constantinopla para a parte ocidental. Ambas as partes, por sua vez, dividiam-se em quatro grandes circunscrições territoriais, as chamadas *prefecturas*, cada uma governada pelo *Praefectus praetoris*. As prefeituras dividiam-se em *dioceses* e estas em províncias, administradas pelos governadores (*praeses provinciae*), e cada província dividida em distritos. Essa divisão persiste, no mundo ocidental, até hoje.

No direito privado, a herança romana é imensa. No que nos diz respeito, mais de quatro quintos dos 1.807 artigos do nosso Código Civil são produto da cultura romana, ou diretamente apreendidos nas fontes, ou indiretamente, as legislações que delas se nutriram como aconteceu a Portugal, à Alemanha, à França, à Itália, que fizeram do direito romano o manancial mais largo e mais

profundo para mitigar sua sede de saber”<sup>19</sup>. No processo de codificação civil brasileira, que culminou com o Código Civil em 1916, ponto culminante foi o Esboço de Teixeira de Freitas, com quase cinco mil artigos. Desses, grande parte inspirava-se nas fontes romanas<sup>20</sup>.

Na impossibilidade de nos referirmos, minuciosamente, aos dispositivos legais que, no Código Civil, nascem das fontes romanas, limitar-nos-emos a destacar a sua influência nos principais institutos do direito civil pátrio, a saber, a personalidade, a família, a propriedade, a obrigação e a sucessão.<sup>21</sup>

Em matéria de personalidade, isto é, de subjetividade jurídica, o direito romano, que exigia requisitos quanto à existência humana e quanto ao *status* para que o ser humano fosse sujeito de direito, protegia o concebido ainda não nascido, reservando-lhe os direitos, especialmente sucessórios, que ficavam dependendo do nascimento futuro. Dizia-se, por isso, que os concebidos se assemelhavam aos já nascidos, *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*, ou então, que *in utero sunt in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse* (D. 1,5,26). Embora houvesse em outros textos divergência,<sup>22</sup> esse entendimento cristaliza-se no artigo 4º do nosso Código Civil que dispõe: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com a vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro “. Com mais precisão já dispunha Teixeira de Freitas no art. 1º da Consolidação das Leis Civis (1858): “As pessoas consideram-se nascidas, apenas formadas no ventre materno; a lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo de nascimento”.

Em matéria de família, instituto fundamental é o casamento, do qual as fontes romanas tinham duas definições, uma de Modestino no Digesto (D. 23, 2,1.) e outra de Ulpiano, nas Instituições (I.9,1.).

Seus requisitos de existência e validade, o consentimento das partes e também do *parter familias* quando os nubentes não fossem *sui iuris*, a capacidade natural (puberdade) alcançada aos 12 e aos 14 anos, respectivamente para a mulher e para o homem, a capacidade jurídica (*connubium*), dependente da liberdade e na cidadania, e a ausência de parentesco, *direto* até o infinito e *colateral* até o 3º grau inclusive (Ulpiano 5,6), permanecem até hoje, com naturais modificações decorrentes da evolução histórica, na qual se destaca a influência do direito canônico. Outro aspecto peculiar do casamento romano, pelo menos na época clássica, era ser um ato que dispensava a intervenção dos poderes públicos, não estando submetido a formalidade de qualquer espécie. Hoje, no tocante à participação da autoridade judicial na celebração do casamento, tem essa, valor declaratório, não constitutivo.

Um outro instituto familiar digno de referência é a adoção, ato civil pela qual alguém aceita estranho como filho<sup>23</sup>. O direito romano admitia duas classes de adoção, a plena (*adoptio plena*) e a simples (*adoptio minus plena*). A primeira era feita por um ascendente do adotado, desligando-se este completamente da sua família de origens. A segunda deixava o adotado sob o poder de seu pai natural, adquirindo somente um direito sucessão legítima sobre os bens do adotante (C. 8, 47.). O direito brasileiro contemporâneo distingue a adoção *plena*, em que o menor, com menos de 18 anos, passa a ser, irrevogavelmente, filho dos adotantes, desligado de qualquer vínculo com os pais de sangue e parentes originários, da adoção *simples* ou *restrita*, em que o adotado é maior de 18 anos, não sendo a sua nova posição de filho definitiva ou irrevogável.

Também a tutela do direito romano foi recepcionada pelo Código Civil brasileiro (art. 406). Instituíam-se por testamento (testamentária), por lei (legítima) ou pelo magistrado (dativa), espécies que o direito contemporâneo mantém.

No campo das obrigações, têm especial interesse os contratos. A compra e venda (*emptio venditio*) é o primeiro contrato na disciplina do Código Civil, por sua importância e frequência da vida social moderna, e ainda por ser o contrato oneroso por excelência. À semelhança do que ocorria no direito romano, em nosso direito tem eficácia meramente obrigacional, diversamente do que ocorre no direito francês e nos direitos por esse influenciado. A fiança, tinha no direito romano, como no direito civil contemporâneo, sua função de garantir o cumprimento das obrigações. Nas relações entre o credor e o fiador, a este era assegurado o benefício de ordem ou de excussão (*beneficium excussionis*, Código Civil, art. 1.491), e o benefício de divisão (*beneficium divisionis*, Código Civil, art. 1.493). Por sua vez o fiador que pagasse integralmente a dívida, sub-rogava-se nos direitos do credor (D.46,1,pr.), o que o direito brasileiro também consagra no art. 1495 do Código Civil.

Em matéria de direitos reais, a propriedade é o direito subjetivo por excelência, de conteúdo mais vivo e complexo, pois reúne as faculdades de usar, fruir e dispor (*ius utendi, fruendi, abutendi*). Tem uma interconexão com os demais institutos de direito civil, e é elemento básico do direito patrimonial. Sua estrutura, conteúdo e função continuam, basicamente, as mesmas do direito romano, guardadas as modificações de correntes da evolução histórica.

Finalmente, no direito das sucessões, o testamento (*testamentum*) permanece como “ato solene de última vontade que produz efeitos *post-mortem* do testador. “À parte as velhas formas prescritas pelo *ius civile*, a substância

persiste em nosso direito, cuja compreensão postula o conhecimento do testamento romano”.<sup>24</sup>

## 2.2 O direito canônico

O direito canônico é o direito da igreja cristã<sup>25</sup>.

Composto de princípios e regras (*Kanon*) que as autoridades eclesiásticas estabeleceram para a organização da igreja e disciplina das relações dos fiéis<sup>26</sup>, o direito canônico veio a formar-se gradativamente a partir do ano 49, com um Concílio em Jerusalém que estabeleceu normas fundamentais, notadamente as que liberavam os cristãos dos ritos do judaísmo (por exemplo, a circuncisão)<sup>27</sup>.

O direito canônico é uma síntese do direito romano, das regras jurídicas do antigo testamento e dos preceitos éticos dos Pais da Igreja. Surgido como direito costumeiro, foi inicialmente um direito interno, aplicável somente aos religiosos, vindo, porém, a adquirir uma importância geral, dado o caráter ecumênico da igreja e o regime confessional dos antigos estados europeus, onde a religião era intimamente ligada aos poderes públicos e à sociedade<sup>28</sup>. Teve grande importância no desenvolvimento do direito europeu ocidental, tendo sido, durante a maior parte da Idade Média, o único direito escrito.

O direito canônico teve manifesta influência na formação dos diversos direitos europeus. No campo dos princípios gerais, o princípio da não retroatividade das leis, decorrente do princípio canônico de origem romana *Leges respiciunt futura non praeterita*, sempre em vigor no direito da Igreja<sup>29</sup>, está presente no direito público<sup>30</sup>, no direito civil<sup>31</sup> e no penal<sup>32</sup>.

O estado de necessidade vem do direito canônico. Com base nas Escrituras<sup>33</sup>, os canonistas foram levados a admitir o furto de alimentos em caso de necessidade extrema. A máxima *necessitas non habent lege* figura no Decreto de Graciano<sup>34</sup>.

O direito canônico contribuiu para a moralização das relações privadas, embora tenham sido os juristas pagãos os primeiros a defender que o direito era *ars boni et aequi*, como dizia Celso (D.1,1,1, pr.). Contribuiu também para o fortalecimento de princípios gerais, como o *enriquecimento sem causa*<sup>35</sup>, o abuso do direito<sup>36</sup>. Saliente-se, porém, que os princípios canônicos sempre se opuseram à reparação do dano corporal, julgado incompatível com a idéia do caráter sagrado do corpo humano, fora de comércio<sup>37</sup>. Foi preciso chegar à Revolução Industrial com o progresso da máquina e a multiplicação dos acidentes de trabalho, para que o legislador ao introduzisse no direito francês.

O princípio da inviolabilidade física, do corpo humano colocado fora de comércio, vem diretamente do provérbio *Noli me tangere* (Não me toquem), tirado da palavra de Cristo ressuscitado a Maria Madalena (João, XX, 17).<sup>38</sup>

Em matéria de casamento e das relações pessoais entre cônjuges é notória a influência do direito canônico<sup>39</sup>. O casamento civil é hoje, como no direito canônico pós-concílio de Trento, um ato consensual, público e solene, celebrado na presença de várias testemunhas<sup>40</sup>. A semelhança é manifesta. O casamento monogâmico, os impedimentos matrimoniais do parentesco consanguíneo, o uso da aliança, a necessidade do consentimento recíproco, a teoria dos vícios do consentimento e a oposição ao casamento são herança direta do direito canônico medieval. O dever de fidelidade, a permissão de separação de corpos (*Separatio a mensa et thoro*), a separação judicial, com a extinção da vida em comum, dos deveres conjugais e do regime matrimonial. O dever alimentar entre os parentes, principalmente os filhos<sup>41</sup>, e a legitimação dos filhos pelo casamento subsequente<sup>42</sup>, consagrada no Ocidente pela *Decretal tanta est vis matrimonii*, de Alexandre III.

Tratando-se de espoliação com violência, o direito canônico criou o princípio *Spoliatus ante omnia restituendus*, segundo o qual aquele que foi espoliado deve ser reintegrado na posse, antes de qualquer procedimento. A instituição do *remedium spoli* ou *actio spoli* está na origem da reintegração atual<sup>43</sup>.

No direito das obrigações, a valorização da vontade, em vez da forma, é expressa nos princípios do consensualismo e da obrigatoriedade contratual. É o sentido das duas máximas célebres *solus consensus obligat* e *pacta sunt servanda*. Também a regra *Rebus sic stantibus*, tiradas do Decreto de Graciano (Decreto, XIV, c. 2), que libera o devedor de uma prestação que se tornou muito onerosa; a subordinação da validade dos contratos a uma causa moral e lícita; a consideração da usura. E ainda, no campo das leis, a idéia da generalidade da lei desenvolvida pela doutrina canônica da segunda metade do século XII; a idéia de que as leis não são obrigatórias senão depois da sua publicação<sup>44</sup>; e ainda a regra segundo a qual na contagem do prazo, não se conta o dia inicial<sup>45</sup> (*dies a quo non computatur in termino*), forjado pelos romanistas medievais a partir de uma passagem do Digesto<sup>46</sup>, e ainda o adágio *specialia generalibus derogant*, consagrado no Sexto<sup>47</sup>. Também a redação dos atos do estado civil, estabelecida pelo Concílio de Trento para o batismo e o casamento<sup>48</sup>, e a noção de pessoa moral, que deve muito à doutrina do século XIII<sup>49</sup>.

E ainda no campo processual, a mudança “dos primitivos e bárbaros processos de prova dos germanos”; a necessidade do processo escrito, com os trâmites de citação, de produção de documentos, da prova testemunhal etc.; o recurso de apelação; a utilização das expressões *processus*, *processus iuris*, *processus judicarius*, em vez do *judicium* e da *ordo judiciorum privatorum* dos romanos<sup>50</sup>.

### 2.3. O direito germânico

Outra contribuição significativa para a cultura e o direito comum europeus, se bem que inferior ao direito romano, foi a do elemento germano-feudal, que nos influenciou por meio dos povos germânicos que dominaram a Península Ibérica, dentre os quais o mais importante foi o dos Visigodos<sup>51</sup>. Aproveitando a queda do Império Romano do Ocidente, os Visigodos ocuparam a Península Ibérica (Hispânia), dominando-a até à invasão dos muçulmanos em 711. Na Península Ibérica passaram a conviver, assim, dois povos. Os conquistadores germânicos, compreendendo os Visigodos, os Vândalos, os Suevos e os Alanos, e os conquistados “em que entravam os indígenas Celtiberos, Cantábricos, Lusitanos, e um misto de Fenícios, Cartagineses e Romanos, população esta que se reputava romana, porque de há muito vivia e regia-se pela legislação de Roma.”<sup>52</sup>No campo do direito as principais fontes eram o Breviário de Alarico ou *Lex Romana Visigothorum* (506), e o Código Visigótico, nas suas versões de Recesvindo (654) e Ervígio (681). Uma das suas principais contribuições foi o princípio da personalidade ou da nacionalidade das leis, segundo o qual cada povo era regido por seu direito próprio, isto é, “havendo uma coexistência de sistemas jurídicos diversos dentro do mesmo território, devia cada pessoa reger-se pelo direito da sua raça”<sup>53</sup>. “O Código Visigótico era um produto do cruzamento de três correntes jurídicas, a romana, a germânica e a canônica”, tendo sido preponderante a romana. Demonstra isso o fato do Breviário de Alarico ser muito mais uma seleção de textos de direito romano, *leges e iura*, do que de direito visigodo<sup>54</sup>.

Quanto à influência que poderá ter tido no direito medieval português, e por meio deste, no direito brasileiro, particularmente o civil, destacam-se os seguintes aspectos.

No campo da personalidade, a compreensão da pessoa “em sua natureza moral e jurídica, em sua liberdade e honra, de um modo mais profundo que nenhum outro foro”, o que foi fortalecido pelo cristianismo, e realçado pela reforma protestante, que “reconheceu a pessoa em sua dignidade e liberdade moral e jurídica”. Também a distinção entre pessoas físicas e jurídicas, matéria em que o direito romano, com os conceitos opostos de *communio* e *universitas* não era suficiente para as necessidades da vida econômica e social.

No campo dos direitos reais, o reconhecimento de uma propriedade sobre direitos, idéia que veio a ser reconhecida pelos códigos modernos. Também a distinção entre posse e propriedade, distinta da concepção romana. A posse germânica (*gewere*) como proteção jurídica, onde ressalta o elemento *objetivo* da proteção, diversa da posse romana, em que predominava a relação *subjativa*

de uma pessoa a uma coisa. Também o reconhecimento da propriedade comum e dividida, ou de exercício simultâneo por vários titulares, que não se confunde com o *condominium* romano. Diversamente do direito romano que definia a propriedade (*dominium* ou *proprietas*) como um conjunto de faculdades jurídicas (*utendi, fruendi, abutendi*) titulado de modo se não absoluto pelo menos individual, o direito germânico sempre defendeu a idéia da propriedade comum.

No campo do direito das obrigações, “o direito germânico não apresentava nenhuma dificuldade para admitir a substituição de uma pessoa por outra” na relação jurídica obrigacional, sendo assim preponderante o respectivo conteúdo material e objetivo, diversamente do que se verificava no direito romano em que não se admitia a mudança subjetiva na obrigação.

No âmbito do direito de família, o matrimônio era um vínculo sagrado, fundamento natural da organização jurídica e política, a que o cristianismo apenas acrescentou o caráter de sacramento. No que diz respeito aos regime de bens, o direito germânico reconheceu três regimes, o da reunião de bens, em que os dos cônjuges estavam separados, embora externamente reunidos e submetidos à administração e usufruto do marido, o da *comunhão* geral ou *parcial*, e o sistema *dotal* romano, modificado.

Em matéria sucessória, não se concebia a herança como uma *universitas rerum*, como no direito romano. O herdeiro respondia pelas dívidas da herança até ao limite dos bens que a formavam, o que corresponde ao nosso *benefício de inventário*<sup>55</sup>.

## 2.4. O direito comum (*ius commune*)

Os direitos romano, canônico e germânico conjugaram-se na formação de um *direito comum* (*ius commune*), (porque geral), contraposto aos direitos particulares (*ius proprium*) dos novos reinos, nações, territórios, cidades etc., que surgiram com a queda do Império Romano do Ocidente.

Esse direito veio a ser o elemento básico da tradição romana na Europa medieval, constituindo a ligação entre o direito antigo e o moderno, pelo que breve referência a seu respeito tem sentido em um trabalho de revisão histórica do direito contemporâneo de expressão latina, ibérica e luso-brasileira.

Vários fatores contribuíram para a configuração desse direito. A conquista de Roma, em 476, pelos bárbaros de Odoacro, assinala o fim do mundo antigo e dá início a uma nova era, embora se reconheça que o episódio, em si, com a deposição do rei Rômulo Augústulo, que regia naquele ano o Império Romano do Ocidente, foi um simples episódio da vida militar, não fruto de

uma crise política<sup>56</sup>. Mais importante, pelo menos em termos jurídicos, foi a obra do imperador Justiniano (527-565), do Império Romano do Oriente, que representa o termo final do processo de construção histórica e material do direito romano em senso estrito.

A queda e conseqüente fragmentação do Império Romano do Ocidente fizeram surgir reinos bárbaros, de origem germânica (Visigodos na Hispania, Francos na Gália, Lombardos na Itália etc.), reinos esse interessados na formação do seu próprio direito (*ius proprium*), verdadeiras ordens jurídicas,<sup>57</sup> seu prejuízo da influência romana. O direito privado romano permanecia o direito das populações romanizadas e os invasores germânicos mantinham os seus costumes ancestrais<sup>58</sup>, vigorando o já referido *princípio da personalidade do direito*, segundo o qual “o vencedor deixava que os vencidos vivessem segundo o seu próprio direito”<sup>59</sup>, princípio aplicado sobretudo em matéria civil e penal. Isso criava a necessidade de se determinar a lei aplicável no caso de conflito entre pessoas regidas por ordens jurídicas diversas. As regras estabelecidas nessa matéria estão na origem dos princípios do direito internacional privado contemporâneo<sup>60</sup>.

Com a redescoberta do Corpus Iuris Civilis, no século XII, o renascimento jurídico da Universidade de Bolonha, e a criação da ciência jurídica por obra dos *glosadores* e, principalmente, das pós-glosadores ou *comentadores*, e também com o restabelecimento do Sacro-Império Romano, por Carlos Magno<sup>61</sup>, surge a idéia de um direito uno, o direito romano, que retoma o seu primado sob o título de *ius commune*. Esse direito seria “o complexo das instituições jurídicas que os povos da bacia mediterrânea tinham em comum”<sup>62</sup>. *Ius commune* era, então, uma categoria lógica, abstrata, designativa de um conjunto de normas que valiam genericamente para todos, em contraposição às normas que valiam só para alguns. Configurava-se, desse modo, uma pluralidade de ordens jurídicas formadas de normas de direito romano, canônico, germânico, feudal (própria dos feudos que então já se haviam constituído), costumes locais, estatutos comunais<sup>63</sup> estatutos corporativos, estatutos de direito marítimo, ordenamentos monárquicos etc. Surgia, assim, o dualismo *ius commune* e *ius proprium*, só se aplicando, de regra, aquele, no caso de lacunas neste.

O direito comum foi recebido em todo o ocidente europeu, incluindo-se a península ibérica. Favoreceram tal recepção vários fatores: 1) o interesse político dos reis na aplicação dos princípios do direito romano, 2) a insuficiência do direito consuetudinário vigente nos diferentes territórios, 3) a superioridade e perfeição técnica do novo direito, 4) a obra jurídico-cultural das Universidades (Bolonha, Mont pellier), que se transformaram em verdadeiros

“focos de romanismo jurídico”, com a formação do “Estamento Letrado” e a difusão dos livros de direito.<sup>64</sup>

Na Espanha, o direito comum foi recebido nos fins do século XII, por meio não só dos estudantes de direito que iam à Universidade de Bolonha e dali voltavam com o conhecimento do direito romano, a influenciar posteriormente o direito espanhol, como também dos textos jurídicos romanos do *Corpus Iuris Civilis* usados pelos juristas e legisladores. No campo da literatura jurídica, há que fazer referência a Jacome Ruiz, autor das *Flores del Derecho*, do *Doctrinal de los pleytos* e os *Nuevos tiempos del juicio*, obras principalmente de direito processual civil romano<sup>65</sup>. Quanto à produção legislativa, as principais leis são o *Fuero Real*, publicado em 1255, no reinado de Afonso X, o Sábio, rei de Castela, e a *Ley das Siete Partidas*, assim chamada por ser dividida em 7 livros, e que se constituía em “uma grande enciclopédia do direito, em que se pretendia incluir todo o saber jurídico da época”<sup>66</sup>, e ainda o *Libro del Fuero on Espéculo*, possivelmente de 1255.

Essas obras são o instrumento de penetração do *ius commune* em Portugal, facilitado pelo fato de serem “escritas em idioma que facilita sua direta consulta ou tradução”, com resumos ou sínteses de soluções justiniâneas, e refletirem o “ambiente hispânico”<sup>67</sup>.

A *Siete Partidas* tiveram grande influência no direito português, principalmente nas Ordenações Afonsinas, para as quais os legisladores portugueses transladaram quase que literalmente leis inteiras da compilação espanhola<sup>68</sup>.

As subseqüentes Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603) não apresentam grandes mudanças, salvo em dois pontos: o direito comum mantém sua aplicação subsidiária não mais em função de qualquer vínculo com o Império mas porque fundado na razão (*ractio scripta*); a glosa de Acúrsio e a opinião de Bártolo vigem na medida em que não sofrem contraste com a interpretação da doutrina que lhes é posterior, isso até à lei da Boa Razão<sup>69</sup>.

No que diz respeito ao direito brasileiro, basta dizer que as Ordenações Filipinas, cujo objetivo principal foi reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes de Leão e as leis a essa posteriores<sup>70</sup> pouco apresentaram de inovação, mantendo como subsidiário o direito comum.

### 3. O processo de codificação brasileira. Racionalidade

No processo de codificação brasileira, e aqui tem-se em vista principalmente o direito privado, porque é nesta matéria que a historicidade e a tradição se fazem sentir com mais intensidade<sup>71</sup>, a causa determinante foi a vontade

política expressa na Constituição Imperial de 1824 e a causa material foi o legado jurídico-cultural deixado pela colonização portuguesa. É compreensível, assim, a afirmação de que “o pensamento brasileiro sob o império foi marcado pela importação de idéias, de doutrinas de origem européia”<sup>72</sup>.

A civilização européia, nela compreendido o direito, exercia natural fascínio, sendo eleita para modelo e padrão do pensamento universal.<sup>73</sup> É também compreensível que a luta pela independência gerasse um projeto de identidade nacional, marcado, na literatura por Gonçalves Dias e José Alencar, e, no direito, pela obra de inúmeros juristas que, fiéis às fontes lusitanas, aqui as conformavam às condições do novo meio, com rasgos de grande originalidade, por vezes, como se pode ver na obra de Teixeira de Freitas, a seguir referida. A originalidade revelar-se-ia na criação, não apenas na conservação do legado tradicional.<sup>74</sup>

No pensamento jurídico-filosófico era dominante o espírito renovador da Revolução Francesa, com o jusnaturalismo contratualista de Rousseau e as idéias de Montesquieu e, mais tarde, o jurnacionalismo de Wolf ou Heinecius, recebido por meio das fontes lusitanas<sup>75</sup>. A influência alemã teve em Tobias Barreto seu maior seguidor. É de assinalar-se também a filosofia eclética de Victor Cousin e a filosofia de Karl Christian Krause um dos “precursores do direito social” e o pensador que mais influência teve, nos meados do século XIX, na Espanha e em Portugal<sup>76</sup>.

Em dois vetores se pode estudar a evolução da cultura jurídica brasileira no Império e a formação do seu sistema jurídico. De um lado, a construção de um notável arcabouço jurídico, com que se pretendia disciplinar e organizar uma “sociedade agrária na estrutura, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índio — e mais tarde de negro, na composição”<sup>77</sup>. De outra parte, a criação de uma elite jurídica, própria e adequada ao ambiente brasileiro<sup>78</sup>, responsável por uma obra de doutrina que, fiel à cultura jurídica européia, particularmente às fontes lusitanas, era adequada ao ambiente brasileiro e própria de uma dada representação do mundo. Desse modo, trabalharemos nessas direções, primeiro, a codificação do direito privado, com um necessário e preliminar estudo sobre Teixeira de Freitas, e segundo, o Código Civil em si mesmo.

### **3.1. A obra de Teixeira de Freitas**

Atendendo ao disposto na Constituição do Império, de 25 de março de 1824, art. 179, item 18, que dispunha: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”,

o Governo Imperial contratou, em 15 de fevereiro de 1855, com Augusto Teixeira de Freitas, a consolidação da legislação civil, como primeiro passo para o Código Civil.

Freitas encarregou-se de coligir e classificar a legislação existente, portuguesa e brasileira, revogada ou vigente, por ordem cronológica e observada a divisão em pública e privada, e depois consolidar a legislação civil brasileira, para, posteriormente, elaborar um projeto de Código Civil.

O material a desbastar era caótico, compreendendo as Ordenações Filipinas “que eram pobríssimas”, as regras de direito romano e as leis, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos, instruções, estilos, praxe, e assentos da Casa de Suplicação que formavam o direito português da época. Transformar isso em um todo uniforme e coerente foi a sua primeira grande tarefa.

Procurou, conhecer primeiro o direito vigente, consolidando-o, para depois codificá-lo. Surgiu, assim, em 1857, a Consolidação das Leis Cíveis.

Na Consolidação, Freitas parte da dicotomia para ele fundamental, dos direitos pessoais e dos direitos reais, e faz uma construção e racional, agrupando as relações jurídicas em institutos conforme o predomínio de tais direitos, com uma introdução em que justifica o seu método.

Na *Introdução*, ele analisa os sistemas de classificação das matérias de direito civil. Começando por afirmar que as *Ordenações Filipinas* e as leis eram paupérrimas, o que levava seus aplicadores a reportarem-se ao direito romano, às glosas da Acúrsio e às opiniões de Bártolo, Freitas apresentava, desde logo, seu método: “examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras”. Valeu-se inicialmente da classificação de Bentham “e depois do método de Leibniz”. Seu propósito de sistematização buscava “a unidade superior que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho concencioso”. Procurava, assim, realizar uma tarefa ainda não feita no campo do direito, pelo menos do seu conhecimento, uma correta classificação das normas jurídicas por meio da idéia de sistema.

Repudiando os sistemas de Domat e de Pothier, Freitas prefere o método de Leibniz que enuncia o princípio básico de uma classificação jurídica, a diferença entre os direitos reais e os direitos pessoais. “Não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos”. E refere-se ao pensamento jurídico alemão que elogia. Analisa os códigos da Baviera (1756), da Prússia (1794), e da França (1804), e neste reconhece ausência do método, pois tal código foi-se formado “a retalhos”, incorporan-

do-se as trinta e seis leis que o formam. Critica também o projeto de código civil português, que considerava destituído de método, e o projeto do código civil espanhol, cópia servil do francês.

Passa, a seguir, às noções fundamentais de seu sistema, enunciando outro princípio fundamental, o de que as diferenças das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação. Esse princípio (aliado à distinção básica entre os direitos reais e os direitos pessoais) estabelece a relação jurídica como elemento básico de um sistema classificatório e, conseqüentemente, de uma concepção teórico-doutrinária, que era a de Savigny e de Kant.

Nessas noções fundamentais, Freitas distingue os *direitos absolutos*, eficazes *erga omnes*, dos *direitos relativos*, incluindo nos primeiros a liberdade, a segurança e a propriedade. Concentra-se no direito da propriedade (que considera realização da personalidade relativamente aos objetos exteriores) estudando-lhe o conteúdo, o objeto, e as espécies (*ius in re propria e ius in re aliena*, donde a propriedade plena e a propriedade limitada), referindo-se ainda à propriedade afetada (hipoteca), à propriedade desmembrada (enfiteuse) e à propriedade gravada (servidão, superfície, usufruto, uso, habitação).

Freitas divide a *Consolidação* em duas grandes partes, uma geral com 75 artigos, e outra especial com 1.257 artigos. Na geral reúne os princípios fundamentais das relações jurídicas de direito civil, com dois títulos distintos, um, das pessoas, outro, das coisas.

Na parte especial, organiza as relações jurídicas em dois livros. O primeiro, dos *direitos pessoais*, o segundo, dos *direitos reais*, divisão característica do seu sistema. O livro dos *direitos pessoais* divide-se em duas seções, a primeira, dos direitos pessoais nas relações de família, a segunda, dos direitos pessoais nas relações civis, compreendendo suas causas de nascimento (atos ilícitos e ilícitos) e de extinção. O livro dos *direitos reais* contém quatro títulos, respectivamente, do domínio, da servidão, da herança e da hipoteca, com um título final sobre a prescrição aquisitiva (*usucapio*).

Passando à aplicação prática desses princípios, Freitas estuda a proteção aos direitos dividindo, com base no direito romano, as ações em pessoais e reais, conforme o objeto de sua tutela (*actio in personam e actio in rem*). “Dissipem-se as idéias tradicionais, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, apliquem-se os princípios precedentemente fixados; e ver-se-á, abandonado como tem sido o processo formulário dos romanos, que não há outras ações possíveis, na esfera do direito civil propriamente dito, senão as ações reais e as ações pessoais, que precisamente correspondem às duas grandes categorias dos direitos reais pessoais. A ação nasce do direito, dele descende e nele se confunde. Em uma palavra, a ação é o direito posto em movimento.”

Freitas refere-se ainda, à importância das relações no direito, colocando no centro de todo o processo o fenômeno do crédito. Distingue o crédito pessoal do real, como projeção da teoria dos direitos pessoais e reais na economia, detendo-se no tema da aquisição da propriedade em que, refutando a eficácia translativa do contrato de compra e venda do Código Civil francês, considera a manifestação de vontade como *título* de aquisição, e um fato material, a “tradição”, como *modo* de adquirir. No tocante ao crédito real, demonstra a importância da hipoteca no sistema de garantias do cumprimento das obrigações, e defende a transcrição, ato subsequente ao contrato, e meio de operar a transmissão dos imóveis e de lhe dar publicidade.

Terminada a Consolidação, que veio a tornar-se a bíblia das atividades forenses, Freitas parte para a feitura do Código Civil, sendo contratado em 10 de janeiro de 1859 pelo Governo Imperial do Brasil para elaborar um projeto de Código Civil, no que aproveita o plano da *Consolidação*, com pequenas mudanças.

O *Esboço* obedece ao seguinte plano: Um “título preliminar” (art. 1-15), estabelecendo os princípios referentes ao âmbito de aplicação das normas no espaço e no tempo, uma “parte geral” (art. 16-866), contendo as disposições referentes aos elementos das relações jurídicas, as “pessoas” e as “coisas”, e os “fatos”, uma “parte especial” (art. 867-4908), contendo a disciplina específica das diversas relações jurídicas, a saber, os “direitos pessoais” e os “direitos reais”, e um título final com disposições comuns aos direitos reais e pessoais, compreendendo a disciplina jurídica da herança, do concurso de credores e da prescrição, embora não tenha o autor chegado a elaborar-lhe a matéria.

Este esquema demonstra a evolução do pensamento de Freitas relativamente à *Consolidação*. Acrescentou na parte geral do *Esboço* os fatos jurídicos, como fator determinante das relações jurídicas, e criou, na parte especial, um livro final, dedicado à herança, ao concurso de credores e à prescrição.

O total dos artigos elaborados no *Esboço* foi de 5.016, embora somente 4.908 tenham sido publicados.

No *Esboço*, é manifesta a influência das *Institutiones* de Gaio, de Justiniano e do Digesto. Na parte das obrigações, suas fontes foram os clássicos, Ulpiano, Paulo, Pompônio, Papiniano, Modestino e Gaio. Em termos de direito comparado, consultou os códigos da Prússia, da Áustria, da França, da Lousiana, e o projeto Seabra, de Portugal, e, principalmente, as Ordenações. Quanto a influências pessoais, Savigny, Zachariae, Molitor, Ortolan, Maynz, Pothier, tudo em francês.

Com o *Esboço* incompleto, e renunciando ao plano inicial, Freitas parte em 1867 para uma solução que achava fundamental nos seu sistema de direito civil: a unidade do direito privado. Antecipando-se a Vivante, que em 1892 apresentou a tese da “unidade do direito das obrigações”, Freitas defendia essa idéia na carta que, em 20 de setembro de 1867, enviou ao Governo Imperial, repudiando a existência de dois códigos, um civil e outro comercial, e defendendo a elaboração de dois diplomas, um Código Geral com normas sobre a aplicação das leis e com as disposições elementares sobre as pessoas, os bens e os fatos, e um Código Civil com normas sobre as relações jurídicas específicas.

Verifica-se, assim, que a concepção formal dos sistema de Freitas parte de duas idéias fundamentais, a da classificação dos direitos, desenvolvida na *Consolidação* e no *Esboço*, e a unidade do direito privado, expressa no Código Civil, único para as relações civis e comerciais, e precedido de um Código Geral sobre a aplicação das regras de todos os ramos de direito, é de indiscutível originalidade.

A concepção material ou intrínseca de sistema está diretamente ligada aos valores e aos princípios em que se fundamenta a construção sistemática.

Seu ponto de partida foi a relação jurídica: “as diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação”, no que está de acordo com Savigny, que também elegeu a relação jurídica como conceito fundamental do sistema jurídico. E o outro elemento fundamental de sua construção foram os valores, que nortearam o método jurídico utilizado na *Consolidação* e, principalmente, no *Esboço*. Que valores eram esses? Eram basicamente os valores políticos e econômicos vigentes na sua época, no vasto continente do Brasil, o individualismo, o liberalismo, a propriedade, a igualdade.

O fundamento axiológico da sua teoria dos direitos pessoais e dos direitos reais aparece, assim, como sendo de natureza político-econômica, claramente na concepção de que “as relações humanas mostram-se na ciência econômica como vínculos de produção, distribuição e consumo de riquezas, sem o que o homem não pode satisfazer suas necessidades nem desenvolver as aspirações de seu gênio”. Isto em 1858, dez anos após o Manifesto Comunista de que, naturalmente, jamais teria ouvido falar, consideradas as circunstâncias de comunicação da época. Sua opção era manifestamente capitalista, em um país que saía de uma estrutura agrária, escravocrata e latifundiária para um capitalismo, embora incipiente. A partir de 1850, deslocava-se o pólo de influência econômica da classe escravista para a burguesia capitalista, aumentando a

importância da burguesia urbana e rural no sistema político, econômico e social e, conseqüentemente, nas estruturas de direito.

Se no campo do econômico os valores em Freitas eram os do individualismo, liberalismo e do capitalismo, antecipando, em uma nação emergente do sistema agrário-escravista, concepções jurídicas que só depois se encontrariam nos códigos europeus, como a unidade das obrigações, no campo filosófico a teoria de Freitas coadunava-se com o pensamento kantiano, como demonstra ao citar freqüentemente o filósofo de Koenigsberg, na polêmica que manteve com o Visconde de Seabra, autor do projeto do Código Civil português de 1867. Sendo notável a influência de Kant em Savigny, é perfeitamente compreensível que os valores Kantianos, por meio deste, chegassem ao pensamento de Freitas.

A ética de Kant está presente em Savigny e, por via deste, em Freitas, na preocupação em transformar o *usus modernus* em uma ciência autônoma do direito positivo, em elevar a dogmática jurídica do *usus modernus* a uma ciência autônoma da totalidade do direito positivo em um sistema interno. Tanto na sua obra *Vom Recht des Besitzes* quanto no *System des heutigen romischen Rechts*, quanto na pioneira lição de Marburgo *Juristische Methodelehre*, estão as notas dominantes de Savigny: “O conceito Kantiano de direito e, como decorrência, a existência autônoma do direito, o programa de uma elaboração histórico-filosófica da ciência jurídica, os traços fundamentais da teoria da interpretação, a ligação entre o direito, a cultura e a história”.

Com base na história e nas circunstâncias físicas e culturais do seu tempo, partia Freitas para elaborar um sistema interno jurídico que não fosse mero agregado de normas jurídicas, mas que fosse harmônico e coerente, baseado na distinção dos direitos e das relações jurídicas, elementos básicos do seu sistema.

O Esboço caracterizou-se por forte poder inventivo. Não se tendo transformado no Código Civil, influenciou muito na sua elaboração e foi a fonte dos três primeiros livros do Código Civil argentino, concorrendo, também, para o Código do Uruguai e de outras repúblicas latino-americanas.<sup>79</sup>

Numa apreciação final, pode-se dizer, com Orlando de Carvalho que “Sena filosofia, aliás difusa, de Teixeira de Freitas, o pensar *more geometrico* do jovem autor da *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentia* terá influído muito mais do que o idealismo subjetivo de Kant, só indiretamente bebido através da Escola Histórica, sobretudo de Savigny, a verdade porém, é que essa vertente geométrica acabou por conduzir o grande mestre brasileiro a posições muito próximas da “*reine Rechtslehre*” que constitui a seu modo um extremo neo-Kantismo. A preocupação pelo método e pelo rigor do sistema... aproxima-o realmente da estrutura escalonada da ordem jurídica de Kel-

sen, permitindo-lhe aceder, com meio século de antecedência, às intuições (e ilusões) do positivismo lógico no direito”.<sup>80</sup>

### 3.2. O Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro resulta de um processo que se desdobra em várias fases, no curso de noventa e dois anos, desde a Constituição do Império de 1824 até a sua aprovação em 1916.

Pelas contribuições que recebeu, pelos juristas que dela participaram, pode-se dizer que representa a culminância da Escola de Recife.<sup>81</sup>

Em 1845, o grande advogado Francisco Inácio de Carvalho Moreira, Barão de Penedo, defende no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros a tese da imediata remodelação do direito civil brasileiro, formado por Legislação “esparça, desordenada e numerosíssima”. Sentindo a mesma necessidade, Eusébio de Queirós propõe, em 1851, que se adote o *Digesto Português* de Correia Teles. Mas é Teixeira de Freitas quem inicia os trabalhos de codificação. Atendendo a convite de José Tomás Nabuco, ministro da Justiça, encarrega-se Teixeira de Freitas, em 1855, de consolidar a legislação civil existente no Brasil, para que fosse bem conhecida, e depois, de redigir o Código Civil.

O que foi a ciclópica obra de Freitas na sua tarefa de coligir e classificar toda a legislação brasileira, consolidando a civil, e de elaborar o projeto de Código Civil, merece especial atenção.<sup>82</sup> Deve-se, todavia, lembrar que a sua produção científica, a *Consolidação das Leis Civis e o Esboço*, constitui uma das maiores glórias da cultura jurídica nacional, comparável, se não superior, à dos maiores juristas do seu século, consideradas as circunstâncias de ordem material e cultural em que se produziu.

Rescindido o contrato de Teixeira de Freitas com o governo, incumbiu-se Nabuco de Araújo, em 3 de dezembro de 1872, de elaborar o projeto de Código Civil, no que trabalhou até 1878, quando morreu, deixando prontos 118 artigos do título preliminar e, com redação incompleta, mais 182 artigos da parte geral. É visível a influência do *Esboço* de Freitas.

A obra de codificação prossegue, no mesmo ano, com Joaquim Felício dos Santos, que se oferece para terminar esse trabalho. Redige 2.692 artigos que apresenta sob o título “Apontamentos para o Projeto de Código Civil Brasileiro”, distribuídos em uma Parte geral, com três livros, *das pessoas, das coisas e dos atos jurídicos em geral*, e uma Parte Especial, com idêntica divisão.

Não vingando esse projeto, em 15 de junho de 1890, logo depois de proclamada a República, encarregou-se Antonio Coelho Rodrigues do projeto

do Código Civil, o que faz em Genebra sob a influência do Código de Zurique e do direito alemão, como se verifica na própria divisão adotada: uma lei preliminar, uma parte geral, subdividida em três livros, *das pessoas, dos bens, dos fatos e atos jurídicos*, e uma parte especial, subdividida em quatro livros, *das obrigações, da posse, da propriedade e de outros direitos reais, do direito de família e do direito das sucessões*.

Não se tendo aprovado nenhum desses projetos, em janeiro de 1889 o Ministro da Justiça Epitácio Pessoa convida Clóvis Beviláqua, eminente professor da Faculdade de Direito do Recife, para prosseguir no trabalho de codificação, aproveitando, no que fosse possível os trabalhos dos juristas precedentes. O novo projeto foi elaborado de abril a outubro de 1889 e, concluído, remetido a alguns juriconsultos para opinarem a respeito, a princípio individualmente, e depois em comissão presidida pelo próprio Ministro.

O projeto Clóvis Beviláqua compunha-se de uma *lei de introdução, uma parte geral* dividida em três livros, *pessoas, bens, nascimento e extinção de direitos*, e uma *parte especial*, desdobrada em quatro livros, *direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões*. Caracterizava-se pela “harmonia entre a ordem e a liberdade, entre a tradição e o progresso”. Adotava a concepção de Ihering em matéria de posse, embora não exclusivamente, e disciplinava o direito de propriedade sem o absolutismo do direito romano. Apresentava algumas idéias novas, como o reconhecimento de filhos ilegítimos de qualquer espécie, a investigação de paternidade, a insolvência civil, a igualdade jurídica dos cônjuges, idéias essas não-aceitas pela primeira comissão revisora, que modificou um pouco o sistema originário do autor.

O projeto Beviláqua foi discutido na Câmara em 1901 e 1902 e remetido ao Senado neste mesmo ano, onde foi objeto de notável parecer do Senador Ruy Barbosa, redigido em apenas três dias, de natureza mais filológica do que jurídica, verdadeira “mão-de-obra literária do projeto”. Esse parecer foi objeto de crítica do Prof. Ernesto Carneiro Ribeiro, eminente filólogo da Bahia, autor da revisão gramatical do projeto, nas suas “*Ligeiras observações sobre as emendas do Dr. Ruy Barbosa feitas à redação do Projeto do Código Civil*”, em setembro de 1902. A essa manifestação reagiu Ruy Barbosa com a sua monumental *Réplica*, que mereceu de Carneiro Ribeiro nova manifestação (“*A redação do projeto do Código Civil e a Réplica do Dr. Ruy Barbosa*”), obras que, no seu conjunto, constituem a mais genial realização de nossa história filológica, e talvez das letras neolatinas.<sup>83</sup>

A polêmica instaurada com o projeto do Código fez com que este permanesse no Senado até 1912, sendo devolvido a 31 de dezembro desse ano à Câmara para apreciação da “*Redação final das emendas do Senado*”, em

número de 1.736. Em 1915, foi o projeto remetido ao Senado para exame das emendas rejeitadas pela Câmara. O projeto volta a esta, que aprova a redação final a 26 de dezembro de 1915, sendo sancionado e promulgado com a Lei n.º 3.071 de 1º de janeiro de 1916, para entrar em vigor a 1º de janeiro de 1917. Existindo algumas incorreções no texto, a Lei n.º 3.725, de 15 de janeiro de 1919, eliminou-as.<sup>84</sup>

Quanto à sua estrutura, o Código Civil brasileiro, à semelhança do Código alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), tem a precedê-lo uma lei de Introdução, com regras sobre publicação, vigência e aplicação das leis, sua interpretação e integração, e ainda os critérios para solução de conflitos de normas no tempo e no espaço, isto é, regras de direito intertemporal e de direito internacional privado. Atende, assim, à necessidade de normas gerais de aplicação para todas as leis, já previstas no título primeiro do Código de Napoleão (*“De la publication, des effets et de l’application des lois en général”*) e na proposta de Teixeira de Freitas, que, em 1867, propunha, juntamente com a elaboração de um Código Geral de direito privado, unindo as matérias civil e comercial, uma Lei Geral que dominasse a legislação inteira, abrangendo “matérias superiores a todos os ramos da legislação”.

Compreende o Código Civil duas partes, uma geral e outra especial.

A parte geral, com 179 artigos distribuídos em três livros, referentes às pessoas, aos bens e aos fatos jurídicos, reúne os princípios e regras aplicáveis à generalidade dos atos e das relações jurídicas disciplinadas pelas normas da parte especial. Esta subdivide-se em quatro livros. O primeiro, *do direito de família*, com 305 artigos, compreende a matéria pertinente ao casamento, sua validade e eficácia; aos regimes de bens entre os cônjuges; à dissolução da sociedade conjugal e à proteção da pessoa dos filhos; às relações de parentesco e à tutela, curatela e ausência. O segundo, *do direito das coisas*, com 372 artigos, compreendendo a posse, a propriedade e os direitos reais sobre as coisas alheias. O terceiro, *do direito das obrigações*, com 709 artigos, disciplina as obrigações nas suas modalidades, transmissão, fontes e extinção. E finalmente, o livro quatro, *do direito das sucessões*, com 234 artigos, compreende as normas sobre a sucessão em geral, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha.

É um código conciso. Tem apenas 1.807 artigos, número bem inferior ao do francês (2.281), ao do alemão (2.383), ao do italiano (2.969), ao do português (2.334). Tecnicamente, é dos mais perfeitos, quer na sua estrutura dogmática, quer na sua redação, escorreita, segura, precisa.

Tem formação eclética, com predomínio de concepções do direito francês e da técnica do código alemão.

Sob o ponto de vista ideológico, consagra os princípios do liberalismo das classes dominantes, defendido por uma classe média conservadora que absorvia contradições já existentes entre a burguesia mercantil, defensora da mais ampla liberdade de ação, e a burguesia agrária, receosa dos efeitos desse liberalismo.<sup>85</sup>

Na parte do direito de família, sancionava o patriarcalismo doméstico da sociedade que o gerou, traduzido no absolutismo do poder marital e no do pátrio poder. Tímido no reconhecimento dos direitos da filiação ilegítima, preocupava-se com a falsa moral de seu tempo. Não obstante, continha algumas inovações progressistas para a época, como o deferimento do pátrio poder à mãe, mesmo na filiação ilegítima. Privava, porém, desse poder a binuba, que somente vem a adquiri-lo em 1962, com o estatuto da mulher casada.<sup>86</sup> Individualista por natureza, garantiu o direito de propriedade característico da estrutura político-social do país e assegurou ampla liberdade contratual, na forma mais pura do liberalismo econômico.

Refletia, pois, o ideal de justiça de uma classe dirigente européia por origem e cultura, mal-adequada às condições de vida do interior do país, traduzindo mais as aspirações civilizadoras dessa elite, embora progressista, do que os sentimentos e necessidades da grande massa da população, em condições de completo atraso.<sup>87</sup>

O Código Civil brasileiro é, assim, produto da sua época e das forças sociais imperantes no meio em que surgiu. Feito por homens identificados com a ideologia dominante, traduz o sistema normativo de um regime capitalista colonial.

### 3.3. *A produção doutrinária. A literatura jurídica do Império*

A doutrina jurídica, aqui entendida como a literatura do direito, o conjunto das obras (tratados, manuais, repertórios, teses, monografias etc.) que exprimem as opiniões<sup>88</sup> dos estudiosos e das práticas do direito, teve marcada influência na construção do direito brasileiro no século XIX. Sobre ser a expressão “das grandes correntes de idéias recebidas sobretudo da Europa, que atuaram como fontes inspiradoras de nossa experiência jurídica”<sup>89</sup>, teve a função de se constituir em fonte indireta do direito, na medida em que elaborava conceitos e categorias jurídicas, posteriormente utilizados na formulação jurídica dos interesses sociais.

De modo sintético pode-se dizer que “a experiência doutrinária brasileira, durante os 67 anos do Império, já atingira alto nível em vários ramos do direito, mantendo fidelidade às fontes lusitanas, mas com a assimilação das teorias mais

representativas do direito europeu, com predomínio do pensamento francês, especialmente da Escola da Exegese, cujos ensinamentos determinaram alterações significativas no antigo direito português.<sup>90</sup>

Dado o caráter sintético e meramente informativo deste trabalho, limitaremos-nos a destacar os juristas que, em nossa opinião, mais contribuíram para aquilo que hoje chamamos de experiência jurídica brasileira, particularmente a que edificou, no século XIX, o sistema de direito nacional.

Cabe salientar, preliminarmente, que os estudos jurídicos foram um dos componentes mais fortes da vida intelectual no Brasil Colônia e no Brasil Império, com grande importância na vida social e política, chegando-se a dizer que no Brasil “começou-se a construção jurídica antes de se erguer a sua estrutura social e econômica”.<sup>91</sup> Os primeiros juristas e doutrinadores brasileiros, surgidos com a independência e o Império, foram ainda formados pela Universidade de Coimbra. Com o advento dos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, em 1827, começou a formação nacional, surgindo os bacharéis em direito, que tomaram o primeiro lugar na escala social e profissional,<sup>92</sup> tornando-se figura marcante pelo seu conhecimento enciclopédico e suas idéias liberais. Alguns tornaram-se grandes juristas e doutrinadores, construtores da literatura e da ordem jurídica do Império.

Embora o objeto de nosso presente interesse seja a literatura jurídica do Império, para nós o período mais fértil, decisivo e construtivo do direito brasileiro, permitimo-nos retroceder um pouco e começar de 1798, ano de publicação da nossa primeira grande obra jurídica, “*Princípios de Direito Mercantil e de Marinha*”, do Visconde de Cairu.

**José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu**, nascido em Salvador em 1756 e falecido no Rio de Janeiro em 1835, formou-se na Universidade de Coimbra, onde estudou Direito Canônico e Filosofia, chegando a professor. Homem de grande cultura, “*hebraísta, helenista, economista e jurista*”, divulgador no Brasil dos princípios clássicos da economia liberal “teve grande participação na vida política e jurídica do então nascente império brasileiro. Foi um precursor, dele sendo a primeira grande obra da literatura jurídica brasileira, “*Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*,” com a respectiva legislação pátria e as fontes originais dos regulamentos marítimos das principais praças da Europa publicado em Lisboa em 1798, antes da redação do Código Comercial francês (1808) e da obra de Cesare Vivante. Foi, na opinião de Tulio Ascarelli, “vantajoso paradigma diante dos grandes mestres do direito comercial europeu do século XVIII”.<sup>93</sup> Deixou mais de setenta obras.

**José Antônio Pimenta Bueno, Visconde e Marquês de São Vicente**. Nasceu em Santos, em 1804, e faleceu em 1878. Formado em São Paulo, foi

magistrado de carreira, tendo chegado a ministro do Supremo Tribunal de Justiça. Político e diplomata foi, acima de tudo, um grande jurista. Considerado “o maior representante do direito público da escola liberal”, deixou-nos o clássico “*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*” (1857), e a primeira obra sistemática, precisa e completa sobre os conflitos de leis no espaço, o “*Direito Internacional Privado*” (1863), obra pioneira e magistral<sup>94</sup>. Escreveu ainda “*Apontamentos sobre as formalidades do Processo Civil*” (1850), “*Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*” (1857) e “*Apontamentos sobre o Processo Criminal pelo juri*. (1849).

**Francisco Paula Batista** (1811–1881) natural do Recife, onde estudou, e se formou em 1833, no curso jurídico de Olinda e onde assumiu, em 1835, o cargo de lente substituto. Político (deputado provincial e geral) e jornalista, tornou-se célebre como professor e jurista tendo sido considerado “o mais notável professor da Faculdade de Direito do Recife antes de Tobias Barreto” e o maior processualista do país. Publicou apenas dois livros, clássicos porém. “*Teoria e prática do processo civil*” (1855) e “*Hermenêutica jurídica*” (1860), dois primores de síntese, onde se condensam, com firmeza, e elegância, os conhecimentos jurídicos da época em que foram escritos”.<sup>95</sup> Profundidade no saber, clareza e síntese foram sua marca. No campo do processo, antecipou-se, em alguns pontos (conceito e natureza da ação e da exceção, a função do juiz no processo, a coisa julgada, a teoria da arrematação, a teoria da prova, a natureza das ações reais etc.) aos autores europeus que se distinguiram, depois, no trato dessa matéria.

**Augusto Teixeira de Freitas** (1816–1883), nascido na cidade de Cachoeira, na então província da Bahia. Iniciou seus estudos em 1831, em Olinda, transferindo-se no ano seguinte para Academia de São Paulo. Terminou o curso de direito em Olinda, em 1836. Foi advogado e, temporariamente, juiz de direito. Em 1837 foi presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Convidado em 1854 pelo então ministro da Justiça José Thomaz Nabuco de Araújo, Teixeira de Freitas começou, em 1855, a coligir toda a legislação vigente no Brasil, inclusive a de Portugal, anterior à Independência, classificando-a cronologicamente de acordo com a divisão público-privado, e consolidando-a, por títulos e artigos. Essa *Consolidação das Leis Civis* é aprovada em 1858, com elogios. E em agosto de 1860, começa Teixeira de Freitas a fazer o Esboço do Código Civil, do qual redigiu 5.016 artigos, impressos, mais duzentos e tantos manuscritos, sobre hipoteca, anticrese e penhor.

A essa altura imaginava Freitas refundir o trabalho já feito, criando dos códigos, um *geral*, pertinentes às *causas jurídicas* (Pessoas, Bens e Factos) e outro pertinente aos *efeitos jurídicos*, dividido em três livros, o dos *Efeitos*

*Civis*, o dos *Direitos Pessoais* e o dos *Direitos Reais*. Não sendo acolhido esse novo plano, foi em novembro de 1872 rescindido o seu contrato com o Governo Imperial, encerrando-se as atividades do original legislador.

O Esboço não se transformou em Código no Brasil, mas influenciou grandemente o Projeto do Código Civil argentino, como expressamente o reconhece o seu autor Velez Sarsfield.

No parecer de Pontes de Miranda, “Teixeira de Freitas foi, no século XIX, o gênio do direito civil na América. A *Consolidação das Leis Civis*, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o *Esboço de Código Civil* representam o que de melhor se tinha, em direito civil, em toda a América. Foi o inspirador dos Códigos Civis americanos que apareceram depois de 1860 e — se bem que superior ao Código Civil 1916 — foi esse projeto malogrado para o Brasil e bem-sucedido fora dele, na Argentina, no Uruguai, no Paraguai. Muitas disposições que se acham no *Bürgerliches Gesetzbuch* e no *Zivilgesetzbuch* acham-se nele, talvez sem que o soubessem os novos legisladores.”<sup>96</sup>

Teixeira de Freitas foi o grande construtor do direito civil brasileiro, como por si só demonstra a sua produção científica: *Consolidação das Leis Civis*, 3ª edição aumentada, 1876; *Código Civil — Esboço*, Rio de Janeiro, 1860–65, 3 vols., 1674 ps.; *Formulário dos Contratos e testamentos e outros atos do tabelionato*. Rio de Janeiro, 1882; *Tratado dos testamentos e sucessões*, de Antonio Joaquim Gouvêa Pinto, accommodado ao foro do Brasil até o ano de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas, Rio de Janeiro, 1881; *Prontuário das Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1876; *Legislação do Brasil — Aditamentos à Consolidação da Leis Civis*, Rio de Janeiro, 1877; *Aditamentos ao Código de Comércio*, Rio de Janeiro, 1878; *Vocabulário Jurídico*, Rio de Janeiro, 1883; *Código Civil e Criminal*, Rio de Janeiro, 1882; *Regras de Direito*, Rio de Janeiro, 1882; *Doutrina das Ações*, por João Homem Correia Teles, acomodada ao foro do Brasil até 1877; *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, acomodadas ao foro do Brasil até 1877. Além dessas obras de natureza exclusivamente jurídica, outras produziu, de caráter literário.

Se na *Consolidação* Teixeira de Freitas fez história, coligando e consolidando a legislação portuguesa vigente no Brasil, sendo assim um instrumento de conservação de toda a experiência jurídica lusitana, ibérica e ocidental, aqui transmitida pela colonização, com o Esboço de Código Civil aceitou o primado da razão que o iluminismo defendia e o jusracionalismo realizava com a idéia de sistema concretizada nos códigos da modernidade. Não foi por outros motivos que Freitas repudiou os sistemas de Domat e Pothier, preferindo o método de Leibniz que enunciava o princípio básico de uma classificação jurídica, a

distinção entre os direitos pessoais e os direitos reais, dicotomia essa a partir da qual procurava cientificizar o direito, obcecado pela idéia de sistema e pela redução conceitual das realidades concretas da vida, na linha de Savigny, e da jurisprudência dos conceitos, a antecipar, no tempo e no espaço uma teoria pura do direito de cariz Kelseniano. Outro princípio fundamental que defendia era o de que as diferenças das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação. Optava, assim, pela relação jurídica, com o elemento básico de uma classificação, identificando-se com o pensamento de Kant e de Savigny, que realizou no direito brasileiro com certa originalidade e antecipação.

**Antonio Joaquim Ribas** (1819-1890), nasceu no Rio de Janeiro, formando-se em São Paulo, em cuja Faculdade de Direito começou a dar aulas de História universal em julho de 1841. Dotado de grande formação humanística, era versado em filosofia, história, literatura, latim, grego, francês, inglês e alemão. Muito apreciado com professor. “Era um lente completo. Metódico e claro na exposição, profundo nas investigações, criterioso nos conceitos, lógico e agudo na crítica, invencível na argumentação”.<sup>97</sup> Em 1854 passou a lecionar Direito Administrativo, sendo nomeado, em 1860, professor catedrático de direito civil, “iniciando um magistério que ficaria famoso”<sup>98</sup>, magistério esse que se concluiria em 1870, com a jubilação de insigne professor, depois do que retornou ao Rio de Janeiro, fixando residência em Petrópolis, onde faleceu em 1890.

Escreveu o *Curso de Direito Civil Brasileiro* e o *Direito Administrativo Brasileiro* (1866), compêndios didáticos, a monografia *Da Posse e das Ações Possessórias*, e a *Consolidação das Leis do Processo Civil*, todas elas obras de grande reputação e hoje consideradas clássicas.

**Lafayette Rodrigues Pereira**, por muitos considerado “o maior escritor jurídico do Brasil, nasceu em Queluz, hoje Conselheiro Lafayette, Minas Gerais, em 1834, e faleceu em 1917 no Rio de Janeiro. Diplomado em São Paulo, no ano de 1857, iniciou sua carreira jurídica como promotor, em Ouro Preto, onde pouco tempo ficou, indo fixar-se no Rio de Janeiro, advogando nos escritórios de Andrade Figueira e Teixeira de Freitas. Na vida política, foi Presidente da Província do Ceará em 1864, e da do Maranhão em 1866. Foi Ministro da Justiça de 1878 a 1880, desempenhando suas funções com sucesso. Foi também Ministro da Fazenda, Senador, Conselheiro do Estado, Presidente do Conselho de Ministros, Embaixador em Washington. Foi membro do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras, na cadeira de Machado de Assis.

Além de político e jornalista, foi excelso jurista, tendo escrito apenas dois, mas famosíssimos livros, “*Direito de Família*” em 1869, e *Direito das Cousas*, em 1877, hoje clássicos da literatura jurídica brasileira.

Lafayette foi o grande sistematizador e intérprete das mudanças políticas e sociais da sua época, marcada pela importância da família, círculo básico de organização social, pela supressão do tráfico escravista e pela reorganização jurídica da propriedade.<sup>99</sup> Suas concepções foram confirmadas e adotadas pelo Código Civil.

No *Direito de Família* Lafayette estuda o casamento e seus efeitos; a filiação; os alimentos; a tutela e a curatela. No *Direito das Causas* apresenta, de modo sistemático, a organização jurídica da propriedade, conjunto de coisas corpóreas suscetíveis de apropriação e instituição necessária à satisfação das necessidades básicas do homem em sociedade. Tratava ainda da posse, dos direitos reais na coisa alheia, e dos direitos reais de garantia. O *Direito das Causas* seria a “a obra mais expressiva do termo final da literatura jurídica do Império”,<sup>100</sup> figurando Lafayette, ao lado de Freitas, como um dos mais insígnis juristas dos séc. XIX, construtores da nova ordem jurídica nacional que, ainda profundamente ligada ao direito português, progredia com as modificações científicas impostas pelas novas condições políticas e sociais. Lafayette foi, como político, jornalista, parlamentar, escritor e, principalmente, juriconsulto, uma das figuras exponenciais da cultura brasileira do século XIX, tendo ficado, na história do direito, como um dos seus mais notáveis construtores, mercê de seu estilo conciso e de seu espírito sistematizador.

**Tobias Barreto** nasceu em Campos, estado de Sergipe em 1839 e faleceu em 1889 no Recife. Espírito brilhante e plurifacetado, foi considerado o chefe da escola do Recife<sup>101</sup>. Poeta, crítico literário, filósofo e jurista, foi mais atraído pelas idéias gerais, os princípios dominantes, do que a síntese consolidadas. Germanófilo, dedicou-se ao estudo do idioma e da literatura alemães, tendo chegado a editar em Escada, a cidade em que residiu de 1871 a 1881 um jornal em alemão *Deutscher Kaempfer*, do qual só conseguiu publicar cinco números. Na filosofia do direito, Tobias seguia o pensamento de Ihering e Hermann Post, que refletiam, no direito, a teoria genealógica de Darwin e Haeckel,<sup>102</sup> tendo, porém, idéias próprias, não se limitando a reproduzir os mestres. Como Ihering, Tobias considerava o direito um fenômeno social, atribuindo-lhe, todavia, outra dimensão, a cultural, pelo que o jurista sergipano é hoje considerado o fundador da corrente culturalista no Brasil, “a mais significativa da filosofia jurídica brasileira”.<sup>103</sup> No campo do direito, Tobias dedicou mais atenção ao direito criminal, tendo escrito *Menores e Loucos, Dos delitos por omissão, Ensaio sobre a tentativa em matéria criminal sobre a co-delinquência no Código Criminal, e Comentários*, não concluídos, ao Código Criminal. Sua posição era entre a escola clássica e a positiva.<sup>104</sup> Cultivou ainda o direito autoral, sendo-lhe atribuída, no direito brasileiro, a paternidade dessa designação. Vencedor de

famoso concurso realizado em 1882, foi promovido a catedrático em 1877. Como professor foi notável. “Os moços, que o tiveram como mestre, possuíam por ele verdadeiro fanatismo. Sugestionava a todos com os fulgores da inteligência e do saber de que dispunha”.<sup>105</sup> Foi o verdadeiro fundador da literatura penal brasileira.<sup>106</sup>

#### 4. Observações finais

Revisitado o *iter* formativo da experiência jurídica ocidental, com referência, sumária, aos seus componentes jurídico-culturais (direitos romano, canônico, germano-feudal e *ius commune*), o que lhe dá a marca da *historicidade*, e o processo de construção do direito brasileiro no século XIX, com referência, também sumária, aos juristas que o edificaram, destacando-se a originalidade de Teixeira de Freitas, cujo pensamento dá a marca da *racionalidade* a esse processo, que observações finais se impõem?

Creio poder afirmar, antes de mais, que o processo de construção do direito brasileiro, realizado basicamente no século XIX, sob a égide do jusracionalismo, com seus códigos e o pensamento axiomático, foi um trabalho de sistematização da experiência jurídica ocidental, paralelo, mas sem vias de comunicação, com o desenvolvimento à época, pela codificação européia, cujo derradeiro e mais completo exemplo é o BGB.

Autores dessa construção foram os juristas brasileiros do séc. XIX, os primeiros, formados ainda em Coimbra, os demais, já nos cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, todos impregnados do espírito da modernidade, marcado pelas concepções do Estado de Direito, que estabelecia a distinção entre as esferas pública e privada (Estado e sociedade civil), a divisão de poderes, a idéia de completude, de segurança e de certeza do direito, próprias do positivismo, expresso na consideração do direito como sistema hierarquizado de conceitos e normas, destinados à sua aplicação lógico-dedutiva.

Transposto esse modelo para a circunstância brasileira, trabalharam os juristas com empenho e criatividade na sua transformação.

Originalidade na construção se deu com Teixeira de Freitas, “o jurisconsulto do Império” que, na *Consolidação das Leis Civis*, inventariou, coligiu e consolidou o direito lusitano, conservando-o para a codificação brasileira, e fazendo com que ele fosse, até o nosso Código Civil, mais brasileiro do que português. Essa originalidade manifestou-se principalmente no Esboço no qual, repudiando-se o sistema francês de Domat e Pothier, e seguindo-se a orientação de Leibniz, Kant e Savigny, criou-se uma sistemática original, precursora do direito das Pandectas e do formalismo Kelseniano.

Sistematizado o direito civil no Código de Beviláqua, Código esse que deu origem a expressiva literatura exegética, acompanhada de crescente legislação especial, o que ora se nos apresenta é o panorama da pós-modernidade, o qual, à falta de melhor caracterização, se pode dizer que vem marcado pela fragmentação e pelo pluralismo das fontes, pela complexidade social e, principalmente, pela ruptura da lógica positivista do direito, com a recusa da tirania dos conjuntos e dos sistemas, o que, até às últimas décadas deste século tem marcado o pensamento jurídico ocidental.

De qualquer modo, o jurista empenhado na elaboração de um novo direito, próprio da sociedade pós-moderna, que é a sociedade do conhecimento e da informação, do pluralismo e da incerteza, não pode desconhecer a historicidade da experiência jurídica ocidental, da qual é legatário e agente transformador, devendo superar a sistematicidade do século XIX que transformou o direito em ciência, o afastou da realidade concreta e, por vezes, da realização da justiça.

## NOTAS

1. Pietro de Francisci, *Storia del diritto romano*, I, 2ª ed. Milano, Ed. dell'Ateneo, 1939, p.38.

“Os princípios são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a uma certa realidade”. Cfr. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 17ª edição, S. Paulo, Saraiva, 1996, p. 54.

Destaquem-se, nesse aspecto, os trabalhos de Miguel Reale, “100 anos de Ciência do Direito no Brasil”, S. Paulo, Saraiva, 1973; Orlando Gomes, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Livraria Progresso, 1958; Guilherme Braga da Cruz, “A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”, in *Obras Esparsas*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.

2. Sobre a ciência jurídica Cfr. Ricardo Guastini, *Scienza giuridica* in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, XVIII, Torino, UTET, 1998, p. 175 e segs.; Maria Helena Diniz, *A Ciência Jurídica*, S. Paulo, Saraiva, 1996, p. 1 e segs.

Entende-se aqui a ciência jurídica como o saber que tem por objeto o direito vigente nas suas estruturas normativas e nos mecanismos de sua realização.

3. Massimo Corsale, *Crise*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, deuxième édition, Paris, L. G. D.J. 1993, p. 131.

4. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 25.

5. Miguel Reale, *Lições Preliminares do Direito*, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 185.

6. Riccardo Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, IL Mulino, 1987, p. 23.

7. Orestano, op. cit., p. 27.

8. D. 1,1,1, pr.; D. 1,1,10, 2; I. 1,1,1.

9. *Gottfried Wilhelm Leibniz* (1646/1716), poliédrica figura de jurista, de filósofo e de cientista, que tanto induziu a ciência jurídica para o racionalismo, especialmente com o *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, obra juvenil de 1667. Cfr. Orestano, op. cit. p.31.

10. P. Koschaker, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1995, p. 353.

11. Bruno Aguilera Barchet, *Introducción jurídica a la História del Derecho*, Segunda edición, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1996, p. 26.

12. Miguel Reale, *Nova fase do direito moderno*, S. Paulo, Saraiva, 1990, p. 123.

13. Dá-se o nome *recepção* à adoção de um direito estrangeiro, *in casu*, o direito romano, na sua expansão pela Europa dos sécs. XIII a XVI “Objeto dessa recepção não foi o direito romano clássico, nem o justiniânico, mas o *ius commune* europeu que os glosadores e os pós-glosadores tinham formado com base no *Corpus Iuris Civilis*, assimilando estatutos, costumes e usos comerciais do seu tempo, sobretudo da Itália do norte”. Cfr. Franz Wieacker, “*História do Direito Privado Moderno*”, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1980, p. 139.

14. Cfr. António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, ps.24/25. J.M. Othon Sidou, *Processo Civil Comparado*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1997, p. 19 e segs.

15. O ponto de partida é considerado como tendo sido uma conhecida sentença de Marturi, na Toscana, Itália, proferida em 1.076. Cfr. Antoine Leca. *La genèse du droit*, Aix in Provence, Librairie de L’Université, 1998, p. 133, nota 4.

16. Mário Júlio de Almeida Costa. *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 304.

17. Idem, op. cit, p. 309.

18. Leca, op. cit. p. 138.

19. Leca, op. cit. p. 139. Abelardo Lobo. *Curso de Direito Romano*, Rio de Janeiro, Tip. Alvaro Pinto, 1931, p. LI.

20. Mário Curtis Giordani. *O Código Civil à luz do Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1996, p. XVII.

21. Essa influência verificou-se antes, nos próprios estudos jurídicos. Embora a Lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de Olinda e São Paulo, não incluísse Direito Romano no curso de direito, “não foi também esquecido, ou proscrito das cátedras, porque os Estatutos (Estatutos do Visconde de Cachoeira) mandavam invocá-lo na explicação do direito pátrio, como subsidiário que era, em virtude disposição expressa das Ordenações Filipinas (Livro 3º, Tit. 64, pr. e pars. 1 a 3). “Siste-

mática ou não, a inexistência da cadeira de Direito Romano nos cursos brasileiro, rigorosamente, em nada prejudicava a cultura da nossa ciência nas suas últimas relações com o Direito Civil pátrio, porque a literatura jurídica consultada pelos mestres e discípulos era a que se manifestava nos trabalhos de Melo Freire, Borges Carneiro, Almeida e Souza, Gouvea Pinto e outros, então, modernos civilistas cujas obras retratavam o Direito Romano dominante em Portugal e que a independência recente do Brasil ainda não tinha pedido substituir por um Direito Nacional, organizado e desenvolvido sob as injunções dos interesses e necessidades locais”. Cfr. Abelardo Lobo, *Curso de Direito Romano*, I, Rio de Janeiro, Tip. Alvaro Pinto, 1931, p. LI.

22. Seja-me permitido remeter para o artigo que escrevi sobre a matéria, *O nascituro no direito civil brasileiro. Contribuição do direito português*, in Revista Brasileira de Direito Comparado, número 8, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p.75 e segs.

23. Silmara I. A. Chinelato e Almeida. *Tutela Civil do Nascituro*, S. Paulo, Saraiva, 2000, p.33.

24. Antonio Santos Justo, *Direito Romano em Portugal*, p. 290.

25. Antonio Manuel Hespanha. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Lisboa, Publicações Europa América, 1997, p. 84.

26. Aloísio Surgik. *Direito Canônico* in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 25, 1997, p. 392.

27. Leca, op. cit. p.155.

28. Leca, op. cit. p.157.

29. Código de Direito Canônico, 1983, cap. 9: “As leis se referem ao futuro e não ao passado.

30. Constituição do Brasil, art. 5º, XXXVI.

31. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º.

32. Constituição do Brasil, art. 5º, XL.

33. Provérbios, VI, 30; Mateus XII, 1– 8.

34. D. 1. C. 11.

35. B.G.B., par. 812.

36. B.G.B., par. 138/2 e 226.

37. Leca op. cit. p. 169, nota 128.

38. Idem, ibidem.

39. António Manuel Hespanha, op. cit., p. 86.

40. Código Civil Brasileiro, art. 193.

41. Idem, arts. 396 e 397.

42. Idem, art. 353.

43. Leca, op. cit. p.173. Código Civil Brasileiro, art. 499.

44. Jean Gaudemet, apud Leca, op. cit., p. 176, nota 185.

45. Código Civil Brasileiro, art. 125.

46. D. 5, 17, 1; Código de Direito Canônico, can. 203, p. 1.

47. Sexto, V, 12, 34.

48. Leca, op. cit. p.176.

49. Idem, p. 177.

50. Isidoro Martins Junior, *Compêndio de História Geral do Direito*, XI.

51. Mário Júlio Almeida Costa, *História do Direito Português*, p. 101.

52. Cândido Mendes de Almeida, *Código Filipino*, Rio de Janeiro, 1890 (?), p.

### XIII.

53. Almeida Costa, op. cit., p. 106. Nuno Espinosa Gomes da Silva, p. 83 e segs.

54. Gomes da Silva, op. cit. p. 70.

55. Enrique Ahrens, *Historia del derecho*, trad. de Francisco Giner Y Augusto Linares, Buenos Aires, Ed. Impulso, s/d, p.324.

56. Francesco Calasso, *Medio evo del diritto*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 37.

57. Idem, p. 421.

58. John Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, 2ª edição, tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 166.

59. Idem, p. 167.

60. Idem, p. 168.

61. Calasso, op. cit.p.374.

62. Emma Montanos Ferrin /José Sanchez — Arcilla, *História del derecho y de las instituciones*, II, Madrid, Editorial Dykinson, 1991, p.7.

63. Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do Direito Português*, 3ª ed. revista e atualizada, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 200, p. 229.

64. Ferrin/Arcilla, op. cit. p. 19.

65. Gomes da Silva, op. cit. p. 229.

66. Ferrin/Arcilla, op. cit. p. 19.

67. Gomes da Silva, op. cit. p. 229.

68. Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal*, 2ª. ed., Lisboa, Livraria Sá da Costa, p. 127.

69. A Lei da Boa Razão, Lei de 18 de Agosto de 1769, é, ao lado da Carta de Lei de 1772, que aprovou a reforma da Universidade de Coimbra, “o diploma de maior projeção e de mais transcendente significado” no processo de reforma instaurado pelo Marquês de Pombal, Sebastião José de Carvalho e Mello, no direito português. Com a Lei da Boa Razão operou-se “a reforma dos critérios de interpretação e integração das lacunas do direito”, com a Lei da Reforma da Universidade, seu imprescindível complemento, e promoveu-se “a reforma da mentalidade dos juristas”. A Boa Razão, razão natural ou razão justa era a *recta ratio* dos jusnaturalistas, “arvorada em supremo padrão da justiça e da felicidade dos povos”.

Cfr. Guilherme Braga da Cruz, *Obras Esparsas*, vol. II, Coimbra, 1981, p. 404. A Lei da Boa Razão foi assim chamada em 1845 por José Homem Corrêa Telles. Cfr. Almeida Costa, *História do Direito Português*, p. 356.

70. Gomes da Silva, op. cit. p.313. Para compreensão da herança ibérica no campo do direito e do processo no Brasil, cfr. Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 25 e segs.

71. Braga da Cruz, op. cit. p. 26.
72. João Cruz Costa, *O pensamento brasileiro sob o império*, in História Geral da Civilização Brasileira, 3º volume, Rio de Janeiro, Difel, 1976, p. 323.
73. Pedro Calafate, *Metamorfoses da palavra. Estudos sobre o pensamento português e brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 1998, p. 311.
74. Cruz Costa, op. cit. p. 324.
75. Miguel Reale. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 219.
76. Miguel Reale, p. 222.
77. Gilberto Freire, *Casa Grande e Senzala*, Rio de Janeiro, José Olympio Editora, 1961, p. 5.
78. Américo Jacobina Lacombe. *A cultura jurídica*, in História Geral da Civilização Brasileira, 3º volume, Rio de Janeiro, 1976. P. 356.
79. Pontes de Miranda. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1981, p.80.
80. Orlando de Carvalho, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, Coimbra, 1985, p. 63/64.
- Ainda quanto às idéias de história e de sistema na obra de Teixeira de Freitas, cfr. Nelson Saldanha, *Teoria do Direito e Crítica Histórica*, Rio de Janeiro, ed. Freitas Bastos, 1987, p. 95 e sgs.
81. Vamireh Chacon, *Da Escola do Recife ao Código Civil*, Rio de Janeiro, Organização Simões, Editora, s/d, p.19. *Escola de Recife* foi o nome com que Sílvio Romero cunhou o “brilhante movimento intelectual, que teve por teatro a cidade do Recife, o qual foi, primeiramente, poético, depois crítico e filosófico e, por fim jurídico, sendo em todos eles, figura preponderante, Tobias Barreto”: Cfr. Clóvis Beviláqua, *História da Faculdade de Direito do Recife*, Brasília, Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 350.
82. Sílvio Meira, *Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olímpio Editora, 1983, cap. VIII.
83. Pontes de Miranda, op. cit., p. 353.
84. A elaboração do Código Civil brasileiro deu origem a grande floração doutrinária, com notável desenvolvimento da civilística nacional. Além das obras de Clóvis Beviláqua, onde ressalta a sua notável *Teoria Geral do Direito Civil*, de 1908, surgiram os trabalhos de Lacerda de Almeida, Martinho Garcez, Almáquio Diniz, Azevedo Marques, Lafayette R. Pereira, Ferreira Coelho, Carvalho de Mendonça, Virgílio de Sá Pereira, Eduardo Espínola, Eduardo Espínola Filho e Carvalho Santos, a obra coletiva redigida por Paulo Lacerda, o *Manual do Código Civil*; Pontes de Miranda, João Luis Alves, Spencer Vampré, Adauto Fernandes e, mais recentemente, San Thiago Dantas, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Antônio Chaves, Washington de Barros Monteiro, Sílvio Rodrigues, Franzen de Lima, Vicente Ráo, Serpa Lopes, Arnold Wald, Rubens Limongi França, Maria Helena Diniz etc.

85. Orlando Gomes. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Livraria Progresso Editora, 1958, p. 43.
86. Lei n.º 4.121, de 27 de março de 1962.
87. Orlando Gomes, op. cit., p. 34.
88. Pedro Dutra, *Literatura Jurídica no Império*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1992, p. 19. Sylvie Cinamonti, *Doctrine Juridique*, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, 1993, p. 186.
89. Miguel Reale, in *Prefácio a Pedro Dutra*, op. cit. p. 16.
90. Miguel Reale, *100 anos de Ciência do Direito no Brasil*, S. Paulo, Saraiva, 1973, p. 3/4; José da Silva Pacheco, *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 145 e segs.
91. Fernando de Azevedo, *A Cultura Brasileira*, 4ª edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1963, p. 295.
92. Idem, p. 296.
93. Túlio Ascarelli, *A reedição de Cairu*, in Princípios de Direito Mercantil, Brasília, Ministério da Justiça, 1963.
94. América Jacobina Lacombe, op. cit. p. 365.
95. Clóvis Beviláqua, op. cit. p. 308.
96. Pontes de Miranda, op. cit. p. 63.
97. Almeida Nogueira, *Tradições e Reminiscências*, apud. Spencer Vampré, "Memórias para a História da Academia de São Paulo", Livraria Acadêmica, 1924, p. 451.
98. Spencer Vampré, op. cit., II, p. 78.
99. Pedro Dutra, op. cit. p. 75.
100. Idem, p. 92.
101. Clóvis Beviláqua, op. cit., p. 350.
102. Clóvis Beviláqua, op. cit. p. 365.
103. Miguel Reale, *100 anos de Ciência do Direito no Brasil*, p. 7.
104. Clóvis Beviláqua, op. cit. p. 370.
105. Dionísio da Gama, apud Beviláqua, op. cit. p. 373.
106. Hermes Lima, apud Américo Jacobina Lacombe, op. cit. p. 367.