

EXISTE UM DIREITO CIVIL BRASILEIRO?

SILVIO MEIRA

O tema é dos mais sedutores e dos mais difíceis. Exige um levantamento histórico em que entram muitos fatores de tempo e de espaço. Exige também um confronto com outras nações.

Começamos pela indagação: — Existe um direito tipicamente brasileiro, em face da carga multissecular do Direito Romano? Ampliando um pouco mais o campo de estudo, caberia outra pergunta: — Existe um direito sul-americano?

É preciso romper distâncias, recuar no tempo, sondar as próprias origens romanas de nossa formação, seguir a trilha traçada pelos institutos jurídicos através dos séculos e chegar até nossos dias. Separar o que é velho do que é novo; o que é ultrapassado do que ainda se faz válido; o que parece moderno e é antigo, (sob nova forma ou com outra denominação), do que é realmente atual.

Convidamos o leitor a nos acompanhar nesta excursão através dos tempos, na qual nos veremos no século II da era cristã, numa distância de cerca de 1.800 anos, no passado.

Encontraremos então um jurisconsulto chamado Gaio. Dele, como pessoa, pouco se sabe. Discute-se o lugar de seu nascimento. Não seria itálico, mas oriental, dizem alguns. Teria nascido em terras do Império, mas na Ásia Menor, dizem alguns intérpretes, invocando referências superficiais a terras provinciais e ao tempo do imperador Adriano. Seu nome fugia ao padrão normal romano: os *tria nomina*. Era simplesmente Gaio e assim ficou conhecido. Outros dão-lhe origem grega. Integraria a categoria dos sábios helênicos incorporados à cultura romana, como Estrabão, Dionísio de Halicarnasso, Diodoro, Plutarco, Apiaro e Aulo Gélio. Sob o aspecto filosófico era estóico, tanto assim que chamava *nostri praeceptores* aos Sabinianos, discípulos de C. Ateio Capito, este contemporâneo de Augusto. E invocava sempre, na sustentação de suas idéias, a *naturalis ratio*: natureza e razão, aspectos basilares daquela filosofia.

Consideramos Gaio um fanal no mar do tempo. Sua obra principal, as *Institutas*, se projetam, durante quase dois mil anos, sobre todas as grandes codificações ocidentais e até algumas orientais. Está presente na Lei das Citações, ao tempo do imperador Teodósio II, incluída no Código Teodosiano, ao lado de Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino. Projeta-se na obra de Justiniano, por seu ministro Triboniano, especialmente nas *Institutas*, do século VI da era cristã. Está presente no método e nos princípios fundamentais, na estrutura e no conteúdo, aqui e ali, porquanto versou numerosíssimos temas jurídicos. Em todos os caminhos, em todas as veredas do Direito se adentrou, não apenas nas *Institutas*, mas também no estudo de casos variados (De casibus, liber singulari), na investigação do Edito Provincial (Ad edictum provinciale, (D. 30,1,64 e 68), do Edito do Pretor urbano, do Edito do Edil Curul nos Comentários à lei das XII Tábuas (*ad legem XII tabularum*). Estudou várias leis, entre elas a *Iulia et Papia* (D. 31,1,55). Discorreu sobre manumissões, a fórmula hipotecária, o fideicomisso, a *re uxoria*, o senatusconsulto Orficiano (D. 38,17,9) e o Tertuliano (D. 38,17,8), as posses hereditárias, a sucessão *ab intestato* dos libertos. Escreveu comentários, regras e principalmente as “*Institutas*”, cobrindo assim com sua sabedoria todos os rincões da ciência jurídica.

As *Institutas* de Justiniano assentaram a suas bases nas de Gaio. Num resumo superficial poderíamos assinalar, como principais, além das *Institutas*, os escritos *Ad Edictum Provinciale*, em 36 partes, o *Ad Edictum Urbicum*, com 10 títulos, o *Rerum cottidianarum*, com 7 e *Ad legem XX tabularum*, com 6.

Todo direito se refere a Pessoas, Coisas e Ações, diz ele nas *Institutas*. Muito embora alguns procurem criticar tal classificação, sob o argumento de que aquela obra deveria distribuir-se em três e não em quatro livros, observa-se que, na forma e na substância, suas idéias se fizeram presentes nas *Institutas* justiniâneas e em tudo o que se vem fazendo através dos séculos. Está presente a sua influência na Lex Romana Visigothorum, ao tempo de Alarico II (506), no Codex Revisus de Recesvinto (585), no Liber Iudicorum de Leovigildo (654), na Lei das 7 Partidas (1263), no Código Civil espanhol de 1888, nas Ordenações lusitanas Afonsinas (séc. XV), nas Manuelinas (XVI), nas Filipinas (XVII), na Lei da Boa Razão (XVIII), no Código Civil Português (1867), no Esboço de Teixeira de Freitas de 1860/65, no Código Civil Brasileiro de 1917 e ainda nas duas grandes matrizes européias do direito codificado: o código francês de 1804 (Napoleão) e o alemão de 1896 (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich), que entrou em vigor em 1900. Estes dois, o francês e o alemão, criaram aquilo que Wieacker chama “famílias jurídicas” ao estudar a história do direito privado nos tempos modernos. O direito contemporâneo se filia a essas duas grandes correntes universais. Alguns codifi-

cadores se deixaram influenciar poderosamente pelo Código Napoleão, como aconteceu com o Visconde de Seabra, em Portugal; algumas nações simplesmente o adotaram quase integralmente, como a Bolívia. Filiaram-se ainda ao francês os códigos italiano de 1865, o egípcio de 1875, o espanhol de 1888, o rumeno de 1869. Ao alemão se vincularam, em maior ou menor escala, o código suíço de 1911, o chinês de 1929 (Roman Law in China, de R. Pond, in L'Europa e il diritto romano, I, p. 441 e ss., *apud* Robleda Introdizione allo estudio del Diritto Privato Romano, Univ. Gregoriana, 1979, p. 27, nota 45), e o japonês de 1898 e o da Grécia de 1946. É preciso deixar claro que nem sempre a filiação é total. Os japoneses, por exemplo, primeiramente tentaram assimilar o código napoleônico, adaptando-o tanto quanto possível às suas realidades sociais.

Tal é a projeção daqueles dois monumentos legislativos sobre o mundo que o eminente Olis Robleda (ob. cit., p. 25), afirma: — *“In verità, se si fa eccezioni dei grandi Stati della Gran Bretagna e dell'America settentrionale, quasi tutti i paesi del mondo sono retti a Codice a cui si è giunti sia per la ricerca di una maggiore certezza del diritto, unità ed autonomia giuridica, sia per potersi adattare alle non poche novità intervenute in campo sociale, politico ed economico dei nuovi tempi.”*

Ah! Os novos tempos! Quem conseguirá libertá-los dos velhos tempos! Quem poderá cortar as raízes e conservar intacta a árvore que elas sustentam! O erro que impera hoje em dia, em nosso entender, provém precisamente dessa ânsia de libertação do passado, que leva alguns juristas — felizmente poucos — que não se julgam defasados, a propor as maiores loucuras legislativas em matéria de projetos de reformas.

Em todos os códigos padrões já assinalados está presente o Direito Romano e, com ele, a figura de Gaio.

Sem querer aceitar as idéias, nem sempre aceitáveis, de Oswald Spengler, no seu “A Decadência do Ocidente”, força é reconhecer que na História Universal há um número de formas fenomenais limitadas que “as idades, as épocas, as situações se renovam por tipos”. Não se estuda Napoleão sem lançar um olhar oblíquo sobre César e Alexandre. Os jacobinos se auto-denominavam “romanos”. “Comparava-se Florença a Atenas, Buda a Jesus, o cristianismo primitivo ao socialismo moderno, as finanças romanas do tempo de César às dos *yankees*. Frederico o Grande comparava os franceses aos Macedonios sob Filipe e os alemães aos gregos. A Alsácia e a Lorena seriam as Termópilas da Alemanha”. (1. p. 16).

Um mundo de idéias poderia ser desenvolvido em torno desse tema sedutor. Uma verdade, porém, desde logo extraímos: Roma e Grécia continuam a dominar o mundo. Roma, mais positiva, através de seu Direito, Grécia por

meio de sua arte e de sua filosofia. Um quinhão nessa partilha, que poderia ser reivindicado pelos hebreus — a Religião — teve que passar pelo crivo de Roma. Esta é que fez o Cristianismo universal. E no pensamento filosófico-teológico cristão se enraízam as idéias de Aristóteles. A *Summa Theológica* de Santo Thomaz, ao lado das fontes aristotélicas, coloca fontes jurídicas romanas. Ali estão Ulpiano e Gaio, quando procuram conceituar direito (*ius*), justiça (*Iustitia*) e *Aequitas* (Equidade, Justiça).

Roma e Grécia continuam a reger o mundo, apesar de todos os avanços tecnológicos da era contemporânea. Até nas coisas corriqueiras da vida elas respondem presente. Uma nave espacial se chama “Apolo”, um navio de guerra inglês traz o nome “Argus”, a residência presidencial americana é o “Capitólio”, a mais alta hierarquia da Igreja constitui a “Cúria Romana”, a pompa exterior que envolve a figura do Santo Padre lembra o “Rex Sacrorum” ou o “Pontifex Maximo” da era republicana. Não é em vão que se chama Sumo Pontífice. A ciência em geral, especialmente a Medicina, vai buscar nas raízes greco-romanas os vocábulos designativos de enfermidades e medicamentos. No Brasil, onde se extinguiu o estudo do latim, o Ministério da Educação possui uma revista que se chama “Documenta”. No campo do Direito a presença é permanente, geral, ostensiva ou disfarçada. Em tudo. Na classificação do Direito Civil, que se diz seguir a escola alemã dos pandectistas, (Família, Propriedade, Obrigações e Sucessões), o que se obedece, na verdade, é ao pensamento romano, que remonta a Gaio, filtrado pela doutrina de todos os tempos, dos glosadores, a partir do século XII, com Acúrsio e seus contemporâneos, com os pós-glosadores e comentadores, sobretudo a figura de Bártolo.

Justiniano, seguindo Gaio, já distribuía as matérias em quatro livros: Coisas (II), Sucessões e Obrigações (III), Obrigações delituais e ações (IV). É, *mutatis mutandis*, o pensamento gaiano, que atravessou o Baixo-Império, foi contemporâneo de Adriano e do *Edictum Perpetuum* de Salvio Juliano, passou pelos Códigos Gregoriano, em 15 livros, de 291, Hermogeniano, de 295, pelo Teodosiano, em 16 livros, de 438 e veio retemperar-se nas Institutas de Justiniano, em quatro livros, de 533 da nossa era.

Voltamos ao pensamento de Spengler quando diz que as idades, as épocas se renovam por tipos. Gaio, no século XIX, encontra um sucessor brasileiro na figura incomum de Augusto Teixeira de Freitas, criador como ele, original como ele, liberto como ele, abridor de novos caminhos como ele, maior depois de morto como ele, quando suas idéias são encontradas, ou melhor, descobertas e exaltadas. Justiniano falava no “nosso Gaio”. Nós podemos dizer também: “o nosso Freitas”. Sobre Gaio assim se manifestou Raymond Monier (Man. El. de D. Romain, I, p. 86): “O jurisconsulto mais misterioso da época dos Antoninos é Gaio, cujos trabalhos são a fonte mais precisa e mais pura de nosso

conhecimento do direito clássico depois da descoberta do manuscrito de suas Institutas, em 1816”. Na verdade, não se pode referir Freitas sem lembrar Gaio, ambos em seu tempo, fontes precisas e puras do direito anterior. Em toda a trajetória histórica percorrida pelos ensinamentos romanos, através da península ibérica e dos monumentos legislativos francês e alemão, e ainda de doutrina medieval, pós-medieval, moderna e contemporânea, chega-se à obra de Teixeira de Freitas, na América do Sul, como se fora um novo sol no horizonte.

Que encontraram os colonizadores portugueses no Novo Mundo? Com exceção da civilização mexicana e peruana pré-colombiana, onde alto grau de desenvolvimento cultural se apresentava, nas demais nações surgentes o panorama era outro. No Brasil e Argentina os indígenas nada poderiam oferecer, em matéria jurídica. Com relação aos vizinhos do Sul o eminente civilista (argentino) Raimundo M. Salvat, ao classificar, por períodos, a evolução histórica do direito em seu país, apresenta três fases: a colonial, a da emancipação e de organização política, a de codificação. Prescinde mesmo de uma fase inicial, a do “direito indígena”, que nenhuma força teve ante a avalanche colonizadora e se apresentava totalmente desvinculado do amplo panorama cultural da nação. (Tratado de Derecho Civil Argentino, I, 1931, p. 67). O mesmo pode dizer-se do Brasil, apesar dos esforços de Clóvis Bevilacqua, Couto de Magalhães, Rodrigo Otávio no sentido de encontrarem institutos e costumes jurídicos aproveitáveis, entre os silvícolas, esforços esses somados aos de João Mendes Junior (Os indígenas no Brasil, seus direitos individuais e políticos, 1912); Oliveira Sobrinho (Os silvícolas brasileiros e a legislação pátria); Herculano Marcos Inglez de Souza (O selvagem perante o Direito); Souza Pitanga (Memória, in Rev. do IBGE, LXIII 1ª parte); Isidoro Martins Junior (História do Direito Nacional, 1895). Entre os estrangeiros cabe citar Ernest Glazon, em “Les Institutions primitives du Brésil”, e o imenso Carl Friedrich Phillip Von Martius, em “O Estado de Direito entre os autoctones do Brasil”.

Tudo somado, apresenta um saldo bem pequeno de costumes, hábitos e práticas indígenas, no que se refere à declaração de guerra (comparável à cerimônia dos feciais romanos), proteção aos filhos, uniões matrimoniais, e outras originais medidas de defesa da coletividade, inclusive a figura estranha de um “vir viduarum”, assinalada pelo desbravador Couto de Magalhães.

Vale dizer que o Direito destinado a reger a sociedade brasileira começou com o descobrimento. Veio com as caravelas, trazendo em seu bojo uma grande carga de romanismo.

A tradição lusitana se apresentava rica no que provinha de Roma. Nos séculos XVI e XVII, notáveis figuras surgem em Portugal, estimuladas pelo romanismo importado, especialmente da França, onde sobressai Cujácio, e da

Holanda. É a época do Gouveanus (Antonio de Gouvea), de Pedro Barbosa, Caldas Pereira, Altamarino e outros. Eram todos romanistas. Salienta Lafaiete Rodrigues Pereira que o Direito Pátrio ocupava então “a segunda plana e desse contacto saiu-lhe adulterado e pervertido o espírito e a índole”. Só mais tarde, com a reforma dos estudos na Universidade de Coimbra, ao tempo de D. José I e de seu ministro Marquês de Pombal, alargaram-se os horizontes com vista aos estudos do direito lusitano. Caberia a Mello Freire (Pascoal José de) levar “a luz e a ordem ao caos”, constituindo um corpo de doutrina harmônico, e tanto quanto possível claro, daquilo que Lafaiete chama “labirinto da jurisprudência pátria”. (Dir. de Família, 1889, p. XXI). Segue-se, no mesmo grau de hierarquia cultural, Manoel de Almeida e Souza (Lobão), com seus “Tratados, Dissertações e Notas”, escrevendo num estilo “bárbaro, acrimonioso como um polemista do século XVI” (Lafaiete), sua obra se espraia pelos domínios do Direito Civil e do Processo. José Homem Corrêa Teles haveria de exercer poderosa influência sobre as letras jurídicas brasileiras. Autor do “Digesto Português”, que Eusébio de Queiroz, por volta de 1848, propôs fosse adotado como Código Civil Brasileiro, escreveu também o “Doutrina de Ações”, divulgado em nosso país através das edições fartamente anotadas por Teixeira de Freitas. Impregnado de Direito Romano, Lafaiete o considera uma acomodação do opúsculo do alemão Boehner ao foro português, que, por sua vez, Teixeira de Freitas acomodou ao foro brasileiro. São estes os caminhos mais ou menos secretos que percorre o Direito através dos séculos, migrando, adaptando-se, transformando-se, aclimatando-se de tal forma, que às vezes parece fruto da terra em que vige, quando veio de outras plagas mais distantes. Nessa mesma linha se acha a obra de Joaquim Gouvea Pinto, “Tratado dos Testamentos e Sucessões”, também adaptado e anotado por Teixeira de Freitas.

Toda a carga de tradição romana e lusitana chegou ao nosso país com o descobrimento e, depois de transcorridos cerca de três séculos, ainda afirmava Lafaiete: “Organizado com elementos tão inconsistentes, sobre a base de uma legislação escrita insuficiente, acanhada e cheia de omissões, o corpo no nosso Direito oferece largo campo para a controvérsia.” (ob. cit., p. XXV)

Era preciso sistematizar, doutrinariamente, e codificar o direito escrito. Havia, ao lado do caminho científico, o caminho prático da acomodação das leis à realidade. Essas duas tarefas realizou-as Teixeira de Freitas. A prática, ao redigir o *esboço* e anotar obras lusitanas, a científica na Consolidação das Leis Civis em que, como Melo Freire em Portugal, trouxe luz e ordem ao caos. Foi um fundador do direito nacional no século passado. Cabe-lhe bem a expressão “fundador” à maneira romana, utilizada por Pompônio para enaltecer Quintus Mucius, Brutus e Manilius “qui fundaverunt ius civile”. (D. 1,2,41)

A febre de codificações no século XIX (*Savigny — Über den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, Heidelberg, 1814), fez derramar sobre todas as nações civilizadas numerosos códigos. Procurava-se, tanto quanto possível, “nacionalizar” o direito, libertá-lo do Direito Romano, como se uma nova era surgisse para o futuro. Realizadas as codificações verificou-se que o contingente “nacional” era muito pouco em face da massa hereditária romana: na estrutura, nos sistemas, nos métodos, na substância dos institutos, na nomenclatura. Tenta-se ainda a concepção de novos institutos, que nada mais são do que direito romano disfarçado, e disso poderemos dar vários exemplos: o furto do uso e da posse romanos, apresentados sob nova feição, moderna; a “posse agrária”, apresentada como novidade, outra coisa não é senão a *superfície*, abolida de nosso código civil vigente; o próprio direito autoral, com nome novo, mas velho de dois mil anos, constante das Institutas de Gaio e Justiniano. Até inovações exóticas de terras geladas, como o *Ombudsman* escandinavo, podem encontrar similares no direito de Roma. E ainda recentemente fala-se em lobby, denominação vulgar, alardeado como novidade por americanos e brasileiros, que encontra melhor ancestral no *scrinium* do tempo do Império romano, ou melhor, nos *Scrinia Epistularum, Libellorum, Despositionum e Memoriae*, escritório com assessoria para todos os assuntos administrativos, judiciais, legislativos e até a memória nacional. (R. Monier, *Man. de Dir. Rom.*, I, 116).

Não se trata de entidades iguais às propostas nos tempos modernos, mas semelhantes na intenção e nas finalidades.

Também poderíamos apontar, como ancestral do *habeas-corpus* o interdito *de homine libero exhibendo*. (D. 43, 29)

A verdade é que o mundo ocidental, há séculos, se reparte entre duas grandes correntes culturais: a greco-romana e a anglo-saxônica. Os romanos levaram as suas armas, a sua língua, os seus costumes, o seu Direito até a Alemanha, espalharam-nos pelo mundo todo. É precisamente essa tradição multissecular, de mistura com a tradição lusitana, que nos cabe defender, como o maior patrimônio cultural de que somos herdeiros.

O Direito Nacional (para usar denominação preferida por Isidoro Martins Junior em seu livro “História do Direito Nacional”) recebeu a cultura romana através de várias vertentes: a legislação portuguesa, especialmente as Ordenações Filipinas; os costumes e a produção científica. Precisamente esta produção científica é a mais expressiva, tanto em Portugal quanto no Brasil, porquanto, sem ela, não se depuram as idéias, não se aperfeiçoam as leis, nem se rasgam novos caminhos na vida do Direito. Foi essa vida científica que enriqueceu as legislações européias. O Código Civil alemão (BGB), por exemplo, é fruto de

um longo trabalho dos pandectistas, no século passado, a começar pela polêmica Thibaut — Savigny, a respeito da necessidade ou não de elaborar códigos, e nele se contém toda a carga cultural de Windscheid, transposta da doutrina para a lei positiva.

A essa formação científica basilar não estão estranhos todos os povos. Já Cimbali, no fim do século passado afirmava: “Siamo per all esordio di una vasta rivoluzione nel campo del diritto civile, alla questione del metodo.” (La Nuova Fase del Diritto Civile, Torino, 1889, Unione Tipografico p. 9). E realça a resistência que o direito civil opôs através dos séculos às ondas reformatórias, fruto que foi de uma forma de organismo elaborada e amadurecida no período metafísico, em que pontificaram os jurisconsultos romanos, quando as relações de ordem privada eram consequência da afirmação do indivíduo humano como pessoa, sujeito autônomo de direitos, e se aliavam a um alto grau de desenvolvimento. Esse seria o motivo sociológico que lhe deu forças a resistir “contra a onda renovadora dos tempos, mantendo quase inalterada a sua estrutura, o seu conteúdo, o seu método, as suas fórmulas, a sua linguagem”. Eis aí, em poucas palavras, de onde provém a energia desse direito multissecular, conservado na sua estrutura, no seu conteúdo, no seu método, nas suas fórmulas e na sua linguagem.

É que o jurista deve também ser sociólogo.

É na formação científica do Direito, através dos seus grandes especialistas, que se robustece a tarefa legislativa e esse aspecto já salientava Lafaiete (ob. cit., XV). Realizado por professores e escritores, a elaboração científica “gira em uma esfera mais elevada do que a jurisprudência prática; obedece à inspiração de uma ordem superior; caminha iluminada pelas luzes da filosofia; os tribunais esforçam-se por chamar o Direito às necessidades da vida; a ciência lida por aproximá-la do seu ideal.” (ib., XVI)

Essa é a razão por que, desde o início deste trabalho, ressaltamos a evolução histórica por tipos e vinculamos, numa distância de um milênio e meio — Gaio em Roma e Teixeira de Freitas, no Brasil.

Quando Cimbali, no fim do século passado, dissertava sobre uma nova fase do Direito Civil, indagava de necessidade de, na distribuição das matérias orgânicas do Código, “conservare il metodo storico tradizionale de Gajo, adottato dai popoli di razza latina come il francese e il italiano, ovvero inaugurare un novello metodo scientifico razionale qual è stato in gran parte, più o meno felicemente, tentato dai popoli di razza germanica come il prussiano, L’asustriaco, il sassone?” (ob. cit., p. 7).

Diante da disciplina da lei escrita — embora fruto da perquirição científica — em face da camisa-de-força da lei, pergunta ainda Cimbali se “nell

insegnamento del Codice Civile” há que seguir-se fielmente a ordem adotada pelo legislador, ou, livremente, uma ordem nova, qual a necessidade de sistematizar e organizar institutos, matérias e relações afins, se impõe?

É sempre a elaboração científica em socorro do legislador de todas as idades. Nosso país não poderia ficar estranho a esse determinismo histórico. Por isso, uma das fases mais fecundas de nossa formação espiritual, como povo e nação, foi precisamente a do 2º Reinado, em que criaram asas as maiores inteligências brasileiras, no campo científico do Direito, ainda não igualadas na República. Esse é o segredo da estabilidade do 2º Reinado, da democracia coroada do 2º Reinado, do império da lei no 2º Reinado. Dele vieram os materiais científicos com os quais Clóvis Beviláqua pôde armar seu projeto em seis meses apenas. Era um acervo representado, em primeira linha, pelas contribuições de Teixeira de Freitas e, em menor escala, por Nabuco de Araujo, Conselheiro Ribas, Lafaiete Rodrigues Pereira, Antonio Rebouças, Almeida Areas (Visconde de Ourém), Marcelino de Brito, Paulino José Soares de Souza (Visconde de Uruguai), Braz Florentino Henriques de Souza, Caetano Alberto Soares, Coelho Rodrigues, Felício dos Santos, Jerônimo Martiniano Figueira de Melo, Zacarias de Gois e Vasconcelos, Silva Costa, Andrade Figueira e muitos outros, professores, escritores, magistrados, homens afeitos ao trato do Direito como Ciência, como pesquisa, como filosofia.

O mesmo fenômeno observado na França e Alemanha (cujos códigos, seriam o primeiro, um manual de direito romano reduzido a artigos e o segundo “che similmente altro non è (Gierke) se non l’opera sulle Pandette del Windscheid messa in articoli di legge”. (Robleda, ob. cit., p. 26) verifica-se, em outra escala de valores, no Brasil, onde a elaboração científica forneceu subsídios para a elaboração legislativa.

Diante desse quadro histórico cabe renovar as perguntas lançadas no início deste trabalho: — Existe um Direito tipicamente sul-americano? Há um Direito que se possa chamar “brasileiro”, em vez de simplesmente “nacional”?

As indagações envolvem questões de linguagem, de semântica. Temos sempre presente ao pensamento a afirmação do demônio, no “Fausto” de Goethe, segundo o qual “com palavras se pode lutar bravamente” (mit Woerter Paesst sich trefflich streiten); e que toda teoria é cinzenta, pardacenta (Grau, lieber Freund, ist alle Theorie).

Em verdade, tudo o que é brasileiro é nacional, mas nem tudo o que é nacional, pode chamar-se brasileiro... O Direito nacionaliza-se, adapta-se. Na Europa Ocidental os romanistas utilizam a palavra *recepção* para explicar o fenômeno da propagação da ciência de Justiniano, principalmente após Irnério e a escola de Bolonha, a partir dos séculos XI e XII.

A palavra “recepção”, porém, nem sempre se aplica bem a regiões ultramarinas. Recebemos o direito, a língua, as letras, a cultura romana, em suma. O que aqui encontraram os colonizadores, já o salientamos, no campo jurídico, foi muito pouco e desapareceu na voragem dos tempos. Recebemos e adaptamos, nacionalizamos, modificamos, abrandamos em grande parte, realizando aquilo que Pontes de Miranda chama a “benevolência” brasileira (Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro), referindo-se, especialmente, ao Código Bevilacqua, fruto de um projeto de uma alma pura e benevolente, boa representante da alma brasileira.

Mesmo em nações européias a *recepção*, em sentido estrito, é discutível, apesar de influência direta ou indireta em países como a Bulgária, a Hungria, a Romênia, a Rússia, onde o interesse pela disciplina é cada vez maior, ao contrário do Ocidente. Isso porque “das roemische Recht ist das einzige Rechtssystem, das durch saemtliche gesellschaftlich-wirtschaftlichen Formationen der Gesellschaft gegangen ist (und hat in ihnen eine entscheidende Rolle gespielt) (“Sollen die Studenten der Rechtswissenschaft in den Sozialisten Laendern Roemisches Recht als pflichtfach haben, in ACTA JURIDICA, Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und roemisches Recht, tomus XVII, Szedged, 1970, p. 337, autor: *Dragomir Stojcevic*).

Na América do Sul e especialmente no Brasil o Direito Romano penetrou através da legislação ibérica, hispano-lusitana. A independência política nas numerosas nações que então surgiram não importou em independência das matrizes jurídicas herdadas. A assimilação e a continuidade de aplicação dos preceitos das Ordenações Filipinas, constitui vivo exemplo, em nosso país, dessa vinculação histórica, tão bem assinalada em estudos do Prof. Guilherme Braga da Cruz, da Universidade de Coimbra, ao observar: “... o Código Civil brasileiro constitui em pleno século XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica portuguesa, do que o próprio Código Civil Português, promulgado quase 50 anos antes!” (A Formação histórica do moderno Direito Privado português e brasileiro, SP, RT, 1955, p. 69).

E esse Código Civil, de 1917, trazia em seu bojo toda a herança do passado imperial e colonial.

Ao lado das Ordenações e leis extravagantes, avisos, decretos, regulamentos e demais disposições vindos da Corte, surgiram também os preceitos necessários à ordenação de nossa vida jurídica e econômica. A terra americana, rica em ouro, madeira e especiarias de toda ordem, impôs, desde os primórdios, já no século XVI, a elaboração de leis adaptadas à nossa realidade. As Cartas Régias estabeleciam normas sobre a agricultura, numerosos alvarás, ordens régias e avisos se referiam a minas de ouro, indústrias, ofícios, navegação,

estradas, correio, e demais assuntos de interesse regional. Surgia assim uma legislação para o Brasil, mas que era portuguesa, ao lado das prescrições dos governos locais. Caberia então distinguir a legislação geral transplantada, de que são exemplo típico as Ordenações, da legislação endereçada a Colônia, e finalmente a legislação puramente “nacional”, que só veio a tomar corpo a partir da Independência em 1822.

Em todas as nações pode observar-se esse fenômeno de mescla de legislação autóctone e legislação assimilada, ou recebida.

Na Alemanha contemporânea da promulgação do Código Civil, A. Engelmann observava existirem preceitos estrangeiros e preceitos nacionais: “Das gegenwaertig in Deutschland geltende Privatrecht hat fremde und einheimisch-deutsche Bestandtheile”. (Das alte und das neue bürgerliche Recht Deutschlands, J. J. Heines Verlag, Berlin, 1899, p. 1, int.). Distingue então o *Geimenes Recht*, do *allgemeines Recht* e do *Partikulaeres Recht*, três categorias de direito, com origens e localização especial diferentes, embora às vezes coincidentes. *Geimeines* — comum; *allgemeines*, geral; *Partikulaeres Recht*, direito particular. No *Geimenes Recht* inclui o próprio direito estrangeiro, objeto de recepção, cuja autoridade repousa sobre o direito costumeiro alemão (Das fremde Recht, soweit es in Deutschland recipirt ist, denn seine Autoritaet leruht auf deutschen Gewohnheitsrecht” (ob. cit., p. 7). Distribui em cinco categorias o direito comum, quais sejam: as alterações do direito objeto de recepção, as leis do antigo império alemão, as leis do atual (quando escreveu) império alemão, com força legislativa sobre toda a nação, o direito costumeiro de aplicação geral no país. Recomendava não confundir o direito comum (*Gemeines*) com o geral (*allgemeines*), que, aplicado em outros Estados, tem uma origem, uma fonte diversa, como o código de comércio e a legislação de câmbio antiga, antes de sua transformação em direito comum. O *Partikulaeres Recht* era aquele cuja validade e aplicação se referissem a uma parte do país, uma única região (*einzelnes Land, beschraenktes Gebiet, eines Landes*), um rincão isolado, quer se trate de lei, quer de costume. (id., p. 7)

Não podemos aplicar certos conceitos europeus, em toda a plenitude, ao Brasil. Nossas origens são outras. A própria Alemanha, através de seu poderoso pensamento, influenciou na elaboração de nossas leis e códigos, desde o Império, quando Lafaiete, Coelho Rodrigues e outros, em comissões nomeadas por Pedro II, já conheciam a doutrina alemã, já liam Savigny, Jhering, Waechter, Boehmer, Glück, Windscheid, e se inclinavam pelas classificações alemães e preceitos doutrinários germânicos, desprezando os franceses. Através da Alemanha também recebemos o direito romano. O mesmo aconteceu com outras nações sul-americanas, especialmente aquelas que fugindo ao modelo napoleô-

nico, preferiram o de Teixeira de Freitas, no *esboço*, diretamente, ou mesmo indiretamente, através do seu satélite, o Código Civil argentino de 1869.

Chegamos, agora, ao momento exato em que deveremos responder às perguntas inicialmente lançadas: Há um direito sul-americano? Há um direito tipicamente brasileiro?

Retiramos da obra de Pontes de Miranda uma afirmativa ousada, porém assentada em uma realidade histórica: “A América do Sul (podemos dizer), tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo gênio legislativo de Teixeira de Freitas, nos quase cinco milheiros de artigos do Esboço. Todas as leis civis posteriormente votadas pelos povos sul-americanos por vezes manifestam ser tiradas dele, ou direta ou indiretamente (através do Código Civil argentino, uruguaio ou da doutrina dos três países) por ele influenciadas. Adicione-se a isto o que, na elaboração do Código Civil Brasileiro se aproveitou dos outros códigos latino-americanos, e podemos dizer que *já existe, caracterizado, um direito civil latino-americano* (o grifo é nosso), que reformou, melhorou ou profundamente corrigiu o direito peninsular, o francês e a doutrina alemã, que se trouxe menos com os colonizadores, com as relações intercontinentais, do que com a leitura dos livros europeus.” (Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro, Forense, Rio, 1981, p. 456).

Pontes de Miranda, considerado por Clóvis Beviláqua, em 1922, um dos fundadores do Direito brasileiro neste século (vd. de nossa autoria Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda — A audácia do pensamento, discurso no ABLJ, in Rev. da Federação das Academias de Letras, Rio, 1981), responde afirmativamente à indagação por nós lançada no início deste escrito. Mas o direito sul-americano, ao qual se refere, nada mais seria do que uma reforma, com melhoria e correção do direito peninsular, do francês e da doutrina alemã. Não seria um Direito trazido pelos colonizadores, mas assimilado através da leitura das obras doutrinárias, a elaboração científica a que alude Lafaiete.

Todas aquelas três fontes, (direito peninsular, o francês e a doutrina alemã), estão pejadas de direito romano. A contribuição sul-americana — de que foi precursor maior Teixeira de Freitas — atuou *vel adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, como em outros padrões o fez o direito honorário romano, assim conceituado por Papiniano (D. 1,1,7).

O direito civil latino-americano nada mais é do que Direito Romano adaptado, como o foi o direito germânico no século passado, em mais vasta escala e como o tem sido em todos os povos que sofreram a influência ou o reflexo da luz romana.

Há, na verdade, muitas novidades interessantes, fruto da mentalidade sul-americana. Uma delas, citada por Pontes, é o antigo costume, no nordeste, da plantação de coqueirais em terra alheia, com pagamento de anualidade certa ou quota dos frutos, ou sem nenhuma obrigação, como verdadeiro proprietário, em comunhão *pro diviso*, “sendo ele o dono da planta e o outro o da terra”. Esse costume, que aquele jurista diz não ter sido visto pelo Código Civil, enquadra-se nas hipóteses milenares dos *iura in re aliena* com características de *superfície* e até de enfiteuse e, em alguns casos, de sub-enfiteuse. Por se tratar de prática regional brasileira, nem por isso gera um direito cientificamente brasileiro. É uma contribuição que se acrisola na estrutura luso-romana. É, quando muito, um costume nacional, um “Gewohnheitsrecht”. (Vd. ob. cit., p. 385).

Uma outra prática do sul do Brasil, atribuída aos emigrantes de origem alemã, é a adjudicação de propriedades rurais a um dos herdeiros, a fim de evitar a partilha, com indenização dos demais herdeiros. Isso é uma prática, sem aplicação obrigatória, nunca um direito costumeiro, que dá colorido regional e sociológico à comunidade, mas não se incorpora, como fonte, ao direito vigente. (Ob. cit., p. 446).

Na verdade, se procurarmos, encontraremos outras usanças típicas de regiões e raças, neste país babélico, em que o nordestino, o paulista e o gaúcho se completam nas suas antinomias, se ajustam nas suas tradições diversas, se acomodam no seu alto sentido de unidade nacional e de vivo patriotismo.

Poderíamos acrescentar aos exemplos de Pontes de Miranda, a prática amazônica do *escambo*, a troca de produtos regionais por utilidades, através dos *regatões*, o sal pela borracha, a pólvora, as armas pela madeira ou pelas fibras, as bugigangas de toda sorte pelas oleaginosas e frutos silvestres em que é farta a Amazônia. A moeda deixa de circular.

Todos esses exemplos, embora com cor local, costumeira, não se afastam dos padrões estruturais do direito romano, uma concepção superior, uma rede de malha em que cabem todas essas excentricidades.

Só por isso não vamos chegar ao extremo de afirmar a existência de um direito latino-americano, ou de um direito sul-americano, ou de um direito brasileiro. Estes existem, *stricto sensu*, como direitos regionais, nunca com laivos de rebeldia ante a vasta herança do passado.

Campo em que se pode falar, com mais propriedade, em um direito nacional, é o da legislação social ou do trabalho, desmembrado dos títulos da locação de serviços do Código Civil, um dos trechos mais débeis do diploma de 1917, debilidade essa reconhecida pelo próprio autor do projeto. Clóvis, em sua pureza, confessa expressamente essa falha, perfeitamente explicável em

um projeto elaborado em 1900, em um país nascente, sem os problemas criados mais tarde com o surto industrial e o crescimento demográfico.

Discordamos de Pontes de Miranda e de Clóvis Beviláqua quando asseveraram que a “benevolência jurídica” que enxergam em nosso direito provém do negro, aquilo que o primeiro chama “defeito de energia” (ob. cit., p. 445) e o segundo “benignidade jurídica”, que louva, um trabalho publicado na “Revista Contemporânea”, em 1894. A benignidade, a bondade, os ideais liberais, a tolerância, a compreensão, e outras características apontadas por aqueles juristas, vêm de mais longe. Não foi o negro que as trouxe à nossa legislação. Seria o mesmo que dizer ter o negro levado aos Estados Unidos a contribuição de revolta, do desespero, da violência. A *benignidade* em nosso Direito é de origem cristã, humana do Baixo Império, por influência do Cristianismo, que concorreu para abrandar o relacionamento entre senhores e escravos, entre marido e mulher, entre pais e filhos, concorrendo para a criação de entidades assistenciais e hospitalares (nosocomia) para enfermos, velhos e escravos libertos, e que pode ser apontada como precursora de nossa legislação de assistência social. Aliava-se às práticas do Cristianismo a filosofia estoíca, projetada na península itálica, antes mesmo do Cristianismo. Cícero já exaltava o direito natural. A velha violência romana dos *quirites* se abrandou, se humanizou, diante dos ensinamentos dos estoícos e da filosofia cristã. (Vd. Troplong. “De l’influence du Christianisme sur le Droit Civil des Romains”, ch. Hingray, 1843)

Não foi, portanto, o negro, não disseminado por todo o país, mas apenas em uma faixa litorânea do nordeste, da Bahia, Rio de Janeiro e S. Paulo, que veio trazer — para as nossas leis — a contribuição da bondade e da benignidade. Numerosos Estados mal sentiram a influência negra, como Goiás, Mato Grosso, a Amazônia, em que eles se fixavam em pequena faixa litorânea (Belém-Bragança) ou em mocambos perdidos na floresta, assimilando até algumas práticas indígenas.

A contribuição do negro — grande e preciosa nas artes plásticas, na música, na culinária, não se fez sentir no campo do Direito com o exagero que lhe emprestam Pontes e Clóvis.

O sertão, tórrida fonte criadora, é antes de tudo de ocupação por mameucos. O mameuco precisa ser estudado em maior profundidade. A mestiçagem do branco com o índio é a grande força racial e espiritual brasileira, provinda do passado. A maioria dos nossos grandes vultos da pátria no século passado, é de mameucos, em todas as searas de trabalho e de pensamento.

O próprio liberalismo brasileiro, esse espírito de indisciplina e liberdade que caracteriza o nosso povo e apontado freqüentemente por Pontes de Miranda

(ob. cit., p. 456), tem sido alimentado historicamente pelo mameluco. O negro, inclinado à submissão, não deu às causas da nossa emancipação política o sangue e o brilho que lhe emprestaram os mamelucos. Os que morriam na forca, os fuzilados e esquartejados — salva uma ou outra exceção — eram mamelucos. Poderíamos citar dezenas ou centenas de exemplos.

Outros aspectos apontados por Pontes de Miranda para caracterizar um direito sul-americano são os referentes aos *traços comuns*: o pátrio poder da mãe sobre filhos ilegítimos, constante do *Esboço* de Freitas art. 1.588 e dos códigos argentino (328), venezuelano (284), peruano (185), chileno (276), mexicano (356) com repercussão no português (166) e no espanhol (154, 2ª parte). Também no *direito autoral* esses traços comuns são apontados. *Traços comuns* ou aspectos peculiares aos Códigos Sul-americanos são exaustivamente enumerados por Pontes de Miranda (ob. cit. p., 458/459). Isto não significa, em nosso entender, que se possa falar em um Direito Sul-americano rebelde ao romano, tanto assim que, quem mais concorreu para que essas peculiaridades se alastrassem por todo o continente, foi Augusto Teixeira de Freitas. Depois dele, a maior contribuição é do Código argentino de 1869, grande parte espelhado no *Esboço* de Freitas, e que acabou por constituir o *Grande mediador* entre tantas legislações, realizando aquela tarefa a que se refere Engelmann, quando estuda o *Gemeines Recht* e o *Allegemeines Recht*.

Basta um simples cotejo — por nós realizado na biografia de Teixeira de Freitas — entre os códigos argentino, uruguaio, o *Esboço* e as legislações posteriores de outros povos sul-americanos, para verificar-se que a grande matriz de todas essas realizações, foi o gênio de Teixeira de Freitas, cujo primeiro centenário de falecimento deve ser comemorado, em 1983, com o fulgor de que é merecedor.

Entre reconhecer que existem afinidades, semelhanças e peculiaridades numerosas nas legislações dos povos sul-americanos, inoculadas por Teixeira de Freitas, e admitir a existência de um direito sul ou latino-americano independente há uma distância muito grande.

Em tudo está o direito romano, mesmo nas coisas mais típicas e exóticas, como a plantação de coqueiros em terra alheia. E Teixeira de Freitas mesmo — em célebre polêmica — afirmou ser romanista, apenas romanista e disso muito se orgulhava. (Carta ao IAB em 1858)

O que ele transmitiu às novas gerações foi direito romano, depurado, haurido das fontes lusitanas, ou diretamente do Digesto e das Institutas, ou das obras de intérpretes portugueses, franceses e alemães.

Decorrido um século, ainda se podem repetir as palavras proféticas de Cimbali: “Un desiderio profondo di novità, una smania febbrile di riforme in

tutte le sfere molteplici della vita, della scienza, dell'arte, pervade ed agita violentamente le fibre della società moderna. Nessun sistema, nessuna istituzione, nessun organismo scientifico, artistico, sociale, malgrado abbia il suggello e la consacrazione dei secoli, si considera più come sacro ed inviolabile. Tutto cade e si trasforma, a vista d'occhio, sotto il martello inesorabile della critica, sotto l'impulso irresistibile di nuovi sorgenti bisogni." (ob. cit. int.)

Resta-nos aliar a experiência do passado às necessidades do presente, recriando o nosso direito, que poderíamos chamar *direito romano sul-americano*, ou, em âmbito nacional, *direito romano brasileiro*.

--oOo--

Quid leges sine moribus vanae proficiunt? [Que frutos produz a lei que se não baseia na moral?]

HORACIO. *Odes*, 3.24.