

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENNAN KLINGELFUS GARDONI

COMO OS JURISTAS VIAM O POVO? UMA HISTÓRIA DO CONCEITO NO  
PENSAMENTO CIVILISTA BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO PARA O SÉCULO XX

CURITIBA

2020

RENNAN KLINGELFUS GARDONI

COMO OS JURISTAS VIAM O POVO? UMA HISTÓRIA DO PENSAMENTO  
CIVILISTA ENTRE A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA E A CODIFICAÇÃO CIVIL  
NO BRASIL

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sergio Said Staut Jr.

Coorientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA

2020

G228c

Gardoni, Rennan Klingelfus

Como os juristas viam o povo? Uma história do conceito no pensamento civilista brasileiro na transição para o século XX [meio eletrônico] / Rennan Klingelfus Gardoni. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

Coorientador: Ricardo Marcelo Fonseca.

1. Direito civil - História. 2. Brasil - História - República Velha, 1889-1930. I. Staut Júnior, Sérgio Said. II. Fonseca, Ricardo Marcelo. III. Título. IV. Universidade Federal do Paraná.

CDU 347(09)

**Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná  
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas  
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB-9/1626**

## ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e nove de abril de dois mil e vinte às 14:00 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPEES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RENNAN KLINGELFUS GARDONI**, intitulada: **COMO OS JURISTAS VIAM O POVO? UMA HISTÓRIA DO CONCEITO NO PENSAMENTO CIVILISTA BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO PARA O SÉCULO XX**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ANDRE PEIXOTO DE SOUZA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), MARIA PIA GUERRA (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA), RICARDO MARCELO FONSECA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 29 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:24:27.0  
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:38:23.0  
ANDRE PEIXOTO DE SOUZA  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:07:24.0  
MARIA PIA GUERRA  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:13:14.0  
RICARDO MARCELO FONSECA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RENNAN KLINGELFUS GARDONI** intitulada: **COMO OS JURISTAS VIAM O POVO? UMA HISTÓRIA DO CONCEITO NO PENSAMENTO CIVILISTA BRASILEIRO NA TRANSIÇÃO PARA O SÉCULO XX**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 29 de Abril de 2020.

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:24:27.0  
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:07:24.0  
MARIA PIA GUERRA  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA)

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:38:23.0  
ANDRE PEIXOTO DE SOUZA  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
29/04/2020 16:13:14.0  
RICARDO MARCELO FONSECA  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

*"Soy pueblo, pueblo innumerable.  
Tengo en mi voz la fuerza pura  
para atravesar el silencio  
y germinar en las tinieblas.  
Muerte, martirio, sombra, hielo,  
cubren de pronto la semilla.  
Y parece enterrado el pueblo.  
Pero el maíz vuelve a la tierra.  
Atravesaron el silencio  
sus implacables manos rojas.  
Desde la muerte renacemos."*

Pablo Neruda

## AGRADECIMENTOS

Inicio esta prazerosa tarefa de reconhecer o afeto na produção do conhecimento pelo caminho difícil de lembrar de alguém que fisicamente se foi. António Manuel Hespanha lecionou minha primeira aula no curso de direito em 2013 e foi uma das maiores inspirações para o percurso na história do direito. Ainda na graduação, tive a imensa alegria de dividir um pouco das investigações que levaram à presente pesquisa com o professor Hespanha, que muito incentivou e me fez sentir que estava na direção certa na trilha da historiografia jurídica. Grandeza, humildade e generosidade que permearam todo o convívio que, para além da inspiração inigualável obra, pude ter com Hespanha, graças ao também generoso professor Ricardo Marcelo Fonseca.

E já que foi mencionado, destaco imediatamente a gratidão que sinto pelo convívio com este magnífico professor e amigo. Desde 2013, é imensa a admiração pelo professor Ricardo. Tive oportunidade de receber sua orientação, sempre decisiva e atenciosa, ao longo de toda a graduação, desenvolvendo monitoria, pesquisas de iniciação científica e monografia. Das salas de aula ao conselho universitário, o aprendizado com ele sempre foi imenso. Agradeço muito por todo o incentivo, pela inspiração e pela dedicação, mesmo nos momentos de turbulência, quando a agenda só permitia contatos rápidos, mas sempre precisos.

Complementando esta incrível dupla de orientadores, o grande professor e amigo Sérgio Said Staut Júnior sempre foi uma importante referência e exemplo no caminho que me trouxe até aqui. Principalmente nos últimos dois anos (mas desde antes) seus ensinamentos me ajudaram muito a explorar as trilhas do passado jurídico e também a refletir sobre diversas questões da vida e do direito no presente. Sou infinitamente grato por todo o apoio, pela generosidade, pelos conselhos e pelas horas de orientação no café ao lado da faculdade ou via videoconferências.

Se tive contato com grandes mestres, esse encontro só poderia ter sido proporcionado pela Universidade Pública. Agradeço muito à Universidade Federal do Paraná pela oportunidade de estudar, de fazer pesquisa, enfim, de me envolver com o conhecimento – e, vale dizer, com o conhecimento de ponta produzido pelos pesquisadores e pesquisadoras do PPGD-UFPR. Em tempos de ameaça às universidades públicas, é importante destacar como estas instituições mudam vidas

e a UFPR mudou a minha. Também agradeço à CAPES, pelo incentivo à pesquisa, política que foi decisiva para o desenvolvimento do presente trabalho.

Não cabem aqui palavras para descrever a gratidão a quem mais me incentivou. Benilda, minha mãe, é quem tornou cada passo da minha jornada possível e é a maior inspiração para a carreira acadêmica e para a vida. É com muito amor que lembro de tudo o que me foi proporcionado por ela para chegar aqui, desde a alegria por uma conquista à luta para prover estrutura, passando pelo exemplo de dedicação.

À minha maior parceira desta vida, Nicolly Noguês, agradeço pela paciência infinita, pelo apoio, pelas revisões no trabalho, pelo carinho, por me ouvir nos momentos difíceis (inclusive quando era sobre a pesquisa). Mas, principalmente, agradeço muito pela cumplicidade e pela companhia ao longo deste caminho.

Agradeço também aos amigos que tive ao meu lado ao longo desta fase, Luis Machado, Ramon Bentivenha, Marwan Glock, Ellyng Kenya, Pedro Perdigão, Thiago Piemontez, Pedro Luz, Paulo Cabreira, Acácio Telechi, Gustavo Martinelli, Aukai Lesner, entre outros. Sou muito grato pelas pessoas que tenho ao meu lado, que caminham junto, e estas são certamente algumas delas para mim.

Agradeço também os amigos do Núcleo Direito, História e Subjetividade, que contribuíram muito para a minha formação, com aulas, conselhos, dicas, escuta, afeto e muita inspiração: Otávio Weinhart, Luize Navarro, Thiago Hansen, Walter Guandalini, Luis Fernando Lopes, Karolyne Mendes, João Paulo Arrozi e Rafael Julião.

Sou grato pelos grandes parceiros que tenho na equipe editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Márcio, Gustavo, Priscilla e Pedro, pelos ensinamentos diários e pela compreensão de sempre.

Agradeço também aos amigos do DCE e da APG-UFPR, em nome de Gabriel e Dione, que muito me ensinaram e compartilharam, sobretudo na defesa da democracia, da ciência e das universidades públicas.

Finalmente, agradeço ao professor André Peixoto de Souza, a quem também sou grato pelas contribuições desde as aulas no primeiro ano, passando pela mesa de minha primeira apresentação nos congressos do IBHD e pela banca da minha monografia, e à professora Maria Pia Guerra, cujas acuradas contribuições em GT no último congresso do IBHD foram decisivas para a conclusão do trabalho, pela gentileza de ambos ao aceitarem o convite para compor a banca de defesa.



## RESUMO

O presente trabalho procura contribuir com a historiografia da cultura jurídica brasileira a partir da investigação do conceito de povo no pensamento civilista entre a proclamação da República e a promulgação do Código Civil de 1916, sem pretensão de exaurir o tema. Primeiramente, foram realizadas algumas reflexões de ordem metodológica. Nesse sentido, tentou-se definir certas preocupações a serem perseguidas no decorrer da investigação. Tendo isto em vista, optou-se por selecionar o pensamento jurídico como o tipo de fonte para análise: certos livros e artigos cujo conteúdo abarca o termo “povo”. A literatura sobre a cultura jurídica no período indica um movimento de transição na dimensão jurídica dos fins do século XIX: a tensão (não excludente) entre continuidades de uma estrutura “tradicional” e o desejo de “modernizar” o direito por uma ruptura com o passado. Então, buscou-se alguns indícios de como o conceito de povo foi utilizado nesse cenário de mudanças. A paisagem do início da República é importante para investigar o conceito, visto que no período a tensão entre o “velho” e o “novo” possui particularidades. Além disso, a codificação civil é importante marco temporal, pois representava uma tentativa de ruptura (ao menos formal) com o passado no direito civil. Diante da amplitude desse cenário, porém, foram levantados apenas indícios de certas linhas de movimento da cultura jurídica do período próximas à categoria “povo”. Nesse sentido, igualdade, cidadania e identidade nacional foram alguns dos elementos da tensão entre o “arcaico” e o “moderno” no período e compunham o entorno do conceito de povo em textos de alguns dos juristas de destaque no direito civil dentro do recorte temporal elegido. A partir disto, buscou-se perceber traços das linhas de transição na semântica do conceito de povo em trabalhos publicados na Revista O Direito. Investigou-se indícios de como a categoria estudada era manejada pelo pensamento civilista diante de uma certa variação de significados entre tendências de permanência e ruptura. Neste itinerário, os artigos selecionados foram divididos de acordo com o tipo de análise que empreendiam e o ramo do direito civil que tematizavam. Com efeito, tentou-se delinear, a partir da interpretação dos usos do conceito de povo entre os textos analisados, alguns elementos da transição pela qual passava a cultura jurídica brasileira.

Palavras-chave: História do Direito Privado. Primeira República. Pensamento jurídico. Povo. Codificação civil.

## ABSTRACT

The present work seeks to contribute to the historiography of Brazilian juridical culture from the investigation of the concept of people in civilist thought between the proclamation of the Republic and the promulgation of the Civil Code of 1916, without pretending to exhaust the theme. First, some methodological reflections were made. In this sense, an attempt was made to define certain concerns to be pursued during the investigation. With this in mind, it was decided to select juridical thinking as the type of source for analysis: certain books and articles whose content includes the term "people". The literature on juridical culture in the period indicates a transition movement in the juridical dimension at the end of the 19th century: the (non-exclusive) tension between continuities of a "traditional" structure and the desire to "modernize" the law for a break with the past. So, some indications of how the concept of people was used in this scenario of changes were sought. The landscape of the beginning of the Republic is important for investigating the concept, since in the period the tension between the "old" and the "new" has its particularities. In addition, civil codification is an important time frame, as it represented an attempt to break (at least formally) with the past in civil law. Considering the breadth of this scenario, however, only indications of certain lines of movement in the legal culture of the period, close to the "people" category, were raised. In this sense, equality, citizenship and national identity were some of the elements of the tension between the "archaic" and the "modern" in the period and comprised the surroundings of the concept of people in texts by some of the prominent jurists in civil law within the time frame elected. From this, it was aimed traces of the transition lines in the semantics of the concept of people in works published in *Revista O Direito*. It was investigated evidences of how the studied category was handled by civilist thought in the face of a certain variation in meanings between tendencies of permanence and rupture. In this itinerary, the selected articles were divided according to the type of analysis they undertook and the branch of civil law they dealt with. In effect, an attempt was made to outline, based on the interpretation of the uses of the concept of people among the texts analyzed, some elements of the transition that the Brazilian juridical culture was going through.

Keywords: History of Private Law. First Republic. Legal thinking. People. Civil coding.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1. LOCALIZANDO O “POVO” NO PASSADO JURÍDICO: UMA CHAVE DE LEITURA PARA O PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NAS PRIMEIRAS DÉCADAS DA REPÚBLICA</b> .....	<b>14</b>
1.1. A HISTORICIDADE DO FENÔMENO JURÍDICO E A ESPECIFICIDADE DO DIREITO NA HISTÓRIA.....	17
1.2. CAMINHOS DE ACESSO AO PASSADO JURÍDICO: CULTURA, PENSAMENTO E IMAGINÁRIO COMO RECORTES DA DIMENSÃO JURÍDICA ...	26
1.3. O CONCEITO DE POVO NO PASSADO JURÍDICO: PONTOS CARDEAIS PARA UMA INTERPRETAÇÃO DA POLISSEMIA DO “POVO” .....	37
1.4. ENTRE O VELHO E O NOVO, O POVO: TEMPOS DE TRANSIÇÃO EM UM CENÁRIO TROPICAL .....	43
<b>2. IGUALDADE, CIDADANIA E IDENTIDADE: ELEMENTOS DO “POVO” NO PENSAMENTO CIVILISTA DO INÍCIO DA REPÚBLICA À CODIFICAÇÃO CIVIL DE 1916</b> .....	<b>53</b>
2.1. LEITURAS DA POPULAÇÃO BRASILEIRA NA DOCTRINA CIVILISTA: A IGUALDADE ENTRE O JUSNATURALISMO E O EVOLUCIONISMO .....	57
2.2. POVO E PADRÕES DE CIDADANIA NO PENSAMENTO CIVILISTA: A FAMÍLIA, O GRUPO SOCIAL E O INDIVÍDUO .....	72
2.3. CODIFICAR E CIVILIZAR: SOBERANIA E IDENTIDADES DO POVO NO PROCESSO DE RUPTURA NO ÂMBITO DAS FONTES DO DIREITO .....	84
<b>3. O CONCEITO DE POVO NOS RAMOS DO DIREITO CIVIL: FRAGMENTOS DO PENSAMENTO CIVILISTA NA REVISTA O DIREITO (1889-1913)</b> .....	<b>104</b>
3.1. VISÃO GERAL DAS OCORRÊNCIAS DO CONCEITO DE POVO NA REVISTA O DIREITO .....	110
3.2. O CONCEITO DE POVO E A ESFERA DOMÉSTICA NOS DIREITOS DE FAMÍLIA E SUCESSÕES .....	112
3.3. O CONCEITO DE POVO NOS DIREITOS REAIS: AS CORPORAÇÕES DE MÃO-MORTA E OS POVOS INDÍGENAS .....	127
3.4. O CONCEITO DE POVO NOS DEBATES SOBRE OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADE CIVIL .....	131
3.5. CODIFICAÇÃO CIVIL.....	135

<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>142</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca contribuir para a investigação do processo de modernização da cultura jurídica brasileira por meio do levantamento de alguns de seus vestígios no entorno do conceito de povo no pensamento jurídico civilista. Pela impossibilidade de abarcar toda a cultura jurídica brasileira, tema de proporção continental, a pesquisa se volta a proporcionar uma pequena colaboração à disciplina a partir do estudo da categoria em alguns dos autores relevantes das primeiras décadas da Primeira República, até a promulgação do Código Civil em 1916, bem como da produção do pensamento jurídico civilista em um dos periódicos jurídicos de destaque no período – a Revista O Direito.

A categoria “povo” foi escolhida dado o seu potencial de revelar algumas características interessantes do pensamento civilista. Diante da sua importância para as construções da teoria político-jurídica moderna, a noção de povo foi relevante para a construção do direito civil na modernidade. Isso porque, com a tendência de conferir centralidade à lei no âmbito da dimensão jurídica, a figura do povo passou a ser elemento central nos debates acerca da produção do direito pela “vontade” ou pelo “espírito” do povo.

Além disso, tem sido revisitada por autores contemporâneos. Giorgio Agamben, por exemplo, aborda a importância do conceito em uma de suas obras filosóficas mais célebres, muito em voga na academia jurídica brasileira dos últimos anos: *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*<sup>1</sup>. Não se pretende entrar em tal debate, mas apenas assinalar a importância de uma reflexão sobre a categoria elegida. De modo mais modesto, o presente trabalho se volta para a investigação do conceito no pensamento acerca do direito civil entre o fim do século XIX e início do século XX.

A escolha pelo direito civil se deu pela observação de que o conceito de povo possui relevância para esta matéria na construção de uma teoria jurídica “moderna”. Mas é certo que a categoria de povo também é de grande relevância para o direito público. Porém, enquanto o pensamento publicista poderia utilizar uma expressão mais abstrata e genérica do conceito de povo, o pensamento civilista teria

---

<sup>1</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: Poder soberano e vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 173 e ss.

de manejar o conceito dentro de algumas tensões próprias de seu processo ambíguo de modernização nos fins do século XIX, como a harmonização entre igualdade e hierarquia social, a incorporação das relações domésticas pela esfera legislativa face à renitência de um imaginário patriarcal e o conflito entre a permanência de direitos “locais” e a edição de um código de inspiração “universal”.

Além disso, a opção pelo direito civil se deu diante de indícios de uma distinção entre os usos do conceito por alguns dos juristas brasileiros e certos juristas estrangeiros, indicando a possibilidade de uma relativa especificidade local. Atentando para a impossibilidade de ler a produção doutrinária europeia como um pensamento homogêneo<sup>2</sup>, toma-se de maneira inevitavelmente breve, como exemplos, indícios da importância conferida por alguns de seus autores que influenciaram muito o pensamento civilista brasileiro ao menos entre os séculos XIX e XX. Entre eles, Friedrich Carl von Savigny, dedica uma seção de seu “Sistema de Direito Romano Atual” para tratar especificamente do “povo”. Associando esta categoria à tradição, o jurista alemão confere papel de destaque ao povo (em oposição ao individualismo) na formação de uma ordem jurídica<sup>3</sup>. Também Rudolph von Ihering confere papel de protagonista ao povo na sua teoria jurídica, ao afirmar que “O direito é o trabalho sem tréguas, e não somente o trabalho dos poderes públicos, mas sim o de todo o povo”<sup>4</sup>.

É claro que, entre tais juristas se situam em um contexto no qual foi importante a noção de “espírito do povo” como fundamento da ordem jurídica, que permeou o pensamento jurídico na região da Alemanha do século XIX. Por outro lado, também na França o “povo” é evocado em um relevante evento para as construções teóricas do direito civil moderno. Jean-Étienne-Marie Portalis, o jurista redator do *Code Civil*, em seu discurso sobre o projeto, confere protagonismo às leis

---

<sup>2</sup> Nas palavras de Antônio Manuel Hespanha: “Em suma, a ideia de uma tradição jurídica europeia, se pode fazer algum sentido no âmbito de uma história mundial do direito, dificulta a visão de muitos elementos de diferenciação que são necessários para contar uma história do direito ocidental. Para além das vantagens historiográficas de rigor, o sublinhar da pluralidade de tradições jurídicas (nomeadamente, na Europa) evita que a história do direito europeu se oriente no sentido de legitimar uma política de unificação (globalização) do direito privado europeu com base numa alegada tradição jurídica comum”. HESPANHA, Antônio Manuel. Dificuldades de uma história não tradicionalista da tradição do direito Privado. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado: olhares diacrônicos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 5.

<sup>3</sup> Savigny, Friedrich Karl von. **Sistema del derecho romano actual**. Madrid: F. Gongora y companhia, 1878. p. 31-33. Disponível em: <https://ia801201.us.archive.org/19/items/BRes1421811/BRes1421811.pdf>. Acesso em 16/02/2020.

<sup>4</sup> IHERING, Rudolph von. **A Luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009 Ebook. p. 22.

civis como fonte do direito, considerando que elas “são frequentemente a única moral do povo e formam sempre parte de sua liberdade” e destacando que a inovação legislativa não pode perder de vista os hábitos e a situação do povo<sup>5</sup>.

Entre os textos de juristas brasileiros levantados para análise, chama atenção, porém, a raridade das ocorrências do conceito. Tal constatação, levou ao questionamento acerca de como os juristas viam o povo e utilizavam a categoria, considerando que as respostas, ainda que parciais e incompletas, poderiam deixar pistas para o estudo da cultura jurídica brasileira. Isso, sobretudo, após o advento da República, momento a partir do qual o povo passou a figurar no texto constitucional como origem, mediada pela representação, de uma ordem jurídica pretensamente democrática.

Mas se trata de um período, como aponta a leitura de Fonseca e Seelaender, pela ambiguidade das tentativas implementação de ideais liberais no Brasil diante de uma estrutura social profundamente hierarquizada e de “práticas tradicionais” avessas às transformações “modernizantes”<sup>6</sup>. Por esta razão, a presente pesquisa baliza seu objeto sob a ótica da tensão entre a resistência de certos “arcaísmos” e um desejo de modernização jurídica – polos, ora em conflito, ora em composição – no período entre a proclamação da República e a promulgação do Código Civil de 1916, importante marco para a cultura jurídica civilista, visto que representou uma importante ruptura, ao menos no âmbito das fontes do direito. A hipótese, portanto, é de que o conceito do povo teve sua semântica marcada por uma relação ambígua entre um imaginário marcado pela “tradição” e a pretensão de modernizar o direito civil brasileiro, reforçando as hipóteses de existência de um padrão “híbrido” na cultura jurídica brasileira do período. Em outras palavras, supõe-se que o conceito povo em seu sentido “moderno”, ou seja, abstrato, homogêneo, igualitário, foi utilizado pelos juristas no processo de “expansão da estatalidade” pelo direito civil, sem, todavia, que fosse deixado completamente de lado uma semântica hierarquizante, própria de um pensamento ainda atrelado à “tradição”.

---

<sup>5</sup> Tradução livre. No original: [unas buenas leyes civiles] son a menudo la única moral del pueblo y forman siempre parte de su libertad”. PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discurso preliminar p. 11

<sup>6</sup> FONSECA, R. M.; SEELAENDER A. C. L. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). História do direito em perspectiva. Curitiba: Juruá, 2008.

Partindo de uma reflexão acerca das preocupações metodológicas peculiares a serem perseguidas ao longo da pesquisa historiográfico-jurídica sobre o conceito de povo entre a proclamação da República e a codificação civil de 1916 no Brasil, o trabalho buscou delinear algumas das características do cenário em que o conceito de povo se expressou no pensamento jurídico brasileiro na transição entre os séculos XIX e XX, levantando alguns aspectos da sintaxe da categoria estudada em certos textos de poucos (mas importantes) juristas do período, para, a partir disso, investigar o movimento de transição da cultura jurídica em vestígios da cultura jurídica brasileira, ou seja, na semântica conferida à categoria em artigos publicados pela Revista O Direito entre 1889 e 1913, quando o periódico foi encerrado. Acredita-se que a compreensão de como o povo era visto em alguns vestígios do pensamento civilista por meio de tal itinerário pode fornecer elementos de contribuição para as investigações inseridas nos amplos temas da cultura jurídica brasileira e da história da cidadania do Brasil.



## 1. LOCALIZANDO O “POVO” NO PASSADO JURÍDICO: UMA CHAVE DE LEITURA PARA O PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NAS PRIMEIRAS DÉCADAS DA REPÚBLICA

Elaborar um estudo sobre o passado jurídico envolve uma série de dificuldades peculiares da relação entre história e direito<sup>7</sup>. O passado, como realidade que se decompõe e se altera com o transcurso do tempo, deixa apenas rastros e muitas vezes ruídos à investigação histórica – não é possível acessá-lo em sua completude e muitas das leituras que se debruçam sobre ele acabam por reverberar o presente. Pietro Costa sintetiza essa questão:

[...] o saber historiográfico, na convencional divisão das tarefas dentro da corrente “enciclopédia do saber”, é individualizado primeiramente por uma conotação temporal: o saber historiográfico é um saber voltado ao passado; a realidade à qual o historiador se pretende, *expert*, é uma realidade já transcorrida: uma realidade que era, mas que não é mais; e ao historiador pede-se justamente para recriá-la na narrativa. E então, a operação intelectual própria da historiografia não pode, por definição, ser reportada à categoria “observação de fato”, em nenhum sentido (positivista ou pós-positivista) da expressão, pelo banal motivo de que o mundo dos eventos e das ações dos quais o historiador se ocupa foi, mas não é. O historiador não se encontra nunca, pela definição de seu saber, frente aos fatos, mas apenas frente a testemunhos, a pegadas, a discursos que não são “fatos”, mas sinais<sup>8</sup>.

É claro que nenhuma construção de saber está livre da perspectiva em que se insere<sup>9</sup>. Todavia, a ausência de precauções pode levar o investigador a crer que sua perspectiva é universal e absoluta, quando na realidade o conhecimento histórico é permeado escolhas e seleções. Em outras palavras, o olhar historiográfico é inserido em um plexo de valores inerentes a sua produção e construído com base em uma forma particular de ler a realidade a partir dos indícios que se apresentam. Parte-se, assim, do pressuposto de que “A historiografia, é, portanto, não a descrição de coisas ou estado de coisas, mas atribuição de sentido;

<sup>7</sup> Sobre o sentido dessa conjunção, Cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33-38, e GARRIGA, Carlos, Presentación: Historia y derecho, historia del derecho, **Istor. Revista de historia internacional**, v. 16, p. 1–4, 2004.

<sup>8</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba, Juruá, 2010. p. 20.

<sup>9</sup> Como destaca Pietro Costa: “É justamente no debate epistemológico geral que a crise do neopositivismo induziu a duvidae do paradigma cientificista nos seus assuntos principais. E se observa que não existe, por parte de nenhum cientista, uma observação ‘pura’ do fato; a observação é necessariamente ‘sobrecarregada de teoria’; o cientista não registra passivamente os fatos, mas os seleciona, os ordena, os constrói; em resumo, os compreende a partir de sua específica formação cultural”. Id.

portanto, interpretação”<sup>10</sup>. Por outro lado, evitando cair na pretensão de realizar uma história totalizante, e direcionando o foco para um objeto mais modesto, “É necessário individualizar, no entrelaçamento não dominável de ‘todos’ os textos, um grupo de textos que possa a cada vez aparecer relativamente homogêneo”<sup>11</sup>

Tendo em vista estas preocupações preliminares, para definir o recorte da investigação o estudo voltou-se inicialmente à investigação de algumas das especificidades, ferramentas e estratégias da historiografia jurídica para a compreensão do período recortado e a interpretação das fontes selecionadas. Assim, neste primeiro capítulo serão apresentados os instrumentos teórico-metodológicos escolhidos para realizar a pesquisa, justificando tais escolhas com a delimitação dos resultados que elas podem oferecer<sup>12</sup>. Seguindo a proposta de Ricardo Marcelo Fonseca, busca-se “[...] fazer uma história do direito bem informada (ou ao menos autoconsciente) nos seus limites teórico metodológicos”, sem perder de vistas que o objeto é em alguma medida também construído pela narrativa histórico-jurídica<sup>13</sup>.

Inicialmente, tendo em vista que a pesquisa se volta ao estudo do conceito de povo no passado jurídico, é interessante nota que a visão proposta encontra certa proximidade com o que João Paulo Arrosi, partindo de Reinhart Koselleck<sup>14</sup>, define como conceito:

Conceito, no sentido de história dos conceitos, é um signo linguístico que abrange e circunscreve uma gama de significados, de termos, de outros signos linguísticos que são dispostos de maneira coordenada, possibilitando assim estabelecer relações de comparação, contraste, diferença e mútua

<sup>10</sup> Ibid., p. 21. É importante destacar a ressalva que Pietro Costa faz em relação aos limites dessa atribuição de sentido, visando “[...]evitar o solipsismo hermenêutico dos desconstrucionistas”, pois “Com ele se arrisca perder não tanto a arcaica ideia da ‘verdade’ da interpretação, mas o sentido mesmo da operação hermenêutica. Isto é, acaba-se comprometendo o nexos funcional que liga, que deve ligar, o texto interpretante com o texto interpretado. Não se *encontra* o significado, ele é atribuído a um texto: mas se joga sempre sobre um texto que tem uma sua precisa configuração. A liberdade da interpretação é ampla tanto quanto é extenso o campo da indeterminação do texto, mas não é ilimitada: o vínculo é dado pela constitutiva ‘alteridade’ do texto, pela necessidade de dar conta *daquele* texto, da sua coerência, da sua unidade. A arbitrariedade da interpretação não é então absoluta, mas relativa ao procedimento de análise que vê de qualquer forma o texto interpretante empenhado em dar conta do texto interpretado, orientado sobre ele. (p. 24).

<sup>11</sup> Ibid., p. 28.

<sup>12</sup> “[...] a escolha da teoria também irá implicar não só a escolha de um determinado caminho, mas também o atingimento de um resultado diverso”. FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 27.

<sup>13</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>14</sup> KOSELLECK, R.. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2016.

explicação acerca do emprego desse conceito num dado contexto histórico delimitado. Conceito é uma unidade polissêmica, capaz de refletir e explicar, no seu dinamismo semântico, mudanças sociais e políticas, permanências e novidades ocorridas. E mais ainda: conceito não é apenas um índice das ocorrências, transformações e acontecimentos históricos que emergem à superfície da linguagem, mas também figura como fator de mudanças ou de continuidades que, na sua articulação discursiva, interfere tanto na percepção da realidade quanto no comportamento daqueles que agem e sofrem o efeito de ações político-sociais linguisticamente apreensíveis<sup>15</sup>.

Trata-se de observar uma pequena porção do passado jurídico, que pode indicar vestígios da dimensão jurídica que a cerca. Em sentido semelhante, Antônio Manuel Hespanha afirma que o conceito pode expressar uma forma de percepção da realidade. Por isso, as categorias jurídicas possuem uma dimensão “de capacidade activa, estruturante, criadora (*poiética*) na modelação do conhecimento”. Por outro lado, tais expressões também remetem a “conjuntos tendencialmente coerentes entre si, com lógicas internas de organização e de desenvolvimento”<sup>16</sup>.

Importante destacar que Hespanha expressa a preferência pela expressão “categorias”, uma vez que ela não estaria tão impregnada pela conotação de uma “história das ideias”, descolada da sociedade, quanto a expressão “conceitos”. O presente trabalho utiliza ambas as expressões como sinônimos, que, como aponta Hespanha, se aproximam, eis que a conotação que o termo “categoria” se refere a uma dimensão não tão consciente e refletida do pensamento, ou seja, fora do âmbito da intenção do “autor” dos textos jurídicos selecionados para análise<sup>17</sup>. Busca-se tomar, portanto, a precaução de não reduzir o conceito estudado a um produto da intencionalidade de determinados atores em seus textos, mas como fruto de um conjunto de significações que transborda o indivíduo e sua racionalidade. Isto não quer dizer, porém, que não haja intenções e interesses na semântica dos textos

---

<sup>15</sup> ARROSI, João Paulo. A concretude do conceito: notas para uma aproximação entre história do direito e história dos conceitos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>16</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. Categorias..., p. 15-16.

<sup>17</sup> “O que me afasta da palavra [conceito] é o facto de estar muito embebida em concepções racionalistas; por insinuar um esforço mental consciente e reflectido, típico dos pensadores e dos filósofos, gente de que não me vou ocupar muito, enquanto tais, ou seja, enquanto produtores conscientes e individualizados de ideias. Temo que, se optasse por falar de ‘conceitos’ se confundisse meu trabalho com uma empresa de ‘história das ideias’, concebida como história de ilustres pensadores e dos seus intencionais pensamentos. E não é disso que vou tratar. Qualquer grande pensador que aqui apareça aparece sem galões, reduzido a um soldado raso (eventualmente mais eloquente) de um grande exército anónimo. É certo que a ideia de uma ‘história dos conceitos’ foi relançada por Reinhart Koselleck [com] intenções muito semelhantes às que exprimi. Em todo caso o peso da palavra ‘conceito ainda é, nos discursos usuais, demasiado para que se utilize sem a preocupação de ser mal entendido, aproximando-nos à força de uma história individualista, subjectivista, intencionalista das construções intelectuais”. Ibid., p. 16.

analisado. Mas, como aponta Hespanha, esses interesses são também parte do conjunto simbólico que compõe o entorno do conceito<sup>18</sup>.

Todavia, o presente trabalho não busca uma aplicação estrita das teorias de Koselleck ou de Hespanha. Com algum nível de inspiração nelas, a tentativa aqui empreendida é de situar o conceito de povo como ferramenta de acesso ao passado jurídico, destacando algumas das preocupações que guiaram o estudo da categoria “povo” no pensamento jurídico do início da República no Brasil, sobretudo pelas maneiras de interpretar os vestígios da dimensão jurídica.

Assim, sem pretensão de ineditismo, o objetivo deste capítulo é apenas apresentar uma síntese de algumas ferramentas oferecidas por importantes pensadores da historiografia jurídica para a produção do conhecimento científico nesta área. Com efeito, busca localizar algumas cautelas a serem perseguidas pelo estudo, as quais, a partir daquele instrumental teórico, visam tatear certos limites e problemas de apreensão do objeto de estudo, fornecendo linhas de guia para uma leitura do conceito que o torne apto a servir de instrumento para o estudo da história da cultura jurídica brasileira no período da Primeira República.

### 1.1. A historicidade do fenômeno jurídico e a especificidade do Direito na história

Ao se investigar o conceito de povo na perspectiva da historiografia jurídica, duas armadilhas logo aparecem no caminho da pesquisa: a) ignorar a historicidade do fenômeno jurídico, lendo-o com as lentes do presente sem perceber as necessárias mediações<sup>19</sup> – e aqui se poderia ler o “povo” como entidade metafísica ou “ponto de chegada”, destituindo o conceito de seu corpo histórico; b) não vislumbrar o direito como fenômeno dotado de espessura própria, desdobrando-o de

---

<sup>18</sup> Nas palavras de Hespanha: “Interesses são também, muito claramente, representações [...] ao estudarmos esses interesses, não estamos a tocar numa realidade bruta (isto é, não mediatizada por representações). Pelo contrário, estamos em pleno mundo das imagens e de representações [...]”. Ibid., p. 31-32.

<sup>19</sup> “O senso comum dos juristas (fala-se evidentemente de uma maneira generalizadora) gosta de pensar que o direito atual, o direito moderno, é o ápice de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes, já que é a única ungida com a água benta da ‘racionalidade’. O direito moderno frequentemente é visto como resultado final de uma evolução histórica onde tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabiamente assimilado e decantado, de modo a transformar o nosso direito vigente na mais sofisticada e elaborada maneira de abordar o fenômeno jurídico”. Ibid., p. 23.

relações causais com outros fenômenos da realidade<sup>20</sup> – e aqui se poderia subsumir o uso jurídico do conceito de povo à estatística, à descrição das relações econômicas que o produzem, ou à política, entre outras áreas do conhecimento.

Portanto, em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que o direito é um fenômeno histórico. Como dimensão da expressão humana, o direito não poderia estar descolado da cultura em que se insere em cada momento histórico. Tendo isso em vista, Carlos Garriga destaca a intrínseca relação que compõe a conjunção “história do direito”:

O direito não consiste apenas em um conjunto de regras de um ou outro modo formuladas e mais ou menos coercitivamente sancionadas, senão que pressupõe uma (certa) concepção do ser humano e do mundo, quer dizer, como uma (alguma) antropologia, toda uma (ou outra) cultura que, lhe dando sentido, também contribui para a sua legitimação como parte da ordenação existente em cada formação social. Não é possível acessar aquelas – as regras e a sua formulação – sem passar por esta – a cultura que as dá sentido – que juntas compõem uma ordem jurídica. Uma ou outra ordem: não há universais jurídicos, porque (e como) não há universais antropológicos. O direito responde à cultura – uma ou outra cultura – e se encontra por isso socialmente enraizado, quer dizer, historicamente determinado. A história do direito é composta assim de uma sucessão de experiências jurídicas descontínuas, que importa ao historiador reconstruir em sua singularidade, conjugando o par continuidade-descontinuidade com o cuidado de separar o passado que estuda do presente que vive. Não se pode esquecer, com efeito, que a história é construída pela historiografia com materiais provenientes do passado, mas no e para o presente<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> “Parece que a negação da [existência de uma cultura jurídica], em parte dos casos, e está ligada a uma visão do fenômeno jurídico como algo que não é dotado de uma “espessura”, como algo que não seja efetivamente imanente à sociedade, como um conjunto de sutilezas ou de meros mecanismos de coerção colocados em ação pelo poder político. Essa visão – muito comum em boa parte dos não-juristas e derivada, em grande medida, de uma leitura ortodoxa do marxismo – não teria condições de ver no “campo” jurídico a possibilidade dos mecanismos jurídicos constituírem uma espessura cultural que fosse orgânica à estrutura social e histórica”. FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias Da Modernização Jurídica Brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, p. 257–293, 2008, p. 261.

<sup>21</sup> Tradução livre. No original: “*El derecho no consiste sólo en un conjunto de reglas de uno u otro modo formuladas y más o menos coactivamente sancionadas, sino que presupone una (cierta) concepción del ser humano y el mundo, es decir, una (alguna) antropología, toda una (u otra) cultura que, dándole sentido, contribuye además a su legitimación como parte del orden existente en cada formación social. No se puede acceder a aquéllas –las reglas y su formulación- sin pasar por ésta –la cultura que les da sentido-, las que juntas componen un orden jurídico. Uno u otro orden: no hay universales jurídicos, porque (y como) no hay universales antropológicos. El derecho responde a la cultura –una u otra cultura- y se encuentra por ello socialmente enraizado, es decir, históricamente determinado. La historia del derecho se compone así de una sucesión de experiencias jurídicas discontinuas, que toca al historiador reconstruir en su singularidad, conjugando el par continuidad-discontinuidad con buen cuidado de separar el pasado que estudia del presente que vive. No hay que olvidar, en efecto, que la historia es construida por la historiografía con materiales provenientes del pasado, pero en y para el presente*” GARRIGA, Carlos. Op. cit., p. 1.

Com efeito, uma análise do conceito de povo no passado jurídico não poderia negligenciar um dos aspectos essenciais da dimensão jurídica: sua imbricada relação com os demais aspectos da realidade, como a economia, a política, a cultura, entre outros<sup>22</sup>. Em outras palavras, o estudo busca perceber o conceito de povo como categoria jurídica intrinsecamente ligada ao tempo e ao local em que se manifesta:

[...] a compreensão das categorias e dos institutos jurídicos, bem como das suas implicações na realidade, não pode estar distanciada do estudo e da reflexão a respeito das diferentes temporalidades e localidades em que foram pensados e idealizados os diferentes direitos<sup>23</sup>.

Assim, uma análise do conceito de povo no discurso dos juristas do passado deve buscar tomar em conta que a palavra, ainda que seja utilizada no presente, tem significados distintos ligados à sua especificidade temporal e local, cujas funções também são diferentes das vigentes na atualidade. Como aponta Fonseca, a análise diacrônica permite se esquivar das perspectivas “essencialistas” e “trans-históricas” do conceito<sup>24</sup>.

Tal leitura é importante para que, ao investigar o conceito de povo no pensamento jurídico do final do século XIX e do início do século XX, seja guiado pelo esforço para respeitar a semântica a ele atribuída pela rede simbólica própria desse período histórico no Brasil. Desta maneira, um trabalho de pesquisa historiográfico-jurídica pode buscar cumprir um papel de relativizar o conceito,

---

<sup>22</sup> Nas palavras de Fonseca: “Não se pode fazer história do direito sem prestar atenção nas contribuições, nas pesquisas, nas abordagens e nas metodologias específicas que os historiadores ‘gerais’ utilizam – às vezes com refinamento exemplar – dentro de suas subáreas específicas. Afinal, se o direito está presente na sociedade e se ele é histórico, não se pode desprender sua análise no passado da análise da própria sociedade onde ele se insere e onde ele dialoga com a política, com a cultura, com a economia, em a sociedade, etc.” FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 22.

<sup>23</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 22.

<sup>24</sup> Fonseca trata deste problema em relação ao conceito de propriedade, mas o mesmo pode ser dito em relação ao conceito de povo: “Por trás de uma mesma morfologia geralmente há, em perspectiva histórica, uma muito diversa semântica. A tendência atual (que é particularmente marcada no campo discursivo do direito) no sentido de absolutizar os conceitos como se fossem dotados de uma validade eterna e trans-histórica (e aqui sempre temos em mente o conceito de propriedade) encontra um antídoto muito eficaz na análise diacrônica; afinal, nenhuma essencialidade metafísica resiste muito bem a um esforço de historicização”. FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Leis de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de História del Derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005, p. 98.



apontando a contingência semântica de uma mesma palavra hoje, em certa medida, “naturalizada”:

[...] o estudo do passado do direito passa a importar justamente, para, ao demonstrar as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente, contextualizar o atual, “desnaturalizando-o” e colocando-o na contingência e na provisoriedade histórica a que ele pertence. A análise do passado do direito passa a servir para, ao afirmar a historicidade que é ínsita ao direito (que não é, portanto, algo que sobrepassa de modo isolado da realidade ou que é mero “feito” [...])<sup>25</sup>.

A preocupação é significativa quando se trata de uma abordagem do conceito de povo. Isso porque, é possível que esta categoria seja “encontrada” em contextos históricos radicalmente distintos, como na Grécia Antiga, na Idade Média e na Modernidade. Ainda que o “povo” apareça nos textos de Aristóteles, Marsílio de Pádua e Jean-Jacques Rousseau, na verdade, trata-se da mesma palavra (e muitas vezes nem a palavra é a mesma, visto que o conceito aparece muitas vezes em palavras distintas, como *populus*, *plebs*, *demos* e *multitudo*), mas as rupturas no tecido histórico importam mudanças radicais de mentalidade, de modo que a expressão “povo” remete a relações diferentes em cada estrato histórico em que é invocada<sup>26</sup>. Como aponta António Manuel Hespanha:

Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com o seu *valor facial* (*i.e.*, referidos com as mesmas palavras ou com frases), desde há muito tempo. Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. Os conceitos interagem em campos semânticos diferentemente estruturados, recebem influências e conotações de outros níveis de linguagem (linguagem corrente, linguagem religiosa, etc.) são diferentemente apropriados em conjunturas sociais ou em debates ideológicos. Por detrás da continuidade aparentemente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido. E esta descontinuidade semântica frustra por completo essa

<sup>25</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 36.

<sup>26</sup> Ainda que seu foco seja o conceito de democracia, Pietro Costa dá conta de exemplificar as distinções radicais do conceito de povo em contextos históricos tão diferentes em: COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: Lições de história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

pretensão de uma validade intemporal dos conceitos embebidos nas palavras, mesmo que estas permaneçam<sup>27</sup>.

É o que acontece com o conceito de povo: apesar de ser muitas vezes tratado como unidade na história, em realidade configura uma pluralidade semântica, marcada muito mais por descontinuidades do que por traços comuns, que raramente ultrapassam a terminologia. Portanto, seguindo também a lição de Pietro Costa<sup>28</sup>, o presente trabalho elege como uma de suas preocupações metodológicas a tentativa de percepção do conceito de povo em seu entorno (social e textual). Assim, visa-se evitar uma “história da palavra”, que tenda a ler de antemão no passado jurídico de um país recém-saído da escravidão e da monarquia, um conceito de povo como ferramenta de igualdade, democracia e soberania popular, ainda que muitas vezes a retórica dos juristas se aproxime destes conceitos (não sem ambiguidades).

Procura-se, assim, uma leitura do “objeto” histórico dentre da rede de valores em que está inserido e nas relações que são estabelecidas entre ele e outras categorias. Do contrário, a pesquisa serviria apenas para legitimar os usos do conceito de povo no presente, imputando às categorias do passado uma semântica atual, de maneira a nada dizer sobre aquela outra realidade.

Nesse sentido, Sérgio Said Staut Júnior também aponta que a dimensão jurídica é intrinsecamente ligada às relações humanas e, portanto, ao plexo de valores sociais que a circundam<sup>29</sup>. A afirmação parte da leitura de Paolo Grossi, para quem o direito é atrelado muito mais à vida e à experiência – que ganham corpo social no processo histórico – do que no conteúdo do comando legislativo<sup>30</sup>. Todavia, ambos percebem que essa leitura deve evitar perder de vista a tipicidade do fenômeno jurídico sob pena de perder a riqueza que este ramo do conhecimento abarca. Vale destacar as palavras de Grossi: “a dimensão jurídica é uma dimensão autônoma da realidade, porque o ‘jurídico’ é um seu valor típico e específico”<sup>31</sup>. Em

---

<sup>27</sup> HESPANHA, Antônio, Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 26-27.

<sup>28</sup> COSTA, Pietro. **Civitas: Storia della cittadinanza in Europa: 1. Dalla civiltà comunale al Setecento**. Roma-Bari: Laterza, 1999 p. IX; Cf. também COSTA, Pietro. **Soberania...** e COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos....**

<sup>29</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 32.

<sup>30</sup> GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35-36.

<sup>31</sup> GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. In: \_\_\_\_\_. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140.



sentido semelhante, Staut Júnior demonstra a importância de levar em conta o passado jurídico para a compreensão de uma realidade social:

O direito (mesmo considerando suas múltiplas noções e conformações) está presente concretamente na vida das pessoas, revela muitas das escolhas mais importantes realizadas por uma determinada comunidade e, também por isso, os fenômenos jurídicos são dados históricos importantíssimos<sup>32</sup>.

Há, nesse sentido, relevância em uma abordagem investigativa do conceito de povo pela análise do passado jurídico. Porém, deve-se ter em conta o cuidado de tentar não “abandonar as especificidades do direito e aquilo que a dimensão jurídica tem de essencial para a história”:

Nessa perspectiva, o direito (assim como a história) não pode ser reduzido a mero reflexo de práticas econômicas e sociais sem qualquer densidade e autonomia, ou seja, não é possível desprezar o fenômeno jurídico nas suas profundas singularidades e o papel fundamental desempenhado pelo direito na ordenação e constituição de uma dada sociedade<sup>33</sup>.

Portanto, o estudo do conceito de povo, lido (para os propósitos deste trabalho) através das lentes da historiografia jurídica, busca levar em conta essa espessura do fenômeno jurídico como finalidade da observação. Nessa linha, Fonseca sintetiza a preocupação com a especificidade própria da História do Direito:

Sendo uma área que oscila entre mais de um campo do conhecimento, a própria definição pode se mostrar bastante controversa. Mas um critério aparentemente válido consiste em considerar como efetivamente histórico-jurídicos os estudos que centram suas problemáticas de análise (suas hipóteses, seu “objeto”, para usar uma expressão hoje epistemologicamente gasta) nas questões efetivamente jurídicas. Ou seja, o direito ocuparia o centro da preocupação teórica destes estudos, e não seria um mero instrumento de análise. Como exemplos de usos “instrumentais” do direito (e que portanto não seriam rigorosamente estudos histórico jurídicos), temos as análises nas quais a semântica do direito (seus conceitos, sua doutrina) é “utilizada” por determinado estudo para problematizar uma questão externa ao direito (como a política, a sociedade, a filosofia) ou então quando fontes jurídicas (sobretudo processos judiciais no passado) são utilizados como meios para compreender questões que não são centralmente jurídicas (inquisição ou escravidão, por exemplo). [...] Ao contrário, quando a problemática da pesquisa centra-se, de modo não instrumental, em analisar o passado de questões como “codificação”, “constitucionalismo”, “liberdades” (para citar apenas alguns exemplos), e as estratégias de investigação levam em conta, em grande medida (embora não exclusivamente), uma compreensão e análise interna dessas fontes

---

<sup>32</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 32.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 33.

(seja ela a lei, a doutrina ou o costume no passado, por exemplo) estamos diante de um estudo de história do direito<sup>34</sup>.

Com efeito, trata-se de uma abordagem do conceito de povo em suas relações com outras categorias jurídicas no direito privado – pretendendo não perder de vista o entorno social em que estão inseridas. Nesse sentido, é interessante destacar certos aspectos dessa especificidade. Luis Fernando Lopes Pereira, observando as formas simbólicas de expressão da dimensão jurídica, destaca uma particularidade do fenômeno jurídico em relação a outras formas de conhecimento:

[...] o direito seria mais uma maneira de imaginar o mundo em meio a outras, como a arte, o senso comum, etc. Só que o direito seria uma representação normativa, fundamentada em uma forma própria de imaginar como *deveriam ser* as coisas (a lei) e como elas *são* (o fato) [...]<sup>35</sup>

Essa projeção própria do mundo normativo certamente é guia para a leitura do conceito de povo no direito civil do início da Primeira República, uma vez que o discurso jurídico parte uma percepção da “realidade” (do “povo”) a partir da qual elabora construções teóricas voltadas a incidir sobre essa mesma realidade, a moldá-la. Nesse sentido, ao tratar do pensamento jurídico voltando-se aos documentos produzidos pelos “juristas letrados”, Antônio Manuel Hespanha percebe que há uma peculiaridade “construção intelectual” que os operadores do direito elaboram sobre a realidade. Como atividade muito mais criativa do que descritiva:

[...] estas construções intelectuais não apenas revelam bastante bem aspetos muito importantes do funcionamento das sociedades, como nos dizem muito acerca da própria lógica com a qual constroem as suas imagens do mundo. Com o rigor analítico do seu saber – comparando, definindo, distinguindo, e prosseguindo nisto até à exaustão - os juristas fornecem minuciosos planos de pormenor da organização e do funcionamento da sociedade. E, depois, ao discutir e justificar as suas conclusões, revelam o universo de pontos de vista, de argumentos e de razões que podiam convencer os seus contemporâneos. Ou seja, os juristas descrevem muito detalhadamente o mundo e muito exaustivamente as razões que movem o mundo; o *seu mundo*, claro, e as *suas razões* para o movimento do mundo. Porém, como o seu saber é organizado para intervir, como é um saber prático, como visa dirigir comportamentos, e dirigi-los pelo convencimento, as suas proposições e as suas razões têm que suscitar os consensos, propondo coisas possíveis, se possível agradáveis, baseadas em razões prováveis. O enraizamento da visão jurídica do mundo pressupõe este contínuo trânsito entre a “cultura” de um grupo e a

---

<sup>34</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 34.

<sup>35</sup> PEREIRA, Luis Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 46

“natureza” de todos, estas permanentes apropriação cultural da “natureza” e “naturalização da cultura”<sup>36</sup>.

Os juristas, portanto, veem o mundo e o conformam em conceitos, teorias, discursos, de um modo muito particular. O saber jurídico é marcado por uma dimensão inventiva e outra interventiva sobre as demais instâncias da realidade, um “ser” e um “dever-ser” que se imbricam nos textos jurídicos. Dimensões que são, portanto, faces de uma mesma moeda e que tendem a se manifestar sobre as manifestações do conceito de povo no pensamento jurídico. Ainda, no mesmo sentido, Pietro Costa destaca que a atividade do jurista é permeada por esse processo criativo inerente à interpretação. Segundo ele, mesmo em um paradigma legalista, não há desvinculação absoluta entre a descrição e a projeção da realidade na dimensão jurídica:

Na realidade, o jurista, como coautor de textos prescritivos, como sujeito profissional inserido em uma interação estreita continuada com a classe política – ele é, às vezes, um importante expoente dessa classe –, pois não fornece instrumentos aptos para qualquer fim, mas sim oferece à classe política um discurso que inclui em si mesmo, espontaneamente, uma imagem de sociedade e um projeto de sociedade, uma ideia do que a sociedade é e uma proposta do que a sociedade deve chegar a ser<sup>37</sup>.

Com efeito, é próprio da dimensão jurídica criar ao produzir saber, projetando soluções para os conflitos de interesse percebidos pelos juristas na sociedade. É esse justamente o âmbito da interpretação – inerente à atividade jurídica: espaço rico, que permite contemplar a dimensão jurídica para além da literalidade fria do texto legal<sup>38</sup>. Por outro lado, Luis Fernando Lopes Pereira, ao estudar a especificidade da cultura jurídica, destaca a importância de evitar uma leitura essencialista, tomando o direito como fenômeno complexo que é constituído em constante relação com demais fenômenos da sociedade<sup>39</sup>. Sob este ângulo, a especificidade do saber jurídico emerge da relação com a estrutura da sociedade. Pois ao atribuir sentido ao ordenamento, ou seja, ao utilizar ferramentas conceituais próprias do seu saber para ler a sociedade e a dimensão jurídica, os juristas

<sup>36</sup> HESPANHA, **Como os juristas viam o mundo**: 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: Edição impressa: Create Space, 2015. p. 4. Ebook. ISBN-10: 1508797528.

<sup>37</sup> COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). **As paixões do jurista**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 190 e 194.

<sup>38</sup> COSTA, Pietro. Discurso jurídico....

<sup>39</sup> PEREIRA, Luis Fernando Lopes. A circularidade da cultura..., p. 48

expressam um modo de ver a experiência social, visando moldá-la, direcioná-la, de acordo com o conjunto simbólico que compõe seus valores e expectativas. Nas palavras de Hespanha

[...] antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E, depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados<sup>40</sup>.

Assim, a historicidade do fenômeno jurídico e sua tipicidade se encontram de maneira a direcionar uma visão do passado que perceba as construções mentais elaboradas pelos juristas a partir da realidade em que estão inseridos e a particularidade desse saber que traduz essa realidade em categorias próprias no intuito de intervir sobre ela, de enquadrá-la em um modelo composto por normas, instituições, doutrinas, jurisprudência, entre outras formas de manifestação da dimensão jurídica. É nessa relação de mão dupla entre o direito e a experiência social que começa o delineamento do conceito de povo. Desta maneira, a abordagem busca a leitura específica que é feita pela dimensão jurídica do conceito, ou seja, as demais categorias jurídicas que se relacionam com a mobilização da categoria “povo” no pensamento jurídico, tentando não perder de vista a sociedade brasileira dos fins do século XIX e do início do século XX.

Todavia, são diversas as formas de abordar o passado jurídico. É possível uma abordagem que tenha foco na legislação<sup>41</sup>, na jurisprudência, na doutrina, na opinião pública ou mesmo em manifestações ainda mais alternativas em relação à uma percepção monista do fenômeno jurídico, como aquelas ligadas às organizações normativas paralelas a qualquer manifestação estatal. Além disso, diferentes formas de ler tais manifestações da dimensão jurídica levariam também a

---

<sup>40</sup> HESPANHA, Antônio, Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 99.

<sup>41</sup> Em geral, as abordagens focadas na legislação tendem a ser superficiais ou legitimadoras do presente, visto que, em geral, partem de um pressuposto ligado ao presente e completamente avesso ao passado jurídico (e até mesmo ao presente, se pode dizer): tratam-se de percepções da lei como única forma de manifestação do direito. A esse tipo de leitura são direcionadas algumas das críticas da seção subsequente. É preciso, porém, destacar que há potencialidade dessa forma de análise. Airton Cerqueira-Leite Seelaender partindo de análise da legislação da Primeira República, realiza uma excelente leitura da complexidade desse período de transição, apontando rupturas, continuidades e ambiguidades da cultura jurídica da Primeira República em: SEELAENDER, A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

distintos resultados. Assim, apesar de algumas das características da forma de abordagem aqui proposta terem sido adiantadas nas entrelinhas da presente seção, é importante delinear com mais precisão o recorte da dimensão jurídica que se propõe estudar, bem como as estratégias de leitura que são adequadas ao objetivo de investigar a forma como o conceito de povo foi lido pelos juristas no direito privado no início da Primeira República.

## 1.2. Caminhos de acesso ao passado jurídico: cultura, pensamento e imaginário como recortes da dimensão jurídica

Na presente seção visa-se delinear aspectos metodológicos para conferir instrumentalidade do conceito de povo para a análise da cultura jurídica. Toma-se, para tanto, noções metodológicas da historiografia jurídica para situar o objeto de estudo de acordo com a possibilidade de acesso ao passado jurídico e a seleção de fontes para o trabalho. Tais categorias são a de “cultura jurídica”, “pensamento jurídico” e “imaginário jurídico”. Trata-se, portanto, de investigar os recortes da dimensão jurídica em que o conceito pode se manifestar como chave de acesso ao passado jurídico em um quadro teórico (inevitavelmente sintetizado) constituído por aquelas categorias fundamentais para análise. Com efeito, não há pretensão de inovação. O objetivo é apenas partir de definições já muito bem delineadas pela historiografia jurídica e sistematizá-las no que importa para o desenvolvimento do restante da pesquisa.

Em primeiro lugar, destaca-se que Giovanni Tarello aponta algumas precauções para uma história da cultura jurídica moderna:

[...] uma história da cultura jurídica moderna deve propor-se, ao menos, os seguintes objetivos: a) evitar o condicionamento de partições acadêmicas mais ou menos ocasionais (história da filosofia do direito, história do direito "italiano", história das instituições, história administrativa, etc.) neutralizando as categorias de setor, tornando-as um objeto de historiografia; b) aceitar as sugestões oriundas dos setores disciplinares do direito, mas controlar seu tema e terminologia; c) ter plenamente em conta a historiografia não jurídica<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Tradução livre. No original: [...] una storia della cultura giuridica moderna deve proporsi almeno i seguinte obiettivi: a) evitare i condizionamenti dele piú o meno occasionali partizioni accademiche (storia della filosofia del diritto, storia del diritto "italiano", storia delle istituzioni, storia amministrativa, ecc.) neutralizzando le categorie di settore attraverso il renderle oggetto de storiografia; b) accogliere i suggerimenti che provengono dall'interno dei settori disciplinare giuridici,

Tais premissas, muito ligadas às precauções apontadas na seção anterior, indicam um caminho inicial para a análise do conceito de povo na cultura jurídica brasileira. Trata-se de evitar imprimir condicionamentos do presente a um passado cuja organização da cultura jurídica pode divergir da atual; de atentar-se às terminologias próprias dessa outra forma de conceber o universo jurídico, utilizando o conhecimento técnico do direito com este cuidado; e de perceber o direito em correlação com os demais fenômenos sociais.

Aprofundando tais considerações importa destacar, seguindo a lição de Ricardo Marcelo Fonseca, que um olhar crítico para a cultura jurídica no passado deve “submeter a ‘canonização’ dos de alguns nomes ao crivo da análise histórica da cultura jurídica brasileira, desvelando as razões de poder presentes na eleição de suas posições e relações de legitimação”<sup>43</sup>. Trata-se, portanto, de buscar utilizar uma noção de cultura ao longo da análise que evite exportar do presente para o passado a imagem de alguns juristas brasileiros vistos ainda como figuras de “autoridade”. Afinal, uma leitura que procurasse investigar o conceito de povo para identificar a “genialidade” ou a “originalidade” das abordagens de certos juristas que permeiam o imaginário presente como “grandes nomes do direito brasileiro”, apenas legitimaria o presente e não serviria ao propósito questionador que permeia uma pesquisa em história do direito.

A leitura do conceito de povo nas fontes levantadas, nesse sentido, pode se valer de uma crítica à noção de cultura semelhante à do filósofo alemão Walter Benjamin:

Nunca há um documento de cultura que não seja, *ao mesmo tempo*, um documento da barbárie. E, assim como ele não está livre da barbárie, também não o está o processo de sua transmissão, transmissão da qual ele passou de um vencedor para o outro<sup>44</sup>.

Benjamin conclui tal raciocínio com um imperativo: é preciso “escovar a história a contrapelo”. O conceito de cultura que é objeto desta crítica, como aponta o filósofo Michael Löwy, é próximo ao de “civilização” (a “alta cultura”), mas a leitura

---

ma controlarne la temática e la terminologia; tenere in massimo conto la storiografia non giuridica. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976 p. 9

<sup>43</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Vias Da Modernização...*, p. 261.

<sup>44</sup> BENJAMIN, Walter. Tese VII Sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. **Aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 70 (grifo nosso).

de Benjamin indica que ele não se opõe de forma exclusiva à barbárie (a violência, a dominação), compondo dialeticamente com esta noção uma “unidade contraditória”<sup>45</sup>. É nesse sentido que toma corpo um “imperativo benjaminiano”: para o historiador é preciso perceber que as reminiscências do passado que chegam as suas mãos como cânones da cultura, estão permeadas por disputas submersas e geralmente compõem uma narrativa imposta pelos vencedores. Levar o passado a sério, portanto, significa tentar desmistificar os discursos históricos a partir de uma leitura desconfiada (a contrapelo) da narrativa que os sustenta no presente.

Para a historiografia jurídica, essa visão da relação entre cultura e história culmina em duas premissas metodológicas que, entre outras, são destacadas por Ricardo Marcelo Fonseca: em primeiro lugar uma visão da complexidade do fenômeno jurídico, ligada ao conflitos próprios da experiência real, de modo a esquivar-se uma leitura do direito como construção harmoniosa do passado que culmina tranquilamente nos institutos do presente; em segundo lugar, a relativização da expressão legislativa do direito, percebendo o direito como fenômeno de manifestações plurais, muitas vezes alheias à lei do Estado<sup>46</sup>. Tais premissas têm como resultado uma ampliação das fontes para acessar o conceito de povo no passado jurídico.

Com efeito, entre as diversas expressões da dimensão jurídica que se abrem sob tal perspectiva, o presente trabalho toma a produção doutrinária como chave de leitura, voltando-se inicialmente para alguns manuais e depois para certos textos publicados na Revista O Direito. Tal expressão da dimensão jurídica foi escolhida pois a partir dela é possível aproximar um pouco mais a análise das preocupações levantadas na seção anterior, visto que, como expressão técnica do direito ligada à produção de saber, a doutrina envolve tanto a especificidade desse ramo do conhecimento quanto sua ligação com a leitura e a intervenção sobre a sociedade.

Além disso, toma-se o conceito de povo como vetor de análise sem heroicizar ou vilanizar juristas do passado. Assim, busca-se encarar os textos deles para além de uma intencionalidade individualista, pela complexidade de sua produção textual sob a visão de algumas das disputas no contexto histórico em que

---

<sup>45</sup> LÖWY, Michael. **Aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005. p. 75

<sup>46</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 159 e ss.



se inseriam. Ao analisar o pensamento jurídico brasileiro a partir da obra de Teixeira de Freitas, Ricardo Marcelo Fonseca aponta trilha para tal forma de abordagem do passado jurídico, percebendo a partir de uma análise da doutrina, o jurista como personagem complexo, inserido em um jogo de disputas e ambiguidades:

A abordagem que concebo se afasta, em primeiro lugar, daquelas meramente “celebratórias”, onde o autor é idealizado como gênio precoce ou incompreendido, onde o que parece querer se afirmar é um certo “orgulho da raça” sem uma análise mais criteriosa das peculiaridades muito grandes de sua produção<sup>47</sup>.

Em sentido semelhante, Sérgio Said Staut Júnior, aponta a necessidade de desconfiar da “modernidade” jurídica reivindicada por parte da cultura jurídica letrada, diante de um contexto em que a produção jurídica estava muito mais ligada a um perfil conservador – com raízes agrárias, letradas e coloniais – do que aos interesses da população brasileira<sup>48</sup>.

Sendo assim, uma leitura problematizante dos juristas do passado também deve se guiar pela desconfiança em relação às tradições evocadas por eles. A circulação da cultura jurídica, nesse sentido, é vista como um fenômeno que envolve ressignificações ligadas ao contexto em que o intérprete reivindica uma determinada afiliação cultural a outra localidade.

A questão ganha mais importância considerando que a análise se volta a um país que havia recém-saído do domínio colonial e que ainda dava seus primeiros passos na construção de uma cultura jurídica letrada própria, visto que somente no século XIX teve em suas terras cursos jurídicos próprios para a formação de intelectuais locais<sup>49</sup>. Como explica Sérgio Said Staut Júnior, tal fator foi um dos elementos relevantes para a formação de uma cultura jurídica “com características próprias” no Brasil, especialmente no âmbito do hoje denominado “Direito Privado” na segunda metade do século XIX:

---

<sup>47</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, **TEIXEIRA DE FREITAS: UM JURISCONSULTO “TRAIDOR” NA MODERNIZAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA**. - IHGB - Instituto Histórico Geográfico Brasileiro, disponível em: <<https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-452/item/108338-teixeira-de-freitas-um-jurisconsulto-traidor-na-modernizacao-juridica-brasileira.html>>, acesso em: 20 nov. 2019, p. 345.

<sup>48</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O direito e a cultura jurídica no Brasil independente: permanências e discontinuidades. **RIDB**, Ano 3, n.8, 2014. p. 6327-6328

<sup>49</sup> Cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias Da Modernização..., p. 257–293; e SCHWARCZ, Lília Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.



Algumas dessas especificidades da cultura jurídica nacional foram sentidas e exerceram efeitos na construção de um direito letrado no Brasil. Apenas como exemplo, os principais autores brasileiros que trabalharam ou que, de alguma maneira, contribuíram particularmente com a construção do que atualmente é chamado Direito Privado são encontrados a partir da segunda metade do século XIX. Os primeiros cursos ou manuais jurídicos escritos por autores pátrios foram, do mesmo modo, elaborados nesse período. Observa-se igualmente um crescimento quantitativo, a partir da década de 1850, de autores nacionais na área do direito<sup>50</sup>.

Ainda, importa também a abissal distinção entre as realidades das obras evocadas (europeias e norte-americanas, sobretudo) e a realidade brasileira, marcada pelas raízes profundas que deixou o domínio colonial. Nesse sentido, Staut Júnior destaca a posição dos juristas brasileiros, em geral, em relação à estrutura social profundamente agrária e escravocrata do Brasil Imperial pós-colonial:

Nota-se, ainda, que os juristas nacionais contribuíram para a construção do direito e da cultura jurídica brasileira foram, essencialmente, egressos das academias de direito de São Paulo e Olinda (ou Recife). Juristas que, ainda que não estivessem absolutamente vinculados aos interesses das elites proprietárias da época, geralmente não conseguiram se libertar do seu meio. Além disso, são juristas que se ocupam essencialmente com o direito letrado e oficial. E, não é possível esquecer, que muito do que foi pensado no âmbito do universo jurídico brasileiro, no século XIX, partiu de tradições jurídicas herdadas do passado<sup>51</sup>.

Nesse sentido, Fonseca, em outra análise da obra de Teixeira de Freitas, percebe que a recepção da tradição europeia evocada pelo jurisconsulto do Império é permeada por inovações no processo de adaptação dos conceitos que Teixeira de Freitas buscava incorporar para a cultura jurídica brasileira. Tendo em vista a complexidade deste processo, Fonseca afirma:

As ideias faziam (e fazem) parte de um jogo histórico complexo – que se alimenta transição, de tensão, de circulação cultural, no qual a ciência jurídica europeia sofreu, num terreno muito peculiar, uma releitura e uma recriação – que porém não deve ser considerada como uma distorção; [...]<sup>52</sup>.

Portanto, há neste trabalho a tentativa de olhar com atenção para as reivindicações de tradições europeias no uso da categoria “povo” pelos juristas, sem,

<sup>50</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O direito e a cultura jurídica..., p. 6326-6327.

<sup>51</sup> Ibid., p. 6327.

<sup>52</sup> Tradução nossa. No original: “*Le idee facevano (e fanno) parte di un gioco storico complesso – che si alimenta de transizione, di tensione, di circolazione culturale, in cui la scienza giuridica europea visse, in un terreno molto peculiare, una riletura e una ricriazione – che però essere ritenuta una distorsione; [...]*” FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesis e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, Bernardo (a cura di). **Storia e diritto: sperienze a confronto**. Milano: Giuffrè, 2013, p. 424.

é claro, negar a importância dessa influência sobre as construções elaboradas pelo pensamento jurídico brasileiro. O estudo do conceito de povo no Brasil não busca, portanto, uma originalidade nacional, nem uma essência estrangeira, mas tenta perceber como seu uso invocou um pensamento ao mesmo tempo que não podia ser seguido estritamente, dadas as configurações culturais da sociedade e do direito brasileiros.

Com efeito, esforçando-se para se aproximar de uma leitura crítica conceito de cultura que sirva à análise do conceito de povo no passado jurídico, desnaturalizando as imagens dos juristas, de seus discursos e tradições, toma-se uma síntese de Ricardo Marcelo Fonseca como guia de análise:

Assim, a “cultura jurídica brasileira”, aqui, não pode ser aferida consoante critérios de “melhor” ou “pior”, de “mais” ou “menos” refinamento intelectual, mas sim como o conjunto de padrões e significados que circulavam e prevaleciam nas instituições jurídicas brasileiras do Império (faculdades, institutos profissionais de advogados e magistrados, o foro, Conselho de Estado e, em alguns casos, no parlamento), e que atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro. A cultura jurídica brasileira é um fato histórico antropológico que se dá a partir dos elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, etc.) presentes na sociedade brasileira desta época e dentro de aparatos institucionais localizáveis dentro das vicissitudes históricas brasileiras<sup>53</sup>.

Seguindo tal lição, o conceito de povo deve ser compreendido dentro deste feixe de “padrões e significados” que tomam corpo nos textos jurídicos analisados. Por outro lado, tendo em vista a opção por textos doutrinários como fontes primárias, o trabalho volta-se a um estrato específico dessas significações: o pensamento jurídico.

Retornando à Tese VII Sobre o conceito de história, destaca-se que, segundo Michael Löwy, Walter Benjamin certamente teria em mente o poema de Brecht, “Perguntas de um operário que lê”, ao escrevê-la<sup>54</sup>. Este poema de Brecht<sup>55</sup> aponta o anonimato de sujeitos que, ao longo da história, participaram dos considerados “grandes eventos” sem que tivessem seus nomes gravados na narrativa histórica ao lado de reis e heróis. Nesse sentido, não se trata aqui somente de buscar recuperar alguns nomes desses indivíduos quase apagados pelo decurso do tempo, mas também de inverter a narrativa, inserindo as “autoridades” nesse

---

<sup>53</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Vias Da Modernização...*, p. 260.

<sup>54</sup> LÖWY, Michael. **Aviso de incêndio...**, p. 77

<sup>55</sup> Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/poesias-patrioticas/3265594>>. Acesso em 02. dez. 2019.

mesmo conjunto de anônimos. Em outras palavras, ao tratar dessa expressão da dimensão jurídica no passado, evita-se o racionalismo e a intencionalidade que geralmente acabam por afirmar a “genialidade” ou buscar “sentido original” de determinados autores e obras. Na esteira de Hespanha, “Qualquer grande pensador que aqui apareça aparece sem galões, é reduzido a um soldado raso (eventualmente mais eloquente) de um grande exército anônimo”<sup>56</sup>.

É nesse sentido, portanto, que se tenta abordar o pensamento jurídico como instância específica de uma cultura jurídica, ligado à sua expressão técnica. E é desta forma, se busca ler o pensamento jurídico em relação com o social. Como aponta António Manuel Hespanha, isso não significa que o direito seja fruto de uma relação causal com determinado fenômeno social<sup>57</sup>. Partindo de Michel Foucault<sup>58</sup>, Hespanha sugere que a história do direito seja algo como a “história das práticas discursivas dos juristas”. Com esta expressão, que pode ser variável, ele busca enfatizar a “força estruturante de entidades objetivas” na produção dos textos jurídicos, sem perder de vista a especificidade do âmbito jurídico em relação às práticas sociais<sup>59</sup>.

Com efeito, ao perceber essa dimensão do direito no passado, não se adota uma divisão ou hierarquização entre “alta” e “baixa” cultura<sup>60</sup>. A leitura do fenômeno jurídico como pensamento visa tomar como raízes da produção do conhecimento os valores ligados às práticas de determinada sociedade, de modo a selecionar fragmentos do passado cuja expressão seja ligada a construção de um conhecimento jurídico<sup>61</sup>. Tais fontes podem ser ligadas à “prática” ou à “teoria”, “técnicas” ou “rústicas”, entre outras. Tendo em vista as fontes disponíveis e o

<sup>56</sup> HESPANHA, António Manuel. *Categorias – um pouco de teoria da história do imaginário social*. In: \_\_\_\_\_, **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 16.

<sup>57</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 38

<sup>58</sup> Cf. FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2012.

<sup>59</sup> HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 40. Além disso, Hespanha considera que “o imaginário jurídico – produzido pelas condições específicas dos discursos e rituais do direito – pode mesmo modelar imaginários sociais mais abrangentes, bem como as práticas sociais que deles decorram”.

<sup>60</sup> Para uma leitura mais detalhada da articulação entre “alta” e “baixa” cultura jurídica, no sentido aqui adotado, Cf. PEREIRA, Luis Fernando Lopes. *A circularidade da cultura...*

<sup>61</sup> Seguindo a lição de COSTA, Pietro. **Soberania, Representação...**, p. 27-28, que será aprofundada adiante, explicitamos que não vislumbramos relação hierárquica entre fontes do passado jurídico, considerando que cada espécie textual é apta a responder diversas perguntas sobre o passado jurídico: “se a historiografia é interpretação de textos, se a historiografia não se move a partir de uma ‘grande narrativa’ social pressuposta, nenhum texto adquire valor de fonte privilegiada, nenhuma classe de informações é *a priori*, dotada de um poder explicativo maior ou menor que qualquer outra [...] Um texto vale por aquilo que diz em relação à pergunta e ao processo de atribuição de sentido do intérprete [...]”.

objetivo da presente pesquisa, toma-se como fontes primárias principalmente textos doutrinários. Portanto, o trabalho limita-se a trazer a expressão do conceito de povo dentro deste escopo, sem, é claro, ignorar a dimensão social em que foram produzidos os documentos analisados – segmento da realidade que será analisado com base em referências secundárias, tendo em vista a vasta e qualificada produção da historiografia (social e jurídica) brasileira sobre o tema, bem como o tempo para a execução do trabalho.

Para a análise desse tipo de texto, a noção de pensamento jurídico aqui utilizada parte de uma tradição ligada à escola florentina, cuja principal referência é o jurista e historiador Paolo Grossi<sup>62</sup>. Segundo ele, a expressão carrega tanto a pretensão de cientificidade quanto a incorporação dos valores da civilização que se vislumbram no fenômeno jurídico. Além disso, manifesta a particularidade do direito como objeto de estudo, uma vez que se pretende perceber sua tipicidade discursiva<sup>63</sup>. A ciência jurídica, sob tal ótica, é

[...] mediadora entre as exigências sociais e culturais gerais e a cultura jurídica, força viva e criativa da história na elaboração de arquiteturas adequadas e eficazes a sustentar, mais do que o produto de um legislador contingente, uma inteira civilização em movimento<sup>64</sup>.

Nesse sentido, o pensamento jurídico é parte importante da estrutura social, ao menos nas sociedades ocidentais. Todavia, não se deve cair na falsa impressão de que o pensamento “paira” sobre o fenômeno social. Pelo contrário, aponta Grossi que o pensamento jurídico tem “raízes profundas”, ganha corpo e espessura a partir da plural facticidade do cotidiano e a ela retorna com a função de ordená-la, num ciclo que se traduz em uma “mentalidade” mais ou menos perene, de longa duração no tecido histórico<sup>65</sup>. Leciona Grossi, sintetizando as características da complexa noção de pensamento jurídico:

O pensamento jurídico tem e não poderia não ter uma estrutura complexa: a capilar vida cotidiana constitui a sua ineliminável dimensão submersa; os seus cânones lógicos, a sua cifra teórica nascem e se desenvolvem como

<sup>62</sup> GROSSI, Paolo, Sulla Storia del Pensiero Giuridico, **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 11/12, p. 1144–1149, 1982./1983.

<sup>63</sup> GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. In: \_\_\_\_\_. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 139

<sup>64</sup> Ibid., p. 140

<sup>65</sup> Ibid., p. 143-145

tentativa de leitura, de interpretação e compreensão deste ou daquele mundo histórico<sup>66</sup>.

Além da perspectiva “grossiana”, a historiografia jurídica brasileira também tem se servido de outra vertente metodológica, encabeçada, no âmbito da história do direito, por Pietro Costa. Como aponta Fonseca, apesar das importantes diferenças teóricas entre esta vertente e a de Paolo Grossi, é possível aproximá-las pelo:

[...] resgate da dimensão do pensamento/conceito jurídico, sem, todavia, colocá-los de modo isolado de seus respectivos contextos: o pensamento e os conceitos são imersos nos contextos sociais, políticos, etc., de sua produção, mostrando-se, assim, não como meros e passivos “efeitos” das realidades “materiais”, mas como dimensões que também podem, em dadas circunstâncias, moldar e explicar os próprios contextos institucionais circundantes<sup>67</sup>.

Seguindo essa trilha, opta-se por trabalhar com a potencialidade de ambas as ferramentas, a partir de semelhanças que as aproximam, de modo a tratar do conceito de povo como expressão de um pensamento. A categoria jurídica analisada, portanto, é vista como parte desta estrutura que configura o pensamento, permeada pelos valores que, surgindo da experiência cotidiana no curso lento da história, a circundam na sociedade em que se manifesta. Por outro lado, o conceito jurídico como expressão de um pensamento, possui também uma função ordenadora, ligada à pretensão “científica” de um conhecimento particular e típica do fenômeno jurídico.

Como visto na seção 1.1, a dimensão jurídica é marcada por uma relação entre descrição e prescrição. A interpretação é responsável por mediar esses dois polos na atividade intelectual do jurista, incorporando traços da imaginação à descrição do mundo elaborada pelo discurso no âmbito do direito, seja pela lei, pela jurisprudência ou pela doutrina.

Esse caráter inventivo da interpretação da ordem normativa marca o mundo jurídico de formas diferentes em distintos contextos históricos. Nesse sentido, Paolo

---

<sup>66</sup> Tradução livre. No original: “*Il pensiero giuridico ha e non può non avere una struttura complessa: la capillare vita quotidiana costituisce la sua ineliminabile dimensione sommersa; i suoi canoni logici, la sua cifra teoretica nascono e si sviluppano come tentativo de lettura, di interpretazione e comprensione di questo o quel mondo storico*”. GROSSI, Sulla Storia..., p. 1148.

<sup>67</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **TEIXEIRA DE FREITAS...**, p. 343.

Grossi<sup>68</sup>, afirma que o discurso do direito contemporâneo (ou pós-moderno) toma a importância da interpretação como ato criativo do ordenamento jurídico. Ainda, Pietro Costa percebe essa característica inventiva no discurso jurídico medieval, cujo caráter particularista entrava em constante ajuste com uma ordem natural (por “procedimentos de individuação”):

[O jurista medieval] Não refletia um mundo da dado, mas sim construía um mundo novo, construía o que os semióticos (e os lógicos) chamariam de um mundo possível. O mundo que ele construía não era a simples reprodução do mundo da experiência comum, assim como não era a representação do sentido já dado ao texto romano: era a elaboração de um discurso que, mediante a interpretação/reescrita do texto justiniano, dava lugar a uma exposição dotada de coerência interna, e cujos protagonistas, ações, problemas, se moviam em uma realidade alterada no que concerne à experiência cotidiana<sup>69</sup>.

Mas dentre esses contextos, ilustrados exemplificativamente aqui – de forma geral e inevitavelmente redutora – o que possui a relação mais ambígua com o viés imaginativo da atividade jurídica é o moderno. Afinal, mesmo a escola da exegese atribuía ao jurista um papel criativo na positivação do direito natural e na aplicação do direito positivo<sup>70</sup>. O mesmo ocorre em outro dos movimentos mais emblemáticos do “legalismo” no direito moderno: o positivismo jurídico. Nele, há uma sub-reptícia incorporação de uma dimensão criativa na atuação do jurista, como nota Costa ao analisar tal paradigma:

O saber jurídico, em um momento ‘alto’ de tensão cognosciva, organiza-se como discurso eficaz porque conduz por um mesmo canal de metáforas, imagens, esquemas rigorosamente lógicos: em síntese, à medida que constrói e imagina o próprio objeto no momento em que pretende descrevê-lo<sup>71</sup>.

Adentrando mais especificamente no conceito de imaginário jurídico, Ricardo Marcelo Fonseca<sup>72</sup> o descreve a partir da tensão entre descrição e intervenção

<sup>68</sup> GROSSI, Paolo, Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione, **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico**, v. XLVII, p. 9–19, 2018.

<sup>69</sup> COSTA, Pietro. Discurso jurídico..., p. 184 e 187.

<sup>70</sup> HESPANHA, António Manuel, “Tomando a história a sério” - Os exegetas segundo eles mesmos., *in*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.), **As Formas do Direito: Ordem, Razão e Decisão.**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 209–237.

<sup>71</sup> COSTA, Pietro. Discurso jurídico..., p. 190 e 194.

<sup>72</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito. *In*: \_\_\_\_\_. (Org.) **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias.** Curitiba: Juruá, 2012. p. 19-29.

sobre a realidade, que culmina em um processo criativo. Há, segundo ele, uma tentativa de expressar a realidade muito ligada aos elementos simbólicos que compõem as referências culturais próprias do contexto histórico. Por outro lado, essa “descrição” não deixa de operar concretamente sobre a dimensão jurídica e sob os agentes que a operam, de maneira a inevitavelmente transformá-la<sup>73</sup>.

Em termos de cuidados metodológicos a serem perseguidos, a proposta de Fonseca guia a tentativa de perceber no trato com as fontes primárias do presente trabalho que nelas possivelmente há “grandes porções do imaginário”. Desta forma, se destaca a importância da dimensão simbólica na historiografia jurídica, como também um caminho para análise das fontes: a maneira como esse conjunto simbólico se expressa na relação entre aquilo que os juristas consideram real e a forma que eles acreditam que este real deveria ser. Trata-se de empenhar-se para ler as fontes tendo em mente que “o direito, embora trabalhe emblematicamente com funções de realidades *instituídas*, exerce também funções *instituintes* [...]”<sup>74</sup>. Nesse sentido, o imaginário jurídico adquire concretude, intervindo (de maneira não unívoca, visto que é composto, muitas vezes, por divergências e disputas) sobre o social em busca de uma estabilização por via de uma norma permeada pelo símbolos e valores da sociedade.

O imaginário é ponto crucial do pensamento jurídico, portanto, visto que expressa, dentro desta manifestação técnica da cultura jurídica, uma rede simbólica, ligada à inerente característica do direito de criar ao buscar descrever e interferir nos processos sociais por meio de um saber especializado. O conceito jurídico está imerso entre tais formas de leitura da dimensão jurídica no passado. Pretende-se encarar, portanto, a categoria estudada como uma expressão dotada de espessura histórica, impregnada pela valores e saberes, assim como inserida em um conjunto simbólico de descrições e projeções no interior de uma ordem.

Ainda, o imaginário é instância de acesso complexo pelo historiador. Como aponta Thiago Freitas Hansen, a historiografia jurídica deve evitar perder-se em uma análise calcada no presente. Segundo ele: “Observar o imaginário no tempo é tarefa árdua na medida em que sua interpretação se dá nas entrelinhas dos textos”<sup>75</sup>. E o

---

<sup>73</sup> Ibid., p. 28.

<sup>74</sup> Ibid., p. 23.

<sup>75</sup> HANSEN, Thiago Freitas. Imaginários da modernização do direito na era Vargas: integração, marcha para o oeste e política indigenista (1930-1945). 2014. 154 p. **Dissertação** (mestrado) -



conceito de povo, é justamente um pequeno fragmento que permite acessar parcialmente essa rede no direito civil do início da Primeira República até a codificação civil de 1916. Por outro lado, é um detalhe que carrega alguns dos traços desta complexa configuração histórica. Deste modo, um olhar dirigido para essa pequena peça permite tentar perceber não só o material que a compõe, mas também o funcionamento das engrenagens que a movimentam e os efeitos que aquela exerce sobre estas.

### 1.3. O conceito de povo no passado jurídico: pontos cardeais para uma interpretação da polissemia do “povo”

Ponto particular de uma rede de significação, o conceito de povo tende a ser dotado de uma pluralidade semântica<sup>76</sup>. Sob a perspectiva historiográfica, portanto, é preciso dedicar-se a perceber a contingência na semântica do conceito. Em outras palavras, trata-se de buscar compreender que o conceito de povo expressa, em diferentes momentos históricos, diferentes relações e processos da realidade. Por outro lado, a perspectiva da qual se parte ao encarar o passado também é móvel, de maneira que ao se debruçar sobre o mesmo objeto e fontes em diferentes tempos, os resultados poderão radicalmente distintos. É o que sugere Pietro Costa:

O sujeito interpreta os textos sobre a base da própria cultura, da própria linguagem, da teoria e dos valores dos quais partilha, sobre a base, em resumo, de todos os elementos que, sendo componentes essenciais de sua subjetividade, constituem os pressupostos e os instrumentos da sua operação hermenêutica<sup>77</sup>.

---

Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/03/2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/35533>. Acesso em: 10 dez. 2019. p. 14

<sup>76</sup> Agradeço à professora Geneviève Verdó pela generosidade e precisão ao apontar a pluralidade semântica do conceito de povo, bem como a importância de notar a especificidade do significado que a expressão adquire após as revoluções dos fins do século XVIII: a eleição do “povo” como sujeito da soberania – questão que coloca o problema da articulação entre o povo “real” e o povo “figura política” no ordenamento jurídico. Tais pontos serão enfrentados no capítulo seguinte com foco na leitura elaborada pelos juristas na doutrina do direito civil do período estudado.

<sup>77</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação...**, p. 23.



Como na relação entre quem fotografa e a pessoa fotografada (ou mesmo o cenário)<sup>78</sup>, ou na relação entre o pintor e a paisagem<sup>79</sup>, o olhar e as ferramentas escolhidas pelo historiador importam. Portanto, como apontado anteriormente, a abordagem do conceito de povo deve tentar desativar algumas armadilhas no caminho do presente ao passado, sobretudo para evitar universalismos e naturalizações que extrapolam o objeto e as ferramentas de que se dispõe para o acesso ao passado.

José Neves, ao examinar os discursos em torno do “povo português” aponta dois caminhos perigosos para encontrar o conceito de povo no passado. Ambos, segundo ele, partem de uma naturalização da existência e da possibilidade de apreensão do “povo” nos saberes ligados às humanidades na contemporaneidade. O primeiro cede ao “povo” um lugar na ordem natural, enquanto o segundo, o entende como ponto de chegada na linha da história. É importante notar que Neves indica como ambos trabalham sob uma perspectiva homogeneizante e linear. E mesmo quando se voltam à diversidade e a complexidade, esbarram nos continuísmos ligados à identificação de uma unidade, “o povo”:

Trata-se, nesses discursos, de elaborar uma biografia – no caso, a biografia de um sujeito colectivo – e de desenvolver narrativas que procuram retratar uma nação ou um povo – no caso, Portugal e o povo português –, presumindo-se um sentido, que será possível ao historiador *reconhecer*, de modo a apurar uma identidade por entre as atribuições de uma ou mais vidas e dos caminhos astuciosos que estas tomam. São, por isso, narrativas que discutem os actores, nalguns casos *reconhecendo* a homogeneidade de um povo, noutras exibindo a sua diversidade, às vezes aludindo às circunstâncias que vitimam um povo, outras à vontade indomável de um outro povo, por vezes dando conta da perda de identidade de um indivíduo, outras enfatizando o protagonismo decisivo de um outro indivíduo – mas são narrativas que raramente questionam o que é isso de ser um actor, um povo, um autor<sup>80</sup>.

São perspectivas que buscam, portanto, uma naturalização do presente (ou de suas lutas) na leitura do passado. Destaca-se a importância de esforçar-se para evitar esse “reconhecimento” entre o historiador e o passado e para compreender que a noção de povo no presente não pode guiar a busca pelo conceito em uma realidade pretérita.

<sup>78</sup> NEVES, José. Introdução. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Como se faz um povo?** Lisboa: Edições tinta-da-china, 2010. p. 9

<sup>79</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 27.

<sup>80</sup> NEVES, José. Introdução..., p. 11-12.

Nesse sentido, Neves também lê a atividade do historiador como interpretação, ligada ao ato de articular e questionar a leitura do passado com a perspectiva presente em uma tensão ineliminável. Diante disto, aponta a importância de debater “as lógicas de identificação que formam um povo e através das quais se forma um povo”, ou seja,

[...] por que processos se forma a própria ideia de povo, independentemente do objetivo com que se afirma a sua existência, objetivo que tanto pode passar pela celebração do povo, o que normalmente sucede com o “nosso” povo, ou pela sua censura, o que não raras vezes acontece com o povo dos “outros”<sup>81</sup>.

O povo aqui aparece como conceito, ou seja, uma expressão cognitiva heterogênea, dotada de historicidade e que opera efeitos sobre a realidade em que está inserida. Nesse sentido, convém, seguindo a sugestão de Pietro Costa<sup>82</sup>, adotar uma definição flexível, capaz de servir como instrumento para guiar a análise ao objetivo e ao mesmo tempo de respeitar as contingências semânticas. Considerando a proposta do presente trabalho, busca-se trabalhar com um conceito de povo apto a expressar uma compreensão particular acerca de relações jurídicas. Nesse sentido, há algumas aproximações e afastamentos de definições como, por exemplo, no âmbito da historiografia social e política, a de José Murilo de Carvalho<sup>83</sup>. A definição de “povo” que guia sua abordagem – ligada ao objetivo de desnaturalizar os discursos sobre a ausência de participação política popular na Primeira República – é operada em oposição à composição do movimento republicano:

Era uma combinação de proprietários rurais, predominantes no partido paulista, e representantes de setores médios urbanos, mais presentes no grupo do Rio de Janeiro. [Na composição do movimento republicano] Povo mesmo, no sentido de trabalhadores rurais e urbanos, operários, artesãos, pequenos proprietários, funcionários públicos de nível inferior, empregados, não havia (CARVALHO, 2003, p.97<sup>84</sup>).

Trata-se, portanto, da identificação do “povo” com uma ou mais “classes”. Uma definição, em certa medida, pré-definida, que visa apontar a diferença, mas que

<sup>81</sup> Ibid., p. 13.

<sup>82</sup> “As respostas do passado não são ectoplasmas autocriados. Elas dependem das questões que propomos ao passado, vêm à existência apenas graças ao nosso discurso interpretativo. Devemos recorrer à nossa ‘enciclopédia’ corrente; mas podemos tornar nossas categorias iniciais mais leves, podemos enfatizar seu papel instrumental evitando, como historiadores, qualquer compromisso estritamente teórico”. COSTA, Pietro. **Soberania, representação...**, p. 62.

<sup>83</sup> CARVALHO, José Murilo De, Os três povos da República, **Revista USP**, n. 59, p. 96–115, 2003.

<sup>84</sup> Ibid., p. 97.

contém uma certa essencialização do passado pela identificação do povo com uma parcela da população. Por outro lado, Carvalho questiona a narrativa do “povo” apático na Primeira República, identificando três manifestações discursivas do “povo”: o censo demográfico, a participação nas eleições e as participações em insurreições. Ele percebe que as estatísticas revelam uma população em maioria marginalizada pelos critérios de exclusão da participação política previstos na Constituição de 1891. Segundo o autor, essa composição se reflete no baixo número de eleitores aptos, o que ainda se agrava com o baixo comparecimento dos votantes diante das disputas locais. Contudo, Carvalho aponta que a participação política popular se reflete nas ruas, tanto no campo quanto na cidade em movimentos de contestação da República, articulados em torno da cegueira republicana sobre os marginalizados.

Nesse caso, é interessante notar como Carvalho identifica certos mecanismos que compõem uma narrativa sobre o “povo”, bem como a possibilidade de desativá-los com as ferramentas historiográficas, de modo a explicitar seu caráter contingente. Entretanto, sua definição ligada aos “marginalizados”, não é ferramenta para a presente proposta, visto que não se busca encontrar um “povo oculto” sob a narrativa das fontes, mas investigar justamente os processos de formação da cultura jurídica a partir do conceito, tomando eventualmente manifestações hoje entendidas como “populares” apenas para exemplificar as relações entre o discurso jurídico e a sociedade, sem pretensão de encontrar nelas o “verdadeiro povo”.

Por outro lado, há também importante definição de Darcy Ribeiro<sup>85</sup>, que busca compreender o povo brasileiro como um conjunto formado por uma “unidade étnica” decorrente de singular composição e embate entre a cultura portuguesa, a indígena e a africana, ao longo formação do Brasil. Ainda que a ecologia, a economia e a imigração tenham produzido diversificações na estrutura social brasileira, Ribeiro vê o povo nacional como conjunto de indivíduos “muito mais marcados pelo que têm de comum como brasileiros, do que pelas diferenças devidas a adaptações regionais ou funcionais, ou de miscigenação e aculturação que emprestam fisionomia própria a uma ou outra parcela da população”<sup>86</sup>, cuja unidade é marcada pela violência em sua formação e pela estratificação (social e

---

<sup>85</sup> RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: companhia da Letras, 1995.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 21

racial) interna. O presente trabalho também se afasta desta leitura, tendo em vista que ela se volta a definir traços do “povo brasileiro”, ainda que inseridos em um processo histórico.

Ademais, a investigação busca um estrato das relações próprias do âmbito jurídico (a leitura que os juristas faziam desta realidade). Tal objetivo destoa das propostas de Carvalho e Ribeiro, como demonstra uma breve análise da semântica do conceito de povo no texto constitucional da Primeira República. Apesar de o “Povo Brasileiro” figurar como um pressuposto unitário e homogêneo do regime republicano no texto da Constituição de 1891<sup>87</sup>, aqueles que se enquadram na definição de povo apontada por Carvalho, permanecem sendo excluídos e diferenciados pelo direito e pelas práticas estatais. Além disso, também a Constituição de 1891 também não abarca as características étnicas da população. É certo, porém, que o conceito de povo presente no texto constitucional da Primeira República tem sentido – para a cultura jurídica do período – peculiar. A leitura superficial do preâmbulo constitucional – ainda que não valha como uma representação de todo da cultura jurídica brasileira – já evidencia a distinção da semântica jurídica. Diferentemente da Constituição de 1824 – que carregava em sua introdução a expressão “Povos” e que derivava o poder soberano da “Graça de Deos”, ligando-o aos “povos” pela “aclamação”<sup>88</sup> – a Constituição republicana expressava a conjunção entre liberdade e democracia como fundamentos de um governo do “Povo” mediado pela representação. Tal mudança pode ser um reflexo da influência liberal, que, principalmente pelas intervenções de Rui Barbosa, impregnou-se no texto constitucional de 1891. Parece, portanto, ser fruto de um pensamento dotado de uma especificidade própria do âmbito jurídico que aos

---

<sup>87</sup> “Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regimen livre e democratico, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte” (BRASIL, 1891) (disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>)

<sup>88</sup> “DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte [...]” BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil** (de 25 de março de 1824). Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. 1824. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 17/02/2020.

poucos (e em certa medida) incorporou a retórica liberal adaptando-a às características da cultura local.

É importante frisar, porém, que não se trata de uma crítica a esses dois grandes pensadores da realidade brasileira. Os trabalhos de José Murilo de Carvalho e Darcy Ribeiro possuem inegável relevância e poderão ser utilizados como ferramenta de apoio à análise das fontes quando necessário, visto que elucidam diversas facetas da sociedade brasileira com muita profundidade. Aqui, tratou-se de delimitar a especificidade da abordagem do presente trabalho, diferenciando-a de importantes concepções que possuem outros objetivos.

O olhar da história do direito, proposto para a investigação, visa investigar a especificidade do conceito no pensamento jurídico e os desdobramentos dessa semântica particular para a cultura jurídica brasileira, considerando seu entorno entre o início da Primeira República e a codificação civil de 1916. Com efeito, para o objetivo proposto, busca-se lidar com o “povo” como construção intelectual elaborada pelos juristas, marcada muitas vezes por disputas ligadas à composição étnica e histórica da população, mas com a peculiaridade de um ramo específico do saber: o âmbito do saber jurídico, visto como expressão técnica de uma cultura particular que busca descrever a experiência social e, ao mesmo tempo, projetá-la.

Assim, uma definição mais instrumental para tal empreitada parece ser a de Pietro Costa. O jurista e historiador italiano, ao voltar-se para o conceito de democracia, pergunta-se: “O que é o ‘povo’? A democracia é um regime em que o povo comanda. Mas quem é o ‘povo’? Povo significa ‘todos’? Ou somente ‘os muitos’? E quais são os sujeitos compreendidos no povo e quais os sujeitos excluídos?”<sup>89</sup>. A questão pressupõe dois elementos que balizam o conceito: a) um elemento humano; b) uma relação simultânea de exclusão e inclusão. Tais elementos são relevantes para o estudo da cultura jurídica no período estudado, uma vez que abarcam tensões próprias da dimensão jurídica na transição do Império para a República. Recém abolida a escravidão e finda a monarquia, havia um contraste entre uma sociedade profundamente hierarquizada em torno de uma naturalização da diferença social – incorporada pelo direito na forma de privilégios e

---

<sup>89</sup> COSTA, Pietro. **Poucos, muitos...**, p. 11.

obrigações ligadas a posições sociais<sup>90</sup> – e uma ordem jurídica que se afirmava democrática e buscava seu fundamento na igualdade jurídica.

É de se tomar como base, portanto, uma definição de povo mais flexível<sup>91</sup> que abarque tanto esse elemento humano quanto a interação entre exclusão e inclusão. Além disso, é de se notar que para definir tal agrupamento humano e suas fronteiras, há um ou mais elementos de identificação (que podem ser, na especificidade de cada discurso em dado período histórico, a nacionalidade, a raça, a classe, os privilégios de status, a história, a cultura, a biologia, por exemplo). Finalmente, ligando os demais aspectos do conceito de povo no passado jurídico, há as normas jurídicas – definindo os critérios de pertencimento a essa coletividade, tais como os privilégios ligados ao status ou a nacionalidade nos Estados modernos.

Esses elementos – população, pertencimento, identidade e direito – formam os “pontos cardeais”<sup>92</sup> para conferir instrumentalidade ao conceito de povo como vetor de análise da cultura jurídica brasileira. Em outras palavras, trata-se de tentar perceber como esses elementos foram articulados pelos juristas ao utilizar o conceito e quais os desdobramentos desses usos para os debates jurídicos travados em seu entorno.

Diante disso, é possível dar o próximo e último passo desse prelúdio metodológico: situar temporalmente e espacialmente a abordagem proposta. Trata-se de, buscando perseguir as precauções metodológicas já levantadas, tentar esboçar algumas linhas gerais que guiam o estudo no recorte do pensamento civilista da proclamação da República, em 1889, à promulgação do Código Civil de 1916.

#### 1.4. Entre o velho e o novo, o povo: tempos de transição em um cenário tropical

---

<sup>90</sup> Cf: SEELAENDER. A. C. L. Pondo os pobres...

<sup>91</sup> Importante reforçar que a abordagem procura inspiração na sugestão metodológica de Pietro Costa: “Também é a nossa definição metalinguística, nosso programa de pesquisa, que eventualmente sugere que façamos um reconhecimento histórico mais amplo, para irmos além da análise de uma palavra singular e pararmos quando o *corpus* dos textos coletados dá uma resposta à nossa questão”. COSTA, Pietro. **Soberania, Representação...**, p. 61.

<sup>92</sup> Expressão de Pietro Costa. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. **O estado de direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

A especificidade de um momento histórico e sua localização importam para um estudo que busque investigar elementos da cultura jurídica brasileira a partir do conceito de povo. Por isso, destaca-se que a realidade brasileira é marcada por especificidades que merecem o olhar atento do pesquisador. Por outro lado, o momento em que se situa o objeto de pesquisa dentro desta realidade também merece um olhar cuidadoso, visto que se apresenta como estrato da realidade em que a semântica do conceito adquire matizes próprios. Com efeito, destacam-se algumas das particularidades do período entre a proclamação da República e a codificação civil brasileira que são significativas para o estudo do conceito de “povo” no direito civil. Seguindo Fonseca, destaca-se que para empreender uma investigação histórico-jurídica do conceito de povo no Brasil é crucial prestar atenção às:

[...] especificidades da história brasileira (iniciada por um processo de conquista e de exploração, pela eliminação dos índios e pela mancha da escravidão, que deixou mais sinais nas nossas instituições e em nosso direito do que se pode inicialmente suspeitar) [...].<sup>93</sup>

Tendo isso em vista, vale tentar delinear preliminarmente – partindo de uma bibliografia secundária e sem pretensão de exaurir um tema tão extenso – alguns dos traços profundos da cultura jurídica brasileira do século XIX, que se estendem até o início da República, quando ganham certos contornos particulares. Parte-se, sobretudo, da tensão entre o desejo de “modernização” e a permanência de uma mentalidade típica de uma sociedade “pré-moderna”. A tipicidade de uma cultura jurídica brasileira, ainda que muito permeada por valores, formas e conteúdos ligados ao período colonial, tem seu início pontuado no período da Independência. Isso porque,

[...] pode-se dizer que o direito brasileiro, até o momento da independência política (em 1822) em grande medida confundia-se com o direito português, já que a colônia utilizava todo o arsenal jurídico da metrópole. E, logo após o processo de independência política, o Brasil independente não teve outra escolha senão organizar-se a partir de todo o aparato legislativo da antiga metrópole, de modo que, em 20 de outubro de 1823, promulga-se uma lei que determina que continuem em vigor as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, “enquanto se não organizar um novo código ou não forem especialmente alteradas” – o que indicaria que ficou estabelecida uma certa relação de continuidade com a cultura jurídica portuguesa. E isso tudo para

---

<sup>93</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica...**, p. 24.



não lembrar do fato de que a quase totalidade dos quadros burocráticos da esfera jurídica brasileira de então era formada em Coimbra. De outro lado, porém, é inegável que depois da ruptura dos laços com Portugal, o Brasil coloca-se de modo explícito o desafio de elaboração de uma identidade nacional separada da herança portuguesa. Embora seja evidente que aqui não ocorre no século XIX a construção da “nacionalidade” nos moldes europeus, é por outro lado evidente o esforço de construir os símbolos, os heróis e traços de uma “identidade” brasileira. Sobretudo nesse momento seminal do estado brasileiro que é a primeira metade do século XIX, seguramente existem, por consequência, significativas dificuldades de definir uma “cultura jurídica brasileira” em seus contornos e em sua caracterização<sup>94</sup>.

É claro, portanto, que uma tensão característica desse período se expressa na tentativa de “superação” das estruturas jurídicas do período colonial. Arno Wehling aponta que após a independência houve no Brasil um desejo de “desmonte do passado” no direito brasileiro, que consistia, no direito privado:

[...] na mescla assimétrica do liberalismo político e econômico inglês, da voga constitucionalista da Europa continental e do código civil napoleônico. Enquanto os dois primeiros exprimiam princípios filosóficos gerais como o individualismo econômico, o espírito empreendedor e a garantia da propriedade dos contratos, o Código os traduziu numa estrutura jurídica coerente e eficiente que girava em torno de entes de razão como a família nuclear, a propriedade individual, a autonomia da vontade, a responsabilidade individual e a liberdade para contratar<sup>95</sup>.

Todavia, as tradições jurídicas europeias evocadas pelos juristas tiveram que passar pelo filtro da cultura local ao serem incorporadas ao discurso jurídico no Brasil:

A aculturação de princípios gerais e normas jurídicas ao Brasil joanino e do Primeiro Reinado, um país de proprietários de terras e escravos e de “comerciantes de grosso trato” que viviam sob o manto das leis protecionistas e do tráfico africano, não foi fácil e sua introdução se deu de acordo com a tradição portuguesa e em especial a pombalina: pela cúpula da administração e a golpes de martelo legislativos, muitas vezes sem respaldo e, portanto, sem ressonância social<sup>96</sup>.

Tratava-se de um desejo de modernização do direito brasileiro, que caracterizou um período longo com contradições entre a superação e a permanência do passado. Como aponta Staut Júnior: “O ‘desejo de modernização jurídica’,

---

<sup>94</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Vias Da Modernização...*, p. 264.

<sup>95</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 138.

<sup>96</sup> Id.



verificada no contexto brasileiro do período, acaba se chocando com tradições muito remotas herdadas da antiga metrópole colonial<sup>97</sup>. Foi um tempo que deixou profundas marcas na cultura jurídica brasileira, cujas “origens” remontam ao pombalismo e que se estendeu – não sem importantes rupturas – até pelos menos a codificação civil em 1916:

[...] uma longa transição, em que nem o pré-moderno e nem o moderno se apresentavam em estado puro. Período em que a teoria das fontes oscilava e, com ela, oscilava o peso da lei, da doutrina e dos usos. Época, enfim, em que o discurso que buscava se aproximar da nova ciência jurídica europeia tinha, no Brasil, de se confrontar com a herança das tradições locais, ao mesmo tempo em que mal conseguia se desvencilhar do peso da tradição do ‘direito comum’<sup>98</sup> (FONSECA; SEELAENDER, 2008:9-10).

Isso é visível de modo particular no âmbito do direito privado, no qual há uma série de transformações modernizantes, pautadas sobretudo nos ímpetos de “[...] desmonte da sociedade estamental e da economia agrária, corporativa e monopolista”. Todavia, não foi um processo menos turbulento e sim marcado por “rupturas, continuidades e soluções de compromisso”<sup>99</sup>. Como aponta Staut Júnior: “O ‘desejo de modernização jurídica’, verificada no contexto brasileiro do período [século XIX], acaba se chocando com tradições muito remotas herdadas da antiga metrópole e incorporadas ao direito nacional”<sup>100</sup>.

É interessante, portanto, trabalhar com o conceito de povo na doutrina de direito privado da virada para o século XX com atenção a esse cenário de desejo de modernização jurídica, de superação das estruturas “arcaicas” em nome do “progresso”, em constante relação de oposição e composição (que se manifesta pelo menos até o período estudado) com uma certa “tradição”. Isso porque tal abordagem permite trabalhar contradições e ambiguidades próprias da cultura em que está inserido o conceito de povo nestes tempos de transição no Brasil. Como sintetiza Fonseca:

O Brasil entra na época liberal como um país que recém conquistou sua independência política e que busca estruturar-se jurídica e politicamente num contexto de tensão. De um lado, estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime, que, no âmbito jurídico, pode-se perceber

<sup>97</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 41.

<sup>98</sup> FONSECA, R. M.; SEELAENDER A. C. L. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 9-10.

<sup>99</sup> WEHLING, Arno. Op. Cit., p. 148.

<sup>100</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 41.

claramente na renitência da vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial (sobretudo no direito privado); mas de outro lado, num convívio nada harmónico, percebe-se um conjunto de ideias novas, provenientes dos lugares em que ocorreram revoluções liberais, que tentam colocar o jovem Estado brasileiro entre as nações modernas (o que se pode perceber pelas legislações «modernizadoras», como o código criminal de 1830, a «lei de terras» de 1850, por exemplo). Entre essa tensão, o Brasil e sua cultura jurídica devem se constituir num contexto político em que há um Estado oligárquico e autoritário, um contexto económico baseado no latifúndio e na monocultura e um contexto social de exclusão e de prevalência de trabalho escravo (o que vai perdurar até 1888). Tudo isso, como se pode prever, dará uma peculiaridade à cultura jurídica brasileira (gestada e nascida na primeira metade do século XIX, a partir do legado português), que vai formar-se num processo em que deverá ler e experimentar o direito adaptando as tradições recebidas, relendo e dando um novo significado à cultura herdada, inaugurando um modo próprio de lidar com o direito. A cultura jurídica brasileira, assim, será produto desta tensão que só pode ser percebida nesse palco histórico<sup>101</sup>.

Uma dessas importantes contradições e característica marcante desse período é a escravidão, que encorpou uma mentalidade própria de hierarquização social e permaneceu respaldada pelo direito até quase a última década do século XIX. Como ressalta Lilia Moritz Schwarcz:

No Brasil, o sistema escravocrata transformou-se num modelo tão enraizado que acabou se convertendo numa linguagem, com graves consequências. Grassou por aqui, do século XVI ao XIX, uma escandalosa injustiça amparada pela artimanha da legalidade. Como não havia nada em nossa legislação que vetasse ou regulasse tal sistema, ele se espalhou por todo o país, entrando firme nos “costumes da terra”. Imperou no nosso território uma grande bastardia jurídica, a total falta de direitos de alguns ante a imensa concentração de poderes nas mãos de outros. Não se escapava da escravidão. Aliás, no caso brasileiro, de tão disseminada, ela deixou de ser privilégio de senhores de engenho. Padres, militares, funcionários públicos, artesãos, taverneiros, comerciantes, pequenos lavradores, grandes proprietários, a população mais pobre e até libertos possuíam cativos. E, sendo assim, a escravidão foi bem mais que um sistema económico: ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais, fez de raça e cor marcadores de diferença fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediências, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita<sup>102</sup>.

A investigação do conceito de povo no período estudado não pode se descolar dessa característica que, por mais que seja possível apontar rupturas com a abolição e o advento da República, continuou a impregnar o imaginário social e, portanto, também (e de maneira particular) o dos juristas no início do século XX, de

<sup>101</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija**. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 99.

<sup>102</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 27-28.

maneira a permear a forma pela qual estes viam o povo e a influenciar as soluções jurídicas que desdobravam a partir dessa leitura.

Também compõe essa estrutura que tipifica a cultura jurídica brasileira e o imaginário jurídico de direito privado do século XIX uma aversão à interferência estatal no âmbito doméstico, muito ligada à profunda imagem da casa no imaginário social. Como aponta Airton Cerqueira-Leite Seelaender, a casa configurava uma estrutura socioeconômica com certa autonomia normativa em relação ao direito estatal. A rede simbólica que se formou em torno do ambiente doméstico compunha:

Um mundo onde métodos doces de controle combinavam-se com métodos nada doces, como a palmatória e o chicote. Uma esfera que preexistia ao discurso civilista dos bacharéis ainda escassos ou às espasmódicas interferências vindas do esquálido aparato estatal do Império. Um espaço consolidado muito antes da proteção constitucional ao domicílio e da intensificação do regular jurídico das relações familiares. Um mundo que até podia ser lido a partir da dicotomia direito público/direito privado, mas que na verdade prescindia dela, reproduzindo-se e legitimando-se socialmente pelo costume, pelo peso da inércia e pela naturalização do corriqueiro. Aqui a propriedade pesava, mas longe estava de ser tudo. Aqui as regras – vistas como jurídicas ou não jurídicas – pesavam, mas não eram tudo. Se a história do direito brasileiro pretende ser escrita sobre o Brasil, deve levar em conta o antigo papel dessa esfera no imaginário coletivo. Deve considerar não só as estruturas tradicionais da nossa sociedade, mas também os próprios conceitos usados, nesta última, para a compreensão das suas próprias instituições<sup>103</sup>.

Seelaender demonstra que esse imaginário criou raízes profundas na cultura jurídica brasileira e, mesmo a ampliação da esfera da estatalidade sobre a casa ao longo do século XIX visava, em geral, muito mais manter a ordem senhorial, coibindo excessos que ameaçassem uma ruptura, do que implementar uma racionalidade liberal<sup>104</sup>. A relação entre a aversão à interferência estatal e a expansão da estatalidade se manifestou de modo especial no imaginário do direito privado, que foi “vanguarda na juridicização da esfera doméstica”:

Ao se estudar a colonização da casa pelo Estado, há que se perceber, portanto, essa estatização indireta ocasionada pelo direito privado em um espaço cuja configuração estrutural e autonomia se lastreavam não só em tradicionais direitos e poderes anteriores à separação entre Estado e sociedade civil, mas também em todo um imaginário social realimentado

<sup>103</sup> SEELANDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017. p. 329

<sup>104</sup> Como aponta Seelaender: “O liberalismo brasileiro da primeira metade do século XIX não foi de todo, como vemos, inimigo da casa: na verdade, releu-a parcialmente à maneira individualista de sua matriz ideológica, tratando a autonomia do régulo doméstico como um conjunto de direitos, faculdades e garantias individuais inerentes ao cidadão”. *Ibid.*, p. 348

pelas práticas coletivas, pelos rituais familiares, pela religião e por uma perpetuação naturalizadora de velhos mecanismos domésticos de controle e violência<sup>105</sup>.

Tendo isso em vista e considerando a centralidade das relações domésticas não só na estrutura social, mas no direito privado brasileiro do século XIX, uma pesquisa voltada à análise da cultura jurídica a partir do conceito de povo tem muito a beber na atenção a eventuais manifestações desse imaginário doméstico na leitura das fontes.

Além disso, um movimento interessante que indica a particularidade da modernização jurídica brasileira no âmbito do direito privado é o processo de codificação civil no Brasil. A ausência de codificação civil no Brasil do século XIX é eloquente manifestação da tensão entre estruturas “pré-modernas” e um “desejo de modernização”<sup>106</sup>. Várias foram as tentativas de codificação civil no século XIX, mas a complexidade do período histórico em que foram elaboradas fez com que o Brasil não tivesse seu Código até o século seguinte:

Outra constatação relevante diz respeito às tentativas e às dificuldades de codificação do Direito Civil Brasileiro, tarefa iniciada no início da segunda metade do século XIX e só concluída no começo do século XX. Não é possível esquecer os vários projetos elaborados por Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Felício dos Santos e Coelho Rodrigues todos abandonados por diversas razões. Esse percurso histórico envolvendo os projetos de codificação civil representam uma tentativa ou um desejo de ‘modernização’, mas também revelam os obstáculos e os impasses no processo de elaboração e consolidação de uma forma de compreender a regulamentação jurídica das relações privadas<sup>107</sup>.

Com efeito, como percebe Fonseca, as tentativas de modernização do direito brasileiro conviveram com algumas permanências de um sistema jurídico característico dos fins do período colonial. As tendências estrangeiras, sobretudo, francesas, alemãs e norte-americanas, foram lidas à luz de um imaginário marcado

---

<sup>105</sup> Ibid., p. 365-366.

<sup>106</sup> Como aponta Staut Júnior, a codificação civil brasileira ocorre em um processo longo e particular: Embora exista em parte dos discursos jurídicos brasileiros o desejo de um Código Civil (aos moldes das codificações civis europeias), não se observa nem um cenário revolucionário de rompimento com o passado e de abandono de tradições jurídicas típicas do antigo regime (como pode ser observado na França no início do século XIX), em uma forte tradição doutrinal, acadêmica, conceitualista, típica da pandectística alemã. Essas transformações ou indícios de mudanças caminham em direção a um “estatalismo jurídico” próprio da modernidade ocidental europeia, mas os passos são lentos, cambaleantes [...]”. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 42

<sup>107</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (473):105-125, jan./mar, 2017, p. 115.

pela influência portuguesa e pela estrutura agrária e escravista do Brasil Imperial<sup>108</sup>. Além disso, Fonseca aponta que as tentativas de codificação do direito civil brasileiro no século XIX falharam principalmente por três razões próprias da cultura jurídica brasileira do período: pela ausência de uma cultura jurídica “letrada” própria no Brasil até meados do século XIX; pelo prestígio da doutrina alemã e das teorias do direito natural entre os juristas brasileiros, em detrimento do pensamento jurídico francês; e em razão uma relação de estranhamento entre a população e o direito de origem estatal<sup>109</sup>.

Assim, é de se notar que o movimento para a codificação civil no período republicano, que constitui parte importante do entorno do conceito de povo no imaginário jurídico do direito privado, é marcado por essas características ligadas à sociedade e à cultura jurídica do século XIX brasileiro.

Com efeito, ao tratar do conceito de povo no pensamento jurídico do início da Primeira República, não se pode perder de vista que tal categoria está inserida na estrutura social e jurídica do século XIX brasileiro, cuja recepção das “novidades” europeias é muito marcada pela tensão com e adaptação às profundas raízes culturais do país. Nesse sentido, Sérgio Said Staut Júnior, ao estudar o conceito de posse, aponta a necessidade de:

[...] considerar o fato que o processo histórico brasileiro de construção de sua cultura jurídica possui peculiaridades, características próprias que fazem com que a utilização dos instrumentais teóricos de análise, principalmente da história do direito europeu [...] tenham de passar por mediações<sup>110</sup>.

O mesmo vale para o conceito de povo. Em consonância com o destacado na seção anterior, busca-se ler com desconfiança a reivindicação de “modernidades” europeias pelos juristas estudados. Por outro lado, a pesquisa tenta evitar a perseguição a uma semântica “originalmente” brasileira, descolada dessa

---

<sup>108</sup> Fonseca também aponta a ausência de uma cultura jurídica “letrada” e a sobreposição da influência da cultura jurídica alemã (sobretudo da Escola Histórica do Direito) sobre a influência da cultura jurídica francesa (que no início do século XIX, gestou o primeiro Código Civil moderno). FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: A questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L. (Orgs.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

<sup>109</sup> Ibid., p. 27-29.

<sup>110</sup> Importante destacar que, em seguida, Staut Júnior reitera a relevância do instrumental teórico europeu: “Isso, obviamente, não afasta a relevância dessas ferramentas e também não implica a adoção de uma posição ‘nacionalista exagerada de defesa de um direito, de uma cultura e de uma ciência com características absolutamente autônomas e próprias. Indica-se, apenas, a necessidade de mediações e cuidados”. STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão...**, p. 40.

influência que foi de extrema relevância, ainda que filtrada pela rede simbólica e cultural em que estavam inseridos os juristas brasileiros<sup>111</sup>.

O início da República não marca exatamente uma ruptura no direito privado. Um indício dessa situação é o fato de que Brasil só viu seu primeiro Código Civil ser promulgado depois de vinte e sete anos da proclamação da República – um quarto de século após a Constituição de 1891. Além disso, é de se deduzir que um evento como a proclamação da República não tem o condão de, por si só, alterar a mentalidade de um corpo de especialistas – pensadores e práticos – ou mesmo da população acerca das relações jurídicas e de suas formas de manifestação.

Por outro lado, o advento da República encarnou algumas tendências de ruptura e transformação também presentes no imaginário jurídico do fim do Império e acentuadas desde a última década do século XIX brasileiro até a codificação civil de 1916. Por esta razão, 1889 é o marco temporal inicial da presente pesquisa. Por outro lado, a promulgação do Código Civil é um importante momento para a cultura jurídica brasileira. Trata-se de um evento que envolvia pretensões de ruptura radical com a antiga ordem jurídica no direito civil. Os juristas acreditavam que a codificação civil era um passo definitivo para superar a situação de atraso em que consideravam se encontrar o Brasil. Todavia, a influência da tradição permanecia, de modo que a intenção de codificar o direito civil brasileiro enfrentou resistências e conflitos. Assim, o percurso entre 1889 e 1916 é interessante para observar os ânimos de mudança e as formas de permanência, em um movimento não linear de transição entre “arcaísmos” e “modernismos”

Tendo isso em vista, nota-se que o período selecionado pode ser profícuo para o estudo de uma cultura jurídica em transição, que permite ver como divergentes tendências, muitas vezes opostas, convivem – às vezes de modo conflituoso, às vezes harmonicamente. Deste modo, é interessante apontar algumas das tendências que delineiam esse cenário que será aprofundado nos capítulos seguintes.

---

<sup>111</sup> Importante frisar que o presente trabalho visa tratar do conceito de povo em parte dos textos voltados à disseminação do saber jurídico, de modo que não pretende descrever as práticas nos tribunais. Isso permite que o foco seja um pouco mais “geral”, no pensamento circulante em revistas e manuais de destaque no país. Ainda que se perca, certamente, especificidades nas produções regionais, estas não são abarcadas pelo escopo da presente pesquisa em razão do volume de informação, da dificuldade de acesso aos documentos e da complexidade que a diversidade regional poderia gerar em um tempo escasso para dar conta de manifestações tão plurais.



Três tendências desse processo ambíguo de modernização que foi delineado em parte adquirem contornos particulares no imaginário jurídico sobre o direito privado da Primeira República: a) um ideal de “superação” do passado no sentido de alçar o Brasil ao patamar dos “países civilizados” por meio de uma ação “civilizatória” dos juristas, que adquire contornos evolucionistas; b) um desejo de ampliação do campo de atuação do direito estatal sobre o âmbito doméstico, que se intensifica com medidas como a implementação da obrigatoriedade do casamento civil; c) e um clamor acentuado por centralização e redução da complexidade jurídica no âmbito das fontes do Direito, que culmina na codificação.

É claro que tais tendências não constituem novidade e nem se distanciam muito do imaginário jurídico do final do Império. Todavia, ainda que o processo seja marcado muito mais por continuidades do que rupturas, o advento da República influencia uma rearticulação da leitura da realidade pelos juristas do período, ainda que nos quadros de um imaginário modernizante. Com efeito, uma análise do conceito de “povo” na cultura jurídica pode se valer das especificidades do direito privado entre o início do período republicano e da codificação de 1916 quanto a essas três tendências presentes em um imaginário jurídico também marcado por uma hierarquização social, pela aversão à interferência estatal no âmbito doméstico, bem como por uma organização jurídica centrífuga e plural em suas fontes. Além disso, pretende-se ter em mente que essas linhas de análise não constituem extratos apartados da narrativa histórica, mas interagem entre si.

Assim, avançando no desenvolvimento da pesquisa com as precauções metodológicas delineadas, os limites da proposta estabelecidos e o recorte espaço-temporal definido, o capítulo seguinte tem como escopo observar três linhas de análise do imaginário jurídico civilista brasileiro do início da Primeira República (“evolucionismo”, “expansão da estatalidade” e “codificação”) em interação com os elementos de uma abordagem histórico-hermenêutica do conceito de povo (população, pertencimento, identidade, tomando o direito como elemento de ligação). Pretende-se, assim, empreender uma interpretação de alguns dos elementos da rede simbólica em que se manifesta o conceito de povo dentro do quadro delimitado.

## **2. IGUALDADE, CIDADANIA E IDENTIDADE: ELEMENTOS DO “POVO” NO PENSAMENTO CIVILISTA DO INÍCIO DA REPÚBLICA À CODIFICAÇÃO CIVIL DE 1916**

Este capítulo tem como objetivo levantar os elementos sintáticos do conceito de povo no discurso do direito civil a partir de uma análise do cenário e da mobilização da categoria estudada em textos de alguns juristas de destaque no início da República. A investigação se volta, pretendendo observar a proposta metodológica do capítulo anterior, tanto para a presença de elementos estruturais da cultura jurídica brasileira quanto para a especificidade que o imaginário jurídico apresenta no período estudado. Além disso, buscou-se cotejar alguns dos traços do pensamento jurídico com indícios de certas características do ambiente político e intelectual do fim do século XIX e do início do século XX, de maneira a procurar uma leitura da cultura jurídica com vistas a algumas de suas relações com as demais redes discursivas da sociedade.

Vale notar que não é possível abarcar toda a complexidade cultural do período entre a proclamação da República e a promulgação do Código Civil de 1916, de modo que foi necessário restringir a análise a estes dois campos, além do jurídico. Tal opção, levou em conta que tais searas foram objetos de estudo de uma qualificada bibliografia secundária. Ainda, elas são consideradas importantes para o presente trabalho, porque, em geral, os juristas do período transitam muito entre elas, muitas vezes atuando na política e se envolvendo nos principais debates intelectuais. Com efeito, há indícios de que elementos do imaginário circulam entre o direito e essas áreas. Todavia, também não há a pretensão de estudar a fundo o conceito de povo no ambiente político e intelectual. Isto porque o objeto do presente trabalho é o âmbito jurídico, de maneira que sobre as demais áreas é possível traçar apenas um esboço capaz de delinear alguns traços importantes para a cultura jurídica.

Por outro lado, a análise procura não esquecer a especificidade do direito, visando situar alguns dos aspectos teóricos próprios de certos estratos da dimensão jurídica como cenário em que se movem os autores estudados. Portanto, estes são lidos de acordo com a proximidade que apresentam com as características da dimensão jurídica levantadas a partir de uma bibliografia secundária. Procedendo assim, pretende-se evitar uma leitura da intencionalidade ou da “genialidade” dos



autores estudados. Homens de seu tempo, esforça-se para interpretar os juristas a partir de elementos da cultura, do pensamento e das redes simbólicas em que se situam.

Procurou-se também atentar para certas especificidades do conceito de povo e dos elementos que o circundam na dimensão jurídica, elencados no primeiro capítulo: população, pertencimento e identidade. A atenção se voltou à semântica destes componentes sintáticos do conceito de povo em alguns pontos importantes de permanência e transformação na Primeira República.

Nesse sentido, uma breve incursão sobre a categoria de povo no imaginário brasileiro do século XIX, permite indicar, em linhas gerais, a particularidade que sua sintaxe possui no período estudado. Ao longo do século XIX no Brasil, o conceito de povo passou por uma transformação semântica ligada às tentativas de incorporação do ideário liberal. Luisa Rauter Pereira demonstra como em meados do século XVIII, sob o domínio colonial português, em uma sociedade muito mais corporativa, na qual predominava a ideia de uma hierarquia “natural” e estática, “povo” significava “o conjunto da população habitante de uma região ou colônia, o que era entendido como o conjunto de vassalos ou súditos ou o conjunto das ordens e corpos que mantinham com o rei um dever de obediência e lealdade”<sup>112</sup>. Essa noção, porém, se restringia aos “cidadãos”, entendidos como os “chefes de família”:

Uma vez que a massa da população era índia, negra, mestiça ou despossuída e dependente, e por estes motivos, alijada dos mecanismos de representação, era vista como elemento integrante, mas de posição inferior, do grande laço de vassalagem que unia os integrantes do Império ao rei. O povo era então muitas vezes um conceito restrito aos brancos proprietários e também aos homens de negócios<sup>113</sup>.

O conceito de povo tinha em sua sintaxe uma noção de cidadania que expressava uma relação de pertencimento à comunidade muito restrita. Além disso, o elemento humano se caracterizava por uma visão hierarquizada e excludente da população – sobretudo por critérios de gênero, raça e propriedade. O terceiro componente – a identidade – era resumido ao vínculo representativo com o soberano. O direito atuava vinculando esses elementos, por técnicas como, por exemplo, a limitação do sufrágio, a diferenciação social pela propriedade, pelo *status*

---

<sup>112</sup> PEREIRA, Luisa Rauter. Povo/Povos. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 173.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 174.

de pessoa ou pela capacidade civil, a atribuição das prerrogativas do Imperador “Chefe Supremo da Nação e seu Primeiro Representante”, entre outras.

Com a confusão sentida pelas autoridades coloniais em resultado da ampliação dos estamentos, entendia-se, segundo Rauter, que no Brasil não havia povo no sentido político. Deste modo, o termo “plebe” passou a ser mais utilizado para se referir à população em geral<sup>114</sup>.

Rauter ainda aponta que nos fins dos setecentos, com o iluminismo e o direito natural, o povo passou a ser conceituado como “conjunto de indivíduos detentores de direitos inatos e constituidores da sociedade civil”. Nesse extrato semântico, preocupava-se em afastar a noção de soberania popular, afirmando uma autonomia real<sup>115</sup>.

Apesar da introdução, pelos movimentos de contestação da metrópole e, depois, da monarquia e pelo discurso liberal, de uma semântica ligada à igualdade e à ampliação da participação, o sentido predominante permaneceu excludente. Como percebe Lynch, a recepção da teoria liberal adaptou o significado do conceito de povo às marcadas distinções sociais, conjugando a uma aversão às camadas populares com um ideal de progresso:

[...] é fundamental chamar atenção para os limites do conceito liberal de democracia no Brasil, geralmente circunscrito ao espaço senhorial graças a uma distinção implícita no significado da palavra *povo*, empregada tanto como *populus*, para se referir à elite, quanto como *plebs*, para designar as camadas subalternas<sup>116</sup>.

Assim, entre os séculos XVIII e XIX no Brasil o conceito de povo teve seus pontos cardeais tensionados pelo liberalismo sem que houvesse uma alteração mais profunda em seus significados. Os ideais de igualdade, cidadania e soberania foram adaptados ao imaginário local, refletindo uma estrutura hierárquica e excludente. Como sintetiza Rauter:

Nesse período de cem anos da história brasileira, assistimos ao surgimento do conceito de povo-cidadão como o lugar da soberania política. Entretanto, os significados ligados ao Antigo Regime – o conjunto de súditos, vassallos e o terceiro estado – ainda se mostram atuantes na linguagem política, ao

---

<sup>114</sup> Ibid., p. 175.

<sup>115</sup> Ibid., p. 175-176.

<sup>116</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Democracia. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG. p. 265.

mesmo tempo em que a distinção entre o povo legítimo e a plebe – ou canalha, patuleia, população – marcou todo o período. Tais elementos deram contornos e limites dos projetos de liberdade e igualdade e soberania popular, relegando a noção de um verdadeiro povo de cidadãos ao futuro. A unidade nacional – o conceito de povo-nação – foi então concebida pelas elites em torno da noção de unidade de cultura, geografia e raça, num vínculo menos com a vida política do que com a natureza física do país<sup>117</sup>.

Com efeito, para a presente análise, procura-se interpretar os elementos sintáticos do conceito de povo dentro de certas tensões próprias que indicam sua especificidade histórica: a igualdade ou a diferença entre a população, o pertencimento ou a exclusão pela cidadania e a identidade ou a homogeneização pela soberania nacional.

O estudo, porém, se volta para o período entre a proclamação da República e o Código Civil de 1916, um período histórico marcado por alterações na configuração de transição entre o “arcaico” e o “moderno”. Assim, tais categorias passam por um intenso processo de disputa, marcado por rupturas e permanências semânticas e, sobretudo, por ambiguidades:

De um lado, uma sociedade recém-egressa da escravidão, adepta de um modelo basicamente agrário e exportador. De outro, um novo projeto político republicano, que tenta se impor a partir da difusão de uma imagem de modernidade e civilidade, criada em contraposição ao Império. O que se nota, porém, é, em vez da dicotomia fácil que encontrava duas faces cartesianamente opostas – Monarquia ou República, barbárie ou progresso, atraso ou civilização –, a convivência inesperada de temporalidades distintas e a expressão de um movimento ambíguo que comportava inclusão e exclusão, avanço tecnológico com repressão política e social<sup>118</sup>.

Trata-se, portanto, de um período dotado de complexidades próprias, as quais se refletem na produção intelectual dos juristas. Estes, em geral, oscilam entre arcaísmos e modernismos, expressando um imaginário apegado às tendências “tradicionais”, mas também marcado pela abertura às novidades. Muitas vezes, portanto, teorias aparentemente opostas são sobrepostas, o que resulta em uma leitura do conceito de povo muitas vezes hesitante entre as permanências e transformações características do período.

Assim, ainda que seja impossível repartir a cultura jurídica em tendências apartadas, optou-se pela divisão do presente capítulo em eixos para facilitar a investigação e a exposição. Todavia, é certo que tais eixos se relacionam entre si,

<sup>117</sup> PEREIRA, Luisa Rauter. *Povo/Povos...*, p. 186.

<sup>118</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *População e sociedade. In: A abertura para o mundo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.50.

assim como os componentes do conceito de povo aos quais cada um foi relacionado.

A seção 2.1, nesse sentido, foi voltada à tensão entre a introdução do evolucionismo e a permanência do jusnaturalismo na cultura jurídica brasileira do início da República. A investigação neste ponto foi direcionada ao elemento humano do conceito de povo, visto que a incorporação do ideal de igualdade e a manutenção das diferenças são abordadas pelo direito civil em cada uma destas tendências, de acordo com um ponto de apoio distinto: a “ordem natural” ou a “biologia”.

A seção 2.2 enfrenta a questão da cidadania entre três modelos de pertencimento à comunidade presentes na cultura jurídica brasileira do final do século XIX e início do XX: a) uma visão a família como base da estrutura jurídica, em um imaginário ligado ao patriarcalismo da sociedade brasileira; b) uma leitura do indivíduo como pilar da lei, ligada à teoria liberal; e c) uma explicação da dimensão jurídica pelo “grupo” ou “organismo social”, de inspiração evolucionista.

A seção 2.3 trata da soberania nacional como elemento de identidade do povo em um dos processos mais relevantes para a cultura jurídica brasileira na virada entre os oitocentos e os novecentos: a ruptura com a antiga configuração de fontes do direito, sobretudo pela codificação civil. Ponto de preocupação dos juristas desde a independência, a tendência de uma ruptura formal em direção a um monismo jurídico teve de enfrentar a forte permanência de um imaginário permeado pela diversidade das fontes do direito. Nessa discussão, importa para a presente leitura do conceito de povo destacar o desejo de alçar o Brasil ao patamar dos “povos civilizados” – implicitamente marcado por um ideal civilizatório e um conceito de povo ligado a uma identidade “universal” – em contraste com visões da tradição e dos costumes locais permeadas a uma identidade nacional do “povo brasileiro”.

É claro que as tendências apontadas em cada eixo, embora possam parecer opostas, não são excludentes. Os juristas muitas vezes transitam entre elas, harmonizam seus preceitos e expressam uma leitura criativa do caldo cultural que tinham à disposição para forjar o direito brasileiro.

2.1. Leituras da população brasileira na doutrina civilista: a igualdade entre o jusnaturalismo e o evolucionismo

A presente seção pretende perceber o agrupamento humano na dimensão jurídica – enquanto um dos elementos sintáticos do conceito de povo. Esse componente é relacionado a uma tensão própria do início do período republicano no Brasil: a visão hierarquizada da população em face do ideal de igualdade preconizado pelo sistema republicano. A igualdade jurídica fazia parte das expectativas de ruptura com o passado pela implementação da República. Todavia, como descreve Lília Moritz Schwarcz, era notória na Primeira República a “[...] persistência de severos padrões de desigualdade”<sup>119</sup>:

O modelo preconizado pela República, que se iniciou em novembro de 1889, pautou-se pela exclusão de largos setores sociais, sempre em nome de uma política que priorizasse uma nova modernidade e racionalidade. Nesse sentido, se não há como negar que a Primeira República promoveu processo acelerado de institucionalização, largas faixas da população viram-se, ainda que com acesso à igualdade jurídica, excluídas do jogo social que então se montava<sup>120</sup>.

É certo que o quadro jurídico e institucional estabelecido pela Constituição de 1891 vedava as antigas distinções e privilégios estabelecidos pela ordem jurídica Imperial e pela Igreja. Contudo, Aírton Cerqueira-Leite Seelaender percebe uma função de classificação e segregação dos indivíduos na legislação civil republicana, fenômeno que denomina “intervencionismo segregador”. Ele nota que mesmo sob o fundamento igualitário do novo regime, o direito continuou a produzir ferramentas de diferenciação social:

Permaneciam abertas [...] algumas antigas vias de imposição jurídica de tratamento discriminatório. Diversos mecanismos jurídicos ainda permitiam pôr os pobres no seu lugar, invocando-se o suposto interesse *geral* no combate a comportamentos definidos como “desviantes”, tais como a “mendicância”, a “vadiagem” ou as várias formas de “agitação”. Iguais eram todos face à lei geral, mas ela própria se encarregava de fornecer os meios para o controle dos pobres, desempregados e trabalhadores eventuais, permitindo as distinções e a imposição de barreiras<sup>121</sup>.

As hierarquias sociais, portanto, não constituem uma novidade republicana e nem são alheias ao conceito de povo que circulava no Brasil oitocentista. Todavia, aparecem em evidente contradição com o fundamento igualitário que permeava a retórica liberal no regime republicano.

<sup>119</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo...**, p. 31.

<sup>120</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **População e sociedade...**, p.35.

<sup>121</sup>SEELAENDER. A. C. L. **Pondo os pobres...**, p. 9.

A distinção entre o imaginário jurídico que antes circulava com mais desenvoltura e outro que ganha espaço no fim do século XIX pode ser indicada pelo fundamento dessa diferenciação social em cada uma destas tendências. A ordem hierárquica entre diversos setores da população vigente no Brasil pelo menos até o início do século XX, era fundada em um discurso ligado à estrutura agrária, escravista e patriarcal do país. Seu principal fundamento era a “natureza das coisas”. Essa fórmula permeou a cultura jurídica brasileira ao longo do século XIX e foi incorporada – com tensões e contradições – à retórica liberal no âmbito jurídico<sup>122</sup>.

A especificidade do discurso que ganha destaque no período republicano, porém, é a nova roupagem que essa estrutura adquire para harmonizar a diferença com a igualdade na esfera jurídica<sup>123</sup>. O critério de diferenciação passa a adquirir contornos “científicos”, como era tendência nesse período. Como percebe Ricardo Marcelo Fonseca, o fim do século XIX é um período para a cultura jurídica brasileira que, de um modo geral, “vai de uma feição de ‘ancién régime’, pré-liberal, com um forte sabor de jusnaturalismo teológico, para um tipo de visão de mundo evolucionista, em grande parte dos casos também determinista”<sup>124</sup>.

Nesse sentido, uma das formas particulares de acomodação da noção de igualdade entre um imaginário próprio de uma sociedade escravagista, agrária e patriarcal com um ideário modernizante “progressista” e “civilizatório”, foi a adaptação de um conjunto de ideias que privilegiava as diferenças sociais, sobretudo pelo critério racial ou biológico. No contexto pós-Abolição, circularam muito no Brasil:

---

<sup>122</sup> SEELANDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra....

<sup>123</sup> Importante notar que um discurso não exclui o outro. Esse caso é mais uma expressão de um fenômeno comum no discurso jurídico nesse período de transição: a convivência entre teorias opostas, muitas vezes harmonizadas e integrantes do discurso de um mesmo jurista. Um exemplo emblemático é, como aponta Seelaender, Tobias Barreto, jurista sergipano, expoente da adoção das teorias evolucionistas na Faculdade de Direito do Recife, que dirigia duras críticas ao modelo patriarcal, mas continuava permeado pelo imaginário doméstico, reconhecendo a legitimidade do poder paterno para a aplicação de um “direito penal correccional”, que convivia com o “direito penal propriamente dito” e o “direito penal disciplinar” (exercido pelo Estado sobre seus funcionários). Levando em conta que mesmo os juristas opostos à tradição mantiveram a referência da estrutura da casa em seu imaginário, é de se compreender que o poder doméstico tenha continuado a influenciar a cultura jurídica até meados da República (inclusive nas pretensões de codificação do direito civil) pela influência dos juristas tradicionalistas. *Ibid.*, p. 390-391.

<sup>124</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, Vias Da Modernização....

[...] teorias deterministas, também denominadas “darwinistas raciais”, pretenderam classificar a humanidade em raças, atribuindo-lhes distintas capacidades físicas, intelectuais e morais. Segundo tais modelos científicos, os homens brancos ocidentais ocupariam o topo da pirâmide social, enquanto os demais eram considerados inferiores e com potencialidades menores. Pior sorte teriam as populações mestiças, tidas como “degeneradas” porque provenientes da mistura de raças essencialmente diversas. Esse “saber das raças” visava justificar, com o aval as teorias da época, o domínio “natural” dos senhores brancos sobre as demais populações. Visava, ainda, substituir a desigualdade criada pela escravidão por outra, agora justificada pela biologia<sup>125</sup>.

As teorias evolucionistas e darwinistas sociais permearam o universo intelectual e político do início da República. Como aponta Schwarcz, elas desembarcaram no Brasil na década de setenta dos oitocentos e foram logo acolhidas pelos intelectuais da época<sup>126</sup>. Com o advento da abolição da escravatura e da proclamação da República, elas ganharam força, visto que serviam para conciliar um ideal de transformação com os interesses em jogo:

Em meio a um contexto caracterizado pelo enfraquecimento e final da escravidão, e pela realização de um novo projeto político para o país, as teorias raciais se apresentavam enquanto modelo teórico viável na justificação dos interesses que se montava<sup>127</sup>.

Segundo Schwarcz, tais ideais marcaram a produção científica brasileira de museus etnográficos, institutos históricos e geográficos e faculdades de direito e medicina do período. Em geral, os intelectuais filiados a tais instituições naquele momento produziram seus saberes a partir de uma leitura do país marcada pelo olhar voltado à miscigenação. De acordo com a antropóloga, entendida predominantemente como um aspecto negativo, “[...] a mestiçagem existente não era só descrita, como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade da nação”. Servia, portanto, como um dos principais elementos caracterizadores da realidade social brasileira:

Observado com cuidado pelos viajantes estrangeiros, analisado com ceticismo por cientistas americanos e europeus interessados na questão racial, temido por boa parte das elites pensantes locais, o cruzamento de

<sup>125</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo...**, p. 30

<sup>126</sup> “[...] a década de 70 é entendida como um marco para a história das ideias no Brasil, uma vez que representa o momento da entrada de um novo ideário positivo-evolucionista em que os modelos raciais de análise cumprem um papel fundamental” SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo...**, p. 19.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 24.



raças era entendido, com efeito, como uma questão central para a compreensão dos destinos da nação<sup>128</sup>.

Oposta ao igualitarismo que prevalecia no ambiente intelectual na esteira da Revolução Francesa e que classificava agrupamentos humanos como “povos” ou “nações”, a raça foi introduzida ao longo do século XIX, principalmente na Europa, como conceito explicativo das diferenças biológicas entre grupos populacionais:

Tratava-se de uma investida contra os pressupostos igualitários das revoluções burguesas, cujo novo suporte intelectual concentrava-se na ideia de raça, que em tal contexto cada vez mais se aproximava da noção de povo. O discurso racial surgia, dessa maneira, como variante do debate sobre a cidadania, já que no interior desses novos modelos discorria-se mais sobre as determinações do grupo biológico do que sobre o arbítrio do indivíduo [...]<sup>129</sup>.

No Brasil, porém, tais tendências opostas tiveram um encontro diferente. Convivendo não apenas paralelamente, como muitas vezes na mesma retórica, liberalismo e evolucionismo estiveram entre os principais modelos teóricos brasileiros nos fins do século XIX:

Paradoxo interessante, liberalismo e racismo corporificaram, nesse momento, dois grandes modelos teóricos explicativos de sucesso local equivalente e no entanto contraditório: o primeiro fundava-se no indivíduo e em sua responsabilidade pessoal; o segundo retirava a atenção colocada no sujeito para centrá-la na atuação do grupo entendido enquanto resultado de uma estrutura biológica singular<sup>130</sup>

Na política, tal paradoxo da combinação entre liberalismo e evolucionismo também teve seu lugar. O movimento republicano brasileiro possuiu forte conotação conservadora, inclusive com omissões e oposições à libertação dos escravizados<sup>131</sup>. A tendência evolucionista, por sua vez, marcou o republicanismo já nos fins do império:

No Brasil, o principal doutrinário do republicanismo paulista, Alberto Sales – irmão de Campos Sales –, era partidário radical das teses spencerianas, soterrando, em sua análise sobre os destinos do futuro do Brasil

<sup>128</sup> Ibid., p. 18.

<sup>129</sup> Ibid., p. 63.

<sup>130</sup> Ibid., p. 19.

<sup>131</sup> “Ao contrário dos movimentos europeus, que punham em xeque o liberalismo clássico, agora conservador, instalando em seu lugar um liberalismo social, compatível com a democracia, o Partido Republicano brasileiro propusera apenas reformas institucionais e se omitira, quando não se opusera ao movimento de emancipação dos escravos”. LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia**: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930). São Paulo: Alameda, 2014. p. 88.



republicano, toda e qualquer noção mais substantiva de igualdade, para além da jurídica, valendo-se de determinismos geográficos, étnicos ou hereditários dos indivíduos em luta pela vida, alçados à condição de fatores determinantes das explicações<sup>132</sup>.

Entre os proprietários rurais, como afirma José Murilo de Carvalho, predominou o desejo pelo modelo nacional norte-americano. Todavia, para este conjunto, o liberalismo cabia ao Brasil no que tangia ao individualismo contratualista, mas não interessava a ampliação da participação popular. Assim, “a versão do final do século XIX da postura liberal era o darwinismo social”<sup>133</sup>. Com efeito, os ares “renovadores” do liberalismo foram impregnados pela profunda hierarquização social característica do Brasil, de modo que “o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte”<sup>134</sup>.

Foi importante também nesse momento a “versão jacobina” da República, que se afastava do ideal liberal norte-americano e apelava para a tradição da revolução francesa, incorporando ideais abstratos de igualdade e liberdade. De acordo com Carvalho, os políticos desta corrente utilizavam o conceito de povo como ferramenta simbólica, sem ultrapassar uma concepção abstrata do conceito. Para a parte mais ampla da população, mais simpática à monarquia e vista por aqueles homens principalmente sob a ótica do temor às “classes perigosas”, não havia espaço no projeto jacobino. Assim, a manutenção da hierarquia social também foi fundamental para este grupo: “A igualdade jacobina do cidadão foi aqui logo adaptada às hierarquias locais: havia o cidadão, o cidadão-doutor e até mesmo o cidadão-doutor-general”<sup>135</sup>.

A terceira “facção” do republicanismo brasileiro, segundo José Murilo de Carvalho, foi a positivista. Sobretudo em sua vertente ortodoxa, esse grupo buscava a aplicação da doutrina de Auguste Comte à realidade brasileira. Diferentemente dos demais, procurava uma aproximação do proletariado ao restante da sociedade, por meio de políticas sociais<sup>136</sup>.

Se o positivismo prevaleceu na maioria da disputa pelos símbolos nacionais<sup>137</sup>, no âmbito político, predominou o “liberalismo evolucionista”,

---

<sup>132</sup> Ibid., p. 89.

<sup>133</sup> CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário republicano no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 24.

<sup>134</sup> Ibid., p. 25.

<sup>135</sup> Ibid., p. 26

<sup>136</sup> Id.

<sup>137</sup> Id.

estabelecendo um afastamento da democracia em direção a uma política oligárquica no alvorecer da República no Brasil:

O caráter fortemente oligárquico da Primeira República representa exatamente a materialização do tímido ideal democrático gestado durante o Segundo Reinado pelo grosso da classe política. Como é sabido, foi o projeto republicano e federativo à moda spenceriana que veio a prevalecer com a queda da monarquia de 1889. Está claro, pois, o seu caráter não democrático, mas oligárquico, e que por isso pouco ou nada teria a ver com as democracias empíricas, reais, que se construíam no Atlântico Norte, com a expansão veloz do eleitorado urbano e do Estado no campo socioeconômico. Os próceres republicanos brasileiros contemplavam um eleitorado restrito a todos os homens adultos alfabetizados, que não poderiam ser mais de 8,5% da população, e que na prática ficaram em torno de 2,3% da população total, durante os primeiros vinte anos da República. Enquanto isso, todos os postulados liberais clássicos, agora naturalizados pelo darwinismo social de Spencer, foram consagrados com estrépito: o do individualismo, o da não intervenção do Estado na economia, o da autonomia de mercado<sup>138</sup>.

A noção de democracia, nesse contexto, se tornou sinônimo de federalismo, de modo que a própria semântica do conceito de povo se afastou do elemento humano e se diluiu no debate federativo: “Era assim que o problema da liberdade do povo se resumia a um problema de organizar as novas instituições de modo a garantir um máximo de autonomia dos estados”<sup>139</sup>.

Esse afastamento da noção de povo em relação à população se refletiu na prática estatal, visando afastar a influência das multidões sobre a política. Christian Edward Cyril Lynch observa três mecanismos que se desdobraram dessa tendência. Em primeiro lugar, a instrumentalização do estado de sítio para combater tumultos. Além disso, a política dos governadores permitia uma capilarização do domínio oligárquico, de modo a identificar o povo com os estados: “Os estados [para Campos Sales] representavam a verdadeira opinião pública, o verdadeiro povo brasileiro – e não a exclusivista e volúvel opinião da população da metrópole nacional”. O terceiro mecanismo foram as reformas urbanas e sanitárias no Rio de Janeiro, que tinham por objetivo redefinir os hábitos da população fluminense<sup>140</sup>.

Ao se referir ao elemento humano, a categoria era utilizada no âmbito político pejorativamente ou abstratamente. Como nota Lynch, nos debates acerca do estado de sítio decretado por ocasião da revolta contra a vacinação obrigatória de

<sup>138</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia...**, p. 258.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 262-264.

1904, argumentos liberais, conservadores e evolucionistas expressavam a demofobia que caracterizou a visão excludente elite política acerca da população mais pobre do Rio de Janeiro<sup>141</sup>.

Para a ciência e a política brasileiras do início da República, portanto, o conceito de “povo”, em sua dimensão humana, permanecia predominantemente permeado por uma semântica ligada à hierarquia social e à exclusão de parte significativa da população. Distante da maior parte dos homens e mulheres brasileiros, cientistas e políticos tomaram o evolucionismo como chave para manter o abismo entre os setores da elite e os populares. A noção de igualdade, portanto, não parece ser tão definitiva quanto a diferença na sintaxe do conceito povo nesses âmbitos.

A incorporação das teorias evolucionistas ao pensamento jurídico é um indício de uma certa influência deste cenário intelectual e político sobre os juristas brasileiros. Presentes tanto na Faculdade de Direito de São Paulo (onde se mesclaram mais com as teorias liberais) quanto na Faculdade de Direito do Recife (onde tiveram maior impacto), tais formulações teóricas adentraram o discurso jurídico a partir da década de 1870 e exerceram grande influência sobre o imaginário jurídico do período republicano<sup>142</sup>. Aqui, há um indício de como ruptura e continuidade podem ser faces da mesma moeda: se de um lado o evolucionismo representava uma ruptura “cientificista” com um certo jusnaturalismo “metafísico” ainda presente no discurso jurídico no final do Império<sup>143</sup>; por outro lado a leitura desses marcos teóricos não poderia deixar de passar pelo filtro de uma mentalidade muito atrelada à escravidão, que deixou suas raízes no imaginário dos juristas, expressando-se através de determinismos raciais que nada mais faziam do “requestrar” antigas hierarquias tidas por “naturais” sob um argumento “científico” evolucionista<sup>144</sup>.

---

<sup>141</sup> Ibid., p. 265-273.

<sup>142</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo...**

<sup>143</sup> “[...] importante é notar que a partir desse momento uma nova concepção de direito se constrói: uma noção “científica”, em que a disciplina surge alinhada à biologia evolutiva, às ciências naturais e a uma antropologia física e determinista. Paralelamente, em seu movimento de afirmação o direito distancia-se das demais ciências humanas, buscando associar-se às áreas que encontravam apenas leis e certezas em seus caminhos”. Ibid., p. 196.

<sup>144</sup> “Enquanto na Escola de Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivia com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades”. Ibid., p. 243.

Se os juristas compartilhavam elementos dos debates políticos e intelectuais de seu tempo, também é importante notar a especificidade do discurso jurídico na adoção deste ideário. Essa particularidade é verificada pela convivência (e até mesmo harmonização em alguns casos) de duas tendências aparentemente opostas no período Republicano. Tais movimentos podem ser ligados a perfis de juristas e lidos como formas diferentes de encarar o elemento humano e a igualdade no imaginário jurídico do período estudado.

Detectados indiciariamente por Ricardo Marcelo Fonseca<sup>145</sup> no período do Império, dois tipos ideais de juristas permanecem – ainda que haja alguma mudança em sua configuração – fornecendo um parâmetro para a análise do início da Primeira República. Sobretudo para a investigação acerca da dimensão humana do conceito de povo no recorte temporal definido. Isso porque indicam um momento de transição em que distintas correntes teóricas expressam a forma como a igualdade era concebida na tensão entre a permanência de um imaginário que hierarquizava a população pela natureza das coisas e outro que buscava a superação do passado, mas mantinha a desigualdade em seu cerne, sob o fundamento biológico. O primeiro tipo – ligado à figura do “jurista escolástico” – teve sua produção teórica:

[...] marcada por uma penetração um tanto problemática do racionalismo iluminista europeu, que ingressa no meio cultural do direito num ecletismo de concepções teóricas de difícil conciliação. Em verdade este acaba se inserindo, nesta fase da cultura jurídica brasileira, embutido numa concepção escolástica de direito natural<sup>146</sup>.

Mais próximo dessa corrente pode ser situado o jurista Antônio Coelho Rodrigues. Coelho Rodrigues representava uma geração da escola da Faculdade Direito do Recife anterior àquela que adotou o evolucionismo como principal modelo explicativo. Associado ao jusnaturalismo, foi alvo de críticas por Silvio Romero, expoente da geração dos anos 1870, que, atacando a “metafísica” da posição de Coelho Rodrigues, irrompeu em meio a própria defesa de doutorado, chamando aquele, que compunha a banca avaliadora, de ignorante<sup>147</sup>. De acordo com Airon Seelaender, o “jurisconsulto conservador” rejeitava as novidades intelectuais do fim do século XIX e mantinha uma visão do direito de “base tradicional-romanística, de

---

<sup>145</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Vias Da Modernização...*, p. 270-279.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>147</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 194.

um Direito Civil eternizado, com lastro jusnaturalista”, mesclando concepções modernas com as tradicionais:

No “Projecto” [de Código Civil], o próprio conceito de família revelava a dificuldade do autor de assimilar a modernidade e de conjugar sua visão de mundo com os padrões do direito liberal. Se havia ali passagens sobre a “família” que remetiam de algum modo à ideia mais moderna de família “nuclear” (cf. as referências à família “natural”, à “civil” e à “legítima”, no art.1.822), também se fazia presente a velha concepção tradicional – de verniz romanizado, mas com profundas raízes na vida social brasileira – da família como unidade doméstica, como casa. “A família doméstica”, esclarecia o final do mesmo dispositivo, “compreende todas as pessoas, que vivem sob o mesmo teto, com a mesma economia e sujeitas à direção de um mesmo chefe, ainda que não sejam parentes”<sup>148</sup>.

Acerca da utilização do conceito de povo como referência à sua dimensão humana, no marco temporal definido para a investigação a expressão foi encontrada apenas em um dos artigos sobre direito civil publicados pelo autor na Revista “O Direito”. No texto de 1889 sobre sua tarefa de elaborar um Código Civil, ao tratar dos regimes dotais, o jurista expressa uma leitura da população no embasamento para privilegiar o instituto em seu projeto:

Sem supprimir o regimen commum, como regra, [o projeto] consagrará disposições, que tendam a desenvolver o regimen dotal, mais garantidor do futuro da familia e tão necessario em um paiz, como este, onde a imprevidencia parece um caracteristico do seu povo, e a preguiça e o luxo remam como duas molestias endemicas, determinando por toda a parte a fome dos empregos publicos e o abuso do credito<sup>149</sup>.

Uma visão paternalista e de degeneração moral da população permeia essa expressão do conceito. Trata-se de um olhar para um povo que deveria ser “tutelado” pelo direito por meio um regime de bens matrimonial que impedisse que a população se perdesse em seu desleixo, preguiça e futilidade – características equiparadas a doenças endêmicas.

Publicado sem introdução ou comentário, o único livro do autor sobre Direito Civil encontrado foi o seu “Projecto do Código Civil Brasileiro”. Na obra foi levantada uma ocorrência da expressão “povo”. Ela aparece no artigo 5º das “disposições addicionaes transitórias” do projeto, que trata da criação de uma comissão para a elaboração de um código de processo civil e comercial:

<sup>148</sup> SEELANDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra..., p. 393-394.

<sup>149</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Plano Geral do Projeto do Codigo Civil Brasileiro. **Revista O Direito**, v.17, n.49, maio-ago, 1889, p. 499-500.

Art. 5º As informações officiaes consistirão principalmente nos relatorios annuaes do Procurador Geral da Republica, do presidente de cada um dos tribuuaes da União e dos Estados, e de cada um dos juizes seccionaes sobre as questões submettidas ao seu conhecimento, durante o respectivo anno. Esses relatorios deverão ser tão claros e concisos, nas suas observações criticas, quanto precisos sobre as disposições arguidas de deficientes, antinomicas, inconvenientes ou contrarias as boas tradições da jurisprudencia ou aos costumes razoaveis do povo brasileiro<sup>150</sup>.

A referência aos costumes do povo brasileiro é genérica, mais próxima dos costumes reconhecidos juridicamente, do que aos hábitos propriamente ditos da população. Ou seja, não demonstra uma preocupação com a experiência concreta. Indica, portanto, uma semântica do conceito mais ligada à “tradição” jurídica – sobretudo ao cuidado de não impor uma ruptura drástica ao desenvolver um código. Esse sentido de adaptação à tradição pode ser visto também no artigo já referido, publicado pelo autor anos antes na Revista O Direito, tratando do plano preparatório para a codificação civil:

[...] o legislador pôde ter boas razões para manter um systema geralmente conhecido e praticado, embora defeituoso em theoria, afim de não contravir aos habitos do povo e á sua jurisprudencia tradicional, que constitue uma parte consideravel da sua educação, porque, em regra, o trabalho do codificador consiste mais na consolidação do que ha, do que na criação do que deve haver e, em ultima analyse, as leis são feitas para os povos e não estes para ellas.

Entretanto, quando o legislador dispõe para um povo ainda em via de formação, ou, embora já formado, em um periodo de manifesta e inevitavel transformação, como se acha o nosso, pôde adiantar-se no caminho das reformas muito mais do que em outras circumstancias ser-lhe-ia permittido. O conteúdo do projecto limitar-se-ha, pois, ás regras geraes sobre as materias proprias do direito privado, deixando o maior desenvolvimento dessas regras aos códigos especiaes, como o do commercio, o rural, o florestal, etc., a medida que o progresso do paiz e o consequente desenvolvimento das relações juridicas aconselharem a promulgação delles<sup>151</sup>.

Este trecho demonstra uma flexibilidade maior em relação à tradição – levando em conta a necessidade de equilíbrio com as reformas e com a intenção de não interferir demais nesse terreno complexo – considerando o estágio em que o povo brasileiro se encontrava para Coelho Rodrigues. A ideia de formação ou transformação do povo, ainda inexistente ou incompleto, também revela um imaginário pejorativo da população brasileira.

<sup>150</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projeto do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893. p. 333.

<sup>151</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Plano Geral..., p. 497.

Com efeito, considerando o perfil mais “escolástico” (ainda que certamente se tratasse de um jurista de caráter “híbrido”, como a maioria deste período) de Coelho Rodrigues, é possível notar uma utilização do conceito despreocupada com a ideia de igualdade, mas que atentava para o suposto “atraso” da população brasileira. A dimensão humana, aparece, portanto, de maneira pejorativa, ancorando-se pouco em uma semântica liberal e mais, ainda que implicitamente, em uma imaginação hierarquizada da população brasileira. Isso porque passavam a compor esse “povo preguiçoso” ou “em formação” – a que se refere Rodrigues – os índios e negros que recém tinham saído do cárcere da escravidão, mas que, na leitura do jurista, pareciam ainda não constituir um “povo civilizado”, como os europeus. Nas entrelinhas, lê-se que para Rodrigues o “verdadeiro povo” estava por vir no Brasil. E tinha sua formação ligada à preservação dos “costumes razoáveis” na arquitetura jurídica da sociedade que se projetava.

Outro jurista que também se serviu mais do instrumental teórico jusnaturalista foi Lafayette Rodrigues Pereira. Formado na Faculdade de Direito de São Paulo, o jurista apresentava, em geral, uma adesão maior ao individualismo liberal. Em relação à dimensão humana, Lafayette se refere à “índole do povo” e às “exigências da sociedade”, enquanto formas de adaptação do Direito Romano ao seu tempo<sup>152</sup>. Mesmo as utilizações da expressão “população/populações” encontradas não superam uma visão abstrata do elemento humano. Este termo se refere às estratégias de aumento populacional entre os romanos em razão das guerras, facilitando o casamento em pelo dote<sup>153</sup> e às “miseras populações escravizadas” pelo feudalismo<sup>154</sup>. A exceção talvez seja a referência à “escassez de população”, associada à “vastidão das propriedades” para justificar a situação da enfiteuse no direito brasileiro<sup>155</sup>. Todavia, a expressão tem apenas conotação numérica, permanecendo o sentido abstrato, ainda que, de alguma forma, se refira à realidade social brasileira.

O segundo tipo ideal de jurista é ligado à adoção das teorias evolucionistas. Fonseca demonstra como a partir de uma preocupação com “[...] a necessidade do

---

<sup>152</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. XIII-XIV.

<sup>153</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília : Senado Federal, 2004. p. 356.

<sup>154</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas...**, p. XII.

<sup>155</sup> *Ibid.*, p. 455.



elemento ‘científico’ na atividade do jurista [...]” e com o “ [...] rigor teórico, nos padrões daquilo que o tempo definia, de maneira forte, como ciência”, essas:

[...] novas elaborações que vão tomando forma nos anos 60 e se desenvolvem de maneira mais clara a partir dos anos 70 do século XIX denotam que as referências teóricas do jurista parecem ir se deslocando em direção à busca de um parâmetro científico racional, que vai se afastando, em forte tom polêmico, das teorias anteriores embebidas de uma interpretação teológica natural<sup>156</sup>.

A principal expressão desse cientificismo é a adoção do evolucionismo. Geralmente mais associado à criminologia positivista e ao discurso do direito penal<sup>157</sup>, cabe notar como este ideário permeou também o imaginário dos juristas no discurso sobre o direito privado no início da Primeira República. Nesse sentido, destaca-se que, segundo Lynch, a proximidade de Clóvis Beviláqua com o evolucionismo, adquirida na esteira de Tobias Barreto e Silvio Romero na Faculdade de Direito do Recife, foi o motivo inicial da escolha dele para elaborar o Código Civil na presidência de Campos Sales. Clóvis Beviláqua, influenciado também por Rudolph von Ihering, lia o mundo jurídico numa linha evolutiva ligada à vida social: “O Direito não era entendido como fruto da livre deliberação dos homens, mas das determinações da evolução social, e como tal deveria ‘reparar-lhe as condições de vida e desenvolvimento’”<sup>158</sup>. De acordo com Lynch, mesmo os tons conceitualistas da obra de Beviláqua são fruto dessa leitura, visto que o jurisconsulto percebia tal doutrina como ápice da evolução jurídica:

Do ponto de vista da dogmática jurídica, a jurisprudência dos conceitos de origem alemã – que, como técnica prática, orientava a atividade de Clóvis Beviláqua como jurista – era, também ela, um subproduto de sua filosofia evolucionista e correlata história do direito. Em um contexto percebido como atrasado e periférico como o brasileiro, a crítica do jusnaturalismo jamais poderia ser efetuada, como na Alemanha de Savigny, pelo recurso a uma história do Direito nacional, nacionalista e conservadora. Era preciso, ao contrário, recorrer a uma filosofia da história externa ao país, cosmopolita, que apontasse o atraso do jusnaturalismo no processo de evolução das ideias. Esse era o papel da história do Direito em autores como Silvio Romero e Clóvis Beviláqua, e do lugar de centralidade ocupado pelo conceitualismo germânico. Os juristas evolucionistas do Recife não viam a ciência jurídica alemã como Savigny, isto é, como o resultado particular de uma trajetória especificamente nacional. Como cosmopolitas periféricos que

<sup>156</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Vias Da Modernização...*, p. 277.

<sup>157</sup> Sobre esse tema ver: DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil**: cultura jurídica criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

<sup>158</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. República, evolucionismo e Código Civil: a presidência Campos Sales e o Projeto Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: **R.IHGB**, nº 473. jan./mar. 2017, p. 165.

eram, viam-na, ao contrário, como um verdadeiro patrimônio da humanidade, ponto culminante da evolução jurídica universal<sup>159</sup>.

Em suma, por ser adepto do evolucionismo, Clóvis o expressou como fundamento científico na justificativa de seu projeto de Código Civil. Para ele, o evolucionismo seria capaz de balancear a tradição e o progresso de forma harmônica<sup>160</sup>.

No clássico texto “Em Defesa do Código Civil Brasileiro”, que introduz seu projeto de codificação, Beviláqua atrela o código não necessariamente à vontade do povo ou aos anseios populares, mas ao estágio evolutivo da população, que deveria ser lido e compreendido pelo operador direito para que a lei se adequasse à etapa civilizacional em que se encontrava o povo. Nesse sentido, defende que os códigos não são imutáveis, mas, como os sistemas filosóficos, são atrelados a uma “concepção de mundo victoriosa em certos cérebros ou em certo momento histórico”. Para ele, portanto, o código é um momento inevitável da “evolução do direito” no qual a “consciência jurídica” se traduz em “formas definidas e solidas”<sup>161</sup>. Em texto anterior, de 1898, também sobre a codificação civil no Brasil, Beviláqua já defendia que os códigos:

Steriotypam elles a forma do pensamento jurídico em um certo momento da civilização de um povo, e, si forem vasados em bons moldes, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades sociaes, pois que é seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhor modo, a sua satisfação<sup>162</sup>.

Além disso, ele destaca, como um dos motivos para a necessidade da codificação, a incongruência entre as Ordenações Filipinas, elaboradas em Portugal, com os “elementos ethnicos” e o “meio physico” que compunham a sociedade brasileira<sup>163</sup>.

A semântica evolucionista conferida à dimensão humana do conceito de povo é evidente nestas passagens. Diferentemente de Coelho Rodrigues, Clóvis Beviláqua aborda a população com uma pretensão maior de “cientificidade”. Refere-

<sup>159</sup> Ibid., p.167-168.

<sup>160</sup> Ibid.

<sup>161</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Projecto do Código Civil Brasileiro. **Revista O Direito**. v.28, n. 81, jan.-abr, 1900. p. 480-570, p. 481-482

<sup>162</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. O Problema da codificação do Direito Civil Brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 3-18, set. 2018. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/238267/30071>>. Acesso em: 24 out. 2019. p. 5.

<sup>163</sup> Ibid., p. 10

se ao “caracter”, ao “patamar civilizatório” e as “necessidades sociais” como fundamentos “científicos” para a adaptação entre a tradição e a modernização na ciência jurídica:

[...] o actual Projecto procurou collocar-se no ponto de confluencia das duas forças de cujo equilibrio depende a solidez das construcções sociaes: a conservação e a innovação, as tradições nacionaes e a teoria das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao caracter e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira particular pela qual elle estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina scientifica<sup>164</sup>.

Também partidário da teoria evolucionista foi Martinho Garcez. Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife e adepto das concepções de Darwin e Ihering, Garcez demonstra uma profunda admiração por Tobias Barreto, a quem reputa a façanha de ter harmonizado as teorias de Savigny e Ihering<sup>165</sup>. Na obra do jurista sergipano, porém, não figura uma semântica do conceito de povo tão próxima do evolucionismo. Referindo-se às codificações civis francesa e italiana, Garcez remonta uma origem comum – a “raça latina” – como possível alavanca de superação da “desídia do brasileiro”<sup>166</sup>. Essa visão inclusive caracteriza a produção intelectual nacional: “Indolencia ou falta de estímulo, a verdade é que os brasileiros são avaros em produções scientificas”<sup>167</sup>. O caso é que Garcez não se refere à população por seu viés “biológico”, “étnico” ou mesmo social, mas pelo “espírito” ou a “alma”: “[...] nós brasileiros, que, tendo recebido a República com todo o amor e todo entusiasmo da nossa alma de povo eminentemente democrático [...]”<sup>168</sup>. Em contrapartida, apesar de notar uma “desídia intelectual” que caracteriza a situação brasileira em seu discurso, Garcez apresenta uma leitura otimista do “patamar civilizacional” em que se encontrava a população brasileira:

A falta de amor ao estudo, para não empregar palavra mais severa, é um facto desgraçadamente notoria na magistratura brasileira. Por amor do nosso brio de povo civilisado, queremos esquecer outros elementos que influem no animo de alguns juizes para julgarem conforme a consideração

<sup>164</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Projecto do Código Civil..., p. 489.

<sup>165</sup> GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos Juridicos**. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242352>>. Acesso em: 23 dez. 2019. p. XXX e ss.

<sup>166</sup> Ibid., p. XXI.

<sup>167</sup> Ibid., p. XXVIII.

<sup>168</sup> Ibid., p. 4.

que merece a pessoa do litigante, ou circunstancias especiaes de occasião<sup>169</sup>.

Portanto, o pensamento jurídico no período inicial da República no Brasil expressou, a partir de um modelo ora mais “escolástico”, ora mais “evolucionista” (ora ambos), imagens da população (do povo em seu sentido humano), com o fito de imprimir uma mudança social em uma realidade vista como atrasada. Entre os juristas estudados, as definições que fogem a esse padrão, recaem na abstração ou oscilam timidamente do pessimismo para o otimismo. Vinculando a diferenciação jurídica de muitos grupos à “ordem natural” ou à “biologia”, imaginando a população brasileira como “preguiçosa” ou “degenerada”, o certo é que os juristas analisados, em suas produções sobre o direito civil, ficaram distantes de expressar a dimensão humana do conceito de “povo” vinculada a uma semântica da igualdade.

## 2.2. Povo e padrões de cidadania no pensamento civilista: a família, o grupo social e o indivíduo

Se em relação ao elemento humano houve entre os intelectuais e políticos do final do século XIX e início do século XX a permanência de uma leitura da população muito mais marcada pela diferença ou pela abstração, em termos de pertencimento à comunidade, o início do período republicano também não representou momento de grande ruptura quanto a inclusão pela cidadania.

Segundo José Murilo de Carvalho, os direitos civis presentes já na legislação imperial não eram efetivados em razão de obstáculos à atuação legislativa do Estado causados pela marcante presença da estrutura escravista e agrária herdada do período colonial<sup>170</sup>. Nesse sentido, entra em jogo outra tensão característica da cultura jurídica brasileira no arco temporal estudado, a tensão entre uma sociedade que não via o direito estatal como fonte de garantias – pelo contrário, tinha aversão à interferência do Estado na vida doméstica – e uma tendência de expansão da estatalidade sobre cada vez mais âmbitos da vida das pessoas. Essa, inclusive, é uma das principais razões para a ausência de codificação civil no século XIX no Brasil, como aponta Fonseca. Segundo ele, nesse período há a permanência

---

<sup>169</sup> Ibid., p. XXXVI.

<sup>170</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 45

particular de uma relação distante e conflitiva entre as tentativas de imposição de um direito civil legislativo e a aversão à ampliação da interferência estatal no âmbito doméstico direito civil, de modo que foi um dos motivos para que o código fosse postergado:

[...] a inexistência no Brasil de um verdadeiro padrão de cidadania e, portanto, a ausência de uma relação de identificação entre os direitos e as garantias jurídicas asseguradas pela legislação oficial, de um lado, e o modo efetivo como as pessoas viviam suas formas de ordenação em sociedade, de outro. Tudo isso remete precisamente ao caráter complexo, no âmbito das relações civis, da relação entre o Estado e as populações - especialmente os mais pobres.

Afinal, como visto, ao longo do século XIX o Estado sempre teve uma relação muito tênue com os particulares: embora no âmbito político até houvesse um sistema de representação formal de participação das pessoas na escolha dos representantes (sistema esse, todavia, que era uma mera fachada, onde se escondia sobretudo o mandonismo dos chefes políticos locais, os 'coronéis') no âmbito civil este intercâmbio era realmente escasso. Uma intervenção radical do Estado na vida privada das pessoas - na ausência de uma ordem jurídica oficial pré-codificação e de um processo revolucionário burguês, que foram fatores que caracterizaram a passagem à época do código na Europa - certamente seria sentida como uma indesejada invasão no âmbito dos valores tradicionais por parte da entidade - o Estado - que afinal não tinha tanto a que ver com a vida das pessoas<sup>171</sup>.

A questão da cidadania, portanto, é outro campo em que se manifesta a tensão entre as renitências de estruturas pré-modernas e a pretensão de modernização na cultura jurídica brasileira. Relação que participa do entorno do conceito de povo no imaginário civilista entre o fim do século XI e o início do século XX.

A proclamação da República criou uma expectativa de mudança nos padrões de cidadania, “[...] trouxe grandes expectativas de renovação política, de maior participação no poder por parte não só de contra-elites, mas também de camadas antes excluídas do jogo político”<sup>172</sup>. Todavia, boa parte da população restou excluída do processo político. O sufrágio permaneceu restrito a poucos, impedindo que mendigos, analfabetos, mulheres, praças-de-pré (militares de categoria inferior) e religiosos tivessem direito ao voto<sup>173</sup>.

José Murilo de Carvalho descreve três formas leituras da participação do povo na política no início da Primeira República: a demografia, o voto e as

<sup>171</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada..., p. 29.

<sup>172</sup> CARVALHO, J.M. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 21-22.

<sup>173</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia...**, p. 112.

insurreições<sup>174</sup>. O “povo das estatísticas” se revela como uma população em maioria marginalizada pelos critérios de exclusão da participação política previstos na constituição. O imaginário que prevaleceu nesse sentido é expresso pela visão de Louis Couty, biólogo francês, que concluiu pela ausência de povo político no Brasil, uma vez que a composição populacional não continha massas com aptidão a direcionar o governo à maneira das “nações civilizadas”. Silvio Romero, em 1906, e Gilberto Amado, em 1916, chegaram à mesma conclusão<sup>175</sup>. Tal leitura se reflete no baixo número de eleitores, tanto pelas restrições ao sufrágio, quanto pelo baixo comparecimento dos aptos a votar diante das disputas locais. Os índices de abstenção eram altos, pois, a ampla anulação de votos e o medo afastavam das urnas mesmo aqueles que tinham o direito de votar<sup>176</sup>. Carvalho ainda percebe que a participação popular se reflete nas ruas, tanto no campo quanto na cidade. Movimentos de contestação da República se articulam em torno da cegueira republicana sobre os marginalizados. Não obstante, o regime responde em geral com violência, massacres no campo e prisões na cidade. Em síntese: “O povo civil era mantido sob controle pela própria estrutura social do país. O povo das eleições era enquadrado nos mecanismos legais de cooptação e de manipulação, o povo da rua era quase sempre tratado a bala”<sup>177</sup>. Quando as medidas adotadas fugiam ao padrão excludente ou violento, apareciam em tom paternalista, autoritário e tecnocrático, reiterando visões pejorativas do povo, em um viés que também não exprime um imaginário ligado a um padrão de cidadania atado ao tom democrático da promessa institucional republicana.

A expressão do direito estatal não era, portanto, tão associada à efetivação de direitos e garantias quanto à imagem paternalista – a violência da punição ou o “cuidado” da educação. Trata-se de um modelo de cidadania enraizado nas práticas do mandonismo e consolidado pelo coronelismo no início da Primeira República. Segundo Schwarcz:

De toda forma, mesmo com o fim do Império e o começo do declínio desse mundo rural escravocrata que acabaria por ruir junto com a monarquia, perpetuou-se a imagem dos senhores provedores, diante dos quais era preciso agir com lealdade e submissão. Esse etos patriarcal e masculino foi,

---

<sup>174</sup> CARVALHO, José Murilo. Os três povos....

<sup>175</sup> Ibid., p. 98-99.

<sup>176</sup> Ibid., p. 104-107.

<sup>177</sup> Ibid., p. 110.

assim, transplantado para os tempos da República, quando se continuava a regular a distribuição do poder por meio da hierarquia e da força política de senhores de terra, que acumulavam grande influência política, através não só de postos representativos como de práticas eleitorais<sup>178</sup>.

Isso porque, permanecia, na virada do século XIX para o século XX no Brasil, um imaginário muito característico da estrutura social brasileira, ligado às relações de poder no âmbito doméstico. De acordo com Schwarcz, em um país predominantemente agrário, interiorizado e escravista, o poder era exercido de modo mais local, ligado à figura do pai, do “senhor” ou do “coronel”: “Aí estava o modelo dessa sociedade patriarcal brasileira; a família (do senhor) funcionando como esteio e anteparo, real e simbólico, para toda a organização social”<sup>179</sup>

Muito mais do que o cidadão, portanto, a família era vista como a base estrutural da sociedade ao longo do século XIX. Airton Seelaender nota como ela foi a base da realização de empreendimentos como as bandeiras, que partiam dos recursos familiares e contavam com “lideranças detentoras de poder doméstico”. Seu lugar era a casa, um espaço que no imaginário coletivo era caracterizado por uma relativa autonomia em relação à estatalidade, pela ordem da “*oeconomia*” interna e pela “natural” distribuição hierarquizada de funções<sup>180</sup>. Schwarcz observa como há uma predominância dessa esfera doméstica diante da ausência do poder estatal, traço característico da história do país: “O modelo colonial brasileiro combinava, [...] majoritariamente, mão de obra escrava com a grande propriedade monocultora, o personalismo dos mandos privados e a (quase) ausência da esfera pública e do Estado”<sup>181</sup>

Ainda que a Constituição de 1891 e algumas das legislações republicanas tivessem o condão de produzir uma certa transformação nessa mentalidade, é certo que um imaginário avesso à interferência estatal no âmbito doméstico permaneceu circulando no Brasil. Com efeito, acomodando o desejo de modernização ao imaginário local, “a sociedade gerou formas de composição entre o velho e o novo, por vezes ocultando tensões, por vezes as negando ou adiando”<sup>182</sup>. O advento da República, portanto, não representou uma ruptura nesse padrão de cidadania ligado ao âmbito doméstico.

---

<sup>178</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo...**, p. 53.

<sup>179</sup> Ibid., p. 43.

<sup>180</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra..., p. 330-335.

<sup>181</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo...**, p. 42.

<sup>182</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra..., p. 398.



Nessa linha, apesar da Abolição, um imaginário de exclusão racial ligado à escravidão permaneceu mesmo nos centros urbanos, com a manutenção do vínculo senhorial “sob roupagens contratuais”. O uso do termo “liberto” pela elite, bem como a designação dos criados pela cor eram formas de preservar o poder patriarcal<sup>183</sup>:

A despeito de o Estado ter legalmente fulminado a escravidão, o velho poder doméstico não foi de todo banido do mundo do trabalho, tendo ali continuado a resistir contra o que alguns viam como “uma odiosa e excepcional inspeção e vigilância das autoridades” públicas. O que parecia restar das prerrogativas tradicionais da casa só passou a ser, nesse campo, cada vez mais defendido com a linguagem do liberalismo<sup>184</sup>.

Por outro lado, a continuidade de um ideal de submissão das mulheres ao pai ou ao marido, ligada à imagem do âmbito doméstico, também foi marcante na Primeira República. Como demonstra Seelaender, por mais que a ampliação da intervenção republicana sobre a vida tivesse se mostrado mais intensa por meio das políticas urbanistas e higienistas, a possibilidade de invasão do ambiente doméstico para vacinação compulsória das mulheres foi intolerável. A Revolta da Vacina, portanto, não foi um resultado da ignorância ou das ideologias europeias, mas de uma permanência do imaginário tradicional na população, da “longa sombra da casa”:

Desconsiderando temerariamente, em sua insensibilidade tecnicista, a esfera tradicional da casa, o sanitarismo republicano deflagraria uma revolta social, confrontando concepções arraigadas e invadindo espaços e corpos tradicionalmente submetidos ao poder doméstico<sup>185</sup>.

Assim, não só na elite permanecia o imaginário patriarcal. Mesmo as famílias dos ex-escravos reproduziam o modelo da casa, chegando a exercer o poder doméstico ainda mais rigorosamente<sup>186</sup>. Por outro lado, a resposta estatal nesta ocasião também foi permeada por este imaginário:

Note-se que o triunfo do Estado conduziu à punição disciplinar de alguns revoltosos no mais tradicional estilo do velho poder senhorial, sendo-lhes aplicados castigos corporais antes dados aos escravos. Diante disso, Lima Barreto não hesitaria em descrever o “Estado de Sítio” republicano como um verdadeiro “Estado de Fazenda”<sup>187</sup> [...]

---

<sup>183</sup> Ibid., p. 398-399.

<sup>184</sup> Ibid., p. 400.

<sup>185</sup> Ibid., p. 401.

<sup>186</sup> Id.

<sup>187</sup> Ibid., p. 402

Na ironia do escritor não havia só o registro implícito da longa sombra da casa – havia também a sua denúncia e a sua rejeição. Antes vista como boa, natural e eterna, a casa surgia aqui como modelo negativo para o Estado. Modelo que se desgastava por uma série de fatores, incluindo a transformação das mentalidades, em época de urbanização intensa e de imigração<sup>188</sup>.

Se tal leitura da cidadania permaneceu tão firme no âmbito social e também no político, não surpreende que também seja detectada no imaginário dos juristas ao longo dos oitocentos e mesmo na Primeira República.

Seelaender verifica como a cultura jurídica brasileira do século XIX foi marcada pela tensão entre um imaginário que tendia à permanência da autonomia das relações domésticas em relação à estatalidade e uma crescente “juridicização das relações casa-Estado”. Ainda que não fosse considerado um ambiente essencialmente jurídico, o âmbito doméstico era permeado em certa medida pelo direito. Tal interferência se alargou com a gradual inclusão no ordenamento jurídico de algumas relações próprias da casa, pelo direito penal, pelo direito privado e, sobretudo, pelo direito de polícia<sup>189</sup>. Todavia, além do costume e do imaginário tradicional, uma ordem normativa ligada ao período colonial (As Ordenações Filipinas, o direito romano e a legislação extravagante) sustentava e legitimava a permanência de grande autonomia do poder doméstico<sup>190</sup>.

O imaginário da casa como ambiente em que não deveria haver intervenção estatal se estendeu sobre as tentativas de juridicizar a vida social e mesmo sobre as de distinguir o direito público do direito privado<sup>191</sup>. Mesmo que o direito privado tenha funcionado como “vanguarda na juridicização da esfera doméstica”<sup>192</sup>, a casa permaneceu até o fim do século XIX e início do século XX como “referência implícita” no discurso civilista brasileiro, sobretudo no direito de família, infiltrada na doutrina e nas leis como poder pátrio<sup>193</sup>.

Inclusive as tendências vanguardistas ligadas à adoção das teorias evolucionistas permaneciam atreladas a um padrão de cidadania que não compreendia o indivíduo como elemento básico de constituição do “povo”. Quando os discursos desta tendência não se referiam diretamente a hierarquia e autonomia

---

<sup>188</sup> Ibid., p. 403

<sup>189</sup> Ibid., p. 347-348.

<sup>190</sup> Ibid., p. 348.

<sup>191</sup> Ibid., p. 390.

<sup>192</sup> Ibid., p. 365

<sup>193</sup> Ibid., p. 398.

da família, utilizavam a biologia como critério de definição da cidadania. Neste sentido, referindo-se à produção intelectual dos primeiros anos da República nas faculdades de direito de Recife e São Paulo, Lília Moritz Schwarcz conclui que “A teoria racial cumpria o papel, quando utilizada, de deixar claro como para esses juristas falar em democracia não significava discorrer sobre a noção de cidadania”<sup>194</sup>. Afinal, não havia tanta preocupação com essa questão no ideário adotado por essas “escolas”:

[...] em Recife o indivíduo foi sempre entendido como ‘uma amostra de seu grupo’. Em São Paulo, com a adoção de um liberalismo conservador e cada vez mais antidemocrático, a questão da cidadania como que desaparecia e com ela a vontade do indivíduo<sup>195</sup>.

Entre os juristas analisados, Antônio Coelho Rodrigues transparece um imaginário mais ligado à estrutura da casa. Ele aplicava a chave do poder doméstico para a relação entre estado e cidadão, e entendia o governo em analogia à família, compreendendo o monarca como o “chefe”, o “dono”, responsável por conservar o país como sua casa para que fosse herdado pelos seus sucessores<sup>196</sup>. O jurista vinculava família e nação em uma relação de dependência e via negativamente os movimentos de mitigação do poder doméstico pelo Estado<sup>197</sup>. Como se vê em seu “Plano Geral” de codificação civil, fazia parte de seu projeto inicial a redução da intromissão do Estado nas relações domésticas. Segundo ele, o Código:

Estabelecerá o conselho de família com o intuito de diminuir a acção official nas relações domesticas, cuja delicadeza impõe muitas vezes um recato que os actos judiciais não comportam sob o nosso regimen de publicidade sem repressão<sup>198</sup>.

A expressão do conceito de povo encontrada em seu pensamento é fortemente marcada por essa visão da cidadania. Em artigo publicado na Revista O Direito, o jurista trata dos elementos de constituição política de um povo:

Sociedade, lei e poder são idéas, que se completam na constituição politica dos povos. A sociedade é a substancia; a lei é a fôrma positiva da sua

<sup>194</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo...**, p. 243.

<sup>195</sup> Ibid., p. 245.

<sup>196</sup> SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra..., p. 396.

<sup>197</sup> Ibid., 396-397

<sup>198</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Plano Geral..., p. 500.

vontade razoável e soberana, e o poder é o instrumento necessário da primeira, dentro dos limites da segunda<sup>199</sup>.

O que Rodrigues entende por sociedade é o que pode ser lido como um elemento de sintaxe do conceito de povo: uma noção de cidadania legada ao âmbito doméstico. Para ele a sociedade não é composta pelo indivíduo, mas pela família, ligada à função natural de reprodução: "o elemento da sociedade civil é a família e não o indivíduo da espécie humana, que lhe não pôde garantir a perpetuidade, sem unir-se a outro de sexo diferente"<sup>200</sup>. Com efeito, a composição do povo, para ele, não parece estar ligada aos direitos civis. Desta forma, sua leitura do direito civil reflete um modelo de cidadania excludente, ligado à hierarquia e a autonomia domésticas: "Quando a sociedade se constitui, já encontra, como seu elemento necessário, a família naturalmente hierarquizada e composta de indivíduos da espécie humana, cuja capacidade de direito começa do nascimento, com vida"<sup>201</sup>.

Já Lafayette Rodrigues Pereira parece adotar uma posição divergente. O jurista mineiro, de acordo com Seelaender, demonstra uma incorporação maior do individualismo liberal, esgrimindo contra as interpretações tradicionais do poder doméstico em prol da modernização. Sua concepção de sociedade e o padrão de cidadania que exprime para o direito civil são, portanto, mais individualistas e menos domésticos, rompendo em termos com o imaginário patriarcal:

Ao contrário do que haviam feito e seguiam fazendo outros representantes de sua corrente política, o civilista mineiro não refuncionalizou o discurso emancipatório do individualismo, apresentando o régulo doméstico como um cidadão a ser protegido contra interferências estatais. [...] Entre o Estado e a casa, Lafayette escolheu um terceiro: o indivíduo. Ainda que implicando a supremacia do direito estatal, a juridicização da casa – ocorresse pela doutrina ou pela lei – devia conduzir à efetiva expansão da autonomia individual. Isso demandava, no Brasil, a crítica a um "pátrio poder" convertido em "pesado instrumento da prepotência, do orgulho e da cobiça". E a recusa, também, de antigos arranjos e alianças entre o poder doméstico e o estatal, sobretudo quando este parecesse atuar como a Bastilha dos filhos e esposas<sup>202</sup>.

Mas, buscando o conceito de povo na obra de Lafayette, a ruptura com o padrão doméstico de cidadania não aparenta ser tão completa. Expressando uma relação de pertencimento à comunidade, a categoria não foi encontrada em seu

<sup>199</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Congresso Jurídico Brasileiro. Seção de direito civil. **Revista O Direito**, v.36, n. 107, set.-dez. 375-397, 1908, p.385.

<sup>200</sup> Ibid., p.375.

<sup>201</sup> Ibid., p.385.

<sup>202</sup> SEELAENDER, Ailton Cerqueira-Leite. A longa sombra..., p. 386

“Direitos de família”<sup>203</sup> ou seu “Direito das cousas”<sup>204</sup>. Entre seus textos na Revista O Direito, o conceito não aparece. Para se referir à comunidade, o jurista parece preferir o termo “sociedade civil”. Observando o uso desta expressão, há na obra de Lafayette, apesar de suas críticas ao poder doméstico, uma menção ao casamento como “fundamento da família e da sociedade civil”<sup>205</sup>. O mesmo sentido se expressa quando o jurista trata da legitimidade dos filhos como um dos efeitos do casamento:

O primeiro efeito que o Código attribue ao casamento, diz CLOVIS BEVILACQUA, é a legitimidade da família. Sob o ponto de vista social, da organização da vida humana, sob a direcção da ethnica, é realmente este o objectivo que tem a lei, regulando a união dos sexos, depurando os sentimentos, reprimindo as paixões, providenciando sobre o futuro da prole, cercado de respeito a família, sobre a qual repousa a sociedade civil. E' a intervenção do direito, na sua funcção orgânica e santificadora que differencia a família legitima da família natural e de quaesquer agrupamentos inconsistentes ou ephemeros que as mesmas necessidades physiologicas reúnem, e dissolvem<sup>206</sup>.

A ideia de “proteção” da família legítima pelo direito pode ser associada ao poder patriarcal, bem como expressa uma diferenciação entre os “filhos legítimos” e os “filhos espúrios” – aqueles havidos fora do casamento – que tem como efeito a privação de certos direitos para os últimos. Por outro lado, Lafayette desvincula casamento e religião, seguindo uma tendência mais liberal. Isso porque a imposição do casamento civil significava uma entrada da interferência estatal no âmbito do poder doméstico, em prol da moderna garantia individual de livre exercício da religião:

Deante da lei do Estado, o casamento deve ser um acto meramente civil, sem character religioso, accessive a todas ás pessoas, que se mostrem legalmente habilitadas. O Estado não pôde, não tem o direito de forçar a consciência do individuo para aceitar antes uma religião do que outra. Não pôde, pois, privar do direito de fundar família legitima aos que não professão a religião preferida<sup>207</sup>.

Em Lafayette, portanto, se vê uma posição ambígua: oscilando entre o pertencimento à comunidade pelas relações de família e a cidadania por meio dos direitos e das garantias individuais. O jurista apresenta uma adesão maior ao

---

<sup>203</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família...**

<sup>204</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas...**

<sup>205</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família...**, p. 82.

<sup>206</sup> Ibid., p. 104.

<sup>207</sup> Ibid., p. 32.

individualismo liberal, mas o imaginário da casa continua a permear a sintaxe do conceito de povo em sua obra, no que tange à cidadania.

Apesar de adepto do evolucionismo, Martinho Garcez é quem parece se aproximar mais de uma semântica do pertencimento à comunidade ligada à garantia dos direitos individuais. Ao tratar da possibilidade de abusos da lei contra os cidadãos, o jurista se opõe ao uso do estado de sítio como técnica de controle e defende a revolta popular para a garantia da liberdade em situações nas quais os mecanismos de representação se encontram esgotados:

Mas a lei póde ser oppressora, póde ser tyranica. Qual o remedio? A revolta? Ha revoltas legitimas, e nós brasileiros devemos a conquista da Republica a uma revolta denominada levante de quarteis. Mas a revolta só é legitima, quando necessaria, e só é necessaria quando o povo não é governado por instituições livres; porque a revolta é a força contra a força, e não ha nada que mais destrua o sentimento do direito do que o appello á força. No jogo regular do systema representativo encontra o povo os meios de corrigir os excessos, iniquidades e tyranias da lei. Basta que o povo tenha consciencia de que a sua vontade é que é a lei para que elle tenha nas suas mãos, pela escolha de seus mandatarios, o meio de derrogar todas as leis iniquas e oppressoras<sup>208</sup>.

O povo, portanto, aparece em Garcez atrelado à cidadania, à garantia de direitos tanto pelos mecanismos de representação (que, cabe lembrar, permaneciam restritos), quanto pela revolta popular – em casos excepcionais. São os direitos individuais, desta forma, que compõem a sintaxe da categoria povo em relação ao pertencimento à comunidade no texto de Martinho Garcez analisado.

Também muito influenciado pelo evolucionismo, Clóvis Beviláqua adotava uma postura mais distante do individualismo em relação a Garcez. Apesar de destacar princípios do código civil francês ligados aos direitos e às garantias individuais, como a laicidade, a liberdade individual, a inviolabilidade da propriedade e a igualdade civil, critica a codificação napoleônica pelo excesso de individualismo<sup>209</sup>. Para Beviláqua o “direito privado social” deveria buscar um equilíbrio entre o indivíduo e a sociedade, de maneira que admite, por um lado, a necessidade de abarcar certos “reclamos sociaes”, mantendo, por outro, “[...] o equilibrio dos interesses do individuo e da sociedade pela disciplina das relações entre as classes”<sup>210</sup>. A noção de classes, que é interessante para a compreensão da

<sup>208</sup> GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos...**, p. 3.

<sup>209</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Projecto do Código Civil Brasileiro...**, p. 483-484.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 497.

sintaxe entre cidadania e povo em Beviláqua, é permeada por uma leitura organicista da sociedade:

Além disso, não é rigorosamente exacto dizer que os negociantes são uma classe, pois a sociedade se estratifica em camadas, em classes, entre as quaes se divide o trabalho social, e de cuja emulação resulta o progresso das aglomerações humanas politicamente organizadas. Classes tambem constituem os industriaes, operários, militares, os magistrados, exercendo cada uma dellas uma determinada ordem de funções<sup>211</sup>.

Trata-se de uma leitura do pertencimento à comunidade ligada aos grupos sociais e das funções que os integram na sociedade ou no “organismo social”. Tais funções mediam a relação entre o individual e o social e fora delas o indivíduo não aparece como elemento da sociedade. Nesse sentido, a defesa de uma clareza de linguagem que, de acordo com Beviláqua, o código exprime, não tem tanta proximidade com o exercício da cidadania ou com o acesso aos direitos individuais, quanto com a adaptação do direito a esse organismo: “Por certo um código não poderá ser uma obra popular na sua expressão. Mas póde e deve ser uma obra clara, transparente, movendo-se com facilidade e na ocasião oportuna”<sup>212</sup>. Assim, o direito é, para Beviláqua, mecanismo responsável pelo funcionamento de todas as partes desse organismo. Por isso sua leitura da possibilidade totalizante para o fenômeno jurídico em relação às condutas sociais:

O Direito tem elasticidade o bastante para envolver todos os phenomenos sociaes que necessitam ser coactivamente assegurados como condições de que depende a coexistência humana. Neste sentido, mas sómente nelle, pode-se dizer com PIETRO COGLIOLO e SUMNER MAINE que o direito, por seu character formal, póde assimilar qualquer norma de conducta social. Basta impol-a por uma lei juridica e provel-a de coacção judicial<sup>213</sup>.

A cidadania ainda é relegada ao campo do direito público, pois o direito privado, segundo o jurista, se ocupa da mediação entre indivíduo e sociedade pelo pertencimento orgânico: “[...] o Direito Privado encara mais particularmente o individuo e a sociedade, em quanto distincta do Estado, ao passo que o Direito Publico visa o cidadão e a sociedade politicamente organizada [...]”<sup>214</sup>. Ainda, ao expor as explicações para o regime de capacidade civil, Beviláqua justifica a extensão das incapacidades pela relativização do individualismo no contexto do

---

<sup>211</sup> Ibid., p. 492.

<sup>212</sup> Ibid., p. 484.

<sup>213</sup> Ibid., p. 493.

<sup>214</sup> Ibid., p. 499.



organismo social: “[...] aplainam-se as arestas do individualismo para facilidade de convivência, e para que os fracos se reconheçam amparados”<sup>215</sup>.

Por outro lado, a interpretação da família como base da sociedade, aparece na exposição acerca da classificação das matérias do código civil. Tal leitura mais próxima de um imaginário patriarcal é utilizada como justificativa para a precedência dos direitos de família sobre os direitos reais, as obrigações e as sucessões na organização do código:

Adoptado o critério classificador da generalização decrescente, depois da parte geral na qual se incluem, sob uma feição abstracta, os princípios applicaveis a todos os momentos, situação e formas do Direito Privado, devemos enfrentar os institutos jurídicos do Direito da Família, que são partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, interessam, como diz MENER, á base natural da sociedade e tem, portanto, maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade.

Si o homem socialmente considerado tem primazia sobre o homem como individuo; se os interesses altruistas preferem os egoisticos; se, como reconhece SAVIGNY, os bens são uma extensão do poder do individuo, um attributo de sua personalidade, cabe a precedencia, por amor da sociologia e da logica, aos institutos da família, circulo de organização social, sobre os institutos economicos, meios de assegurar a conservação e o desenvolvimento da vida social<sup>216</sup>.

O indivíduo aparece, mas é imiscuído na família, instituição da qual se desdobra a sociedade civil e os demais ramos do direito civil nessa leitura. Do mesmo modo, por mais que perceba a persistência de “fórmulas antiquadas da civilização” no regime de incapacidades da mulher, Clóvis Beviláqua arquiteta o casamento sob argumentos que partem de distinções biológicas como “[...] uma sociedade igualitária, embora sob a direção do marido”<sup>217</sup> e situa a posição da mulher em um ideário “liberal” sob a proteção da instituição familiar:

Si a nossa Constituição politica é liberal e si liberal é a nossa concepção da vida social, o Direito Privado deve assignalar uma posição correspondente á mulher, solteira ou casada, comtanto que não transponha a antemural, além da qual estaria a desorganização da família, por cuja segurança devemos velar mais do que nunca, neste momento de crise que a tem abalado em seus mais solidos alicerces. Tem o auctor do Projecto convicção de que foi, neste ponto, tão liberal quanto lhe era permitido ser<sup>218</sup>.

Com efeito, a cidadania verificada nos textos seleccionados de Beviláqua expressa uma confluência do imaginário patriarcal com as teorias evolucionistas. Os

---

<sup>215</sup> Ibid., p. 498.

<sup>216</sup> Ibid., p. 505.

<sup>217</sup> Ibid., p. 530.

<sup>218</sup> Ibid., p. 531.

direitos têm sua origem na família e nos grupos sociais, instituições às quais se molda o direito civil, não tanto pela “ordem natural”, quanto pela leitura de uma sociologia com conotações biológicas.

Portanto, há no imaginário jurídico da primeira República diferentes expressões da cidadania como elemento sintático do conceito de povo. O indivíduo é lembrado. Mas ainda que o individualismo apareça como chave para a compreensão das garantias individuais, a tendência de ler o pertencimento à sociedade partindo da família permanece permeando o imaginário dos juristas, mesmo em leituras mais liberais ou evolucionistas. Entre os textos analisados, portanto, a referência à casa permaneceu na sintaxe do conceito de povo, ainda que tensionada pela retórica liberal.

### 2.3. Codificar e civilizar: soberania e identidades do povo no processo de ruptura no âmbito das fontes do direito

Em relação à população e ao pertencimento o conceito de povo permaneceu expressando significados ligados às diferenças e à família nos textos selecionados, em tensão com igualdade e com os direitos individuais. Ou seja, tendências mais “arcaicas” permaneceram nos textos analisados, ainda que adaptadas, muitas vezes, às novidades teóricas do começo da Primeira República.

No que tange à identidade, a tensão entre o “velho” e o “novo” no pensamento jurídico desse período pode ser percebida na acentuação da colisão entre um imaginário ligado à permanência de certa pluralidade nas fontes do direito plural e um desejo de ruptura formal com esse “antigo regime” por meio da imposição da lei como fonte única do direito. A ampliação da interferência legislativa republicana e os movimentos para a concretização da codificação civil em 1916, bem como as respectivas reações a ambos são as principais expressões desse conflito entre arcaísmos e modernismos nesse período.

Importante notar como essa questão se relaciona com a identidade na sintaxe do conceito de povo. A conexão se dá na medida em que a imposição da lei como fonte única do direito está ligada a um ideal de soberania nacional próprio do iluminismo. Nesse sentido, António Manuel Hespanha verifica que a codificação civil é o emblema de uma nova forma de relação entre o poder político e a população.

Segundo Hespanha, esse processo buscava sedimentar uma soberania estatal pela identificação entre o direito e a sociedade:

No plano jurídico, esta fase caracteriza-se sobretudo pelo movimento legalista e, sobretudo, pela tendência codificadora. Os novos códigos, se, por um lado, procediam a um novo desenho institucional das instituições, correspondente à ordem social burguesa liberal, instituíam, por outro, uma tecnologia normativa fundada na generalidade e na sistematicidade e, logo, adequada a uma aplicação do direito mais quotidiana e mais controlável pelo novo centro de poder – o Estado. [...] Estadualismo (i.e. identificação da ordem social com a ordem estadual), certeza e previsibilidade do direito (i.e., legislação abstracta) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (i.e. codificação), vão, assim, de braço dado, permitir a efetivação dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos<sup>219</sup>.

No âmbito político do Brasil dos fins do século XIX vigiam noções de soberania e identidade nacionais vinculadas à monarquia, de acordo com as quais o povo era imaginado em um papel secundário. A mediação pela representação, combinada com critérios restritos de sufrágio permaneceram em torno de:

Uma soberania centralizada no monarca e na Corte, longe da participação popular irrestrita, mas que deveria se dar apenas através de mecanismos excludentes e restritivos de representação. Um conceito centrado no vínculo entre o monarca e o povo-nação, povo este que estaria em uma fase embrionária no processo de civilização. As críticas às instituições e à tradição política imperial pelas novas correntes políticas e intelectuais dos anos de 1870 não foram capazes de ultrapassar muitos impasses colocados nas primeiras décadas do século. Enquanto republicanos combatiam a soberania monárquica afirmando uma teórica e dogmática soberania popular e questionando o suposto pacto entre rei e povo que fundamentaria a soberania monárquica, positivistas e liberais monarquistas defendiam soluções que afastavam definitivamente o povo da soberania [...]. Em todas as propostas, pouco se avançou na concretização de mecanismos de participação popular efetiva, uma falta que se estendeu para o período republicano. A história só conseguiu produzir duas alternativas: uma soberania do povo abstrata e excludente, uma vez que na verdade dizia respeito a uma parte muito pequena da população; e uma soberania concentrada no poder do Estado e do monarca, entidades que deveriam tutelar um povo ainda e sempre incapaz de concretizar seus direitos de participação<sup>220</sup>.

A ausência de povo, (ou, muitas vezes, uma leitura pejorativa do povo) parece um elemento eloquente na definição do país e de sua soberania. Isso porque dessa falta ou defeito se desdobrava uma leitura da nação atrelada a um papel “civilizatório” da monarquia:

<sup>219</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 341.

<sup>220</sup> PEREIRA, Luisa Rauter. Soberania. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG. p. 417.

Não poderia haver Império sem um governo que embebido no espírito do despotismo ilustrado, forjasse o povo brasileiro por um regime tutelar que promovesse o amálgama das etnias, a educação para a liberdade, a civilização dos índios, a imigração estrangeira, a distribuição de terras, a construção de universidades e a extinção do tráfico negreiro. Por esses motivos sociológicos, somente um governo monárquico esclarecido poderia formar o povo, resgatando-o de sua condição decaída<sup>221</sup>.

Ponto no qual se buscou ruptura radical com a monarquia, a identidade nacional se tornou um intenso campo de disputa na política com o advento da República, como descreve José Murilo de Carvalho. Tratava-se de uma batalha ligada à identidade coletiva, característica de um momento mudança de regime governamental: “A busca de uma identidade coletiva para o país, de uma base para a construção da nação, seria tarefa que iria perseguir a geração intelectual da Primeira República”<sup>222</sup>. Nesse cenário, símbolos foram mobilizados por distintos grupos políticos visando criar uma identidade nacional: um mito em torno da proclamação, a criação de um herói nacional, a alegoria da república, o hino e a bandeira foram alvos de disputa no campo do imaginário que visava direcionar a imagem da nação brasileira que prevaleceria<sup>223</sup>.

Interessante notar como entre esses símbolos disputados não figurava o povo. Como percebe José Murilo de Carvalho, esse não era um elemento que compunha as tentativas de criar uma identidade republicana: “Os acontecimentos políticos eram representações em que o povo comum aparecia como espectador ou, no máximo, como figurante”<sup>224</sup>. Apesar de uma certa inspiração francesa, as narrativas em torno da proclamação buscaram exaltar Marechal Deodoro, Benjamin Constant ou Quintino Bocaiúva como fundadores, de acordo com a respectiva corrente do movimento Republicano: “O povo estava fora do roteiro da proclamação, fosse militar ou civil, fosse de Deodoro, Benjamin ou Quintino Bocaiúva”<sup>225</sup>. O mesmo ocorre com as demais tentativas de construir uma identidade nacional no início da República. Neste processo, as camadas populares, mais simpáticas à monarquia, eram vistas como um povo atrasado, ou mesmo como algo diferente de um povo propriamente dito:

---

<sup>221</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Democracia..., p. 261.

<sup>222</sup> CARVALHO, José Murilo de. **A formação...**, p. 32.

<sup>223</sup> Ibid.

<sup>224</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados...**, p. 163

<sup>225</sup> CARVALHO, José Murilo de. **A formação...**, p. 53.

O povo assistiu bestializado à proclamação da República, segundo Aristides Lobo; não havia povo no Brasil, segundo observadores estrangeiros, inclusive os bem informados como Louis Couty; o povo fluminense não existia, afirmava Raul Pompeia<sup>226</sup>.

O povo era tomado como ausente e considerado como elemento de identidade nacional apenas enquanto projeção. Tal imagem de um povo em formação ganhou corpo entre os intelectuais do novo regime:

[...] uma série de representações acerca do elemento nacional convivia muitas vezes de forma tensa. Se algumas teorias destacavam a apatia e a degeneração dos mestiços, relatos de viajantes e cronistas enalteciam o que designavam como modo de vida puro e caipira – imagem que, por sua vez se contrapunha a dos sanitaristas que [...] reconheciam neles um Brasil doente e decaído<sup>227</sup>.

Essa visão da identidade do Brasil, permeada pelo evolucionismo, foi muito veiculada nos fins do século XIX por jornais como o “Província de S. Paulo”, bem como por romances naturalistas da época, criando uma “[...] sensação de proximidade com o mundo europeu e de confiança na inevitabilidade do progresso e da civilização [...]”<sup>228</sup>. Mesmo na política do Império era evidente tal ideal civilizatório na construção da imagem do Brasil:

Tendo à frente um imperador apegado às vogas científicas, sobretudo europeias, e elites coesas ao menos quando se tratava de garantir um certo *status quo*, a imagem externa do país tenderá rapidamente a mudar. Preocupação lembrada com insistência, a representação internacional do Brasil deverá ser, nesse momento, cuidadosamente construída. É no interior dessa lógica que se pode entender como, ainda nos tempos da monarquia, o Império do Brasil se fez representar nas famosas “exposições universais”. Nesses eventos o Brasil, que já era conhecido como um lugar privilegiado para a visita de viajantes naturalistas, passa a pedagogicamente apresentar-se como um país “novo”. Não mais a “mata e a selvageria” deveriam ser a carta de apresentação da nação, mas uma imagem moderna, industriosa, civilizada e científica<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados...**, p. 140. Interessante destacar trecho de obra de Coelho Rodrigues que, embora não trate de direito civil e por isso não seja objeto do presente trabalho, se refere exatamente à afirmação de Aristides Lobo e exprime a posição do jurista sobre este ponto: “O povo assistiu à proclamação, não diremos como um dos seus ministros, bestificado na [verdade bestializado], mas indiferente e, no meio das salvas e festas oficiais, não se ouviu um só foguete, sinal inseparável das manifestações da alegria ruidosa da população do Rio de Janeiro”. RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul**: ou um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos. Brasília: Senado Federal, 2016, p. 42.

<sup>227</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. *População e sociedade...*, p.63-64.

<sup>228</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo...**, p. 46

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 42.

Todavia, ele esbarrava na concretude da sociedade – radicalmente distinta da europeia – que havia se estruturado no Brasil. Nesse cenário, a questão da miscigenação tornou-se tema central entre os intelectuais do período. A explicação da identidade brasileira se dava pela mistura de raças que se afirmava ter acontecido no país, muitas vezes associada a um pessimismo determinista que condenava o país ao fracasso. Entretanto, havia uma vertente otimista, baseada na teoria do embranquecimento. Segundo Lília Schwarcz, de acordo com essa tendência:

O país era descrito como uma nação composta por raças miscigenadas, porém, em transição. Essas, passando por um processo acelerado de cruzamento, e depuradas mediante uma seleção natural (ou quiçá milagrosa), levariam a supor que o Brasil seria, algum dia, branco<sup>230</sup>.

Os juristas, em geral, se viam como figuras centrais nesse processo. Acreditavam possuir uma missão civilizatória. Na visão deles “[...] era o direito, enquanto prática profissional, que garantia a entrada do Brasil na lista dos países civilizados do mundo”<sup>231</sup>. Egressos da faculdade de Direito do Recife chegavam a afirmar uma relação diretamente proporcional entre o direito e o “grau de civilização” de um povo, além de aduzirem que o “estágio evolutivo” ideal a ser atingido era o europeu<sup>232</sup>.

Nesse cenário, embora seja notável a particularidade da cultura jurídica brasileira ao longo do século XIX, parece difícil localizar no imaginário dos juristas uma preocupação com uma identidade nacional ligada ao conceito de povo do direito brasileiro ao longo do século XIX. Isso porque a perspectiva parece se reduzir à adoção de uma identidade predominantemente europeia por meio de uma ação civilizatória no campo jurídico. Tal situação ganha contornos ainda mais complexos ao adentrar a especificidade que o tema da identidade nacional adquire na cultura jurídica.

Em primeiro lugar, destaca-se que no projeto de ruptura com o passado que compunha o projeto republicano, os juristas em geral acreditavam interpretar um papel de protagonistas do “progresso”:

---

<sup>230</sup> Ibid., p. 16.

<sup>231</sup> Ibid., p. 232.

<sup>232</sup> Ibid., p. 196 e 199.

Confiantes em sua posição de “missionários”, buscavam os juristas brasileiros cunhar para si próprios uma representação que os distinguisse dos demais cientistas nacionais. Eram eles os “eleitos” para dirigir os destinos da nação e lidar com os dados levantados pelos demais profissionais de ciência. Na sua visão, encontravam-se distanciados do trabalho empírico dos médicos, das pesquisas teóricas dos naturalistas dos museus, da visão eclética e oficial dos intelectuais dos institutos históricos e geográficos. Entendiam-se como mestres nesse processo de civilização, guardiões do caminho certo<sup>233</sup>.

Esse desejo de ruptura com o passado se expressava principalmente pela tentativa de adoção de modelos jurídicos europeus, com o intuito de alçar o Brasil ao patamar dos “países civilizados”. Todavia, tais modelos tiveram que ser adaptados a uma realidade social muito distinta das que os produziam:

A compreensão das peculiaridades da formação cultural do direito privado brasileiro não deve ser destacada das profundas marcas deixadas por uma sociedade agrária, escravocrata e conservadora que, com engenhosidade ímpar, foi caminhando lentamente na direção de uma ‘modernização’ jurídica na qual eram equivalentemente importantes alguns modelos estrangeiros a serem seguidos e a necessidade de sua conformação com as injustas estruturas sociais e políticas brasileiras<sup>234</sup>.

Com efeito, inobstante o eloquente silêncio acerca da escravidão na cultura jurídica brasileira pós-abolição<sup>235</sup> e apesar da importação de teorias estrangeiras, tal configuração social – que perdurou de maneira particular no Brasil – permeava a noção de soberania nacional no discurso do direito civil no período republicano<sup>236</sup>.

Apesar da independência, as antigas leis da colônia permaneceram vigentes, sendo utilizadas com frequência até o início do século XX – como é o caso, principalmente, das Ordenações Filipinas<sup>237</sup>. Por outro lado, a doutrina dos primeiros anos da República continua a adotar frequentemente uma fórmula típica de um ideal

<sup>233</sup> Ibid., p. 245.

<sup>234</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A Cultura Jurídica Brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, jun. 2006. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9415/6507>>. Acesso em: 23 jan. 2020. p. 270-279.

<sup>235</sup> “Uma das especificidades do preconceito vigente no país é [...] seu caráter não oficial. Enquanto em outros países adotaram-se estratégias jurídicas que garantiam a discriminação dentro da legalidade – seja por meio de políticas oficiais do *apartheid*, seja estabelecendo cotas étnicas -, no Brasil, desde a proclamação da República, a universalidade da lei foi afirmada de maneira taxativa: nenhuma cláusula, nenhuma referência explícita a qualquer tipo de diferenciação pautada na raça” SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira**. São Paulo: Editora Claro Enigma, 2012, p. 63. Epub. ISBN: 978-85-438-0041-7.

<sup>236</sup> Bartolomé Clavero nota, ainda, a permanência da prática da escravidão no Brasil pós-abolição, destacando a eloquência do silêncio acerca deste tema na legislação civil brasileira. CLAVERO, Bartolomé. Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017: por una historia descolonizada del derecho latino-americano. **Revista de Historia del Derecho**. n° 55, enero-junio 2018. p. 27-89.

<sup>237</sup> Sobre esse tema, conferir: FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada..., p. 22 e ss.



jusnaturalista – da existência de um direito “racional” e, portanto, “universal”: a aplicação (ou a tomada como inspiração) do “direito dos povos civilizados”, entendidos como as nações da Europa Ocidental e os Estados Unidos, em geral<sup>238</sup>. Essa fórmula de um direito “racional” (que possui variações, tais como “direito das nações cultas” ou dos “povos cultos”) capaz de transcender fronteiras, foi enraizada na cultura jurídica brasileira principalmente pela introdução da Lei da Boa Razão, no contexto das reformas pombalinas dos fins do século XVIII.

Introduzida no ordenamento português em 1789, a Lei da Boa Razão tinha como objetivo homogeneizar a aplicação do direito tanto na metrópole quanto nas colônias, limitando a atividade judicial que expressava um direito mais casuístico, de acordo com Samuel Barbosa. Além de definir a subsidiariedade do direito romano, a lei incluiu a “boa razão” – definida como os “princípios formalizados no direito divino e natural” das “Nações Christas, iluminadas e polidas” – no rol de fontes do direito, como instrumento de mediação para a aplicação do direito romano pelo “uso moderno” feito dele entre as nações europeias<sup>239</sup>. A lei permaneceu vigente após a independência e mesmo depois da proclamação da República, de modo que “A legislação estrangeira, sobretudo os Códigos civis das nações ‘cultas’ e ‘civilizadas’, fazia parte dos instrumentos jurídicos manuseados e poderia ser aplicada” no Brasil<sup>240</sup>.

De acordo com Hespanha, a Lei da Boa Razão fazia parte de um conjunto de reformas jurídicas de viés modernizante do período pombalino. Esse “complexo de tendências racionalizadoras e renovadoras”, segundo ele, ganha outros contornos com a introdução do liberalismo no discurso jurídico. A partir de então, o desejo de ruptura com o antigo sistema jurídico, sob influência também da Escola da Exegese, passa a ser simbolizado pelas “codificações”, sobretudo no âmbito do direito privado<sup>241</sup>.

Portanto, com o advento das codificações civis no século XIX, a tendência modernizante se acentuou. Também característico desse movimento, é o imaginário de um direito “universal” guiado pela razão. Carlos Petit, ao estudar a “importação”

---

<sup>238</sup> Vale dizer que algumas vezes a expressão abarca países da América Latina, como o Chile e a Argentina.

<sup>239</sup> BARBOSA, Samuel. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2008, p.364.

<sup>240</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said.. O Código Beviláqua..., p. 114.

<sup>241</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 338-339.

do Código Civil francês para outros países nesse período, percebe como o ideal abstrato de uma legislação independente da cultura de um país, passível de importação, porque era considerada expressão da “razão universal”, prevaleceu sobre o argumento da necessidade de adaptação do direito à realidade local<sup>242</sup>. Segundo ele, o êxito da imposição do Código Civil napoleônico como modelo a outras nações “[...] demonstra sua autonomia diante de determinações (ideologias, sentimentos, permanências históricas) mais e menos ‘nacionais’”<sup>243</sup>. Em sentido semelhante, Hespanha sintetiza a conexão entre o jusnaturalismo racionalista e as “importações” da codificação:

Os códigos serão, assim, não um repositório do direito ‘voluntário’, sujeito às contingências e às mudanças da vontade humana, mas do direito ‘natural’, imutável, universal, capaz de instaurar uma época de ‘paz perpétua’ na convivência humana<sup>244</sup>.

Por outro lado, segundo Petit, a codificação francesa, ao se tornar modelo, era frequentemente vista como uma ruptura com a tradição jurisprudencial e uma imediata unificação do direito justamente por sua orientação “universal”. Tal tendência ainda influenciou juristas locais na busca por uma modernização do direito em seu país na direção de uma racionalização ligada ao *Code*<sup>245</sup>.

Mas, como aponta Petit, a adoção do modelo francês de codificação civil serviu como afirmação de identidade nacional em locais onde a pluralidade era marcante (como é o caso do Brasil). Todavia, tratava-se de uma identificação excludente, pautada por uma construção de unidade pela lei com base em valores europeus: a família patriarcal, a propriedade individual e o contrato oneroso. Com efeito, o Código servia como ferramenta de homogeneização cultural, “[...] convertendo-se o direito civil em um instrumento sutil de dominação”<sup>246</sup>.

Assim, prevaleceu um ideal pouco ligado à identidade nacional e mais atrelado a valores universais no imaginário que envolveu a inspiração francesa para

---

<sup>242</sup> PETIT, Carlos. Derecho Civil e identidade nacional. **Revista para el analisis del derecho**. n. 3/2011 p 3-36, Barcelona, Julho de 2011. É certo, porém, como observa Petit, que o ideal homogeneizante que permeou essa empreitada não teve tanta correspondência na realidade, visto que a própria tradução do código já importava em uma certa adaptação cultural, além de outras transformações que a legislação certamente sofreu nesse processo.

<sup>243</sup> Tradução livre. No original: “[...] demuestra su autonomía respecto determinaciones (ideologias, sentimientos pervivencias) más y menos ‘nacionales’”. Ibid., p. 13.

<sup>244</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica...**, p. 330.

<sup>245</sup> PETIT, Carlos. Derecho Civil e identidade nacional..., p. 13-14.

<sup>246</sup> Tradução livre. No original: “[...] convirtiéndose el derecho civil en un instrumento sutil de dominación”. Ibid., p. 14.

as codificações civis em outros países. Todavia, é importante notar como a imposição de tais valores para as demais nações estava relacionada com um projeto de civilização. Esta noção, utilizada no Ocidente para “[...] para significar a construção progressiva de um nível superior de cultura e bem-estar material oposto à rudeza e à barbárie”<sup>247</sup>, foi incorporada ao discurso jurídico para definir um “standard” a ser atingido pelos demais países no âmbito da cultura jurídica: o padrão das “nações civilizadas”. Além disso, representou uma relação assimétrica, obrigando principalmente países coloniais e pós-coloniais a se desfazerem de suas tradições para alcançar o patamar imposto<sup>248</sup>.

Na cultura jurídica brasileira houve, desde o século XVIII, uma tendência a um direito homogeneizante de inspiração em uma razão predominantemente europeia, dita “universal”. Todavia, ao longo do século XIX o direito brasileiro permaneceu rico em diversidade. A estrutura colonial favoreceu o desenvolvimento de uma cultura jurídica centrífuga, adaptada às particularidades das regiões do país:

[...] o modelo jurídico proposto pelo direito comum europeu não punha grandes obstáculos doutrinários às tensões centrífugas da realidade colonial. Pelo contrário, fornecia uma série de princípios doutrinários e de modelos de funcionamento normativo que se acomodavam bem a uma situação como a do sertão brasileiro<sup>249</sup>

Enraizada nesse modelo, a cultura jurídica brasileira continuou permeada pela casuística, tomando como fontes o direito romano, o direito canônico, o costume, a doutrina e a jurisprudência. Essa realidade plural, conviveu em harmonia e tensão com o ideal de um direito homogêneo e universal da pretensão modernizante. Com o tempo, porém, em um processo longo, marcado por contradições e disputas, as críticas ao pluralismo ganharam força. Os juristas atacavam o “atraso”, a “incompletude”, a “incerteza” e a “arbitrariedade” do ordenamento, que era visto como “[...] controvertido, superabundante, incerto, que abria margem para o arbítrio do intérprete (julgador), entre outras críticas. Um direito que sequer decorria da vontade de um legislador ‘pretensamente’ representante do seu povo”<sup>250</sup>. A saída apresentada da independência até os fins do século XIX

---

<sup>247</sup> Tradução livre. No original: “[...] para significar la construcción progressiva de un nivel superior de cultura y bienestar material opuesto a la rudeza y la barbárie”. Ibid., p. 25.

<sup>248</sup> Ibid., p. 26-27.

<sup>249</sup> HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e no que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini**. vol. XXXV, p. 59-71, 2006, p. 80.

<sup>250</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua..., p. 119.

(quando ganha mais força, sobretudo com o advento da República) é a codificação do direito civil brasileiro:

Paralelo às críticas ao Direito vigente, o Código Civil é apontado como a “solução dos problemas”. Embora este discurso já seja observado em momentos anteriores, é especialmente no final do século XIX e início do XX, no Brasil, que a questão da imprescindibilidade ou a “necessidade da codificação do direito civil brasileiro” ganha muita força<sup>251</sup>.

Ainda, como observa Staut Júnior, no discurso destes juristas a codificação civil “seria capaz de reduzir a complexidade especialmente em relação às fontes do Direito, estabelecer a certeza, limitaria o arbítrio, consagraria a ‘evolução do direito’ e da cultura jurídica nacionais e garantiria a unidade política do país”<sup>252</sup>. Nesse sentido, a codificação civil é um dos símbolos mais expressivos desse desejo de ruptura com o passado pelo direito e de construir uma unidade nacional no Brasil do início do período republicano. Assim, no âmbito do imaginário do direito civil brasileiro, o longo processo de codificação civil é ponto chave do debate para investigar a relação entre a soberania nacional e a identidade do povo.

Portanto, duas tendências foram examinadas na análise das fontes: a) a permanência de um imaginário ligado à permanência de uma particularidade local, no peso e na diversidade dos costumes do povo brasileiro, e, portanto, a uma certa identidade nacional; b) um imaginário “civilizatório”, atrelado a um ideal europeu de povo e, portanto, a uma identidade universal.

Com efeito, a pesquisa levantou que em artigo publicado na Revista O Direito em 1908, Coelho Rodrigues parte de uma caracterização dos “povos” a partir de uma origem unitária. Deste princípio, o jurista desdobra o questionamento das diferenças do direito privado existente entre os diferentes povos:

Mas, si todas as humanidades reúnem-se num centro commum, como sustentar-se, em these, a necessidade de um direito privado differente do outro; só porque os povos regidos por elles differem na lingua, e acham-se separados por linhas geographicas ás vezes desconhecidas e mais ou menos imaginarias?”<sup>253</sup>.

---

<sup>251</sup> Ibid., p. 120.

<sup>252</sup> Ibid., p. 121.

<sup>253</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Congresso Juridico..., p. 382.

Por outro lado, Coelho Rodrigues havia expressado, em seu plano para a codificação civil em 1889<sup>254</sup>, a necessidade de adaptação do direito aos costumes ainda que visse uma certa liberdade do legislador diante de um povo “em formação”. Todavia, neste texto a noção de identidade do povo aparece em sentido genérico, sem se referir à concretude da sociedade brasileira. Ainda, o conceito aparece em Rodrigues associado à raça, mas não somente – a religião, a língua e o governo também figuram como elementos de distinção:

E, si os povos em questão descendem da mesma raça, falam linguas oriundas do mesmo tronco, tem a mesma religião e já tiveram um mesmo Governo, o que, a priori, parece natural, deve parecer até facil, a posteriori. Na idade média os povos anglo-saxões e neo-latinos tiveram a mesma religião e o mesmo direito; veio a Refórma, separou-os pela crença, como esta os separou pelos costumes; mas, o Direito Romano, que o era de uns e dos outros, continuou a ser o direito commum, ainda depois daquellas separações aggravadas por longas guerras politico-religiosas. Exemplo mais eloquente offerece-nos agora mesmo a Federação Suissa, composta de quatro povos diferentes, ou antes ele quatro retalhos de nacionalidades diversas - a franceza, a italiana, a allemã e a romana<sup>255</sup>.

Assim, apesar de haver uma certa preocupação em caracterizar o elemento nacional, é visível como Coelho Rodrigues exprime uma visão do direito civil descolada da identidade nacional de um povo e muito mais ligada à tradição romanística. O Direito Romano aparece, em conjunto com a religião, como a origem comum que é a base desta identidade “universal”.

A ruptura com um imaginário plural do direito, portanto, para Coelho Rodrigues, é mediada por um cuidado do jurista com uma tradição – a ser incorporada pelo código – que remonta a europeia do catolicismo e do Direito Romano. Desta forma, há pouca relação entre a identidade do povo e a manifestação do direito. A soberania popular, assim, é mais associada a uma identidade universal do que à “vontade” ou as características do povo local.

Em sentido semelhante, o sergipano Martinho Garcez expressa uma noção universalista da identidade no uso do conceito de povo. Apesar de reconhecer algumas especificidades locais decorrentes da adaptação do direito a cada povo, o jurista defende a existência de uma base comum para o direito:

---

<sup>254</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Plano Geral..., p. 497.

<sup>255</sup> RODRIGUES, Antônio Coelho. Congresso Juridico..., p. 382

Não se estuda Direito em meia dúzia de reinícolas, com a preocupação de requerer, articular ou arrazoar. Isto, quando muito, poderá satisfazer a necessidade de um dever, ou de um meio de vida: Nada mais. O estudo do Direito é muito complexo e – porque não dizer a verdade toda? – difficilimo, porque á parte as modificações operadas na legislação ele cada povo pelo trabalho da elaboração científica e da civilização, o Direito conserva unidade de doutrina em pontos cardeaes. D'ahi a necessidade de estudar não só o Direito Romano, como os codigos das nações cultas, que encarnam a accommodação dos textos admiraveis de energia, agudeza e precisão daquelle Direito, ampliados pelo trabalho da elaboração científica<sup>256</sup>.

A diferença, porém, está na fórmula utilizada pelo autor para definir esse direito “universal”. Ao contrário das teorias jusnaturalistas em voga, Garcez não invoca uma “razão universal” como base dessa leitura. A universalidade da dimensão jurídica está, para Garcez, na antecedência comum do direito romano. Desta estrutura é que se desdobram as referências aos “povos cultos”: pelo uso que neles se faz da tradição romanística, passando pelo trabalho anterior dos comentadores. Nas palavras dele:

Como contestar a unidade que em pontos capitaes se nota entre o nosso Direito e o Direito da França, da Allemanha e da Italia? Como apreciar a grande evolução por que tem passado o Direito sem conhecer o molde do pensamento juridico de todos os povos - o Direito Romano; sem acompanhar a elaboração científica, o trabalho que os commentadores nos fornecem sobre os textos das leis, seus largos desenvolvimentos, suas profundas applicações; sem compulsar a pratica de julgar dos paizes onde os juizes não pedem conselhos, nem avisos ao governo, porque sabem preencher as lacunas, interpretar os casos omissos, e, finalmente, sem acompanhar esse equilibrio admiravel produzido pela lucta de duas correntes diversas – a jurisprudencia dos tribunaes, procurando sempre accommodar a lei ás necessidades praticas e a sciencia, procurando eleva-la sempre, approximando-a do seu ideal; lucta grandiosa, da qual só encontramos grandes clarões nos annaes judiciais dos povos cultos?<sup>257</sup>.

A identidade nacional, portanto, tem caráter subsidiário para a ciência do direito no texto de Martinho Garcez. Para ele, a tradição romana, filtrada pela interpretação dos comentadores e dos “povos cultos” é a estrutura do ordenamento jurídico – fórmula semelhante à da Lei da Boa Razão. Assim, o que predomina neste ponto da sintaxe do conceito de povo em Garcez é uma identidade “universal”, e é nesse sentido que a visão da lei como expressão da vontade popular em sua obra<sup>258</sup> pode ser lida: em um sentido abstrato de soberania – mais próximo de uma visão homogeneizante da sua expressão jurídica.

<sup>256</sup> GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos...**, p. XV.

<sup>257</sup> Ibid., p. XVI-XVII.

<sup>258</sup> Ibid., p. 3.

Lafayette Rodrigues Pereira também parte de uma leitura abstrata da relação de identidade entre o povo e o direito. Em suas obras, porém, é mais visível uma leitura racionalista da pretensão de alçar a ciência jurídica brasileira ao patamar dos “povos cultos”. É o que se lê em seu “Direito das Cousas”: “O presente livro representa um esforço, uma tentativa, um ensaio no sentido de aproximar a formação científica do nosso Direito, na parte que lhe serve de assunto, do ponto a que a doutrina tem chegado nos povos cultos”<sup>259</sup>. A tradição romanística até aparece como fundamento do direito brasileiro, mas em sentido remoto, restando apenas seu caráter subsidiário:

Embora seja a principal e a mais abundante fonte do nosso dogma jurídico, o Direito Romano só intervém na formação do nosso Direito objetivo, como direito meramente subsidiário. Ainda mais: as suas disposições não valem por si sós; carecem ainda de reunir um caráter extrínseco e de sua natureza vago e indefinido — a conformidade com a boa razão, ou com as legislações dos povos cultos, às vezes divergentes entre si. Falta-lhe, pois, o predicamento de lei escrita. Nos povos em que a legislação nacional é defectiva e recebe o seu complemento do Direito Romano, como na antiga Alemanha, o poder judiciário exerce na formação do Direito uma grande influência. E' pelo seu órgão que se opera a transformação das instituições antigas, é pela sua ação lenta, mas eficaz, que o pensamento nacional, a índole do povo, as exigências da sociedade, os costumes, perfazem o trabalho de acomodação do Direito Romano à nova ordem de coisas<sup>260</sup>.

O que prevalece é a leitura da “boa razão” e as legislações dos “povos cultos” no âmbito das fontes do direito, para Lafayette. É certo, porém, que tal trecho não revela apenas um afastamento da identidade “latina” do direito, como também uma oscilação entre um ideal abstrato e a adaptação das instituições à “nova ordem de coisas” pelo “pensamento nacional”, pela “índole do povo”, pelas “exigências da sociedade” e pelos costumes. Em sua avaliação do divórcio, a semântica também parece hesitante:

O divorcio, diz Chacon, tem sido considerado de dous modos: como dissolução do matrimônio e como suspensão da vida commum entre os conjuges. Estes dous modos de considerar o divorcio correspondem a dous systemas diferentes que têm dividido as legislações conforme a Índole de cada povo e a idéa religiosa preponderante em cada qual. Por sua vez os jurisconsultos tem sustentado a excellencia em abstrato de um e outro systema, sem consideração a tempos e a logares, tendo só em vista, uns o interesse dos esposos, e outros a conveniência dos filhos<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas...**, p. XIX.

<sup>260</sup> *Ibid.*, XIII-XIV.

<sup>261</sup> PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família...**, p. 94.



Tratando de um tema mais delicado para a sociedade brasileira, Lafayette Rodrigues Pereira não desafia a exigência de adaptação do instituto à realidade local. Todavia, não deixa de apontar uma tendência abstrata do instituto, “sem consideração a tempos e a logares”, ainda que a critique a parcialidade de certos juristas ao tratar do tema. O que se pode afirmar é que a semântica da identidade pende mais para um ideal abstrato, visto que o jurisconsulto não define essa “índole”, deixando-a subentendida e, no máximo, fazendo breve alusão à religião. Além disso, a expressão “povos cultos” é mais frequente do que outros usos do termo “povo” em sua obra, de maneira que o “pensamento nacional” parece figurar como instrumento capaz de incorporar traços profundos do passado pela releitura e adaptação aos “novos tempos”, permitindo, assim, um desvio de uma polêmica ruptura com o direito romano ou com os costumes neste ponto.

Assim, a questão da identidade nacional em Lafayette Rodrigues oscila entre um universalismo do direito e o “respeito” aos costumes locais. Enfim, a soberania popular não é parte desta leitura, uma vez que a ruptura no âmbito das fontes do direito é vista como fruto da ciência e não das especificidades ou da vontade do povo.

Uma expressão de um imaginário ligado a uma identidade nacional para o direito civil brasileiro pode ser encontrada em um texto de Herculano Marcos Inglez de Souza. Ainda que não tenha sido tratado nos capítulos anteriores, este autor merece um destaque nesta parte não só por representar um dos poucos registros de oposição ao movimento de codificar o direito civil no último ano do século XIX, mas também porque o ponto principal de sua crítica ao ideal de codificação é a identidade nacional. Em artigo publicado em 1899 na Revista Brasileira, às vésperas do século XX, Inglez de Souza criticou com veemência a intenção de codificar o direito civil brasileiro em texto que ensejou resposta posterior de Beviláqua<sup>262</sup>. Souza entende a codificação como uma espécie de cerceamento da liberdade pela condensação de “usos, costumes e tradições” na lei:

---

<sup>262</sup> Sobre Inglez de Souza, diz Clóvis: “Nada mais haveria que dizer a respeito, si um egrégio pensador brasileiro, intelligencia de peregrinos dotes, versado por igual nas bellas letras e na Jurisprudencia, se não tivesse rebellado contra o pensar comum, procurando demonstrar a illusão daquelles que propugnam a consecução de um código civil”. BEVILÁQUA, Clóvis. Projecto do Código Civil Brasileiro..., p. 480.

Apertar a sociedade nos moldes de uma regulação de theoristas e doutrinários, fundir no cadinho da lei escripta usos costumes e tradições sem atender ás condições especiaes de cada povo era o ideal desses philosophos de que falara Ledo, desses pregoeiros do direito imanente e abstracto, regra inflexível que do alto se impõe á amorfia das massas governadas<sup>263</sup>.

A abstração em relação a uma identidade do povo é ponto crucial de sua crítica à codificação. Esta, assim, é percebida por ele como algo descolado das “relações sociais”, uma imposição de governantes “tyranos”, “reformadores do direito”<sup>264</sup>. O jurista ainda critica a prevalência da “vontade individual” sobre o “sentimento popular”, afirmando que do “embate da espontaneidade popular com o critério racional do legislador” resultam inconvenientes para o “progresso do direito scientifico” e para “a solução dos graves problemas sociaes da família e da propriedade”<sup>265</sup>. Além disso, a diversidade local é tolhida, segundo ele pelo autoritarismo do código, que se direciona para “ [...] unidade de povos de tradição diversificante, de vida autônoma, de usos e costumes gerados diretamente das condições especiaes da civilização local”<sup>266</sup>. Inglez de Souza também vê como expressão da “preguiça nacional” a resistência do povo – em uma visão pejorativa da população – à codificação, elogiando o insucesso das tentativas anteriores de codificação:

E a par da risonha incredulidade, sinão indiferença, com que o povo assistia ao ensaio político elle oppunha a resistencia tenza da inercia, da desconfiança das novidades, do apego ás tradições portuguezas, á pretenção dos jurisconsultos de vasar o direito inteiro na fôrma chegadoinha de França<sup>267</sup>.

Ponto central desta leitura é o papel do jurista legislador, criticado pelo seu tom sacerdotal em relação ao povo: “[...] parece tarefa de quem suppõe que os povos se governam pela regra mysteriosa dos livros sagrados, confiada a um pequeno numero de eleitos”<sup>268</sup>. As particularidades locais, portanto, importam para o jurista como elementos de definição do direito nacional:

<sup>263</sup> SOUZA, H. Inglez de. Convém fazer um Código Civil? **Revista Brasileira**, Rio de Janeiro, 1899, nº 17, p. 257-275. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=139955&PagFis=13409>> Acesso em 17 dez. 2019. p. 259.

<sup>264</sup> Ibid., p. 260.

<sup>265</sup> Ibid., p. 263.

<sup>266</sup> Id.

<sup>267</sup> Ibid., p. 264.

<sup>268</sup> Ibid., p. 266-267.

E quando se trata do que um povo tem de mais intimo, de mais peculiar, de mais individual, emfim, da sua organização civil em que preponderam as influencias particulares de clima, de *habitat*, de raça, de língua, de religião, de costumes, cuida-se poder de repente sujeital-o á formula sabia que a doutrina importa da Allemanha ou da França, da Suissa ou da Italia, cortada pelo padrão ideal de uma perfeição indefinida e cosmopolita?<sup>269</sup>

Inglez de Souza manifesta uma concepção da relação entre a identidade do povo e o direito na qual o direito deve se adequar ao povo pela espontaneidade de sua formação no tempo, não pela leitura do jurista ou pela adequação à lei. Ainda, Souza acredita que a codificação em andamento no Brasil da Primeira República é um descolamento do direito da realidade:

Nos períodos como este que a nossa pátria atravessa a perfeição legislativa só pode vir da ditadura, não se póde contar com a collaboraçãõ popular representada pelo elemento legislativo, mas então o código será falsificação do direito, não passará de formosa composiçãõ em que o professor Beviláqua, emérito jurisconsulto – philosopho, mais philosopho do que jurisconsulto, rever-se-á no acabado da fôrma, no bem alinhado das disposições, na articulaçãõ logica, na exhibiçãõ das doutrinas allemans e italianas, será emfim um bello livro sem alma que tanto servirá para reger Brasileiros, os gaúchos do Rio Grande e os tapuyos do Amazonas como para tema de estudo nas Universidades mais ilustradas. Ora uma tal obra, por bella e perfeita que fosse, não seria legitima, nem era lícito ao poder publico substituir o critério do philosopho, as suas teorias e imaginações, á vida orgânica do direito, á elaboraçãõ popular espontânea, lenta, mas segura, nem mesmo o conceito racional, scientifico, logico, á razão geral, á opiniãõ publica, ao sentimento commum dos Brasileiros por mais atrasados que pareçam<sup>270</sup>.

Assim, a ruptura com a pluralidade de fontes do direito parece uma ameaça à manifestação popular do direito – entendida mais como uma construção “espontânea” ao longo do tempo do que como expressão da vontade – na visão de Inglez de Souza, visto que retiraria do âmbito jurídico a espontaneidade popular em prol de uma precária representação legislativa ou do sacerdotismo de um jurisconsulto.

Em resposta a Inglez de Souza, Clóvis Beviláqua defende que, contra a rigidez do código, compensa: “a clareza e a precisão dos edictos, a segurança dos interesses e o cerceamento do arbítrio dos depositários do poder”<sup>271</sup>. O jurisconsulto entende também que os códigos não são imutáveis, mas, como os sistemas filosóficos, são atrelados a uma “concepção de mundo victoriosa em

<sup>269</sup> Ibid., p. 270.

<sup>270</sup> Ibid., p. 272-273.

<sup>271</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. Projecto do Código Civil Brasileiro..., p. 480.

certos cérebros ou em certo momento histórico”, expressando uma maleabilidade do direito civil em relação à identidade nacional<sup>272</sup>. Ainda, Beviláqua afirma se afastar da visão de Savigny de que os códigos se dão em momentos de fraqueza da nação. Para o jurista da Escola do Recife, a codificação – “[...] producto da necessidade de simplificação, de clareza, de segurança, vivamente sentida pela consciência colectiva dos povos” – é expressão da soberania dos povos: “Mais normalmente emergem as codificações nas épocas de maior expansão das forças nacionaes, e quando os povos sentem necessidade de afirmar sua unidade ou a sua soberania”<sup>273</sup>. Nesse sentido, Beviláqua expressa ambiguidade entre uma identidade nacional e uma identidade “universal” do direito na orientação de seu Projecto:

[...] o actual Projecto procurou collocar-se no ponto de confluencia das duas forças de cujo equilibrio depende a solidez das construcções sociaes: a conservação e a innovação, as tradições nacionaes e a teoria das escolas, o elemento estável que já se adaptou ao character e ao modo de sentir de nosso povo, a maneira particular pela qual elle estabelece e procura resolver os agros problemas da vida e o elemento progressivo insuflado pela doutrina scientifica<sup>274</sup>.

O papel do legislador, nesta toada, é a função civilizatória e paternalista de “[...] assumir discretamente a attitude de educador de sua nação, guiando cautelosamente a evolução que se acusa no horisonte”<sup>275</sup>. Esse ideal evolucionista é a chave para conectar a permanência das “tradições nacionais” à abertura para o “progresso”. Em síntese:

Nem será um código adiantado de mais, nem tão pouco uma simples consolidação do direito nacional vigente. E, fugindo ao dilemma, escapa ao perigo de ficar alheio á alma nacional e de oppôr embaraços á reconstrucção social, que se opera em nossos dias.

Um código não é um trabalho de construcção doutrinaria. Diante das formas novas de relações juridicas cumpre dar-lhes entrada franca, si já se acham postas em relevo e acentuadas, reclamando apenas o reconhecimento legal.

Si, porém, ainda se acham indecisos os contornos dessas creações, a acção do código deve limitar-se a deixar-lhes o campo aberto para que se desenvolvam sob sua protecção<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> Ibid., p. 481.

<sup>273</sup> Ibid., p. 483.

<sup>274</sup> Ibid., p. 489.

<sup>275</sup> Id.

<sup>276</sup> Ibid., p. 490.

Entrando nas matérias da codificação civil, Beviláqua oscila entre essas duas semânticas da identidade do povo em relação ao direito. Em primeiro lugar, tratando das pessoas jurídicas de direito público interno, as percebe como características da “vida interna de cada povo”<sup>277</sup>. Em segundo lugar, ao explicar extinção das promessas de casamento em seu projeto, afirma haver poucas alterações em relação ao direito vigente, aduzindo ter adequado a disposição ao estágio evolutivo da “consciencia juridica brasileira”<sup>278</sup>. E, finalmente, examinando a sucessão dos filhos adotivos, Clóvis Beviláqua indica a introdução do instituto em seu Projeto de Código Civil pela fórmula do “uso moderno” do direito romano, característica da Lei da Boa Razão. Utiliza a expressão “povos cultos”, indicando uma identidade “universal” na sintaxe do conceito de povo em sua doutrina civilista, citando, inclusive, Coelho Rodrigues, que expressa semântica do aspecto identitário do conceito de povo semelhante à presente neste trecho:

Ainda a respeito da sucessão do filho adoptivo guardando as leis patrias completo silencio, recorrem os interpretes ao Direito Romano, que, aliás, não solvia todas as duvidas. O Projecto, accitando a doutrina romana accommodada aos usos modernos, expressos nas legislações dos povos cultos, manteve o instituto da adopção, e, consequentemente, ligou ao vinculo de parentesco civil effeitos hereditarios, que ladeiam, mas não apagam os que defluem dos laços de sangue. É aliás, a doutrina do Projecto do Dr. Coelho Rodrigues, com pequena alteração<sup>279</sup>.

Portanto, a soberania aparece relacionada ao povo em Beviláqua de modo hesitante. De um lado, ainda é presente em seu imaginário uma noção de identidade “universal” atrelada à Lei da Boa Razão. De outro, o evolucionismo aparece como elemento de projeção da identidade nacional – “em formação” – para um ideal europeizado, de modo ambíguo entre a tradição e as novas teorias.

A identidade nacional, portanto, pouco aparece atrelada ao conceito de povo entre a doutrina civilista estudada. A relação se dá, excepcionalmente, pela associação da categoria com os costumes, a “tradição”. Mas a vontade, não aparece, de modo que a soberania não é associada nesse viés ao “povo”. O que mais circula é uma tentativa de aproximação dos “povos cultos”, ligada ao ideal de universalidade e racionalidade do direito – perspectiva que contém, explícita ou

---

<sup>277</sup> Ibid., p. 519.

<sup>278</sup> Ibid., p. 527-528.

<sup>279</sup> Ibid., p. 570.

implicitamente, um viés civilizatório e uma abstração que afasta o “povo” da formação do direito civil, colocando em seu lugar o jurista.

Em suma, a leitura do conceito de povo dentro do pensamento destes civilistas entre a proclamação da República e o Código de 1916 permite perceber uma abordagem geralmente abstrata e homogênea da categoria: não há muita preocupação em definir em concreto o povo, sua diversidade e suas necessidades – a não ser reiterando um sentido pejorativo e excludente, para expressar o papel civilizatório do jurista e do direito. Do mesmo modo, não há inserção deste sujeito político-jurídico na doutrina acerca da ruptura formal que se avizinhava no direito civil – exceto identificando “hábitos” e “costumes” (em um sentido também genérico) a serem respeitados pelo legislador, sobretudo quando a interferência legislativa adentra o âmbito doméstico. Atreladas a uma rede simbólica “arcaica”, ainda que buscassem novas referências, mesmo as vozes mais “progressistas” expressavam fórmulas antigas, ligadas à estrutura de formação da cultura jurídica brasileira, como a da Lei da Boa Razão, a do padrão de cidadania ligado à família ou a noção de que a população brasileira não constituía um povo.

A leitura de alguns dos juristas de destaque no pensamento civilista do período analisado indica que o conceito de povo, ao ser utilizado como referência à população, ao pertencimento à comunidade e à identidade, possuía significados ora mais modernos, ora mais tradicionais, ligados à ambiguidade própria da temporalidade em que se manifestava. A percepção de certas linhas de tensão no entorno da categoria “povo”, neste cenário de transição, serve como base para a análise deste conceito na doutrina civilista publicada na Revista O Direito entre 1889 e 1913. Isso porque, indica um movimento de oscilação entre “arcaísmos” e “modernismos” nos usos do conceito de povo no direito civil do início da República, a ser investigado nos fragmentos do pensamento civilista encontrados no periódico analisado.

A investigação empreendida no presente capítulo reitera a hipótese de presença de um movimento hesitante na modernização do direito brasileiro e da complexidade da cultura jurídica no início da República. Em outras palavras, diante de alguns movimentos de ruptura e permanência no direito privado, foram levantados indícios de que o conceito de povo incorporou certas tensões de seu

entorno. Assim, foi ferramenta maleável para o pensamento jurídico no enfrentamento e na harmonização entre o “moderno” e o “arcaico”.

Diante disto, a pesquisa prosseguiu buscando investigar em vestígios do direito civil na Revista O Direito se, eventualmente, manifestaram-se algumas das contradições e composições próprias do cenário. Além disso, buscou rastrear, nos ramos do direito civil em que o conceito foi utilizado, indícios de como a categoria foi mobilizada diante de algumas das linhas de tensão da relação entre o “velho” e o “novo” no pensamento civilista publicado no periódico.



### 3. O CONCEITO DE POVO NOS RAMOS DO DIREITO CIVIL: FRAGMENTOS DO PENSAMENTO CIVILISTA NA REVISTA O DIREITO (1889-1913)

O presente capítulo tem como objetivo investigar indícios de como as linhas do movimento ambíguo de transição entre o “velho” e o “novo” apontadas na seção anterior se manifestam nos usos do conceito de povo em diferentes ramos do Direito Civil entre a proclamação da República e a promulgação do Código Civil de 1916. Diante da impossibilidade de abarcar toda a variedade e a grande quantidade de fontes do período, buscou-se investigar a semântica do conceito de povo e seus efeitos em um conjunto específico de fragmentos do passado jurídico: os artigos de Direito Civil<sup>280</sup> publicados na Revista O Direito entre a proclamação da República e o Código de 1916. Contudo, tendo em vista o encerramento do periódico em 1913, só foi possível coletar textos até tal ano. Não obstante, trata-se de um período profícuo para a pesquisa acerca da transição para a modernidade, visto que nele os ânimos de mudança se intensificam na cultura jurídica, sobretudo no direito civil, área em que o imaginário de rejeição à interferência estatal na esfera doméstica implicou conflitos e negociações entre o “arcaico” e o “moderno”.

Porém, é importante notar que tal recorte certamente não permite uma compreensão global da cultura jurídica brasileira, visto que constitui uma seleção de pequena parte dos vestígios da dimensão jurídica no período estudado. Por outro lado, trata-se de um material rico, que teve sua importância naquele momento e, portanto, permite detectar alguns dos traços que o pensamento jurídico apresentou na transição para o século XX.

Além disso, a restrição do estudo ao entorno do conceito de povo (o vetor analítico) busca investigar como o movimento hesitante entre as linhas de permanência e ruptura no pensamento civilista se deu no entorno dos diferentes significados atribuídos à categoria. Isto porque, de acordo com a leitura realizada nos capítulos anteriores, o conceito de povo é um exemplar de pluralidade semântica ligada à contingência do período estudado. Para notar tal diversidade, procurou-se investigar se categoria analisada os significados variavam em diferentes ramos do direito civil, dentro das linhas de maleabilidade entre “arcaísmos” e

---

<sup>280</sup> Não foram incluídos artigos de Direito Comercial, de Direito Internacional Privado ou de Direito Processual Civil.

“modernismos” percebidas anteriormente. É preciso ressaltar, porém, que não há nesta empreitada uma pretensão de esgotamento do estudo acerca de cada ramo do direito civil, nem mesmo dos debates jurídicos apresentados nos textos do periódico selecionado. O que se busca é perceber traços da transição que conduz o trabalho no entorno das diferentes mobilizações da categoria estudada, ou seja, pistas de como o imaginário jurídico manejava os significados de “povo”, diante da maleabilidade do conceito entre a “tradição” e a “modernidade”.

Ainda, buscou-se observar as precauções metodológicas elencadas anteriormente. Deste modo, o pensamento jurídico foi elegido como expressão da dimensão jurídica em que o conceito de povo foi analisado. Por outro lado, buscou-se perceber nos textos traços do imaginário jurídico, bem como indícios de algumas relações com outros aspectos da sociedade para além da dimensão jurídica. Isto para empreender uma tentativa de construir uma interpretação dos usos do conceito de povo que respeitasse as precauções levantadas no primeiro capítulo.

Tendo isto em vista, optou-se por analisar o pensamento jurídico documentado em um periódico, pois as revistas jurídicas foram importantes formas de circulação da cultura jurídica brasileira na passagem do século XIX para o século XX. De acordo com Sônia Regina Martins de Oliveira, elas permitiam uma participação mais dinâmica do que os livros nos debates científicos do período. Por outro lado, a doutrina publicada nos periódicos era dotada de uma função mais ampla que a jurisprudência, visto que as decisões judiciais possuíam um escopo mais restrito, ligado à resolução do caso concreto<sup>281</sup>. Além disso, como aponta Karolyne Mendes Mendonça Moreira, sobretudo na transição entre os séculos XIX e XX:

Face ao panorama de ausência de sistematicidade no plano jurídico, acompanhado pelas incertezas teóricas no plano do pensamento, o periódico se mostrava importante meio de difusão das soluções para os problemas decorrentes das fissuras entre o novo e velho<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. Juristas ao final do império brasileiro (1873-1889): perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito. 2015. 328 f. **Tese (doutorado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/40470>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 61.

<sup>282</sup> MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). 2018. 229 p. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa

Assim, a Revista O Direito foi escolhida como fonte para investigação porque, em primeiro lugar, “[...] era um dos maiores depósitos da produção jurídica no país na passagem do século”<sup>283</sup>. Além disso, a opção também se motivou pela facilidade de consulta – visto que o material está disponível quase que por completo em versão digital e que as versões físicas podiam ser consultadas na biblioteca da Universidade Federal do Paraná, cujo acervo conta com todos os volumes do periódico. Ainda, a Revista O Direito se mostrou profícua para o presente trabalho em razão da quantidade e da diversidade de publicações – apenas na área do direito civil entre 1889 e 1913 são mais de cento e cinquenta trabalhos de autores de diferentes lugares do país e de “tendências” teóricas distintas. Como nota Oliveira, a ausência de vinculação da revista a algum instituto, visto que pertencia a João José do Monte Júnior, ampliava o leque das publicações<sup>284</sup>. Em síntese:

[...] pelo impacto que teve a revista em seu tempo e pela diversidade de conteúdo que reproduzia, além de elementos práticos como a continuidade e regularidade de sua publicação, crê-se que a Revista O Direito é um espaço suficientemente aberto no qual hoje é possível identificar e reconstruir – ainda que com alguma artificialidade –, os diálogos e referências da geração de juristas que se propõe a investigar<sup>285</sup>.

Além disso, o periódico possuía uma vocação científica e ao mesmo tempo prática, característica da cultura jurídica do período. Publicando seções de artigos, de decisões judiciais e de atos legislativos, a Revista O Direito poderia ser útil para seus assinantes tanto por conter debates importantes acerca do saber jurídico, quanto por fornecer instrumentos para a atuação forense. Sua assinatura anual custava 30\$000, que deveriam ser pagos adiantadamente e o volume avulso poderia

---

de Pós-Graduação em Direito. Defesa : Curitiba, 13/04/2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/56070>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 34.

<sup>283</sup> MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). 2018. 229 p. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa : Curitiba, 13/04/2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/56070>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 139.

<sup>284</sup> OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. Juristas ao final do império brasileiro (1873-1889): perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito. 2015. 328 f. **Tese (doutorado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/40470>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 69.

<sup>285</sup> OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. Juristas ao final do império brasileiro (1873-1889): perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito. 2015. 328 f. **Tese (doutorado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/40470>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 71.

ser adquirido por 10\$, brochado, ou 12\$000, encadernado. Os juristas de outros estados da federação também poderiam adquirir a revista, que era enviada para fora do distrito federal (Rio de Janeiro) mediante pagamento realizado por via postal, por meio de carta registrada com declaração de valor ou vale postal<sup>286</sup>.

A importância da Revista também se mostra por sua incorporação, em 1900, como órgão do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, de modo que, a partir do terceiro volume daquele ano, há uma seção especial dedicada às publicações do instituto. Nesta ocasião, em ofício publicado na revista, o representante do instituto ressaltou a importância do veículo para a cultura jurídica brasileira do período<sup>287</sup>. Porém, a Revista deixou de ser órgão do Instituto da Ordem em 1907, quando foi retomada a publicação própria deste<sup>288</sup>.

Trata-se, portanto, de um material rico, complexo e de grande relevância para a investigação da cultura jurídica brasileira entre os séculos XIX e XX – sobre o qual não se pretende realizar uma análise exaustiva. Tanto é que continua a ensejar abordagens historiográfico-jurídicas, mesmo já tendo sido objeto de qualificados trabalhos como os de Sérgio Said Staut Júnior<sup>289</sup>, Sônia Regina Martins de Oliveira<sup>290</sup>, Breezy Miyazato Vizeu<sup>291</sup> e Karolyne Mendes Mendonça Moreira<sup>292</sup>.

Assim, visto que o presente trabalho se ocupa de uma leitura do conceito de povo a partir da observação do pensamento jurídico (como definido no Capítulo 1), foram selecionados para análise apenas os textos publicados na seção “doutrina”. Isso porque estes contêm reflexões especializadas voltadas a circulação do

---

<sup>286</sup> REVISTA O DIREITO. v. 24, n. 69, jan.-abr. 1896, p. 162.

<sup>287</sup> REVISTA O DIREITO. 1900, v.28, n. 83, set.-dez. p. 59 e ss.

<sup>288</sup> REVISTA O DIREITO. v.33, n. 101, set.-dez. 1906. p. 655-656.

<sup>289</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015.

<sup>290</sup> OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. Juristas ao final do império brasileiro (1873-1889): perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito. 2015. 328 f. **Tese (doutorado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/40470>. Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>291</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138f. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/16081>. Acesso em: 16 fev. 2020.

<sup>292</sup> MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). 2018. 229 p. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 13/04/2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/56070>. Acesso em: 16 fev. 2020.

conhecimento jurídico. Deste modo, as decisões judiciais e os atos legislativos não foram objeto deste estudo.

Inicialmente, com apoio na tabela produzida por Karolyne Mendes Mendonça em sua dissertação de mestrado<sup>293</sup>, os artigos foram divididos pelas matérias que abordavam dentro das áreas do direito civil: família, sucessões, responsabilidade civil, obrigações, contratos, direitos reais e personalidade jurídica. Além disso, foram destacados os textos que tratavam da codificação civil, tema importante no período. Ao analisar os textos, inicialmente, certos padrões foram detectados, de modo que foi possível catalogar os artigos também pela forma de análise que cada um deles exprimia. A primeira categoria levantada foi a dos artigos de análise de instituto. Tratam-se de análises descritivas acerca de um ou mais institutos de direito civil. Tais estudos, em geral, partem de um levantamento do histórico do seu objeto (remontando o instituto a uma prática de algum tempo remoto e relatando sua evolução). Além disso, muitas vezes apresentam comparação com outros países, buscando uma leitura sistemática da “racionalidade” do instituto. Essa categoria abarca monografias, “memórias” e dissertações, trabalhos com fito mais descritivo do funcionamento, dos elementos, das características de um instituto.

Em segundo lugar, há os artigos de interpretação de direito vigente. Esse conjunto de textos é caracterizado pela centralidade da leitura de legislação ou jurisprudência. Neles são realizadas análises gramaticais, discussões sobre os efeitos de dada alteração em algum quadro legal ou jurisprudencial, interpretações sobre a aplicação do direito a partir de um caso concreto, muitas vezes confrontando a lei e a jurisprudência. Outra categoria percebida é a dos textos de parecer. Mais diretamente ligados a uma função prática do saber jurídico, esses artigos apresentam uma opinião jurídica sobre caso concreto. Geralmente eram encomendados por consulta, a qual relatava a situação fática e estabelecia uma série de questões sobre a aplicação do direito naquele caso, a serem respondidas pelos juristas a quem era encaminhada. Geralmente, nesses trabalhos, dada sua vocação prática, o texto é mais retórico e apresenta menor preocupação “científica”.

---

<sup>293</sup> MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). 2018. 229 p. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa : Curitiba, 13/04/2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/56070>. Acesso em: 16 fev. 2020.

Finalmente, há as sugestões de reforma legislativa. Esses trabalhos possuem uma conotação mais prescritiva, partindo, via de regra, da análise de um determinado instituto ou lei, para indicar uma reforma no ordenamento pela introdução de uma nova lei. Mas o sentido nem sempre é “progressista”, ou seja, não tratam exclusivamente de “inovações” de conteúdo, também comportando prescrições de aprimoramento no direito vigente ou mesmo de conservação de direito anterior face a uma mudança legislativa ou ameaça de transformação no quadro legal. As propostas apontam lacunas ou incongruências com os “novos tempos”, disparidade em relação às “nações civilizadas” ou inobservância da tradição. Importante destacar que, diante da intensidade que adquire a questão da codificação, grande parte desses textos sugere intervenções ligadas às discussões acerca do Código Civil. O que os conecta, portanto, é o tom propositivo, sugerindo reparos, supressão de incongruências, permanências ou alterações no quadro legal. Cabe notar, porém, que a classificação da doutrina não é exata, de modo que os artigos foram categorizados de acordo com a tendência que prevalecia em seu conteúdo.

Diante disso, foram elaboradas “ementas”, buscando sintetizar os principais aspectos do artigo: a) a categoria da qual mais se aproximava; b) as matérias de direito civil que abarcava e c) os temas específicos de que o artigo tratava. Tais ementas não chegam perto de traduzir toda a riqueza de conteúdo que se encontra nos artigos. São apenas um sumário, por vezes não tão completo quanto o desejado, com alguns dos principais tópicos que chamaram mais atenção ao longo da leitura. Enfim, também foi realizado um levantamento da ocorrência da palavra “povo” em cada um destes artigos, visando sistematizar o uso do conceito para a análise posterior.

Portanto, tendo em vista as premissas metodológicas e os contornos da cultura jurídica brasileira no início da República, o presente capítulo busca investigar os usos do conceito de povo em cada um dos temas do direito civil. Importante frisar que a análise não busca esgotar a análise destes temas – cada um deles, um universo particular – mas apenas levantar os indícios acerca da cultura jurídica brasileira que circundam a categoria “povo” nos textos selecionados.

A análise se volta tanto para o aspecto quantitativo – observando em quais temas o conceito aparece ou não e em que medida – quanto para o qualitativo –



investigando quais os usos, significados e efeitos da ausência ou da presença do conceito em cada uma destas áreas – tendo em vista a sintaxe do conceito definida anteriormente. Todavia, é importante reiterar que, dada a extensão e o objetivo do trabalho, não foi possível abordar de modo mais profundo cada uma dessas áreas. A intenção é apenas observar como o conceito de povo é mobilizado em cada uma delas, quais os seus sentidos e efeitos para os argumentos sustentados em algumas das discussões.

### 3.1. Visão geral das ocorrências do conceito de povo na Revista O Direito

Dentre os artigos de Direito Civil levantados na Revista o Direito entre 1889 e 1913, a expressão povo é utilizada em quarenta e oito, aproximadamente de um terço do total. O quadro a seguir, ainda aponta as ocorrências do termo povo em cada uma das categorias de textos definidas para a análise:

**Tabela 1 – Doutrina por categoria na Revista O Direito**

<b>Categoria</b>	<b>Textos</b>	<b>Artigos com o termo</b>	<b>Total de ocorrências do termo</b>
Parecer	43	4	15
Intepretação de direito vigente	45	8	12
Análise de instituto	14	9	20
Proposta de Reforma Legislativa	49	27	96
<b>Total</b>	<b>151</b>	<b>48</b>	<b>143</b>

Inicialmente, a constatação de que quase 30% dos artigos levantados se voltam a propostas de reformas legislativas é um indício do desejo de ruptura com o sistema de fontes até então vigente e da pretensão acentuar o protagonismo da lei na dimensão jurídica. Assim, tal dado corrobora a hipótese de Staut Jr<sup>294</sup> de que no final do século XIX e no início do século XX a mudança do sistema de fontes era uma das principais preocupações do pensamento civilista, sobretudo pelo discurso em favor da codificação, que se intensifica no início da República:

<sup>294</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (473):105-125, jan./mar, 2017.



O Brasil, agora republicano, precisava urgentemente de sua codificação civil – para “deixar o passado para trás”, para não mais “passar vergonha”, para sair da anarquia. Apesar das resistências e do demorado processo de elaboração do Código, são inúmeros os exemplos do discurso da necessidade de codificação (uma necessidade histórica), encontrados em livros, artigos, publicações de revistas jurídicas, jornais e outros periódicos<sup>295</sup>.

Além disso, o número de textos acerca das transformações legislativas também sugere que o perfil das preocupações dos juristas em seus trabalhos sobre Direito Civil na Revista O Direito se aproxima do padrão geral da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, identificado por Lília Moritz Schwarcz:

Contudo, se em muitos aspectos a revista se aproxima das demais publicações do gênero, existe uma singularidade que merece ser ressaltada: enquanto periódico científico, salta aos olhos a atenção que esse veículo dedica aos problemas políticos e sociais nacionais. Muitas vezes a teoria serve apenas de pretexto para que se tematizem questões locais, introduzidas a todo o momento, a despeito do conteúdo primeiro dos vários ensaios<sup>296</sup>.

Esse dado inicial é um indício de que os juristas se viam, com a ascensão da pretensão de que a lei se tornasse a única fonte do direito, em uma posição privilegiada para opinar sobre a arquitetura do “novo” Estado brasileiro que se projetava no início da República. Havia, portanto, uma certa intenção de intervir sobre a realidade social e de transforma-la pela via legislativa, debatendo propostas das mais variadas, como a codificação civil, a introdução dos carros no espaço urbano e o abandono de menores, por exemplo.

Por outro lado, a diferença de aparições do termo povo entre os artigos de proposta de reforma legislativa e os demais, indica uma associação entre este conceito e a pretensão de “absolutismo jurídico”<sup>297</sup> na doutrina de direito civil publicada na Revista O Direito.

Além disso, um alto número de artigos mais próximos da prática forense (pareceres e interpretações do direito vigente) em relação aqueles que seriam mais “teóricos” (os de análise de instituto) sugere um reforço à hipótese de Fonseca, que

<sup>295</sup> Ibid. p. 120.

<sup>296</sup> SCHWARCZ, Lília Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 206-207.

<sup>297</sup> Expressão de Paolo Grossi. GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998. Importante notar que o conceito de absolutismo jurídico cunhado por Paolo Grossi é um modelo ideal no qual o Estado tende a apreender todas as relações sociais pela via legislativa, eliminando outras formas de normatividade. Todavia, tratasse de um instrumento de análise que indica uma pretensão, uma tendência ou um desejo na cultura jurídica, mas que, ao menos no Brasil, nunca se realizou completamente.

partindo de análise de Carlos Petit<sup>298</sup>, afirma um perfil híbrido entre o jurista cientista e o jurista eloquente dentre os juristas brasileiros do final do século XIX e início do XX<sup>299</sup>. Apesar de recorrerem à expressão escrita do pensamento, nesses tipos de texto a preocupação não é tanto científica, mas prática, ligada a um modelo mais eloquente.

Tais características da cultura jurídica reforçadas por estes dados iniciais parecem se refletir nos usos do conceito de povo em diferentes áreas do pensamento civilista. Nas matérias elencadas, os juristas pareceram recorrer ao conceito ao tematizar questões latentes do período de transição que viviam no início da República. São preocupações com a intensificação da intromissão legislativa na vida doméstica, com a urbanização e o contágio ou o advento de automóveis, com a secularização e a integração dos indígenas, por exemplo.

### 3.2. O conceito de povo e a esfera doméstica nos Direitos de Família e Sucessões

Em relação à modernização do direito civil, o direito de família foi um dos ramos que mais resistiu às novas tendências. Como aponta Arno Wheling, essa matéria sofreu certas transformações ao longo do século XIX, mas se moveu com a resistência de uma sociedade que tinha a família como seu cerne: “Desde os legisladores e pós-pombalinos do Antigo Regime verifica-se que o direito de família sofreu menor inovação em relação aos demais”<sup>300</sup>. Em um modelo social centralizado na figura do pai, o direito de família refletia uma estrutura social marcada por um imaginário da dependência de esposas, filhos, escravos e agregados em relação à figura patriarcal<sup>301</sup>.

Um dos pontos de maior tensão nessa seara, foi o regime de filiação, “[...] sendo mais incisivas as restrições à ilegitimidade, tanto por motivos alegadamente

---

<sup>298</sup> PETIT, Carlos. **Discurso sobre el discurso**: Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

<sup>299</sup> FONSECA, Vias Da Modernização Jurídica Brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX...

<sup>300</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 141.

<sup>301</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 141-142.

morais, como a valorização da família monogâmica e a consolidação do núcleo familiar, quanto por afetar a partilha de bens e estimular a pulverização patrimonial<sup>302</sup>. Com o advento do regime republicano e a introdução do princípio da igualdade no âmbito constitucional, a questão da diferenciação entre os filhos ganha outros contornos, gerando debates recorrentes na Revista O Direito.

De forma semelhante, a igualdade gerou contestações acerca do regime de capacidades das mulheres no início da Primeira República. O desejo de confinamento das mulheres ao ambiente doméstico, que se estende pelo menos até os fins do século XIX, era sustentado por uma arquitetura que se servia da restrição à capacidade civil, entre outros elementos, como a exclusão do sufrágio. Esse arcabouço normativo e cultural adentra o regime republicano ainda com muita força, mas apresentando algumas rachaduras, como demonstram as propostas em prol da extensão do poder patriarcal às mães e sugerindo a implementação da capacidade jurídica às mulheres. Todavia, tais concepções devem ser lidas em seu contexto, de modo que não constituem reivindicações por plena igualdade.

No início da República o direito de família também sofre uma interferência legislativa mais profunda com a separação do Estado da Igreja<sup>303</sup> e a introdução do casamento civil. De acordo com Breezy Miyazato Vizeu Ferreira, isso representou “[...] importante passo para a emancipação do Estado diante da influência canônica na regulamentação das relações conjugais”<sup>304</sup>. Entretanto, a lei não foi de pronto adotada pela população, que, apesar das insistentes investidas legislativas para impor o casamento civil, continuou a optar pela realização apenas da cerimônia religiosa<sup>305</sup>.

O divórcio, entendido como mera separação de corpos, sem ruptura do vínculo conjugal, também foi ponto de tensão no regime republicano. Os artigos da

---

<sup>302</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 141.

<sup>303</sup> Sobre esse tema, ver também: SOUZA, Michael Dionísio de. O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil: da lei da boa razão ao código de 1916. **Dissertação**. Curitiba: UFPR, 2014.

<sup>304</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138f. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/16081>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 78

<sup>305</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138f. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/16081>. Acesso em: 16 fev. 2020. p. 84.

“Revista O Direito” constituem vestígios de que o pensamento jurídico brasileiro se preocupava com esta questão, sobretudo em razão da possibilidade de introdução da ruptura do vínculo conjugal no Código Civil.

Já o direito das sucessões sofreu maiores “manifestações de modernidade” já na primeira metade do século XIX, configurando “territórios de conflito” entre os arcaísmos e modernismos na cultura jurídica brasileira do período. Muito influenciado pelo espírito de ruptura que a lei da boa razão incorporava, esse ramo do direito civil sofre reformas que, em geral, buscavam “reforçar o núcleo familiar, enfraquecido na ótica legal pela excessiva liberdade de testar, restringir a instituição de morgadios e diminuir as doações à Igreja”<sup>306</sup>. No regime republicano, a discussão acerca da liberdade de testar é ainda ponto de controvérsia entre autores, ensejando respostas ríspidas entre a defesa da liberdade de testar e o posicionamento em prol do regime da legítima.

Em tais pontos, o conceito de povo foi encontrado na Revista O Direito. Essa constatação constitui um indício de que as disputas envolvendo tais temas estavam de algum modo permeadas por um imaginário preocupado com a população, a cidadania e a igualdade, ao menos como fundamentos retóricos. Portanto, de acordo com a análise proposta, busca-se perceber o significado atribuído ao “povo”, tentando não perder de vista também os efeitos que o uso da categoria tem para os argumentos esgrimidos pelos autores.

Um dos temas mais debatidos dentro do de direito de sucessões na Revista O Direito é o do sistema de sucessões, opondo a garantia da legítima aos herdeiros à plena liberdade dispor de todos os bens em testamento. Um texto assinado sob o pseudônimo Ignotus é o primeiro a incitar a polêmica na revista dentro do recorte temporal estudado. Nele o autor defende a liberdade de testar como uma medida para o desenvolvimento moral do país. Embora não utilize o termo “povo”, Ignotus utiliza um “sinônimo”:

Convém acabar com esta tyrania do passado, se quisermos ter uma mocidade valente, viril, trabalhadora e forte, que confia sómente na energia do seo braço e não se deixa adormecer na apathita, á espera da riqueza herdada. Estamos na época própria para transformação da vida civil. O typo

---

<sup>306</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.p. 141.

genuino do brasileiro ainda não está constituído. Elle será o resultado da lenta fusão de tres raças, o portuguez, o africano e o indio, modificadas pela accção dos factores phisicos. Si a esses elementos formadores do carater deve-se juntar a influencia psychologica das leis, nenhuma acção mais poderosa, observa Toqueville, do que a lei das sucessões. Aproveitemos pois o momento e façamos a reforma com este largo espirito de audácia de que temos na nossa história política dado mais de um brilhante exemplo<sup>307</sup>.

A expressão "typo genuíno do brasileiro" é impregnada por um imaginário depreciativo da população, que é associada à "fusão" das "três raças" e aos fatores naturais por uma lógica tipicamente evolucionista. Ainda que nessa leitura da especificidade do Brasil possa ser vista uma tendência mais próxima à identidade nacional, o ideal de superação do passado por uma mudança legislativa nas restrições à liberdade de testar é mobilizado em torno de uma noção de povo que, portanto, também abarca um desejo civilizatório. Além disso, o padrão de cidadania é vinculado ao grupo social – "elemento formador do caráter".

Em resposta a Ignotus, dois volumes depois, é publicado artigo de Virgilio Cardoso de Oliveira. O jurista se opõe à plena liberdade de testar, defendendo o sistema da legítima. Além de evocar as disposições sobre o tema entre os "povos antigos", Oliveira argumenta que há vantagens práticas e de ordem econômica no sistema defendido como "[...] prova-nos o consenso quasi unanime que têm prestado os povos civilizados ao systema da legitima". Por outro lado, o autor aponta que o sistema da liberdade de testar foi adotado na Inglaterra e nos Estados Unidos por razões locais: "[...] pela força das circumstancias, polos habitos inveterados, pela educação do povo"<sup>308</sup>. Diante disso, aponta a diferença entre estes povos e o povo brasileiro:

Si nos Estados Unidos, tão apregoados por Ignotus, as instituições litterarias, os hospitaes etc. engrandecem-se sob a plena liberdade de testar, não é com certeza pela superioridade inherente a este regimen sob o da legitima, e sim ao character liberal d'esse povo, e, mais ainda, tambem ao desprendimento, mais ou menos accentuado, dos laços domesticos<sup>309</sup>.

Finalmente, o jurista conclui que o "espírito brasileiro" repele a liberdade de testar tanto porque "Ella cáe perante a historia, a economia politica, a legislação dos

<sup>307</sup> IGNOTUS (pseudônimo). A liberdade de testar. **Revista O Direito**. v.19, n.54, p. 491-495. jan.-abr. 1891. p. 491.

<sup>308</sup> OLIVEIRA, Virgilio Cardoso de. Qual dos regimens sucessórios deve ter preferência? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 16-28. set.-dez. 1891.p. 20-21.

<sup>309</sup> OLIVEIRA, Virgilio Cardoso de. Qual dos regimens sucessórios deve ter preferência? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 16-28. set.-dez. 1891. p. 25.

povos civilizados e a moral, de que não deve estar o direito divorciado [...]”, quanto porque:

A sociedade, para sua bôa organização, precisa da família, como o pulmão de ar para alimentar a vida. Si ella é o espelho reflector da família, necessita esta da mais pura e elevada constituição, que, como vimos, não poderá encontrar na plena liberdade de testar. Não é, pois, para desejar que seja esse regimen successorio entre nós adoptado, porque será portador da desorganização do lar doméstico, que só pode ter por base a moral; e o legislador não é o simples confeccionador de leis; é o que fal-as para felicidade e engrandecimento do povo que tem de adoptal-as<sup>310</sup>.

José Manoel de Azevedo Marques, interpretando o direito brasileiro sobre doações a estranhos, verifica uma limitação à disposição de bens por testamento. Para sustentar sua interpretação, o autor parte de uma compreensão da dimensão jurídica pela identidade universal dos “povos cultos” – com destaque para o povo francês – e adverte que se trata da proteção da família:

O principio que temos sustentado e que bem comprehendido não importa "prohibir-se a cada qual a mais restricta disposição de seus bens" é uma garantia da família, salutarissima á sociedade, como facilmente se comprehende. E' além disso, adoptado por povos cultos, notadamente o francez, cujo codigo não estabelece distincção alguma entre as liberalidades feitas a filhos ou a estranhos quanto ao modo de calcular a inofficiosidade<sup>311</sup>.

José Ulpiano exara outra posição contrária à liberdade de testar. Comentando a “nova lei de sucessões” (Lei n. 1.839, de 31 de Dezembro de 1907), que manteve no ordenamento jurídico brasileiro o sistema da legítima, o autor mobiliza o conceito de povo em sentido diferente dos demais – atrelado à identidade nacional pelos usos e costumes – para argumentar no mesmo sentido daqueles que eram favoráveis ao sistema consagrado pela lei:

E para implantar-se no Brasil a plena liberdade de testar só ha dois meios: de rogar por uma Constituinte o § 26 do citado artigo 72, ultimo versiculo, e convencer á maioria dos brasileiros que ella é preferivel ao regimen opposto. Emquanto não se usar desses dois meios - a meia ou a plena liberdade de testar é inconstitucional e incivil, incivil por ser contra os usos e costumes do povo. Nós da minoria não podemos ditar leis á maioria<sup>312</sup>.

<sup>310</sup> OLIVEIRA, Virgilio Cardoso de. Qual dos regimens sucessórios deve ter preferênciã? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 16-28. set.-dez. 1891. p. 28.

<sup>311</sup> MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inofficiosidade das doações a estranhos. Modo de calcular-a. **Revista O Direito**. v. 26, n. 75, p. 321-326. jan.-abr. 1898. p. 324.

<sup>312</sup> ULPIANO, José. A nova lei sobre sucessões. **Revista O Direito**. v.36, n. 105, 573-575. jan.-abr. 1908. p. 575.



Também comentando a lei de sucessões de 1907, com apoio em Ihering, João Arruda utiliza, como os juristas anteriores, a identidade universal como fundamento de defesa do sistema de legítima. Para proteger a família contra “as injustiças praticadas pelos testadores”, a legítima teria sido adotada como expressão da evolução do direito em todos os sistemas jurídicos após a Lei das XII Tábuas: “Explica Ihering que nenhum povo, nem antes, nem depois de Roma, adoptou uma ilimitada liberdade testamentaria, qual a que elle vê nas XII Taboas”<sup>313</sup>.

A legítima testamentária também é ponto de debate acerca dos direitos do cônjuge sobrevivente. Em texto sobre esse tema, volta a se expressar um imaginário que recorre a uma noção homogênea de povo, buscando ascender a um padrão universal dos institutos jurídicos. O casamento é tido como base uniforme que sustenta a proteção da legítima do cônjuge após o falecimento de seu companheiro de vida:

A comunhão de vida e de interesses na sociedade conjugal, os direitos e deveres que della decorrem, o conceito de casamento em todos os povos, a intimidade da união e a sua perpetuidade não permitem que, dissolvida ella pela morte de um dos conjuges, fique o sobrevivente, socio e companheiro abandonado, entregue aos azares da sorte, obrigado a procurar por si meios de subsistencia ou recorrer á caridade de outros, vendo passar para estranhos, desconhecidos e até inimigos do defuncto, o patrimonio, para cuja formação tão efficazmente concorreu<sup>314</sup>.

Outro importante grupo de discussões envolvendo os direitos de família é aquele que diz respeito à filiação. Tanto por questões de sucessão, quanto para a proteção da honra familiar, o debate da permanência sobre a diferenciação entre filhos concebidos no casamento ou fora dele é um ponto de tensão diante do igualitarismo que ganha força com o advento da República. Deste modo, no que tange à investigação de paternidade e a filiação legítima, os direitos de família e o de sucessões se imbricam em alguns dos textos analisados.

Nesse sentido, a preocupação com a proteção moral e material da família que tanto perpassa os textos sobre testamento também permeia o debate em torno da filiação legítima no entorno do conceito de povo. Nina Rodrigues mobiliza seus conhecimentos fisiológicos para propor aos juristas que o Projeto de Código Civil

---

<sup>313</sup> ARRUDA, João. A nova lei sobre sucessões. **Revista O Direito**. 1908, v.36, n. 106, p. 5-55. mai.-ago. 1908. p. 16.

<sup>314</sup> RUSSEL, Alfredo de Almeida. Congresso Juridico Americano. A lei civil deve assegurar ao conjuge sobrevivente um direito successorio sobre os bens do pre-defuncto, ainda que concorram parentes á herança deste? **Revista O Direito**. v.30, n. 88, p. 197-206. mai.-ago. 1902. p. 202-203.



adote um prazo mais flexível para a presunção de filiação legítima em relação ao tempo da gravidez, visto que os estudos médicos apontam grandes variações no período de gestação. Para o médico, a solução casuística ou por contestação (de acordo com os modelos francês e norte-americano, respectivamente) é mais adequada para a proteção dos direitos da prole legítima, bem como da moral e da honra familiares. A expressão “povos civilizados”, utilizada por ele, confere ao argumento sentido de ideal a ser atingido, referindo-se ao modelo francês, o qual se excepciona apenas na Inglaterra e nos Estados Unidos:

Sómente não se pode dizer que seja esse o direito de todos os povos civilizados, pois que na Inglaterra como nos Estados-Unidos não existe prazo fixado em lei para a duração da gravidez; nem tão pouco se póde garantir conte a doutrina dos Projectos brasileiros com a sancção dos medicos-legistas, seguramente muito mais familiares do que os juristas com as questões de gravidez<sup>315</sup>.

A presunção de paternidade tinha tal importância que seu questionamento foi objeto diversos textos. O autor que escreve sob o pseudônimo de Ignotus, introduz a polêmica da investigação de paternidade em associação ao novo quadro institucional estabelecido pela proclamação da República. O jurista afirma que o advento regime republicano não é suficiente para a “felicidade e o progresso de um povo” e, para além desta ruptura, acredita ser necessário um desenvolvimento material e moral:

Mas não é uma simples mudança de governo a condição essencial para a felicidade e o progresso de um povo. E' preciso principalmente assegurar-lhe o seo bem estar economico pelo desenvolvimento da riqueza publica, e elevar o seo nivel moral pelas instituições que fundem as relações da familia em solidas bases da dignidade e da honra<sup>316</sup>.

Como medida para esse desenvolvimento moral, o autor aponta, entre outras medidas, a necessidade de introdução da investigação de paternidade no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito de povo é utilizado, então, por ele em um sentido civilizatório, tanto pela ausência de desenvolvimento “moral” como pelo teor “modernizador” da proposta de Ignotus, que visa alçar o “povo” a um ideal por meio incorporação da investigação de paternidade. O “povo”, portanto, pode ser lido neste

<sup>315</sup> RODRIGUES, Nina Apontamentos medico-legaes ao Projecto do Codigo Civil Brasileiro. **Revista O Direito**. v.30, n. 88, p. 5-26. mai.-ago. 1902. p. 6.

<sup>316</sup> IGNOTUS (pseudônimo) A investigação da paternidade. **Revista O Direito**. v.19, n.54, p. 486-490. jan.-abr. 1891. p. 486

texto pela idealização de uma identidade universal, pela visão pejorativa da população e por um padrão de cidadania definido pelo desenvolvimento econômico e moral. Em sentido semelhante, o termo povo é mobilizado em outro texto favorável à introdução da investigação de paternidade no direito civil brasileiro:

Obrigado por disposição legal a ler perante esta douta congregação uma dissertação sobre assumpto juridico á nossa livre escolha, preferimos a questão que epigrápha estas linhas, não só porque entende com a organização da familia e a ordem social, como porque, tendo sempre preocupado a mente dos juristas-philosophos e encontrando soluções varias nas legislações dos povos cultos, é controvertida no nosso Direito<sup>317</sup>.

Para além de uma leitura da organização social a partir da família – expressão de uma visão do povo ligado à concepção patriarcal de cidadania – e da identidade universal atrelada ao elogio às soluções dos povos cultos, o autor vê a investigação de paternidade como um meio de “conservação da raça”<sup>318</sup>, no sentido de conservação social e moral, aproximando-se de uma visão da população de tipo evolucionista.

Também favorável à investigação de paternidade, Tito Rosas escreve em 1909 sobre a inserção deste instituto no direito latino-americano, inicialmente definindo-o como uma questão “universal”:

Pergunta-se se é conveniente a investigação da paternidade nos povos da America latina. Por que a restricção - nos povos da America latina ? Será esta uma questão regional que não admitta uma solução que possa ser acceita por todos os povos civilizados? Não o creio; a investigação da paternidade é uma questão que interessa a todos os povos; que não está subordinada a áreas geographicas e que admite uma solução acceitavel pelo conjuncto das nações policiadas [...] Por que não se perguntou si deve ser abolida a curatella dos prodigos, nos povos da America latina? [...] E' claro, pois, que o assumpto não sendo especial a uma região, não exigindo uma solução propria, especial aos povos latinos americanos, a restricção imposta não é admissivel<sup>319</sup>.

Por outro lado, pontua que o direito local deve prevalecer ao dos “povos civilizados” como instrumento de análise: “Não me parece fóra de proposito alludir ás soluções que ao problema tem dado os povos civilizados. Antes de tudo, porém, o

<sup>317</sup> ALVES, João Luiz. Da investigação de paternidade no direito patrio (Dissertação apresentada á Faculdade Livre de Direito de Minas). **Revista O Direito**. v. 27, n. 80 p. 161-182, set.-dez. 1899. p. 161.

<sup>318</sup> ALVES, João Luiz. Da investigação de paternidade no direito patrio (Dissertação apresentada á Faculdade Livre de Direito de Minas). **Revista O Direito**. v. 27, n. 80 p. 161-182, set.-dez. 1899. p. 182.

<sup>319</sup> ROSAS, Tito. É' conveniente a investigação de paternidade nos povos da América Latina? **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 622-638, mai.-ago, 1909. p. 622

nosso direito"<sup>320</sup>. Embora a oscilação entre uma identidade nacional e uma identidade universal seja evidente neste caso, não foram encontradas no texto referências ao povo ligadas à cidadania ou à população.

Ainda sobre os filhos, em relação àqueles havidos após a viuvez do pai havia dúvida se poderiam concorrer ou não com os filhos do primeiro casamento na sucessão paterna. Luiz Antonio de Aguiar e Souza defende que neste caso deveriam ser equiparados os filhos naturais, nascidos após a viuvez, e os legítimos, do primeiro casamento. Em suas razões, o autor utiliza o ideal universal dos “povos cultos” como fundamento para o reconhecimento dos direitos dos filhos naturais:

Ainda, em tratando-se deste assumpto, convém notar-se que, de par com o progresso universal do direito, todas as legislações dos povos cultos tem procurado melhorar, quanto possível, a condição social e juridica de taes filhos; melhora essa que já se vem accentuando desde seculos passados, com o salutar influxo do Christianismo no Direito Romano antigo<sup>321</sup>.

Clóvis Beviláqua também se manifesta contra desigualdade entre os filhos. Indo além de Souza, o jurista também pugna pelos direitos dos filhos espúrios (havidos de relações incestuosas ou adulterinas), visto que acredita não ser adequado ao “tempo” punir crianças pelos erros de seus pais<sup>322</sup>. Ao final do texto, o conceito de povo é utilizado ao chamar a atenção para a importância das questões nele trazidas:

Senhores, a humanidade marcha para a realização, da ordem, para a synergia, eurythmica dos elementos que a informam e animam. E' a evolução do chaos para o cosmos social, que é o reinado do direito e da justiça, o apaziguamento dos conflictos de interesses, o equilibrio dos esforços uteis. o prestigio da autoridade. a consolidação dos Estados, o bem estar dos povos, e, ainda, a floração dos sentimentos generosos. Todo acto de justiça praticado, importa uma dilatação dalma do que a realiza e do que a recebe, e, por isso mesmo, ella é uma poderosa força creadora de

<sup>320</sup> ROSAS, Tito. É conveniente a investigação de paternidade nos povos da América Latina? **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 622-638, mai.-ago, 1909. p. 624.

<sup>321</sup> SOUZA, Luiz Antonio de Aguiar e. Os filhos naturaes, “em especie”, tidos no tempo da “viuvez do pae” e, por ele reconhecidos, concorrem á herança paterna, quer com os filhos do primeiro, e quer com os filhos do segundo matrimonio do mesmo pae. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 5 a 12. mai-ago. 1912. p. 10.

<sup>322</sup> “Não se percebe que, punindo, nos filhos, o peccado dos paes, a lei destróe o sentimento de justiça. E não se vê que essas creaturas repudiadas pelo direito, sem lar e sem familia, sem o apoio de uma afeição, na infancia, sem a luz de uma experiencia amiga, na adolescencia, serão entes moralmente mutilados e deformados, que o vicio facilmente empolgará, que irão, pela imprevidencia ,de um erro de politica juridica, augmentar os elementos diissolventes da communhão social”. BEVILÁQUA, Clóvis. A egualdade juridica dos sexos, a condição dos espúrios e o instituto da adopção, perante o direito civil hodierno. Femenismo. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 290-304. mai-ago. 1912. p. 301.

sympathia entre os homens. Pratiquem-na os que têm a possibilidade e o dever de praticar-a, porque têm a responsabilidade da direcção do povo, seja como legisladores, seja como administradores<sup>323</sup>.

A expressão “povo” é associada à evolução em direcção ao seu bem-estar. Além disso, o “povo” vem ao final como sujeito passivo em relação a atuação dos poderes executivo e legislativo. Trata-se de uma visão que, não obstante as noções de igualdade e de protecção dos direitos individuais expressas em sua defesa dos filhos espúrios, reitera uma noção excludente da categoria analisada.

No mesmo texto, Beviláqua ainda aborda outros dois temas: a adoção e a igualdade entre homens e mulheres. Sobre o último, Beviláqua se posiciona em prol de uma ampliação da igualdade, utilizando o termo “povo” para se referir a um sentido universal da evolução jurídica neste tema, citando os exemplos francês e japonês:

Até exercitos algumas senhoras guiaram, com muita gloria e sagacidade, como essa Joanna d'Arc, a donzella de Orleans, cuja canonização significa para mim, a gratidão persistente do povo francez á sua libertadora. Ainda hoje, no direito civil codificado do Japão, a chefia da familia é, não raro concedida a mulher<sup>324</sup>.

Utilizando o conceito de povo de maneira semelhante, outro autor se manifesta favorável a manutenção de “alguns direitos diferentes” para as mulheres, reconhecendo que sua equiparação gradual ao homem pelo direito está associada ao grau de civilização de um povo:

Não vem ao proposito a evolução que soffreu a sorte da mulher á proporção que a humanidade se civilisou, parecendo acceitavel a regra de Letourneau (Soc. P. 160) "que tanto mais precaria é a sua condição, quanto mais rude a sociedade de que faz parte". Menos forte do que o homem, é claro que nas sociedades primitivas, em que predomina a força, não se acha ella tão bem aquinhoada quanto nos povos mais adeantados, onde o direito protege os fracos<sup>325</sup>.

Em sentido oposto, Carvalho Mourão havia se manifestado em 1900, respondendo a um parecer do Instituto da Ordem dos Advogados pela possibilidade

<sup>323</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. A egualdade jurídica dos sexos, a condição dos espúrios e o instituto da adopção, perante o direito civil hodierno. Femenismo. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 290-304. mai-ago. 1912. p. 304.

<sup>324</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. A egualdade jurídica dos sexos, a condição dos espúrios e o instituto da adopção, perante o direito civil hodierno. Femenismo. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 290-304. mai-ago. 1912. p. 304. p. 296.

<sup>325</sup> ARRUDA, João. A nova lei sobre sucessões. **Revista O Direito**. v.36, n. 106, p. 30-32 mai.-ago. 1908. p. 30.

de mulheres advogarem. A ampliação da capacidade civil da mulher é rejeitada pelo autor sob o argumento, dentre outros, de que deveriam ser respeitados os “costumes imemoriais do povo” e a tradição herdada do “povo português”:

Imagine-se que na época em que foram redigidas as Ordenações a interdição da advocacia às mulheres fosse um preceito imperativo que modelava ao sabor de sua intenção as crenças, os sentimentos íntimos do povo português, pelo influxo constante de uma tradição ininterrupta de pelo menos 17 séculos de império dessa lei em todo o ocidente da Europa, de modo a não ocorrer nem mesmo a idéia de reclamar a faculdade absurda para a opinião; tão forte era a auctoridade do costume! - Seria, nessa hypothese, racional optar, entre as duas accepções possíveis do vocabulo, pelo sentido generico que, abrangesse as mulheres?

Não é crível que o legislador quando pretendesse operar uma revolução nos costumes immemoriaes do povo, quando houvesse ele revogar a legislação secular de sua patria desferisse esse golpe, temerario naquella época, por meio de uma expressão ambígua que, pela dubiedade da significação, tornar-se-ia de certo (como tornou-se letra morta, falseada pelos habitos mentaes dos interpretes a ponto de só produzir effeito e ser comprehendida quasi quatro séculos depois, graças à erupção de sagacidade dos commentadores que haviam de florescer aqui nestas terras, naquelles tempos brancos e barbaros<sup>326</sup>.

Para além do debate da capacidade, a situação das mulheres na dimensão jurídica é tema de textos sobre a amplitude do pátrio poder. Virgilio Cardoso de Oliveira indaga acerca da possibilidade da “binuba” (viúva que casa novamente) exercer o pátrio poder. Tratando do tema, o jurista busca fundamento na legislação romana, utilizando o conceito de povo com base nesta identidade:

Assim, a tutella mulierum foi decahindo á proporção que as mulheres forão-se tornando entidades jurídicas; e o que mais tarde foi concedido, como simples favor ás mães e avós - a tutella dos filhos e netos, tornou-se finalmente; ao tempo de Justiniano, mais do que um favor, pela Novella 118 cap. 5º, dando-lh'a, caso quizessem, em preferencia aos demais parentes; tutella esta que só pela testamentaria poderia ser preferida. Essa phase do Direito Romano foi a que passou como base para as legislações dos demais povos, perdurou por muito tempo em alguns, com as modificações e melhoramentos exigidos pelo progresso dos séculos<sup>327</sup>.

Todavia, Cardoso de Oliveira destaca a superação da condição da mulher no direito romano pela legislação adotada pela República no Brasil com inspiração nos códigos civis das “nações civilizadas”, ainda que não concedesse à “binuba” o pátrio poder:

<sup>326</sup> MOURÃO, Carvalho. Razões e fundamentos da opinião contraria ao parecer da Comissão do Instituto dos Advogados. **Revista O Direito**. v.28, n. 81, p. 330-343. jan.-abr. 1900. p. 334-335.

<sup>327</sup> OLIVEIRA, Virgilio Cardoso de. Direito Civil: Mãe tutora. Actualmente a mãe tutora presta contas da administração dos bens do filho? Perde o pátrio poder, que hoje tem, pelo fato do segundo casamento? v.19, n.56, **Revista O Direito**. p. 570-575. set.-dez. 1891. p. 570.

O Governo Provisorio da Republica, porém, teve pressa em alterar de prompto alguns pontos de nosso direito civil, e de accordo com o progresso da sciencia, com o adeantamento dos Codigos dasnações civilizadas, rompeu, com sabia mão, o negro véo que occultava a personalidJde juridica da mulher mãe, estabelecendo no art. 94 da Lei de 24 de Janeiro de 1800 que, por morte do marido, ficará a mulher com direito de administração sobre a pessoa e bens dos filhos si não fôr binuba e emquanto se conservar viuva<sup>328</sup>.

Em sentido semelhante, Alberto Julio de Goes argumenta em favor de uma flexibilização do pátrio poder, estendendo-o também às mães. Todavia, mobiliza a noção de “povos cultos” em sentido oposto. Em primeiro lugar, se refere à interpretação jurídica de “todas as nações dos povos cultos” para afirmar a importância da:

[...] potência jurídica que se confere ao pater famílias, assumpto por demais delicado e elevado, em que todas as nações dos povos cultos se dedicam ao accurado estudo, afim de cercar de garantias esta figura imponente que: se antolha diante do mundo juridico-social<sup>329</sup>.

Mas em seguida, aponta incongruências nesta identidade universalizante, observando as contradições existentes entre os diferentes ordenamentos estrangeiros como alavanca para introduzir sua defesa de extensão do pátrio poder às mães:

Ha grande divergencia na legislação dos povos modernos quanto á exclusiva competencia do patrio poder ao pai, visto como algumas nações reconhecem pertencer esta nobre e sublime attribuição aquelle, outras á ambas figuras primordias do lar domestico. [...] Temos ate aqui exposto a magnitude do patrio poder desde o direito romano até aos nossos dias, patenteando a sua importancia nas relações juridicas do mundo civilisado e perante o barbarismo, e afinal desenvolvido a competencia do mesmo, e tudo succintamente; falta-nos demonstrar, se esta communhão de direitos, esta complexidade de attribuições conferidas ao chefe de familia compete tambem a mãe natural, como a pedra angular do edificio construido pelo amor livre, pela união de pessoas, cuja legitimidade a lei só reconhece naquella, que ,é auctora da existencia de entes de pais incognitos<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> OLIVEIRA, Virgilio Cardoso de. Direito Civil: Mãe tutora. Actualmente a mãe tutora presta contas da administração dos bens do filho? Perde o patrio poder, que hoje tem, pelo fato do segundo casamento? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 570-575. set.-dez. 1891. p. 571-572.

<sup>329</sup> GOES, Alberto Julio de. A mãe natural tem o pátrio poder? **Revista O Direito**. v.32, n. 94, p. 64-69. mai.-ago. 1904. p. 64.

<sup>330</sup> GOES, Alberto Julio de. A mãe natural tem o pátrio poder? **Revista O Direito**. v.32, n. 94, p. 64-69. mai.-ago. 1904. p. 67.



Outro indício de um movimento pela a flexibilização do pátrio poder pode ser lido nos textos sobre a responsabilização dos pais pelo abandono de filhos menores. Dentro do recorte proposto pela pesquisa, os dois artigos sobre o tema tratam o abandono como problema social que culmina no aumento da delinquência de crianças e adolescentes e, portanto, que deveria ser combatido pelo Estado e pela família. No primeiro, de autoria de Alfredo Pinto Vieira de Mello há uma crítica à atuação do Estado diante da questão:

O Estado no seu egotismo politico não tem reflectido sobre a gravidade e as consequencias desse abandono de energias esparsas, de vontades inproveitadas.

Dominado par um individualismo extremado, que não se coaduna com o progresso humano e com a vida complexa das nações modernas - elle abandona praticamente o problema social nos seus diversos aspectos, ligados por muitos elos a varias relações juridicas, cuja perfectibilidade reflecte o gráo de cultura moral de cada povo<sup>331</sup>.

Em seguida, o autor infere de problemas no grau de civilização dos brasileiros, não obstante leia uma certa “cordialidade” no povo local, a necessidade de adaptação dos institutos estrangeiros à realidade nacional:

Penso que não devemos copiar, mas adaptar as instituições congeneres do estrangeiro. São outras as nossas condições de vida, outros os nossos habitos e, felizmente, a situação da infância abandonada ou delinquente não é tão grave como se apresenta nos grandes centros de população da Europa e dos Estados Unidos.

Além disso, devo repetir: esses institutos congeneres têm o vicio da organização mixta ou o mesmo caracter preventivo e repressivo, vicio que é preciso desviar, e elles representam, na maioria dos casos, uma manifestação extraordinaria e fecunda da iniciativa privada perfeitamente systematizada.

Nós - usemos de franqueza - não temos a mesma tenacidade e o mesmo espírito de organização. Sobra-nos os sentimentos philantropicos, somos prodigos em exercer a caridade, e no coração do nosso povo ha um impulso affectivo e altruistico que em nenhum outro se observa. Mas. ainda não temos bem caracterizado o sentimento de associacão<sup>332</sup>.

No segundo texto sobre o abandono de menores, a “capacidade de associação” é também caracterizada como elemento de uma identidade universal a ser atingida pelo desenvolvimento local. Neste, porém, o tom organicista fica mais evidente no entorno do conceito de povo:

---

<sup>331</sup> MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. Menores abandonados e menores delinquentes. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113. p. 24-59. set.-dez. 1910. p. 24-25.

<sup>332</sup> MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. Menores abandonados e menores delinquentes. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113. p. 24-59. set.-dez. 1910. p. 41.



Nos povos de civilização adiantada, cada membro da grande associação se applica, ao contrario, em executar sómente uma porção minima da longa série de trabalhos diversos, cujo conjuncto é necessario ao seu bem estar, e descança na actividade de outrem para obter, em troca dos productos superfluos de sua industria especial, os objectos que lhe faltam, preparados pelas mãos de seus visinhos<sup>333</sup>.

Outro tema em que o conceito de povo é utilizado na seara dos direitos de família é o divórcio. Em relação a este, Felinto Justiniano Ferreira Bastos combate a introdução de tal instituto no direito brasileiro. Em seus argumentos, o jurista utiliza o conceito de povo associado às tradições herdadas do período colonial, à religião, além de afirmar a oposição do povo brasileiro ao rompimento do matrimônio como expressão da “índole” e da “honra” características, em sua opinião, da população nacional:

A índole ordeira e pouco espectacular do povo brasileiro; seus costumes, afeiçoados pela honra e pela modestia da familia ao respeito do lar alheio ; a crença religiosa da quasi totalidade da população que, obedecendo ás prescripções da lei civil, procura o casamento religioso, não só para tranquilizar a consciencia perante a Igreja, mas tambem, para satisfazer as exigencias da moral social do meio em que se desenvolve ; as tradições recebidas de Portugal e sem interrupção mantidas em nossas leis, sem embargos de tentativas frustradas para - triumpho, almejado por alguns, do divorcio, poem em destaque sua desnecessidade. Nem se diga que é sem relevancia o argumento colhido de ser a religião catholica, infensa ao divorcio, a da grande maioria do povo brasileiro<sup>334</sup>.

Em soma à essa mobilização da categoria “povo” como expressão de uma identidade nacional “tradicionalista” e de uma população idealizada como ordeira e católica, Bastos se baseia em certa noção de uma “consciência jurídica popular”, para ele, traço do povo brasileiro, para concluir pela incongruência entre a instituição do divórcio e o ordenamento jurídico brasileiro:

Não receiamos affirmar que os representantes da União no Congresso Nacional proclamarão bem alto que o povo brasileiro é infenso ao divorcio. Se o direito representa um aspecto essencial da vida de cada povo, e este tem a sua consciencia juridica, contra a qual não se póde investir, sem inverter as noções da equidade, é insophismavel que, no Brazil, á consciencia juridica popular, como reflexo do que, entende ser justo e equitativo, satisfaz plenamente a separação de corpos e de bens dos

<sup>333</sup> REZENDE, Astolpho. Os menores abandonados e delinquentes. **Revista O Direito**. v. 39, n. 114, p. 371-407. jan.-abr. 1911. p. 372.

<sup>334</sup> BASTOS, Felinto Justiniano Ferreira. Congresso Juridico Brasileiro. Secção de Direito Civil. No estado actual dos costumes será necessario admittir-se o divorcio, ou bastará o remedio da separação de corpos e de bens? **Revista O Direito**. v.37, n. 108, p. 588-591 jan.-abr. 1909. p. 590.

conjuges desunidos ou infieis, sem necessidade da decretação da medida perigosa do divorcio a vinculo<sup>335</sup>.

Ainda, uma expressão da categoria “povo” ligada ao jusnaturalismo escolástico é visível na vinculação que o jurista estabelece entre a organização de um povo e a religião: "O povo, sobre o qual não paira o espirito da religião a vivificá-lo, é fatalmente condemnado á anarchia e á dissolução"<sup>336</sup>.

Já Lima Drummond, utiliza a origem comum dos “povos de raça latina” como razão para a rejeição do divórcio, redirecionando o debate apenas para o tema das culpas recíprocas dos cônjuges no caso de separação de corpos diante da impossibilidade de vida em comum:

Qualquer que seja a convicção do jurista, seja elle sectario da simples separação de corpos ou do divorcio, -que, a meu ver, irremediavelmente alenta a inconstancia e prejudica os mais relevantes interesses da vida social, como demonstram as estatisticas, sobretudo em povos da raça latina, porque a concessão do divorcio é para esses povos o abuso do divorcio - o que se não discute é que o problema, n'um e n'outro caso, póde ser estudado sob o ponto de vista da culpa de um só ou das culpas reciprocas dos conjuges, em caso de litigio"<sup>337</sup>.

Não obstante essa noção de povo ligada à identidade universal, o autor apresenta uma “combinação binária” entre a “história” e a especificidade de seu desenvolvimento local que caracteriza, de acordo com Drummond, o direito dos “povos cultos”. Esta noção híbrida de identidade, serve então para ele como fundamento para uma nova metodologia do pensamento jurídico que supere, segundo ele, a história comparada e a sociologia jurídica em direção à adoção da “arte” dos estudos de legislação comparada pela ciência do direito:

Ao envez da historia comparativa, que terá um fim exclusivamente scientifico e especulativo, formando o quadro e a parte descriptiva da sociologia jurídica, a legislação comparada será uma arte e terá por fim descobrir na comparação dos systemas juridicos - o fundo commum de conceitos e instituições, que nesses systemas incide; desvendando o inestimavel patrimonio scientifico que é o condominio das legislações contemporaneas. Nelle se manifesta nitidamente esse elemento local e social, que com o elemento historico e local, constitue a combinação binaria,

<sup>335</sup> BASTOS, Felinto Justiniano Ferreira. Congresso Juridico Brasileiro. Secção de Direito Civil. No estado actual dos costumes será necessario admittir-se o divorcio, ou bastará o remedio da separação de corpos e de bens? **Revista O Direito**. v.37, n. 108, p. 588-591 jan.-abr. 1909. p. 591

<sup>336</sup> BASTOS, Felinto Justiniano Ferreira. Congresso Juridico Brasileiro. Secção de Direito Civil. No estado actual dos costumes será necessario admittir-se o divorcio, ou bastará o remedio da separação de corpos e de bens? **Revista O Direito**. v.37, n. 108, p. 588-591 jan.-abr. 1909. p. 591.

<sup>337</sup> DRUMMOND Lima. Das culpas reciprocas dos cônjuges no divorcio litigioso. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 5-23. set.-dez, 1910. p. 5.

productora das legislações dos povos cultos - consoante a opinião acertada de Henry Chaudé, no livro que publicou o ano passado, sobre o novo Código Civil suíço, na obra da codificação moderna<sup>338</sup>.

Assim, no pensamento civilista acerca do direito de família há indícios de algumas fissuras no imaginário patriarcal no entorno do conceito de povo. Todavia, permanece a semântica de hierarquização social, de pertencimento à comunidade pela família e de identificação nacional pelos costumes, sobretudo nas questões mais ligadas à “honra” da família, como a investigação de paternidade e o divórcio, por exemplo. Tais pontos, ainda, constituem indícios de um imaginário permeado por aspectos ora mais tradicionais, ora mais modernizantes da categoria povo. Tais tendências são, por vezes, simultaneamente mobilizadas em torno da defesa da família e da honra pelo direito.

### 3.3. O conceito de povo nos direitos reais: as corporações de mão-morta e os povos indígenas

O conceito de povo também foi utilizado em artigos da matéria de direitos reais. Como aponta Arno Wehling, o regime de sesmarias foi “o ponto mais nevrálgico” do direito de propriedade no Brasil dos oitocentos<sup>339</sup>. Ainda, segundo Sérgio Said Staut Júnior, a substituição desse sistema por uma forma mais moderna de apropriação da terra foi razão de preocupação dos juristas ao longo do século XIX. Tratava-se de uma pretensão de “superação” do regime de aquisição por recompensa da coroa, para um modo de aquisição como mercadoria, disponibilizando a terra para quem pudesse comprar<sup>340</sup>. Nesse cenário:

Resolver o problema das antigas sesmarias e das posses, individualizar e diferenciar as terras públicas das particulares, definir as formas de aquisição das terras devolutas, solucionar o grave problema da mão de obra para as

---

<sup>338</sup> DRUMMOND Lima. Das culpas recíprocas dos cônjuges no divórcio litigioso. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 5-23. set.-dez, 1910. p. 15-16.

<sup>339</sup> WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 145.

<sup>340</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015. p. 131-133.

lavouras e instituir um imposto territorial rural eram alguns dos objetivos que deveriam ser alcançados pelas novas legislações<sup>341</sup>.

Todavia, as mudanças legislativas sofreram resistência da tradição. Como percebe Staut Júnior, a Lei de Terras, entre outros instrumentos legislativos ligados ao desejo de modernização do regime proprietário, foi pouco aplicada<sup>342</sup>.

Nos artigos acerca dos direitos reais na Revista O Direito entre 1889 e 1913, o tema predominante é o da hipoteca, uma das medidas introduzidas no contexto das reformas “modernizantes” do direito de propriedade no Brasil. Todavia, entre esses textos não foi encontrada qualquer menção ao termo povo. Da mesma forma, a categoria não foi verificada nos trabalhos sobre compra e venda, vizinhança, anticrese, servidão, entre outros. Tal ausência, um tanto eloquente, pode ser um indício de que o povo – e as relações de igualdade/diferença, cidadania/exclusão e identidade – não constituía uma preocupação ligada ao direito de propriedade no pensamento civilista no período entre a proclamação da República e a promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.

Por outro lado, a categoria estudada foi encontrada principalmente em textos acerca do domínio dos bens eclesiásticos – cujo cerne é o regime proprietário das corporações de mão-morta após a ruptura entre Igreja e Estado – e em texto de Inglez de Souza acerca da condição do “selvagem” no ordenamento jurídico brasileiro. Embora tenham parecido temas inusitados para o uso da categoria, à primeira vista, parece ser compreensível que o conceito de povo seja utilizado neles, visto que tratam de situações relacionadas a “novos” padrões de cidadania e de igualdade que fazem parte da tensão acerca da categoria no imaginário do início do período republicano.

Com a secularização pretendida pela reforma legislativa operada no regime republicano, as tradicionais ordens de mão-morta, que tinham seus bens atrelados ao domínio eclesiástico, passaram a ser consideradas meras associações civis, em termos de personalidade jurídica, sem nenhum regime diferenciado. Com efeito,

---

<sup>341</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015. p. 133.

<sup>342</sup> STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015. p. 139.

abriu-se debate em torno do domínio, da aquisição, da alienação e da transmissão das propriedades que pertenciam a estas instituições.

Tristão de Alencar Araripe Júnior utiliza o conceito de povo em texto de 1905. Nesta ocasião, argumenta que o regime patrimonial das associações eclesíásticas deve se submeter à legislação civil. O autor destaca a diferença entre o direito dos “povos” dos Estados Unidos e do Brasil. A distinção, segundo ele, se dava quanto à aplicação do Direito Canônico na forma da jurisprudência da Ordem Terceira:

A jurisprudencia, portanto, indicada pela Ordem Terceira, não pode assumir o caracter subsidiario, que se arroga, á vista da profundíssima disparidade notada entre as leis civis de um e outro povo. A lei brasileira só enxerga a propriedade ecclcsiastica através da personalidade jurídica civil, e esta não se exercita sinão pela fórmula individualizada no direito commum<sup>343</sup>.

Trata-se de uma leitura abstrata do povo, mais ligada à diferença jurídica em relação à outro Estado, de modo a indicar uma noção de identidade local do direito conectada ao povo. Em outro texto sobre a capacidade das associações religiosas, Levi Carneiro analisa, no contexto dos reflexos da secularização no direito privado, a possibilidade de aquisição e alienação de bens pelas antigas ordens eclesíásticas no direito vigente. O autor reproduz excerto de Auguste Émile Faguet em que o conceito de povo é utilizado de forma depreciativa em relação aos franceses e aos ideais associados a eles e outros países democráticos:

A outros paizes se poderia applicar o que Faguet escreve da França: «A popularidade não se adquire, em França, por uma bõa administração, porque o paiz quasi não presta attenção ao modo por que é administrado. Nenhum povo do mundo é mais indifferente a essa consideração. Não é um povo pratico; não é um povo realista, é um povo unicamente preocupado de idéas geraes, de idéas geraes muito simples e muito grosseiras, como a igualdade, a abolição das superioridades, o nivelamento das fortunas, a destruição das religiões; mas, emfim, idéas geraes, e sómente idéas geraes»<sup>344</sup>.

Tal citação se dá no contexto de profunda crítica à legislação “anti-clerical” adotada nos regimes democráticos, dentro das quais o autor enquadra também o

---

<sup>343</sup> ARARIPE JUNIOR, T. A. Dominio imminente da Igreja catholica sobre os bens eclesíásticos pertencentes ás Ordens Terceiras. Personalidade jurídica da Igreja e das associações religiosas. *Intelligencia do Decr.* 173 de 10 de Setembro de 1893. **Revista O Direito.** v.33, n. 98, 165-172. set.-dez.1905. p. 170.

<sup>344</sup> CARNEIRO Levi. Da capacidade jurídica das associações religiosas. **Revista O Direito.** v. 39, n. 114, p. 206-225 jan.-abr. 1911. p. 222.

Decreto nº. 173 de 1893. A saída para Carneiro, sem abrir mão da “tradição liberal”, seria adotar a mesma posição que os Estados Unidos, onde há um “grande povo” e “o Governo não se preocupa absolutamente com a religião”<sup>345</sup>.

Outra questão que abarca as relações de pertencimento dentro do recorte da presente pesquisa é a demarcação de terras indígenas. Inglez de Souza sugere – a criação de “sesmarias indígenas” em texto que se inicia com destaque para o problema “ainda hoje indeterminado da irmanação das raças que povoam o nosso solo e da homogeneidade nacional”. Além disso, o jurista realça a busca por um “roteiro de uma nacionalidade pela coezão consciente dos elementos da população”<sup>346</sup>. Souza também critica a atenção dada a questões dos “povos adiantados”, diante da ignorância de problemas relacionados à realidade local:

Aos que se occupam de materias graves, de problemas sérios de politica, economia, finanças, industria, saude publica, póde parecer inoportuno, talvez impertinente, o assumpto que os força a encarar de face uma das chagas mais feias desta requintada civilização de que nos gabamos, pois que, em regra, só nos convém conhecer aquillo que outras nações podem mostrar, para não nos suporem inferiores ao typo commum do grupo occidental [...]

Crises economicas e financeiras, vasta e profunda corrupção administrativa, avassalamento da justiça, o empenho dispendido á bel prazer dos cargos publicos, tem-nos visto e atravessado os mais adiantados povos da terra, se é que não constituem vicios elegantes de gente civilizada. Muito mais doloroso é o soffrimento que punge a consciencia nacional, quando se offerece a segurança de padecerem os horrores de uma perseguição deshumana centenas de milhares de patricios nossos, um milhão talvez, antigos donos desta terra, acoçados como feras pelos in vios sertões onde se refugiaram ou abatidos e dominados como escravos nas aldeias onde a nossa cobiça os recolheu<sup>347</sup>.

Como nota Thiago Hansen, a questão indígena fazia parte do projeto de modernização do Estado brasileiro no início da República, sobretudo pela preocupação com a cidadania<sup>348</sup>. Nesse contexto, considerando ainda a circulação de uma imagem romantizada da figura do indígena no período, parece ser possível

<sup>345</sup> CARNEIRO Levi. Da capacidade jurídica das associações religiosas. **Revista O Direito**. v. 39, n. 114, p. 206-225 jan.-abr. 1911.p. 223.

<sup>346</sup> SOUZA Inglez de. O selvagem perante o direito. **Revista O Direito**. v. 38, n. 112, p. 5-18, mai.-ago. 1910. p. 5-6.

<sup>347</sup> SOUZA Inglez de. O selvagem perante o direito. **Revista O Direito**. v. 38, n. 112, p. 5-18, mai.-ago. 1910. p. 8.

<sup>348</sup> HANSEN, Thiago Freitas. Imaginários da modernização do direito na era Vargas: integração, marcha para o oeste e política indigenista (1930-1945). 2014. 154 p. **Dissertação** (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/03/2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/35533>. Acesso em: 10 dez. 2019. p. 113.

ler nos usos do conceito de povo neste trecho, uma aversão à identidade “universal”, apontando para a necessidade de tematizar problemas próprios da sociedade brasileira nos debates do direito civil.

#### 3.4. O conceito de povo nos debates sobre Obrigações e Responsabilidade Civil

As matérias de obrigações e responsabilidade civil contam com baixa ocorrência do conceito de povo, assim como os direitos reais. Na matéria de obrigações, a categoria é utilizada no debate sobre as técnicas de coerção dos devedores insolventes – notadamente, a possibilidade de prisão civil por não pagamento de dívida. Dois autores se manifestam sobre o assunto: João Braz de Oliveira Arruda e Augusto Vaz. Ambos observam o histórico do instituto apontando sua flexibilização ao longo do século XIX e conseqüente redução das hipóteses de aplicação.

Para o primeiro, importa relevar a distinção entre devedores inocentes e culpados. Além disso, o autor define a presunção de culpa no caso de inadimplemento, bem como debate as provas cabíveis. No texto de Arruda, é verificada uma preocupação em realizar uma leitura do instituto no ordenamento jurídico partindo do direito nacional, utilizando a expressão “diversos povos” para manifestar um afastamento em relação a um ideal universalizante do direito: Sem nos ocuparmos com as legislações dos diversos povos, examinemos unicamente os preceitos do Direito Patrio, destinados a assegurar a efficacia das sentenças<sup>349</sup>.

Já o texto de Augusto Vaz tem foco nas hipóteses em que a prisão civil caberia no ordenamento brasileiro após a proclamação da República. Nele, o autor trabalha com diversas categorias de devedor insolvente e também com a figura do depositário infiel (e suas variações, como o tutor que não retorna os bens dos órfãos). Também há, neste texto, uma análise acerca do prazo para a prisão. O conceito de povo aparece apenas na forma de “povos da antiguidade”, indicando

---

<sup>349</sup> ARRUDA, João Braz de Oliveira. Devedores insolváveis. **Revista O Direito**. v. 27, n. 78, p. 488-498. jan.-abr. 1899. p. 492.



que o instituto da prisão civil dos devedores extrapolava o direito romano já na antiguidade<sup>350</sup>.

Também tratando do tema das obrigações, Manoel C. Ferreira Landin, tratando das dívidas decorrentes da atividade médica, utiliza a categoria “povo” em sentido semelhante a João Braz de Oliveira Arruda. O autor destaca a subsidiariedade e a incongruência entre os diferentes “povos cultos”, para argumentar que as disposições estrangeiras acerca da prescrição desta obrigação deveriam ser adotadas na medida em que se adequassem aos costumes brasileiros: “Invoca-se o direito dos povos cultos que é fonte, como se sabe, mas fonte subsidiária (convém logo que se diga) do nosso Direito. Mas, esse Direito das Nações modernas não é uniforme, pois que varia de nação a nação”<sup>351</sup>.

No que tange à Responsabilidade Civil, dois dos três artigos selecionados tratam de questões muito ligadas à urbanização, temas interessantes para observar vestígios do pensamento jurídico brasileiro na virada do século, uma vez que neles é possível resgatar elementos de como a dimensão jurídica foi provocada pelas transformações sociais do período. O terceiro, também traz um problema importante: a responsabilidade por danos não econômicos.

O primeiro trabalho selecionado nesta matéria traz como tema a responsabilidade civil do portador de sífilis. Em um contexto aumento da população urbana e de crescente preocupação com a higiene pública, no qual o Estado buscou combater doenças como a varíola, a febre amarela e a peste bubônica, Claudio de Souza, “Director-fundador” da “Liga paulista de prophylaxia moral e sanitaria” chama a atenção para a responsabilização civil pelo contágio de sífilis em texto publicado no ano de 1909 pela Revista O Direito.

O autor parte da constatação de que é preciso defender as “raças”, em especial no caso brasileiro, marcado pela miscigenação. Todavia, considera que a “raça” brasileira está ameaçada por dois fatores: “O alcoolismo e a syphilis são, sem possibilidade de dissensão, os dous elementos maximos do enfraquecimento e da degeneração da nossa raça”<sup>352</sup> Voltando sua atenção para o primeiro problema,

---

<sup>350</sup> VAZ, Augusto. Prisão cível. **Revista O Direito**. v.40, n. 117, p. 303-326.jan.-abr. 1912. p. 303.

<sup>351</sup> LANDIN, Manoel C. Ferreira. Honorarios médicos. O direito de cobrar dividas por honorarios médicos, por nosso Direito, não prescreve em um anno. **Revista O Direito**. v.28, n. 83, p. 228-231 set.-dez. 1900. p. 203.

<sup>352</sup> SOUZA, Claudio de. Da responsabilidade civil e criminal do syphilitico. **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 638-648. mai.-ago. 1909. p. 641.

sugere medidas de higiene, além da proibição ou regulamentação da prostituição como formas de amenizar os riscos. Além disso, propõe que o portador da doença tenha o dever de notificar as autoridades sanitárias. Ainda, recomenda a introdução do “damno syphilitico” no Projeto de Código Civil brasileiro, de modo que seja possível a reparação do prejuízo causado pela transmissão. Para Cláudio de Souza, a higiene é elemento de constituição da nacionalidade tal qual a bandeira “que é a suprema e mais bella abstracção do idéal de cada povo”, visto que significa a proteção da “raça” diante dos perigos da “evolução regressiva do vício”:

As vistas dos Governos, verdadeiramente compenetrados da sua missão, voltam-se apaixonadamente para este problema, que é humano- e de interesse para toda a especie - que é nacional - e de interesse particular para cada povo.

No Brasil até hoje não houve um só Governo que attentasse seriamente para o problema da defeza da nossa raça, já contra as injuncções deleterias do vicio e das pragas de degeneração pathologica, já contra a conjuncção com raças inferiores, cujos productos nascerão com a tara de suas fraquezas<sup>353</sup>.

Povo e raça se imiscuem neste discurso permeado pelo léxico evolucionista. Desta maneira, a categoria povo expressa neste trecho um imaginário da população pelo viés biológico. No mesmo sentido, as noções de cidadania e identidade que figuram no em torno da categoria analisada são marcadas pela ideia de raça e, em seguida, também aparecem ligadas à origem indígena e ao território nacional:

A nossa raça no inicio da sua vida civilizada, entrou para o cotejo das nações, com um sangue forte, audaz, nascido e creado ao oxigenio e ao ozona das florestas, enfibrando nas grandes lutas campaes e dourado ao grande sol triumphal dos tropicos.

Era um sangue selvagem de força, de audacia sublime, de acção impetuosa e tremenda, conscio do seu valor, orgulhoso da majestade das suas paysagens e da violencia dos seus rios<sup>354</sup>

O segundo texto sobre responsabilidade civil selecionado para análise trata de uma transformação típica dos reflexos da segunda revolução industrial em cidades como o Rio de Janeiro no início do século XX: a introdução dos carros nos centros urbanos. Em “O automóvel perante a justiça”, Astolpho Rezende debate a

<sup>353</sup> SOUZA, Claudio de. Da responsabilidade civil e criminal do syphilitico. **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 638-648. mai.-ago. 1909. p. 639.

<sup>354</sup> SOUZA, Claudio de. Da responsabilidade civil e criminal do syphilitico. **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 638-648. mai.-ago. 1909. p. 639.

adequação do direito brasileiro a essa inovação que representava o automóvel em 1910.

Para além de destacar o problema das mudanças sociais dos fins do século XIX e do início do século XX como ponto importante de preocupação para a doutrina jurídica, o autor trata da responsabilidade civil e criminal dos condutores de automóvel. Sobre esse tema, discute a conveniência de limitar a velocidade máxima dos carros, a culpa do condutor por imprudência ou falta de aviso (pela não utilização da buzina para alertar os pedestres), assim como a divisão da responsabilidade com o pedestre atingido, quando esse tivesse concorrido para o acidente – o que, segundo Rezende, deveria atenuar a culpa do motorista. Entre tais discussões, há uma ocorrência do conceito de povo em citação de outro autor e em sentido abstrato e homogêneo<sup>355</sup>. Mas o jurista também se refere à uma noção de povo ligada à reivindicação de direitos pela população quando aponta indignação da “massa popular” quanto à ausência de limite de velocidade definido: “por outro lado vão crescendo os brados de indignação, por parte da massa popular, contra essa velocidade homicida”<sup>356</sup>.

O terceiro texto sobre responsabilidade civil, de Manoel Ignacio Carvalho de Mendonça, também traz sugestão de reforma legislativa que vale destacar. Para o jurista, é necessário incluir no projeto de Código Civil a responsabilidade civil em casos de reparação por danos não econômicos. Mendonça abarca em sua análise uma leitura da reparação por danos morais em processo evolutivo desde o direito romano: “A evolução assim iniciada no ultimo periodo do direito romano chegou á plena madureza, atingiu á completa generalisação nas leis dos povos modernos”<sup>357</sup>

Em seguida, Mendonça sistematiza os tipos e sistemas de reparação por danos à personalidade em decorrência de atos ilícitos. O jurista ainda aponta pela necessidade de introduzir um sistema de indenização como forma de reparação e punição, simultaneamente. Além disso, tal sistema também deveria considerar o interesse moral como objeto das obrigações. Sobre isto, Mendonça afirma a

---

<sup>355</sup> REZENDE, Astolpho. O automóvel perante a justiça. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 169-188. set.-dez. 1910. p. 170.

<sup>356</sup> REZENDE, Astolpho. O automóvel perante a justiça. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 169-188. set.-dez. 1910. p. 171.

<sup>357</sup> MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. Obrigações. Reparação dos danos não econômicos. (Subsidio para o estudo do Projecto de Codigo Civil). **Revista O Direito**. v.31, n. 91, 259-279. mai.-ago. 1903. p. 260.

importância de abarcar os “interesses moraes reconhecidos pelos povos civilizados”<sup>358</sup>.

### 3.5. Codificação Civil

Quanto à codificação civil, foram selecionados para análise nesta seção os artigos que tratavam da codificação em geral ou da unificação do direito privado no projeto de código civil. Isto porque, aqueles artigos que sugeriam reformas pontuais ou criticavam algum aspecto do código em uma matéria específica não só deixavam, muitas vezes, de discutir o problema da codificação em si (privilegiando, em vez disso, a questão pontual que tematizavam) como também já foram em grande parte abordados nos tópicos anteriores. Além disso, evitando a repetição, os trabalhos analisados no capítulo anterior (sobretudo de Beviláqua e Coelho Rodrigues) não foram novamente incluídos na análise a seguir.

Ainda que tenha sido originalmente escrito em 1867, o artigo de Augusto Teixeira de Freitas sobre a necessidade de realizar um novo plano para o Código Civil foi reproduzido pela Revista O Direito. Com efeito, neste texto é possível perceber alguns dos significados circulantes do conceito de povo em relação ao desejo de ruptura no sistema de fontes do direito brasileiro. Em primeiro lugar, há uma semântica que afasta do povo as construções legislativas, relegando-as aos “homens da ciência”, leitura que fundamenta a divisão “científica” do código em “pessoas”, “coisas” e “fatos”:

No Cod. Geral as leis que ensinam, nos outros códigos, as leis que mandam. O Cod. Geral para os homens da ciência, os outros para o povo. O projectado Cod. Geral será muito mais do que um Código de definições. Compreenderá todas as materias do 1.º livro de nosso Esboço de Cod. Civil sobre - pessoas - cousas - e factos, elevando-as, porém á sua derradeira altura”<sup>359</sup>.

Por outro lado, há também uma expressão do conceito de povo ligada à conquista da liberdade do indivíduo: “A liberdade é o homem. A liberdade em política

358 MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. Obrigações. Reparação dos danos não econômicos. (Subsidio para o estudo do Projecto de Codigo Civil). Revista O Direito. v.31, n. 91, 259-279. mai.-ago. 1903. p. 260.

359 FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Proposta Do Dr. Teixeira de Freitas sobre um novo plano para o mesmo Código (texto original de 1867). **Revista O Direito**. v. 24, n. 71, p. 321-328 set.-dez. 1896. p. 325.

jamais teria o nome de direito, se os povos não se houvessem remido das instituições opressivas; e na vida civil não teria correlativo, se não fosse o abuso da escravidão"<sup>360</sup>.

Já Beviláqua, escreve em contrariedade à hipótese de Montesquieu de que o direito deve se adaptar ao “povo”. Segundo o egresso da Faculdade de Direito do Recife, apontando pela possibilidade de um quadro legislativo que transcenda fronteiras:

Disse MONTESQUIEU que as leis devem por tal modo se adaptar a indole dos povos que só por acaso raro podem convir a uma determinada nação as que foram estabelecidas para outra. Os estudos mais aprofundados da legislação comparada demonstraram que o grande jurista philosopho fez uma indução precipitada. As similhanças entre as legislações dos povos mais diferentes, sob o ponto de vista ethnico, abrolham através da ramagem frondosa das originalidades que por acaso existem<sup>361</sup>.

Em contrapartida, Beviláqua confere certa razão à Montesquieu. Porém, atribui essa adaptação a uma leitura evolucionista da relação entre o direito e o povo:

O caso mais celebrado e o da recepção do direito romano pela Allemanha; mas não é absolutamente uma singularidade historica. HERMANN POST aponta, entre outras, a recepção do direito indiano na Birmania, a do direito mahometano entre diferentes povos africanos; a do direito germanico em terras hungaras eslavas. Nenhum grupo de nações, porem, tera melhores titulos para affirmar a possibilidade da adaptação de leis exoticas do que as ibero-americanas. Entretanto, não e totalmente erronea a affirmação de MONTESQUIEU. Ha entre as leis de um povo e a sua vida social uma relação similhante a que existe entre o sigual e o pensamento por elle traduzido. Assim, por um lado, as formas legislativas tomadas de emprestimo se modificam e alteram, muitas vezes, para que melhor se accomodem ás necessidades peculiares do novo meio, e, outras vezes definham, se atrophiam e morrem, por lhes faltar a nutrição indispensavel, que lhes ministra a vida social. São fórmias vasias, neste ultimo caso, que hão de ser eliminadas por inuteis ou prejudiciaes<sup>362</sup>

<sup>360</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Proposta Do Dr. Teixeira de Freitas sobre um novo plano para o mesmo Código (texto original de 1867). **Revista O Direito**. v. 24, n. 71, p. 321-328 set.-dez. 1896. p. 326.

<sup>361</sup> BEVILAQUA, Clovis. Projecto de Codigo Civil. Em prol da adopção. **Revista O Direito**. v.32, n. 94, p. 53-63. mai.-ago. 1904. p. 53.

<sup>362</sup> BEVILAQUA, Clovis. Projecto de Codigo Civil. Em prol da adopção. **Revista O Direito**. v.32, n. 94, 53-63. mai.-ago. 1904. p. 54.

A questão da unificação do direito privado também foi preocupação de alguns juristas no entorno do processo de codificação civil. As posições divergiam entre aqueles que postulavam a introdução do direito comercial na codificação civil e os que entendiam que tais ramos do direito mereciam codificações apartadas.

Um dos pontos apontados por Brazilio Machado em defesa da unificação, diz respeito ao “espírito republicano” e a indistinção entre pessoas que vê como exemplo no povo Suíço:

A Suissa, organisando o seu Codigo Federal das Obrigações, codigo commum ás relações civis e ás relações commerciaes, obedeceu ao temperamento de suas instituições democraticas e ao espirito republicano de seu povo, hostile a toda e qualquer distincção de pessoas<sup>363</sup>.

O texto de Machado apresenta, portanto, um apelo ao ideal de igualdade que existia na retórica republicana para extinguir um regime legislativo diferenciado para os comerciantes. Além disso, também há um recurso ao direito dos “povos civilizados”, no caso da Suíça, como fundamento para a inserção da matéria comercial no Código Civil que estava por vir.

Além de Brazilio Machado, Rivadavia Corrêa também defende a unificação do direito privado. O jurista, para sustentar sua posição, remonta a longa espera pela codificação civil:

Depois de assim mostrar o alto valor das leis civis, os eminentes jurisconsultos accrescentaram: «Por isso a redacção do Codigo Civil fixou primeiro que tudo a attenção do heroe que a Nação fez seu primeiro magistrado». Como o primeiro imperador dos francezes, o nosso primeiro imperante teve a preocupação de dotar o Brazil de um Codigo Civil e delle fez solemne promessa na Carta Constitucional que em 1824 outorgou á nação; mas, menos feliz do que o grande corso, o fundador da monarchia bragantina deste lado do Atlantico não pode realizar o seu patriotico desejo e o povo brasileiro até hoje espera, amarrado ás Ordenações do Reino, por esse «maior bem que os homens possam dar e receber».<sup>364</sup>

Os significados circulantes acerca do conceito de povo nos textos selecionados sobre a codificação civil, tendem para uma leitura mais abstrata e genérica da população, embora se possa detectar padrões mais “arcaicos” nos textos de Beviláqua e Coelho Rodrigues analisados na seção 2.3. Com efeito,

---

<sup>363</sup> MACHADO, Brazilio. Da unificação do direito privado. **Revista O Direito**. v.29, n. 84, p. 20-32. jan.-abr. 1901. p. 29.

<sup>364</sup> CORRÊA, Rivadavia. Da unificação do direito civil e do commercial em um só código. **Revista O Direito**. v. 39, n. 116, p. 113-124. set.-dez. 1911. p. 115-116.

destaca-se que, neste importante momento para a formação da cultura jurídica brasileira, há uma séria de continuidades que transbordam as narrativas de ruptura. Velhos mecanismos podem até ganhar novas formas, um tanto mais “modernas”, mas uma semântica arcaica continua a operar no pensamento, no imaginário e na cultura do direito.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O itinerário do conceito de povo nos textos de direito civil analisados permite uma reflexão sobre a cultura jurídica brasileira do período entre a proclamação da República e o Código Civil de 1916. Os vestígios do pensamento civilista selecionados para a análise, lidos a partir da tentativa de perseguir as precauções metodológicas próprias do estudo, indicam linhas de tensão entre o desejo de modernização e a renitência de estruturas tradicionais.

Os indícios do pensamento jurídico apontam para a multiplicidade semântica do conceito de povo nos trabalhos de direito civil estudados. Inseridas em uma sociedade na qual haviam pontos de tensão na transição para a “modernidade”, algumas das noções sobre a categoria tendem ora para um sentido mais “arcaico”, ora para um sentido mais “moderno”, às vezes até mesmo harmonizando-se. São visíveis os significados ligados à hierarquia social, ao âmbito doméstico e às tradições locais, características sociais herdadas da sociedade pós-colonial e escravista do Brasil novecentista. Por outro lado, pode-se indicar que mesmo a tendência mais “moderna” tende a incorporar traços desses significados “arcaicos” sob novas formas: uma leitura homogeneizante da população que carrega implícitas as diferenças; um padrão de cidadania pouco afeito ao indivíduo; e uma identidade universal que nega a concretude local em prol de um ideal civilizatório.

Com efeito, ao menos no âmbito do pensamento jurídico civilista, a proclamação da República no Brasil e a edição de um Código Civil não representou uma plena ruptura semântica para o conceito de povo, ao menos em relação às noções de igualdade, cidadania e identidade. Se em teoria tais eventos colocam o povo como protagonista da ordem jurídica pela vontade popular ou se os juristas brasileiros adotavam em seu arcabouço teórico referências a teóricos que partiam do espírito do povo, os indícios levantados na presente pesquisa indicam que o uso do conceito era muitas vezes mediado pela persistência de um imaginário patriarcal, apegado às renitências da estrutura social brasileira.

Isso é visível sobretudo nos textos analisados que versavam sobre o direito de família. Ainda que sejam visíveis rachaduras no poder doméstico ao investigar usos do conceito de povo nesta matéria, a ocorrência do conceito de povo em maior

frequência nesta matéria do que nas demais sugere uma preocupação maior com as linhas de tensão entre a “tradição” e a “modernidade” levantadas. Isso porque os debates jurídicos nesta seara importavam a invasão legislativa em um terreno polêmico: a casa. Questões sobre sucessões, legitimidade dos filhos, pátrio poder, capacidade da mulher, divórcio, avançavam sobre a esfera doméstica, colonizando as relações da casa pela normatividade da lei. Tanto para reivindicar uma proteção mais ativa da família pelo Estado, quanto para garantir que certas relações permanecessem intocadas pela lei, alguns juristas mobilizaram o conceito de povo como parte de seus argumentos. Contudo, se a casa passava a ser cada vez mais a ser objeto de preocupação estatal, a pesquisa aponta que mesmo nesse movimento o conceito de povo incorporava alguns elementos do imaginário patriarcal próprio da esfera doméstica, reintroduzindo no pensamento jurídico um conteúdo “arcaizante”.

Mas mesmo ao tratar do tema “modernizante” da codificação civil, o pensamento jurídico adotava, ocasionalmente, um conceito de povo ligado à tradição. A harmonização foi constatada, por exemplo, nos indícios de que teorias de teor mais evolucionista ou mais jusnaturalista foram utilizadas para o mesmo argumento, como em Coelho Rodrigues e Clóvis Beviláqua, que sustentavam uma ruptura em sentido à codificação pela adaptação aos costumes do povo.

Por outro lado, há uma eloquente ausência da categoria povo nos textos acerca do Direito das Obrigações, da Responsabilidade Civil ou do Direito das Coisas. Entre os textos levantados os debates envolvendo a propriedade só recorreram ao conceito de povo ao tratar dos bens da Igreja ou das terras indígenas. Isto indica que acerca das relações de pertencimento não havia, no extrato do pensamento civilista analisado, preocupação com as questões de igualdade, cidadania e identidade, tão latentes no âmbito político, intelectual e em parte da cultura jurídica do início da República. As linhas de tensão no entorno do conceito de povo, porém, parecem ter inquietado os juristas que escreveram sobre direitos reais no ponto em que a área foi impactada pela secularização e pela questão da proteção dos indígenas.

Tal situação indica que o clamor pelo protagonismo da lei e pela ruptura com o antigo sistema de fontes, representava mais uma quebra formal do que material com o passado que se rejeitava. O conteúdo continuava a reiterar um imaginário “tradicional”, ao menos em relação aos usos da categoria povo.

O “povo” que é possível verificar indiciariamente nos textos analisados, é, portanto, muitas vezes, um povo homogêneo e abstrato, distante daquele de carne e osso que lotava os cortiços ou encarava a aridez dos sertões, por exemplo. Esse, era um “povo” que, para os autores lidos, não estava ainda apto a constituir uma nação, de modo que não era para ele que o direito civil deveria se voltar. Ao menos, não diretamente, visto que alçar este “povo” ao patamar dos “povos civilizados” era, muitas vezes, a missão implícita que os juristas conferiam a si mesmos e à lei. Exceto quando o debate versava sobre questões ligadas à permanência de uma estrutura social patriarcal e excludente. Nesses casos, a semântica do conceito de povo atrelada à hierarquia social, à família e aos hábitos tradicionais é explícito, evidenciando a permanência de um imaginário não tão moderno na cultura jurídica brasileiro.

O que se pode perceber, deste modo, com a investigação do conceito de povo no pensamento civilista, são indícios de que a cultura jurídica brasileira entre a proclamação da República e a promulgação do Código Civil de 1916 não tinha incorporado o “povo” como protagonista da ordem jurídica. Variando entre arcaísmos e modernismos, parece que a categoria estudada serviu como ferramenta maleável, apta a reforçar permanências e provocar fissuras em uma estrutura jurídica que buscava se desvencilhar do passado, mas que não conseguia se desamarrar da tradição.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: Poder soberano e vida nua. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALVES, João Luiz. Da investigação de paternidade no direito patrio (Dissertação apresentada á Faculdade Livre de Direito de Minas). **Revista O Direito**. v. 27, n. 80 p. 161-182, set.-dez. 1899.

ARARIPE JUNIOR, T. A. Dominio imminente da Igreja catholica sobre os bens eclesiásticos pertencentes ás Ordens Terceiras. Personalidade jurídica da Igreja e das associações religiosas. Intelligencia do Decr. 173 de 10 de Setembro de 1893. **Revista O Direito**. v.33, n. 98, 165-172. set.-dez.1905.

ARROSI, João Paulo. A concretude do conceito: notas para uma aproximação entre história do direito e história dos conceitos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012.

ARRUDA, João Braz de Oliveira. Devedores insolváveis. **Revista O Direito**. v. 27, n. 78, p. 488-498. jan.-abr. 1899.

ARRUDA, João. A nova lei sobre sucessões. **Revista O Direito**. 1908, v.36, n. 106, p. 5-55. mai.-ago. 1908.

BARBOSA, Samuel. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.) **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008.

BASTOS, Felinto Justiniano Ferreira. Congresso Juridico Brasileiro. Secção de Direito Civil. No estado actual dos costumes será necessario admittir-se o divorcio, ou bastará o remedio da separação de corpos e de bens? **Revista O Direito**. v.37, n. 108, p. 588-591 jan.-abr. 1909.

BENJAMIN, Walter. Tese VII Sobre o conceito de história. In: LÖWY, Michael. **Aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. A egualdade jurídica dos sexos, a condição dos espúrios e o instituto da adopção, perante o direito civil hodierno. Femenismo. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 290-304. mai-ago. 1912.

BEVILÁQUA, Clóvis. O Problema da codificação do Direito Civil Brasileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 6, n. 1, p. 3-18, set. 2018. ISSN 2448-2307. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/238267/30071>>. Acesso em: 24 out. 2019.

BEVILAQUA, Clovis. Projecto de Codigo Civil. Em prol da adopção. **Revista O Direito**. v.32, n. 94, 53-63. mai.-ago. 1904.

BEVILÁQUA, Clóvis. Projecto do Código Civil Brasileiro. **Revista O Direito**. v.28, n. 81, jan.-abr, 1900. p. 480-570.

CARNEIRO Levi. Da capacidade jurídica das associações religiosas. **Revista O Direito**. v. 39, n. 114, p. 206-225 jan.-abr. 1911.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**: o imaginário republicano no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, J.M. **Os bestializados**: o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, José Murilo de. Os três povos da República, **Revista USP**, n. 59, p. 96–115, 2003.

CLAVERO, Bartolomé. Esclavitud y codificación en Brasil, 1888-2017: por una historia descolonizada del derecho latino-americano. **Revista de Historia del Derecho**. nº 55, enero-junio 2018. p. 27-89.

CORRÊA, Rivadavia. Da unificação do direito civil e do commercial em um só código. **Revista O Direito**. v. 39, n. 116, p. 113-124. set.-dez. 1911.

COSTA, Pietro. **Civitas**: Storia dela cittadinanza in Europa: 1. Dalla civiltà comunale al Setecento. Roma-Bari: Laterza, 1999.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). **As paixões do jurista**. Curitiba: Juruá, 2011.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo; SANTORO, Emilio. **O estado de direito**: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos**: Lições de história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba, Juruá, 2010.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil**: cultura jurídica criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

DRUMMOND Lima. Das culpas reciprocas dos cônjuges no divorcio litigioso. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 5-23. set.-dez, 1910.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. 2008. 138f. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-

Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/16081>. Acesso em: 16 fev. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A Cultura Jurídica Brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, jun. 2006. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9415/6507>. Acesso em: 23 jan. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija**. Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Dykinson, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A “Leis de Terras” e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de História del Derecho**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas Unam, n. 17, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: A questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: TEIXEIRA, A. C. B. e RIBEIRO, G. P. L..(Orgs.). **Manual de Teoria Geral do Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito. In: \_\_\_\_\_. (Org.) **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, R. M.; SEELAENDER A. C. L. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. (Orgs.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **TEIXEIRA DE FREITAS: UM JURISCONSULTO “TRAIADOR” NA MODERNIZAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA. - IHGB - Instituto Histórico Geográfico Brasileiro**, disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-452/item/108338-teixeira-de-freitas-um-jurisconsulto-traidor-na-modernizacao-juridica-brasileira.html>, acesso em: 20 nov. 2019.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, Bernardo (a cura di). **Storia e diritto: sperienze a confronto**. Milano: Giuffrè, 2013.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias Da Modernização Jurídica Brasileira: A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX, **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 98, p. 257–293, 2008, p. 261.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FREITAS, Augusto Teixeira de. Código Civil. Proposta Do Dr. Teixeira de Freitas sobre um novo plano para o mesmo Código (texto original de 1867). **Revista O Direito**. v. 24, n. 71, p. 321-328 set.-dez. 1896.

GARCEZ, Martinho. **Nullidades dos Actos Juridicos**. Rio de Janeiro: Cunha & Irmão, 1896. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242352>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

GARRIGA, Carlos, Presentación: Historia y derecho, historia del derecho, **Istor. Revista de historia internacional**, v. 16, p. 1–4, 2004.

GOES, Alberto Julio de. A mãe natural tem o pátrio poder? **Revista O Direito**. v.32, n. 94, p. 64-69. mai.-ago. 1904.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

GROSSI, Paolo, Della interpretazione come invenzione (la riscoperta pos-moderna del ruolo inventivo della interpretazione, **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico**, v. XLVII, p. 9–19, 2018.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. Pensamento Jurídico. In: \_\_\_\_\_. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GROSSI, Paolo, Sulla Storia del Pensiero Giuridico, **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 11/12, p. 1144–1149, 1982/1983.

HANSEN, Thiago Freitas. Imaginários da modernização do direito na era Vargas: integração, marcha para o oeste e política indigenista (1930-1945). 2014. 154 p. **Dissertação** (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 28/03/2014. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/35533>. Acesso em: 10 dez. 2019.

HESPANHA, António Manuel. Categorias – um pouco de teoria da história do imaginário social. In: \_\_\_\_\_. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2010.

HESPANHA, **Como os juristas viam o mundo: 1550-1750**. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: Edição impressa: Create Space, 2015. p. 4. Ebook. ISBN-10: 1508797528.

HESPANHA, Antônio, Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e no que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini**. vol. XXXV, p. 59-71. 2006.

HESPANHA, António Manuel. “Tomando a história a sério” - Os exegetas segundo eles mesmos., *in*: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.), **As Formas do Direito: Ordem, Razão e Decisão**., Curitiba: Juruá, 2013, p. 209–237.



IGNOTUS (pseudônimo) A investigação da paternidade. **Revista O Direito**. v.19, n.54, p. 486-490. jan.-abr. 1891.

IGNOTUS (pseudônimo). A liberdade de testar. **Revista O Direito**. v.19, n.54, p. 491-495. jan.-abr. 1891.

KOSELLECK, R.. **Futuro passado**: contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2016.

LANDIN, Manoel C. Ferreira. Honorarios médicos. O direito de cobrar dividas por honorarios médicos, por nosso Direito, não prescreve em um anno. **Revista O Direito**. v.28, n. 83, p. 228-231 set.-dez. 1900.

LÖWY, Michael. **Aviso de incêndio**: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. São Paulo: Boitempo, 2005.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Da monarquia à oligarquia**: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930). São Paulo: Alameda, 2014.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Democracia. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG.

LYNCH, Christian Edward Cyril. República, evolucionismo e Código Civil: a presidência Campos Sales e o Projeto Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: **R.IHGB**, nº 473. jan./mar. 2017.

MACHADO, Brazilio. Da unificação do direito privado. **Revista O Direito**. v.29, n. 84, p. 20-32. jan.-abr. 1901.

MARQUES, José Manoel de Azevedo. Inofficiosidade das doações a estranhos. Modo de calculal-a. **Revista O Direito**. v. 26, n. 75, p. 321-326. jan.-abr. 1898.

MELLO, Alfredo Pinto Vieira de. Menores abandonados e menores delinquentes. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113. p. 24-59. set.-dez. 1910.

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. Obrigações. Reparação dos danos não econômicos. (Subsidio para o estudo do Projecto de Codigo Civil). **Revista O Direito**. v.31, n. 91, 259-279. mai.-ago. 1903.

MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). 2018. 229 p. **Dissertação (mestrado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa : Curitiba, 13/04/2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/56070>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MOURÃO, Carvalho. Razões e fundamentos da opinião contraria ao parecer da Comissão do Instituto dos Advogados. **Revista O Direito**. v.28, n. 81, p. 330-343. jan.-abr. 1900.

NEVES, José. Introdução. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Como se faz um povo?** Lisboa: Edições tinta-da-china, 2010.

OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. Juristas ao final do império brasileiro (1873-1889): perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito. 2015. 328 f. **Tese (doutorado)** - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1884/40470>. Acesso em: 16 fev. 2020.

OLIVEIRA, Virgílio Cardoso de. Direito Civil: Mãe tutora. Actualmente a mãe tutora presta contas da administração dos bens do filho? Perde o patrio poder, que hoje tem, pelo fato do segundo casamento? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 570-575. set.-dez. 1891.

OLIVEIRA, Virgílio Cardoso de. Qual dos regimens sucessórios deve ter preferência? **Revista O Direito**. v.19, n.56, p. 16-28. set.-dez. 1891.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília : Senado Federal, 2004.

PEREIRA, Luis Fernando Lopes. A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Nova História Brasileira do Direito: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Luisa Rauter. Povo/Povos. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG.

PEREIRA, Luisa Rauter. Soberania. In: FERES JÚNIOR, João (Org.). **Léxico da história dos conceitos políticos no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG.

PETIT, Carlos. Derecho Civil e identidade nacional. **Revista para el analisis del derecho**. n. 3/2011 p 3-36, Barcelona, Julho de 2011.

PETIT, Carlos. **Discurso sobre el discurso**: Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

REVISTA O DIREITO. v. 24, n. 69, jan.-abr. 1896, p. 162.

REVISTA O DIREITO. 1900, v.28, n. 83, set.-dez. p. 59 e ss.

REVISTA O DIREITO. v.33, n. 101, set.-dez. 1906. p. 655-656.

REZENDE, Astolpho. O automóvel perante a justiça. **Revista O Direito**. v. 38, n. 113, p. 169-188. set.-dez. 1910.

REZENDE, Astolpho. Os menores abandonados e delinquentes. **Revista O Direito**. v. 39, n. 114, p. 371-407. jan.-abr. 1911.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: companhia da Letras, 1995.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **A República na América do Sul**: ou um pouco de história e crítica oferecido aos latino-americanos. Brasília: Senado Federal, 2016.

RODRIGUES, Antônio Coelho. Congresso Jurídico Brasileiro. Secção de direito civil. **Revista O Direito**, v.36, n. 107, set.-dez. 375-397, 1908.

RODRIGUES, Antônio Coelho. Plano Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista O Direito**, v.17, n.49, maio-ago, 1889.

RODRIGUES, Antônio Coelho. **Projeto do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1893.

RODRIGUES, Nina Apontamentos medico-legaes ao Projecto do Código Civil Brasileiro. **Revista O Direito**. v.30, n. 88, p. 5-26. mai.-ago. 1902.

ROSAS, Tito. É' conveniente a investigação de paternidade nos povos da América Latina? **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 622-638, mai.-ago, 1909.

RUSSEL, Alfredo de Almeida. Congresso Jurídico Americano. A lei civil deve assegurar ao conjuge sobrevivente um direito successorio sobre os bens do predefuncto, ainda que concorram parentes á herança deste? **Revista O Direito**. v.30, n. 88, p. 197-206. mai.-ago. 1902.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Nem preto, nem branco, muito pelo contrário**: cor e raça na sociabilidade brasileira. São Paulo: Editora Claro Enigma, 2012. Epub. ISBN: 978-85-438-0041-7.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARCZ, Lília Moritz. População e sociedade. *In*: **A abertura para o mundo**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SEELANDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (473):327-424, jan./mar. 2017.

SEELAENDER. A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA Martonio Mont'Alverne Barreto (Orgs.). **Diálogos constitucionais**: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA, Claudio de. Da responsabilidade civil e criminal do syphilitico. **Revista O Direito**. v.37, n. 109, p. 638-648. mai.-ago. 1909.

SOUZA, H. Inglez de. Convém fazer um Código Civil? **Revista Brasileira**, Rio de Janeiro, 1899, nº 17, p. 257-275. Disponível em: <<http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=139955&PagFis=13409>> Acesso em 17 dez. 2019.

SOUZA, H. Inglez de. O selvagem perante o direito. **Revista O Direito**. v. 38, n. 112, p. 5-18, mai.-ago. 1910.

SOUZA, Luiz Antonio de Aguiar e. Os filhos naturaes, “em especie”, tidos no tempo da “viuvez do pae” e, por ele reconhecidos, concorrem á herança paterna, quer com os filhos do primeiro, e quer com os filhos do segundo matrimonio do mesmo pae. **Revista O Direito**. v.40, n. 118, p. 5 a 12. mai-ago. 1912.

SOUZA, Michael Dionísio de. O direito canônico e a ordem jurídica do brasil: da lei da boa razão ao código de 1916. Dissertação. Curitiba: UFPR, 2014.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (473):105-125, jan./mar, 2017.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O direito e a cultura jurídica no Brasil independente: permanências e discontinuidades. **RIDB**, Ano 3, n.8, 2014.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao Código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015.

TARELLO, Giovanni. **Storia dela cultura giuridica moderna**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1976.

ULPIANO, José. A nova lei sobre sucessões. **Revista O Direito**. v.36, n. 105, 573-575. jan.-abr. 1908.

VAZ, Augusto. Prisão cível. **Revista O Direito**. v.40, n. 117, p. 303-326.jan.-abr. 1912.

WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.