UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALIF RONALDO SOARES DOMINGUES

HISTÓRIA, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL BRASILEIRO (1891-1916)

CURITIBA

2024

ALIF RONALDO SOARES DOMINGUES

HISTÓRIA, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL BRASILEIRO (1891-1916)

Dissertação apresentado ao curso 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. Área de concentração: Direito do Estado. Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca.

CURITIBA

2024

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Domingues, Alif Ronaldo Soares
História, obrigação e contrato: o antigo e o novo no pensamento obrigacional-contratual brasileiro (1891-1916) / Alif Ronaldo Soares Domingues. – Curitiba, 2024.
1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito.
Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca.

1. Responsabilidade contratual. 2. Direito - Brasil - História. 3. Obrigações (Direito). I. Fonseca, Ricardo Marcelo. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº451

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

No dia vinte e sete de março de dois mil e vinte e quatro às 14:00 horas, na sala da Memória, Praça Santos Andrade, 50 - 1º andar, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **ALIF RONALDO SOARES DOMINGUES**, intitulada**: HISTORIA, OBRIGACAO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL BRASILEIRO (1891-1916)**, sob orientação do Prof. Dr. RICARDO MARCELO FONSECA. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RICARDO MARCELO FONSECA (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), ALFREDO DE JESUS DAL MOLIN FLORES (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL), SAMUEL RODRIGUES BARBOSA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO), SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR (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, RICARDO MARCELO FONSECA, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 27 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica
07/04/2024 19:10:37.0
RICARDO MARCELO FONSECA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
15/04/2024 16:17:50.0
ALFREDO DE JESUS DAL MOLIN FLORES
Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica
08/04/2024 13:38:18.0
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
06/04/2024 11:46:12.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 354732
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 354732

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **ALIF RONALDO SOARES DOMINGUES** intitulada: **HISTORIA, OBRIGACAO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL BRASILEIRO (1891-1916)**, sob orientação do Prof. Dr. RICARDO MARCELO FONSECA, 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, 27 de Março de 2024.

Assinatura Eletrônica
07/04/2024 19:10:37.0
RICARDO MARCELO FONSECA
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica
15/04/2024 16:17:50.0
ALFREDO DE JESUS DAL MOLIN FLORES
Avaliador Externo (UNIVER. FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL)

Assinatura Eletrônica
08/04/2024 13:38:18.0
SAMUEL RODRIGUES BARBOSA
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Assinatura Eletrônica
06/04/2024 11:46:12.0
SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.
Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 354732
Para autenticar este documento/assinatura, acesse https://siga.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp e insira o codigo 354732

Aos meus pais, Raquel e Ronaldo, por todo amor e inspiração.

Serão novos amigos da "verdade", esses filósofos vindouros? É bastante provável: pois, até agora, todos os filósofos amaram suas verdades. Mas ceramente não serão dogmáticos. Iria de encontro ao seu orgulho, e também de encontro ao seu gosto, caso a verdade deles ainda fosse tida por uma verdade para qualquer um: o que até agora foi o secreto desejo e o sentido por trás de todos os esforços dogmáticos. "Meu juízo é o meu juízo: não é tão facilmente que um outro também tem o direito a ele" – diz talvez um desses filósofos do futuro. É preciso acabar com o mau gosto de querer concordar com muitos. O "bom" deixa de ser bom se o vizinho passa a papagueá-lo. E como poderia afinal haver um "bem comum"? A expressão contradiz a si própria: aquilo que pode ser comum sempre possui pouco valor. Deve ser de tal modo, por fim, como é e sempre foi: as grandes coisas ficam para os grandes, os abismos para os profundos, as delicadezas e arrepios para os sutis e, de modo geral e para resumir, tudo que é raro para os raros.

Friedrich Nietzsche em Além do Bem e do Mal, 1886.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo compreender as tensões entre antigo e novo no pensamento obrigacional-contratual brasileiro na transição do século XIX para o XX. Foram selecionadas como fontes primárias de investigação as edições das revistas acadêmicas das duas faculdades de direito mais importantes na época (São Paulo e Recife), onde foi possível realizar uma análise qualitativa dos textos publicados entre o surgimento dos periódicos (1891) e a edição do Código Civil de 1916. Utilizando categorias como "pensamento jurídico" e "tradução", a pesquisa demonstra a complexidade do pensamento que circulava nas faculdades de direito da época, que conjugava, ao mesmo tempo, elementos de uma típica modernidade jurídica com outros de raízes ainda pré-modernas. Enquanto uma "nova escola" era fundada, certos elementos tradicionais ainda permaneciam no imaginário jurídico daquela comunidade histórica. A intenção é inserir o pensamento jurídico brasileiro desta transição do século XIX para o XX, mais que num cenário de modernidade ou atraso, num quadro de complexidade. Com tal objetivo, a pesquisa volta-se primeiro à compreensão de algumas categorias chaves utilizadas no texto, como obrigação e contrato, pensamento jurídico e tradução. Em seguida, busca-se compreender a regulação normativa da disciplina obrigacional contratual no cenário do direito comum europeu que, respeitadas as devidas proporções, se assemelha com a pluralidade jurídica e o quadro de tensões do Brasil do século XIX. Avançando na pesquisa, investiga-se o cenário geral normativo do pensamento jurídico brasileiro do século XIX, identificando um quadro geral de fontes normativas presentes na cultura jurídica brasileira oitocentista. Por último, analisa-se as fontes dos discurso obrigacional-contratual brasileiro da passagem do século XIX para o XX a fim de checar as disputas entre antigo e novo no imaginário dos juristas que estavam na vanguarda do pensamento jurídico brasileiro. Investiga-se quais eram as questões debatidas em matéria obrigacional-contratual nas revistas acadêmicas de São Paulo e Recife, verificando-se se as opiniões jurídicas ali dispostas representavam mais quebras, descontinuidades, continuações, recepções, traduções ou reinvenções em relação à tradição de uma ordem jurídica já vigente. Desse esforço, foi possível extrair que, no período analisado (1891-1916), antigo e o novo se manifestavam no pensamento obrigacional-contratual brasileiro de uma maneira dúplice, convivendo entre tensões, adequando-se, traduzindo-se e, portanto, formando um conceito de modernidade jurídica muito peculiar, não tão pautado na oposição maniqueísta entre antigo e novo, mas sim como processo híbrido e complexo de oposição e complementariedade entre si.

Palavras-chave: pensamento obrigacional-contratual; cultura jurídica; periódicos acadêmicos; modernização do direito.

ABSTRACT

The present study aims to understand the tensions between the old and the new in Brazilian contractual-obligational thought during the transition from the 19th to the 20th century. The primary sources of investigation were selected from the editions of academic journals from the two most important law schools at the time (São Paulo and Recife). It was possible to conduct a qualitative analysis of the texts published between the emergence of the periodicals (1891) and the publication of the Civil Code of 1916. Using categories such as "legal thought" and "translation," the research demonstrates the complexity of the thought circulating in the law schools of the time, which combined elements of typical legal modernity with others still rooted in pre-modern traditions. While a "new school" was being founded, certain traditional elements still persisted in the legal imaginary of that historical community. The intention is to place Brazilian legal thought of this transition from the 19th to the 20th century not in a scenario of modernity or backwardness but in a framework of complexity. With this objective, the research first turns to the understanding of some key categories used in the text, such as obligation and contract, legal thought, and translation. Next, it seeks to understand the normative regulation of contractual-obligational discipline in the context of European common law, which, with due proportions, resembles the legal plurality and tension framework of 19th-century Brazil. Advancing in the research, the normative general scenario of Brazilian legal thought of the 19th century is investigated, identifying a general framework of normative sources present in Brazilian legal culture of the 19th century. Finally, the sources of Brazilian contractual-obligational discourse from the turn of the 19th to the 20th century are analyzed to check the disputes between the old and the new in the imagination of the jurists who were at the forefront of Brazilian legal thought. It investigates what issues were debated in contractual-obligational matters in the academic journals of São Paulo and Recife, verifying whether the legal opinions expressed there represented more breaks, discontinuities, continuations, receptions, translations, or reinventions in relation to the tradition of an already existing legal order. From this effort, it was possible to extract that, in the analyzed period (1891-1916), the old and the new manifested themselves in Brazilian contractual-obligational thought in a twofold manner, coexisting amid tensions, adapting, translating, and thus forming a very peculiar concept of legal modernity, not so much based on the Manichean opposition between old and new, but rather as a hybrid and complex process of opposition and complementarity between them.

Keywords: contractual-obligational thought; legal culture; academic journals; modernization of law.

RIASSUNTO

Questo studio ha como finalità comprendere le tensioni tra il vecchio e il nuovo nel pensiero contrattuale-obbligazionistico brasiliano durante la transizione dal XIX al XX secolo. Sono state selezionate le fonti primarie di indagine dalle edizioni delle riviste accademiche delle due scuole di legge più importanti dell'epoca (São Paulo e Recife), dove è stato possibile condurre un'analisi qualitativa dei articoli pubblicati tra l'emergere dei periodici (1891) e la pubblicazione del Codice Civile del 1916. Utilizzando categorie come "pensiero giuridico" e "traduzione", la ricerca dimostra la complessità del pensiero che circola nelle scuole di legge dell'epoca, che combinava elementi della modernità giuridica tipica con altri ancora radicati nelle tradizioni premoderne. Mentre una "nuova scuola" stava nascendo, certi elementi tradizionali persistevano ancora nell'immaginario giuridico di quella comunità storica. L'intenzione è quella di situare il pensiero giuridico brasiliano di questa transizione non in uno scenario di modernità o arretratezza ma prima in un quadro di complessità. Con questo obiettivo, la ricerca si rivolge prima alla comprensione di alcune categorie chiave utilizzate nel testo, come obbligazione e contratto, pensiero giuridico e traduzione. Successivamente, cerca di comprendere la regolamentazione normativa della disciplina contrattuale-obbligazionistica nel contesto del diritto comune europeo, che, con proporzioni appropriate, assomiglia al pluralismo giuridico e al quadro di tensione del Brasile del XIX secolo. Avanzando nella ricerca, viene indagato il panorama normativo generale del pensiero giuridico brasiliano del XIX secolo, identificando un quadro generale di fonti normative presenti nella cultura giuridica brasiliana del XIX secolo. Infine, vengono analizzate le fonti del discorso contrattuale-obbligazionistico brasiliano dal passaggio dal XIX al XX secolo per verificare le dispute tra il vecchio e il nuovo nell'immaginario dei giuristi che erano in prima linea nel pensiero giuridico brasiliano. Si indaga su quali questioni venivano dibattute nelle questioni contrattuali-obbligazionistiche nelle riviste accademiche di São Paulo e Recife, verificando se le opinioni giuridiche espresse lì rappresentavano più rotture, discontinuità, continuità, ricezioni, traduzioni o reinvenzioni rispetto alla tradizione di un ordine giuridico già esistente. A partir di questo sforzo, è stato possibile estrarre che, nel periodo analizzato (1891-1916), il vecchio e il nuovo si sono manifestati nel pensiero contrattuale-obbligazionale brasiliano in modo duplice, coesistendo tra tensioni, adattandosi, traducendosi e formando così un concetto molto peculiare di modernità giuridica in Brasile, non tanto basato sull'opposizione manichea tra vecchio e nuovo, ma piuttosto come un processo ibrido e complesso di opposizione e complementarità tra di loro.

Parole chiave: pensiero contrattuale-obbligazionistico; cultura giuridica; riviste accademiche; modernizzazione del diritto.

AGRADECIMENTOS

Agradeço meus pais, Raquel e Ronaldo, por sempre me incentivarem pelo caminho da educação, pelo apoio sempre inabalável e pela inspiração diária de uma família recheada de amor e companheirismo.

Agradeço meu orientador, Ricardo Marcelo Fonseca, pela confiança e pela inspiração cotidiana como professor, pesquisador e reitor que, desde 2016, tenho a honra de acompanhar. Suas aulas, seus livros, seus artigos, sua orientação e, especialmente, o seu papel na defesa da Universidade Pública, gratuita e de qualidade, foram fundamentais para o resultado deste trabalho.

Agradeço também a todos os professores e servidores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná que, desde os meus 17 anos, tem sido a minha segunda casa.

Agradecimento especial aos professores da área de História do Direito da Universidade Federal do Paraná que, sempre muito gentis e atenciosos, foram essenciais à minha formação e ao desenvolvimento deste trabalho: Walter Guandalini Junior, Sérgio Said Staut Júnior, Thiago Freitas Hansen e Luis Fernando Lopes Pereira. O meu mais sincero obrigado.

Agradeço também aos amigos de mestrado e doutorado Bernardo Bechtlufft, Karina Magatão e Daniel Montoya, por todas as conversas e ideias compartilhadas nas salas e escadarias do Prédio Histórico nos dois últimos anos.

Também faço um especial agradecimento ao Dr. Marcelo Wallbach Silva, Fernanda Aparecida Moreira Batistel, Thielen Netzel Serrato e Larissa Vivian de Witt Feiten que, pelas companhias diárias no Tribunal, sempre muito sensíveis e amigáveis, contribuíram direta e indiretamente para o resultado dessa pesquisa.

Fora do mundo da academia, agradeço meu grande amigo Leonardo Camargo Oliveira pelos mais de 20 anos de amizade que, mesmo distante, ainda se faz tão presente.

Agradeço também profundamente as amizades maravilhosas que tive o privilégio de cultivar em terras curitibanas. André Padilha, Mateus Charles, Lorenzo Ottobelli, Amyr Assaf, Leonardo e Eduardo Jaszczerski, André Nisihara, Willian Bubniak, Pedro Ferreira, Cristian Luan Rodrigues, Lucas Bitterbir, Eduardo Monteiro, Gabriel Konrad e Gustavo Carloto. O meu mais sincero obrigado.

Agradeço também a família Coelho Perissutti, por todo o apoio e constante suporte, que sempre me acolheu com tanto afeto e amor.

E, por fim, agradeço a Bárbara Coelho Perissutti, pela intensa motivação e companheirismo, que desde 2016 me apoia em todos os meus projetos com muito afeto e carinho. Tamanho o suporte que, uma das principais obras de referência do presente trabalho, “A ordem jurídica medieval”, foi presente dela. Tal ato já evidenciava o amor e o companheirismo na seara da História do Direito e da vida. Na contracapa ainda consta: “Que possamos através do conhecimento construir nossa relação, nossa carreira, nossa parceria e nosso amor”.

LISTA DE IMAGENS

Figura 1 - Charge “O Código Civil” – Jornal Fon Fon: Semanario Alegre, Politico, Critico e Espusiante (RJ).....16
Figura 2 - Jean-Baptiste Mauzaisse, 1833. Napoleão coroado pelo tempo escreve o Código Civil (Napoléon couronné par le temps écrit le Code civil). 104
Figura 3 - Mapa da marcha do povoamento e urbanização no Brasil, 1801-1822. 108
Figura 4 - Mapa da evolução da divisão territorial do Brasil, 1872. 109

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Relação de textos analisados sobre obrigações e contratos na Revista Acadêmica de Direito de Recife. 166
Tabela 2 - Relação de textos analisados sobre obrigações e contratos na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo. 221

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

CAPÍTULO 1. TERMOS-CHAVE E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA .28

1.1. OBRIGAÇÃO E CONTRATO 28

1.2. PENSAMENTO JURÍDICO 31

1.3. TRADUÇÃO 35

CAPÍTULO 2. HISTÓRIA, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL DO IUS COMMUNE 39

2.1. PERSUASÃO, FLEXIBILIDADE E PLURALIDADE 41

2.1.1. IUS NATURALE 45

2.1.2. IUS POSITIVUM 51

2.1.3. IUS GENTIUM 54

2.1.4. IUS CIVILE 56

2.1.5. UTRUMQUE IUS 56

2.1.5.1 IUS CIVILE ROMANUM 58

2.1.5.2. IUS CANONICUM 64

2.1.6. IUS PROPRIUM 68

2.1.7. AMORES E AEQUITAS 71

2.1.8. ORDENS E ESPAÇOS DOMÉSTICOS 75

2.1.9. ORDEM E PLURALIDADE: UMA SÍNTESE DA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMUM EUROPEU 79

2.2. A INTEGRAÇÃO DE ORDENS NO DIREITO MEDIEVAL: ALGUNS ASPECTOS DA TEORIA OBRIGACIONAL-CONTRATUAL DO IUS COMMUNE 80

2.2.1. EQUIDADE, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: PACTOS NUS E PACTOS VESTIDOS 81

2.2.2. A MUTABILIDADE DA NATUREZA DOS CONTRATOS 87

2.2.3. AMITICIA E ANTIDORA 91

CAPÍTULO 3. ENTRE PERMANÊNCIAS E DESCONTINUIDADES, TRADUÇÕES E RESSIGNIFICAÇÕES: UM QUADRO GERAL DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO SÉCULO XIX 98

3.1. ABSOLUTISMO JURÍDICO NO BRASIL? O BRASIL DO SÉCULO XIX COMO ESPAÇO DE TENSIONAMENTOS 106

3.2. O BRASIL COMO ESPAÇO DOMÉSTICO 128

3.3. O BRASIL COMO ESPAÇO AGRÁRIO-SENHORIAL 133

3.4. O BRASIL COMO ESPAÇO SAGRADO-RELIGIOSO.....137

3.5. PLURALISMO, REFORMA E TRADIÇÃO: UMA SÍNTESE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO OITOCENTISTA.....140

CAPÍTULO 4. O DISCURSO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NAS FONTES: AS REVISTAS ACADÊMICAS DAS FACULDADES DE DIREITO DE RECIFE E SÃO PAULO.....142

4.1. A REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE.....144

4.1.1. O DIREITO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NA REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE 164

4.1.2. A SÍNTESE DE RECIFE 193

4.2. A REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO 195

4.2.1. O DIREITO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO.....220

4.2.2. A SÍNTESE DE SÃO PAULO 241

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 243

REFERÊNCIAS.....248

INTRODUÇÃO

> "Não passava de um aglomerado variável de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, suprindo, reparando e sustendo as Ordenações do Reino, venerável monumento antiquado, puído pela ação de uma longa jurisprudência inculta e incerta, cujos sacerdotes lhe recitavam em torno os textos frios do Digesto, lidos ao lusco-fusco crepuscular da Lei da Boa Razão.".[1]

A frase acima epigrafada é de autoria de Paulo de Lacerda em um texto publicado logo após a entrada em vigor do Código Civil de 1916. Jurista renomado, tido por Miguel Reale como um dos principais autores no âmbito do direito civil do período[2], definiu o direito civil brasileiro pré-codificado com este curioso adjetivo: **"**antiquado". É este o tipo de expressão utilizada pela imensa massa literária-jurídica brasileira para definir o direito privado brasileiro pré-codificação. Atraso.

A razão dessa angústia com o direito civil do período era até compreensível. Num século marcado por um incessante anseio por modernizações – na ciência, na indústria, na economia, na biologia, na arquitetura, na literatura, a filosofia, no direito –, era no mínimo estranho que, até meados do século XX, o Brasil ainda não dispusesse de um código civil para chamar de seu.

A realidade formal do direito civil brasileiro era o oposto daquilo que poderia se chamar de moderno. Sem o código, símbolo máximo de uma modernidade jurídica, a legislação que formalmente regia as relações civis em território brasileiro tinha já mais de 300 anos e, como se não bastasse, era originária de uma administração colonial já há muito tempo repudiada. Tratava-se das Ordenações Filipinas. Uma legislação de 1603 que, nas palavras de Clóvis Beviláqua, era apenas "um defeituoso corpo de leis de origem espúria e que se acha em frangalhos, mordido, a quase três séculos, pelas traças vorazes da decadência".[3]

O incômodo em relação à presença de uma legislação reinícola típica do Antigo Regime em pleno século XIX e XX brasileiro era tanta que a percepção de atraso não ficava restrita à comunidade jurídica, mas permeava até mesmo o campo da opinião

---

[1] LACERDA, Paulo. **Código Civil Brasileiro**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p. III.

[2] REALE, Miguel. **100 anos de Ciência do Direito no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1973, p. 27-28.

[3] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.3-18, 1896, p. 9-10.

pública. O Jornal O Paiz (RJ), por exemplo, chegou a publicar na coluna “Instituições Judiciárias” que, mesmo num ambiente de progresso e modernidade,

> Temos permanecido sob um regimen de leis, que ora separam matérias e competências, para podermos acudir aos progressos e exigências das novas condições da sociedade, ora conservam o que há de mais incomprehensivel e obsoleto, de mais confuso e complicado, como sejam o direito pátrio, as fontes subsidiárias, os tratadistas, os comentadores, só porque não houve como pensar, no meio de tantas agitações patrióticas, de organizar um bom código civil, complemento essencial de nosso código politico. [...]. A historia das tentativas de um código civil entre nós, tomando as datas mais recentes, abrange um quarto de século; e tudo quanto se apurou desse largo período foi que a politica de reações e de rancores, como as marès de enchente, levavam a submergir e a destruir todas as uteis construcções nascentres que encontravam.[4]

E quanto mais o tempo passava, maior era o sentimento de atraso, lentidão e resistência em relação aos avanços do moderno no país. A sensação durante o fim do século XIX e início do século XX no país era a de que, enquanto outras áreas avançavam, o direito brasileiro continuava parado no tempo. A modernização jurídica no campo do direito parecia esquecida, enterrada.

É por isso que em uma divertida charge de 1912 sobre a demora da aprovação do primeiro código civil brasileiro publicada no periódico *Fon Fon: Semanario Alegre, Politico, Critico e Espusiante*,[5] o código civil era representado por um bacharel já envelhecido que aguarda ansiosamente em seu jazigo a sua sempre iminente exumação. Em sua eterna espera de resgate, murmura: “Oh! Senhores! Não há meios de me exhumarem de uma vez?!”.

---

[4] **O Paiz** (RJ) – 1890 a 1899, ano 1890, edição 03075, p. 1, de 05 de setembro de 1890.

[5] **Fon Fon**: Semanario Alegre, Politico, Critico e Espusiante (RJ) - 1907 a 1958, ano 1912, edição 00027, p. 26, de 06 de julho de 1912.

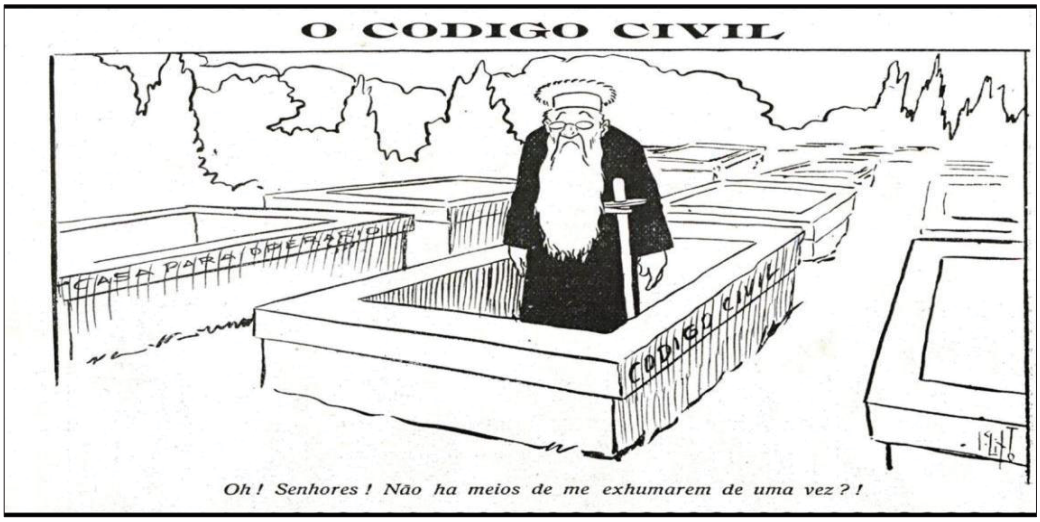


Figura 1. Charge "O Código Civil" – Jornal Fon Fon: Semanario Alegre, Politico, Critico e Espusiante (RJ)

O descontentamento com o atraso da edição de um código civil em território brasileiro era generalizado.

Mesmo na iminência de sua promulgação, Eduardo Espínola declarava de maneira ainda angustiante que "o manancial mais importante do direito civil objetivo vigente no Brasil é constituído pelas Ordenações Philippinas"[6], sendo que, em pleno século XX, "as relações communs continuaram a ser reguladas pela legislação anachronica, recebida da antiga metropole, com as modificações suggeridas pelas conveniências do momento".[7]

Tampouco após a entrada em vigor do Código Civil de 1916 esfria a repulsa a um direito civil brasileiro pré-codificado. Ao contrário, ela aumenta. Tido como o fenômeno que representa o fim da sensação de um subdesenvolvimento cultural[8], a codificação, símbolo do progresso e da modernidade jurídica, torna-se aquilo a ser

---

[6] ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 51.

[7] ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**..., p. 53.

[8] Não por acaso é que, segundo Francisco de Paula Lacerda de Almeida, "A historia das codificações é a própria Historia do Direito" (LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. O Direito Civil e sua Codificação. In: **Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos** (1827-1927). Universidade do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. V. 1. Evolução histórica do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928, p. 171). Nesse sentido, segundo Gabriela Back Lombardi, "A ideia de construção de uma civilização por meio do código liga-se à efetivação do progresso e dos avanços culturais e econômicos. O código viria a ser uma afirmação natural da unidade nacional, resultado da evolução civilizatória.". Em: LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros** (1862-1907): uma história do pensamento jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023, p. 71.

celebrado pelos juristas do século XX. Objeto de "instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos"[9], significava o começo de uma nova era no direito brasileiro. Uma era moderna, progressiva, científica, esperançosa.

Em contrapartida, quase que numa ambivalência maniqueísta, o direito brasileiro anterior a 1916 é absolutamente repudiado. Visto como um produto direto de uma legislação reinícola típica do Antigo Regime, era visto como algo extremamente atrasado aos padrões jurídicos modernos. Por supostamente ser algo disforme, confuso, caótico, lacuno, incompleto[10], o direito brasileiro pré-codificado era algo a ser esquecido, pois absolutamente antagônico à dimensão moderna dos novos tempos: "um monstro do passado, amparado por uma indeinida cohorte de leis, alvarás, resoluções, avisos, decretos, assentos e regulamentos [...] um simples escombro do nosso direito".[11]

É por isso que, para Washington de Barros Monteiro, por exemplo, a codificação vem como marco zero de modernidade para colocar ordem nas coisas[12], sendo a forma-código o atributo moderno que atalha a desordem e repõe a justiça do mundo.

Essa sensação de que o direito brasileiro pré-codificado se reduziria às Ordenações Filipinas com um sinal bastante agudo de atraso é algo consolidado na literatura especializada dogmática do direito privado.[13]

---

[9] GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 45.

[10] MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, pp.305-318, 1966, p. 310.

[11] DINIS, Almaquio. **Introdução e parte geral segundo o código civil de 1916**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916, p. 84.

[12] MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas..., p. 309-310.

[13] Em uma das mais importantes obras para a historiografia jurídica do direito privado brasileiro do século XX, denominada "Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro", Orlando Gomes expressamente declara que "em pleno século XX, a nossa legislação civil continuava condensada fundamentalmente na compilação de 1603 [...]". Em: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**..., p. 8. O comercialista Túlio Ascarelli também fez referência expressa à suposta plena vitalidade das Ordenações em solo brasileiro, salientando que "[...] la storia del diritto brasiliano si contraddistingue per l'ininterrotto vigore, per più di tre secoli, delle ordinanze filipine, le quali perciò dimostrarono in Brasile una vitalità che non ha riscontro nella storia di nessun corpo legislativo moderno. Mentre in genere in Europa (ed anche nella penisola iberica) il profondo rinnovamento derivante dalla rivoluzione francese si traduceva in un radicale rinnovamento legislativo espresso nei codici del sec. XIX, tutti un po' figli del codice napoleone, in Brasile si passava direttamente […] nel diritto civile, dal sistema delle ordinanze filipine al codice civile del 1916". [Tradução livre: A história do direito brasileiro se destaca pelo vigor ininterrupto, por mais de três séculos, das ordenações filipinas, as quais, portanto, demonstraram no Brasil uma vitalidade que não encontra paralelo na história de nenhum corpo legislativo moderno. Enquanto na Europa em geral (e também na península ibérica) a profunda renovação derivada da revolução francesa se traduzia em uma renovação legislativa radical expressa nos códigos do século XIX, todos um pouco filhos do código napoleônico, no Brasil

Pelo fato de as Ordenações Filipinas terem estado formalmente em vigência por mais de 300 anos, a maioria dos estudos dogmáticos sobre o direito civil brasileiro sugere (mesmo que implicitamente) que todo o direito anterior à promulgação do código civil era incompatível com as exigências modernas dos séculos XIX e XX.[14] Se eram as Ordenações Filipinas a principal fonte do direito apta a regular a vida das pessoas naquele tempo e, portanto, a basear as opiniões dos juristas em torno de questões de direito civil, o direito brasileiro do período, à semelhança da legislação

---

passava-se diretamente [...] no direito civil, do sistema das ordenações filipinas ao código civil de 1916]. Em: ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952, p. 81-82.

[14] Cito, por exemplo, Pontes de Miranda (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981); Clóvis do Couto e Silva (COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Brasília, Senado Federal, **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp.163-180, jan./mar. 1988 e COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976). José Isidoro Martins Júnior (MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **História do Direito Nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895; e MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **Compêndio Geral da História do Direito**. Recife: Livraria Contemporânea, 1898). Clóvis Beviláqua (BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929; BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 5. ed., rev. e accrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940; BEVILÁQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.2-26, 1891; e BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 3, n. 1, pp.3-29, 1893); Lafayette Rodrigues Pereira (PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943); Tulio Ascarelli (ASCARELLI, Tullio. **Osservazioni di diritto comparato privado brasiliano**. In: Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione. Milano: Giuffrè, 1952; ASCARELLI, Tullio. **Sguardo sul Brasile**. Milano: Giuffrè, 1949; ASCARELLI, Tullio**. Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947; e ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado. In: Saggi di Diritto Commerciale. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, São Paulo, n. 114, pp.237-252, abr./jun., 1999); Washington de Barros Monteiro (MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956 e MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, pp.305-318, 1966); Eduardo Espínola (ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917); António Junqueira de Azevedo (AZEVEDO, António Junqueira de. **Negócio juridico**: existência, validade e eficácia. São Paulo, Saraiva: 1986); Enrico Tullio Liebman (LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945); Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985; e MELLO, Marcos Bernardes de. **Roteiro para Uma História do Direito Civil Brasileiro** (a fase pré-codificada). Sergasa, Maceió/AL, 1973); José Xavier Carvalho Mendonça (MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958); Caio Mario da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva; **Instituições de direito civil**: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974; e PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001); Orlando Gomes (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador, Universidade da Bahia, 1958); João de Mattos Antunes Varella (VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. Almedina: Coimbra, 1970); José Carlos Moreira Alves (MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse** (evolução histórica), vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1985; MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1965; e MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, pp.185-238, 1993); entre outros.

reinícola que regia toda a matéria, era também atrasado, velho e fracassado às vistas dos ideais de progresso e modernização.[15]

No entanto, embora tal leitura possa apresentar eventuais méritos em relação à realidade formal-legislativa brasileira do século XIX, ela apresenta alguns problemas em sua composição.

Primeiro, o fato de que o principal corpo legislativo capaz de regular as relações civis brasileiras do século XIX consistia em uma legislação reinícola de 1603 não implica necessariamente que todo o direito civil brasileiro anterior à promulgação do Código Civil de 1916 era "atrasado". Além de o direito brasileiro pré-codificado não se esgotar à forma legislativa, a premissa de determinada legislação estar em vigor não importa, de imediato, na sua aplicação material.[16]

Outro problema de ver nas Ordenações toda a essência de um direito brasileiro pré-codificado é que tal leitura o encara sempre como um bloco só de velharias, em que a ausência da figura do código é tão sentida que tudo envolvo nessa realidade é algo atrasado, caduco, pré-moderno, subdesenvolvido. Tudo anterior à codificação é descartável. Enquanto o código é celebrado, o direito anterior a ele é rejeitado. A codificação é vista positivamente como sinônimo de ruptura com o passado. O novo é sempre melhor.

Terceiro que, além de acabar por distorcer a realidade pela insinuação de que o antigo é ruim e o moderno é bom, essa leitura atribui às Ordenações uma face moderna de significado, vendo nela algo que àquele momento histórico era inexistente: a concretização da centralização de juridicidade das relações nas mãos do Estado pela vontade abstrata do legislador. Isto é, vê as Ordenações, um compilado de leis régias extravagantes que se repetiam e contradiziam entre si, como

---

[15] Esse tipo de raciocínio identifica na Proclamação da República em 1889, na Constituição de 1891 e na codificação civil de 1916 a existência de fenômenos que indicam uma ruptura brusca entre antigo e novo no direito brasileiro. Além de se situar num período místico de virada de século, a transição do século XIX para o século XX com tais marcos de modernização indicava não somente a proliferação de formas novas de se pensar o direito, mas também a exasperação de formas antigas de ver o mundo. É por isso que a virada do século XIX para o século XX, mais que transição, significa uma tentativa de rompimento com o passado.

[16] Gustavo Silveira Siqueira, por exemplo, já demonstrou isso quando analisou os processos da 3ª Vara Cível da Cidade do Rio de Janeiro entre 1850 e 1915. Segundo ele, os juízes do período (pelo menos os da 3ª Vara Cível da Cidade do Rio de Janeiro) não utilizavam as Ordenações Filipinas como base das suas decisões, funcionando o costume e a consciência jurídica do período muito mais como direito civil do que as próprias Ordenações. Em: SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poucas ordenações, muitas expectativas: um estudo preliminar sobre processos, população e imprensa às vésperas do Código Civil de 1916. **Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 11, pp.159–169, 30 jun. 2017.

algo semelhante à ideia de lei de hoje, algo estruturado, sistematizado, sintético, em que a relação direito-lei, além de intrínseca, é inquestionável. A consequência prática disso é que, na imensa maioria das vezes, tal concepção limita a percepção da presença de outras ordens normativas no contexto jurídico brasileiro do século XIX. O direito brasileiro do passado, por isso, acaba variadas vezes sendo analisado por olhos presentistas, o que induz à uma análise errônea de temas importantes da dogmática jurídica brasileira. Temas ligados ao direito obrigacional-contratual são um exemplo dessa redução.[17] Elementos de uma moral, de uma cultura negocial ou mesmo de uma tradição no direito obrigacional-contratual brasileiro, por exemplo, sempre passam despercebidos quando a análise histórica é feita dessa maneira anacrônica, que vê nas Ordenações algo próximo à ideia de *loy*[18] ou o direito como algo essencialmente legislativo.

Paradoxalmente, se o antigo é sempre visto como ruim, não é incomum encontrarmos leituras que sustentam que o século XIX brasileiro foi aquele que mais rompeu com a escuridão das trevas do Antigo Regime e possibilitou a modernidade ao Brasil. É costume que se veja o século XIX como um século iluminado, em que há a emergência de um sentimento renovador do mundo marcado pelo ideal do progresso e do científico. Um século de transformações: a era do capital e da liberdade, as estradas de ferro, a chegada da iluminação a gás, o calçamento das ruas, os melhoramentos de infraestrutura, a industrialização, o desenvolvimento da ciência, a era das codificações, a chegada da República, a Constituição de 1891. Tudo indicava uma ruptura brusca com a “escuridão” do passado. Por isso, para muitos, o

---

[17] Embora em outros ramos do direito privado a influência de outras ordens normativas possa ser mais evidente (como é no direito de família ou das sucessões), a categoria histórica do contrato veio historicamente sendo vista como mais autônoma em relação a outras esferas discursivas, concentrando-se precipuamente nas técnicas e letras frias do código, da lei. Elementos de moralidade, equidade ou sentimentos são reduzidos à técnica, à vontade, ao conteúdo de algo teoricamente “puro”.

[18] Lei aqui considerada como produto de uma vontade estatal, sinônimo de poder, que tem como finalidade a regulação de todas as condutas sociais possíveis pela centralização da juridicidade na dimensão legislativa de um Estado com “E” maiúsculo. Uma estrutura que, de maneira absoluta, nega outras esferas de poder que não sejam provenientes desta organização oficial. Sobre tal crítica, nas palavras de Umberto Breccia: “[...] la legge e il contratto altro non sono se non la proiezione dela forza di um diritto senza ‘aggettivi’, poiché il diritto, in quanto tale, há uma presa direta nelle istituizioni più diverse: e, pertanto, è imune (sempre secondo P.G.) anche da modelli ‘naturalistici’”. [Tradução livre: A lei e o contrato não são nada mais do que a projeção da força de um direito sem 'adjetivos', porque o direito, como tal, tem uma presença direta nas instituições mais diversas: e, portanto, é imune (sempre segundo P.G.) a modelos 'naturalistas']. Em: BRECCIA, Umberto. Una continua ricerca dela vera forza del diritto nellle riflessioni sul pensiero giuridico. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 1, n. 52, pp.197-205, 2023, p. 199.

século XIX representava o marco zero da modernidade brasileira[19], inclusive no direito. Se antes dele o Brasil é dominado por praxistas, juristas preocupados apenas com a aplicação no foro dos princípios das Ordenações e suas leis complementares ou extravagantes[20], em seu decorrer e após quem toma conta é o moderno, o racional, o científico.

Tanto o cenário totalmente pessimista quanto o totalmente otimista soam implausíveis.

Entre novo e antigo, o direito brasileiro do século XIX parece ser mais complexo do que esses dois quadros gerais. Mesmo que entre essa dupla face, em que hora significa anúncio esperançoso do progresso hora período final de uma tradição já decadente, o direito brasileiro oitocentista deve ser visto por uma ótica de complexidade. Não como sinônimo de ruptura brusca entre passado e presente ou, tampouco, como símbolo de uma continuidade latente entre velho e novo. Mais que isso, como um processo de complexidade, de sobreposição, de cruzamentos, de confusão, de misturas, entre esses dois espíritos.

Pela análise das fontes, talvez seja possível relativizar algumas certezas desse imaginário que vê o direito brasileiro pré-codificado hora como atraso hora como marco zero de modernidade.

Talvez seja possível questionar, por exemplo, se efetivamente as Ordenações Filipinas constituíam o eixo central do direito brasileiro do período; ou se o direito civil brasileiro pré-codificado e, especialmente o pensamento jurídico do período, sempre

---

[19] Sobre o tema, ver, por exemplo: ARAÚJO, Valdei Lopes de. A experiência do tempo: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845). São Paulo: Hucitec, 2008; EWALD, Ariane P. Tecnologia e progresso: o Brasil civiliza-se no século XIX. **Logos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, pp.64–73, 2015; GIAROLA, Flávio Raimundo. Entre dois tempos: representações do século XIX e do XX na imprensa do Rio de Janeiro e de Minas Gerais entre 1900 e 1901. **Em Tempo de Histórias**, [S. l.], v. 1, n. 39, pp.363-376, 2021; BRAZ TEIXEIRA, A. **A filosofia jurídica do século XIX**. Lisboa: Humus, 2011; GUIMARÃES, A. Tobias Barreto e o cientificismo de sua época. In: **Atas do I Colóquio Tobias Barreto**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991; MOTA, M. **A Geração de 1870 e a invenção simbólica do Brasil**. Anpuh. Natal, 2013; NEVES, Margarida. **As vitrines do progresso**. Rio de Janeiro: PUC-Rio/FINEP/CNPq, 1986; e TURAZZI, Maria Inês. **A euforia do progresso e a imposição da ordem**: a engenharia, a indústria e a organização do trabalho na virada do século XIXI ao XX. Rio de Janeiro: COPPE; São Paulo, Marco Zero, 1989; BENCHIMOL, Jaime. Reforma urbana e revolta da vacina na cidade do Rio de Janeiro. In. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. **O Brasil republicano**: o tempo do liberalismo excludente - da proclamação da república à revolução de 1930. Rio de Janeiro, Civilizaçäo Brasileira, 2003, pp.231-286; BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar**: a aventura da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2007 e COSTA, Ângela Marques da; SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. **1890-1914**: no tempo das certezas. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

[20] COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro..., p. 164.

reproduzia um bloco de velharias do Antigo Regime; ou, ainda mais, se o pensamento jurídico do período estava sempre em consonância às teorias modernas de desenvolvimento e progresso de um suposto século de luzes.

Talvez seja possível demonstrar que o pensamento jurídico brasileiro, em especial o obrigacional-contratual, era tão rico e complexo que conjugava antigo e novo de uma maneira bastante peculiar, não tão pautada em maniqueísmos, mas sim em coexistências. Ou que a República, a Constituição de 1891 e a emergência do Código Civil de 1916 não se situam tanto num lugar de ruptura brusca com o passado – ou tampouco num lugar de continuidade absoluta –, mas se desenvolvem como um processo complexo de absorção de mentalidades em que antigo e novo convivem entre si, fecundam-se e transformam-se.[21] Ou ainda que outras esferas normativas da vida social, outros sistemas de valores que não um edifício legislativo-jurídico, poderiam influir, em maior ou menor grau, na composição do pensamento daqueles autores daquela comunidade histórica.[22]

O objetivo do presente trabalho, portanto, é a de estudar a cultura jurídica do período, em especial o tema das relações obrigacionais-contratuais, sob uma ótica de complexidade.

Embora se note que o interesse sobre o pensamento obrigacional-contratual no período antecipa uma disputa sobre qual seria o lugar das ideias sobre obrigações e contratos no direito brasileiro pré-codificado (ao menos na cronologia de uma historiografia tradicional, se em um lugar de modernidade ou pré-modernidade jurídica)[23], a intenção do presente trabalho, para mais que isso, é o de identificar no

---

[21] Assim como Huizinga viu nos séculos XIV e XV da França e Borgonha não os momentos iniciais do Renascimento, mas sim os momentos finais da Idade Média, é necessário também vermos o século XIX brasileiro como um momento final de proliferação de formas antigas de se pensar o direito que, ao mesmo tempo, convive com novas formas de civilização; um momento em que "antigas formas de civilização morrem enquanto, ao mesmo tempo e no mesmo solo, o novo encontra alimento para florescer" (HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. Prefácio à primeira edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 35).

[22] Para que se compreenda efetivamente determinada realidade histórica, não basta que a análise histórico-jurídica se debruce sobre temas essencialmente dogmático-jurídicos. Institutos estudados historicamente quase sempre se relacionam a elementos muito mais complexos da vida social (símbolos, sonhos, valores) que não e tão somente o direito.

[23] Onde o pensamento contratual brasileiro na transição do século XIX para o XX se encaixaria? Na fundação de uma nova época ou na continuidade de uma cultura pré-moderna de raízes ainda bastante profundas? As fontes do pensamento obrigacional-contratual brasileiro oitocentista, em uma época de transição, indicariam uma ruptura efetiva com o antigo ou os debates ali encartados ainda representariam a manutenção total de antigos ideais? Notemos que um discurso que é preenchido apenas por sentidos maniqueístas é inócuo à compreensão da realidade histórica. A realidade é mais complexa que isso.

pensamento obrigacional-contratual brasileiro os sinais de complexidade do período que se analisa.

No mais, o projeto de escrever sobre o tema do pensamento obrigacional-contratual brasileiro no século XIX brasileiro nasce não somente do desejo de compreender os enredos que o circundam numa época de transição e complexidade, mas também da necessidade de se explorar essa temática em vistas da ausência de estudos jurídicos críticos sobre o tema.

A maioria das produções acadêmicas que encontrei sobre uma visão crítica ao discurso histórico construído ao redor do direito obrigacional-contratual se restringem a comentários esparsos em textos que não tratam especificamente do tema, salvo raras exceções ainda de origem estrangeira.[24] Ainda que haja relevantes estudos sobre a cultura jurídica brasileira do período[25], temas de direito obrigacional-contratual

---

[24] PETIT, Carlos. **Historia del derecho mercantil**. Madrid: Marcial Pons, 2016; CLAVERO, Bartolomé. **Antidora:** antropologia católica de la economia moderna. Milano: Giuffrè, 1991; CLAVERO, Bartolomé. Religión y derecho: mentalidades y paradigmas. **Historia, Instituciones, Documentos**, Sevilha, n. 11, pp.67-92, 1984; HESPANHA, António Manuel. **Filhos da Terra.** Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019; HESPANHA, Antônio Manuel. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. São Paulo: Alameda, 2012; HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo.** 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: 2015; HESPANHA, António Manuel. **A ordem do mundo e o saber dos juristas**: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017; GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Oxford; New York: Oxford University Press; Clarendon Press, 1991; DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500– 1650). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013; TEILLARD, Anne Lefebvre. Le droit canonique et la formation des grands principes du droit privé français. In: H. Scholler (ed.). **Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die 73 Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien**, [Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 177], Baden-Baden: Nomos, 1996, pp.9-22.

[25] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, Brasil, n. 44, pp.61-76, jun 2006; FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, pp.97-116, 2005; FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca (org.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, v. 1, pp.19-30; FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: Bernardo Sordi (org.). **Storia e diritto**: esperienze a confronto (atti dell'incontro internazionale di studi in occasione del 40 anni dei quaderni fiorentini (Firenze, 18-19 ottobre, 2012). 1ed. Milano: Giuffré, 2013, v. 1, pp.415-425; 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, n. 1, pp.257-294, 1 jul. 2008; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009; SEELAENDER, 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, n. 473, pp.327-424, jan./mar. 2017; FLORES, Alfredo de J. A noção de 'consolidação das leis' na literatura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX. In: Giordano Bruno Soares Roberto, Gustavo Pereira Leite Ribeiro (org.). **Teixeira de Freitas e o direito civil**: estudos em homenagem ao bicentenário (1816-2016). 1ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2017, v. 1, pp.104-126. ALBANI, Benedetta; LEHMANN MARTINS, A. C. A

são ainda muito pouco ou nada explorados na historiografia jurídica brasileira. Trata-se, portanto, da possibilidade de conhecer um espaço da história jurídica brasileira ainda muito pouco refletido.

Logo, um outro objetivo dessa pesquisa é o de ajudar a preencher essa lacuna de conhecimento na História do Direito brasileira.

Desse modo, o presente trabalho tem como objetivo geral investigar a complexidade do pensamento obrigacional-contratual brasileiro nas duas principais revistas acadêmicas de direito do país durante a transição do século XIX para o século XX: a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife (1891-1914) e a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo (1893-1916).

Escolhe-se esse período (1891-1916) por duas razões. Primeiro por ele estar muito próximo de dois momentos de grande transformação no direito brasileiro: o fim da monarquia com a Proclamação da República (1889) e a promulgação da codificação civil (1916). E, segundo, porque é um período comum de publicação entre as revistas, o que demonstrará contrastes e semelhanças entre os padrões de pensamento reproduzidos nas duas escolas.

A discussão em torno do direito obrigacional-contratual foi escolhida para fixar a análise dentro de um tópico delimitável dentro do direito privado. Entretanto, vários argumentos expendidos ao longo do texto poderão ultrapassar essa barreira, pois deduzidos no âmbito da filosofia e teoria do direito privado da época.

As principais questões a serem respondidas dentro do texto serão: o pensamento obrigacional-contratual brasileiro na transição do século XIX para o XX se apresenta ou não como matéria avessa à permanência de elementos pré-

---

governança da igreja escrita entre o nacional e o global: A presença das congregações romanas em manuais brasileiros de direito eclesiástico (século XIX). **Almanack**, [S. l.], v. 1, n. 26, pp.1–78, 2020; 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 (org.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp.136-148; SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poucas ordenações, muitas expectativas: um estudo preliminar sobre processos, população e imprensa às vésperas do Código Civil de 1916. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 11, pp.159–169, 30 jun. 2017; GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito administrativo brasileiro**: formação (1821-1895). Juruá Editora, 2016; GUANDALINI JUNIOR, Walter. Espécie Invasora: história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 268, n. 1, pp.213-247, jan./abr. 2015; WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, pp.9-16; WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998; entre outros.

modernos dentro do direito? Se não as Ordenações Filipinas, quais eram os principais elementos do discurso obrigacional-contratual brasileiro pré-codificação? Isto é, com base no que os juristas fundamentaram as suas opiniões relacionadas ao direito obrigacional-contratual? Aquele pensamento jurídico efetivamente se reduzia a um mero corpo de velharias do Antigo Regime, reproduzia o novo de uma sociedade em larga transformação rumo ao progresso, ou dinamizava seus elementos em um sentido maior de complexidade? Outras ordens normativas influenciam ou não este campo discursivo?

É a partir destas perguntas que se buscará responder se a análise dessas fontes do pensamento brasileiro oitocentista indicaria uma ruptura efetiva com o Antigo Regime, se os debates ali encartados ainda representariam a manutenção de antigas ferramentas discursivas ou se a realidade normativa brasileira exigia que antigo e novo se misturassem, formando uma relação de tradição-modernidade não pautada em maniqueísmo, mas em coexistência.

Para fornecer uma resposta adequada, os periódicos foram analisados a partir de dois aspectos: a) quais eram as questões de direito debatidas em matéria contratual nos três principais periódicos da época; e b) se as opiniões jurídicas ali dispostas representavam mais quebras, descontinuidades, continuidades, recepções, traduções ou reinvenções com a tradição de uma ordem jurídica já vigente.

A hipótese é a de que, a contrassenso da opinião majoritária, o direito brasileiro pré-codificado – e, portanto, também o pensamento obrigacional-contratual – nem se encaixa numa ótica de atraso nem é produto de um marco zero de modernidade num século de luzes.

Em verdade, referências antigas e modernas convivem entre si, formando um conceito de modernidade jurídica muito peculiar, não tão pautada na oposição maniqueísta entre antigo e novo, mas sim como processo híbrido, de oposição e complementaridade entre si. Ou seja, mais que antigo ou novo, o pensamento privado brasileiro do período tinha um sinal bastante forte de complexidade.

Logo, embora correntemente se sustente que as Ordenações Filipinas eram o principal instrumento normativo regulador das relações jurídico-privadas no Brasil até a edição do Código Civil de 1916, o discurso obrigacional-contratual na passagem do século XIX para o XX no Brasil era tão complexo que mesmo as Ordenações poderiam ser alheias a ele. A existência de uma pluralidade de outros elementos

discursivos e normativos fazia com que a disciplina das Ordenações fosse meramente auxiliar às opiniões obrigacionais-contratuais dos juristas.

A percepção dessa realidade histórica potencializará a constatação de que o contrato, assim como várias outras categorias histórico-jurídicas, está imerso numa temporalidade muito mais complexa do que aquela que vê o século XIX brasileiro como um século de ruptura brusca com o passado ou de absoluto atraso em relação ao que se considerava moderno.

As investigações sobre os principais elementos que dinamizam o discurso contratual nesse período de transição são capazes de ressignificar a maneira com que o direito civil pré-codificado é usualmente lido, abrindo espaço para uma abordagem crítica e historicamente relevante sobre o eventual caráter inovador ou tradicional do pensamento obrigacional-contratual do período. Além disso, será possível verificar se de fato as Ordenações Filipinas eram tão importantes para os juristas daquele tempo ou se existiam outros elementos normativos mais importantes ao desenvolvimento do pensamento privado brasileiro do período.

Com esse diagnóstico inicial é que a presente pesquisa é desenvolvida em quatro capítulos.

O primeiro tem como objetivo específico delimitar as bases da presente pesquisa, destacando, sinteticamente, três noções-chaves a serem utilizadas no trabalho: contrato, pensamento jurídico e tradução.

O segundo capítulo busca estudar as bases obrigacionais-contratuais formuladas no ambiente plural do direito comum europeu continental entre os séculos XII e XVII. Considerando que o pensamento jurídico brasileiro dos séculos XIX e XX é marcado profundamente por um processo de tradução das doutrinas europeias e, principalmente, por um forte pluralismo jurídico, parece válido tal esforço para que se utilize das ferramentas teóricas de análises do *ius commune* para entender um pouco mais a cultura obrigacional-contratual brasileira do período. A ideia será observar como autores de uma historiografia crítica do direito trabalharam a concepção da existência de vários sistemas normativos funcionando de maneira simultânea e sobreposta dentro de determinado território em períodos variados de transição entre o antigo e novo. Busca-se, portanto, identificar alguns traços essenciais que corroboram a existência e influência de um pluralismo jurídico e de tensões entre antigo e novo no pensamento obrigacional-contratual do *ius commune* para

posteriormente dialogá-los, com as devidas proporções, à realidade normativa brasileira dos séculos XIX e XX.

A terceira parte da pesquisa objetiva investigar o cenário geral normativo do pensamento jurídico brasileiro do século XIX. A preocupação desse capítulo consistirá em identificar um quadro geral de fontes presentes na cultura jurídica brasileira do período a partir de uma historiografia jurídica crítica. Tal esforço é fundamental para efetivamente mergulhar na realidade obrigacional-contratual brasileira do século XIX. Isso possibilitará a transferência da análise da existência de tensões entre antigo e novo no ambiente plural do direito brasileiro do período para a análise da disciplina específica do direito obrigacional-contratual.

A quarta e última parte se refere ao estudo analítico de fontes primárias relativas ao pensamento obrigacional-contratual brasileiro na passagem do século XIX para o XX. A preocupação dessa parte da pesquisa consistirá na análise qualitativa de dois dos principais periódicos do período entre os anos de 1891 a 1916: a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife (1891 – 1916) e a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo (1893 – 1916). Partindo-se da ideia de tradução de conceitos antigos e modernos pelos autores do período, busca-se entender as tensões jurídicas entre antigo e novo de uma época de transformação do direito brasileiro. O objetivo é complexificar a discussão que etiqueta o direito civil brasileiro pré-codificado, e consequentemente obrigacional-contratual, como algo atrasado, sempre avesso ao progresso, ou, inversamente, como algo que acompanhava com todo vigor as transformações sociais do século XIX. A partir de uma ótica de complexidade, investiga-se quais eram as questões debatidas em matéria obrigacional-contratual nos dois principais periódicos acadêmicos da época, analisando se as opiniões jurídicas ali dispostas representavam mais quebras, descontinuidades, continuações, recepções, traduções ou reinvenções em relação à tradição de uma ordem jurídica já vigente.

CAPÍTULO 1. TERMOS-CHAVE E DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE PESQUISA

O objetivo do presente trabalho é complexificar a discussão sobre qual era o lugar das ideias dos autores das principais revistas acadêmicas da transição do século XIX para o XX sobre a matéria do direito obrigacional-contratual, se em um lugar de modernidade ou de tradição.

O objeto da pesquisa, portanto, é o pensamento jurídico brasileiro em matéria obrigacional-contratual na transição dos séculos XIX para o XX.

A análise de fontes primárias se baseará sobretudo nos dois periódicos acadêmicos que considero os principais da época: a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife e a Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, ambos periódicos acadêmicos-científicos representantes das duas faculdades de direito mais antigas do Brasil.

Temos, portanto, dois elementos essenciais a serem analisados no presente trabalho. Em primeiro lugar, como objeto imediato, a própria noção de um direito obrigacional-contratual pela categoria geral das obrigações e contratos; e, em segundo lugar, como objeto mediato, o pensamento jurídico sobre o tema obrigacional-contratual.

A par disso, se a intenção do presente trabalho é verificar como os juristas da virada do século XIX para o XX operaram as fontes do período no tema das relações obrigacionais-contratuais, uma outra ideia fundamental à leitura do presente trabalho será a de tradução.

Tais elementos, pela sua centralidade no presente trabalho, merecem uma atenção preliminar a fim de que se entenda os usos e delimitações dos termos obrigação e contrato, pensamento jurídico e tradução.

1.1. OBRIGAÇÃO E CONTRATO

A compreensão de termos com “obrigação” e “contrato” a ser utilizada no presente trabalho nada tem a ver com uma análise dogmática ou legislativa das fontes do período.

O tema das obrigações e contratos aqui analisado será visto como um fato social constante do pensamento dos juristas dos séculos XIX e XX e da vida das

pessoas daquela temporalidade complexa de transição; como um direito descaracterizado de uma entidade oficial ou de uma caixa artificial de regras presentistas pré-definidas.

Em outras palavras, o termo de um “direito obrigacional-contratual” será analisado como uma matéria que não se subsome, de imediato, a um mero aspecto formal da definição contemporânea de categoria jurídica delimitada ao campo obrigacional-contratual, que encara a relação obrigação-contrato como mera acepção técnica-jurídica a ser regulada por um determinado sistema de normas de códigos, leis especiais ou decisões, destinadas a concretização de uma operação econômica cuja observância é eventualmente assegurada, com o uso da força, por uma entidade estatal.

A ideia de obrigação-contrato objeto do presente trabalho ultrapassa essa tecnicidade.

Obrigação e contrato serão vistos como um fato social da vida das pessoas; como qualquer relação jurídica havida entre duas ou mais pessoas, seja ela patrimonial ou não, que gere a criação voluntária de obrigações entre si. Ou seja, dirá respeito muito mais à regulação das relações obrigacionais-contratuais baseadas em um consenso cultural do que propriamente a relações formalizadas pelo signo jurídico de um instrumento formal que representa um consenso de vontades livres submetido à esfera da tutela estatal.[26]

Esta análise, portanto, não se preocupa tanto com as regras da dogmática ou da legislação obrigacional-contratual do direito privado brasileiro atual para definir ou delimitar as relações obrigacionais-contratuais do passado.

Termos como contrato e obrigação, portanto, serão vistos com larga amplitude. Poderão circular matérias que digam respeito ao que atualmente chamamos de direito público, administrativo, constitucional, comercial, de família,

---

[26] Segundo Enzo Roppo, por exemplo, “Mas se, em tais casos, é o próprio sistema jurídico positivo a excluir que determinado tipo de transferência de riqueza – aquela operação econômica, digamos – possa realizar-se mediante contrato, outras hipóteses existem, em que operações econômicas que juridicamente poderiam constituir matéria de contrato, tendem a ser efetuadas de forma não contratual; isto é, tendem, por vários motivos, a recursar a veste legal oferecida pelo conceito e contrato, e assim, mais concretamente, a subtrair-se, em vária medida, à disciplina que lhe corresponde. Donde resulta a possibilidade de um desfasamento entre contrato e operação econômica, ou, mais precisamente, a constatação de que a correspondência entre os dois termos não é biunívoca: no sentido de que não pode dar-se – como se viu – contrato sem operação econômica, mas podendo em alguns casos existir – e não só no plano de uma indagação histórica – operação econômica sem contrato, transferência de riqueza não mediada pelo instrumento contratual.”. Em: ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 19.

sucessões e assim por diante, desde que se forme, nesses espaços, dinâmicas obrigacionais ou contratuais através de relações jurídicas formadas por consenso.

Em outras palavras, parafraseando Michael Stolleis, a intenção é superar o estreito marco de modernidade que promove uma divisão sempre artificial de disciplinas. A vida é concreta e não se delimita por fronteiras artificiais:

> Às urgentes tarefas de futuro pertence a superação do estreito marco da História do Direito privado. Entende-se o ordenamento jurídico como um esboço de ordenação da sociedade. Assim, todos os campos são potencialmente e igualmente importantes, pois se sabe que os problemas não se restringem à divisão de disciplinas nas universidades. Desse modo, a História do Direito privado precisa evidentemente da História do Direito penal e da História do Direito público, da História do Direito constitucional e talvez mesmo da História do Direito internacional para entender o funcionamento da negociação privada. Não diferente do direito vigente, que depende essencialmente da interação de diferentes áreas do direito, deve também a História do Direito pesquisar livre das classificações acadêmicas em que o problema encontra o seu "lugar na vida".[27]

Desse modo, os termos "obrigação" e "contrato" utilizados serão vistos como algo aberto e contextual à realidade cultural do período; não como signo fechado de um sistema de normas, leis especiais ou decisões. Portanto, como um direito que vai além de aspectos puramente técnicos, institucionais ou dogmáticos.[28] A compreensão do tema obrigacional-contratual se dará a partir da cultura que o rodeia.

Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, sobre a questão da cultura e o seu possível descolamento com a ordem jurídica:

> A segunda premissa de ordem metodológica que se impõe é questionar a própria noção de cultura jurídica. Parece que a negação da sua existência, em parte dos casos, está ligada a uma visão do fenômeno jurídico 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,

---

[27] STOLLEIS, Michael. **Escrever História do Direito**: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 71-72.

[28] Um exemplo do ganho que essa abordagem "aberta" pode ter está na possibilidade de análise de discussões em torno da figura de contratos comerciais. Se levarmos em conta que o direito obrigacional-contratual no século XIX não era um sistema unitário, contando com uma separação relevante entre direito civil e direito comercial, seria impossível ou ao menos contraditório, numa visão fechada de análise do discurso obrigacional-contratual civil, nos debruçarmos sobre discursos de direito comercial. A figura das relações obrigacionais-contratuais não cabe em caixas modernas pré-definidas. Há uma necessidade e utilidade de se ultrapassar o campo obrigacional-contratual civil ou da mera dogmática para que se compreenda a complexa conformação das relações jurídicas entre privados na cultura jurídica brasileira dos séculos XIX e XX. Do mesmo modo, mesmo no âmbito das relações familiares, pode ser que haja aspectos obrigacionais-contratuais relevantes a serem explorados. O mesmo em relação a aspectos do direito público, como assuntos de direito administrativo ou constitucional.

> em grande medida, de uma leitura ortodoxa do marxismo – não teria condições de ver no 'campo' jurídico a possibilidade dos mecanismos a ele inerentes constituírem uma espessura cultural que fosse orgânica à estrutura social e histórica.
> Por outro lado, entre os juristas, a noção de cultura jurídica poderia encontrar uma barreira entre aqueles dotados de uma visão mais estritamente normativista, que, logicamente, teriam dificuldade em perceber no fenômeno jurídico um conteúdo cultural (e, menos ainda, um conteúdo cultural ligado às raízes históricas da sociedade), já que o conteúdo mais diretamente de comando do direito (ligados à sua instância de poder produtora, o Estado) sobressairia e obscureceria suas raízes sociais. Neste tipo de leitura as normas teriam um estatuto ontológico muito diverso de fatos, de valores, de cultura.[29]

Com uma visão mais ampla e aberta do tema das relações obrigacionais-contratuais é possível nos desvencilharmos de categorias, campos ou modelos conceituais pré-definidos na análise de determinados institutos jurídicos. Com uma visão mais flexível, deslocada do presente, é possível que se perceba que a realidade histórica estudada, por sua complexidade, é incompatível com uma categorização presentista exagerada de conceitos.

1.2. PENSAMENTO JURÍDICO

Um outro esclarecimento importante diz respeito à análise do pensamento jurídico obrigacional-contratual brasileiro entre os séculos XIX e XX.

Trato aqui do termo "pensamento jurídico" porque o objetivo do trabalho é analisar a produção dos juristas sobre obrigações e contratos na passagem do século XIX para o XX. Opção essa que não se confunde com uma análise de documentos de baixa cultura (jornais, charges, panfletos etc.), de história institucional ou de história legislativa. A ideia proposta é analisar o discurso jurídico obrigacional-contratual brasileiro dinamizado nos principais periódicos acadêmicos da época. Discursos que, representativos de uma dimensão autônoma da realidade, também tinham a característica de influenciar e dinamizar a realidade.[30] Mais que construtores de pensamento, juristas são construtores de história.[31]

---

[29] FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 35, n. 1, pp.339-371, 2006, p. 341-342.
[30] GROSSI, Paolo. Pensiero giuridico (appunti per una voce enciclopedica). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 17, n. 1, pp.263-269, 1988, p. 263-264.
[31] GROSSI, Paolo. **Nobiltà del diritto**: profili di giuristi. Milano: Giuffrè, 2008, prefácio, p. VII.

Uma das premissas do trabalho, portanto, é que o discurso jurídico não se encontra alheio à realidade. Pelo contrário, representa um mecanismo valioso de acesso à cultura jurídica. Não há como se compreender a realidade jurídica de determinado período ignorando o pensamento jurídico da época. O pensamento jurídico é também um fenômeno de ordem social relevantíssimo à compreensão da cultura do período.

A depuração de um direito existente pelo discurso científico produzido por jurista também move e transforma a realidade.[32]

Pela análise da categoria do pensamento jurídico, a realidade histórica é partilhada de uma maneira mais detalhada, mais analítica, mais justificada, contando com interlocutores diretos na disputa de significados e teorias, num maior grau de dialeticidade com o mundo se comparada com outros mecanismos de análise (como, por exemplo, uma mera história de sucessões legislativas). Isso quer dizer que a análise de uma cultura jurídica pode se evidenciar com mais precisão nesse terreno.[33] Parafraseando Walter Guandalini Jr, mais importante que saber quem disse o quê, ou que lei dispôs X ou Y, é ter em mente o fato de que o discurso circula através de seus enunciadores independentemente de suas vontades e age constantemente por modificar a realidade.[34]

Isso implica dizer também que a análise de fontes realizada no presente trabalho também tentará sair de um mero quadro descritivo de coisas. A ideia dessa dissertação não é somente contar o que há ou não nas fontes, mas também interpretá-las e compreendê-las como objeto histórico e cultural. E, para isso, é essencial que tais fontes sejam lidas de uma maneira conjunta à complexidade social e cultural do

---

[32] GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana**: un profilo storico (1860-1950). Milano: Giuffrè, 2000, p. 1.

[33] Nas palavras de António Manuel Hespanha, ao analisar o direito comum europeu, "De certo modo, os juristas tornavam explícito aquilo que a vida quotidiana mantinha implícito, se bem que ativo. Tal como os psicanalistas, que revelam em discursos explicados o inconsciente individual, eles explicitavam em teorias o inconsciente social. E, feito isto, devolviam-no à sociedade sob a forma de uma ideologia articulada que se convertia em norma de ação, reforçando ainda o primitivo imaginário espontâneo. Muitas vezes, fazem isto sob a forma de uma literatura altamente sofisticada; outras vezes, apenas por meio de ditos soltos (brocarda), de mnemónicas, de formulários documentais ou de ritos processuais. De uma forma ou de outra, eles desempenham um papel importantíssimo na reprodução de padrões culturais e na construção de esquemas mentais que permanecerão ativos, durante séculos, na cultura europeia". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 33.

[34] GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do direito administrativo**..., p. 12.

período em que foram elaboradas, nunca destacada.[35] Como algo que, nas palavras de Paolo Grossi, é uma mentalidade: um produto de uma realidade plural, síntese de ação e conhecimento, de compreensão de instituições e tipificações impregnadas de lugar, tempo, motivos e interesses.[36]

É esta intersecção entre cultura e direito que justifica a investigação do tema das relações obrigacionais-contratuais pelo pensamento jurídico.[37] É esta a estratégia que se adota para a tentativa de compreender com maior precisão as especificidades e complexidades do passado jurídico no presente trabalho.[38]

Ademais, a ideia aqui é analisarmos um discurso muito específico: aquele produzido no ambiente acadêmico brasileiro na passagem do século XIX para o XX. O objetivo, mais uma vez, é o de verificar a existência de tensões entre antigo e novo – e seus elementos – nos lugares intelectuais, em tese, mais vanguardistas do pensamento jurídico brasileiro: as duas faculdades de direito mais antigas do Brasil, Recife e São Paulo. Como locais de larga difusão científica, impulsionando renovações intelectuais e alterando substancialmente a cultura jurídica brasileira, são dois espaços promissores de análise do pensamento jurídico.

Como última nota, destaco que toda essa interlocução com a categoria do pensamento jurídico, muito utilizada como categoria-chave no fazer historiográfico da escola florentina[39], não se estabelece com o esquecimento da premissa de que a

---

[35] FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto "traidor" na modernização jurídica brasileira. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp.341-354, jul./set. 2011, p. 342. Disponível em: <https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-452/item/108338-teixeira-de-freitas-umjurisconsulto-traidor-na-modernizacao-juridica-brasileira.html>. Acesso em: 08 mai. 2023.

[36] GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Trad.: Luiz Ernani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 144.

[37] Essa análise, que pressupõe o desvencilhamento da assimilação da ideia de lei como direito e direito como lei, partirá muito dos pressupostos metodológicos de uma história crítica do direito que guiam o presente trabalho, em que o passado é encarado como algo estranho à perspectiva moderna do que é ou não direito. Sobre o tema do anacronismo e de uma abordagem historiográfica crítica do direito, ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Biblioteca de história do direito. Curitiba: Juruá, 2011.

[38] Parafraseando e adaptando Walter Guandalini Jr., quando investiga a formação do direito administrativo brasileiro, o estudo sobre a ciência do direito privado do século XIX não deve se limitar aquilo que apenas dogmaticamente é contado nos periódicos que serão analisados; é preciso contaminar esse discurso jurídico "puro" com as imundícies do real, verificando quais dos seus elementos são de fato utilizados na construção de um discurso contratual e quais deles são somente partículas inócuas, que apenas fazem parte do discurso em nome de uma tradição jurídica estrangeira ou para assegurar a coerência de um discurso científico (GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do direito administrativo**..., p. 18).

[39] Ricardo Marcelo Fonseca comenta, por exemplo que, a categoria "pensamento jurídico" é um dos eixos centrais de toda reflexão grossiana: "não é um acaso justamente ele ter fundado os 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno' e de ter criado o 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' (hoje, rebatizado como 'Centro di studi Paolo Grossi')". Em: FONSECA,

história do pensamento jurídico brasileiro difere muito da do europeu.[40] Entretanto, como muito bem adverte Ricardo Marcelo Fonseca, isso não significa que tal categoria não possa ser lida, adaptada ou traduzida ao cenário do pensamento jurídico brasileiro, pois

> O fato, afinal, do 'pensamento jurídico' brasileiro (cheio de especificidades a partir do modo como se deu aqui sua 'tradução' antes as referências que vinham de fora) ter tido uma densidade, uma profundidade e uma penetração diferentes daquilo que ocorreu com o caso do 'pensiero giuridico' italiano, por exemplo, não nos deveria fazer rejeitar o próprio conceito e nem suas características tais como Grossi explicou: devem nos estimular, isso sim, a perceber nas especificidades brasileiras os modos específicos e locais como se deram as mais variadas 'traduções' de uma plataforma conceitual que veio de fora, mas que se arraigaram do outro lado do Atlântico com a vocação de se estabelecer, funcionar e fazer girar as instituições que, depois de importadas, passaram também a ser brasileiras.[41]

Além disso, a análise do tema obrigacional-contratual pela via do pensamento jurídico implicará numa análise que ultrapassa amarras formalistas modernas, preocupando-se mais com um discurso feito por personagens de carne e osso do que por abstrações ou mitologias jurídicas.[42] Ou seja, entenderemos a história do direito obrigacional-contratual brasileiro não numa perspectiva de linha, mas sim como ponto.[43] Isto é, como uma história cercada de contingências, conflitos, complexidades; de carnalidade.[44]

No limite, uma análise do direito obrigacional-contratual brasileiro como construção intelectual também possibilitará a identificação de diferentes visões de

---

Ricardo Marcelo. O florentino no além mar: a 'tradução' das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.1035-1060, 2023, p. 1046-1047.

[40] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1052.

[41] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1057-1058.

[42] Umberto Breccia, relembrando as lições de Paolo Grossi, esclarece: "L'enfasi, che muove dall'alto, occulta la 'concretezza' giuridica, la quale – é quel che si sente spesso, da P.G. in prima persona, ripetere – 'sale dal basso' di um'esperienza coletiva: da um intreccio di relazioni interpersonali, quotidiane e pervase di vita". [Tradução livre: A ênfase, que se move de cima para baixo, oculta a 'concretude' jurídica, a qual - como frequentemente se ouve, da perspectiva em primeira pessoa de P.G., repetir - 'surge de baixo' de uma experiência coletiva: de uma trama de relações interpessoais, cotidianas e impregnadas de vida]. Em: BRECCIA, Umberto. Una continua ricerca dela vera forza del diritto nellle riflessioni sul pensiero giuridico..., p. 198.

[43] Ver: GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: **Sequência**. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26, n. 51, pp.31-45, 2005.

[44] GROSSI, Paolo. Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, v. 98, n. 2, pp.155-176, 2021, p. 158.

mundo no período. Sendo o direito uma representação normativa[45], será o pensamento jurídico o melhor instrumento de análise para se identificar os elementos que guiavam aquele imaginário.

1.3. TRADUÇÃO

Mas uma análise efetiva do pensamento obrigacional-contratual também não pode ser realizada sem que se perceba a existência de "traduções" nos discursos dos intelectuais brasileiros dos séculos XIX e XX. Tal chave de leitura é fundamental para se entender a complexidade daquele direito do passado.

Isso porque os discursos, na maioria das vezes, não nascem do nada. Tampouco, quando circulam em diferentes locais e diferentes tempos, são meramente recebidos, apropriados ou transplantados. Mais que isso, quando discursos circulam em diferentes tempos e diferentes locais, eles são adaptados e traduzidos a uma realidade concreta de coisas.

Ver discursos históricos como passíveis de tradução entre diferentes contextos não é apenas saudável à análise histórico-jurídica, mas essencial. A única maneira de mergulharmos no passado e efetivamente o compreendermos é desconfiar de que determinados termos, teorias ou conceitos são os mesmos em todos lugares em todos os tempos.

Assim como não há como se interpretar o desconhecido por tê-lo identificado precipitadamente com o conhecido[46], não há como se interpretar o distante por tê-lo sumariamente identificado com o próximo.

Historiadores sérios sabem que esse nível de cuidado não é exagero.

Tal premissa induz à conclusão de que os juristas brasileiros que *recepcionaram* chamados *transplantes jurídicos* do direito privado europeu não eram somente passivos *destinatários* dessas teorias. Eram *tradutores* desse conteúdo. Traduziam-os para o contexto brasileiro, de acordo com as suas especificidades locais e históricas. Tornavam-os dizíveis à sua própria realidade cultural. Remodelavam-os

---

[45] 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.

[46] STOLLEIS, Michael. **Escrever História do Direito**..., p. 65

por circunstâncias culturais próprias, inclusive alterando, seja de maneira voluntária ou não, os seus significados.

Interpretar conteúdos supostamente trasladados pelo Atlântico, portanto, também significava um processo de tradução. E, assim como qualquer outro trabalho de tradução, o risco de alteração de significados, falsas analogias ou de enxergar coisas inexistentes nos textos sempre estava presente. *Transplantar* ou *recepcionar* (ou melhor, *traduzir*) também implica na assunção de perdas, negociações e manipulações de conteúdo.[47]

Juristas, tradutores por excelência, se inserem neste campo de flexibilização e, portanto, criação do discurso. A sua atividade interpretativa se subsume a uma tarefa de tradução que não somente repete ideias. Há aqui um trabalho criativo de modificação de discurso, de operacionalização de conceitos, de alteração de significados e significantes. Há, portanto, um papel ativo dos juristas na construção e legitimação de um direito vigente a partir de suas próprias influências. E essa é uma realidade não somente do presente, mas também do passado.[48]

É por isso que tal premissa é essencial para a análise das disputas entre antigo e novo no pensamento jurídico brasileiro do século XIX e XX. Seja no espaço ou no tempo, subsídios argumentativos, novos ou antigos, variavam de conteúdo conforme os interesses (voluntários ou não) dos atores sociais que os dinamizam. A moldura dos argumentos e os seus significados – fossem tradicionais ou modernos – estavam todos passíveis de flexibilização por aquele detentor do discurso.

A análise de um pensamento obrigacional-contratual brasileiro entre os séculos XIX e XX deste trabalho leva em conta tal percepção: uma dita "recepção", "transferência" ou "transplante" de tradições jurídicas é, na verdade, uma tradução de conteúdos. Tradução que, como todo e qualquer processo dessa natureza, incorre em perdas de significados (sejam propositais ou não), descontextualizações, recontextualizações, negociações e, até mesmo, manipulações.[49] Indo além do texto

---

[47] FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. **História do Direito**, Curitiba, v. 1, n. 1, pp.351-362, dez. 2020, p. 357-358.

[48] Sobre o tema, ver: DUVE, Thomas. El jurista como inventore en la Edad Media y la «postmodernidad»? La teoría histórica del derecho de Grossi, su problemática y su significado para una historia del derecho más allá de la modernidad. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.1013-1034, 2023.

[49] É por isso que, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, "o procedimento de tradução é sempre marcado, quase que inevitavelmente, pela 'traição', como o conhecido adágio italiano (tradutore/tradittore).". Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals..., p. 357-358.

traduzido (recepcionado, transplantado etc.), o intérprete o molda, redefinindo-o a partir da sua própria realidade, podendo, inclusive**,** inventar direito.[50]

No entanto, é claro que isso não quer dizer que o jurista simplesmente operava livremente conceitos e categorias, sem restrições em relação ao que traduzia. O jurista, assim como o tradutor, precisa se guiar sobre um suporte, um texto, sobre informações, sobre mensagens pré-definidas. É por isso que Alberto Spinosa, quando discute o papel da interpretação em Paolo Grossi, elucida essa questão salientando que:

> Mesmo que possa ser considerado um construtor, um incansável produtor de esquemas e categorias funcionais para ordenar o movimento convulso dos fatos sociais, nenhum jurista possui, na verdade, o poder de criar do nada, mas necessita de um suporte autoritário como base de validade para cada uma de suas construções.[51]

A atividade "criativa" dos juristas, portanto, não brotava do nada. Já vinha de conceitos pré-concebidos, de valores jurídicos que perduraram no tempo[52], de uma tradição anterior que é refinada, retrabalhada, remodelada.[53]

Um bom exemplo disso é dado por Ricardo Marcelo Fonseca que, ao analisar a obra de Teixeira de Freitas, deixa clara a operação inventiva do jurista evidenciando duas características principais do trabalho de Consolidação das Leis Civis (1858); a tradução de linguagem e de sentido atribuído aos textos:

---

[50] Inventar no sentido não de criar algo do nada, mas sim, conforme explicado por Thomas Duve, como remissão do significado latino da palavra "invenire": o jurista atua por "encontrar" um direito que já é dado de antemão, a partir de uma lógica ordenativa já existente. Em: DUVE, Thomas. El jurista como inventore en la Edad Media y la «postmodernidad»? La teoría histórica del derecho de Grossi, su problemática y su significado para una historia del derecho más allá de la modernidad..., p. 1023.

[51] No original: "Per quanto possa essere considerato un costruttore, un infaticabile produttore di schemi e categorie funzionali ad ordinare il moto convulso dei fatti sociali, nessun giurista ha infatti il potere di creare dal nulla, ma ha bisogno di muovere da un suporto autoritativo come base di validità di ogni sua costruzione.". Em: SPINOSA, Alberto. L'Interpretazione come Missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi. **História do Direito**, Curitiba, v. 3, n. 5, pp.40-52, maio 2023, p. 45.

[52] HESPANHA, Antônio, Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**..., p. 28.

[53] Um direito contratual brasileiro dos séculos XIX e XX, portanto, não era necessariamente reminiscência de um monumento estático de um direito longínquo àquele presente (como o direito romano, por exemplo). Ao longo de cada época, as várias disciplinas dos contratos foram se alterando por processos de recriação, remodelagens, traduções, manipulações, por outros contextos. Esse exercício de negociação servirá a propósitos práticos específicos dos juristas daquela temporalidade moderna. A nossa tarefa, no presente trabalho, é também diagnosticar de que maneira isso acontecia no âmbito de um discurso sobre o tema dos contratos. E é justamente esta a beleza de se estudar um direito do passado pelo viés de tradução: a premente expectativa de ver aspectos novos, estranhos, de outros contextos e outros imaginários culturais naquilo que talvez seja já conhecido; de perceber reinvenções a partir da descoberta de novos contextos de interpretação e de novos atores sociais.

> [...] a própria operação de transposição da linguagem dos documentos jurídicos que Teixeira de Freitas se defrontava (provenientes prevalentemente da época pré-liberal) para o texto da consolidação já demonstrava um trabalho de tradução/criação bastante evidente. De fato, os textos "legislativos" do antigo regime tinham características muito diferentes do padrão legislativo pós-revolucionário: eram eles longos, argumentativos e impregnados de um estilo muito próprio e peculiar. Tudo isso vai ser "traduzido" na "Consolidação" para a forma de dispositivos numerados na forma de artigos com redação direta e clara. [...].
> Em segundo lugar, e principalmente, não pode ser desprezado também o modo como Teixeira de Freitas, ao aparentemente apenas "consolidar" a legislação preexistente, na realidade não modificava apenas a linguagem e o estilo (como visto acima), mas aparentemente também atribuía um sentido diferente – subvertia mesmo – aos próprios textos que deveria apenas reunir. Em outros termos: na oportunidade da 'consolidação' dos textos vigentes, não apenas transformava a linguagem, mas o modo como selecionava, escrevia e expressava as matérias tinham um forte viés de reinterpretação e recriação, exatamente nos moldes como os juristas do "ius commune" agiam na sua atividade de "interpretatio".[54]

A premissa levada a cabo pelo presente trabalho, portanto, é a mesma da enunciada por Ricardo Marcelo Fonseca quando trata do discurso de Teixeira de Freitas: a de ver nos discursos jurídicos produzidos no passado esse signo criativo da tradução.[55] Isso, sem dúvida, reforça a opção metodológica de ver o direito como um fato social, levando em conta a carnalidade de seus atores e se afastando de abstrações.[56]

---

[54] FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas..., p. 350-351.

[55] Tal premissa, além de implicar na hipótese de que os juristas do período exerciam um papel ativo na conformação do mundo jurídico, também sustenta a percepção de uma autonomia do discurso jurídico brasileiro em relação àquele direito transplantado ou recepcionado da Europa. Ou seja, relativiza a clássica ideia de mera replicação de tradições jurídicas de um direito europeu, polo central-produtor, para um direito brasileiro, polo periférico-receptor. A dita "recepção", portanto, era muito mais tradução. Não se resumia à mera replicação de conceitos e teorias. Pensava o seu direito para além daquele europeu. Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals..., p. 357-358.

[56] FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-09, n. 2, pp.89-107 (1-18), out. 2015, p. 106 (17). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2682465>. Acesso em: 9 mai. 2023.

CAPÍTULO 2. HISTÓRIA, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: O ANTIGO E O NOVO NO PENSAMENTO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL DO IUS COMMUNE

Na historiografia jurídica brasileira é quase que consenso a ideia de que um dos traços marcantes da experiência jurídica do Brasil dos séculos XIX e XX era a sua forte semelhança com o direito comum europeu.[57]

A principal razão disso, ao menos no plano formal, era que, até a edição do Código Civil de 1916, o principal corpo normativo a regular as relações jurídico-privadas daquela comunidade histórica se baseava numa legislação típica do Antigo Regime: as Ordenações Filipinas do Reino de Portugal, de 1603.

---

[57] Sobre o tema, Ricardo Marcelo Fonseca sustenta, por exemplo, que "[...] até a codificação civil brasileira de 1916, a experiência jurídica brasileira (sobretudo no âmbito do direito privado) tem um forte matiz pré-moderno. Isso quer dizer, em termos de direito, que nossa cultura, ao não conhecer o código, não valorizava tanto o advento do legislativo, e que em contrapartida cultuava (e transformava em fonte primária do direito) a doutrina antiga, o precedente, o costume. [...] de uma coisa o jurista atual pode estar certo: a formação da experiência jurídica brasileira tem muito a ver com a ordem jurídica medieval". Em: GROSSI, Paolo. Nota do revisor técnico. In: **A ordem jurídica medieval.** Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. XVII-XVIII. Nas palavras de António Manuel Hespanha, "A cultura jurídica americana tem sido um prolongamento da cultura jurídica europeia – ou da cultura jurídica do Continente, no caso da América Central e do Sul, ou da cultura jurídica inglesa, no caso da América do Norte. [...] Na América do Sul, a dependência da cultura jurídica da Europa foi maior, sem nunca ser absoluta. Sem ignorar que muitas alegadas importações são, na verdade, completas reelaborações locais.". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 7. No mesmo sentido, para Sérgio Said Staut Júnior, "[...] o direito no Brasil do século XIX, apesar de suas diferenças, estava marcado intensamente por essa forma de compreender a dimensão jurídica, ou seja, carregava traços de *ius commune*". Em: STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**..., p. 29. Essa compreensão sobre a cultura jurídica brasileira do século XIX também está presente, por exemplo, em: HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 35, n. 1, pp.59-81, 2006; CABRAL, Gustavo César Machado. Senhores e ouvidores de capitanias hereditárias: uma contribuição ao estudo das fontes do Direito Colonial Brasileiro a partir da literatura jurídica (séculos XVI a XVIII). In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp.97-118; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Direito dos Letrados nos Confins da Expansão Portuguesa: Ouvidores Régios de Paranaguá/São Paulo em Curitiba (1711-1738). **História do Direito**, Curitiba, v. 1, n. 1, pp.12-32, dez. 2020; SEELAENDER, 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, n. 473, pp.327-424, jan./mar. 2017; CYRIL LYNCH, C. E. O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850). **Araucaria**, Sevilla, v. 9, n. 17, pp.212-234, 2007; GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito administrativo brasileiro**: formação (1821-1895). Curitiba: Juruá, 2016; FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: Bernardo Sordi (org.). **Storia e diritto**: esperienze a confronto (atti dell'incontro internazionale di studi in occasione del 40 anni dei quaderni fiorentini (Firenze, 18-19 ottobre, 2012). 1ed. Milano: Giuffré, 2013, v. 1, pp.415-425; ALBANI, Benedetta; BARBOSA, Samuel; DUVE, Thomas. La Formación De Espacios Jurídicos Iberoamericanos (S. XVI-XIX): Actores, Artefactos E Ideas. Comentarios Introductorios (The Formation of Iberoamerican Legal Spaces (C. XVI-XIX): Actors, Artefacts and Ideas. Introductory Comments). 1 de setembro de 2014. In: **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas / Anuario de Historia de América Latina**, ISSN: 2194-3680 (Forthcoming). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2014-07, pp.1-9 etc.

Ou seja, em pleno século XIX eram ainda as Ordenações Filipinas, em conjunto a outras fontes secundárias endereçadas pela Lei da Boa Razão de 1769[58], o principal instrumento normativo a regular as relações civis do período.

A vigência tardia de um regramento típico do Antigo Regime[59] em solo brasileiro abria espaço para presença de outras várias ordens normativas aptas a regular a vida das pessoas. A família, a casa, a igreja, os senhorios, os ofícios, os quilombos. Toda a disciplina normativa que guiava o Brasil até meados do século XIX parecia derivar muito mais de ordens extraestatais do que da própria figura do Estado.

À semelhança do que ocorria no *ius commune*, portanto, a incidência de feixes diversos de normatividade se entrecruzavam entre si, o que provocava um constante diálogo e tensão entre vários poderes e ordens normativas.

Além de um intenso pluralismo jurídico, todo esse cenário formava também inúmeras tensões entre antigo e novo no direito brasileiro do período. O território brasileiro, ainda em muito desconhecido, já era imenso, o que dificultava o controle de uma administração central nos polos mais periféricos do país.[60] A Administração, por todas as dificuldades logísticas de gerir um grande território com pouca população, também quase não tinha braços e pernas para conformar uma centralização eficaz de juridicidade.[61] Desse modo, as normatividades brasileiras eram sustentadas mais localmente, como na casa, na paróquia, na vila. Discursos de modernidade participavam da experiência jurídica brasileira, mas por pequeníssimas aberturas em portas que eram sustentadas pelo peso gigantesco de uma tradição já sedimentada. A justiça ainda era muito pautada pela ideia de equidade[62]; a jurisprudência se guiava por uma estrutura de costumes e por uma consciência jurídica muito própria do período[63]; a presença da Igreja e do direito canônico nos assuntos jurídicos da

---

[58] Além das Ordenações, eram também fontes do direito brasileiro as leis extravagantes, os estilos da Corte, costumes e, subsidiariamente, o direito romano, o direito canônico e a doutrina das Glosas de Acúrsio e de Bártolo.

[59] Um corpo de leis que não possuía qualquer pretensão de apreender toda a juridicidade do mundo em si ou manifestar alguma completude do direito pela *potestas* estatal, não se encaixando à concepção moderna de *loy* ou manifestando interesse político pelo conceito de direito.

[60] SOUSA, Paulino José Soares. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 55.

[61] GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do direito administrativo**..., p. 186.

[62] HESPANHA, António Manuel. Por que existe e em que consiste um direito colonial brasileiro..., p. 75-76.

[63] SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poucas ordenações, muitas expectativas..., p. 558-562.

República também era um traço relevante daquele contexto[64]; e isso não somente dentro da estrutura do Estado Republicano, como também nas próprias cátedras das faculdades de Direito responsáveis por formar a grande massa dos juristas brasileiros. Os cursos, fossem em Coimbra, Recife ou São Paulo, contavam com a presença constante de disciplinas associadas ao direito romano, ao direito natural e ao direito canônico.[65]

Todo esse cenário contribuía para um imaginário jurídico que tinha como um de seus traços mais relevantes a presença de tensões e disputas entre antigo e novo, entre o que permanecia e o que descontinuava.

O tema das relações jurídicas obrigacionais-contratuais não foge dessa temporalidade complexa. Os discursos jurídicos ao seu respeito eram também cobertos por esse sinal de pluralidade e, mais do que isso, por sinais de transição.

O direito comum europeu também se apresentava dessa mesma maneira. Um ambiente rico de ideias e discursos que, também de maneira complexa, se inseriu num longo sinal de transição entre um sistema de confluência de diversas ordens normativas, de bases filosóficas pautadas na ética, na moral, na cultura ou na religião, para um paradigma jurídico cada vez mais compatível ao signo do moderno, do racional, do científico, do progresso.

Desde que traduzidas, as análises do *ius commune* como referencial à análise do direito brasileiro do século XIX para o XX são uma ferramenta extraordinária à percepção da complexidade do pensamento jurídico obrigacional-contratual nesta época de transição. Embora realidades distintas, o direito brasileiro dos séculos XIX e XX e o direito comum europeu apresentam semelhanças e diálogos que não podem ser ignorados.

2.1. PERSUASÃO, FLEXIBILIDADE E PLURALIDADE

---

[64] Ver: SOUZA, Michael Dionísio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da lei da boa razão ao código de 1916. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciençias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014.

[65] Ver, por exemplo: FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, pp.97-116, 2005; RAMALHO, Barão de; LESSA, Pedro; MONTEIRO, João Pereira. Succinta exposição historica das Leis e Decretos que organisáram e têm reformado a Faculdade de Direito de S. Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, pp.171-192, 1897; e ARAÚJO, João Vieira de. A reforma das Faculdades de Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 5, n. 1, pp.61-133, 1895.

A primeira observação a ser feita é a de que não existe uma história geral do instituto das obrigações ou dos contratos no direito europeu. Cada região da Europa tinha regras obrigacionais e contratuais próprias. Direitos particulares com regulações e práticas jurídicas diversas, sem qualquer centralização. Há uma expressão de Francesco Calasso que define bem isso: falar de *ius commune* é *essere nel vago.*[66] As características do direito comum europeu não são estáticas nem no espaço e nem no tempo. O direito, assim como a realidade histórica, é disperso em categorias dinâmicas. Essa dinamicidade das categorias, entretanto, não inibe a possibilidade de análise da existência de uma experiência jurídica científica comum (*communis opinio*) no contexto obrigacional-contratual europeu do Antigo Regime.[67]

Mas antes de adentrarmos especificamente à doutrina obrigacional-contratual do período, é necessário que analisemos, ao menos em linhas gerais, o contexto histórico e ideológico que essas doutrinas altamente sofisticadas foram moldadas.

Estamos a falar aqui de uma experiência jurídica limitada à Europa Continental dos séculos XII a XVII, em que se verifica a existência de um direito que não se confunde com qualquer organização política cuja pretensão seja a de regular, controlar ou absorver em absoluto a juridicidade do período. É um direito construído por juristas – não pela lei –, cuja característica principal tende à unidade: as fontes de direito que circulam no período são todas iguais em todas as partes da Europa; o território em que é aplicado e compartilhado todos esses saberes também é um só: o europeu; o saber jurídico é ensinado de maneira uniforme em todos os centros daquele território: a metodologia escolástica do *trivium* e *quadriuvium*; o direito é ensinado até mesmo numa mesma língua comum: o latim.[68]

Não me refiro aqui, portanto, a um discurso que circula entre as culturas jurídicas leigas e populares, mas sim àquele restrito à comunidade científica que esteve encarregada da criação e circulação do saber jurídico em todo território europeu continental medieval.

A base desse *ius commune* como direito científico era formada por duas literaturas: a canônica, pelos ensinamentos da bíblia judaico-cristã, e a romanista, pela redescoberta da recompilação de direito romano realizada pelo Imperador Justiniano

---

[66] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**. Milão: Giuffrè, 1951, p. 34-35.
[67] CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho**: Derecho común. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1994, p. 25.
[68] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 114-115.

em meados do século VI.[69] Essas duas tradições formavam a base de compreensão científico-jurídica do período e, portanto, eram os dois principais objeto de estudo, assimilação e desenvolvimento de um direito comum europeu.

Esse contexto de formação de um direito comum entre as regiões mais distantes da Europa, nas palavras de Bartolomé Clavero, é entendido como um dos fenômenos culturais mais relevantes da história baixo-medieval e moderna europeia. Para ele, significava o surgimento de um direito transfronteiriço:

> El texto sobre el que versaba esta labor de los doctores no quedaba circunscrito, como ya sabemos, a las fronteras de ningún reino, ciudad o señorío; el <derecho civil> provenía del Imperio Romano y como tal se entendía vigente en el orbe cristiano; y el <derecho canónico> habría de serlo de toda la Iglesia, de una Iglesia que se esforzaba con él en organizarse centralizadamente. Por ello, la labor de interpretación exegética o construcción doctrinal de los mismos desarrollaba un derecho que en principio no era privativo de territorio alguno del mundo católico, sino compartido por todos los que lo componían, común a todos.[70]

A relação existente entre esses dois direitos era estreita. Um representava, mesmo que idealmente, a tradição de um império universal e místico que os novos imperadores medievais seriam naturalmente sucessores. O outro uma fé universal que reunia toda a comunidade cristã.[71]

Era um discurso jurídico científico, entretanto, que não estava imune à influência de outros vários poderes periféricos que regulavam e dinamizavam a sociedade. Na ausência de um poder central destinado a absorver a juridicidade do período, os principais vetores a ordenar uma sociedade civil decorriam não do geral, mas do específico. A juridicidade daquela sociedade era marcada por uma pluralidade de particularismos. Fossem eles regionais, políticos, econômicos, sociais ou jurídicos,

---

[69] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 66.

[70] [Tradução livre: O texto sobre o qual tratava esse trabalho dos doutores não estava circunscrito, como já sabemos, às fronteiras de nenhum reino, cidade ou senhorio; o direito civil provinha do Império Romano e, como tal, era entendido como vigente no mundo cristão; e o direito canônico deveria ser aplicado a toda a Igreja, a uma Igreja que se esforçava para se organizar centralizadamente com ele. Portanto, o trabalho de interpretação exegética ou construção doutrinária dos mesmos desenvolvia um direito que, em princípio, não era privativo de nenhum território específico do mundo católico, mas compartilhado por todos que o compunham, sendo comum a todos]. Em: CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho**..., p. 23.

[71] Nas palavras de António Manuel Hespanha, "[...]. Quer o Império, quer a Igreja, tinham os seus ordenamentos jurídicos, que coexistiam paralelamente. Daí que a tríade "uma religião, um império, um direito" (una religio, unum imperium, unum ius) parecesse apontar para algo de natural na organização do género humano – uma certa comunidade de governo temporal e espiritual (respublica christiana) e uma certa unidade do direito (ius commune).". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 116.

conviviam todos numa dinâmica de coexistência. Fala-se aqui da coexistência simultânea de estatutos de comunas e corporações, disposições régias e senhoriais, estatutos de cidades, foros de consciência, de direito das gentes, de direito natural, de poderes domésticos, religiosos, morais, senhoriais etc.

Inseridas neste contexto, as opiniões sobre a regulação de negócios jurídicos não escapavam dessa pluralidade de ordens. Na regulação de um único negócio, por exemplo, os vários particularismos podiam se sobrepor, se circundar e se comunicar, convivendo todos simultaneamente entre si.[72]

E num mundo repleto de diferenças que conjuga diferentes ordens e corpos normativos dentro de uma mesma unidade de mundo, na imaginação de uma sociedade naturalmente pré-ordenada[73], era impossível que o discurso jurídico científico não se tensionasse, se adequasse, se compatibilizasse ou se imíscuisse a todas as demais ordens e espaços jurídicos do período (o céu, a cidade, o ofício, o reino, a igreja, a casa).

Como muito bem escreve António Manuel Hespanha, a complexidade daquele mundo deriva em muito de uma arquitetura jurídica bastante orgânica e organizada que, num diálogo constante, correspondia a uma constelação de corpos normativos.[74] Uma arquitetura normativa, portanto, que não se definia numa estrutura hierárquica rígida de fontes. Como constelação, elas estavam tão organizadamente espalhadas

---

[72] Talvez essa seja uma das razões que explique que neste contexto de um direito plural, outros atores que não somente "juristas" se interessavam pelo estudo do direito, como filósofos e, principalmente, teólogos. Ver, por exemplo, o capítulo 2, "Theologians and Contract Law: Contextual Elements", em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**..., pp.21-104. Recordo, por exemplo, que tanto Bártolo de Sassoferrato quanto seu aluno, Baldo de Ubaldis, assimilaram em grande medida os princípios da filosofia aristotélica e tomista, demonstrando deliberadamente em seus tratados várias argumentações integradas à teologia e ao direito canônico no campo do direito. Ver, por exemplo: LEPSIUS, Susanne. **Der Richter Und Die Zeugen:** Eine Untersuchung Anhand Des Tractatus Testimoniorum Des Bartolus Von Sassoferrato; Mit Edition. Frankfurt am Main: Klostermann, 2003.

[73] Segundo António Manuel Hespanha, a perspectiva de uma sociedade sempre composta de ordens, ou seja, coletivamente considerada, tem como resultado lógico uma sociedade corporativa, isto é, uma sociedade onde cada integrante da comunidade possui o seu papel dentro da estrutura social, como um órgão desempenhando uma função em um corpo. Essa dimensão organizadora da vida social tem como elemento justificador a própria natureza das coisas, da Ordem, de Deus, de uma desigualdade por natureza. Conforme a própria narrativa cristã (através, principalmente do livro Gêneses I), Deus aparece, nesse sentido, dando ordem às coisas – a separação das trevas da luz, o dia da noite, a água da terra, as espécies de animais, o homem da mulher e assim por diante, o que inspira, consequentemente, uma narrativa estratificada dos tecidos sociais, num caráter naturalmente organizado do universo natural e humano da sociedade, eis que cada parte do todo cooperava de forma diferente na realização do destino cósmico posto por Deus. Os próprios anjos, seres perfeitos, não escapavam à ordem, estando organizados em nove graus distintos. Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 104.

[74] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 150.

no mundo como as estrelas estavam no céu. Não estavam uma acima das outras. Não formavam um sistema autorreferencial e exclusivo de um direito "objetivo" estatalista em que a condição de validade de determinada norma reside na condição de validade de uma norma superior a ela.[75] Não havia uma estrutura objetivamente escalonada na ordem jurídica do Antigo Regime. A estrutura deste mundo não impunha uma redução de fontes jurídicas a uma única só tida como válida e legítima. O direito no Antigo Regime não era algo exclusivo de um ente político, mas era um produto social. Não deriva de uma produção oficial legislativa, mas sim da historicidade da comunidade. Mais que de validade, portanto, deriva de fatos – de uma dimensão de efetividade do mundo.[76]

As fontes do direito deste Antigo Regime, por isso, nada se assemelham à disciplina hierárquica rígida do direito moderno. Era algo muito mais flexível às circunstâncias do mundo daquela época. Coexistindo todas juntas, dispensava-se um caráter de hierarquia vertical. Os corpos, em diferentes lugares de produção normativa, eram paritários, pois, nas palavras de Grossi, "expressavam diferentes dimensões da sociedade e, portanto, todas dignas de respeito".[77] Mais que comandos coercitivos e obrigatórios de regulação social que recaíam na cabeça dos corpos, algo representativo de uma forte concentração de poder e juridicidade, essas ordens eram forças sociais que, em maior ou menor grau, ofereciam ideias, direções, inspirações, referências, aos intérpretes jurídicos do período.[78]

Falar das ordens normativas de um Antigo Regime, portanto, só preenche o seu real sentido quando tais fontes são vistas sobre esse caráter muito mais persuasivo do que de absoluta obrigatoriedade. Persuasão, flexibilidade e pluralidade. Este era o tempo das fontes do direito medieval.

2.1.1. IUS NATURALE

---

[75] Sobre o tema, ver o capítulo V, "Dinâmica Jurídica", em: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.135-194.

[76] PASTORE, Baldassare. Diritto complesso. Il contributo di Paolo Grossi alla teoria delle fonti. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.175-195, 2023, p. 176-181.

[77] No original: "esprimenti dimensione diverse della società e pertanto tutte meritevoli di rispetto". Em: GROSSI, Paolo. **Società, diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Per la storia pensiero giuridico moderno. Milano: Giuffrè, 2006, p. 210.

[78] PASTORE, Baldassare. Diritto complesso..., p. 182.

A disciplina do direito natural (*ius naturale)* no direito comum europeu era marcada pela presença de uma única figura que, de fato, poderia ser considerada como soberana, ilimitada e mandamental no período: Deus.[79] Como escreveu Jacques Le Goff e Jean-Claude Schimitt, na Idade Média "não há noção mais englobante, mais universal que essa".[80]

E isso, ao menos no plano do discurso jurídico, não porque a Igreja Católica era considerada a organização de disciplinamento público-moral mais temida do período, absolutizadora do regramento dos corpos sociais pela onipresença de um discurso de medo, angústia e pesadelo.[81] Mas sim porque todas as ações dos homens e mulheres eram definidas com base numa ordem natural pré-definida que informava, através de uma teologia natural, de profecias bíblicas e investigações escatológicas, uma sociedade naturalmente organizada por um Deus criador e ordenador da natureza.

Ordem. Talvez seja essa a palavra mais importante da disciplina normativa do direito medieval. Com o fenômeno da criação, a separação das trevas da luz, o dia da noite, a água da terra, as espécies de animais, o homem da mulher, Deus tinha sido o responsável por ter colocado uma ordem ao mundo. Organizando-o, definiu regras naturais para a disposição do mundo dos homens. Tais regras, correspondentes à vontade divina e consideradas como regramentos naturais, eram um produto direto da própria existência de Deus. Embora Deus fosse um domínio ininteligível, as normas por ele propostas eram um resquício da Sua existência e, por Sua vontade, poderiam sim serem conhecidas, mesmo que não completamente.[82] O caminho para isso era o exercício da razão[83]: o produto de uma centelha divina posta na mente de cada

---

[79] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 59-60.

[80] LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude. **Dicionário temático do ocidente medieval**. v.1: "Deus", São Paulo: Editora Unesp, 2017, p. 338.

[81] Sobre o tema, ver a clássica obra: DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente** (1300-1800): uma cidade sitiada. Tradução de Maria Lucia Machado; tradução de notas Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

[82] Existiria em Deus verdade intelígiveis, as quais são acessíveis à razão humana. Em contrapartida, há outras que seriam impossíveis do homem conhecer. Por isso a importância de revelação divina para fornecer conhecimento sobre as verdades que transcendem a capacidade da razão humana. Essa premissa segue toda a filosofia tomista medieval. Sobre o tema, ver especialmente as questões 90 a 108 da Suma Teológica e os textos "Questões Disputadas", "Súmula contra os gentios", "Comentários sobre Aristóteles" e "De Veritate".

[83] AQUINO, Santo Tomás de. Súmula contra os gentios [1259-1265]. In: **Santo Tomás de Aquino, Dante Alighieri** (trad.: Luiz João Baraúna). São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 62.

homem e mulher do período responsável por atuar como elemento essencial à retidão dos comportamentos terrenos rumo à salvação divina.[84]

A terceira e última parte da principal obra de Dante Alighieri, *Divina Comédia*, por exemplo, deixa evidente essa noção comum de indissociabilidade entre os conceitos de natureza, Deus, ordem e mundo. Quando Beatriz, ao responder o assombro de Dante por estar ultrapassando corpos mais leves ao levitar, explica que no mundo há uma organização hierárquica da realidade, em que todas as coisas possuem uma ordem entre si, manifesta-se a dimensão mental que vê na ordem o ponto de partida de todas as relações sociais do mundo:

> — "Conservam" — respondeu-me — "ordem constante
> As cousas entre si: esta é a figura
> Que o universo ao Senhor faz semelhante.
> "Ali vê cada uma alta criatura
> Do Poder Sumo, bem ao claro, o selo,
> Alvo sublime, que essa lei procura
> "Cada um entre na ordem, que eu revelo,
> Se vai por modos vários inclinando,
> Mais ou menos, ao seu princípio belo.
> "Para portos diferentes navegando
> No vasto mar do ser, cada qual segue
> Os instintos que Deus lhe deu, criando.
> "Por Ele a flama à lua alar consegue,
> Por Ele o coração mortal se agita
> E a terra em sua contração prossegue.
> "Seu poder não somente se exercita,
> Qual arco em seta, em bruto inconsciente,
> Mas nos entes, que amor, razão concita.
> "Tudo ordenando, o Autor Onipotente
> Com sua luz tem o céu sempre aquietado,
> Em que gira o que vai mais velozmente.[85]

Não por acaso é que uma das obras que mais impactaram a cultura jurídica e filosófica do Antigo Regime tenha sido a Suma Teológica, de Santo Tomás de Aquino. Tinha como temas centrais, na 1ª parte, a existência de *Deus* e a *natureza*, o fenômeno e *ordem* da criação e dos anjos; e na 2ª parte, a causa final do homem e seus atos, a teoria da lei (*prima seconda*), a teoria das virtudes, justiça e direito (*seconda seconda*).[86] Uma filosofia construída, mais uma vez, sobre conceitos e relações dispersos em categorias como natureza, Deus, ordem e mundo.

---

[84] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 72.

[85] ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**: Paraíso, Canto I, 103-123. Tradução de José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: EbooksBrasil, 2003, p. 530.

[86] AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de G. C. Galache et al. São Paulo: Loyola, 2001-2006. 9 vols.

Mas para além deste aspecto ordenativo, em que a ideia de ordem se apresenta como condição necessária à existência de um direito natural acessível à razão, havia também o direito divino positivado nas escrituras sagradas e sacramentos. Se muito do conteúdo divino superava o intelecto do homem e se a revelação era necessária para que a comunidade desfrutasse ao menos de resquícios de um conhecimento mais verdadeiro de Deus, era justo que as verdades inacessíveis à razão humana fossem propostas aos homens como objeto de fé, possibilitando o conhecimento daquilo que é inacessível à razão humana.[87]

O direito natural, assim, era também visto como uma expressão própria da vontade de Deus no mundo decorrente de um processo de revelação (*natura, id est Deus*). Se Deus era conhecido pela Sua criação, seja pelas escrituras sagradas, seja pela ordem das coisas, ambas continham em si um vestígio de algo essencialmente verdadeiro, divino.[88] Deus tinha ditado ele mesmo a configuração de textos e coisas e, por isso, a sua observância era obrigatória a todos aqueles que tivessem o desejo de entrar no Reino dos Céus.

No entanto, mais que um túnel de acesso ao divino, essa ordem natural de coisas era um fato natural da vida.[89] Abrangia pessoas, animais, lugares, coisas. Tudo no mundo cristão estava regido por essa natureza. Nada escapava da vontade de Deus, pois, segundo Ulpianus, o direito natural era

> "[...] aquele que a natureza ensina a todos os animais. Na verdade, este direito não é próprio do género humano, mas comum a todos os animais que vivem na terra e no mar, incluídas as aves. Daqui decorre a união entre macho e fêmea, a que chamamos matrimónio, a procriação e educação dos filhos. Vemos, na verdade, que os restantes animais, mesmo as feras, mostram ter conhecimento deste direito".[90]

O direito natural, portanto, era algo disponível às consciências, baseado numa ordem naturalmente pré-definida e, por isso, não sujeito a mudanças pela mera vontade humana. A única vontade absoluta na regência desta ordem era a de Deus, que criou livremente essa disposição de coisas. Assim como Deus, a ordem estabelecida nesse cosmos era eterna e, por consequência, imutável.

---

[87] AQUINO, Santo Tomás de. Súmula contra os gentios..., p. 64.

[88] AQUINO, Santo Tomás de. Súmula contra os gentios..., p. 67.

[89] Sobre o tema, ver o item 12 "Certezas fundamentais: o direito medieval como ordem jurídica", do capítulo III, em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., pp.99-105.

[90] *Digesto* 1. 1. 1. 3–4, em: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 112.

Era da ideia de ordem que se informava preceitos fundamentais à organização daquela sociedade (*affectio societatis*), como, por exemplo, a própria diferenciação entre bem e mal, o modo de condução terrena por uma boa e reta razão (*bona vel recta ratio*), a busca por comportamentos equilibrados[91] e de uma justiça equitativa (*aequitas)* no cotidiano das pessoas, a crença da presença de sentimentos ordenadores em todos os campos da vida (amizade, gratidão, perdão, amor)[92], a ideia de que cada corpo tinha um papel a exercer na comunidade (o rei, o pai, a mulher, o servo), a existência de uma natureza cósmica anterior e superior, a experiência das coisas como protagonista, a primazia da comunidade em detrimento do indivíduo.[93]

Era este o plano de fundo de coisas, portanto, que informava a interpretação de todo o mundo medieval: um plano de coisas pré-ordenadas. O direito natural era o substrato normativo dessa ordem.

Além disso, pelo fato de ser ele o direito mais próximo de Deus e, portanto, o mais próximo do conhecimento verdadeiro, era ele que estava no topo da hierarquia normativa das constelações do período. Ainda que outras esferas fossem consideradas normativamente autônomas, elas deveriam orientar as suas normativas a ele. Essa subsunção das demais esferas normativas a um direito suprapositivo era essencial para que elas tivessem algum grau de validade e legitimidade naquele tempo. Nem o imperador ou o papa poderiam retirar um direito natural de alguma pessoa.[94] Isso significaria uma violação direta à ordem das coisas postas por Deus em um tempo que preceitos de justiça divina eram invioláveis.

---

[91] Nas palavras de António Manuel Hespanha, "Honestidade, honra, verdade e bondade, palavras centrais na linguagem política e jurídica da época, remetiam para esta ideia corrente de que o comportamento justo era o que guardava a proporção, o equilíbrio, o modo (moderação) ou a verdade do mundo, das pessoas, das coisas. Viver honestamente – que passava por ser um dos preceitos básicos do direito (cf. D., 1,1,10, pr.) – era aderir à natureza das coisas, à ordem natural do mundo. Ser honrado era respeitar a verdade das coisas e esta era a sua natureza profunda, à qual devia corresponder a sua aparência. Porque o comportamento manifestava a natureza, a honestidade e a verdade eram as qualidades daquele que se portava como devia, como lhe era pedido pela sua natureza. Assim, o nobre não se devia comportar como plebeu, se queria manter a honra. Que a mulher honesta (que respeita a sua natureza) se devia comportar como tal, sob pena de não ser tida como honrada. E por aí adiante. Ao passo que a bondade – a qualidade de quem era capaz de intuir o sentido da ordem – era a qualidade principal daquele que tivesse o encargo de julgar.". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 101.

[92] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 148-152.

[93] Sobre o tema, ver especialmente o capítulo III, em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., pp.45-105.

[94] GORDLEY, James. **The Jurists**: A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 67.

Um direito válido ou legítimo era um direito que aderia à natureza das coisas, um direito que se mantinha em conformidade à ordem natural do mundo, um direito articulado para com Deus.

Pela própria finalidade de desvelar a razão divina aos homens, quem executava esse trabalho de articulação do discurso jurídico para com a ordem divina não eram apenas juristas, mas também teólogos. Dentre os seus mais variados papéis, estava o de atuar como intérprete desta ordem natural. O principal objetivo era o de extrair indícios úteis a guiar o comportamento dos homens rumo à salvação divina, compatibilizando a tradição textual cristã com outros conteúdos normativos. Se direito e Deus eram aqui imbricados, era a interpretação feita por homens de fé que poderia manter os homens e as leis no caminho de Deus.[95] Possibilitar que os homens adequassem suas condutas à ordem das coisas pelo oferecimento de uma leitura compatível das normas ao Evangelho era o principal meio de assentar um caminho seguro para a salvação da alma dos fiéis (*cura animarum*).[96]

Ao contrário de um direito moderno, portanto, em que a secularização do discurso jurídico é vista como algo essencial à superação de uma explicação ética-teológica do direito e à plena autonomização dos fenômenos jurídicos, o discurso jurídico produzido neste período não se esgotava nas matérias jurídicas extraídas das leituras dos textos romanos ou canônicos. O direito ultrapassava as compilações do Digesto. Estava subsumido a uma ordem, a uma filosofia, a uma ética. Uma ordem que precisava ser traduzida e interpretada de acordo com uma filosofia da época, de acordo um uma precisa técnica de investigação baseada na ética cristã (*ars inveniendi*).[97] Era preciso compatibilizar peças textuais de toda uma tradição jurídica àquilo que Deus tinha ordenado ao mundo. Era preciso, em últimos termos, que a reflexão jurídica ultrapassasse regras formais de conteúdo e pensasse o seu direito

---

[95] Ver, por exemplo, o prefácio de Francisco Suárez em Tratado de las leyes y Dios el legislador, que informava que a principal responsabilidade do teólogo consistia em cuidar da consciência dos homens durante a sua existência efêmera na terra que, enfim, nada mais é que uma longa peregrinação em direção a Deus. Em: SUÁREZ, Francisco. **Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador**. Tradução: José Ramón Eguillor Muniozguren. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Colección Clásicos Políticos. Sección Teólogos Juristas, 1967, p. 6.

[96] Sobre essa intersecção entre teologia e direito, ver especialmente o item 2.1 “Theologians and the ius commune”, em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, pp.22-43.

[97] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 212.

sob o ponto de vista espiritual.[98] Essa reflexão, portanto, não cabia tanto ao ensino do direito isoladamente considerado. Era também uma tarefa da própria teologia.[99]

Esta organização em torno de sentimentos, de uma ordem natural e de um direito natural constitui um dos eixos centrais da conformação do discurso jurídico neste Antigo Regime. Todas as diferentes ordens normativas da constelação normativa medieval estavam pré-determinadas por esta antropologia natural que conformava, ao mesmo tempo, o plano espiritual e jurídico das pessoas.

2.1.2. IUS POSITIVUM

Nas palavras de António Manuel Hespanha, "o direito positivo surgia de um preceito (*praeceptum*) ou ordem, tendo origem na vontade de quem o emitia".[100] Um exemplo de direito positivo, portanto, era o direito positivo divino, que decorria de preceitos consagrados nas escrituras sagradas e sacramentos pela vontade do Criador (*lex divina*). Já no plano humano (*lex humana*), o direito positivo decorria da vontade de alguma autoridade, como o rei, o imperador, o papa, o governante da cidade, ou qualquer comunidade dotada de autonomia para se autorregular.[101] Essa vontade poderia ser traduzida em decretos, éditos, legislações, concílios etc.

Essa potência voluntarista, entretanto, não significava a possibilidade de instituição de um direito positivo que se opusesse ao direito natural. Pelo contrário, o direito positivo deveria expressar continuidade em relação à ordem das coisas. Ele

---

[98] Nas palavras de Hespanha, "Os juristas são os guardiões deste mundo multiordenado e auto-ordenado. O seu papel não é o de criar ou retificar a ordem. Nem tão-pouco o de declarar o justo de uma forma autoritária e dogmática. Mas antes o de sondar o justo a partir da natureza, tirando partido de todos os recursos (virtutes) da sensibilidade humana (amor, bonitas, intellectus, sensus), numa época em que se achava que tanto a razão como as emoções e os sentimentos serviam para descobrir o justo e o injusto.". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 149-150.

[99] Isso não significa que o discurso jurídico estava subordinado ao discurso teológico. Havia aqui uma certa autonomia da construção discursiva do direito. Entretanto, a conformação do discurso teológico estava absolutamente implicado, em diversos níveis de formação e compreensão, com o fenômeno jurídico. O fato destes agentes serem teólogos não afastava a sua caracterização como juristas. Tal diferenciação é tipicamente moderna, produto da secularização do direito, e não deve ser reproduzida neste momento histórico. A reflexão teológica neste contexto era passo fundamental à própria conformação do discurso jurídico como tal, numa compreensão integrada dos planos de saber espiritual e jurídico. Sobre o tema, António Manuel Hespanha fala sobre a existência de uma abertura do sistema de tradição literária do direito em relação a outras tradições textuais, como a teologia e filosofia. Em: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 124.

[100] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 73.

[101] Paolo Grossi suscita, neste ponto, que as leges poderiam ser produzidas por uma pluralidade de sujeitos políticos: a *plebs*, o *senatus*, o *princeps*, a *civitas*; qualquer comunidade dotada de alguma autonomia. Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 168.

positivava os preceitos extraídos da boa observação da natureza. Editar uma lei, um édito, um concílio, portanto, não significava um ato de criação do direito, mas consistia um ato de declaração de uma realidade já pré-existente àquela sociedade. Instituir não significava criar, mas declarar de maneira expressa as normas sociais da comunidade. O *ius*, portanto, não se confundia com a *lex* instituída.[102] A *lex* não era uma fonte criadora de *ius*. A dimensão da *lex* no Antigo Regime tinha muito mais um caráter declaratório do que constitutivo da realidade.

Ou seja, o *ius positivum* tinha muito mais uma função de regular e dinamizar os preceitos normativos decorrentes do *ius naturale* do que de inovar no âmbito das relações.

O direito positivo apenas tinha um maior espaço no mundo quando as regras naturais fossem menos perceptíveis, quando não prescrevessem comandos inevitáveis, quando fossem ou tivessem o potencial de ser mais ou menos obscuras em determinadas situações. É por isso que o direito positivo se traduzia como um ato de vontade (*voluntas*) que nunca poderia desprezar a razão refletida na natureza das coisas (*ratio*).[103]

Paolo Grossi explica bem essa realidade a partir da clássica definição de *lex* de Santo Tomás de Aquino. A instituição do direito positivo não era autônoma à realidade das coisas. A *lex* estava submetida a um processo de depuração pela razão natural, de modo que deveria ser sempre voltada ao bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado com a comunidade.[104] Segundo Grossi, para que a vontade consubstanciada na *lex* fosse considerada como legítima, ela deveria ser compatível ao *ius naturale*, à ordem das coisas, sempre orientada por uma boa razão (*bona vel recta ratio*):

> [...] para que a vontade do detentor do poder seja considerada *lex*, é preciso que seja orientada e governada pela razão, ou seja, que essa vontade tenha um conteúdo racional; caso contrário, não é *lex*, mas *iniquitas*.
> [...] a lei humana é uma descoberta racional de regras sensatas; regras preexistentes porque a ordem preexiste desde o princípio dos séculos à disposição de quem tenha humildade de busca-la. [...] o príncipe, o monarca ou o preposto de uma comunidade é um personagem com poderes limitados

[102] CLAVERO, Bartolomé. **Institucion historica del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 42.
[103] CLAVERO, Bartolomé. **Institucion historica del derecho**..., p. 42.
[104] AQUINO, São Tomás de. Summa Theologiae. Questão 90, Artigo 1. Tradução da passagem "quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata".

> pela própria essência de sua função declarativa, pela restrição que a finalidade indefectível do bem comum faz recair sobre sua ação.[105]

A cultura jurídica desse direito comum europeu, portanto, transmite de maneira direta a mensagem de que a vontade humana está diretamente vinculada à percepção de uma ordem natural de coisas. Consequência lógica, os atos normativos produzidos por essa vontade, para serem válidos, também devem refletir a ordem natural posta por Deus. Esse constante diálogo entre direito humano e direito divino é premissa fundamental à compreensão desse imaginário jurídico.[106]

O reconhecimento de que a *lex* humana possuía um caráter muito mais declaratório do que constitutivo da realidade trazia uma outra importante questão à tona: poderia o direito positivo criado pela vontade dos homens alterar ou afastar alguma das premissas do direito natural?[107] A resposta usual era a de que, em casos onde o direito natural era evidente, forçoso ou inevitável, não.

Porém, em casos em que o direito natural pudesse ser demasiadamente rígido ou em que houvesse outra razão natural para a sua não aplicação, a incidência do direito natural poderia se alterar de acordo com as circunstâncias do caso concreto.[108]

A dimensão de verificação da aplicabilidade do direito, portanto, era algo situado sempre no plano dos fatos, da concretude das relações casuisticamente verificadas.

A definição do justo ou do adequado não era algo abstrato e geral, mas estava inserido às circunstâncias do caso concreto. Era sempre produto de uma análise e interpretação flexível das coisas, fruto direto de uma tradição filosófica que considerava o justo nas relações humanas como algo mutável.[109]

---

[105] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 173-174.

[106] CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**. I: le fonti. Milão: Giuffrè, 1954, p. 470.

[107] Para uma análise verticalizada sobre o tema, ver especialmente os capítulos II (Dei sistemi giuridici concentrici: diritto naturale e diritti positivi) e III (Il problema delle deroghe al diritto divino, naturale e delle genti: l'esame della «iusta causa»), em: CORTESE, Ennio. **La norma giuridica 1**. Spunti teorici nel diritto comune clássico. Vol. 1. Senatto dela Repubblica. Milano: Giuffrè, 1964, pp.37-142.

[108] António Manuel Hespanha cita, por exemplo, a passagem de Luís de Molina, em seu tratado "De iustitia et de iure", acerca de uma situação de restituição em contratos de depósito. Embora houvesse o preceito natural de que as coisas deveriam ser restituídas ao seu dono por aquele que as tem precariamente, se ele estivesse louco ao ponto de colocar em risco a integridade da própria coisa, era possível que a posse precária do bem continuasse com o depositário, não sendo devida a devolução ao despositante. Em: HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 74.

[109] Sobre o tema, ver: CABRAL, Gustavo César Machado; CRONJE MATEUS, Rafael. A Mutabilidade do Justo por Natureza nas Interpretações Escolásticas de Aristóteles: Tomás de Aquino, Domingo de Soto, e Francisco Suárez. **História do Direito**, Curitiba, v. 3, n. 4, pp.56-79, ago. 2022.

2.1.3. IUS GENTIUM

À semelhança da grande parte dos conceitos e distinções existentes na literatura jurídica do *ius commune*, a compreensão do *ius gentium* no Antigo Regime vinha em muito de uma concepção romana acerca do seu significado: a existência de um direito comum entre os povos.

Mas se no direito romano o fundamento desse *ius gentium* era uma ordem objetiva de coisas[110], no direito medieval ele representa uma parte específica do *ius divinum* que permeia o mundo. Significava a existência de uma razão natural no mundo dos homens. Uma razão comum que alcançava todos os homens de todos os povos.[111] Não por acaso é que na glosa acursiana *Obligationes in Corporis Iustinianaei Digestum vetus*, há a mensagem de que as obrigações decorrentes do *ius gentium* eram equivalentes às obrigações naturais.[112] Ou seja, falar de direito das gentes, em certa medida, era também falar de direito natural.

Era no âmbito deste direito das gentes, portanto, que se encontravam os preceitos gerais que a natureza tinha ensinado ao homem[113], estabelecendo normas de uma maneira muito mais intuitiva do que expressa às comunidades. Ou seja, muito mais por consentimentos implícitos e costumes do que por atos de vontade.

Orientava não apenas condutas destinadas ao desenvolvimento dos povos, como questões de guerra e paz, escravidão, liberdade, mas também regras de comércio, de compra e venda, parcerias comerciais, empréstimos, depósitos, propriedade, posse, testamentos e sucessões. Era visto como um direito transfronteiriço, comum a todos. Podia ser sintetizado como um conjunto universal de

---

[110] Ver: STEIN, Peter G. The Roman Jurists' Conception of Law. In: PADOVANI, Andrea; STEIN, Peter G. (Eds.). **The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century**. Dordrecht: Springer, 2007, p. 8; e WINKEL, Laurens. Ius gentium. In: BAGNALL, Roger S. et al. (Eds.). **The Encyclopedia of Ancient History**. Malden: Wiley-Blackwell, 2013, p. 3553.

[111] *Digesto* 1. 1. 1. 3–4, em: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 112.

[112] No latim: "Item quaero de qua obligatione dicit hîc, quod est de iure gentium, cum duae tantum sunt obligationes, sc. civilis et naturalis. De civili non. Item de naturali non videtur. Sed dic de naturali, quia obligatio iuris gentium dicitur naturalis et e converso". Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 147 e GORDLEY, James. **The Jurists**..., p. 47.

[113] António Manuel Hespanha cita, por exemplo, "o amor por Deus, pelos pais e pela pátria (Pomponius, D., 1,1,2); a autodefesa, de onde decorria que aquilo que se fizeste em defesa do próprio corpo seria legítimo; a proibição da falsidade no seio das relações humanas (Florentinus, D.,1,1,3); a liberdade humana (Ulpianus, D.,1,1,4); o direito da guerra, a divisão das nações, a constituição dos reinos, a divisão da propriedade, a generalidade dos contratos (Hermogenianus, D.,1,1,5)". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 165.

normas compartilhadas por todos aqueles que tivessem a possibilidade do uso da razão concedida por Deus.

No plano das obrigações e contratos o seu alcance era amplo. Quando Acúrsio sustentou que o mero consenso entre partes produzia o surgimento de uma obrigação natural entre elas[114], ele queria dizer que havia uma equidade natural que vinculava as partes a cumprirem as convenções por si celebradas. Quando Baldo de Ubaldis sustentou que a validade de determinado direito local estava no fato de que a existência de um povo pressupõe a sua própria legitimidade para se autorregular, como o animal se rege pelo seu próprio espírito, tal justificação se baseava também pela existência de um direito natural ao autorregramento.[115] Quando Bártolo de Saxoferrato sustentou que a natureza nominal dos contratos guiavam o seu cumprimento[116], isso também era reflexo direto da compreensão de que o cumprimento desses contratos deveria se dar em correspondência à sua causa natural, ao seu nome, a um modelo contratual pré-existente, à natureza das coisas.[117] Em outras situações, por exemplo, quando determinada obrigação se originava de quase-contratos ou obrigações de reparação, a razão do dever de cumprimento contratual ou reparação também tinha como fundamento a existência de um direito das gentes que prezava pelo respeito à equidade natural das coisas (*aequitas naturalis)*.[118]

Todo dever de equidade era uma demanda concreta do *ius gentium*.

O *ius gentium*, no entanto, não se equivalia à disciplina do *ius naturale*. Embora fosse o direito das gentes produto direto de um direito autoevidente (*ius*

---

[114] Esse consenso, entretanto, não significava, de imediato, alguma vinculação das partes ao cumprimento da promessa estabelecida em relação ao direito civil. Era necessário que essa obrigação natural se vestisse de eficácia, forma ou aparência de uma obrigação civil para que então se pudesse atribuir a ela força para cumprimento da obrigação. Gl. ord. to I. 3.14 pr. to necessitate. Em: GORDLEY, James. **The Jurists**..., p. 47-48.

[115] Dig. Vet., I, 1, de iust. et iure, 9, n. 4; In: Dig. Vet., I, 1, de iust. et iure, 9, n. 4. Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 158.

[116] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 49-50. Ver também o item 4.2 do capítulo 4, "Il ruolo definitorio del nomen contractus nell'ottica del nuovo sistema", em: VOLANTE, Raffaele. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**: struttura dei patti e individuazione del tipo: glossatori e ultramontani. Milano: Giuffrè Editore, 2001, pp.184-190.

[117] A atipicidade contratual é essencialmente um símbolo da modernidade; não deste direito comum.

[118] Tal percepção produziu efeitos até mesmo no campo dos testamentos. Contrastando Pierre de Belleperche, Bártolo sustenta que a falta de forma testamentária não se traduzia numa falta de essência do testamento; a obrigação natural de se cumprir a vontade dos mortos não dependia essencialmente das formalidades necessárias ao testamento, mas sim da existência da vontade do testador, o que poderia ser comprovado, conforme o direito das gentes, por duas testemunhas. Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 331-333.

naturale), ele em si não o era. Pelo contrário, era um produto da mediação humana entre o direito de Deus e o direito dos homens. Uma síntese entre o direito divino e o direito humano. E isso significava que ele também tinha de ser aferido de acordo com os princípios dedutivos de uma boa razão. Era, portanto, um direito que não era óbvio, mas dedutível da realidade. Não abrangia todos os seres, somente o homem. Caso fosse compreendido como *ius naturale*, era um *ius naturale* restrito a essa específica espécie da criação: o homem.[119]

É por isso que, nas palavras de António Manuel Hespanha, utilizando-se de Domingo de Soto, enquanto o *ius naturale* era algo naturalmente impresso na alma humana, o *ius gentium* tratava-se muito mais de "ilações que a razão fazia a partir de princípios evidentes, por processos de raciocínio, mais ou menos complicados, de que os seres humanos eram capazes".[120]

2.1.4. IUS CIVILE

Entendido como direito secular, o *ius civile* no direito comum europeu era entendido como aquele aplicado nas cidades e, portanto, adaptado às características de uma vida localmente desenvolvida. Era o direito civil praticado nos reinos, nas cidades, nas províncias.[121] Um direito, portanto, restrito à determinada comunidade, que funcionava como instrumento hábil para que ela se autorregrasse numa lógica de complementaridade a outras esferas normativas.[122]

2.1.5. UTRUMQUE IUS

---

[119] DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 568.

[120] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 74-75.

[121] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 75.

[122] A intersecção de ordens jurídicas era comum neste cenário pluralista. Complementava, corrigia e cristalizava preceitos de outras ordens, como o *ius naturale* e o *ius gentium*, o que eventualmente conduzia à distinção entre normas de direito civil conforme à boa razão e outras que não o eram. Entretanto, a priori, a sua esfera de atuação dizia respeito a assuntos de natureza essencialmente temporal, fazendo-se apenas um reflexo, ainda que distante, de uma razão natural já posta. Lembre-se aqui da passagem de Isidoro de Sevilha de que a que "a lei tinha que ser honesta, justa, possível, conforme à natureza, conforme aos costumes pátrios, adequada ao tempo e ao lugar, necessária, útil, clara e feita em função da utilidade comum dos cidadãos e não de interesses privados". Etymologiae, liv. 5, 21, em: HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 75.

Embora fossem várias as ordens normativas presentes no contexto do *ius commune*, o seu desenvolvimento como direito científico estava ligado essencialmente a duas literaturas do período: o direito romano (*ius romanum*) e o direito canônico (*ius canonicum*).

Esses dois sistemas de referência, em conjunto a uma interpretação dos seus fundamentos numa leitura naturalística de mundo repleta de sentimentos, *aequitas, amores, ratio iuris, natura rerum*, eram os pilares fundamentais de um saber jurídico tendente a organizar operacionalmente a sociedade sem subverter as relações jurídicas anteriores ou revolucionar a ordem social precedente.[123]

Eram esses dois universos textuais, interligados à noção da regência do mundo por uma ideia de ordem e afetos, que definia o chamado *utrumque ius*. Um e outro direito.

O termo *utrumque ius* deriva da existência de uma unidade de pensamento entre esses dois sistemas que, mesmo possuindo características diversas, estavam umbilicalmente imbricados. Estavam tão sobrepostos ao ponto de poder se dizer que cada um estava, de certo modo, dentro do outro.[124]

E isso não somente porque muitas vezes agentes eclesiásticos faziam o papel de intérpretes do direito civil romano ou porque os textos canônicos e romanos compunham o eixo central do currículo do jurista pré-moderno[125], mas também – e principalmente – porque toda a base de um direito canônico autônomo[126] foi construído sob a herança jurídica de Roma, reconhecidamente elementar e imprescindível para um saber jurídico sistemático e organizado.[127]

---

[123] CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho**..., p. 13.

[124] LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.). **Manual de historia del derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 75-76.

[125] Razão pela qual dominar essencialmente essa duplicidade de saberes encarnava o estudante universitário com a concessão da chamada *licentia docendi utrumque ius*.

[126] Nas palavras de Grossi, "um direito canônico descarnado dos redundantes e embaraçosos tecidos teológicos". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 252.

[127] Sobre o tema, ver especialmente o capítulo VII, "A presença jurídica da Igreja", em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 249-272. Francesco Calasso também aduz como elemento fundamental dessa relação de reciprocidade entre direito romano e direito canônico as bases históricas da relação entre Império e Igreja, havendo o sentimento espiritual daquela comunidade histórica de que Deus desejava que esses dois sistemas presidissem a vida em comunidade: o direito civil para as questões temporais e o direito canônico para as questões espirituais. Esses dois direitos, portanto, não poderiam ser considerados isoladamente ou separados um do outro. Pelo contrário, assim como era inconcebível que se considerasse a vida do corpo separada daquela do espírito, também não se poderia conceber um direito canônico separado do direito civil romano (due diritti). Em: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 109-110.

Direito romano e direito canônico aparecem nesse contexto como projeção sincrônica um do outro na regulação dos tecidos sociais do direito comum.[128] Os dois espelhavam juntos uma tradição que combinava a fé cristã com a sacralidade dos tempos imperiais, formando aquilo que Francesco Calasso chama de *un sistema unico di norme universali.* Um autêntico *unum ius*.[129]

2.1.5.1 IUS CIVILE ROMANUM

Mas é o direito romano que forma a base do direito comum do Antigo Regime, sendo o universo jurídico textual mais importante do período.[130]

Embora houvessem outros temas que pudessem fugir do seu âmbito de normatividade (matérias restritas à disciplina de direitos particulares, de legislações citadinas, do direito canônico, de um direito feudal etc.), era ele aquele considerado como elemento central da conformação de um direito comum na Europa continental, identificado na sua genealogia como produto sagrado e venerável de uma unidade imperial ainda presente àquele contexto.[131]

---

[128] Sobre essa relação de complementaridade entre direito civil e canônico, ver: WOLTER, Udo. **Ius canonicum in iure civili.** Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte. Cologne, 1975.

[129] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 108.

[130] Não por acaso é que toda discussão posta em Calasso (Introduzione al diritto comune) gira em torno exatamente de uma tentativa de emancipação do fenômeno do direito comum em relação ao direito romano. Isso fica claro, por exemplo, no seguinte trecho: “volendo in breve riassumere lo stato attuale delle divergenti vedute intorno al problema del diritto comune, su può dir questo: c’è, da un lato, l’opinione tradizionale, che definisce il diritto comune come il diritto romano ammodernato, cioè adatato a nuove condizione di vita; dall’altro, sorta da pocchi anni, un’esigenza di guardare piu profondamente questo fatto storico. [...]. Noi sappiamo già, che come ius fu inteso, nella coscienza medievale, il dritto dei testi giustinianei: oggi lo si ripete, e si crede con questo di avere senz’altro identificato storicamente il fenomeno del diritto comune. Ma si trata in realtà di una vera e propria ellissi di pensiero, sulla quale ha il suo peso l’ambigua terminologia tradizionale: che infatti l’espressione ius commune, come ogni altra espressione rimasta per secoli a designare un fatto storico, il quale, svolgendosi nel tempo e nello spazio, ha transformato profondamente spirito e forme, è intrinsicamente equivoca.”. [Tradução livre: Querendo resumir brevemente o estado atual das visões divergentes sobre o problema do direito comum, pode-se dizer isto: há, de um lado, a opinião tradicional, que define o direito comum como o direito romano modernizado, ou seja, adaptado a novas condições de vida; de outro, surgida há poucos anos, uma necessidade de olhar mais profundamente esse fato histórico. [...]. Já sabemos que o 'ius' foi entendido, na consciência medieval, como o direito dos textos justinianos: hoje se repete isso, e acredita-se com isso ter identificado historicamente o fenômeno do direito comum. Mas trata-se realmente de uma verdadeira elipse de pensamento, sobre a qual tem seu peso a ambígua terminologia tradicional: que de fato a expressão 'ius commune', como qualquer outra expressão que tenha permanecido por séculos a designar um fato histórico, que, desenvolvendo-se no tempo e no espaço, transformou profundamente espírito e formas, é intrinsecamente ambígua]. Em: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 81 e 108.

[131] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 194.

A sua base textual estava assentada no resgate e reinterpretação do *Corpus iuris civilis*.[132] Uma compilação de textos jurídicos feita pelo imperador Justiniano em meados de 529 e 534 d. C que representava a revalorização do saber jurídico dos grandes mestres romanos numa época já de crise do Império.[133] Uma coletânea "redescoberta"[134] por juristas bolonheses[135] na segunda metade do século XI destinada a, em tese, regular toda a existência humana em sociedade (*ubi societas, ibi ius*) através de duas características fundamentais: sacralidade e venerabilidade.

Sacralidade porque os textos de Justiniano, em especial o Digesto, significavam a continuidade de uma relação estreita entre direito temporal e divino, entre Império e Igreja.[136] Quem havia promovido a codificação desse saber jurídico

---

[132] Tratava-se de uma compilação – a que, a partir do século XVI, se dá o nome de *Corpus iuris civilis* – composta por quatro partes: o *Codex* (529 d.C.), como compilação de constituições imperiais desde a era de Adriano (117 d.C.), o *Digesto* ou *Pandectae* (533 d.C.), como compilação de doutrinas dos grandes juristas romanos (como Quinto Múcio, Gaio, Ulpiano, Paulo, Hermogeniano, Acádio Carísio), as *Institutiones* (533 d.C.), como livro didático a ser utilizado como manual oficial do ensino jurídico destinado a guiar os primeiros contatos de estudantes com o direito romano, e as *Novellae* (535-565 d.C.), que reunia novas constituições imperiais promulgadas entre 535 e 565 d.C, majoritariamente bizantinas. Sobre o tema, ver: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 7-11 e, especialmente, o capítulo VII, "O Corpus iuris civilis", em: GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito romano**. Curitiba: InterSaberes, 2021, p. 253-281.

[133] Walter Guandalini Jr. esclarece que a recuperação do direito romano clássico fazia parte de um projeto político restaurador de tudo que houvesse contribuído para a grandeza do Império Romano. Havia a esperança de que o Império Romano voltasse a uma era de esplendor. Em: GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito romano**..., p. 270-273.

[134] A chamada crise do Império Romano não significou a crise do seu direito. A razão de o termo "redescoberto" vir em aspas se dá exatamente pelo fato de que o direito romano não foi totalmente esquecido durante o primeiro período medieval. Ainda que de maneira rudimentar, em alguns territórios e povos (como, por exemplo, visigodos, ostrogodos, burgúndios, lombardos e francos), o direito romano era sim utilizado; entretanto, imiscuído aos costumes dos povos germânicos, ainda de maneira precária, rústica, não sistematizada. O que se "redescobre" no século XI, portanto, não é o direito romano em si, mas sim o direito romano justinianeu, em especial o *Digesto*, como instrumento operacional do direito. Sobre o tema, ver, por exemplo: STEIN, Peter. **Roman Law in european history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 38-54; BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe** (1000-1800). Trad. Lydia G. Cochrane. Studies in medieval and Early Modern Canon Law, 4ª Ed. Washington, D.C.: Catholic University of America Press, 1995, p. 60-63; GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 192-193; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 10-11 e 74; GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito romano**..., p. 264-270; e a parte II do capítulo I "La reodernación de la vida em um escenario de incerteza (siglos V-X) em: LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.). **Manual de historia del derecho**..., p. 34-56.

[135] Precedida, talvez, de uma escola jurídica lombarda, a Escola de Pavia. Sobre o tema, ver: RADDING, Charles. **The Origins of Medieval Jurisprudence**: Pavia and Bologna 850–1150. New Haven: Yale University Press, 1988; e RADDING, Charles; CIARALLI, Antonio. **The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages**: manuscripts and transmission from the sixth century to the juristic revival. Leiden: Brill, 2007.

[136] Nas palavras de Francesco Calasso, "[...] il punto critico dell'evoluzione è segnato non dall'estendersi effettivo del dominio della lex romana, bensì dal processo che congiunse questo diritto all'idea dell'Impero universale, concepito non come una pura e símplice organizzazione politica, bensì come la reductio ad unum dell'humanus genus, voluta da Dio e imitante il regno di Dio: come una concezione, quindi, nutrita piuttosto di religiosità che di politica, e che, perciò, potè rimanere viva e indissolubilmente congiunta alla lex romana anche quando la realtà politica ne fu la negazione più clamorosa.". [Tradução

atemporal não tinha sido qualquer príncipe de qualquer império. Tinha sido um príncipe católico de um império místico, admiravelmente visto como defensor da fé católica que, segundo Grossi, deixou na compilação traços visíveis de uma plena adesão à dogmática cristã.[137] Logo, a compilação tinha sido realizada com a benção da perfeição divina, por um príncipe defensor dos valores cristãos, de um império que compartilhava uma fé comum, a fé em Cristo.

Venerabilidade porque o direito romano era fruto de uma época lendária e, mais do que isso, expressão de um direito lógico e tecnicamente insuperável. Perdido no tempo, devia ser resgatado como monumento e quase que adorado.

Sacralidade e venerabilidade, por isso, significavam a exaltação da antiguidade clássica romana. Vista sempre em conjunto com a fé católica, Roma parecia ser a síntese de um mundo proposto por Deus cujo objetivo era a unificação dos povos sob a Igreja de Cristo.[138]

O grande valor do direito romano, portanto, residia na sua expectativa de, ao mesmo tempo, autoridade e adaptabilidade ao mundo medieval. Pela mística da tradição, a expectativa era que toda a literatura jurídica produzida em Roma pudesse ser respeitada e muito bem ajustada à empreitada medieval de, legitimamente, se organizar um "novo mundo" a partir da tradição filosófica cristã.

A dinâmica social e econômica dos séculos XI-XII (crescimento demográfico, surgimento de novas cidades e de um comércio mais robusto) exigia uma mudança na forma de conceber o direito.[139] A complexidade da vida social exigia respostas que muitas vezes um direito costumeiro não poderia mais dar às exigências do real. O

---

livre: O ponto crítico da evolução é marcado não pela extensão efetiva do domínio da lex romana, mas pelo processo que uniu este direito à ideia do Império universal, concebido não como uma simples organização política, mas como a redução a uma unidade do gênero humano, desejada por Deus e imitando o reino de Deus: como uma concepção, portanto, alimentada mais por religiosidade do que por política, e que, por isso, pôde permanecer viva e indissoluvelmente ligada à lex romana mesmo quando a realidade política era a sua negação mais clamorosa]. Em: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 102.

[137] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 194.

[138] Este é o espírito, nas palavras de Calasso, de "un primo rinascimento medievale nella concezione universalistica del diritto", em: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 161-166.

[139] PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 75. Não é por acaso que, segundo Marta Lorente e Jesús Vallejo, tenha sido nas cidades da Itália continental a maior circulação dos livros justinianos. Foram as cidades italianas aquelas que experimentaram um desenvolvimento econômico mais robusto nesse período, de modo que as novas demandas do desenvolvimento social e econômico daquelas cidades exigiam respostas institucionalmente mais complexas. Além disso, estavam localizadas no epicentro das disputas entre imperadores e papas, entre cidades e Igreja. Todas as instituições bebiam dessa literatura. Em: LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.). **Manual de historia del derecho**..., p. 65.

direito justinianeu vinha para preencher essa lacuna. Vinha para fornecer instrumentos dogmáticos-normativos, regras, argumentos e retóricas passíveis de aplicação no mais amplo espectro das necessidades sociais daquelas comunidades em transição. Tudo isso encaminha a necessidade de uma reflexão jurídica mais organizada, flexível e adaptável às novas condições sociais do período.

Um dos principais personagens a empreender essa jornada de resgate é Irnério[140]. Fundador da "Escola dos Glosadores", inaugura um movimento doutrinal de estudo científico do direito em Bolonha no início do século XII que, posteriormente, é repetido em outros vários centros de estudos por toda a Europa ocidental. Através de glosas interlineares ou nas margens dos manuscritos romanos, essa escola depurava e traduzia aquele direito clássico, de pelo menos seis séculos, para uma nova realidade. Embora ainda tímidos à uma interpretação mais maleável dos textos (como posteriormente é feito pela chamada "Escola dos Comentadores"), utilizava-os como suporte formal de um discurso que fornecia as bases de depuração de um direito presente, fruto da sua própria mentalidade, das próprias exigências.[141]

O objetivo desses estudiosos era fornecer um marco transcendental de validade ao direito do período, passo primeiro e necessário rumo à edificação de um direito adequado às novas necessidades daquele tempo. A tarefa era a de tornar o direito romano *lex scripta*, o *ius per excelentiam*, um direito vinculante e inquestionável, um direito definido por *auctoritas*. Nas palavras de António Manuel Hespanha, a principal intenção desta primeira escola era, por isso, "mais um objetivo teórico dogmático (o de demonstrar a racionalidade [...] de textos jurídicos veneráveis) do que um objetivo pragmático, como o de os tornar diretamente utilizáveis na vida quotidiana do seu tempo".[142]

---

[140] Sobre o tema do direito comum europeu pela obra de Irnério, ver: BELLOMO, Manlio. **Saggio sull'Università nell'età del diritto comune**. Catania: Giannotta, 1979, p. 9-14; CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**..., p. 391-408; CORTESE, Ennio. Alle origini della scuola di Bologna. **Rivista internazionale di diritto comune**, n. 4, p. 7-49, 1993; CONTE, Emanuele. **Diritto comune:** storia e storiografia di un sistema dinamico. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 67-73; e SPAGNESI, Enrico. **Wernerius bononiensis iudex**: La figura storica d'Irnerio. Florence: Olschki, 1970.

[141] Para Grossi, "[...] seria injusto e injustificado imobilizar os glosadores na veste [...] de exegetas inexpressivos e presos à letra do texto, de personagens culturalmente desvitalizados. [...] são os glosadores que começam a obra de construção, e uma obra original e corajosa; e são os glosadores que usam largamente, para fundamentar sua inovadora construção técnica, instrumentos – particularmente de caráter lógico – que a cultura oferecia.". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 197.

[142] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 190. As características mais marcantes dessa primeira escola científica do direito medieval, segundo António Manuel Hespanha, são basicamente a fidelidade da sua interpretatio ao texto justinianeu (pelo seu caráter quase que

É a partir desse esforço que poderá se falar na existência de uma primeira ciência jurídica no período medieval. Uma ciência feita por glosas, que se estende até meados do século XIII e cultiva ao longo do tempo um rico acúmulo de saberes até o seu ápice com a Magna Glosa de Acúrsio.[143]

Mas será apenas com a Escola dos Comentadores[144] que a ciência jurídica medieval alcançará o seu momento de maior liberalidade e maturação. A criação de novas estruturas jurídicas sob o signo de validade da *lex romana*, novos métodos de análise dos textos e, consequentemente, um manuseio mais deformante dessa literatura às vistas das exigências cada vez mais complexas da realidade levará a um profundo enriquecimento desse direito. A ciência jurídica cada vez mais se desvencilha da rigidez do direito romano justinianeu para caminhar rumo à uma perspectiva mais prática, flexível e casuística da realidade do período.[145]

---

sagrado, as interpretações deveriam ser feitas com o máximo cuidado e de maneira humilde à importância do texto, limitando-se a captar e a esclarecer o sentido das palavras) e o caráter analítico (a intepretação dos textos era feita quase que individualmente, fazendo-se glosas interlineares ou marginais nos textos) e, em geral, não sistemático dos textos (não havia a preocupação de relacionar os vários textos analisados entre si). Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 188-197. Sobre o tema da Escola dos Glosadores, ver ainda: PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 73-94; BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe**..., p. 58-65; BRUGI, Biagio. Il metodo dei glossatori bolognesi. In: BAVIERA, Giovanni (Ed.). Studi in onore di Salvatore Riccobono, vol. 1. Palermo: Castiglia, 1936, pp.21-31; KANTOROWICZ, Hermann. **Studies in the Glossators of the Roman Law**: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century. Cambridge: The University press, 1938; ERRERA, Andrea. Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti: tra evoluzione ed innovazione. In: LIOTTA, Filippo (org.). **Studi di storia del diritto medioevale e moderno**. Bologna: Monduzzi, 1999, pp.33-106; CHIODI, Giovanni. **L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori**. Milão: Giuffrè, 1997; e CALASSO, Francesco. **I glossatori e la teoria dela sovranità**. Studi di diritto comune pubblico. 3ª Ed. Milão: Giuffrè, 1957.

[143] Sobre o alcance, importância e método da Magna Glosa de Acúrsio, ver: DIURNI, Giovanni. La Glosa Accursiana: Stato della questione. In: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (Ed.). **El dret comú i Catalunya**. Barcelona: Fundació Noguera, 1991, pp.69-94.

[144] Ou pós-glosadores, práticos, conciliadores. Sobre a Escola dos Comentadores, ver: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 78-96; HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 198-207; CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**..., p. 469-563; SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do direito português.** Fontes de direito. Lisboa, Gulbenkian, 1991, p. 206-264; BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe**..., p. 112-202; KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano**. Madrid, 1955, p. 143-164; e PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 73-94.

[145] Essa tentativa de reinvenção normativa era feita fundamentalmente através de um instrumento fundamental para o desenvolvimento da tradição intelectual e textual jurídica medieval: a *interpretatio*. Ao contrário de uma visão exegética e, portanto, anacrônica do termo, *interpretatio* significava não uma atividade lógica de determinação do sentido formal do texto analisado, mas sim um ato de vontade e liberdade do intérprete, o que transcendia os limites do texto. Esse exercício intelectual possibilitava uma releitura da *lex* romana que não tinha em si qualquer intuito de descobrir os sentidos originais das normas contidas no texto. A finalidade aqui era, a partir do suporte de validade e autoridade da *lex* romana, trazer elementos novos aos sentidos originais dos textos, expandindo-os e, até mesmo, desnaturalizando-os. Isso não era um problema para a comunidade jurídica medieval; era uma consequência lógica de se estar inserido em uma comunidade cosmologicamente pré-ordenada, ligada

Sendo a principal tarefa científica dos juristas do período a adequação da tradição jurídica textual romana às novas necessidades de organização do mundo, a interpretação deste *ius romanum* exigia criatividade e flexibilidade.

Nasce assim a chamada *interpretatio*[146], uma atividade interpretativa livre e criativa que acabou por dinamizar toda a produção científica do direito medieval.

Assentada sob a análise de uma cadeia de textos (jurídicos, teológicos ou filosóficos), inseria-se entre dois planos na conformação do texto interpretado e sua aplicação na realidade: os da validade e efetividade.

Validade porque o seu objeto dizia respeito a textos de autoridade, como os textos de Aristóteles e Cícero, o *Corpus Iuris Civilis*, o *Corpus Iuris Canonici*, os evangelhos de Cristo etc.

Efetividade porque era através de uma interpretação flexível desses textos que se vislumbrava a construção de um novo direito, mais adequado às exigências do real, às novas necessidades sociais daquela comunidade histórica, o que o tornava passível de ser aplicado na realidade concreta das coisas. Parafraseando Paolo Grossi, era o signo de uma simbiose entre efetividade e ciência.[147]

A *interpretatio* era um dos mecanismos no direito medieval que dava vida ao direito, declarando-o, complementando-o, corrigindo-o e, até mesmo, modificando-o (voluntariamente ou não). Tinha diante de si, formalmente, o texto; substancialmente, os fatos. Era mediadora entre estes e aquele. Era criadora e construtora do direito. Era substância de um ato de vontade e liberdade do intérprete na adequação da ciência à vida.[148] Era, ao fim, a condição necessária à existência de um direito de intérpretes, de juristas (*Juristenrecht*).[149]

Pelo mecanismo da *interpretatio*, cada leitura do *ius civile romanum* poderia constituir uma recriação do texto original que se transformava em norma – em uma nova norma.[150] O direito romano interpretado nesses espaços, portanto, de romano

---

à natureza das coisas, em que uma interpretação móvel flexível às particularidades do caso concreto era regra e não exceção.

[146] Nos termos definidos por Grossi, "[...] nesse mundo medieval tudo é visto numa abordagem essencialmente interpretativa, e é *interpretatio* a atividade normativa do príncipe e da comunidade por meio do costume, assim como é *interpretatio* a justiça feita pelo juiz ou a elaboração teórica feita pelo magister". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 201.

[147] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 215-216.

[148] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 203.

[149] KOSCHAKER, Paul. **Europa und das römische Recht**. München: C.H. Beck, 1958, p. 165.

[150] António Manuel Hespanha esclarece muito bem essa questão quando sustenta que em uma tradição jurídico-literária de dinâmica agregativa há o problema de se saber qual das soluções jurídicas postas

tinha muito pouco. Era deformado às exigências da realidade. Virava uma outra coisa. Transformava-se de algo inerte a algo possível de aplicação na realidade concreta daquela comunidade.

Por isso, o traço fundamental que sustentava a utilização do *ius civile romanum* no período medieval não era somente a sua genealogia como mecanismo de *auctoritas*. Mas sim a sua premente capacidade de adaptação e reinvenção pela atividade interpretativa dos juristas.

2.1.5.2. IUS CANONICUM

O outro pilar que sustenta o *utrumque ius* neste tempo medieval era o direito canônico. Um direito vinculado à Igreja, expressão direta do *ius divinum* que, especialmente a partir do século XI, se apresenta por compilações e coleções canônicas.[151]

---

nos textos prevalece frente a outras propostas diversas. Segundo ele: "A solução normal é a de manter a questão em aberto, deixando o campo livre a cada nova leitura para, em face do complexo de textos em presença (i.e., do intertexto), encontrar um sentido que compatibilize as várias peças da tradição textual (uma *concordia discordantium*). Mas, se alguma hierarquização tiver que ser feita, ela deve respeitar, ainda, a lógica agregativa da tradição. Ou seja, deve preferir a interpretação surgida mais vezes (a mais comum, *communis opinio*), porque esta – num mundo em que o acesso pleno ao sentido dos textos está excluído e em que, portanto, não existem senão maiores ou menores possibilidades de aproximação – é a mais provável e, também, a mais incorporada na própria tradição.". Em: HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**..., p. 118-119.

[151] Compilações autorizadas e observadas por toda a comunidade eclesiástica cristã do mundo medieval europeu. Isso não significa dizer que antes do século XI não havia produção de direito no âmbito da Igreja. Lembremos que essa Igreja é romana e, como legatária dessa tradição, incorpora a valorização do direito na sua organização para cumprir o seu papel de guia para salvação das almas. Desde o século V, pelo Império, a Igreja é reconhecida como instituição apta a exercer uma jurisdição privativa sobre clérigos, o que lhe atribui, portanto, privilégio de foro. No século X, sua competência se expande ainda a matérias de sacramentos. Há ainda, além dos costumes, a edição constante por atores da Igreja de decretos dos concílios, ecuménicos, regionais, provinciais ou diocesanos, assembleias de bispos, decretais, constituições pontifícias (encíclicas, bulas, breves) etc. Apesar de tudo isso, é apenas com essas compilações e coleções canônicas que o corpo do direito canônico ganha forma como uma das fontes do direito protagonistas do mundo medieval, apta a regular a vida da comunidade eclesiástica do período de maneira uniforme e geral. Falo aqui, por exemplo, da *Collectio Dionysiana* feita por Dionísio durante o pontificado do papa Gelasio I (492-496), posteriormente revista e ampliada pelo papa Simmaco (498-514) e depois pelo papa Adriano I (772-795), passando a ser nomeada como *Collectio Dionysio-Hadriana*; e da *Collectio Hispana*, tida como uma das mais importantes compilações dos primeiros dez séculos, atribuída, de maneira controversa, à Isidoro de Sevilha. Cite-se também o trabalho de Yves de Chartres (especialmente *Tripartita*, *Decretum* e *Panormia*) que, segundo Paolo Grossi, "elabora uma reflexão sobre como o direito da Igreja foi se caracterizando, como Cristo, o legislador divino, e depois os Padres, Pontífices e os Concílios conceberam esse direito", em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 146. Sobre o tema da formação e desenvolvimento do direito canônico, ver: PADOA-SCHIOPPA, A. **Hierarchy and Jurisdiction**: Models in Medieval Canon Law. In: Legislation and Justice. Oxford: Clarendon Press, 1997; KUTTNER, Stephan. **Medieval Councils, Decretals, and Collections of Canon Law**. London: Variorum Reprints, 1980; HELMHOLZ, Richard. **The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s**. Oxford: Oxford University

Fruto direto da complexificação e expansão da Igreja ao longo dos séculos, essas compilações e coleções canônicas eram autorizadas pela Igreja e observadas por toda a comunidade eclesiástica do mundo medieval europeu. Tendo um papel de síntese em relação ao direito da Igreja, passou a ser o modo mais fácil de os seus agentes alavancarem o seu papel organizativo da sociedade para além das regras das Escrituras Sagradas, já insuficientes como material normativo apto a regular a sociedade cristã dos primeiros séculos do segundo período medieval.

Assim como a ciência jurídica secular precisava desesperadamente de um suporte de validade às exigências da realidade social dos primeiros séculos do segundo período medieval, os agentes da Igreja também tinham a premente necessidade de dar uma nova dinâmica à propagação do discurso evangélico.

Se Irnério foi, senão o primeiro, o mais importante personagem a iniciar a exploração do campo do estudo científico do direito romano, Graciano foi quem fez isso no âmbito do direito canônico.[152] Muito impulsionado pela revolução gregoriana do século XI, deu um passo a mais à sistematização e autonomia formal do discurso canônico da sua época, tentando encontrar nas concordâncias de cânones discordantes uma articulação sistemática de textos que, mais tarde, seriam o grande suporte de validade da *interpretatio* canônica.

A primeira e grande obra de articulação sistemática de textos da tradição canônica foi a *Concordia discordantium canonum,* mais conhecida por *Decretum* ou *Decretum magistri Gratiani*. Com um viés mais teológico que jurídico[153], reunia mais de 4.000 textos organizados, sistematizados e brevemente comentados (as chamadas *dicta*) que, mais tarde, se tornaram o principal objeto de *interpretatio* do período.[154]

Press, 2004; GARCIA Y GARCIA, Antonio. **Historia del derecho canónico**. Vol. 1: El primer milenio. Salamanca: Calatrava Libreros, 1967; e GAUDEMET, Jean. **Église et cité**: histoire du droit canonique. Paris: Montchrestien, 1994.

[152] Segundo Francesco Calasso, “perché, come Irnerio aveva rivelato il suo genio separando lo studio del diritto da quello della retorica, così Graziano ebbe il merito di intuire la necessità teorica di separare il diritto canonico dalla teologia”. [Tradução livre: Porque, assim como Irnerio revelou seu gênio separando o estudo do direito do estudo da retórica, Graciano teve o mérito de perceber a necessidade teórica de separar o direito canônico da teologia]. Em: CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**..., p. 422.

[153] DUVE, Thomas. El corpus iuris canonici: uma introducción a su historia a la luz de la reciente bibliografía. **Prudentia iuris**, n. 61, pp.71-102, 2006, p. 96.

[154] Passagens do *Digesto* e do *Codex* também eram encontrados nos insertos do *Decretum*. Entretanto, é provável que tais adições apenas teriam vindo a ser feitas em um momento posterior. Em: BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe**..., p. 66.

Em paralelo com as obras dos glosadores, esse era o novo endereço científico para o direito da Igreja. Um direito que contava com um maior grau de fiabilidade, autoridade e certeza graças a um novo suporte de validade científico conferido ao seu discurso: a sistematização dessas compilações e coleções canônicas pela concordância dos cânones discordantes. Foi a partir da obra de Graciano que se começou a edificar um suporte geral do discurso canônico da época. Era o início de uma literatura canônica mais robusta que paulatinamente se renovaria num processo criativo e articular de inovação e originalidade.[155]

No entanto, Manlio Bellomo explica que, ao contrário de Irnério, o trabalho de sistematização de Graciano contava com uma dificuldade adicional: a intensificação da edição de decretais papais. Se os glosadores não tinham o porquê de se preocupar com as constituições editadas pelas cidades ou imperadores medievais para agregarem ao corpo do *Corpus Iuris Civilis*, a base textual canônica correntemente se alterava pela cada vez mais frequente edição de decretais papais.[156]

Por não integrarem o *Decretum* original de Graciano, as novas decretais eram *ius novum* por excelência. Um direito canônico novo que escapava da brilhante e inaugural sistematização da base textual canônica. Novas decretais, portanto, que circulavam e viviam às margens do *Decretum* original (*vagant extra Decretum*).[157]

Cada vez mais o eixo de sustentação normativa do direito canônico se deslocava à figura do pontífice, portanto. Era necessário que o exercício da função pastoral de uma Igreja em expansão se desse de maneira mais centralizadora e unificadora, sendo o papa a figura que começava a centralizar cada vez mais a produção normativa da Igreja.

Alcançando um grande volume, inclusive de uma maneira um tanto quanto incoerente e confusa, com algumas decretais sendo repetidas, contraditórias ou incompatíveis entre si, a necessidade de uma nova sistematização discurso canônico também crescia.

---

[155] Ver: SILVA, Carolina Gual. A construção da auctoritas no decretum de Graciano: o papel da tradição e do auctor em um texto jurídico do século XII. **Revista de História**, São Paulo, n. 181, pp.1-19, 2022.

[156] Era uma tendência que continuava mesmo após a época Graciano que, embora tenha o seu trabalho prevalecido como texto básico e ponto inicial para o ensino e aprendizagem do direito canônico do período, cada vez mais e mais compilações foram se acrescentando ao corpo normativo da Igreja ao longo do tempo, sobretudo a partir dos pontificados de Alexandre III (1159-1181) e Inocêncio III (1198-1216).

[157] Ou *Decretum Gratiani vagabantur*. Em: LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.) **Manual de historia del derecho**..., p. 72.

Quem empreende tal objetivo é Raimundo de Penyafort que, a partir do pontificado de Gregório IX (1227-1241), tem a tarefa de "avaliar, reunir e sistematizar, de modo orgânico, o grande volume de decretais que se acumularam até ele e que representam a nova feição do direito canônico" [158]. Seu trabalho restou conhecido como *Decretalium Gregorii IX*.[159]

Isso porque foi pela sanção oficial do Papa Gregório IX, na bula *Rex Pacificus,* que se tornou o instrumento que não só renovava o direito canônico da época, mas que também substituía toda a disposição de decretais emitidas posteriormente ao *Decretum* de Graciano. Logo, tornou-se a principal peça textual de estudo do direito canônico extravagante pós *Decretum* de Graciano, sendo chamado, por isso, de *Liber Extravagantium* (*Liber extra*).[160]

A atividade sistematizadora canônica não parou com o Gregório IX. Em 1298 o papa Bonifácio VIII (1294-1303) promulgou o chamado *Liber Sextus*, uma coletânea de textos com 359 capítulos, em 76 títulos, que também recompilava um direito novo e, por isso, continuava os cinco livros do *Liber extra*. Em 1317, pelo pontificado de João XXII, se promulga as Decretais de Clemente, ou *Clementinae*, em referência às decretais produzidas no pontificado de Clemente V (1305-1314), conjugadas às normas do Concílio de Viena (1311-1312). Em 1325, como coleções privadas nunca promulgadas formalmente pela Igreja, há a confecção das *Extravagantes Johannis XXII* relativas ao pontificado de João XXII (1316-1334) e, posteriormente, das *Extravagantes communes*, relativas aos pontificados de Bonifácio XIII e Sixto IV (1471-1484). [161]

A reunião de todos esses textos é que constituirá mais tarde o chamado *Corpus Iuris Canonici*, como será conhecido a partir do século XVI. Uma coletânea de textos canônicos clássicos (do século XII até a primeira metade do século XIV) composta por seis compilações: o *Decretum Gratiani*; o *Liber Extra*, o *Liber Sextus*, a *Clementinae*, os *Extravagantes Johannis XXII* e os *Extravagante communes*. A compilação de todas essas peças textuais é o que dará forma à coleção autorizativa máxima da tradição do direito canônico ocidental. Serão esses textos, organizados e

---

[158] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 255.

[159] O trabalho de sistematização feito por Raymundo seguia a do *Corpus iuris civilis*. Isso evidenciava, mais uma vez, o peso da sistematicidade e tecnicidade do direito romano justinianeu que recai sobre a tradição canônica.

[160] LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.) **Manual de historia del derecho**..., p. 73.

[161] Sobre o tema, ver especialmente: DUVE, Thomas. El corpus iuris canonici..., p. 71-100.

sistematizados, que se tornarão o corpo normativo elementar da Igreja até o século XX.

2.1.6. IUS PROPRIUM

O desenvolvimento do *utrumque ius* como base científica do discurso jurídico comum europeu não implicou no desaparecimento de direitos particulares. Encontrando-se em um espaço político heterogêneo, em que inexiste qualquer tentativa totalizante de juridicidade, os direitos produzidos e praticados localmente nos reinos, cidades, senhorios, ofícios e comunidades continuavam em pleno florescimento, vivendo autonomamente às margens de um direito comum pensado nas universidades.

Mas embora convivessem entre si, as tensões entre direitos particulares e direito comum não eram poucas.

António Manuel Hespanha destaca, por exemplo, que em meados do século XIV, em Portugal, havia queixas de que juízes estavam se opondo à aplicação do *utrumque ius* nas cortes.[162] Nas próprias legislações citadinas havia diferentes interpretações sobre qual ordem normativa prevalecia na aplicação do direito local. Se para uns os costumes e os estatutos locais contrários ao direito romano eram nulos de pleno direito, para outros “onde o costume falava o direito romano permanecia adormecido”.[163] Para o próprio exercício da *intepretatio*, haviam sérias dúvidas se costumes e os estatutos teriam de ser interpretados segundo a disciplina do direito comum ou segundo a literalidade da norma, sem desvio da letra escrita.[164] Ou se na pactuação de negócios jurídicos, por exemplo, as partes poderiam ou não renunciar às normas de direito comum como reguladoras do seu contrato.[165]

A existência de tensão entre singular e geral, entretanto, não significava que os direitos particulares e o direito comum se negavam entre si. A tônica da relação entre esses direitos não era uma antinomia de forças que buscavam se anular, mas sim que se complementavam dialeticamente.

---

[162] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 132.
[163] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 115.
[164] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 115.
[165] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 116.

Os *iura propria,* fundados por vezes em tradições jurídicas romano-vulgares, canónicas e germânicas, nos estilos locais de governo ou em outras esferas de direitos próprios, exerciam um papel de complementaridade para com o *ius commune*. Tinham a capacidade de estabelecer o seu próprio direito a partir de uma perspectiva local, particular, em que o direito comum permanecia como norma geral e subsidiária às realidades específicas de outros ordenamentos. Fazia parte de uma perspectiva autônoma de regramentos, de uma constelação autônoma de ordens normativas, algo impensável numa perspectiva moderna de coisas. Àquele momento histórico, entretanto, era um fato natural da vida. Refletia uma composição corporativa de sociedade, em que cada corpo social tinha um papel a exercer na comunidade e que, portanto, possuía autonomia para formular e seguir normas próprias. Esse é um dos motivos porque a realidade de existir diversas *iurisdicto* e, portanto, autonomias quanto a práticas diversas de poder, é reconhecida por Baldo de Ubaldis como algo natural, próprio de um direito das gentes, em que "o próprio fato de um povo existir tem como consequência que exista um governo nele mesmo, tal como o animal se rege pelo seu próprio espírito e alma".[166]

A convivência das diversas ordens no mundo do Antigo Regime era mais complexa do que um mero jogo de anulabilidades. O direito aplicado às diferentes esferas de poder dependia não somente dos assuntos tratados (se de ordem própria, geral, ao governo da cidade, das relações feudais, do comércio marítimo etc.) ou dos sujeitos abarcados pela relação (se clérigos, artesãos, príncipes), como também da ausência de regulação própria do assunto nas normas locais. Por isso, conforme explica António Manuel Hespanha, o direito comum era algo elástico e geral à dinâmica concorrente dos vários ordenamentos, fazendo-se um discurso geral de normatividade aplicável a todas as situações jurídicas não previstas em direitos particulares:

> Considerar que, no seu domínio particular de aplicação, os direitos próprios têm a primazia sobre o direito comum, ficando este a valer não apenas como *direito subsidiário*, mas também como *direito modelo*, baseado nos valores mais permanentes e gerais da razão humana (*ratio scripta*, *ratio iuris*), dotado, por isso, de uma força expansiva que o tornava aplicável a todas as situações não previstas nos direitos particulares e, ao mesmo tempo, o tornava um critério tanto para julgar da razoabilidade das soluções jurídicas nestes

[166] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 133.

> contidos, como para reduzir as soluções, variegadas e dispersas, dos direitos locais a uma ordem "racional".[167]

Por um critério de especialidade, portanto, os ordenamentos das jurisdições autônomas criavam e faziam prevalecer as suas normas locais em relação ao direito comum. O direito comum vigorava apenas na ausência de direitos particulares – ou quando estes não houvesse o afastado em determinado caso. Era, assim, algo subsidiário, complementar, que se ajustava aos espaços e às particularidades de cada *ius proprium*.

O jogo de fontes não se definia por uma hierarquia vertical e rígida. A dinâmica era de horizontalidade, coexistência, convivência, complementação, de diálogo e dialeticidade.[168]

Mas é claro que isso não significa dizer que a existência desses direitos particulares inferiorizava ou colocava o direito comum como algo insignificante às suas disciplinas locais. A presença do direito comum, como ordenador geral e subsidiário do direito de toda uma comunidade europeia, era inevitável e, por isso, assumia um lugar protagonista no mundo. Ao passar dos séculos, se transmuta não somente num discurso científico restrito aos muros das universidades, mas também em práxis que opera cotidianamente transformando sujeitos e ordenamentos.

Não por acaso é que durante o segundo período medieval, sobretudo a partir do século XIII, este direito geral passa cada vez mais a se incorporar nas fontes oficiais dos reinos europeus[169] que, inclusive, chegam a reclamar alguma dignidade de direito comum.[170]

Na Itália meridional, por exemplo, os juristas não negavam a potência do direito romano a conformar as legislações régias ou citadinas.[171] Em Navarra, Aragão, Valência, Catalunha, Mallorca e Castela, sobretudo a partir dos séculos XIV e XV, houve um grande crescimento da importância dos direitos romano e canônico nos direitos oficiais das Coroas.[172] Em Portugal, a tônica foi a mesma. D. João I (1426) coloca em vigor uma parte do Código de Justiniano, com glosa de Acúrsio e

---

[167] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 133.
[168] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 286.
[169] Sobre o tema, ver especialmente o capítulo VII, "In orbem terrarum", em: CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., pp.301-340.
[170] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 155.
[171] BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe**..., p. 83-96.
[172] LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.) **Manual de historia del derecho**..., p. 188.

comentário de Bártolo, que segue pelas Ordenações Afonsinas (1447), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).[173] No âmbito do direito feudal[174], os costumes passam a cada vez mais incorporar o direito romano nas relações por ele reguladas. Os *Libri feudorum*, por exemplo, estavam inseridos no corpo de estudo da ciência jurídica medieval, sobretudo pela obra de Acúrsio.[175] No direito comercial, a tendência de intersecção e dialeticidade continuava: havia uma crescente incorporação do direito romano ao direito mercantil (*lex mercatoria*), atuando na regulação das práticas comerciais como "direito subsidiário comum a todas as praças comerciais europeias, constituindo uma língua franca de todos os mercadores, usada desde as cidades da Hansa [...] até às da faixa mediterrânica".[176]

A força discursiva do direito comum, portanto, era absolutamente expansiva. Não se restringia à ciência jurídica feita nas universidades, mas se incrementava na realidade das populações. Transpassa cidades, comunas, ofícios, igrejas, instituições, sujeitos. Como bem define Paolo Grossi, "os citadinos [...] vivem imersos no ar da cidade, mas imersos também no ar de uma cultura jurídica 'comum', à qual não era necessário abrir as portas dos muros para fazê-la entrar".[177]

2.1.7. AMORES E AEQUITAS

Embora não se trate propriamente de espaços de poder como são as disciplinas dos ordenamentos, entender a presença de tendências (*amores*) e de uma equidade natural (*aequitas*) na genealogia do direito comum europeu é essencial para compreender como os juristas do período operacionavam as formas jurídicas naquele tempo.

Como vimos na primeira parte deste capítulo, além de uma multiplicidade de jurisdições e da existência de tensões entre elas, muito do que conformava o *ius*

---

[173] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 134.

[174] Na definição de Paolo Grossi, como "conjunto de costumes (e mais tarde, mas secundariamente, de algumas leis imperiais, sentenças de cúrias feudais, teorizações doutrinárias) que pouco a pouco se acumularam durante todo o primeiro período medieval e que disciplinam aquele universo de relações entre senhores e vassalos, entre superiores e inferiores, que é a ordem feudal: relações pessoais que consistem em homenagem e fidelidade por parte do vassalo e em proteção por parte do senhor". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 275.

[175] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 275-276.

[176] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 134.

[177] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 285.

commune era a presença de uma ordem natural da vida na compreensão de como as pessoas deveriam guiar os seus comportamentos.

Essa compreensão de uma ordem como fato natural da vida, cujos comportamentos humanos deviam guardar proporções a ele, dominava as representações do mundo e da sociedade daquele tempo. Todas as condutas humanas tinham como direção principal uma ordem natural inscrita nas coisas. Vocábulos centrais da linguagem política e jurídico-teológica da época, como honestidade, liberdade, honra, verdade, bondade, tinham como referência direta a ideia corrente de aderência dos seus comportamentos ao direito divino, em que o comportamento justo e correto era algo inexoravelmente ligado àquilo estabelecido por Deus no mundo: algo proporcional, equilibrado e moderado. Quanto maior a proximidade do comportamento humano com a natureza das coisas, mais justo, equilibrado e verdadeiro ele seria.[178] Essa leitura naturalística do direito e da inscrição de uma ordem natural perante todas as coisas é traço característico do direito comum europeu, em que se considera a ordem cristã como elemento normativo central do cotidiano das coletividades.

Por tal razão, o discurso jurídico produzido por essa comunidade, em todas as suas manifestações, é inconcebível sem uma ordem de virtudes morais e tendências naturais (*amores*). Valores como honestidade, amizade, liberdade, honra, verdade, bondade, estavam na base da mentalidade jurídica daquela coletividade, servindo como instrumentos valiosos na dinamização do discurso jurídico.

Ao contrário de um direito moderno, em que todo o discurso jurídico é (ou ao menos tenta ser) secularizado, o direito estabelecido no Antigo Regime é assentado em bases metafísicas, impulsos naturais e plurais que se atraem entre si, por uma ordem onde não se separa direito, religião, amor e amizade.[179] É, portanto, uma ordem

---

[178] Segundo António Manuel Hespanha, acerca dessa noção e dos imperativos de honestidade, honra e bondade: ”Viver honestamente – que passava por ser um dos preceitos básicos do direito (cf. D., 1,1,10, pr.) – era aderir à natureza das coisas, à ordem natural do mundo. Ser honrado era respeitar a verdade das coisas e esta era a sua natureza profunda, à qual devia corresponder a sua aparência. Porque o comportamento manifestava a natureza, a honestidade e a verdade eram as qualidades daquele que se portava como devia, como lhe era pedido pela sua natureza. Assim, o nobre não se devia comportar como plebeu, se queria manter a honra. Que a mulher honesta (que respeita a sua natureza) se devia comportar como tal, sob pena de não ser tida como honrada. E por aí adiante. Ao passo que a bondade – a qualidade de quem era capaz de intuir o sentido da ordem – era a qualidade principal daquele que tivesse o encargo de julgar.”. Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 101.

[179] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 149.

jurídica aberta à estímulos exteriores que não o direito; uma ordem exposta à uma arqueologia emotiva que dinamiza e atribui sentidos ao discurso jurídico produzido.[180]

Tal abertura a estímulos naturais impactava diretamente a tarefa dos juristas na depuração daquele direito comum.

Uma lei era válida quando era honesta, justa, possível, conforme a natureza, aos costumes, adequado ao tempo, ao lugar, necessário, útil, proveitoso à comunidade.[181] Obrigações poderiam nascer estritamente de atos de gratidão, como era o caso das mercês régias, por exemplo, que formavam um dever *antidoral* ao beneficiário dos serviços de vassalagem.[182] Operações contratuais também se constituíam como expressões afetivas das coisas: emprestar dinheiro a outra pessoa constituía um ato de amizade, o que, inclusive, viria a favorecer a transmissão de letras de crédito no período moderno europeu;[183][184] honrar um contrato era também um exercício das três virtudes últimas do homem: a verdade (o que inclui a manutenção das promessas), a liberalidade e o exercício de uma justiça comutativa,

---

[180] Além da bibliografia citada neste item 2.1.6., ver também: HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no Antigo Regime. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 57, n. 1, pp.493-578, 1987; HESPANHA, António Manuel. **La gracia del derecho**: economía de la cultura en la Edad Moderna. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; CLAVERO, Bartolomé. **Usura**: del uso económico de la religion en la historia. Madrid: Ediciones Tecnos, 1984; PETIT, Carlos. **Historia del derecho mercantil**. Madrid: Marcial Pons, 2016; LE GOFF, Jacques. **A Idade Média e o Dinheiro**: ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014; LANGHOLM, Odd. **The Legacy of Scholasticism in Economic Thought**: Antecedents of Choice and Power. Cambridge, 1998; DECOCK, Wim. Law, Religion, and Debt Relief: Balancing above the 'Abyss of Despair'. In: Early Modern Canon Law and Theology, **American Journal of Legal History**, Vol. 57, n. 2, pp.125–141, Jun 2017; WIEACKER, Franz. Contractus Und Obligatio Im Naturrecht Zwischen Spatscholastik Und Aufklarung. Em: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milão: Giuffè, 1973, pp.223-239; MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: MAUSS, Marcel. Sociologia e antropologia. São Paulo: CosacNaify, 2003, pp.185-314; CARDIM, Pedro. Amor e amizade na cultura política dos séculos XVI e XVII. **Lusitania Sacra**, n. 11, pp.21-57, 1 jan. 1999; CARDIM, Pedro. Religião e Ordem Social. Em torno dos fundamentos católicos do sistema político do Antigo Regime. In: **Revista de História da Idéias**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Idéias, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, n. 22, pp.133-174, 2001; CARDIM, Pedro. **O poder dos afetos**: ordem amorosa e dinâmica política no Portugal do Antigo Regime. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, 2000; RODRIGUEZ, José Maria Iñurritegui. **La gracia y la república**: el lenguaje político de la teología católica y el Príncipe Cristiano de Pedro de Ribadeneyra. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998; e OLIVAL, Fernanda. La economía de la merced en la cultura política del Portugal moderno. In: PÉREZ, Francisco José Aranda; RODRIGUES, José Damião (Ed.). **De Re Publica Hispaniae**: una vindicación de la cultura política en los reinos ibéricos en la primera modernidade. Madrid: Sílex, 2008, pp.389-407.

[181] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 75.

[182] HESPANHA, Antonio Manuel. **Imbecillitas**: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG, 2008, p. 183.

[183] PETIT, Carlos. Del usus mercatorum al uso de comercio. Notas y textos sobre la costumbre mercantil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 48, pp.7-38, dez. 2008.

[184] CLAVERO, Bartolomé. **Antidora**..., p. 63.

o que permitia que as pessoas dirigissem as suas ações uma em benefício da outra na pactuação de contratos.[185] Os laços entre uma unidade familiar podiam ser vistos como tão estreitos que os membros de uma família eram vistos como um só em determinados casos.[186] Mesmo o arbítrio do rei para punir passava pela presença de sentimentos: embora justiceiro, também deveria atuar como pastor e pai da comunidade, constituindo-se como representante da justiça e, portanto, mediador da graça divina.[187]

A *aequitas* canônica também fazia parte desse estado afetivo de coisas. Era uma expressão direta da virtude da clemência e temperança no mundo, relacionada ao poder pastoral não só da Igreja, como da figura do rei para com os seus súditos.[188] Mas não se limitava apenas às esferas "oficiais" de poder.[189] Como expressão perene de justiça, circulava em todas as esferas de poder possíveis daquela coletividade. O seu objetivo era muito claro: averiguar se a aplicação do direito às mais diversas situações se dava com moderação e parcimônia, de maneira compatível às circunstâncias de cada caso concreto. Funcionava, enfim, como um princípio geral do *ius commune*.[190]

Ou seja, produto direto de uma leitura de mundo aristotélico-tomista, a *aequitas* dinamizava o discurso jurídico medieval pelo princípio de que em determinadas circunstâncias, por um imperativo de justiça, a lei deveria incidir ao caso concreto com menos rigor, podendo até ser dispensada em alguns casos.[191]

Aequitas, nesse sentido, funcionava como um vetor metajurídico de justiça, em que se podia moderar (*temperamentum*), mitigar (*mitigatio*) e, portanto, flexibilizar

---

[185] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII). Derecho PUCP, n. 73, pp.513-533, 21 nov. 2014, p. 517.

[186] HESPANHA, António Manuel. A senda amorosa do direito: Amor e Iustitia no discurso jurídico moderno. In: PETIT, Carlos (org.). **Paixões do jurista**: amor, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011, p. 44-45.

[187] HESPANHA, Antônio Manuel. O direito penal da Monarquia Corporativa. In: AXT, Gunter (org.). **Do antigo regime ao século XX**: novas perspectivas da história do direito no Brasil. Florianópolis: CEJUR, 2017, p. 32-33.

[188] Sendo, inclusive, um dos tópicos mais comuns na discussão sobre a legitimação do poder real – o rei como pai, como governante virtuoso.

[189] PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**…, p. 107.

[190] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 261.

[191] Grossi nos alerta, entretanto, que embora pareça que a norma que fosse dispensada, o que era suprimido não era a sua incidência ao caso concreto, mas sim o seu rigor. Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 264.

o rigor do *ius strictum* às circunstâncias de cada caso concreto.[192] Era, nas palavras de Francesco Calasso, uma ferramenta de correção criativa do *rigor iuris* humano através de um ideal de justiça coincidente com a vontade divina.[193]

Seja para a Igreja, no objetivo de guiar a alma dos súditos à eterna salvação; seja para o rei, no objetivo de legitimar o seu poder exercendo as virtudes cristãs; seja para outras esferas normativas, no objetivo de seguir uma ordem natural de coisas em que se deve dar a cada um o que lhe é devido, esse instrumento tinha a potência de flexibilizar a aplicação do direito a cada caso concreto, transformando-se em elemento central da dinâmica aberta do *ius commune*.

Por uma questão de equidade, ilícitos no tecido social da Igreja poderiam ser muito bem tolerados[194]. Cortes mercantis eram livres para decidirem sobre o mérito das causas de sua jurisdição segundo uma *veritas negotii*, ou seja, segundo as circunstâncias do caso concreto guiadas por uma *aequitas*, podendo abrandar, conforme o caso, o rigor da aplicação do direito.[195] Tamanha a importância da *aequitas* que ela ocupava lugar privilegiado inclusive nas discussões sobre contratos. É o exemplo de tópicos como o dos chamados testamentos defeituosos, dos contratos de boa-fé e da natureza vinculante dos pactos.[196]

2.1.8. ORDENS E ESPAÇOS DOMÉSTICOS

---

[192] Tal discussão está envolta em um debate maior sobre a suposta antítese entre *aequitas* e *lex*; entre flexibilidade e rigor. Sobre o tema, ver o capítulo 6, "Il momento soggettivo della legge nella fase dell'interpretazione", em: CORTESE, Ennio. **La norma giuridica 2**. Spunti teorici nel diritto comune clássico. Vol. 2. Senatto dela Repubblica. Milano: Giuffrè, 1964, pp.295-362.

[193] CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**..., p. 166-172.

[194] Sobre o tema, ver: LEFEBVRE, Charles. Aequitas canônica et Periculum animae dans la doctrine de l'Hostiensis. **Ephemerides Juris Canonici**, Roma, v. 8, n. 1, pp.437-453, 1952; LEFEBVRE, Charles. Equité. In: **Dictionnaire de droit canonique**. T. V. Paris: Letouzey et Ané, 1953; OLIVERO, Giuseppe. **Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico**. Milano: Giuffrè, 1953; FEDELE, Pio. Consideraciones sobre la dispensa y sobre otras institutiones en la ordenación canónica. **Revista española de derecho canónico**, vol. 2, n. 5, pp.393-437, 1947; e GROSSI, Paolo, Aequitas Canonica. In: **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 27, n. 1, pp.379-396, 1998.

[195] MACINO, Francesca. L' applicazione del principio di aequitas nella prassi giudiziaria dei mercanti (XIV-XV sec.). In: MANTEGNA, Cristina; PONCET, Olivier (org.). **Les documents du commerce et des marchands entre Moyen Âge et époque moderne** (XII-XVII siècle). Roma: Publications de l'École française de Rome, 2018, pp.15-33. Sobre o tema, ver também: DONAHUE JR, Charles. Equity in the Courts of Merchants. **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review**, vol. 72, n. 1-2, pp.1-35, 2004.

[196] Em Baldo de Ubaldis, por exemplo, ver: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 278-279 e 336-337; e HORN, Norbert. **Aequitas in den Lehren des Baldus**. Köln-Graz: Böhlau-Verlag, 1968.

Espaços menores de poder também se faziam mecanismos perenes de normatividade. A família, a igreja, o senhorio, o ofício, eram exemplos de espaços informais que disciplinavam comportamentos no mundo do direito comum europeu. Como universos de afetividade, sempre submetidos à uma ordem natural de coisas cuja menor unidade de mundo ainda era a família, enunciaram modos de pensar próprios de uma sociedade marcadamente religiosa, rural e, principalmente, doméstica.

Mas tal universo mental não se restringia aos muros da casa, da capela, do senhorio ou do ofício. Ele se espraia para os mais diversos âmbitos de regulação social e política.

A imagem da família e do mundo doméstico está presente em toda a cosmologia deste Antigo Regime.[197] Deus e suas criaturas, a Igreja e seus fiéis, reis e súditos, senhores e servos, pais e filhos, maridos e esposas: todas as relações do Antigo Regime reproduzem, em maior ou menor grau, a feição natural de um modelo doméstico de mundo. Como fato natural, todas as estruturas normativas daquele mundo pré-moderno se inspiram na imagem da família para entender as dinâmicas sociais e autodefinir-se.

Talvez o maior exemplo disso seja a continuidade da representação do *pater* como autoridade máxima na disciplina mental deste *ius commune*.

Era o pai a figura masculina que fantasticamente tinha o papel de defender a unidade da família, ocupando-se de regular todas as relações daqueles submetidos à sua autoridade (esposa[198], filhos, descendentes, criados, servos). O principal fundamento desse papel centralizador era mágico-religioso[199]: a ideia do pai como guardião; como pastor; como corpo hierárquico a ser seguido; e a mulher como corpo espiritualmente inferior, sujeita mais facilmente à tentação, ao pecado, ao mesmo erro de Eva quando deu a primeira mordida no fruto proibido.[200]

---

[197] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 149.

[198] Sobre o tema, ver: DUBY, Georges. **Idade Média, idade dos homens**: idade do amor e outros ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

[199] LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.) **Manual de historia del derecho**..., p. 106-107.

[200] Sobre a questão da misoginia cristã e suas repercussões mágicas no período medieval e, principalmente, moderno, ver: BETHENCOURT, Francisco. **Imaginário da Magia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004; MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro. **História da Inquisição Portuguesa** (1536-1821). Lisboa: Esfera dos Livros, 2013; SOUZA, Laura de Mello. **Inferno Atlântico**: Demonologia e colonização (séculos XVI – XVIII). São Paulo: Companhia das Letras, 1993; ANCHIETA, Isabelle. **Imagens das mulheres no Ocidente Moderno**. São Paulo: Edusp, 2019; CLARK, Stuart. **Pensando com demônios**. São Paulo: Edusp, 2006; DELUMEAU, Jean. **História do medo no**

Além disso, toda a disposição de coisas na relação entre homem e mulher e na dimensão da casa reproduzia tal imaginário.

O casamento representava a conversão do marido e da mulher em carne de uma só carne;[201] as práticas sexuais entre cônjuges não dependiam de suas vontades, da paixão ou do desejo, mas das exigências naturais e sobrenaturais do casamento, da reprodução e do uso honesto do matrimônio.[202] Havia o sentimento comum de que animicamente os pais se continuavam nos filhos, com relevantes implicações no plano dos negócios e das sucessões.[203] Os poderes do pai sobre eles apenas terminavam com a emancipação, casamento ou outros encargos e dignidades.[204] O casamento sem a anuência parental constituía insulto à disciplina familiar do pai: se celebrados, eram tidos como ilícitos e pecaminosos, razão pela qual podiam culminar na deserdação das filhas e na pena de degredo a quem casasse com a mulher menor sem autorização.[205] O conceito de família era alargado, fundado em princípios generativos e linhagísticos, abrangendo criados, escravos, descendências, ascendências, parentelas e até mesmo amizades. Toda a unidade

---

ocidente (1300-1800). São Paulo: Companhia das Letras, 2009; FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017; GINZBURG, Carlo. **História Noturna**: decifrando o sabá. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007; HESPANHA, Antonio Manuel. Mulheres, esposas, viúvas. In: **A Política Perdida**. Curitiba: Juruá, 2010, pp.131-146; MATTOS, Yllan de. **A Inquisição Contestada**: críticos e críticas ao Santo Ofício Português (1605-1681). Rio de janeiro: Faperj, 2014; MICHELET, Jules. **A feiticeira**. São Paulo: Circulo do livro, 1992; MUCHEMBLEND, Robert. **Uma história do Diabo**. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2001; PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012; PRIORE, Mary del. **Ao sul do corpo**. Condição feminina, maternidades, e mentalidades no Brasil Colônia. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2009; REIS, Marcus Vinicius. **Mulheres de seus corpos e de suas crenças**: relações de gênero, práticas-mágico-religiosas e Inquisição no mundo português. (1541-1595). Tese de Doutorado (História-UFMG), 2018; SOUZA, Laura de Mello. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz**. Feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 2009; THOMAS, Keith. **Religião e o declínio da magia**. São Paulo: Cia das Letras, 1991; VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados**: moral, sexualidade e inquisição no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014; ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. Feitiçaria na vila de Curitiba: direito e misoginia (xviii). **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp.222-249, 2019; ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. **Um "Cartório de Feiticeiras"**: direito e feitiçaria na Vila de Curitiba (1750-1777). Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de; VALLE, Gabrielle Stricker do. **Processo dos Delitos e das Heresias**: um guia de leitura das Ordenações Filipinas (1603) e do Regimento Inquisitorial de 1640. Porto Alegre: Editora Fi, 2019; ARAUJO, Danielle Regina Wobeto; PEREIRA, Luís Fernando Lopes; BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Direito e feitiçaria na América portuguesa do século XVIII: a devassa movida contra Maria do Gentio da terra da Vila de Paranaguá. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (n. 475), pp.311-341, set./dez. 2017; e ARAUJO, Emanuel. A arte de sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE. Mary Del (org.) **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, pp.45-77.

[201] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 152.

[202] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 153-155.

[203] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 156.

[204] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 160.

[205] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 164-165.

familiar era tida sob a hegemonia do *pater*,[206] que podia castigar os filhos e a mulher desobediente, restringindo-se apenas aos limites de uma *moderata domestica correctio*.[207]

A explicação era a de que como Deus tinha feito o homem à Sua semelhança, era também ele o mais apto a ocupar o lugar central da disciplina da casa.

Ademais, nas relações políticas, era comum as associações entre "casa" e "reino". Se o pai era quem ocupava lugar central na dinâmica das relações domésticas, o príncipe equivalia ao *pater* nos assuntos políticos.[208] Sendo a família o fundamento da república, havia um compromisso natural entre governo e príncipe para que este pastoralmente guiasse a nação e corrigisse o comportamento dos seus súditos. É o uso da metáfora do casamento (entre príncipe e república) e da filiação (entre príncipe e seus súditos) para explicar o fundamento político da república (ou cidade) e do poder pastoral do príncipe.[209]

A comunidade eclesiástica também estava estruturada a partir de signos familiares. A Igreja era uma grande família, regida sobretudo por um amor familiar e sentimentos de organicidade, reciprocidade, honestidade, fidelidade, piedade, obediência e caridade. Deus era o pai de todos e Cristo o seu pastor; a palavra "papa", na sua própria etimologia, significava termo afetuoso para "pai". Congregações religiosas eram denominadas como casas, com seus chefes sendo abades (pais) ou abadessas (madres) e seus membros religiosos frades (*fratres*, irmãos) ou sorores (*sorares*, irmãs).[210] Até hoje as freiras são popularmente conhecidas como esposas de Cristo.

---

[206] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 160-161 e 175.

[207] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 163.

[208] Sobre o tema, ver: HESPANHA, António Manuel. Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: CLAVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo; TOMAS Y VALIENTE, Francisco. (org.) **Hispania entre derechos propios y derechos nacionales**: atti dell'incontro di studio Firenze. Milano: Giuffrè, 1990, pp.135-203; MOZZARELLI, Cesare. **Familia del principe e famiglia aristocratica**. Roma: Bulzoni, 1988; AGAMBEN, Giorgio. **Il Regno e la Gloria**. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Torino: Bollati Boringhieri, 2009; MOZZARELLI, Cesare. **Il padre di famiglia**. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'economica tra Cinque e Seicento. Roma: Bulzoni, 1985; BRUNNER, Otto. La "casa come complesso" e l'antica "economica" europea. In: **Per una nuova storia costituzionale e sociale**. Milano: Vita e Pensiero, 2000, pp.133-164; e LAMBERTINI, Roberto. Per una storia dell'œconomica tra alto e basso Medioevo. In: BIANCHINI, M.; FRIGO, D.; MOZZARELLI, C. (org.). Governo della casa. Governo della città. In: **Quaderni di Cheiron**, v. 4, pp.45-74, 1985.

[209] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 178.

[210] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 178-179.

Tudo isso significava o resultado de um arquétipo mental que direcionava à figura masculina do *pater*, do senhor, do príncipe, uma autoridade moral relevante em relação aos demais integrantes da família, do senhorio, do reino, da capela, da comunidade. Sentimentos, esquemas culturais e representações domésticas estavam no eixo central do imaginário jurídico da sociedade pré-moderna.

2.1.9. ORDEM E PLURALIDADE: UMA SÍNTESE DA EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMUM EUROPEU

O direito comum europeu, portanto, é um direito plural, revestido de diferentes feixes de incidência normativa que se circundam mutuamente, coexistindo todas sob a égide de um direito dotado de diversas autonomias.

Há incompletude, reicentrismo, factualidade, desigualdades, coletivismos, diferentes status, ordens, costumes.[211] É um direito que se vincula à uma ordem já pré-existente, num estado de coisas pré-ordenado em que sentimentos, sensibilidades e representações cabiam a uma mentalidade que oscilava entre inovação e tradição; entre a contínua reinvenção de perspectivas de uma comunidade jurídica letrada e o peso de uma tradição assentada sobre um sistema de valores, símbolos e fantasias inscritos numa ordem divina.

É assim que o *ius commune* se apresenta. Um testemunho sensível de alteridades numa unidade de grande tradição jurídica comum cumulado com um espaço aberto de mecanismos informais de normação social em um território multifronteiriço de normatividade. Uma dimensão de mundo que, talvez de maneira até paradoxal, promovia reiteradamente choques de saberes que resultam em uma lógica agregadora de significados.

Desses choques de saberes, razão e sensibilidade se integram para fundar um saber jurídico inigualável que, em nome das próprias exigências, remodela toda uma tradição jurídica anterior através de uma arquitetura jurídica mental extremamente criativa. E isso em todas as áreas do direito, em especial, no direito obrigacional-contratual.

---

[211] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 21-106.

2.2. A INTEGRAÇÃO DE ORDENS NO DIREITO MEDIEVAL: ALGUNS ASPECTOS DA TEORIA OBRIGACIONAL-CONTRATUAL DO IUS COMMUNE

A teoria obrigacional-contratual também se insere na dinâmica aberta de sentimentos do direito comum europeu. Acompanhando toda a tradição jurídica do período, é uma disciplina muito sensível a estímulos exteriores provenientes da filosofia, da teologia e da ordem de coisas afetivas daquele mundo.[212] Convive e se transforma sobre diferentes níveis de normatividade e, especialmente, infiltra-se num ambiente mental cercado de tensões e desafios. Talvez o principal deles, a problemática de adequação entre um direito científico e direitos locais, costumeiros, tradicionais.

A seguir, sem qualquer pretensão minuciosa de análise[213], estão alguns exemplos dessa situação de tensionamentos no pensamento obrigacional-contratual medieval europeu.

---

[212] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 122.

[213] Considerando a complexidade do tema, a necessidade de uma adequada historicização, da dificuldade da missão e, ainda, do despropósito do presente trabalho com uma verticalização intensa sobre o pensamento obrigacional-contratual medieval, trata-se o presente subcapítulo de apenas um esboço geral de alguns traços da sensibilidade medieval no âmbito obrigacional-contratual. O propósito aqui é apenas complementar, com um pouco mais de especificidade à teoria obrigacional-contratual, aquilo já tratado nos subcapítulos anteriores. Entretanto, para uma maior verticalização sobre o tema, além da bibliografia citada neste subcapítulo, sugiro: GROSSI, Paolo. **Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune**. Milano: Giuffrè, 1960; PETIT, Carlos. Medioevo del dinero: en busca de las «Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie» de Paolo Grossi. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.381-399, 2023; BELLINI, Piero. **L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII**. Milano: Giuffrè, 1964; ASTUTI, Guido. **I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1952; ASTUTI, Guido. I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano. In: **Annali di storia del diritto**, vol. 1, pp.13-42, 1957; ASTUTI, Guido. Contratto (Diritto intermedio). In: ASTUTI, Guido. **Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984, pp.1907-1954; CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Lezioni di storia del diritto italiano. Milano: Giuffrè, 1959; BIROCCHI, Italo. **Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto**. Caglieri: CUEC Editrice, 1988; BIROCCHI, Italo. **Causa e categoria generale del contratto**. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Torino: Giappichelli, 1997; DLICHER, Hermann. Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht. In: **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**: **Romanistische Abteilung**, v. 77, n. 1, pp.270-303, 1960; PIERGIOVANNI, Vito. Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno. In: **Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno**. In: Atti della Società Ligure di Storia Patria. Nuova serie (52/1-2). Genova: Società Ligure di Storia Patria, 2012, pp.945-970; PIERGIOVANNI, Vito. Un trattatello sui mercanti di Baldo degli Ubaldi. In: ASCHERI, M. (org.). **Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei**. Padova: 1991, pp.235-254; BUSSI, Emilio. **La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune**. Padova: Cedam, 1937; SÖLLNER, Alfred. **Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten**. Frankfurt am Main: Selbstverlag, 1958; VOLANTE, Raffaele. **Alteri stipulari**. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno

2.2.1. EQUIDADE, OBRIGAÇÃO E CONTRATO: PACTOS NUS E PACTOS VESTIDOS

O quadro conceitual elementar do direito obrigacional-contratual do *ius commune* consistia na clássica classificação romana de existência de duas espécies de negócios jurídicos: pactos (*pactum*) e contratos (*contractus*).

Enquanto os pactos eram vistos como uma categoria que sinalizava um mero acordo de vontades entre partes, sem nome, causa ou forma jurídica definida, os contratos eram considerados como acordos de vontades que continham uma substância em si mesmos, sendo já, por sua própria natureza, previamente reconhecidos pelo direito. A celebração de um *contracto*, ao contrário do *pactum*, pressupunha nome, causa, uma forma determinada e um regime jurídico pré-estabelecido.[214]

Embora essa distinção seja incerta e invariável, demonstrava, ao menos em linhas gerais, que o contrato era visto como "uma categoria juridicamente mais solene, definitiva, com um regime jurídico mais preciso e com uma garantia judicial mais completa"[215], enquanto o pacto consistia na expressão geral de um mero acordo, de mero consenso, de informalidade – algo mais acessório, precário e menos autônomo na disciplina obrigacional-contratual clássica.

É dentro dessa clássica dicotomia que surge uma das maiores controvérsias da doutrina obrigacional-contratual do direito comum europeu: a possibilidade de os pactos vincularem ou não o cumprimento das obrigações por ele determinadas.

Isso porque, no período medieval, o *pactum* e *contractus* são entendidos a partir de duas novas nomenclaturas. Pactos nus (*pacta nuda*) e pactos vestidos (*pacta vestita*).

O termo *pactum* passa a ser entendido como classe geral que denomina as convenções celebradas, como acordo genérico, subdividindo-se em outras duas

---

schema negoziale a favore di terzi nelle dottrine dei glossatori. Firenze: Edizioni Centro Duplicazione Offset, 1993; VOLANTE, Raffaele. **Il mutuo nel diritto comune**. Il problema del valore finanziario dai glossatori a Pothier. Napoli: Jovene Editore, 2012; GROSSI, Paolo. **Locatio ad longum tempus**. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune. Napoli: Morano, 1963; e LANDI, Andrea. **Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità**. Il mutuo ad interesse dal tardo diritto comune alla codificazione civile italiana del 1865. Vol. 1. Torino: G. Giappichelli, 2017.

[214] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 221.

[215] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 221.

categorias: a dos pactos nus (em referência ao significado daquele clássico *pactum* romano, ou seja, às convenções celebradas que não tinham formas pré-fixadas ou previsões no ordenamento) e a dos pactos vestidos (dizendo respeito às convenções celebradas já aceitas e reconhecidas pelas formas negociais romanas, ou seja, à expressão *contractus* romana).

O problema da utilização desse esquema normativo clássico romano, no entanto, dizia respeito à própria tutela desses negócios.

Se pela tradição romana, o *pactum* não poderia ser tutelado processualmente (*ex nudo pacto actio non oritur*), o mero acordo entre partes dos pactos nus também não gerava a possibilidade de reclamar aquilo que foi acordado mediante uma tutela oficial. Ou seja, não vinculava. Apenas acordos que se encaixavam aos esquemas negociais já previstos ou aceitos por aquele ordenamento eram vinculantes e, portanto, poderiam ser tutelados.[216]

No entanto, essa qualificação extremamente rígida de formas jurídicas do direito justinianeu era insuficiente às novas exigências negociais do direito medieval. Com o florescimento de uma nova fenomenologia de acordos, a demanda social por novos mecanismos de tutela em relação aos novos negócios também aumentava. Passou a ser necessário que esse direito justinianeu fosse deformado e transformado em algo novo, adequado às exigências negociais cada vez mais complexas do período. Era necessário que a teoria obrigacional-contratual deixasse de lado as clássicas formalidades de um direito pautado em formas rígidas rumo a um direito mais flexível, mais maleável às transformações e demandas daquele *ius commune*.

O controle severo do Império sobre a definição do tipo contratual estabelecido pelos particulares não fazia mais qualquer sentido à lógica comum medieval. Àquele momento, não havia como se falar de Estado ou qualquer outra estrutura totalizante de juridicidade. O Império era apenas uma distante lembrança, usada muito mais como enfeite de validade hermenêutico do que como objeto de crença de uma entidade abstrata com função centralizadora do poder político. A vontade das partes, de autônoma, não tinha nada. Incipiente, estava sempre subordinada à ordem natural das coisas, o que significava que não havia tanto espaço para uma noção de vontade

---

[216] São os exemplos dos contratos de compra e venda, arrendamento, depósito, mandato, sociedade, pactos de *pacta legitima* etc. Paolo Grossi explica que essa doutrina romana é um produto próprio do direito romano clássico, em que havia um "[...] severo controle, por parte do Estado, sobre a autonomia dos particulares coarctada nos canais necessários e obrigatórios de formas rígidas e de tipos contratuais igualmente rígidos.". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 267.

livre ou de autonomia plena daquilo que se queria. Os tipos contratuais não eram um dado objetivo de mundo. Pelo contrário, eram um fato da vida, com aderência lógica aos costumes, à factualidade e à plasticidade da vida cotidiana. Flexíveis, poderiam ser plenamente operacionalizados de acordo com as circunstâncias específicas de cada situação jurídica. A mentalidade rígida e individualista romana, nesse contexto, era imprestável.[217]

Era por isso que a doutrina romana tinha de ser manipulada. Era necessário que o direito antigo se transmutasse em uma nova realidade. Era preciso reinventar categorias de um direito já antigo para a construção de esquemas jurídicos adequados à realidade daquele presente. Era preciso traduzir um direito antigo a uma nova sociedade.

Ao tema das obrigações e contratos, essa tarefa de adaptação passava por dois mecanismos.

Primeiro, a grande valorização da *aequitas* canônica. O segundo, a grande criatividade e argúcia dos juristas do período, que souberam modelar as clássicas doutrinas justininaneias ao mundo aberto e em transformação do *ius commune*.

Própria e específica de uma ordem natural de coisas, a *aequitas* canônica significava o primeiro mecanismo de recusa a uma visão formalista e tipificadora dos pactos, pois adicionava à teoria obrigacional-contratual justininaneia um elemento essencial à sua adequação no tempo de coisas do direito medieval: flexibilidade.

A equidade canônica disposta no mundo do direito comum possibilita o exercício da *interpretatio* em relação aos negócios jurídicos pactuados, devendo eles serem interpretados sempre conforme um juízo de flexibilidade, adequação e simplicidade. Pregando juízos simples, flexíveis, adequados e concretos a diferentes realidades, a *aequitas* canônica carrega um sentimento constante de substancialidade e variabilidade do direito humano, o que atingia com força a dimensão fechada formalista do direito romano.

Como mentalidade jurídica irrestrita, a *aequitas* impunha que a interpretação daquele direito obrigacional-contratual anterior fosse adequada a uma ordem de afeições e flexibilidades. Pelo signo da equidade, não era mais possível que se sustentasse que, pela mera inexistência de forma específica, um acordo não valesse ou obrigasse. Mais que a forma jurídica, a substância do negócio e a confiança

---

[217] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 303-304.

manifestada entre as partes importava mais ao cumprimento do acordo. A substância da celebração e a importância do respeito à palavra dada flexibilizava exigências formais dos negócios jurídicos. Pelo sentimento de equidade e por uma ordem de afetos, tornava-se um imperativo que, face a uma promessa feita, se cumprisse aquilo que fora pactuado. E isso independentemente de formas específicas pré-existentes ou construções solenes; o compromisso assumido importava uma questão de fé e, por isso, meros acordos (como os pactos nus) poderiam sim vincular. [218]

A vinculação ao cumprimento desses pactos era consequência lógica de um direito natural pré-existente.[219] Pelo consenso entre duas ou mais partes, havia um sentimento de confiança recíproca entre elas que as vinculava. E isso não poderia ser ignorado. A confiança e a lealdade ao cumprimento das obrigações eram imperativos morais de uma ordem natural de coisas. Não cumprir com o prometido pela mera inexistência ou inobservância de formalismos era incompatível com a existência de uma equidade e simplicidade natural que informava todo o mundo pré-moderno. Era pela equidade que se suspendia a aplicação da doutrina formalista romana para que a disciplina da simplicidade e flexibilidade canônica atuasse aos casos concretos. O risco de não agir dessa maneira consistia no próprio risco de dano espiritual decorrente do não cumprimento de uma promessa. Não o cumprir significava quebrar a confiança da palavra dada. Mais que uma quebra jurídica, consistia numa quebra moral entre as partes e entre toda a comunidade. Significava a quebra de um laço de confiança para com Deus.[220]

---

[218] Esse era um ideário que já vinha sendo nutrido ao menos desde o século XII. No *Liber Extra* já se falava que mesmo pactos nus eram vinculantes, o que guadaria referências ao Concílio de Cartago nos séculos III, IV e V. Sobre o tema, ver: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 122-123.

[219] Nas palavras de Rafaelle Volante, "[...] l'*aequitas pacti* è forza che possiamo definire immediatamente giuridica: una *naturalis summa* che produce diritto anteriormente a ogni problema técnico di efficacia e di tutela delle situazioni soggettive derivanti dall'accordo". [Tradução livre: a *aequitas pacti* é uma força que podemos imediatamente definir como jurídica: uma *naturalis summa* que gera direito antes de qualquer problema técnico de eficácia ou proteção das situações subjetivas resultantes do acordo]. Em: VOLANTE, Rafaelle. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**..., p. 27.

[220] Nas palavras de Grossi, "A utilização da falta de observância às formas ou da violação à obrigatoriedade de tipicidade para frustrar o compromisso assumido contraria os princípios moralmente imperativos da boa-fé e da responsabilidade como consequência do compromisso; entra em jogo o *periculum animae*, o rigor legalista torna-se *peccati enutritivus*; ou seja, deflagram-se os pressupostos da equidade canônica, formidável força subversiva da ordem formal, mas força restauradora de uma ordem substancial mais relevante". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 267-268.

Ocorre que, ao menos num primeiro momento, essa flexibilização do direito justinianeu apenas se deu em cortes de consciência, e não tanto nos tribunais seculares.[221]

No entanto, não foi irrisória a força expansiva do argumento canônico para além dos muros mentais dos foros de consciência. Ao longo do tempo, parecia ser cada vez mais coerente, também nos tribunais seculares, o argumento de que mesmo pactos destituídos de formas específicas também eram vinculantes.[222] Havia, nos termos definidos por Ennio Cortese, uma transformação moral da tradição civilista que levava gradualmente a eficácia do sistema natural do mundo aos tribunais.[223]

A grande criatividade dos juristas daquele tempo na operacionalização de conceitos e categorias do direito romano também foi fundamental para a tradução de um direito anterior às novas exigências sociais. Talvez o maior exemplo disso tenha sido a criação de uma nova categoria para o fim de fornecer relevância e garantir tutela a acordos não previstos na teoria obrigacional-contratual justinianeia: os chamados pactos vestidos (*vestimenta pactorum*).[224]

---

[221] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 109.

[222] Segundo Wim Decock, a ideia de que os pactos, mesmo que nus, criavam uma obrigação que poderia ser reclamada perante um tribunal eclesiástico, sem dúvida, teria atuado como um ímã para que os civilistas estendessem a interpretação dos textos romanos o suficiente para se aproximar dos ditames da razão natural e da autoridade da Igreja. Isso produziria um conhecimento mais compatível e lógico entre as várias ordens normativas. Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 110.

[223] Nas palavras de Ennio, "Non si va forse lontano dal vero individuando nella pressione di motivi morali e religiosi la forza che condusse lo stesso civilista ad estendere l'efficacia del sistema naturale oltre la cerchia degli ideali astratti, a escogitarne notevoli applicazioni nello stesso foro giudiziale. Sul tardi, Bartolo offrirà esempi oltremodo suggestivi: lo si udrà asserire che il giudice può fare a meno di quella conclusio che è una solemnitas mere civilis e, quando abbia formata la propria convinzione, può «…sine aliqua conclusione… sententiare de iure natura li…». A enucleare il contenuto ultimo del pensiero di Bartolo, occorre riconoscere ch'esso non andava oltre l'affermazione d'una prevalenza della decisione sostanziale del giudice sulle formalità che il diritto civile proponeva, ma era oltremodo ardito mettere in tanto risalto il potere normativo del diritto naturale, quasi a discapito di quello del ius civile.". [Tradução livre: Talvez não se afaste muito da verdade a identificação da pressão de motivos morais e religiosos como a força que levou o mesmo civilista a estender a eficácia do sistema natural para além do domínio de ideais abstratos, concebendo notáveis aplicações no próprio foro judicial. Mais tarde, Bartolo oferecerá exemplos altamente sugestivos: será ouvido que o juiz pode dispensar aquela conclusão, que é uma solenidade meramente civil, e, quando ele tenha formado sua própria convicção, ele pode "... sentenciar sobre o direito natural sem qualquer conclusão...". Para elucidar o conteúdo final do pensamento de Bartolo, é necessário reconhecer que ele não foi além da afirmação da predominância da decisão substantiva do juiz sobre as formalidades propostas pelo direito civil, mas foi extremamente audacioso ao enfatizar o poder normativo do direito natural a tal ponto, quase em detrimento do direito civil]. Em: CORTESE, Ennio. **La norma giuridica 1**..., p. 91.

[224] Sobre o tema, ver especialmente o capítulo 3 "Nascita e evoluzione dell'architettura dei vestimenta", em: VOLANTE, Raffaele. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**..., pp.99-144.

O objetivo da nova categoria era literalmente de vestir pactos nus a fim de garantir alguma relevância a eles. Como o nome já sinaliza, veste-se os pactos que, segundo a tradição justinianeia, não tinham qualquer tutela na esfera civil (pactos nus). Eram nus porque em nenhum momento se transformaram em um contrato típico (pactos vestidos), não tendo recebido nenhum fundamento externo que lhe atribuísse eficácia para vincular as partes. Ou seja, não vinculavam porque em nenhum momento teriam recebido algum incentivo externo que o confirmassem.[225] Daí a expressão de Baldo que sustenta que pactos nus eram tão disfuncionais quanto homens nus.[226] Enquanto o corpo nu fica imóvel e rígido com o frio, a força e vigor (*virtus*) do corpo apenas poderiam ser despertados pelo calor externo fornecido pelas roupas que o cobrem. Os acordos nus precisavam de um revestimento externo, de uma roupa (*vestimentum*), para serem eficazmente tutelados.[227]

A doutrina medieval, por isso, teve a tarefa de literalmente pensar em maneiras de vestir esses pactos[228], de aquecê-los para reconhecer neles um caráter vinculante, tornando-os úteis para serem tutelados como *contractus*.[229]

A tarefa não era fácil, mas o caminho estava bem sedimentado.

Com a equidade sendo um dos mantras que guiavam os corpos normativos medievais, a simplicidade e flexibilidade canônica da *aequitas* dinamiza o discurso medieval para cada vez mais valorizar soluções flexíveis e desvalorizar as formalistas. O próprio mundo medieval, como na sua dimensão factual do direito e de uma lógica

---

[225] COVARRUVIAS Y LEYVA, Diego. Relectio in cap. quamvis pactum de pactis, livro 6, parte 2, parágrafo 5, número 12. In: **Opera omnia**. Augusta Taurinorum: 1594, tom. 2, p. 273.

[226] KRIECHBAUM, Maximiliane. Philosophie und Jurisprudenz bei Baldus de Ubaldis: "Philosophi legum imitati sunt philosophos naturae". **Ius commune**, v. 27, n. 1, pp.299-343, 2000, p. 302-303.

[227] DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 111.

[228] Entretanto, ao contrário do que possa parecer por uma leitura tradicional, não era isso que definia a natureza dos pactos ou a sua estrutura. Ao contrário do direito moderno, sem uma estrutura definidora e sem uma determinação precisa dos seus elementos constitutivos, o conceito de pacto não podia existir sob uma estrutura apriorística. Pelo contrário, como um fato natural da vida, se dava casuisticamente e sem uma separação entre planos de existência, validade ou eficácia. Essa falta de estrutura sinalizava que o pacto, em sua generalidade, permanecia um dado cuja relevância devia ser medida a partir das modificações que ele impõe ao tecido de relações nas quais intervém, indicando os seus efeitos possíveis do acordo (*vires pactorum*); e não em relação a uma identidade entre uma suposta morfologia estrutural com os seus regimes de efeitos. Esta crítica está muito bem assentada em: VOLANTE, Raffaele. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**..., p. 99-106.

[229] Por um meio de analogia com causas típicas contratuais, entre outras vestes, por exemplo, estavam a entrega de uma coisa (*res*), a formalização de um documento (*literae*), o emprego de fórmulas verbais solenes (*verbis*), constituir um determinado contrato tipo negocial nominal (*specifico nomine contractus*; *consensu*) etc. Leonardus Lessius, por exemplo, vai acrescentar à lista a coerência do pacto com acordo vestido (*cohaerentia cum contractu vestito*), de acordo com a máxima que o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*) e a confirmação do negócio com juramento (*iuramento*). Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 112.

não individualista e imperfeita do indivíduo, era incompatível com os esquemas rígidos, formais e personalíssimos da teoria obrigacional-contratual romana.

A ideia de uma categoria geral de *pactum* (em substituição à clássica dicotomia romana entre *pactus* e *contractus* ou pactos nus e pactos vestidos), passava a ser cada vez mais valorizada e bem-vinda em um ambiente comunitário que respirava diversidade.[230]

Todo esse esforço contribui significativamente para a construção de uma teoria obrigacional-contratual que vinculava o cumprimento de obrigações não somente quando pactuadas sob o signo de acordos com formalidades e tipologias específicas, mas também quando proveniente de um mero acordo. Todo o tipo de *pactum* passa a ser, de algum modo, vinculante.[231] O esquema rígido romano se abre à moldura flexível da *interpretatio* medieval.

O trabalho de compatibilização criativa desses esquemas negociais, portanto, fazia parte de um trabalho de remodelação interpretativa. Permite-se o reconhecimento da obrigatoriedade e tutela de figuras negociais próprias do período medieval, nada responsivas ao esquema clássico justinianeu. Tendo alcançado uma categoria geral (*pactum*), dividida entre aqueles vestidos e aqueles nus, os juristas do período elaboram uma saída criativa, sofisticada e extremamente útil à remodelação da tradição romanista face às exigências medievais. Ainda, com a simbologia da *aequitas* canônica, transformaram aquilo que numa perspectiva formalista nada vinculava num instrumento eficaz de superação de esquemas rígidos incompatíveis com a realidade social medieval.

2.2.2. A MUTABILIDADE DA NATUREZA DOS CONTRATOS

Outro útil e importante debate acerca das crenças implícitas de mundo dispostas no direito obrigacional-contratual medieval diz respeito à natureza flexível dos contratos neste cenário pré-moderno.

---

[230] Esse desgaste proveniente dos dados do mundo medieval se acentua ainda mais, nas palavras de Paolo Grossi, com dois fenômenos corrosivos: o surgimento cada vez maior de exceções ao princípio justinianeu de irrelevância do pacto nu e a multiplicação de vestimentas decorrentes da criatividade de causas pelos juristas do período. Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 305.
[231] VOLANTE, Raffaele. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**..., p. 49.

Isso porque dentre as temáticas que os juristas medievais mais se debruçaram estava a questão de se definir se a natureza de um contrato poderia ou não se alterar. Ou seja, se ela era sempre uma só ou poderia variar conforme o caso concreto. Para responder tal problemática, os juristas identificaram na estrutura do contrato três elementos que influenciaram e acabaram por moldar toda a doutrina contratual moderna: as noções de *substantia*, *natura* e *accidens*.[232]

Deixemos de lado, entretanto, a noção de *accidens*. O que mais nos interessa reside na dialeticidade entre *substantia-natura*.

Na tentativa de operacionalizar conceitos à sua realidade e alimentados em muito pelos debates teológicos sobre a natureza e constituição de Cristo[233], a resposta que a literatura jurídica obrigacional-contratualista medieval ofereceu à questão da variabilidade ou não da natureza de um contrato foi a de enxergar na categoria uma dupla-face, tendo se baseado na clássica distinção entre substância (*substantia*) e natureza (*natura*).[234]

A substância do contrato equivalia à sua essência, à sua quididade (*quidditas*), ao seu núcleo essencial e insuprimível. Sem essa dimensão interna e inexorável o contrato não existiria e, por ser ela essencial ao âmago mais profundo da categoria, nunca poderia variar. Em contrapartida, a natureza, como virtude e atributo do contrato, poderia sim se flexibilizar. Diferentemente da substância ou essência,

---

[232] GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni). **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 15, n. 1, pp.593-619, 1986, p. 607.

[233] Fala-se aqui de um dos principais debates teológicos dos séculos IV e V entre nicenos e arianos (Concílio de Nicéia), entre credentes da trindade católica e credentes da subordinação do Deus filho ao Deus pai, entre Eutiques e Nestório (Concílios de Éfeso e Calcedônia). Os nicenos, cujo referência nominal diz respeito à Igreja de Nicéia, local do Primeiro Concílio de Nicéia, realizado em 325 d.C, acreditavam que Deus era uma trindade existente desde a Criação, composta por três elementos de mesma substância: Deus pai, Filho e Espírito Santo. Em contrapartida, os arianos, perspectiva nominalmente originada com Ário, no século IV, rejeitavam a ideia de que Jesus Cristo era consubstancial com Deus Pai e, em vez disso, entendiam que Jesus era uma criatura divina, mas substancialmente inferior ao Deus Pai, não compartilhando a mesma substância com Ele. Jesus Cristo, embora a mais perfeita, era apenas criação de Deus e, portanto, não possuía a mesma natureza que o seu Criador. É em torno deste debate que a cristologia do período se aventurará de procurar compreender a efetiva natureza e substância de Jesus. É neste debate que se criará a bipartição essência-natureza, substantia-natura. Paolo Grossi explica bem a interlocução entre a busca pela essência-natureza de Cristo e a dimensão responsiva dos intérpretes medievais na diferenciação substantia-natura em: GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contrato..., p. 615-619. Sobre o debate entre nicenos e arianos, sugiro também o episódio 36, “Le nature di Cristo (431-451)”, produzido pelo podcast Storia d’Italia, em: CAPPELLI, Marco. **Le nature di Cristo** (431-451). Podcast Storia d’Italia, 28 out. 2019. Podcast. Disponível em: <https://italiastoria.com/2020/07/06/episodio-36-le-nature-di-cristo-431-451-2/>\. Sobre os Concílios de Efeso e Calcedônia, ver: ALBERIGO, Guiseppe (org.). **História dos Concílios Ecumênicos**. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

[234] GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contrato..., p. 609.

representava e equivalia apenas às qualidades daquele contrato, às suas características, às suas funções que naturalmente o acompanhavam, mas dispensáveis para a sua existência. Em um substrato menos profundo que o núcleo central da quididade do instituto, não equivalia a *quidditas*, mas sim a *qualitas*.[235]

Este exercício hermenêutico, além de muito criativo, era proposital à operacionalização da categoria no cotidiano. Além de a invenção de um dúplice conteúdo (*nature-substantia*) demonstrar uma visão complexa do contrato[236], enquanto comentário, tenta compreender e diferenciar *substantia* de *natura* para assegurar sempre uma elasticização da categoria. Por ser *quidditas*, a *substantia* é aquilo que constitui o contrato, sem a qual o contrato simplesmente não existiria, sendo a mesma em todos os lugares porque esta essência, natural e indemonstrável, é uma só. Por ser *qualitas*, a *natura* é contingente, inerente ao tipo contratual específico, mas possível de alteração, de plasticidade. A *mutabilitas* da natureza é definida pela comunidade, na vida social humana, na elasticização cotidiana submetida ao devir histórico. É por isso que o príncipe, o costume, os juízes, eram os intérpretes dessa *natura* e poderiam muito bem, face às exigências emergentes do caso concreto, modelá-la para uma maior adequação à vida social.[237] A *natura* contratual era plasticamente flexível à vida cotidiana, eis que alterações nela não necessariamente implicavam na alteração da sua essência, da sua *substantia*.[238]

Era esse mais um instrumento eficaz de resgate de validade de estruturas atípicas para adequação da realidade medieval pelas deformações de figuras tradicionais romanas. Eram invenções com o fim de gerar atipicidade e adaptação aos *nova negotia*.[239]

A potência de flexibilidade e alteração dos contratos, entretanto, não era ilimitada. Não se poderia ir contra a essência do contrato, a ponto de descaracterizá-

---

[235] GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 306-307.

[236] GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contrato..., p. 611.

[237] GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contrato..., p. 610.

[238] LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.) **Manual de historia del derecho**..., p. 124-125.

[239] Sobre os chamados contratos irregulares, na modificação da natureza contratual para que se atenda às exigências da vida cotidiana do Antigo Regime, ver: SANTARELLI, Umberto. **La categoria dei contratti irregolari**. Lezioni di Storia del Diritto. Torino: Giappichelli, 1984; SANTARELLI, Umberto. **Commodo utensis datum.** Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1972; BENKE, Nikolaus. Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'. In: **Zeitschrift für das Savigny-Stift für Rechtsgeschichte**: **Romanistische Abteilung**, v. 104, n. 1, pp.156-237, 1987; e COPPA-ZUCCARI, Pasquale. **Il deposito irregolari**. Modena: Editore Presso la Direzione dell'Archivio Giuridico, 1901.

lo, nem contra o conhecimento natural que se tem dele. Apenas em casos específicos, quando as circunstâncias exigirem, era possível que a natureza do contrato fosse alterada, se misturando e se adequando à variação da vida social e ao consenso das partes.[240]

Como observa Grossi, embora a distinção entre *substantia* e *natura* seja técnica-jurídica, ela reproduzia uma dialética que era fruto do ambiente cultural teológico-filosófico próprio da época, em que correntemente se discutia o binômio essência e existência, inteligível e sensível, humano e divino.[241]

Essa é uma das razões do porquê aqui se verifica, mais uma vez, aquilo dito por Hespanha acerca da existência de uma grande abertura da tradição jurídica do Antigo Regime em relação a outras tradições textuais, como a teologia e a filosofia: conceitos como "equidade", "natureza", "substância", "justo", não nos remetem apenas para âmbitos de discussão jurídicos; esses conceitos não pertencem estritamente ao direito, mas apenas perpassam por ele. A sensibilidade do discurso jurídico é aberta a outros sistemas normativos que acabam por reiteradamente condicionar o seu desenvolvimento.[242]

---

[240] Para Paolo Grossi, ao contrário do campo dos direitos reais, "Qui le cose stanno diversamente, e molteplici e antitetiche sono le forze in gioco. La Chiesa, che sul tema dei diritti reali aveva sostanzialmente taciuto accettando di buon grado il costume altomedievale che circolava ancora sanguigno nelle vene dei giuristi del Rinascimento, sul tema del negozio giuridico e soprattutto di quello bilaterale ha una parola precisa da dire, fissa la sua attenzione sul consenso e lo valorizza. Il vecchio oggettivismo alto medievale, che crede assai più nella istituzione che non nel contratto e che diffida di una libertà del volere che non sia verificata nelle fondamenta invisibili ma onnipresenti del costume, si trova in collisione con una forza di straordinaria incisività a ogni livello che è l'ordinamento canonico, forza non soltanto spirituale e culturale ma produttrice essa stessa di costume. Il frutto è il sistema medievale dei contratti, ricco, complesso, contraddittorio, che risente della lotta sotterranea fra due orientamenti giuridici e la rivela nelle linee delle architetture soprastanti. Un frutto corposo ne è proprio il principio della natura contractus, che è rifenmento a un ordine oggettivo ma che il consenso delle parti può alterare" [Tradução livre: Aqui as coisas são diferentes, e múltiplas e antitéticas são as forças em jogo. A Igreja, que, no que diz respeito aos direitos reais, tinha basicamente se calado, aceitando de bom grado o costume da Alta Idade Média que ainda corria vigorosamente nas veias dos juristas do Renascimento, no que se refere ao negócio jurídico e, principalmente, ao bilateral, tem uma palavra precisa a dizer, focando sua atenção no consentimento e valorizando-o. O antigo objetivismo da Alta Idade Média, que acredita muito mais na instituição do que no contrato e desconfia de uma liberdade de vontade que não seja verificada nas fundações invisíveis, mas onipresentes, do costume, entra em choque com uma força de notável influência em todos os níveis, que é o ordenamento canônico, uma força não apenas espiritual e cultural, mas também produtora de costumes. O resultado é o sistema medieval de contratos, rico, complexo e contraditório, que reflete a luta subterrânea entre duas orientações jurídicas e a revela nas linhas das arquiteturas superiores. Um fruto substancial disso é o princípio da natureza do contrato, que se refere a uma ordem objetiva, mas que o consentimento das partes pode alterar]. Em: GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contrato..., p. 613.

[241] Nas palavras de Paolo Grossi, "[...] entre uma dimensão interna do instituto, imune ao devir histórico e rígida como a ossatura de um organismo, e uma dimensão igualmente interna, mas sensível ao devir e que garante a historicidade do instituto.". Em: GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**..., p. 307.

[242] HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português**..., p. 122-128.

2.2.3. AMITICIA E ANTIDORA

Esse signo aberto do discurso que conforma o direito medieval não se limitou apenas ao chamado período clássico do *ius commune* (entre os séculos XII-XV).

Em um período de forte transição, entre um discurso jurídico e modo de pensar de raízes medievais e as novas exigências de uma racionalidade cada vez mais individual e abstrata, o discurso jurídico produzido na primeira época moderna ainda se mesclava a elementos metajurídicos. A jornada até a sua absolutização e (suposta) secularização pela emergência da figura política do Estado nos séculos XVIII e XIX é longa.

Ainda nos séculos XV, XVI e XVII questões obrigacionais-contratuais ainda eram uma matéria também da religião, em especial da teologia moral. Mesmo quando a disciplina secular e monopolizante do poder estatal começava pouco a pouco a tomar forma, o que viria a conformar uma mentalidade contratual a ser socialmente partilhada ainda estava sendo discutida em espaços em que o direito era algo ainda considerado secundário à disciplina dos costumes, das máximas evangélicas, dos conselhos morais. Ou seja, a atividade negocial desta sociedade política do Antigo Regime estava ainda sendo pensada a partir de fundamentos metajurídicos.[243]

Em um mundo ainda impregnado pela relação direito-religião, direito-moral e direito-ordem[244], o espaço de discussão contratual ainda se centrava sobre critérios éticos, sendo o direito um dos principais veículos de transmissão e operacionalização de um discurso moral na sociedade civil. [245]

Sentimentos de amizade, lealdade e fidelidade ainda eram basilares à sociedade europeia cristã desta primeira época moderna. A questão da usura, por exemplo, mais que uma matéria objetiva disposta no campo das obrigações, estava submetida a um campo mental muito subjetivo, onde a sua caracterização dependeria

---

[243] Bartolomé Clavero exemplifica bem esse fenômeno quando fala sobre uma antropologia católica moderna composta de antidorais: do grego antidora, uma antropologia a partir de obrigações quase-legais que cobria de normatividade as relações sociais do período pelo símbolo da caridade (CLAVERO, Bartolomé. **Antidora**..., p. 93).

[244] Ver também: CLAVERO, Bartolomé. Religión y derecho: mentalidades y paradigmas. **Historia, Instituciones, Documentos**, Sevilha, n. 11, pp.67-92, 1984.

[245] Nesta longa jornada, veja-se, por exemplo, as disputas sobre a ideia de uma moral econômica na Universidade de Paris em 1330, em: ARMSTRONG, Lawrin. **The Idea of a Moral Economy**: Gerard of Siena on Usury, Restitution, and Prescription, Toronto: University of Toronto Press, 2016.

da intenção graciosa ou não dos contratantes na pactuação de negócios jurídicos[246]; da presença ou não de "segundas intenções" na expectativa de ganhos econômicos. Ou seja, também no terreno econômico, de circulação de bens e serviços, se pensava o exercício de uma graça religiosa (*gratis dans*), de afeto e confiança[247], no intercâmbio de doações mentalmente desinteressadas em nome de uma amizade comum.[248]

Carlos Petit bem recorda desses fundamentos mentais quando analisa a cultura do *usus mercatorum*, em que se destaca a amizade dos mercadores como normativamente vinculante aos termos do Antigo Regime[249] e a relação entre religião, teologia moral e comércio.[250] Para ele, a coesão corporativa pela amizade, as devoções, os cultos institucionais e a confiança mútua entre contratantes na prática mercantil do Antigo Regime europeu, eram todos uma manifestação direta das crenças implícitas de mundo daquele período no plano negocial dos mercadores. Comportamentos, vocábulos e atitudes mercantis eram, por isso, manifestações diretas dos vínculos amorosos e dos valores cristãos dispostos naquela sociedade.[251]

Estudos sobre a teologia moral do período também demonstram a presença da religião cristã como fonte cultural apta a direcionar o sentido da disciplina negocial no Antigo Regime.

A chamada Segunda Escolástica Ibérica, por exemplo, uma das principais escolas do saber jurídico do período, foi uma das grandes responsáveis pela sistematização da literatura obrigacional-contratual medieval entre os séculos XV e XVI.[252]

Ainda imersa no ambiente teológico medieval e guiando-se por imperativos morais próprios da religião cristã, desenvolveu uma larga literatura sobre a pactuação e regulação de negócios jurídicos a partir da mediação de várias literaturas,

---

[246] CLAVERO, Bartolomé. **Antidora**..., p. 7-11.

[247] Sobre o tema, ver o capítulo VI, "Amizade, familiaridade e confiança política", em: CARDIM, Pedro. **O poder dos afetos**..., pp.394-475.

[248] CARDIM, Pedro. **O poder dos afetos**..., p. 16-17.

[249] Sobre o tema, ver o capítulo II, "Cultura y costumbres mercantiles", em: PETIT, Carlos. **Historia del derecho mercantil**..., pp.37-58.

[250] Sobre o tema, ver o capítulo V, "Usura", em: PETIT, Carlos. **Historia del derecho mercantil**..., pp.87-116.

[251] PETIT, Carlos. Del usus mercatorum al uso de comercio..., p. 20.

[252] Não somente contratual, mas também de direito público. Sobre o tema, ver: WILLIAMS, Rachel Saint. Ecos do aristotelismo na tratadística política hispânica: teorias do direito natural e doutrinas constitucionalistas na época Moderna (1528-1612). **Revista de História**, São Paulo, n. 179, pp.1-27, 2020.

combinando Aristóteles e São Tomás de Aquino com os textos do *Corpus Iuris Civilis* e *Canonicii*, leis dos poderes seculares da sociedade civil, manuais de confessores, a Bíblia e outras mais variadas fontes. Desse esforço, desenvolveu aquilo que seria chamado por San Alfonso de Ligorio como uma espécie de jurisprudência moral dos contratos[253]: uma literatura baseada na resolução de casos concretos sobre transações contratuais que combinavam o conhecimento jurídico do *ius commune* com aquele espiritual decorrente de um juízo sempre equitativo da razão.[254]

A preocupação dos teólogos morais com o direito secular e com a celebração de negócios jurídicos tinha como uma de suas causas o próprio conceito de *dominium* como chave conceitual basilar à definição de *ius* da escola.[255] Como bem esclarece Wim Decock, para muitos autores pertencentes à Segunda Escolástica, era através da celebração de negócios jurídicos que as pessoas alcançavam a sua liberdade natural, efetivando *dominium* sobre as coisas e dispondo de seus bens como criativamente quisessem. Se o homem, à semelhança do seu Criador, não pudesse assim agir, também não poderia ser considerado como o verdadeiro proprietário dos seus bens, algo oposto à direção natural da vida manifestada pelo direito divino. [256]

Preocupar-se com questões contratuais, portanto, era também uma tarefa teológica, até mais do que jurídica.[257] O sentido do trabalho dos teólogos era dar aos homens e mulheres do período uma direção quando da pactuação dos negócios jurídicos. Tal direção deveria ser inspirada, rumo à salvação, na ética e moral cristã.[258]

---

[253] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 516.

[254] Segundo Jesus Linde Abadia, o esforço intelectual desses teólogos morais modificou toda a tradição contratual europeia, redefinindo o *ius commune* a partir de ideias derivadas de uma moral cristã e de uma razão natural. Os teólogos morais da Segunda Escolástica Ibérica teriam sido os primeiros a dar ao direito privado uma teoria e estrutura doutrinária sistemática, tentando explicar o *ius civile* do direito comum europeu por princípios filosóficos extraídos da literatura tomista e aristotélica. A escola, entretanto, não estava tão preocupada em criar um novo direito, mas sim em depurar aquele já existente. Em: ABADIA, Jesus Linde. Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolastica. In: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffè, 1973, p. 308.

[255] Sobre o tema, ver: FOUTO, Ana Caldeira. Dominium na Doutrina de Francisco de Vitória: reflexões para a historiografia de um discurso jurídico moderno. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). **Estudos Luso-Hispanos de História do Direito**. Madrid: Editorial Dykinson, 2021, pp.133-159.

[256] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 519.

[257] Nas palavras de Wim Decock, "[...] on the earthly pilgrimage towards God, it is impossible not to enter into contracts" [Tradução livre: Na peregrinação terrena rumo à Deus, é impossível que não se celebre algum contrato]. Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 68.

[258] Para uma síntese sobre o tema, ver também: CAPPELLINI, Paolo. Sulla formazione del moderno concetto di 'Dottrina generale del diritto'. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 10, n. 1, pp.323-354, 1981; e DECOCK, Wim. Jesuit Freedom of Contract. **The Legal History Review**, n. 77, pp.423-458, 2009. Já sobre uma ciência jurídica jesuíta, ver especialmente:

A abordagem das mais diversas problemáticas dentro dos estudos de casos contratuais, como a do nascimento de uma obrigação contratual, na forma como se deveria interpretar um acordo de vontades, da confiança legítima como a base do acordo, da definição do caráter obrigatório de uma promessa, da definição do preço justo em determinadas situações de erro, fraude, dolo etc., foram todas pensadas, por isso, como uma maneira de direcionar as pessoas rumo ao Reino de Deus, oferecendo uma interpretação moralmente compatível à prática negocial da primeira época moderna.

Mas ao contrário dos juristas e teólogos do período medieval, toda a teoria contratual da escola é assentada sob bases muito mais relacionais-lógicas do que divinas.[259] O esforço desses juristas era o de antever uma razão natural na solução de questões seculares guiada não por Deus diretamente, mas sim por uma razão espectral de coisas. Abria-se espaço para uma sobreposição do ideal divino pela

---

DECOCK, Wim. Rumo a uma ciência do direito jesuíta. In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul**, n. 151, pp.73-110, dez. 2016.

[259] António Manuel Hespanha sustenta que "Uma das últimas versões destas ideias tradicionais sobre a relação entre a ordem natural do mundo e o direito provém de uma série de teólogos e juristas que, sob o impacto da Contrarreforma, ensinaram em universidades ibéricas (com extensões na Itália), fiéis ao tomismo, mas incorporando elementos culturais e filosóficos modernos. A chamada Escola Ibérica de Direito Natural constitui um desenvolvimento peninsular da escolástica tomista, provocado pelo advento da Contrarreforma. Apesar de partir das concepções de S. Tomás de Aquino, esta escola integra uma boa parte da contribuição cultural e filosófica do Renascimento (então no seu auge), nomeadamente a valorização da observação das coisas e o exercício da razão. É isto que acontece com a doutrina do direito natural. Neste ponto, a escolástica ibérica inova, desde logo, no sentido da valorização de um conhecimento do direito mais empírico, racional e laicizado. A vertente empirista decorria do facto de as tendências internas das coisas para uma certa organização serem agora consideradas como causas autónomas, de ordem natural, independentes da vontade de Deus ou mesmo mais fortes do que esta. Por outro lado, as leis naturais seriam suficientemente explícitas para serem conhecidas pela razão humana, a qual passaria a ser concebida como uma primeira fonte de conhecimento do direito natural. Assim, com base na observação das coisas e com a elaboração intelectual dos resultados desta observação, podia-se construir o direito natural com meios exclusivamente humanos (observação e razão), pondo entre parênteses a existência de Deus (*etiam daremus Deum non esse*). A Criação estaria organizada segundo princípios racionais e, por isso, seria possível deduzir, a partir dos princípios racionais do direito, regras jurídicas evidentes, eternas e imutáveis, ainda que apenas muito genéricas e abstratas. De alguma forma, esta escola parece responder também à necessidade de encontrar fundamentos para o direito que pudessem ser aceites por povos de religião diferente e que valessem para todos os homens, agora que os europeus começavam a estar em contato com culturas radicalmente estranhas às tradições da Europa. Mas, mesmo no seio da Europa, agora dividida em termos religiosos, o diálogo tinha de se fundar em valores mais alargados do que os da fé; princípios alegadamente fundados na razão podiam desempenhar essa função. Com isto, prepara-se o caminho para sistemas jurídicos fundados em princípios evidentes, como os que serão desenvolvidos pelas escolas jusracionalistas a partir dos meados do século XVII. Foi disto que decorreu a enorme importância para o futuro do pensamento jurídico europeu. O racionalismo, o contratualismo e outros ingredientes do direito moderno encontram aí os seus princípios. Por isso, se nota a sua influência mesmo em zonas geográfica e espiritualmente diferentes do mundo católico, como o Norte da Europa, especialmente os Países Baixos e o Norte da Alemanha, onde os autores ibéricos são lidos pelos primeiros jusracionalistas". Em: HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 306-307.

emergência de uma perspectiva obrigacional-contratual mais dialogada àquilo que viria ser a razão moderna.

A razão para se manter uma promessa contratual, por exemplo, não estava na ideia de que a sua quebra consistiria num pecado mortal, na quebra da obrigação natural de dizer a verdade e ser honesto ou numa ofensa direta contra Deus. Para a escola, uma promessa criava uma dívida jurídica entre os contratantes, o que concederia o direito de exigir a realização do negócio anteriormente prometido conforme pactuado. O fundamento para o cumprimento do pacto, portanto, não é mais divino ou moral, mas relacional-humano. A palavra dada a outra pessoa é estabelecedora de um laço de confiança entre as partes que cria uma obrigação jurídica entre elas.[260] O pressuposto da lealdade entre as partes num contrato não é mais Deus, mas sim o dever jurídico derivado de uma justiça comutativa que vinculava as partes na celebração dos negócios.

Isso indicava uma releitura da tradição contratual do *ius commune*, que começava a cada vez mais valorizar o consenso e a promessa como elemento de vinculação dos acordos.[261] Não por acaso foi uma das escolas mais importantes a assentar as bases do direito contratual jusracionalista moderno, influenciando importantes autores Samuel Pufendorf e Hugo Grócio.

A escola pôde teorizar, por exemplo, que celebrar um acordo não era somente um ato de consenso, mas também um exercício de virtudes pela prática da justiça comutativa (em contratos bilaterais, por exemplo) e liberalidade (na doação, por exemplo).[262] Consideraram que mesmo quando a vontade estivesse viciada ainda assim não se poderia descartar, de imediato, o dever de realização do contrato pelas partes, devendo-se averiguar se o contrato, mesmo viciado, era ou não verdadeiramente desejado.[263] Controverteram sobre qual a natureza da nulidade que exsurge do contrato em caso de a vontade estar viciada por erro ou violência, se relativa ou absoluta *(ab initio, ipso iure)*.[264] Definiram as hipóteses legítimas e justas

---

[260] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 524-525.
[261] GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 9-12 e 69-73.
[262] GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**…, p. 72.
[263] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 525 e GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**…, p. 86-93.
[264] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 525-526.

em que a liberdade contratual natural das pessoas poderia ser restringida.[265] Exploraram a ideia de que a causa do contrato poderia ser pertinente para determinar o valor moral do contrato a ser celebrado. Mas que o seu valor moral não determinava a sua validade jurídica.[266] Mesmo em um contrato com objeto imoral, como a prostituição, tinha um preço de mercado e, se uma parte tivesse cumprido com a sua obrigação e a outra não, a primeira teria direito a exigir o cumprimento da outra, seja em virtude da vedação ao enriquecimento injusto ou pela ideia de promessa mútua.[267] Até a noção de preço justo se baseia numa noção de equilíbrio e justiça comutativa de acordo com a utilidade do bem à comunidade, seguindo um preço de mercado, de leis de oferta e procura.[268] Elaboraram, sob o signo filosófico tomista, uma robusta literatura sobre a emergência de um direito subjetivo[269], o lugar dos contratos e das obrigações no direito natural[270], as limitações da liberdade de contratar[271]; a ideia de

[265] É o caso, por exemplo, da imposição de requisitos formais para o fim de proteger o bem comum, princípios básicos de moralidade e a preservação da justiça comutativa na celebração dos negócios (DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 152-153). Uma das grandes tensões da época, inclusive, situava-se sobre até que ponto essas restrições formais seculares alcançavam os tribunais de consciência dirigidos por essa teologia moral. Assim, entre outras questões sensíveis postas ao debate, como a relação entre a jurisdição eclesiástica e secular, o papel dos confessores na elaboração das leis civis e na sua interpretação, as diferenças entre obrigações morais e jurídicas, a relação entre a aplicação literal da lei ou da interpretação flexível movida pela razão etc., estava a discussão sobre se contradições formais presentes nos contratos invalidavam ou não a sua celebração. A interpretação dada pela maioria dos teólogos morais do período era a de que uma aplicação estrita das formalidades das leis seculares poderia levar a certas injustiças entre os contratantes, o que não seria alcançado pela razão equitativa de ser dos tribunais de consciência. Em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 144-147.

[266] Pode-se citar o exemplo dado por Wim Decock ao analisar contrato de compra e venda de uma arma com a finalidade de matar uma pessoa. Segundo Pedro de Oñate, esse contrato era moralmente reprovável, mas juridicamente válido. Um contrato cujo objeto era a morte de alguém, entretanto, era tão condenável quanto nulo, pois absolutamente impossível face à natureza das coisas (DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 529).

[267] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 529.

[268] DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común..., p. 531 e DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, p. 507-535.

[269] Ver: VILLEY, Michel. La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique. In: GROSSI, Paolo (Ed.). **La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffré, 1973, pp.53–71.

[270] Ver: WIEACKER, Franz. Contractus Und Obligatio Im Naturrecht Zwischen Spatscholastik Und Aufklarung. In: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milão: Giuffè, 1973, pp.223-239.

[271] Sobre o tema, ver os capítulos 4, 5 e 6, em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, pp.215-506.

preço justo[272]; uma teoria da restituição[273]; as possibilidades sobre um eventual perdão de dívida.[274]

Mesmo os séculos XVI e XVII, portanto, são um tempo em que o tema das obrigações, dos contratos e o da moral, religião e sentimentos ainda não seguiam caminhos tão distintos como o projeto secular e positivista de modernidade fez parecer. A sensibilidade do discurso jurídico continuava aberta a outros sistemas normativos que acabavam por influenciar o seu desenvolvimento.

A tarefa agora é checar se no pensamento obrigacional-contratual brasileiro oitocentista também havia essa tendência. Deve-se se questionar se o pensamento obrigacional-contratual brasileiro, envolto num projeto conhecido de modernidade secularizante, foi objeto ou não de êxito na tentativa de reescrita de um discurso obrigacional-contratual secular autônomo, sofrendo ou não com a utilização de filosofias, signos, sentimentos e metafísicas de um tempo anterior num presente que alimentava constantemente a ideia de progresso.

---

[272] Sobre o tema, ver a primeira parte do capítulo 7, “Fairness in Exchange”, em: DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**…, pp.507-565.

[273] Sobre o tema do enriquecimento sem causa e da restituição na Segunda Escolástica, ver: JANSEN, Nils. Farewell to Unjustified Enrichment. **Edinburgh Law Review**, vol. 20, n. 2, pp.123-148, 2016; JANSEN, Nils. Restitution. In: BRAUN, Harald E.; DE BOM, Erik; ASTORRI, Paolo (eds.). **A Companion to The Spanish Scholastics**. Brill's Companions to the Christian Tradition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff/Brill, 2022, pp.448-474; CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián. Restitution and Corrective Justice in the Aristotelian Scholastic Tradition: The Contribution of Francisco Suárez (1548-1617). **Revista Anual de Ciencias Eclesiásticas**, vol. 15, pp.221-254, 2020; e FEENSTRA, Robert. L’influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l’erreur et de l’enrichissement sans cause". In: GROSSI, Paolo (organização). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffrè, 1972, pp.377-402.

[274] Ver: DECOCK, Wim. Law, Religion, and Debt Relief: Balancing above the ‘Abyss of Despair’ in: Early Modern Canon Law and Theology, **American Journal of Legal History**, Vol. 57, n. 2, pp.125–141, Jun 2017.

CAPÍTULO 3. ENTRE PERMANÊNCIAS E DESCONTINUIDADES, TRADUÇÕES E RESSIGNIFICAÇÕES: UM QUADRO GERAL DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NO SÉCULO XIX

O movimento de centralização da juridicidade em torno da figura do Estado é um fenômeno moderno. É um processo que tem origem no direito europeu continental (sobretudo francês) dos séculos XVIII e XIX, longe de terras brasileiras, que faz com que a dimensão jurídica plural e sentimental do período medieval seja reduzida ao primado da lei pelo exercício do poder político estatal. O Estado passa a ser o único produtor legítimo do direito. É a emergência daquilo que Paolo Grossi chama de "absolutismo jurídico".[275]

A partir da vinculação intrínseca entre poder político e direito, o Estado passa a ser o único "corpo" legítimo a poder dizer o direito, sendo ele a voz oficial que, pelo alto e de cima para baixo, emite comandos imperativos à sociedade, normatizando e regulando todos os comportamentos possíveis da coletividade. Não é mais a sociedade, numa dimensão factual, que normatiza e regula os seus próprios comportamentos. Quem agora produz juridicidade é única e exclusivamente a *potestas* estatal, na instrumentalização do direito como mecanismo de poder político que, se antes pertencia à sociedade, à ciência, aos juristas, agora pertence ao Estado, ao poder político, ao legislador.

Essa virada de chave, segundo Grossi, é um projeto longo de mitificação de crenças[276]. Começa lentamente com o aparecimento de uma figura principesca mais individual, mais livre das amarras virtuosas medievalesca, mais autossuficiente às justificações do seu próprio poder; e acaba com uma profunda absorção da dimensão jurídica da realidade pelo poder político na figura do Estado, que se infiltra cada vez mais em campos normativos que antes eram alheios ao seu. A lei (*loy*), em seu sentido moderno, vira o símbolo protagonista da relação entre o direito e a sociedade. O direito se resume à lógica redutiva da lei, do código, não havendo mais espaço para qualquer

---

[275] Sobre o conceito, ver: GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

[276] Nas palavras de Grossi, um tempo de mitificação de ideias ao longo dos séculos XVII e XVIII: "[...] estado de natureza, contrato social, representação política, igualdade jurídica, vontade geral, e, assim por diante. É um conjunto de ideias que compõe e une em si a desinibição metodológica e, ao mesmo tempo, é busca de uma fundamentação mítica, oferecendo a desconcertante visão de um estamento intelectual que considera irrenunciável aquela operação fundadora". Em: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 50-51.

dimensão factual, social ou científica. Ele se transforma em uma estrutura objetiva de coisas, em que direito e *loy* viram quase que um só elemento. É o início, nas palavras de Grossi, de uma batalha do Estado, representado pela figura do legislador, contra toda e qualquer forma de pluralismo social e jurídico.[277]

O direito, portanto, passa a se reduzir pela objetividade da lei. Manifesta-se pela vontade de um sujeito soberano que não somente dispensa interesse por outras fontes e outros corpos normativos presentes na sociedade como também os esfacela, deslocando os signos, sentimentos e toda a metafísica normativa do campo social para o campo do ilógico, do irracional, do desprezível.[278] Transforma-se, enfim, em algo indiferente à diversidade das situações sociais e concretas que o direito pretende regular.

A ruptura com o passado é enorme. Há um sentimento de quebra com as fontes medievais, com a metafísica, com a tradição afetiva de um Antigo Regime. Todas essas categorias sentimentais são gradualmente substituídas por posições mais liberais, assentes em categorias homogêneas, contratuais, conscientes, voluntaristas, racionais, objetivas, lógicas. É a vitória de uma razão moderna, lógico-dedutiva e secularizada, sobre uma razão mito-teológica, derivada da revelação divina que, por ser emocional-subjetiva, deveria desaparecer do campo objetivo do direito.[279]

A redução do direito à norma legislativa produz uma sensação de triunfo. A concentração do poder na figura centralizadora do Estado significa também uma simplificação do direito. É a substituição de um direito obscuro, confuso, sentimental, por um direito racional, mais claro, mais geral, mais igualitário. A natural desigualdade de uma sociedade corporativa medieval dá lugar à simbologia da igualdade, ao menos formal, de todos os indivíduos. O sujeito parece ser cada vez mais autônomo, mais racional, mais dono de si, não podendo mais sustentar suas crenças em bengalas

---

[277] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 35-41.

[278] Transforma-se em um direito que comemora essa objetivação de conteúdos, demolidora de mitos irracionais. Nas palavras de Grossi, “Na consciência comum, de fato, o apelo ao moderno evoca um tempo percorrido e dominado pelo vitorioso desmantelamento de antigas mitificações sedimentadas e enraizadas no costume graças a duas conquistas do progresso humano: a secularização e a conseqüente posse de evidentes verdades científicas. Tendo sido finalmente exilada em um cantinho apartado a velha produtora de fábulas, a Igreja Romana, torna-se grande o orgulho de poder olhar o mundo com olhos incorrompidos, capazes de ler as verdades nesse imanentes, verdades não reveladas (e, portanto, não demonstradas), ou melhor, descobertas na sólida e concretíssima natureza das coisas”. Em: GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 49.

[279] CARDIM, Pedro. Cultura jurídica e dinâmica política na época moderna. O Olhar de Bartolomé Clavero. In: **Antidora**: homenaje a Bartolomé Clavero. Coordenação por Jesús Vallejo Fernández de la Reguera, Sebastián Martín Martín. 2019, p. 57.

metafísicas típicas de um Antigo Regime, em que a sua individualidade era subtraída ao privilégio do rei, do clero, do senhor feudal, da comunidade. Em oposição aos sombrios tempos de um Antigo Regime, a modernidade vem para iluminar um novo tempo jurídico. Este é o quadro jurídico-mental do direito europeu entre os séculos XVIII e XIX: individualismo, estatalismo, abstração.

Tal fenômeno de mitologização e secularização, entretanto, não se restringiria apenas à Europa. Mesmo que com diversas especificidades, o direito brasileiro também experimentaria, ainda que em menor grau, de tais símbolos de modernidade.

Ricardo Marcelo Fonseca sustenta, por exemplo, que, embora a história do pensamento jurídico brasileiro tenha pouco a ver com aquilo que ocorreu na Europa, havia na história política, cultural e jurídica brasileira um constante impulso em "copiar" os modelos e padrões europeus.[280] O nosso sistema de ensino, desde a fundação das primeiras faculdades de direito em 1827, seguiu o modelo europeu de Humboldt.[281] Há, inclusive, um bacharelismo de forte matriz liberal neste Brasil do século XIX.[282] Os modelos constitucionais utilizados pelo Brasil ao longo da sua história, seja pela monarquia ou república, decorriam de uma importação europeia.[283] Princípios fundadores do Estado brasileiro também: a ideia de uma assembleia legislativa como representante única da vontade popular e a lei como expressão única de uma vontade geral; a noção contratualista das constituições; a tripartição de poderes; os lemas de uma igualdade jurídica, de proteção aos direitos individuais, de progresso, de um positivismo sociológico insculpido na própria bandeira brasileira. A influência de ideais europeias na arquitetura jurídica brasileira é enorme.

Nesse contexto, o direito europeu aparece no cenário brasileiro como horizonte de modernização jurídica. Tentava-se uma mimese de categorias e ideias europeias para transformar o direito brasileiro. E isso nos mais diversos campos do pensamento jurídico brasileiro.

Walter Guandalini Jr., por exemplo, quando analisa o direito administrativo brasileiro oitocentista afirma que o discurso científico administrativista desenvolvido

---

[280] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1050-1051.

[281] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1055.

[282] Ver: ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988; e VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo**. 2a ed. São Paulo, Perspectiva, 1982.

[283] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1056.

no Brasil do século XIX tinha como um de seus principais traços a forte influência do discurso jurídico-administrativo em circulação na Europa (especialmente o francês).[284] No campo da criminologia, do direito penal e até mesmo do direito civil[285], cada vez mais as ideias desenvolvidas no Brasil eram influenciadas por teorias materialistas, positivistas e evolucionistas desenvolvidas no território europeu.[286] Sérgio Said Staut Júnior diz que nas obras brasileiras sobre posse era frequente a utilização de largas citações a doutrinas estrangeiras, especialmente alemã e portuguesa.[287] No direito de família, a maior influência normativa no século XIX continuava sendo a canônica, um corpo normativo clássico do Antigo Regime europeu.[288] No campo do direito do

---

[284] GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do direito administrativo**..., p. 175. Ver também: GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do Direito Administrativo Brasileiro**: formação (1821-1895). Curitiba, Juruá, 2016; GUANDALINI JUNIOR, Walter. Espécie Invasora: história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 268, n. 1, pp.213-247, jan./abr. 2015; GUANDALINI JUNIOR, Walter. A Tradução do Conceito de Direito Administrativo pela Cultura Jurídica Brasileira do século XIX. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 74, pp.473-498, jan./jun. 2019; GUANDALINI JUNIOR, Walter. As Razões do Direito Administrativo na Doutrina Brasileira do século XIX (1857-1884). In: **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 180, nº 481, pp.219-254, set.-dez. 2019; GUANDALINI JUNIOR, Walter; TEIXEIRA, Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima. Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). In: **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, nº 58, pp. 422-459, jan.-jun. 2021; SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. **R. IHGB**, a. 182, n. 485, pp.165-202, jan./abr. 2021; e TEIXEIRA, Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima. **Discursos sobre o Interesse Público na Primeira República**: análise da doutrina de direito administrativo entre 1889-1930. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

[285] Veja-se, por exemplo: ALENCAR, Rafael Vieira de. **"O alienado no direito civil brasileiro"**: uma análise das "recepções" e "traduções" das ideias e da cultura jurídica na passagem dos séculos XIX e XX, na obra de Nina Rodrigues. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2017.

[286] Sobre o tema, ver: DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República**: o Brasil em defesa da sociedade. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015; ALVAREZ, Marcos César. Do bacharelismo liberal à criminologia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, pp.11-26, 2014; ALVAREZ, Marcos César. A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e a criminologia. In: FONSECA, R. M; SEELAENDER, A. C. L. (orgs.). **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, pp.287-304; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil. E-book. São Paulo, Companhia das Letras, 1993; e SCHWARTZMAN, Simon. A Força do Novo: por uma Sociologia dos Conhecimentos Modernos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 2, n. 5, pp.48-66, out. 1987.

[287] STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**..., p. 139-140 e 158.

[288] Sobre o tema, ver: FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX**: uma análise histórico-jurídica. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2008; SOUZA, Michael Dionísio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da Lei da Boa Razão ao Código de 1916. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014; BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil. SCHWARCZ, Lilia (org.). **História da vida privada no Brasil**. Contrastes da intimidade

trabalho a lógica era a mesma: havia uma utilização extensa de autores europeus para se discutir temas importantíssimos ao período, como, por exemplo, o do trabalho livre no Brasil.[289] Não por acaso é que, segundo o levantamento feito por Sônia Oliveira em sua tese de doutorado, os autores mais citados nos artigos de direito civil da Revista O Direito entre 1873 e 1889 eram estrangeiros; em primeiro lugar portugueses, seguidos da nacionalidade alemã e francesa.[290]

Ou seja, a cultura jurídica brasileira observava com bastante atenção aquilo que era produzido e desenvolvido na cultura jurídica europeia dos séculos XVIII e XIX.

Isso significa que não somente os juristas do período utilizavam a doutrina europeia para assentar suas opiniões aos casos específicos do direito brasileiro, mas também que muitas das mentalidades jurídicas que circulavam na Europa também circulavam no Brasil.

Talvez a maior delas no cenário brasileiro, a codificação. Símbolo máximo de um intenso desejo de modernização jurídica[291], ela significava a superação de um longo e velho sentimento de atraso e inferioridade decorrente da presença de uma legislação típica do Antigo Regime em solo brasileiro em pleno século do vapor.

---

contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pp.411-437; e DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

[289] Sobre o tema, ver: MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. **Nascentes no deserto**: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciencias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018.

[290] 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. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015, p. 87-89.

[291] Lembremos de uma parcela das políticas pombalinas. A primeira, uma reforma de fontes jurídicas: a edição da Lei da Boa Razão (1769), que institui a noção de boa razão como guia hermenêutico ao correto exercício intelectual dos juristas no campo das fontes subsidiárias do direito luso-brasileiro a partir das leis das nações cristãs iluminadas e polidas (ou seja, nações europeias, que já tinham passado por um processo de racionalização formal-normativa do direito). A segunda, uma reforma de ensino: a expulsão dos jesuítas do Brasil em 1759 que, entre outras razões, visava a modernização do sistema educacional. Esquecia-se o escolasticismo medieval, modelo típico de uma estrutura educacional de Antigo Regime, para se agarrar a um modelo secular de ensino. A formação de uma elite leiga se pautava agora num modelo iluminista de ensino.

A ausência de um código civil durante todo o século XIX significava um fracasso do projeto de modernização jurídica no direito brasileiro.[292] A forma-código[293] era o símbolo máximo do direito moderno. Era a marca que separava as nações modernas das atrasadas, as civilizadas das ainda rústicas. Era o que sinalizava a crença social na existência de um direito verdadeiro, racional, universal e atemporal.[294] A mitologia de um direito reduzido a pedra, escrito para ser eterno, produto de uma razão iluminada de um príncipe que, do alto e das nuvens, rompe com símbolos e mitos do passado, cuja reverência diante de si é manifestada até mesmo por Cronos, o lendário deus do tempo.[295]

[292] Sobre o tema, ver especialmente: FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX, in Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (orgs.). **Manual de teoria geral de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp.13-34 e LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros** (1862-1907): uma história do pensamento jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023.

[293] CAPPELLINI, Paolo. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. **Codici**: una riflessione di fine millenio. Milano: Giuffré, 2000, pp.11-68.

[294] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 93-94.

[295] Jean-Baptiste Mauzaisse, 1833. Napoleão coroado pelo tempo escreve o Código Civil.



Figura 2 Jean-Baptiste Mauzaisse, 1833. Napoleão coroado pelo tempo escreve o Código Civil (Napoléon couronné par le temps écrit le Code civil).

Nada passava do Código. Era completo, uniforme, autorreferencial. Era a síntese perfeita de um direito irrepreensível. Era o centro do universo jurídico moderno. Fonte unitária, completa e exclusiva do direito, um reflexo da própria unidade estatal manifestada no plano legislativo.[296] Todo o direito era reduzido a um sistema minucioso de regras racionais insculpidas. Tratava-se da forma-lei, da forma-código.

Sintoma natural da redução do direito à forma-código é a tentativa de apagamento de toda aquela tradição jurídica anterior construída num ambiente de sentimentalismos, amores e pluralidades. Neste novo ambiente em que a *potestas* estatal continuamente se reafirma, apenas o comando legislativo deveria ser o regente de juridicidade das comunidades. A vontade estatal é que agora é definidora do que

[296] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 99.

é ou não direito, do que merece ou não a sua tutela. O direito agora tinha uma única voz, a do Estado.

Codificar significava superar o passado. Se antes o direito era plural e problemático, pela voz do Estado, ele passa agora a ser uno, chancelado pela razão e pela lógica moderna. Todos os sujeitos deveriam ser tratados como iguais, expurgando uma anterior – e, sem sentido – desigualdade natural como regente das relações. Se expulsava do campo jurídico todas as alegorias de uma atrasada metafísifica religiosa, moral, virtuosa, de formas internas de disciplina. O direito se reduzia à letra fria da lei, do código, emblema máximo da normatização de comportamentos pelo Estado, ignorando toda e qualquer outra estrutura de juridicidade que não aquela proveniente do comando legislativo estatal.[297]

O caminho de expulsão de elementos pré-modernos dentro do direito, contudo, não foi fácil. Embora tenha se apresentado como alternativa de luta de uma razão iluminada contra o antigo e atrasado paradigma medieval[298], foi, é e continua sendo um percurso árduo, descontínuo e doloroso. Seja em território europeu ou brasileiro, há sérias dúvidas se mesmo hoje o direito estaria vazio da influência tradicional ou de outras instâncias portadoras de poder que não a lei estatal. É, enfim, um mito moderno cuja potencialidade precisa ser relativizada a partir do concreto.[299]

Logo, reside aqui algumas das principais dúvidas do trabalho. O pensamento obrigacional-contratual brasileiro na transição do século XIX para o XX se apresenta também como matéria avessa à permanência de elementos pré-modernos dentro do direito? Há ou não êxito na tentativa moderna de reescrita de um direito obrigacional-contratual autônomo, focado apenas na técnica legislativa, de um Estado absolutizador da produção do direito, na negação de utilização de filosofias, signos ou

---

[297] O absolutismo jurídico estatal tenta promover um afastamento do direito, entendido e confundido agora apenas à ideia de lei estatal, face a outras esferas normativas antes tão presentes na realidade social, como por exemplo no afastamento deste para com a tradição e a moral. O fenômeno jurídico passa a ser visto como uma estrutura mecânica e vazia de normas que ultrapassam a esfera estatal. Ou seja, como mera técnica e literalidade ao texto escrito da norma. O intérprete do direito vira operador do direito, como se, numa interpretação exegética, apenas resolvesse problemas matemáticos, numa ordem estritamente objetiva da realidade.

[298] ÁLVAREZ, Clara. Repensar la modernidad desde la posmodernidad. Paolo Grossi entre la premodernidad y la transmodernidad. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.499-531, 2023, p. 507.

[299] Na historiografia jurídica europeia, o caminho dessa desmitologização já está bem assentado. Os trabalhos de Bartolomé Clavero, Carlos Petit, Paolo Grossi, Paolo Cappellini e de muitos outros nomes são exemplos disso. No direito brasileiro, embora com menos folêgo, esse caminho vem sendo construído a duras penas. O presente trabalho visa auxiliar nesta empreitada em um campo mais específico: o direito obrigacional-contratual brasileiro do século XIX.

molduras pré-modernas? Qual foi o efetivo alcance do novo e do moderno no campo obrigacional-contratual? A tradição foi integralmente superada ou o novo e o moderno eram ainda apenas mitologias no Brasil dos séculos XIX e XX?[300]

3.1. ABSOLUTISMO JURÍDICO NO BRASIL? O BRASIL DO SÉCULO XIX COMO ESPAÇO DE TENSIONAMENTOS

Embora os ideais de progresso, razão e a construção de um Estado com "E" maiúsculo tenham tido bastante sucesso na Europa, o Brasil do século XIX ainda não tinha inteiramente se familiarizado com os ares de modernidade do velho continente. Ainda demoraria mais de um século para que o cenário brasileiro absorvesse e traduzisse suficientemente o quadro jurídico-mental europeu para se chegar a algo relativamente próximo daquilo denominado por Grossi como absolutismo jurídico. O Estado brasileiro do século XIX estava longe de ser absoluto. A ideia de um absolutismo jurídico no Brasil é extremamente relativa.[301]

A ideia de um Estado brasileiro com "E" maiúsculo ainda estava num estágio inicial de formação. Tinha sido apenas no meio do século XIX, em 1822, que o Brasil conquistou sua independência política de Portugal. Por isso, o desafio era primeiro construir um estado nacional com garantias de unidade, integridade e estabilidade, para depois buscar a absolutização de juridicidade de todas as relações jurídicas do período pelo primado da lei ou da codificação. Antes de fortificar um Estado, era necessário construí-lo. O principal objetivo desse período era estabelecer uma identidade nacional genuinamente brasileira, distinta da herança portuguesa.[302]

Enquanto o absolutismo jurídico europeu já tinha uma face definida (entre individualismo, estatalismo, abstração), o direito brasileiro do século XIX ainda se envolvia entre passado e presente, entre tradição e inovação.

---

[300] A hipótese é a de que, mesmo num campo tido como absolutamente secular, autônomo em relação a outros domínios, o Antigo Regime e suas influências não findaram no dia posterior à Revolução Francesa, especialmente em terras brasileiras.

[301] Sobre a relatividade da categoria, ver: HALPÉRIN, Jean-Louis. L'absolutisme juridique de la codification est-il relatif? **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.609-629, 2023.

[302] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad**, Madrid, n. 8, pp.97-116, 2005, p. 97.

A construção do Estado brasileiro como sujeito que domina as representações do jurídico no mundo foi longa, demorada, com vários entraves no seu percurso. Basta lembrarmos que, embora o processo de independência brasileiro tenha ocorrido sem significativas rupturas, os anos entre 1822 e 1840 foram marcados por uma imensa flutuação política, por uma série de rebeliões e por várias tentativas contrastantes de organização de poder.[303]

Além disso, com uma escassa população[304] e território pouco menor que todo o continente europeu[305][306], havia uma limitação geográfica e demográfica relevante para que os braços políticos e administrativos do Estado alcançasse os pontos mais periféricos do Império. Era uma organização política que contava com cabeças enormes, mas que quase não tinha braços e pernas para chegar às extremidades do território.[307]

---

[303] FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008, p. 147.

[304] Embora o primeiro censo do Brasil tenha se dado apenas em 1872, estima-se por fontes não oficiais que a população total do Brasil em 1819, excluindo-se índios e contabilizando pessoas livres e escravas, era de aproximadamente 3.596.132 pessoas. Em: Bethell, Leslie. **The Cambridge History of Latin America** - Colonial Latin America. Vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985, p. 63. Segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), esse número cresceria para 9,93 milhões em 1872 e 14,333 milhões em 1890 (BRASIL. Directoria Geral de Estatistica. **Recenseamento do Brazil em 1872**. Rio de Janeiro: Typ. G. Leuzinger, 1874). Em: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Brasil**: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000, p. 221.

[305] Marcha do povoamento e a urbanização – 1801 a 1822. Em: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileiro**. Vol. I, Tomo I: do descobrimento à expansão territorial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, prancha 20.

[306] INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Evolução da divisão territorial do Brasil**: 1872-2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Mapa disponível em: https://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/default_evolucao.shtm.

[307] Não por acaso é que Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguai, afirmou que o grande defeito da administração brasileira era o fato dela não levar o Estado até o cidadão, nem o cidadão até o Estado, porque é muito centralizada, absoluta, ineficiente, politizada (CARVALHO. José Murilo de. Entre a autoridade e a liberdade. In: CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed 34, 2002, p. 29). Por isso, "têm cabeças enormes, quase não têm braços e pernas" (SOUZA, Paulino José Soares. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862, p. 184). Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1051.

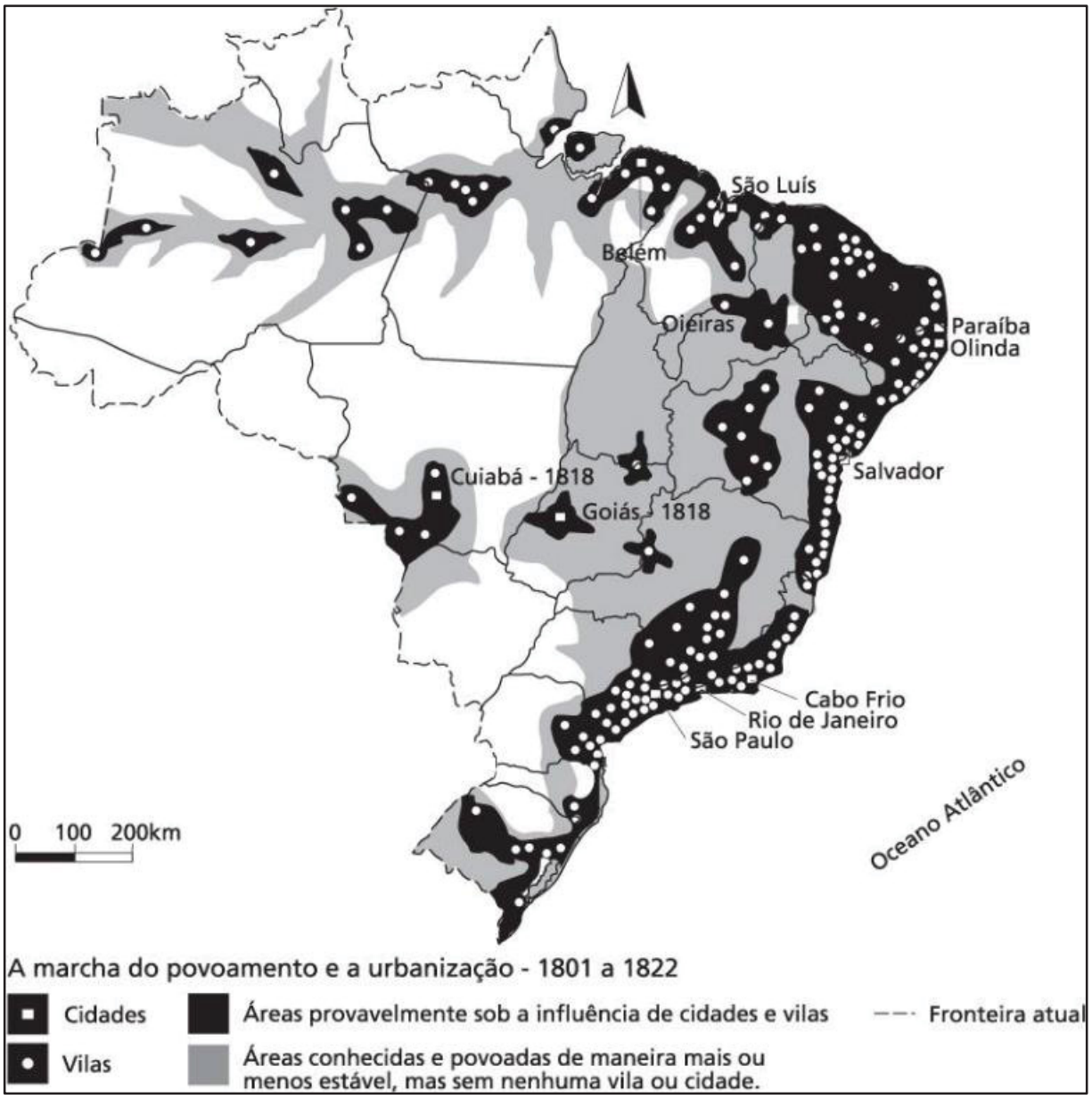


Figura 3 Mapa da marcha do povoamento e urbanização no Brasil, 1801-1822.

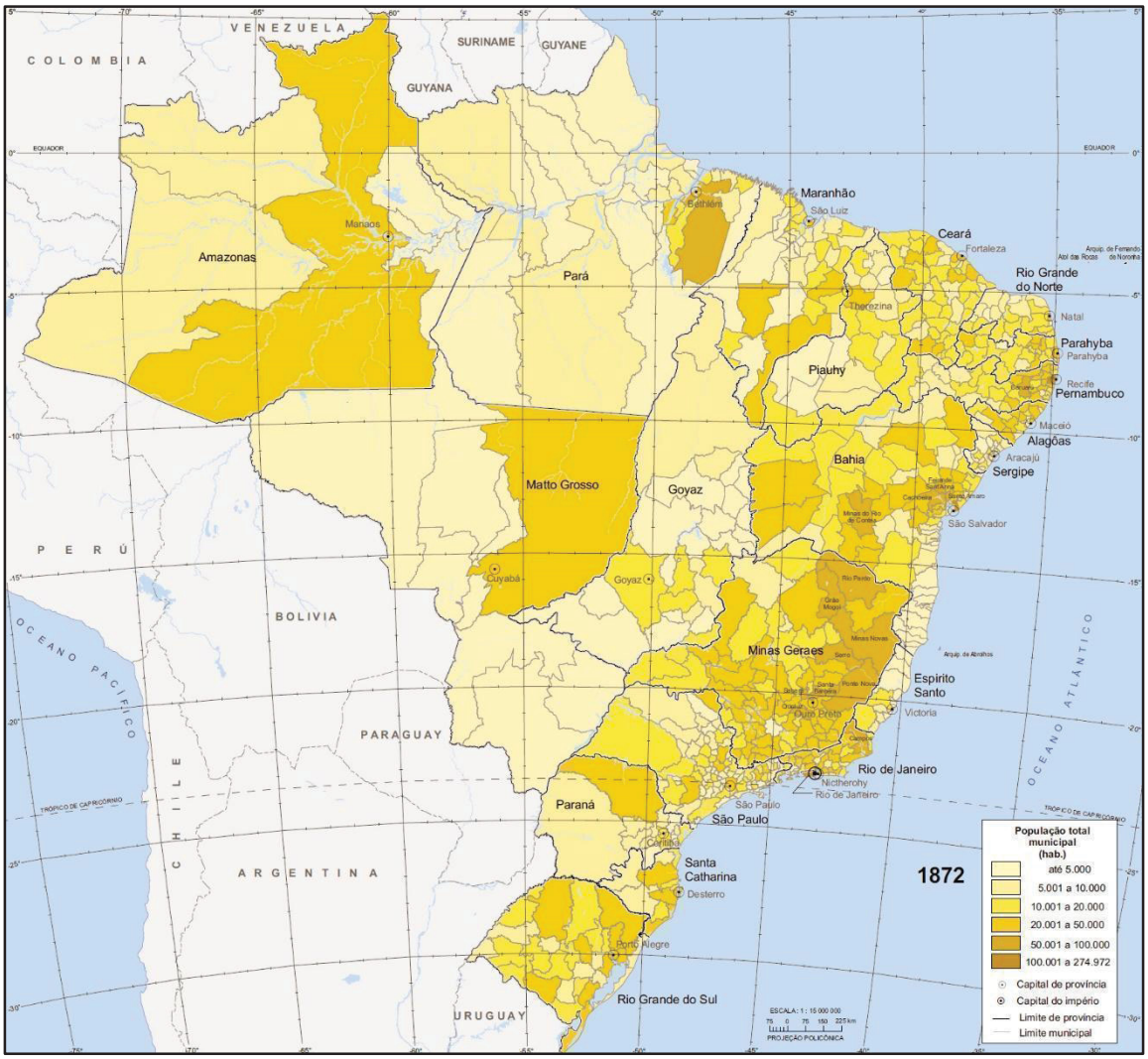


Figura 4 Mapa da evolução da divisão territorial do Brasil, 1872.

A preocupação do Estado brasileiro, ao menos até a primeira metade do século XIX, portanto, era muito mais de manutenção da unidade imperial com o fortalecimento do poder e formação de uma identidade nacional do que de absorção de juridicidade.

Embora a absolutização da juridicidade na figura do Estado não estivesse na agenda principal do Estado brasileiro neste primeiro período do século XIX, a ausência de uma codificação civil em pleno século XIX em nada ajudava à transformação do Brasil em uma nação civilizada. Pelo contrário, o diálogo com uma ordem pluralista tipicamente colonial tinha o peso de rebaixá-la a uma ordem secundária de nação. E, portanto, para se transformar num país civilizado, não havia outra maneira senão construir o mito da lei como norma de qualidade superior, hierarquicamente primária, expulsando as fontes plurais de um Antigo Regime do direito brasileiro (os

sentimentos, a equidade, os usos, as opiniões dos doutores, as sentenças dos juízes, as invenções dos notários etc.).

A tarefa, no entanto, não era fácil.

Logo após o processo independência, por exemplo, o Governo Imperial edita a Lei de 20 de outubro de 1823, que determina que, mesmo com a independência, ainda continuaria em vigor no território toda a legislação que regia o Estado brasileiro até a data de 25 de Abril de 1821. Isto é, "todas as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas".[308] Ou seja, como explica Ricardo Marcelo Fonseca, mesmo independente, o Brasil ainda se organizaria a partir de todo o aparato legislativo da antiga metrópole portuguesa, continuando em vigor em seu território as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo código ou não fossem tais normas especialmente alteradas.[309]

A continuidade com o antigo direito português, portanto, é evidente.

Era ele, disciplinado especialmente pelo livro IV das Ordenações Filipinas, que formalmente regula o direito civil brasileiro até a edição do Código Civil de 1916. Uma legislação, portanto, de 1603, típica do Antigo Regime português, datada de ainda quando Portugal ainda estava sob o domínio da Espanha no reinado de Felipe II.

Repleta de lacunas e sem qualquer sistematização, as Ordenações eram algo distante daquilo considerado como moderno ou racional pelos juristas dos séculos XVIII e XIX. Não levavam consigo as noções de sistema, unidade, racionalidade ou perfeição. Nunca foram pensadas para ser uma legislação perene no tempo. Mais declarava direito do que constituía de normatividade a realidade. Nada tinham a ver com uma lógica legislativa moderna. Eram um apanhado de leis esparsas decorrentes da elevada produção legislativa dos reis medievais portugueses. Eram uma coletânea

---

[308] BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo senhor D. Pedro, como Regente e imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes portuguesas que são especificados. Leis da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa de 1823. Coleção das Decisões do Governo do Império do Brasil de 1823 - Parte II. Rio de Janeiro. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html.

[309] FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX..., p. 344.

de textos legislativos sobrepostos, frequentemente contraditórios, omissos, repetitivos.[310]

Tratava-se de uma compilação típica do Antigo Regime, aberta às mais diversas esferas na regulação dos seus temas. Em caso de eventual lacuna à resolução de um conflito, por exemplo, era possível que se usasse o direito romano como fonte subsidiária e, caso a matéria envolvesse pecado, a questão poderia ser resolvida até mesmo pelo direito canônico. Se a lacuna ainda não pudesse ser resolvida por esse sistema de fontes, deveria se recorrer às glosas de Acúrsio e às opiniões de Bártolo.[311]

Na teoria isso significava que, em determinadas situações, devido à natural incompatibilidade e incompletude das Ordenações face às novas dinâmicas sociais, seria o direito romano e canônico comentado o usado para preencher as lacunas do direito nacional. Além disso, o direito romano e canônico comentado poderia até mesmo servir como parâmetro normativo à determinação do grau de fiabilidade e extensão de aplicabilidade das normas das Ordenações no direito pátrio. Segundo Moreira Alves, pela influência de longo prazo da disciplina romano-canônica no direito português, a orientação hermenêutica posta por vários juristas daquele contexto era a de que, caso alguma norma fosse contrária aos preceitos romanos ou canônicos, elas deveriam ser interpretadas sempre restritivamente. Por outro lado, se estivessem em conformidade aos preceitos romanos-canônicos, deveriam ser compreendidas extensivamente.[312]

---

[310] BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 117.

[311] Sobre o tema, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes: "Um dos importantes aspectos das Ordenações é o sistema de fontes que contém. No Livro III, Título 64 a regra é que os conflitos devem ser julgados segundo as leis, estilos ou costumes do reino para os casos ali previstos. Leis eram atos do príncipe; estilos eram os "costumes" da Casa de Suplicação, ou jurisprudência determinada e aceita pelo mais alto tribunal do reino. Os costumes eram muitos e variados, locais. Nos casos não previstos (casos de lacuna), aplicava-se o direito canônico se a matéria trazia pecado ou as leis imperiais, isto é, o direito romano, quando não era matéria de pecado. Na falta deste, valiam como regra as glosas de Acúrsio e finalmente as opiniões de Bártolo. Não era por acaso que os tribunais deviam ter não apenas as Ordenações, mas o seu jogo de Corpus Iuris Civilis e de Bártolos. Em última instância, na falta de qualquer solução nestas fontes, o caso deveria ser remetido ao rei, que o "determinaria" e cuja decisão passava a valer como lei "para o desembargo" de outros feitos semelhantes (Ordenações, Livro III, Título 45,2).". Em: LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 268-269.

[312] MOREIRA ALVES, José Carlos. Formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. In: SCHIPANI, Sandro (Ed.). **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**: Atti del Congresso Internazionale del Centenario di Augusto Teixeira de Freitas: Roma, 12-14 dicembre 1983. Padova: Cedam, 1988, p. 17.

Uma tentativa de quebra com a tradição romano-canônica no direito luso-brasileiro foi a edição da Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769. Produto de um iluminismo jurídico à portuguesa[313] e acompanhada de uma onda de reformas sociais e políticas[314], representou uma das mais sensíveis iniciativas de modernização do direito português do período.[315]

A ideia da Lei da Boa Razão era a de reformar os critérios de interpretação e integração das lacunas do direito nacional. Tinha a finalidade direta de reafirmar o primado da lei régia, reprimindo o uso desenfreado e indiscriminado do direito romano em detrimento da legislação nacional; inserir restrições à validade dos costumes; definir o direito romano apenas como direito subsidiário quando for conforme a uma boa razão[316]; banir a aplicação das glosas de Acúrsio e dos comentários de Bártolo, antes fontes subsidiárias das Ordenações; limitar o direito canônico a questões atemporais; e, principalmente, estender a aplicação das legislações das nações cristãs, iluminadas e polidas a matérias estratégicas de reforma da sociedade e da economia.[317]

Tal empreitada significava uma vitória da difusão do jusracionalismo em Portugal.[318] Nas palavras de Guilherme Braga da Cruz, "uma verdadeira revolução

---

[313] Diferente daquele iluminismo jurídico francês, reformador e de ruptura, José Murilo de Carvalho explica que o espírito do iluminismo português não era revolucionário, nem anti-histórico, nem irreligioso; era essencialmente progressista, reformista, nacionalista e humanista. Assim como era o iluminismo italiano, era um iluminismo cristão e católico; não desafiava o poder real. Em: CARVALHO, José Murilo de. CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**: a elite política imperial. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 67-68.

[314] Lembremos da reconstrução da zona central de Lisboa a partir do terremoto de 1755; da expulsão dos jesuítas de Portugal e de suas colônias pela ação de Sebastião de Carvalho e Melo em 1759; da reconstrução dos quadros e reorganização política do Estado de Portugal a partir da década de 1760; da reforma do ensino jurídico pela alteração dos Estatutos Universitários de Coimbra em 1772.

[315] Lembremos também da Revolução Liberal de 1820, a Revolução do Porto. Sobre o tema, ver, por exemplo: NATÁRIO, Celeste; CUNHA, Jorge; MEIRINHOS, José; EPIFÂNIO, Renato. **A Revolução Liberal**: 200 Anos Depois. Sintra: Zéfiro, 2021; VAQUINHAS, Irene; CASCÃO, Rui. Evolução da sociedade em Portugal: a lenta e complexa afirmação de uma civilização burguesa. In: MATTOSO, José (dir.); TORGAL, Luís Reis; ROQUE, João Lourenço (coords.). **História de Portugal**. Vol. V: O Liberalismo (1807-1890). Lisboa: Editorial Estampa, 1993, pp.441-457; VERDELHO, Telmo dos Santos. **As palavras e as ideias na revolução liberal de 1820**. Coimbra: INIC, 1981.

[316] Ou seja, compatível às verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis que a ética dos romanos, do direito humano ou divino tinha estabelecido, ou às regras que, de unânime consentimento, estabelecia o direito das gentes para direção e governo das nações civilizadas (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX..., p. 64).

[317] HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**..., p. 359-360.

[318] Sobre o tema, ver: MONCADA, Luís Cabral de. **Estudos de História do Direito**, vol. III. O século XVIII. Iluminismo Católico: Verney e Muratori. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950; DE ANDRADE, António Alberto. **Verney e a cultura do seu tempo**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1966; CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1992; MAXWELL, Kenneth. **O Marquês de Pombal**: paradoxo do iluminismo. Rio de Janeiro: Paz e

nos quadros de fontes do direito português vigente"[319], pois, sendo a legislação nacional portuguesa tão deficiente e o domínio de possibilidades de integração da lei portuguesa tão vasto, reformar as fontes subsidiárias era reformar todo o direito português da época.

A reforma promovida pela Lei da Boa Razão, em conjunto com a reforma dos estatutos universitários de 1772, promoveu um salto modernizador no campo do pensamento jurídico luso-brasileiro. Significava a mais relevante busca em solo luso-brasileiro por um direito novo, renovado, livre de amarras tradicionais. Foi um grande impulso legislativo que tentava, pelo poder político, uma transição entre um direito tradicional para uma nova concepção de modernidade jurídica sustentada pelo primado da lei nacional e pelo ideal de conformidade desta com a boa razão das chamadas nações modernas cristãs.[320] Era a esperança e tentativa de estabelecer não somente um direito mais preciso, mais geral, mais claro e mais coeso, algo mais ou menos natural e comum a todas as nações cultas, mas também um Estado mais forte.[321] É tal impulso que vai fornecer os primeiros ingredientes para uma virada de página nas fontes e na mentalidade jurídica luso-brasileira. É esse esforço de renovação que fornecerá as bases iniciais de uma mentalidade jurídica que, pouco tempo depois, vai ver na emergência da codificação civil o emblema máximo de uma modernidade jurídica que reduz toda a experiência do direito num sistema minucioso e articulado de regras criadas pelo Estado.[322]

Terra, 1996; SILVA, Ana Cristina Nogueira da; HESPANHA, António Manuel. (1993). A Identidade Portuguesa. In: A. M. Hespanha (coord.). **O Antigo Regime** (1620-1807). História de Portugal. Vol. IV. Lisboa: Círculo de Leitores, 1993, pp.19-37; ARAÚJO, Ana Cristina. **A Cultura das Luzes em Portugal**: temas e problemas. Lisboa: Horizonte, 2003; SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Fontes de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006; e ANTUNES, Álvaro de Araujo. Pelo rei, com razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp.15-50, jul./set. 2011.

[319] BRAGA DA CRUZ, Guilherme. **O direito subsidiário na história do direito português**. Coimbra: Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos, 1975, p. 116.

[320] Isso não significa que as referências aos comentários de Bártolos e às glosas de Acúrsio desapareceram ou que o problema do "esquecimento" das leis pátrias em pró da aplicação indiscriminada do direito romano e canônico nos assuntos já regulados pelas leis régias tenha cessado. O importante de se notar aqui é a tentativa de ruptura e transição entre um direito "antigo" e um direito "novo".

[321] Todas as reformas pombalinas serviram de instrumento estratégico ao fortalecimento do Estado-nação português. A cultura aristocrática-tradicional e religiosa enraizada no cenário português inviabilizava um projeto forte de Estado. Este deveria se pautar não mais em verdades teológicas, canônicas ou romanas, mas sim à ideia de uma razão universal (mesmo que com um fundamento teológico ao fundo), o que exigia, necessariamente, um Estado comprometido com o progresso, com a cientificidade, com as leis naturais, com a racionalidade das nações modernas iluminadas cristãs.

[322] GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**..., p. 99

O Brasil não passa ileso nesse cenário mental de reformas. No século XIX, ao mesmo tempo que o Brasil ainda se encontra sob o regime das Ordenações Filipinas e de toda legislação portuguesa – o que demonstra certa continuidade com a tradição jurídica portuguesa colonial[323] –, também experimenta (e muito) das influências europeias jusracionais iluministas que impulsionava quebras na tradição.

O fato de a codificação civil ser, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, uma ausência bastante presente[324] é um bom exemplo disso. Se Portugal, mais receptivo ao ideário liberal iluminista francês-prussiano, promulga em 1867 o seu primeiro código civil, o Brasil apenas fará o mesmo em 1916, após uma longa e tortuosa marcha constitucional[325] e legislativa. E isso provocava arrepios à cultura jurídica letrada brasileira da época. Segundo Gabriela Lombardi, por exemplo, já no discurso de abertura do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1843, restava claro o clamor pela organização de um código civil. Organizá-lo o mais rapidamente possível era passo necessário à prova do pertencimento da nação à categoria de civilização.[326]

O esforço de constantemente se tentar editar legislações esparsas com a finalidade de modernizar o direito brasileiro também se insere nessa tentativa de distanciamento de uma tradição jurídica anterior atrelada ao Antigo Regime. O Código Criminal de 1830, a Lei de Terras e o Código Comercial de 1850 e a reforma hipotecária de 1864 são exemplos de marteladas legislativas[327] que tentavam impulsionar reformas legislativas sob o signo do moderno, jogando para escanteio a disciplina das Ordenações de 1603.[328]

Nem se fale da tentativa reiterada de se escrever um projeto de código civil ao longo de toda a segunda metade do século XIX. Teixeira de Freitas, Nabuco de

---

[323] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX..., p. 65.

[324] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1058.

[325] Lembremos que a Constituição brasileira de 1824 já cristalizava o processo de codificação como objetivo também constitucional, dispondo em seu art. 179, inciso XVIII que "Organizar–se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade".

[326] Discurso inaugural de Francisco Montezuma, o Visconde de Jequitinhonha, na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros. Em: LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**..., p. 149-150.

[327] Sobre os impulsos de modernização pela via da lei, ver: 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, pp.136-148.

[328] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX..., p. 66-67.

Araújo, Felício dos Santos, Coelho Rodrigues. Todos tentavam organizar um código civil e, assim, modernizar o direito privado brasileiro sob o mantra do progresso. A questão da codificação civil, sinônimo de modernização, civilização, progresso e estatalidade, é colocada e repetida a todo tempo como matéria central do pensamento jurídico brasileiro oitocentista.[329]

A resistência ao moderno, entretanto, também era bastante perceptível, o que fazia com que se percebesse um constante jogo de tensões entre antigo e novo no período.

Se o trabalho mais famoso de Teixeira de Freitas, por exemplo, aspirava o novo, era ele também uma resposta a uma realidade normativa que ainda recorria ao direito romano, ao direito canônico, às glosas de Acúrsio e aos comentários de Bártolo, para preencher as lacunas da legislação pátria.[330] O próprio Teixeira de Freitas admite isso.[331]

Sérgio Said Staut Júnior demonstrou que, embora formalmente proibida pela Lei da Boa Razão, o argumento canônico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, era frequentemente invocado nas questões possessórias.[332]

Gustavo Silveira Siqueira, quando analisou os processos da 3ª Vara Cível da Cidade do Rio de Janeiro entre 1850 e 1915, também encontrou o peso da tradição na jurisprudência daquele tribunal. Segundo ele, a principal fonte jurídica que amparava as decisões daquele juízo não dizia tanto respeito às leis vigentes no

---

[329] FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar..., p. 1058.

[330] FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX..., p. 67.

[331] "Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das Ordenações Filippinas, ou autôs o i° livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estariamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Pátrio. Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que tem sido accusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão; mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo, e mais Doutores. Essa fraqueza que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico, a famosa lei de 18 de agosto de 1769 que deu largas ao arbitrio com o titulo de – boa razão –, o outro subsidio dos – estilos e costumes –, tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas tem chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas Leis que o constituem, do que pelos Praxistas que as invadirão". Em: TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. VII e VIII.

[332] STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**..., p. 171.

território nacional (como as Ordenações, por exemplo), mas sim a regras jurídicas não positivadas, como o costume e a consciência jurídica do período.[333]

António Manuel Hespanha, quando analisa as razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX, identifica o mesmo jogo de tensões: a existência de uma pluralidade de fontes normativas coexistindo discursivamente na doutrina portuguesa e brasileira do período.[334]

Samuel Barbosa também sustenta tal conclusão. Segundo ele, a complexidade do direito civil pré-codificação situava-se não apenas multiplicidade e contingência de fontes legisladas, mas também na convivência entre influências tradicionais e modernas, como na mediação de fontes de praxistas e possibilidade de remissão ao direito codificado e legislado de outros países.[335]

As fontes do direito civil brasileiro nessa época, portanto, são múltiplas e a busca por uma unidade pela forma-código, na lei nacional como fonte exclusiva do direito, incessante. Era um mundo complexo de diferentes normatividades. Influências tradicionais e modernas, legislativas e não legislativas, coexistiam entre si.

O pensamento jurídico brasileiro do século XIX também se insere nessa lógica de complexidade.

Ao contrário da Europa, já acostumada há algum tempo com a presença das universidades[336], o Brasil do século XIX ainda encontrava-se num processo árduo de formação de sua própria cultura jurídica. Se a figura da universidade já era uma

---

[333] SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poucas ordenações, muitas expectativas..., p. 560-561.

[334] HESPANHA, António Manuel. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 39, n. 1, pp.109-151, 2010.

[335] BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, R. M; SEELAENDER, A. C. L. (org.). **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, p. 363-365.

[336] Sobre o tema do desenvolvimento dos modelos das universidades europeias no período moderno, ver: CHARLE, Christophe. **Birth of the Intellectuals**: 1880-1900. Tradução de David Fernbach e G.M. Goshgarian. Cambridge: Polity, 2015; CHARLE, Christophe; VERGER, Jacques. **Histoire des universités**: XIIe-XXIe siècle. Collection Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2012; BOURDIEU, Pierre. **Grandes écoles et esprit de corps**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1989; ANDERSON, R. D. **European Universities from the Enlightenment to 1914**. Oxford: Oxford Academic, 2004; BURKE, Peter. **A Social History of Knowledge:** From Gutenberg to Diderot. Cambridge: Polity Press, 2000; ROTHBLATT, Sheldon; WITTROCK, Björn**. La Universidad europea y americana desde 1800**. Las tres transformaciones de la Universidad. Barcelona: Ediciones Pomares – Corredor, 1996; VOM BRUCH, Rüdiger. Il modello tedesco: università e Bildungsbürgertum. In: PORCIANI, Ilaria (ed.). **L'Università tra Otto e Novecento**: i modelli europei e il caso italiano. Napoli: Lovene, 1994, pp.35-59; HOWARD, Thomas Albert. **Protestant Theology and the Making of the Modern German University**. Oxford: Oxford University Press, 2006; e ANRICH, Ernst. **Die Idee der deutschen Universität und die Reform der deutschen Universitäten**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959.

realidade na Europa ao menos desde o século XIII, os primeiros cursos de direito em território brasileiro foram fundados apenas na metade do século XIX (1827), em São Paulo e Recife. Antes disso, toda a formação intelectual do jurista brasileiro era feita em Coimbra.

Isso significa que ao menos até 1827, portanto, todo o pensamento jurídico brasileiro estava inevitavelmente ligado à formação jurídica portuguesa-coimbrense. Uma formação tradicionalíssima[337], forjada sob as bases do poder do trono, do altar e do saber[338], e ainda muito ligada à doutrina escolástica jesuítica, que apenas teve um relativo enfraquecimento[339] com as reformas pombalinas do ensino jurídico português do final do século XVIII.[340]

---

[337] Parafraseando José Murilo de Carvalho, era mais fácil encontrar ideias liberalizantes iluministas na capitania de Minas Gerais no século XVIII do que propriamente em Coimbra, que via o diabo nas ideias subversivas do iluminismo francês e inglês. Em: CARVALHO, José Murilo de. Political Elites and State Building: The Case of Nineteenth-Century Brazil. **Comparative Studies in Society and History**, Cambridge: Cambridge University Press, v. 24, n. 3, pp.378-399, jul. 1982, p. 387-388. José Murilo de Carvalho traz exemplos dessa dimensão tradicionalista portuguesa na verificação de alguns debates legislativos. Em 1826, por exemplo, sobre a criação dos cursos jurídicos, Bernardo Pereira de Vasconcelos, formado em Coimbra em 1819, aduz que: "O direito de resistência, este baluarte da liberdade, era inteiramente proscrito; e desgraçado de quem dele se lembrasse!... (A Universidade de Coimbra) está inteiramente incomunicável com o resto do mundo científico. Ali não se admite correspondência com outras academias; ali não se conferem os graus senão àqueles que estudaram o ranço de seus compêndios; ali estava aberta continuamente uma inquisição pronta a chamar às chamas todo aquele que tivesse a desgraça de reconhecer qualquer verdade ou na religião, ou na jurisprudência, ou na política.". Mesmo José da Silva Lisboa, formado em filosofia e direito canônico em Coimbra no período das reformas pombalinas, sustentava que "absolutamente nenhum governo pode tolerar que em quaisquer aulas se ensinem, por exemplo, as doutrinas do contrato social do sofista de Genebra". Ambas citações em: CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 85.

[338] OLIVEIRA JÚNIOR, Virgílio Coelho de. Eça de Queiroz, a "geração de 1870" e a Universidade de Coimbra: entre vivências e representações. **Revista de História**, São Paulo, n. 180, pp.1-30, 2021, p. 10.

[339] O enfraquecimento é relativo porque ideias já há muito enraizadas no campo social não desaparecem de uma hora para outra. O dito iluminismo português, por exemplo, é definido por José Murilo de Carvalho como um iluminismo essencialmente cristão e católico, muito diferente daquele francês (CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 67). Apesar das reformas promovidas por Pombal no ensino jurídico português em 1772, especialmente com a inclusão da cadeira de História do Direito Português, ainda sim o objeto central de ensino do direito português se situava na análise do *Corpus Iuris Civilis* (principalmente o *Digesto*) e do *Corpus Iuris Canonici* (MERÊA, Paulo. **Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal** (1722-1902). Lisboa: INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005, p. 12). Além disso, após a saída de Pombal do governo português, houve uma intensa reação contra a sua empreitada positivista. Segundo José Murilo de Carvalho, "muitos professores e estudantes foram processados pelo Santo Ofício e expulsos sob acusações de deísmo, naturalismo, enciclopedismo, heresia". Em: CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 69.

[340] Teria sido apenas no decorrer do século XIX, de maneira inclusive contemporânea às invasões napoleônicas, que o currículo jurídico coimbrense seria reformado de maneira mais efetiva quando, em 1836, adquire uma estrutura curricular de um curso de cinco anos com as disciplinas de História Geral da Jurisprudência e a Particular do Direito Romano, Canônico e Pátrio e Ciência da Legislação e Direito Natural, no primeiro ano; Direito Público Universal e das Gentes, Instituições de Direito Eclesiástico, Público e Particular, e Liberdades da Igreja Portuguesa, no segundo ano; Direito Público Português pela Constituição, Direito Administrativo Pátrio, Princípios de Política e Direito dos tratados de Portugal

Mas mesmo após a fundação dos cursos de direito em 1827 a sombra da tradição portuguesa ainda pairava sobre o ensino jurídico brasileiro. Os estatutos dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, os chamados “Estatutos do Visconde da Cachoeira”, por exemplo, tinham sido criados à cópia dos estatutos coimbrenses após a reforma de 1772[341]. Os próprios quadros burocráticos do Estado brasileiro, antes da criação dos cursos de São Paulo e Recife, eram formados quase que exclusivamente por ex-alunos de Coimbra[342]. Assim como os primeiros professores dos cursos tinham sido ex-alunos de Coimbra, os seus primeiros alunos também tinham sido de lá transferidos[343]. Até mesmo nos debates parlamentares quando da criação dos cursos tinha sido impressionante a quantidade de referências e menções explícitas à Coimbra e seus estatutos.[344] Não era acaso que, nas palavras de Clóvis Beviláqua, os primeiros anos dos cursos jurídicos de São Paulo e Recife não tinham passado de “bisonhos arremedos de Coimbra”.[345]

Para Ricardo Marcelo Fonseca, é por isso que

> Com toda essa situação, como se pode concluir, não houve propriamente um ambiente intelectual adequado para a formação de uma cultura jurídica nacional sólida e que pudesse afirmar com vigor uma tipicidade que a distinguisse da herança portuguesa. A cultura jurídica brasileira, na primeira metade do século XIX, ainda não tinha tido condições de sair de sua situação de um casulo.[346]

---

com os outros povos, Direito Civil Português e Economia Política, no terceiro ano; Direito Civil, Direito Criminal e Criminal Militar e Direito Comercial Marítimo, do 4º ano, e, por fim; Jurisprudência Formulária e Euremática; Prática do Processo Civil, Criminal, Comercial e Militar, Hermenêutica Jurídica, Análise de textos de Direito Pátrio, Romano e Canônico, Diplomática e Medicina Legal. Em: BARBOSA, Henrique Bonatti Rego. **O ensino do direito no Brasil e em Portugal e seus desdobramentos:** uma análise comparada do cenário contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica), Universidade de Lisboa. Lisboa, 2018, p. 20-21.

[341] O art. 4º do projeto de lei de criação dos cursos jurídicos no Brasil dispunha expressamente que, “Entretanto, haverá, desde já, um curso jurídico na cidade de S. Paulo, para o qual o Governo convocará mestres idôneos, os quais se governarão, provisoriamente, pelos estatutos da Universidade de Coimbra, com aquelas alterações e mudanças, que eles, em mesa presidida pelo vice-reitor, julgarem adequadas às circunstâncias e luzes do século”. Ver: NEDER, Gizlene; FILHO, Gisálio Cerqueira. Formação jurídica e história das faculdades de direito em Portugal e no Brasil. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, pp.106–136, 2018.

[342] FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira..., p. 264.

[343] CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 76.

[344] Segundo Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho, houveram 149 referências explícitas a Coimbra e aos Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra em 14 sessões na Assembleia Constituinte (1823), 24 sessões na Câmara dos Deputados (1826-27) e 11 sessões no Senado (1826-27). Em: NEDER, Gizlene; FILHO, Gisálio Cerqueira. Formação jurídica e história das faculdades de direito em Portugal e no Brasil..., p. 116.

[345] VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**..., p. 53.

[346] FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira..., p. 268. Esse cenário apenas se altera a partir da segunda metade do século XIX, com a formação de juristas brasileiros e o aparecimento de um maior corpo de leis e de uma maior produção doutrinária (livros e manuais) escritos

Desse modo, se por um lado tentava-se estabelecer em solo brasileiro uma cultura jurídica própria, com a finalidade de emancipação cultural, política e jurídica para com a antiga metrópole portuguesa[347], por outro ainda estava bastante presente na mentalidade jurídica do período ideais tradicionais ainda ligados a uma perspectiva tradicional de mundo.

Pela cópia dos estatutos jurídicos da Faculdade de Coimbra, o próprio currículo implementado nas Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife possuía um caráter tradicional[348]. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, isso refletia que a ideologia do período era mais compatível com as ideias de um Antigo Regime do que propriamente dos "ares liberalizantes" presentes em grande parte da nova Constituição do Império brasileiro de 1824.[349] A presença da disciplina do estudo do direito público eclesiástico na grade curricular demonstrava um Estado ainda muito ligado à Igreja, sem força potencial de proceder a uma relevante secularização. A cadeira de direito natural confundia-se muito com o ensino de um jusnaturalismo

por juristas brasileiros. FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil..., p. 104-105.

[347] Note-se que uma das estratégias portuguesas para preservar uma dependência entre colônia e metrópole era justamente a de repudiar a criação de centros universitários em suas colônias, ao contrário do que acontecia na América Espanhola, por exemplo. A ideia era a de forçar que a elite intelectual brasileira tivesse de viajar até Portugal para adquirir formação universitária. Em: CARVALHO, José Murilo de. Political Elites and State Building..., p. 383-384.

[348] Estudava-se, no primeiro ano, as cadeiras de direito natural, direito público, análise da Constituição do Império, direito das gentes e diplomacia; no segundo ano continuava-se os estudos das cadeiras do ano anterior somado ao estudo de direito público eclesiástico; no terceiro ano, direito civil patrio e direito patrio criminal, com a teoria do processo criminal; no quarto ano, continuava-se o estudo do direito civil patrio, somado ao estudo do direito mercantil e marítimo; no quinto ano, estudava-se teoria e prática do processo adotado pelas leis do império e economia política.

[349] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil..., p. 102-103.

teológico, não se aproximando tanto da ideia de uma razão moderna difundida com muita força na França do período.[350] [351]

Esse sincretismo entre direito, naturalismo e cristandade no plano educacional denunciava uma realidade concreta daquele tempo jurídico: a Igreja e a sua filosofia, desde os âmbitos mais humildes, cotidianos e imediatos, até os mais letrados, ainda se fazia relevante na mentalidade brasileira oitocentista, não estando alheio à formação dos juristas, à construção de um direito nacional ou à estruturação do Estado brasileiro.

Assim como a América Espanhola, a América Portuguesa também possuía um elemento de cristandade bastante forte. O direito como produto social, feito a partir de pessoas de carne e osso, também carregava isso dentro de si.

---

[350] Na análise de Ricardo Marcelo Fonseca em relação à obra dois professores que ocuparam a cadeira de direito natural da Faculdade de Direito de São Paulo até o final do século XIX, José Maria de Avelar Brotero e José Maria Correia de Sá e Benevides, resta verossímil essa forte mescla entre um jusnaturalismo de matriz teológica com um de matriz racional. Para o antigo professor José Maria de Avelar Brotero, a verdadeira fonte originária dos direitos dizia respeito à "natureza naturante das coisas", que detém os atributos da divindade cristã. Na obra "Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo", de 1829, por exemplo, assim é dito: "Muitos authores querem que o direito Natural derive seo nome por causa da promulgação, isto é, por ser promulgado pela razão natural do homem. O compêndio porém, não quer que elle derive seu nome da promulgação, mas sim de seu author, isto é, Lei Dictada pela Natureza Naturante, pela Natureza do Universo, ou alma do universo, isto é, Deos" (BROTERO, J. M. de A. **Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo**. Rio de Janeiro: Tipografia imperial e nacional, 1829). Já José Maria Correia de Sá e Benevides, no prefácio de seu livro "Philosophia elementar do direito público – interno, temporal e universal", em 1867: "A sciencia catholica admitte que a lei natural é demonstrável pela experiência e pela razão, mas sustenta que também a dita lei é revelada por Deus à humanidade, e que as bases do Direito são verdades reveladas por Deus, competindo à philosophia seu desenvolvimento. A Egreja de Nosso senhor Jesus Chisto, tendo a missão de ensinar a todos os povos a verdade, exerce inspeção sobre as doutrinas de direito, assim como sobre a philosophia para defender a sociedade contra os erros contrários aos dogmas christãos". No final das contas, as características da lei natural – como derivação da lei eterna – são a de ser "divina, universal, perpétua, absoluta, necessária, moral, racional, social, revelada, obrigatória, livre ou expontâneamente cumprida pelo homem e pela sociedade" (SÁ E BENEVIDES, José Maria Correia de. **Philosophia elementar de direito público**: interno, temporal e universal. São Paulo, 1887). Mesmo em Recife, esse ecletismo de referências também é perceptível. Na obra do professor José Soriano de Souza, por exemplo, "a filosofia não pode ter o mesmo poder que a religião; aquela vem do homem e é obra de seu espírito; esta vem de Deus, e é obra de sua sabedoria e de seu amor. Não diremos que a filosofia é escrava da religião..., mas porque não apelida-la serva afetuosa e humilde, discípula dócil e obediente da religião?", de modo que a lei natural constituiria "o dictame da razão e sabedoria de Deos manifestado ao homem pela luz de sua razão". (SOUZA, José Soriano de. **Lições de philosophia elementar, racional e moral**. Recife: João Walfredo de Medeiros, livreiro-editor, 1871, p. 447). Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira..., p. 272-273.

[351] Mas é evidente que também há exceções. Outros vários pensadores do período, como Francisco de Paula Batista, Tobias Barreto e Teixeira de Freitas vão muito além dos limites de uma razão natural de origem teológica, verificando-se a existência de uma abordagem um pouco mais "moderna" do direito, não recorrente à Deus a todo momento e com mais laicidade e cientificidade nas respectivas abordagens.

A educação durante grande parte da colônia tinha se dado por obra dos jesuítas, o que expandiu para todo território brasileiro uma filosofia educacional tridentina, muito ligada ao ideário filosófico-jurídico desenvolvido pela chamada Escolástica Ibérica.[352]

Apesar da influência cada vez mais presente dos ideais jusracionalistas, do estabelecimento do Estado como principal polo produtor de juridicidade e da progressiva tentativa de secularização dos assuntos jurídicos[353], a Igreja e grande parte de suas ferramentas normativas conseguiam subsistir em solo brasileiro.

Em pleno século XIX, muitos agentes religiosos ainda estavam a serviço político do poder secular[354], o que inclusive teria causado alguns atritos entre o Vaticano e o Estado brasileiro[355]. O imperador, também bastante influenciado pela ideia de uma legitimidade política fundada na tradição sacra católica, era tido como a primeira autoridade eclesiástica do país[356]. A participação de clérigos nos debates legislativos durante todo o período de produção legislativa imperial era comum, intervindo diretamente nos assuntos seculares do Estado.[357]

Mais que uma mentalidade, a presença da Igreja era uma realidade. Influía não somente na vida das pessoas (na regulação da educação, registros, matrimônio

---

[352] WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed, 2005, p. 287-290.

[353] Segundo Ivan Aparecido Manoel, sobre a incompatibilidade jurídica da Igreja com os novos planos de um projeto de modernismo jurídico a ser implementado: "[...] a igreja Católica rejeitava a teoria laica do progresso e da perfeição humana por uma razão política, que se confundia com a questão doutrinária [...] É um fato histórico que os séculos XVIII e XIX foram marcados por uma luta [...] da Igreja Católica para se manter institucionalizada em face dos problemas que vinha enfrentando no âmbito da filosofia e política [...] Os desdobramentos da longa revolução burguesa, seja através da perseguição anticlerical [...] seja pela consolidação das filosofias racionalistas que procuravam explicar o mundo eliminando irrevogavelmente o catolicismo, como qualquer outro teologismo [...] se dizia na França por volta de 1800 que "o pontificado atual era do papa Pio VII e último". [...] Estava posta portanto a questão política: os demiurgos da modernidade para quem a Igreja católica era uma sobrevivente reacionária que deveria desaparecer com o que restava da idade Média. [...] a Igreja Católica, que identificava a modernidade e seus construtores ao Mal". Em: MANOEL, Ivan Aparecido. **O pêndulo da História. Tempo e eternidade no pensamento Católico** (1800-1960). Maringá: Eduem, 2004, p. 43-44.

[354] CAVALCANTI, H. B. **O Projeto Missionário Protestante no Brasil do século 19**: Comparando a Experiência Prebisteriana e Batista. Revista de Estudo da Religião, n. º 4, pp.61-93, 2001, p. 70-71.

[355] Michael Dionísio de Souza afirma, por exemplo, que "A atuação política do estado brasileiro durante o império era tão contundente que os estadistas brasileiros queriam inclusive arrancar a jurisdição eclesiástica da Santa Sé, resumindo-a à atuação e interpretação do clero brasileiro. E como se isso já não fosse complicado o suficiente, tudo isso ainda aconteceu na regência de um religioso, Pe. Feijó.". Em: SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**: uma genealogia da secularização jurídica brasileira (XVI-XIX). Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023, p. 65.

[356] SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 63.

[357] SOUZA, Michael Dionísio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**..., p. 37.

e cemitérios), mas também na vida política de um Estado brasileiro recém-criado. Era, enfim, um ambiente que ainda bebia da herança filosófica católica que dominou a cultura colonial brasileira.

No entanto, como espaço de tensão, o novo também vigorava. Não era apenas de tradição que vivia o imaginário jurídico do período. A presença das narrativas liberais e iluministas fundadas na noção de progresso também estavam bastante presentes neste cenário de formação de uma cultura jurídica brasileira própria.

Um exemplo disso também diz respeito à definição da estrutura curricular dos cursos jurídicos no Brasil. Se a lei de 11 de agosto de 1827 acabou por copiar a estrutura do curso de Coimbra, mantendo na sua grade o estudo do direito público eclesiástico, tinha ela excluído as cadeiras de Direito Romano (que compunha inicialmente o projeto de lei de 1826), Historia das Legislações Antigas e da Legislação Nacional, Instituições Canônicas e História da Igreja.[358] Era necessário, sem perder de vistas o que havia de grande e de sábio nos estatutos,

> [...] cortar o que for desnecessário, instituir novas cadeiras para as matérias de que neles se não fez menção, as quais são enlaçadas pelos mais fortes cínculos com a jurisprudência em geral, e de nímia utilidade para o perfeitoc onhecimentodela, e dirigirmo-nos ao fim de criar jurisconsultos brasileiros, enriquecidos de doutrinas luminosas, e ao mesmo tempo úteis, e que pelo menos obtenham neste Curso bastantes, e sólidos princípios, que lhes sirvam de guias nos estudos maiores, e mais profundos, que depois fizerem; o que é o mais que se pode esperar que obtenham estudantes de um curso acadêmico.[359]

A análise dos debates parlamentares da criação dos cursos jurídicos em 1827 reflete esse espírito aberto de modernização.[360] A meta da criação dos cursos jurídicos no Brasil, mais que fornecer mão de obra a um Estado recém-criado, era também a de promover uma "unidade moral do organismo político brasileiro"[361]. Era

---

[358] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil..., p. 103.

[359] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil, Rio de Janeiro, 1827, I, p. 12.

[360] Havia um forte embate de ideias entre tradicionalistas e liberais na formulação das grades dos cursos. Segundo José Carlos Moreira Alves, na discussão do projeto de fundação dos cursos jurídicos, oportunidade em que foi apresentada emenda para a inclusão da cadeira de Instituições de Direito Romano pelo Deputado José Clemente, houve acirrada discussão entre Batista Pereira e Bernardo Pereira de Vasconcelos, pois "o Direito Romano é o direito da trapaça e o advogado, ou ministro, que nele se faz forte, é, por via de regra, mau advogado e mau ministro". Em: MOREIRA ALVES, José Carlos. Formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador..., p. 19.

[361] BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, p. 22.

no âmbito das universidades que se construiria o nacional, o brasileiro, uma nação que visaria o progresso.[362]

O progresso significava esquecer o antigo e abraçar o novo.[363] O novo forneceria as bases do corpo político e jurídico brasileiro, de modo que, pela bússola de uma "razão apurada e preparada por boa e luminosa lógica", se encontraria "os princípios gerais e universais para regular todos os direitos, deveres e convenções do homem".[364]

Os autores utilizados durante o curso também deveriam ter como referências princípios luminosos[365], "não sendo, todavia, escravos das ideias destes autores", pois "as regras explicadas não tem outros motivos mais do que os conselhos e preceitos sãos, e exatos da razão ilustrada, e não autoridade alguma extrínseca".[366]

O uso do direito romano deveria ser subsidiário, nunca tendo uma autoridade intrínseca a si mesmo.[367]

O ensino do direito público marítimo deveria se basear na doutrina francesa e o ensino do direito comercial, especialmente, no Código Francês de Comércio, haja vista a sua brevidade, clareza e universalidade.[368]

---

[362] A própria localização das duas primeiras universidades visava essa "coesão nacional". Sobre o tema, ver: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**..., p. 20-23.

[363] José Feliciano Fernandes Pinheiro, na assembleia constituinte de 1823, sessão de 14 de junho, por exemplo: "Proponho que, no Império do Brasil, se crie, quanto antes, uma universidade, pelo menos, para assento, da qual parece dever ser preferida a cidade de S. Paulo, pelas vantagens naturais, e razões de conveniência geral. Que, na faculdade de Direito civil, que será, sem dúvida, uma das que comporá a nova universidade, em vez de multiplicadas cadeiras de Direito romano, se substituam duas, uma de Direito público constitucional, outra de economia política". BRASIL. Anais do Parlamento brasileiro. Assembleia Constituinte de 1823, Livro II, p. 63;

[364] Sobre o ensino do direito natural, em: BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 17.

[365] No projeto original, para as cadeiras de Direito Natural e Direito Público Universal, as duas matérias do primeiro ano: Fortuna, Grócio, Pufendorf, Wolfio, Tomásio, Heinécio, Félix, Burlamáqui, Cardoso, Brie, Perrault, Fritot. Para o Direito Romano, segunda cadeira do primeiro ano: Waldeck e Heinécio. Para o Direito das Gentes, primeira cadeira do segundo ano: Rayneval, Watel, Heinécio, além de Mahly, Dumond E Martens para a resenha dos tratados, assim como Plassan e Isambert para a diplomacia. Para Direito marítimo e o comercial: Azuni, Boucher, Peuchet, Lampredi, Hubner, Galliani e Pardessus. Como compêndio, era aconselhado o código francês de comércio. Para o Direito pátrio, "público, particular e criminal": Melo Freire, Gameiro, Fleury e Bohemero no que se referisse ao direito eclesiástico. Para o Direito civil: De jure personarum e De jure rerum. No quarto ano: De obligationibus et actionibus, e De jure criminali para completar a explicação do Direito Pátrio, com Melo Freire, Strikio, Caminha, Beccaria, Bentham, Pastoret, Bernarde, Brissot, Filangieri, Cottu, Saint Aignan e Aragão. Para Economia Política: J. B. Say, Sismondi, Godwen, Storch, Ricardo, Malthus, Smith. Em: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**..., p. 34.

[366] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 17.

[367] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 19.

[368] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 22.

No ensino do direito pátrio, o professor deveria se guiar pelos escritores e filósofos mais modernos; nunca antigos.[369] No ensino do direito pátrio particular, especialmente quando do estudo das Ordenações, era dever do lente expor

> [...] o uso moderno que entre nós se faz, ou deve fazer daquelas doutrinas, e dos inconvenientes que se encontram na sua aplicação, se os houver, fazendo conhecer as interpretações boas, ou más, que das mesmas leis tem feitos os imperitos comentadores das leis pátrias, mostrando que fora da discreta interpretação usual, deve só servir de regra a genuína e textual inteligência, fundada nos princípios luminosos da razão ilustrada, e nas regras do sólido direito pátrio.[370]

Logo, note-se que embora a tradição jurídica portuguesa fosse ainda uma mentalidade bastante presente na conformação do pensamento jurídico nacional, o moderno também estava no radar. Era pela apreensão do "novo" que se tentava expandir a estatalidade brasileira, produzir um corpo burocrático robusto que atendesse as demandas sociais e, principalmente, formar uma elite intelectual independente e desvinculada da tradição portuguesa. [371]

Todo esse cenário de transição significava não somente uma mudança nos padrões de pensamento no campo formal-legislativo das coisas, mas também prático-político da formação do jurista. O esquecimento de padrões antigos de compreensão do mundo e a busca por uma feição mais moderna do direito provoca uma drástica mudança na formação dos juristas neste Brasil do século XIX. Era a passagem de um perfil de jurista escolástico-erudito (ou criativo) para um pragmático-evolucionista (ou rigoroso).

Isso porque, sobretudo a partir da década de 1870, cada vez mais o perfil do jurista brasileiro se afasta de uma filosofia erudita-escolástica e se aproxima do ideário científico-positivo oitocentista, que busca na realidade concreta uma resposta

---

[369] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 23-24.

[370] BRASIL. Coleção das leis do Império do Brasil..., p. 25.

[371] Para Venâncio Filho, "São Paulo e Recife, principalmente nos últimos decênios do Império, foram, através das suas academias, centros de um admirável movimento intelectual, inteiramente idealista, inteiramente tendente a realizar no Brasil, a "Ideia Nova". Deles é que saíam os nossos mais ardentes abolicionistas, os nossos mais convencidos federalistas, os nossos mais impetuosos republicanos. Houve um momento em que a Escola do Recife culminou em brilho, em força, em esplendor mental: foi o momento daquela geração de agitadores e idealistas de talento a que pertenceram Tobias Barreto, Castro Alves, Sílvio Romero e outros. São Paulo secundou o movimento abolicionista e foi também um dos centros mais vivazes do ideal da República e da Federação. O papel exercido pelas Academias em nossa evolução política [...] tem sido [...] esse que resultou do fato de serem elas aqui os centros principais da elaboração do idealismo europeu [...]. " VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**..., p. 162-163.

científica às suas perguntas, num perfil metodológico mais ligado às ciências naturais do que às chamadas artes liberais.

Se antes o modelo ideal do jurista do Antigo Regime imaginava um perfil "eloquente", "imaginativo" ou "romântico"[372], a modernidade traz consigo o modelo de um jurista científico, "rigoroso", fincado com os dois pés nas ciências naturais, que valoriza cada vez mais a observação, a empiria, o registro científico pela palavra escrita, o argumento exato, rigoroso, matemático, a transmissão do saber pelo texto.[373] É a manifestação de uma absolutização do discurso jurídico ao discurso científico, às ciências naturais, ao fato objetivo passível de verificação como objeto de verdade. É um modelo de pensamento que cada vez mais desvaloriza o "retórico" e exalta o "científico" como fundamento de validade discursivo.

Tal virada de chave é manifestada de diversas maneiras.

A grande marca de Teixeira de Freitas, por exemplo, para muitos tido como o maior jurista do Império (e talvez até por isso o título), era a sua cientificidade.[374]

Além disso, as próprias revistas acadêmicas de direito do período traziam a difusão do conhecimento científico como sua principal finalidade. Na apresentação do volume n. º 1 da Revista Acadêmica de Recife, para além do louvor ao liberal Benjamin Constant[375], era clara a expectativa dos editores da revista de que, com a

---

[372] Pela explicação de Carlos Petit, um jurista cuja sua principal ferramenta é a palavra, o discurso, o sermão; e não tanto a palavra escrita. É um jurista que não é operador do direito. É um jurista retórico, erudito, que estuda artes liberais e, especialmente, a potência da palavra falada (na prosa, na poesia, nas artes, na literatura, na retórica de Cícero). Sobre o tema, ver: PETIT, Carlos. **Discurso sobre el discurso**: oralidad y escritura en la cultura jurídica da la Espana liberal (lección inaugural, curso académico 2000-2001). Huelva: Servicio de publicaciones Universidad de Huelva, 2000. Sobre o tema, entre imaginação e rigor, ver também: COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). **Paixões do jurista**: amor, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011, pp.167-226.

[373] Sobre o tema, ver: PETIT, Carlos. O verbo do Direito liberal**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, pp.26-48, dez. 2018.

[374] Nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, "Aliás, seguramente pode-se verificar a existência de uma abordagem ao menos parcialmente "moderna" do direito na obra de Teixeira de Freitas, considerado por muitos o maior jurisconsulto do império. De fato, percebe-se na sua 'Introdução' à sua famosa 'Consolidação das leis civis', de 1857, uma homenagem constante às idéias de Savigny, bem como uma preocupação conceitual verdadeiramente precoce e apurada: o seu uso da noção de relação jurídica (consagrada pela pandectística alemã), e a sua inovadora divisão do código civil em "parte geral" e "parte especial" (que será mais tarde adotada pelo BGB alemão), para ficar com alguns exemplos, denotam uma preocupação conceitualista e abstrata tremendamente apurada, denotando um "cientificismo jurídico" sem precedentes nos autores brasileiros.". Em: FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira..., p. 275.

[375] Já no primeiro parágrafo das Palavras Iniciais da Revista, "A bela reforma do ensino, que há de ficar como vertígio luminoso da passagem de Benjamin Costant pelo governo, quaisquer que sejam os pontos fracos e as lacunas que possa descobrir nela a crítica filosófica, há de ser fecundada em bons resultados, principalmente, porque fará difundirem-se noções exatas sobre o conjuntos da ciências que nos fornecem elementos da síntese objetiva do mundo, e porque despertará estímulos mentais para as

disseminação do periódico, houvesse uma substituição da feição prática do direito por uma filosófico-científica[376]. O objetivo era de disseminar as "boas doutrinas" a todos os centros do país[377], expurgar o velho método subjetivo do estudo do direito e, principalmente, inaugurar um método científico-positivista ao seu estudo, liberando-se de vestes teológicas e metafísicas[378] e ansiando por uma "jurisprudência do futuro".[379]

Mesmo em São Paulo, uma escola um tanto quanto menos suscetível às influências sociocientíficas alemãs, a ciência continuava atuando como principal fundamento de validade discursivo. Era nítida, por exemplo, a crença em verdadeiros elementos lógicos do direito, em que a verdade residia nas máximas consagradas pelas nações cultas, nos princípios de uma só verdadeira doutrina científica[380]. A valorização da ideia de método, de verdade pela observação científica do mundo, do

---

investigações científicas". Em: A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.5-8, 1891, p. 5.

376 "E assim pensamos porque estas revistas provocarão e incitarão a produção científica, ainda tão fraca em nosso país, e ao mesmo tempo servirão de veículo para sua distribuição e derramamento por onde os espíritos solicitarem [...] porque, no que que respeita ao direito, poderão concorrer para a transformação do estudo, substituindo a feição prática pela filosófica, a arte de encaminhar e julgar processos pela ciência que procura reconhecer as leis ou as uniformidades naturais a questão sujeitos os fenômenos jurídicos.". Em: A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes..., p. 5-6.

377 "Todas estas vantagens, porém, serão multiplicadas ou cerceadas, se o plano adotado para essas publicações for ou não de ordem a coadjuvar o movimento progressivo das noções científicas, for ou não apropriado a canalizar para a sociedade brasileira as caudaes fecundas das boas doutrinas". Em: A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes..., p. 6.

378 "O direito-ciência já entrou definitivamente em seu período positivo, para falar com Augusto Comte. O impulso dado por Vico, pela escola histórica e Bentham, não se dispersou improdutivo no vácuo. Foi, ao contrário, força poderosa que produziu os surpreendentes resultados que hoje presenciamos. Desprezado o velho método subjetivo, apriorístico, entrou-se de ânimo forte pelos caminhos aspetos, mas seguros, da indução, sondou-se a história, transpozeram-se os limites das tradições, penetrou-se na paleontologia e particularmente na paleoethnologia, pediram-se documentos à psicologia experimental, à biologia, à linguística, à antropologia, à etnologia, à sociologia, a todas as ciências, enfim, que se ocupam com os seres vivos e especialmente com o homem e os produtos de sua inteligência. Deste profundo e afanoso trabalho de revisão, surgiu a ciência do direito depurada e forte, podendo, de fronte erguida, vir hombrear com as que, antes dela, despiram as vestes teológicas e metafísicas". Em: A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes..., p. 7.

379 "Nós pretendemos acompanhar essa corrente de ideias que irá produzir o que Hermann Post chama a jurisprudência do futuro. Estudaremos as questões, os problemas jurídicos e das ciências afins, como, por exemplo, a higiene e a medicina legal, hoje partes integrantes dos cursos jurídicos, sempre à luz do critério científico [...].". Em: A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes..., p. 7.

380 TORRES, Antonio José Rodrigues; BUENO, Antonio Dino da Costa; JUNIOR, M. do N. Machado Portella. Projecto do Codigo Civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp.172-196, 1893.

ideário de Augusto Comte[381] e, principalmente, de um mantra pelo progresso, chamavam atenção.[382]

Uma nova realidade jurídica brasileira aparecia.

Agora pelo discurso científico, novo e antigo se envolvem, se tensionam e se limitam cada vez mais. Aspectos tradicionais e modernos do direito começam a concorrer incessantemente, o que desenvolve um ambiente cultural bastante peculiar à formação do pensamento jurídico brasileiro oitocentista: a tão almejada modernidade, nas palavras de Ricardo Marcelo Fonseca, acabava sendo inserida "pela metade".[383]

Uma modernidade fraturada, portanto, porque aspectos modernos e tradicionais do direito se misturavam na complexidade do real. A ausência de um Estado que domina a regulação da juridicidade das relações entre os indivíduos. A lei do período que ainda não apresenta uma destacada importância como faz no século posterior. Um código que ainda não passa de um anseio. Uma cultura jurídica que ainda é dominada por discursos e mentalidades que não a oficial do Estado. Tudo isso resultava num vácuo de poder que é preenchido por outras influências, modernas e tradicionais, que não a lei estatal na regulação das coisas. A tradição, o domesticismo das relações, o discurso científico, as legislações estrangeiras como referências cultas de mundo. É esse "caldo cultural"[384] que circula, funcionaliza e dinamiza o discurso jurídico do período.

A modernidade no Brasil, portanto, esbarra num tempo de tensões. Numa mentalidade jurídica que oscila entre inovação e atraso, entre a incapacidade de absolutização de juridicidade pelo Estado e a sua constante tentativa, entre a sedução de uma tradição há muito tempo consolidada e a bela fantasia científica dos ares liberalizantes dos séculos XVIII e XIX.

É um direito, portanto, mais que velho ou novo, complexo. Um direito que aparece não como um sistema puro de inovação ou atraso, mas sim como uma realidade que equilibra antagonismos. Antagonismos que, ao contrário do que pode

---

[381] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 1, pp.51-65, 1902.

[382] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.35-49, 1896.

[383] FONSECA, Ricardo Marcelo. Vias da modernização jurídica brasileira..., p. 274.

[384] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil..., p. 111.

parecer, não se anulam, mas dialogam e se complementam num movimento de constante dialeticidade.

É no interior desse movimento de complexidade, portanto, que se situa a análise do pensamento obrigacional-contratual brasileiro oitocentista.

A singularidade que se mostra pertinente a ser discutida passa assim por uma abordagem que conceba o fenômeno moderno brasileiro não como um jogo de antíteses absolutas entre antigo e novo, mas como algo dialógico, de sobre e superposição de diferentes influências normativas e ambientes mentais. Mais que antigo e novo, o direito brasileiro da transição do século XIX para o XX se insere num mundo mental de complexidade.

3.2. O BRASIL COMO ESPAÇO DOMÉSTICO

Na ausência de um Estado que domina a mentalidade jurídica, o imaginário da casa era um dos principais elementos que dimensionavam aquele fenômeno jurídico.

Embora não tão estudada na historiografia jurídica brasileira quanto devesse, a casa como imaginário é um dos elementos que mais escancara que, apesar de todas as ondas liberalizantes dos séculos XVIII e XIX, o Brasil oitocentista ainda estava imerso numa forte concepção tradicional de mundo.

Airton Seelander ilustra bem isso quando sustenta que o imaginário doméstico dominava as representações de mundo daquela sociedade, fazendo-se uma das estruturas de poder mais importantes do período colonial e moderno brasileiro.[385] E isso mesmo com a relevante tentativa moderna de, cada vez mais, expandir estatalidade. Isso provocava várias tensões no período entre a casa como reino do pai-senhor e a república como disciplina do Estado. Se no imaginário tradicional a casa deveria configurar um espaço de ampla autonomia do pai-senhor-marido, conforme a natureza das coisas, a interferência cada vez mais perene do Estado em assuntos domésticos ameaçava tal concepção de mundo. Era a casa sendo invadida pela *potestas* estatal.[386]

---

[385] SEELAENDER, 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, n. 473, pp.327-424, jan./mar. 2017.

[386] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 328.

A modernidade parecia ser inevitável.

O Estado começava a cada vez mais se imiscuir em assuntos reservados ao âmbito doméstico dos senhores (escravos, servos, mulheres, filhos), o que, na ótica de muitos, era visto como uma usurpação do poder do pai-senhor pelo Estado, destruição da ordem natural da casa, o desmantelamento de toda a família pela ingerência estatal.[387]

O projeto moderno de expansão de estatalidade significava a redução dos poderes domésticos dos senhores em suas casas. Para Perdigão Malheiro, por exemplo, o projeto da Lei do Ventre Livre, por permitir a alforria sem o consentimento prévio do senhor, quebrava "a força moral dos senhores contra os seus escravos".[388] A abolição tinha sido até mesmo um "golpe estatista", eis que até os cativos libertos reconheciam como era boa e profícua a disciplina da casa, regida ainda por aquela economia da graça medieval.[389]

Havia uma certa continuidade da representação do espaço da casa, como estrutura afetiva, econômica, social e comportamental, àquele ideário tradicional do Antigo Regime, em que sentimentos, esquemas culturais e representações domésticas estavam no eixo central da organização da sociedade.

No campo do direito civil, que é o que aqui mais nos interessa, o tensionamento entre casa e Estado reflete bem a resistência dos interesses privados locais às facetas da centralização jurídica estatal como produto de uma modernização jurídica do país. Admitir a expansão desenfreada do legalismo era quebrar os laços internos do sacrossanto poder doméstico.[390] O pai-senhor-marido era o soberano de sua casa, assim como um governante era o do seu país. Ele e apenas ele é quem deveria exercer uma chamada "polícia doméstica", cujo intuito era o de corrigir comportamentos.[391] Mesmo negócios comerciais ainda eram feitos com um certo sintoma de confusão entre a casa familiar e a estrutura comercial das sociedades.[392]

---

[387] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 368-369.

[388] GRINBERG, K. A poupança: alternativas para a compra da alforria no Brasil (2.ª metade do século XIX). **Revista de Indias**, [S. l.], v. 71, n. 251, pp.137-158, 2011, p. 146.

[389] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 363-364.

[390] MARINHO, José Antônio. **História do movimento político de 1842**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977, p. 139.

[391] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 351.

[392] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 356.

Tal representação mental também estava presente na regulação de negócios jurídicos. Para a mulher comerciar, era necessária a autorização do marido.[393] Mesmo os escravos, quase sempre relacionados à categoria errônea de coisa[394], tinham o seu tratamento dinamizado à estrutura familiar da casa. Reconhecia-se a sua humanidade ao preço da submissão[395]. Com ela, viria uma personalidade jurídica limitada e precária, o que possibilitava que ele, mesmo tutelado pelo seu senhor[396], celebrasse alguns tipos de negócios jurídicos. Havia, por exemplo, a possibilidade de possuírem cadernetas de poupança e, portanto, de celebrarem contratos de depósito, desde que autorizados por seus senhores.[397] A necessidade de autorização senhorial refletia, ao menos formalmente, o poder doméstico exercido pela autoridade senhorial na vida civil dos seus escravos. Era reflexo da força moral do senhor sobre o âmbito civil e familiar das pessoas sob sua tutela. A autoridade do senhor, portanto, não se limitava a assuntos domésticos próprios do âmbito local da casa, mas expandia-se

[393] O art. 1º do Código Comercial de 1850 dispunha expressamente que podem comerciar no Brasil "4 - As mulheres casadas maiores de 18 (dezoito) anos, com autorização de seus maridos para poderem comerciar em seu próprio nome, provada por escritura pública.". BRASIL. **Lei n. º 556, de 25 de junho de 1850**.Código Commercial do Imperio do Brasil. 31 de Dezembro de 1850. Colleção das Leis do Império do Brasil de 31/12/1850. T. 11, pp.57-238.

[394] Se fosse mera "coisa", não seria responsávelos pelos atos por si praticados e tampouco de possuir algum patrimônio próprio, celebrar contratos, pagar a sua própria liberdade. Há sim uma esfera limitada de autonomia do escravo – mais que isso, uma esfera de subjetividade jurídica (ainda que limitada). Essa subjetividade lhe possibilita juntar ganhos como pecúlio, celebrar contratos, ir a juízo, ser proprietário, ter o dominum de algo. Os limites dessa subjetividade é que são o problema. Não é que ela não exista. Mas ela é sempre limitada casuisticamente, na maioria das vezes pelo interesse econômico do senhor, do pai, do chefe de família. Toda esfera de autonomia, liberdade, subjetividade jurídica, mantinha-se ao arbítrio do senhor escravista.

[395] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 361.

[396] Mesmo quando da esfera do *dominum*, a liberdade do escravo de juntar o seu próprio pecúlio era limitada. Para relevante parcela doutrinária e jurisprudencial, era apenas possível que o escravo fosse dono do seu pecúlio (e não de outros bens). Ademais, para isso ainda se exigia o consentimento expresso ou tácito do seu senhor. Segundo a doutrina de Agostinho Malheiros, importante jurisconsulto oitocentista brasileiro, "Pecúlio diz-se tudo aquilo que ao escravo era permitido, de consentimento expresso ou tácito do senhor, administrar, usufruir, e ganhar, ainda que sobre parte do patrimonio do próprio senhor. Em: MALHEIROS, A. M. P. **A Escravidão no Brasil**: ensaio histórico-jurídico-social, vol. 1, 1866, p. 35 (§33). Sobre o tema, ver também: PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos:** personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888). 2014. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 109-121.

[397] GRINBERG, K. A poupança..., p. 145.

para toda a vida civil dos integrantes da família, atravessando os corpos até o momento de, por exemplo, celebrarem negócios jurídicos.[398] [399]

A casa era uma mentalidade. Era algo natural que os escravos se submetessem ao poder do senhor, assim como as mulheres aos maridos e os filhos aos pais. Essa era, há muito tempo, a ordem natural das coisas. [400]

A casa como mentalidade não se restringia à esfera doméstica. Era uma mentalidade que se expandia para muito além disso. Permeava a Igreja, a política, a cidade, a burocracia, as profissões liberais. Era um imaginário que circulava por toda a cultura, alta e baixa, da sociedade.

Pascoal José de Mello Freire, por exemplo, um dos autores mais lidos do período[401], não negava a disciplina da casa. Mesmo dialogando de maneira intensa com as ideias jusracionalistas modernas, tinha-a como algo natural decorrente da natureza das coisas. Ao mesmo tempo que negava poder ao senhoriado por condenar a escravidão, também detalhava as relações dele com os seus criados; ao mesmo tempo que descartava a mulher como figura estruturalmente submissa, pensava as

---

[398] A dependência formal da autorização do senhor para que os escravos pactuassem certos tipos de contratos não significava que, na vida real, contratos não eram regularmente celebrados. Pelo contrário, foi comum em todo século XIX a celebração de contratos por cativos – o que era reconhecido pelo Estado. Em: PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos**..., p. 130-131. É o mesmo caso da proibição do escravo de dispor os seus próprios bens, exceto o pecúlio. Embora essa fosse formalmente a regra, Perdigão Malheiro também já informava que havia uma certa tolerância por parte dos senhores do Rio de Janeiro com a aquisição de bens pelos escravos, vivendo como se livres fossem. Em: GRINBERG, K. A poupança..., p. 147.

[399] Tais práticas contratuais não se limitavam apenas aos contratos de depósito. Abrangiam também contratos de aluguel, empréstimo, compra e venda etc. Ver, por exemplo: PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos**..., p. 121-128.

[400] "Nos domínios rurais é o tipo de família organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantidas na península Ibérica através de inúmeras gerações, que prevalece como base e centro de toda a organização. Os escravos das plantações e das casas, e não somente escravos, como os agregados, dilatam o círculo familiar e, com ele, a autoridade imensa do pater-famílias. Esse núcleo bem característico em tudo se comporta como seu modelo da Antiguidade, em que a própria palavra " família", derivada de famulus, se acha estreitamente vinculada à idéia de escravidão, e em que mesmo os filhos são apenas os membros livres do vasto corpo, inteiramente subordinado ao patriarca, os liberi. Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure perturbá-lo ou oprimi-lo. Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sern que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso.". Em: HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 81-82.

[401] REIS, Pascoal José de Mello Freire dos. **Institutiones iuris civilis lusiani**. Ulysipone, 1789.

relações de pai-filho como a de senhor-escravo e admitia castigos moderados com o fim de corrigir a mulher indócil, inclusive no assinato da mulher adúltera.[402] Via na casa uma espécie de "império doméstico" e no reino uma espécie de "império familiar".[403] Era a casa como reino e o reino como casa. O rei como pai e o pai como rei.[404]

O famoso advogado Lobão também era um dos vários personagens de foro que reproduzia tal imaginário na cultura jurídica brasileira do século XIX.[405] Pais e filhos ainda formavam uma comunidade de bens e de trabalho, independentemente de assumirem um cargo oficial na Coroa.[406] Ao marido, dentro dos limites de uma moderada *corretio*, era natural castigar a mulher. Estava sujeita ao seu marido assim como Sara esteve sujeita a Abraão, tendo ela o dever de denominá-lo sempre como seu senhor.[407]

Teixeira de Freitas também é envolto neste imaginário. Nem mesmo o maior jurista do Império, o mais científico, o mais genial, o mais inovador, escaparia a alguns tradicionalismos. Airton Seelander destaca a sua concepção de família exposta no art. 140 do Esboço do Código Civil, que definia a família como "o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que viverem na mesma casa, ou em diversa, *sob a proteção de um pai de família*".[408] Além disso, mesmo com economia separada, os "filhos-família" eram proibidos de processar seu "pai" (art. 1.526-2) e aqueles que vivessem sob o teto do poder pátrio teriam obrigações de servir gratuitamente o seu chefe familiar.[409]

Além dessas três grandes referências citadas por Airton, o imaginário da casa também é sempre relembrada nos articulistas das revistas jurídicas de Recife e São Paulo. Em 1904, a redação da Revista da Faculdade de Direito de Recife manifesta forte crítica à Teixeira de Freitas e Lafayete Rodrigues, que sustentariam que, mesmo com a maioridade dos filhos, o pátrio poder não se dissolve, não podendo o filho estabelecer economia separada da de seu pai até os 21 anos. Para a redação, um grande equívoco, pois

---

[402] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 374.
[403] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 375.
[404] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 377.
[405] LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado prático de morgados**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1814; LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso práticas e críticas** [...]. Lisboa, 1818; e LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado das acções recíprocas** I. Dos pais para com os filhos. II. Dos filhos para com os pais [...]. Lisboa, 1828.
[406] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 378.
[407] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 379.
[408] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 380.
[409] SEELAENDER, Airton. A longa sombra da casa..., p. 381-382.

> "[...] como vitoriosamente demonstrou Orlando, argumentando com os termos peremptórios da resolução de 31 de outubro de 1831. Nem há razão para nos adstringirmos às Felipinas com laivos do quiritário romano, exclama o anotador do Código Comercial, que considerava o filho uma coisa, se arender-se a que a lei de 31 de outubro de 1831 teve por fonte o art. 488 do Código Napoleônico – que a dita lei investiu o que atinge 21 anos de capacidade civil para todos os atos da vida – que ficções e subtilezas não devem prevalecer ante a realidade dos fatos. O contrário é até lançar-se à sizania no seio da família: o pai parasirtando o filho, direito sem obrigação correlativa! Sim, porque quem poderia impedir o filho maior de 21 anos de entregar-se ou abraçar uma profissão decente e lucrativa? – O pai. – A este diria aquele, afrouxando-se os laços de respeito natural, com os pés no limiar: - deixo sua casa! E eis esboroado tal poder paterno.".[410]

Em São Paulo, mesmo quando o tema tratado não tinha qualquer relação direta com a disciplina da casa, do doméstico, da *corretio*, o "pai de família bem governado" era modelo de diligência.

Na falta de um contrato, por exemplo, a gradação da culpa à questão da responsabilidade civil contratual dependia do grau de diligência do sujeito na sua execução. A culpa grave (*lata)* é então tida como aquela em que há falta de diligência extrema do agente, algo próprio de pessoas dissolutas ou devassas. Já a culpa leve dependia apenas da falta mínima-média de diligência de qualquer *pai de família*[411], "o mais considerado, o mais diligente — *quisque diligens, diligentissimus paterfamilia*".[412] A postura diligente do que hoje chama-se de "homem médio" era a postura diligente do que no século XIX se chamava de "pai de família".

À imagem e semelhança daquela ordem doméstica do Antigo Regime[413], isso assinalava, mais uma vez, a continuidade do peso simbólico da figura doméstica do pai-marido-senhor no Brasil do século XIX.

3.3. O BRASIL COMO ESPAÇO AGRÁRIO-SENHORIAL

Outro importante fator que contribui à permanência de tradicionalismos na mentalidade jurídica brasileira era a ruralidade do seu espaço.

A sociedade brasileira do século XIX tinha sido inteiramente construída

---

[410] A REDACÇÃO. Emancipação dos menores: Art.9 ns.III, IV e V do projecto. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.130-135, 1904, p. 132-133.
[411] FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, n. 1, pp.115-134, 1897, p. 117.
[412] FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa..., p. 126.
[413] Ver item 2.1.8.

sobre uma estrutura que se dava por fora do meio urbano.[414] Era uma civilização de raízes rurais[415], em que as relações jurídicas eram estabelecidas, na maioria das vezes, não sob a perspectiva da centralidade da cidade, do comércio, do cidadão; mas sim da fazenda, da propriedade latifundiária, do senhor. Se o Estado não era tão imponente quanto deveria, não conseguindo absorver a juridicidade da regulação das relações do período, muito disso se dava pela existência de um grande número de círculos de poderes rurais locais. O cenário cultural brasileiro oitocentista estava ligado a esta realidade. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas.[416] Da porteira para dentro, quem regulava as relações daquela casa, família, unidade produtiva, era mais uma vez o pai-marido-senhor; não o Estado.[417]

As elites políticas que formariam os quadros jurídicos burocráticos do Império e da República brasileira vinham também deste ambiente mental de supervalorização agrária e patriarcal.[418] Se não eram os fazendeiros, proprietários rurais, sem formação superior a integrar a burocracia estatal, eram os seus filhos que a compunham. Os chamados “doutores”, com relativa ilustração (seja em Coimbra, Recife ou São Paulo), quase sempre eram parentes, afilhados ou ligados à elite

---

[414] Segundo José Murilo de Carvalho, “A população das cidades capitais, onde poderia ser mais complexa a divisão do trabalho, representava apenas 8,49% da população total em 1823, 10,41% em 1872, 9,54% em 1890 e 11,04% em 1900. Além disso, mais ou menos 50% dessa população urbana concentrava-se em três capitais, Rio de Janeiro, Salvador e Recife (59% em 1823, 48% em 1872, 58% em 1890 e 53% em 1900). Os centros urbanos fora das capitais eram geralmente de pequena importância, embora houvesse variações de província para província”. Em: CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 96.

[415] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**..., p. 73.

[416] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 21.

[417] Na síntese de Sérgio Buarque de Holanda, “Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania. Não são raros os casos como o de um Bernardo Vieira de Melo, que, suspeitando a nora de adulté rio, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso. O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública. A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a idéia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família.”. Em: HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**..., p. 82.

[418] Segundo José Murilo de Carvalho, em torno de 50% dos magistrados e advogados tinham ligação direta ou indireta com a propriedade rural entre 1822 e 1889.

agrária brasileira.[419] Se iam estudar em Coimbra, Recife ou São Paulo, assim o faziam porque seus pais ou correlatos fazendeiros podiam bancá-los. Era uma elite agrária que, sob o título de bacharel, monopolizava a burocracia estatal e os seus braços políticos-jurídicos.[420][421] Reproduziam nas instituições, mesmo que involuntariamente, o imaginário agrário-patriarcal tradicional brasileiro em conjunto a ideias "mal absorvidas ou absorvidas de modo parcial e seletivo" do continente europeu.[422]

Carlos Honório Benedito Ottoni[423], por exemplo, importante jurista brasileiro do período, proveniente de tradicional família agrícola e de políticos mineiros, bacharel pela Faculdade de Direito de São Paulo em 1866, já tinha defendido que a liberdade condicional conferida a escravos não impedia as suas locações.[424]

Manoel Tertuliano Tomás Henriques[425], importante desembargador do

---

[419] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**: O Município e o Regime Representativo no Brasil. 7ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 37

[420] Veja-se, por exemplo, a classe dos magistrados, em: WOLKMER, Antonio Carlos. A magistratura brasileira no século XIX. **Seqüência** Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 18, n. 35, pp.24–30, 1997.

[421] CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 56. Sobre a mescla entre vida jurídica e vida política, ver também: SOUZA, André Peixoto. **Pensamento jurídico brasileiro, ensino do direito e a constituição do sujeito político no Império** (1822-1891). Tese (doutorado). UNICAMP, Programa de Pós-Graduação em Educação. Campinas, 2011.

[422] Nas palavras de José Murilo de Carvalho, "Na maioria das vezes, eram ideias mal absorvidas ou absorvidas de modo parcial e seletivo, resultando em grande confusão ideológica. Liberalismo, positivismo, socialismo, anarquismo misturavam-se e combinavam-se das maneiras mais esdrúxulas na boca e nas penas das pessoas mais inesperadas". Em: CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que Não Foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 42. Nesse sentido, os vários ideais republicanos, liberais, positivistas convivem de uma maneira um tanto quanto peculiar com uma tradição arraigada na sociedade. Ao exemplo da questão da cidadania, por exemplo, tal qualidade de cidadão não chegava até o escravo. A justificativa? Isso apenas dizia respeito às relações no interior das classes dominantes. Um escravo poderia ser tudo, mas não era cidadão. Sobre o tema, ver: SALLES, Ricardo. **Nostalgia Imperial**: escravidão e formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado. Rio de Janeiro: Editora Ponteio, 2013, p. 100-102 e, especialmente, CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de. Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Mas isso não significa que sempre esses agentes ligados à propriedade rural (direta ou indiretamente) se manifestassem sempre a favor de interesses rurais (ver, por exemplo: CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 112-113). O que se quer ressaltar aqui, entretanto, é a reprodução de uma mentalidade; não a dinâmica de comportamento desses atores.

[423] Presidente da província do Ceará, nomeado por carta imperial de 24 de maio de 1884, de 12 de julho de 1884 a 19 de fevereiro de 1885. Deputado Federal por Minas Gerais (1901-1902 e 1903-1905), primeiro juiz federal de Belo Horizonte (1907), desembargador da Relação de Petrópolis, chefe de polícia e vice-governador de Minas Gerais (1884), no Império. Ver: SOUZA, Ioneide Piffano Brion de. Verbete OTONI, Carlos Honório Benedito. **Dicionário histórico-biográfico da Primeira República** 1889-1930. Disponível em: http://cpdoc.fgv.br/dicionario-primeira-republica. Acesso em 7 nov. de 2023; e OTTONI, Cristiano Benedito. **Autobiografia de C. B. Ottoni**: Natural da Vila do Príncipe, depois da cidade do Serro, na província de Minas Gerais. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

[424] OTTONI, Carlos Honorio Benedicto. A liberdade condicional conferida aos escravos estado-livres não impede a locação delles. **O Direito**, n. 13, pp.245-254, 1877.

[425] Natural de Alagoas bacharelou-se em Olinda, em Pernambuco, em 1843. Em 1877, foi deputado provincial na Paraíba. Juiz de Direito de Recife, foi nomeado Auditor da Guerra em 1872 e, em 1873, a

Tribunal de Minas Gerais no século XIX, ao se debruçar sobre a tese jurídica da importação ilegal de escravos como causa justificadora de alforria, com aplicação do decreto de 7 de novembro de 1831, reproduzia o mesmo imaginário. Mesmo embebido num ideário liberal, partilhava uma perspectiva de endurecimento procedimental à decretação da liberdade do escravo arrolado em inventário suspeito de ter sido importado após 1831.[426]

A defesa do direito de propriedade do senhor, tão assegurada pelo processo civil da época, parecia ser bem mais importante que a defesa do direito da liberdade do escravo já reconhecido pelas nações civilizadas.[427]

Não por acaso é que aventa-se que uma das possíveis causas de queda da monarquia em 1889 tenha se dado pelo fato de a lei de Abolição não ter contemplado a indenização dos proprietários rurais pela libertação dos escravos – um choque e adaptação entre o ideário abolicionista do período e a defesa da propriedade.[428]

Chefia de Polícia. Foi nomeado desembargador da Relação de Cuiabá em 1873. Comendador, tomou posse no cargo de Desembargador do Tribunal da Relação de Minas em 1877. Aposentou-se aos 24 de dezembro de 1881, com honras de Ministro do STF. Faleceu em Ouro Preto em 19 de abril de 1894. Em: VIANA, Carine Kely Rocha. **O tribunal da relação de Ouro Preto** (1874-1897): os desembargadores da corte mineira. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, 2017, p. 194-195.

[426] Para o desembargador, por exemplo, “Si os bens alheios e litigiosos descriptos no inventario entregãose sómente a seus donos depois de convirem todos os interesados, não obstante não terem direito a elles, e por qualquer opposição são mandados para a via ordinaria (Guerr. I, capo 10, n. 16. Pego a Ord.liv. 1° tit. 88; Barb. a Ord. do liv. 1° tit. 62 § 93; Ribas, Cons. Civ.) como, sem audiencia de seu senhor, sem discussão, sem exhibição de provas das partes interessadas, manda-se alforriar escravos descriptos no inventario sem provas con· vincentes de sua liberdade? Como, em vista de fracas presumpções sobre idade e presumpções todas falliveis e conjecturas, se firma um julgamento sobre questão tão grave e séria?”. Em: HENRIQUES, Tertuliano. A lei de 7 de Novembro de 1831. **O Direito,** n. 33, pp.481–488, jan./abr., 1884, p. 486.

[427] “O possuidor ainda que injusto, presume-se de boa fé, e sua posse é respeitada. No processo do inventario, antes do julgamento das partilhas, não ha recurso de natureza alguma, não ha embargos, não ha aggravos, e as partilhas, uma vez feitas, sómente se rescindem havendo nulidade insanável ou lesão na sexta parte (Ord. liv. 3° tit. 75; Liv. 4° tit. 96). É, pois, um attentado, um esbulho feito aos herdeiros, privai-os da posse dos bens inventariados por simples presumpções e conjecturas. A liberdade é muito favorecida pelo direito, mas os favores que a lei lhe prodigalisa não consistem na preterição das fórmulas, porque sem estas não ha processo”. Em: HENRIQUES, Tertuliano. A lei de 7 de Novembro de 1831..., p. 486-487.

[428] Nas palavras de Sidney Chalhoub, “Não só por isso se deve ver com alguma desconfiança o gênero narrativo da lamúria senhorial – o enredo do senhor abandonado, solitário, supostamente traído por seus dependentes, cujo epítome literário é Bento Santiago, no Dom Casmurro de Machado de Assis. Pois o que mais impressiona é a coerência do governo imperial na defesa do interesse dos grandes fazendeiros quanto à propriedade escrava adquirida por contrabando após 1831. A reivindicação de indenização pela propriedade escrava em qualquer passo do governo em direção à emancipação de escravos consistiu em óbice sério à adoção de medidas a respeito do assunto até a Abolição, que veio porque tinha de vir, já que no verão de 1887/1888 tomaram o assunto nas próprias mãos e abandonaram em massa as fazendas de café. No entanto, talvez seja verdade que a monarquia caiu em 1889, entre outros motivos, porque os cafeicultores se mostraram inconformados com o fato de a lei de Abolição não ter contemplado a indenização dos proprietários pela libertação dos escravos”

Esse cenário exemplifica que, muitas vezes, princípios liberais podiam ser lidos com flexibilidade para o fim de que, no interesse de uma elite agrária, certas estruturas sociais arcaicas, como a escravidão, se mantivessem na realidade jurídica brasileira.[429]

A modernidade oitocentista brasileira, novamente, se apresentava como uma modernidade pela metade. Um novo atravessado por valores arcaicos.

A presença do imaginário agrário-senhorial no Brasil do século XIX era tanta que ela se estendeu a, pelo menos, toda a Primeira República brasileira. O fenômeno do coronelismo como sistema, para lá de um mandonismo local, tem aqui as suas raízes. É consequência, nas palavras de Victor Nunes Leal, de um compromisso, de uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras, muito apegados ainda a uma estrutura econômica e social arcaica.[430]

3.4. O BRASIL COMO ESPAÇO SAGRADO-RELIGIOSO

A questão religiosa também parece ser um elemento importante do pensamento jurídico brasileiro do século XIX. Embora a emergência de um absolutismo jurídico estatal pretendesse secularizar o discurso jurídico, a cristandade ainda era uma mentalidade pulsante na cultura jurídica do período.

Nas porções mais afastadas do território brasileiro, por exemplo, eram os padres que funcionam como líderes intelectuais. Aliados sempre aos “coronéis”, era o padroado um dos grandes focos de poder na dinâmica das relações daquela sociedade. Michael Dionísio esclarece, por exemplo, que o simbolismo religioso de uma cristandade no espaço da casa do pai-senhor se alinhava como espectro discursivo de poder, o que contribuía para aumentar a influência moral das práticas discursivas desempenhadas pelas elites locais:

(CHALHOUB, Sidney. População e sociedade. In: CARVALHO, José Murilo (org.). **A construção nacional** (1830-1889). Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 75-76).

[429] FONSECA, Ricardo Marcelo. La modernización frustrada: la cuestión de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX. **Pensamiento Juridico**, n. 33, pp.109-141, 2012, p. 122-123.

[430] LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**..., p. 36-37. Sobre o tema, ver também: SAES, Décio. **Classe média e política na Primeira República brasileira** (1889-1930). Petrópolis: Vozes, 1975 e o capítulo 5, “Do Império à República: centralização, desequilíbrios regionais e descentralização”, em: SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1982, pp.89-113.

> A casa no período em análise acumulou mais um elemento, o religioso, afinal de contas, em meio à escassez de agentes do sagrado ter um padre fazendo parte da "casa" aumentava a importância de seu dono/responsável. Além disso, a fidelidade dos religiosos para com ele, a quem Seelaender chamou de pai/senhor/marido, contribuía para uma religiosidade/sacralidade que escapava da organização do império e das normativas da igreja. [...].
> Tinha-se durante todo período colonial, portanto, um clero muito ligado às famílias rurais, o que acabou por tornar a Igreja a capela da casagrande. Os padres muitas vezes já advinham dessas famílias mais poderosas, e por estarem próximos do círculo de poder de origem acabavam sendo sustentados também por essas famílias. Esse poder da casa e da família sobre os religiosos criou uma realidade em que se tinham padres e bispos mais fiéis ao seu círculo social que as regras da coroa e da própria igreja. Um exemplo desse poder exercido sobre os religiosos, suas convicções e estilo de vida pode ser visto em denúncias à coroa de padres sendo expulsos de cidades por denunciar as irregularidades sexuais da região.128 O padre deveria se adaptar aos interesses locais sob pena de ali não ser considerado padre, ao menos um padre bem-vindo.[431]

O resultado era a apropriação do elemento sagrado-religioso como elemento legitimador da autoridade do senhor.

Essa "usurpação" do sagrado não se restringia apenas à esfera das dinâmicas locais de poder. O Estado, as pessoas de carne e osso, o próprio pensamento jurídico da época, também a fizeram. O "sagrado", afinal de contas, era também uma mentalidade que circulava no espaço cultural brasileiro do século XIX[432]. Algo capilar

---

[431] SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 50.

[432] José de Alencar, por exemplo, que além de grande romancista era também jurista, representa bem essa circularidade cultural. Há nele um pensamento limítrofe entre razão teológica e moderna no direito: "A dualidade humana, a misteriosa adhesao do espirito e da materia, se reílecte na legislação, primeiro monumento da vida racional, da mesma fôrma que em todas as obras do ser intelligente. A lei tem, como o homem, corpo e alma. [...] Respeite-se no systema o reflexo da harmonia sublime e admirável que presido a todo o mecanismo do universo. Deus em sua qualidade de supremo Creador é também o primeiro classificador; ente algum por mais diminuto, sahiu do sua infinita vontade, que não trouxesse em si com a sua essência, o indicativo da posição que occupa na serie das cousas. Digam embora os materialistas que o systema é invento humano, produzido pela fraqueza de nossa intelligencia, incapaz de abraçar de um só lanço, todo um vasto complexo de idéas. Sem duvida essa faculdade nos ó necessária, como muitas outras que formam o espirito humano; mas foi a divindade em sua concepção sublime que a poz em nossa intelligence, como toda a natureza. Não foi o homem quem inventou a sublime divisão dos corpos, e exlrahiu da materia bruta tão harmonioso equilíbrio. Essa faculdade é divina; e simultânea da creação; o ente supremo tirando do nada os diversos corpos, em cada um délies instituiu um gênero com suas espécies, si o não fizesse não seria creador. O homem apenas tem o dom da intuição dessa verdade divina do systema, como de qualquer outra verdade doutrinaria. Esse dom é o mistério da revelação na theologia; é a subiimidade da razão ante o filosopho [...]. Como a verdadeira doutrina surge tambem á intelligencia o verdadeiro systema a que o Creador submetteu todas as cousas. Este é o fio conductor que vai guiando o pensamento no dedalo dos factos e observações, e nos insinua nos sublimes arcanos da natureza. Quando o homem projecta sua alma sobre uma porção qualquer da creação, vegetação, por exemplo, os sentidos se deleitam no aspecto vario que ella apresenta, mas o espírito apenas provocado separa os varios objectos, isola-os uns dos outros para logo após os coligir de novo; e desse trabalho de comparação e distribuição é que resulta a idéa, e da idéa nasce a verdade. O legislador de um povo é o supremo sacerdote da divindade: elle institue e regula uma sociedade segundo as maximas eternas que rerebeu do divino mestre. E' necessário que a verdade de sua justiça se reflicta na consciência publica com a mesma limpidez e

dentro da sociedade que, por isso mesmo, era passível de ser instrumentalizado por quem quisesse. Isso fazia com que "secular" e "sagrado" convivessem de maneira conjunta, misturada.

Os exemplos disso são os mais variados. Com a independência do Brasil em relação a Portugal, ao contrário de outros países, a Constituição de 1824[433] expressamente manteve a religião católica como religião oficial do império.[434] Isso legitimava o imperador como sendo a primeira autoridade eclesiástica do país.[435] Havia a crença, mesmo que dispersa, de que não era somente o Estado quem devia se ocupar da regulação da vida civil da sociedade, mas também a Igreja.[436]

E mesmo no período republicano, quando da clara tentativa de rompimento com a Igreja (em que o catolicismo deixa de ser a religião oficial, promovendo formalmente a tentativa de secularização do direito e laicização do Estado brasileiro), a capilaridade religiosa ainda crescia exponencialmente.[437] O simbolismo do casamento continuava sob o manto mais do religioso do que do civil.[438] A edificação de uma codificação civil era construída também sob bases afetivas[439], talvez tradicionais.[440] Mesmo numa rápida análise da revista "O Direito", principal veículo de

---

harmonia que alli se reflecte a lei divina.". Em: ALENCAR, José de. **Esboços Jurídicos**. Rio de Janeiro: Garnier, 1883, p. 125-129.

[433] Art. 5. "A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.".

[434] Segundo Michael Dionísio, isso gerava duas consequências importantes: "Em primeiro lugar mantém o sagrado como elemento e matéria de estado e em segundo lugar faz com que permaneça o direito canônico como elemento reconhecido por esse estado, mantendo o direito da igreja como peça importante na composição da justiça e na estrutura do judiciário do império. Além disso, a permanência também demonstra a manutenção da teologia política como base estrutural do poder e da sociedade. Não é por acaso que falar em rupturas é também falar em permanências. A ruptura da independência trouxe a permanência da relação institucional do estado e da igreja, além de escancarar a manutenção do elemento sagrado na sociedade oficial brasileira." Em: SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 59.

[435] SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 63.

[436] ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Direito civil ecclesiastico brazileiro antigo moderno em suas relacoes com o direito canonico**. Rio de Janeiro: B L Garnier, 1866. Para a análise do intuito do autor, ver: SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 95-102.

[437] SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 124-125 e MICELI, Sergio. **A Elite Eclesiástica Brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 58-59.

[438] SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular**..., p. 131-135.

[439] Clóvis Beviláqua, autor do Projeto do Código Civil de 1916, já tinha qualificado o direito brasileiro como um "direito afetivo", porque muitas de suas disposições estavam relacionadas à moral e às causas sentimentais das pessoas. Em: BEVILÁQUA, Clóvis. Características do direito pátrio. In: **Obra filosófica**. Vol. II: Filosofia social e jurídica, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Grijalbo, 1922, p. 193.

[440] Especialmente quanto a temas de direito de família e direito sucessório. É possível citar, entre outras hipóteses, a de prevalência da figura paterna dentro do campo da família, que aos menores de 21 anos, para celebrarem contrato de casamento, é necessário o consentimento de ambos os pais —eles

circulação de ideias jurídicas no século XIX, a presença do elemento religioso textualmente também aparecia. Quase que a cada página de cada decisão de governo veiculada se repetia a tutela de todos perante Ele: “Deus guarde a V. Ex. [...]. Presidente da Província de [...].”.[441]

Elementos religiosos se confundiam com certos elementos de sacralidade. O sagrado também era uma mentalidade que, dispersa, se espalhava para vários espaços e veículos (o Estado, a casa, as comunidades, os livros, as revistas). Mesmo de maneira inconsciente, estava nos corações e nas mentes das pessoas. Era mais um elemento cultural basilar, de raízes profundas, que alimentava a cultura jurídica brasileira do século XIX.

3.5. PLURALISMO, REFORMA E TRADIÇÃO: UMA SÍNTESE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO OITOCENTISTA

À semelhança daquilo descrito no capítulo 2 do presente trabalho, o direito brasileiro do século XIX é um também direito marcadamente plural, cuja inabilidade estatal de se fazer presente por todo território resulta em uma dinâmica que favorece a manutenção de várias ordens normativas à margem da estatalidade, coexistindo todas sob a égide de um direito dotado de autonomias.

É ainda um direito que se vincula a uma tradição de raízes profundas, num estado de coisas doméstico, pré-ordenado, sentimental e religioso, em que sentimentos, sensibilidades e representações performam em um espaço mental que oscila entre inovação e tradição; entre a mimese e adaptação de perspectivas novas ao peso de uma tradição já assentada sobre um sistema de valores, símbolos e fantasias de uma ordem tradicional.

É assim que o direito brasileiro oitocentista se apresenta: um testemunho sensível de flexões entre antigo e novo, entre tradição e moderno, entre pluralismo jurídico e formação de estatalidade.

---

discordando entre si, prevalecerá a vontade do pai (art. 186 do Código Civil de 1916) e, ainda, a proibição do divórcio (art. 315 do Código Civil de 1916). No campo das sucessões, destaca-se a possibilidade de substituição fideicomissária, no pensamento comum de conservação do patrimônio formado pelo chefe de família à garantia dos bens futuros dos filhos (art. 1.773 do Código Civil de 1916). É o que Orlando Gomes chama de “privatismo doméstico” brasileiro. Em: GOMES. Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**..., p. 14-23.

[441] Apenas a título de exemplo, ver: **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 29, 1882, p. 469 e seguintes.

Sob esse etiquetamento de tensão, antigo e novo oscilam num espaço aberto de mecanismos informais de normação social, de um território ainda multifronteiriço de normatividade. É um período em que as linhas de demarcação entre antigo e moderno são incertas e variáveis.

Quase que como outono[442], há uma junção ambivalente de declínio e renovação, término e promessa. Passado, presente e futuro estão flexivelmente contidos num mesmo retrato de mundo que, de maneira paradoxal, promove reiteradamente choques de saberes que resultam numa lógica agregadora de significados. Antigo e novo se unem para formar algo adaptável às condições e anseios jurídicos do Brasil do século XIX. Ao mesmo tempo que o antigo aos poucos vai perdendo a sua ancoragem no tempo e no espaço, o novo se agrega a ele e, quase que numa operação dialética, transforma-se em algo novo, traduzido, adaptado, ressignificado, reinventado. É o sintoma de uma lógica agregadora e criativa entre tradição e razão prática. É o sintoma de uma nova conformação de mundo traçada sob as vacilações de uma modernidade jurídica à brasileira.

[442] Em referência à obra de Huizinga, “na estação que pode ser tanto de queda e decomposição como de amadurecimento e colheita”. Em: HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. Introdução de Naiara Damas..., p. 10.

CAPÍTULO 4. O DISCURSO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NAS FONTES: AS REVISTAS ACADÊMICAS DAS FACULDADES DE DIREITO DE RECIFE E SÃO PAULO

A regulamentação jurídica da matéria obrigacional-contratual no Brasil até o início do século XX é essencialmente fruto de construções doutrinárias.[443] É uma matéria primordialmente pensada por juristas; não legisladores. Logo, era o jurista[444] que assumia a centralidade da produção do discurso obrigacional-contratual na virada do século XIX para o XX.

O maior veículo de produção desse discurso produzido por juristas, mais do que livros, jornais, palanques, púlpitos ou sentenças, se dava nas Universidades. Portanto, para o bem ou para o mal, eram São Paulo e Recife os núcleos catalisadores desse discurso, sendo eles o epicentro da cultura jurídica brasileira do período.[445]

Por isso, analisar as revistas acadêmicas publicadas por essas duas faculdades de direito, as mais antigas do Brasil, parece ser extremamente valioso à percepção dos elementos que conformam a cultura jurídica da época. Analisá-las significa analisar a cultura de espaços de saber que estavam na vanguarda do

---

[443] Encontram-se algumas disposições sobre a matéria nas Ordenações Filipinas e nas legislações esparsas, como no Código Comercial de 1850, por exemplo. Entretanto, não há qualquer legislação que sistematize a temática ou o regime jurídico específico de obrigações, tipos contratuais, o que se pode ou não pode celebrar em matéria de contratos etc. O maior esforço que se tem em relação a isso talvez tenha sido a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, que tinha a intenção de justamente compilar, de uma maneira organizada, o que se tinha ou não tinha em matéria de direito civil no Brasil da metade do século XIX. Sobre a consolidação, ver especialmente: FLORES, Alfredo de Jesus. A noção de Consolidação das leis na literatura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX. In: ROBERTO, Giordano; RIBEIRO, Gustavo Ferreira Leite (org.). **Teixeira de Freitas e o direito civil**: estudos em homenagem ao bicentenário (1816-2016). Belo Horizonte: Initia Via, 2017, pp.104-126.

[444] Jurista, sinônimo de jusperito (PINTO, Luiz Maria da Silva. **Diccionario da lingua brasileira**. Ouro Preto: Typographia de Silva, 1832, p. 643) como aquele que "sabe direito, e jurisprudência", ou jurisconsulto, aquele que "sabe as leis, interpreta, e applica o direito aos casos, e responde o que ha em direito a refseito das especies a que as leis são aplicáveis" (BLUTEAU, Rafael. **Diccionario da lingua portugueza** composto pelo padre D. Rafael Bluteau / reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro. Lisboa: Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789, p. 748). Ou seja, jurista como aquele que detém conhecimento jurídico – não necessariamente aquele que é formado em direito. Embora o conhecimento em direito seja pressuposto da condição de jurista, a significante de saber direito não excluía praxistas, burocratas, literários, poetas da condição de "jurista". Nas palavras de Sônia Oliveira, "Juristas então serão considerados aqueles de vocação jurídica para o estudo e saber das leis e jurisprudência, sem outras inflexões artificiais". Em: OLIVEIRA, Sônia Regina Martins de. **Juristas ao final do império brasileiro**..., p. 36.

[445] FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil..., p. 110.

pensamento jurídico brasileiro e que tinham como uma de suas missões transformar a realidade pelo saber jurídico-científico.

O próprio processo de criação das revistas estava intimamente ligado ao desenvolvimento de válvulas propulsoras de cultura. Criar revistas acadêmicas na área do direito era criar cultura jurídica. Não por acaso é que a partir de 1891 isso era requisito obrigatório para todas as faculdades de direito do período.[446] Era necessário que se propagasse e se publicizasse os saberes científicos produzidos nesses espaços. Era necessário que se propagasse o progresso e o científico entre toda a sociedade brasileira e todas as escolas jurídicas. Era um panorama de difusão de saberes a partir da concretização de um estímulo oficial de modernização e cientificização da cultura jurídica pela circulação de ideias via periódicos.

A cultura jurídica brasileira, portanto, estava em pleno desenvolvimento nesses veículos. Era ali que o discurso jurídico se dinamizava, difundia-se e se infiltrava entre os juristas. Era por ali que se difundia opiniões, teses, matérias de sala de aula, resumos, que respondia-se a debates, entraves, que antecipavam-se pontos de vistas, que respondiam-se a consultas sobre problemas concretos da sociedade etc.[447] Era por ali que se esperava uma revolução intelectual no compartilhamento de ideias rumo à evolução do direito em direção às boas doutrinas.[448]

As revistas da Faculdade de Direito de São Paulo e Recife, por isso, têm trajetórias semelhantes. Ambas são frutos de um impulso oficial à difusão da cultura jurídica brasileira no período republicano. Ambas dizem respeito aos cursos jurídicos mais antigos do Brasil. Ambas não tiveram interrupções ou mudanças drásticas no período analisado (1891-1916). Ambas carregam consigo o signo da institucionalidade como espaço legítimo de difusão científica. Ambas eram produto de um espaço que se autopromovia como reflexo de uma instituição científica, vanguardista, moderna, em que estava a elite da cultura jurídica brasileira: professores universitários, cientistas, acadêmicos, funcionários públicos, burocratas; o alto escalão jurídico do cenário nacional.

---

[446] No Decreto n. º 1.232-H de 2 de janeiro de 1891, que aprova o regulamento das instituições de ensino jurídico dependentes do Ministério da Instrução Pública, a chamada “Reforma Benjamin Constant”, estabelecia expressamente a criação em cada faculdade de uma revista acadêmica.

[447] PETIT, Carlos. Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado. **Quaderni Fiorentini Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 35, n. 1, pp.256-338, 2006, p. 258.

[448] A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes..., p. 6.

As revistas de São Paulo e Recife, periódicos acadêmicos-científicos representantes das duas faculdades de direito mais antigas do Brasil, por isso, oferecem-se como instrumentos valiosos de análise. Tendo ocupado o posto das primeiras faculdades de direito do país, assumiram uma certa centralidade na produção intelectual jurídica brasileira não apenas no período imperial, mas também durante toda a Primeira República. Eram as instituições de ensino jurídico superior mais tradicionais do país, tendo formado a maioria dos juristas que posteriormente lecionariam nas demais universidades brasileiras do período, como no Rio de Janeiro, Minas Gerais e Bahia. Refletiam a mentalidade jurídica pensada, cultivada e ambicionada nas cadeiras do ensino jurídico brasileiro, envolvendo-se nos principais debates jurídicos do período por meio da opinião – sempre plural[449] – de alguns dos mais reconhecidos juristas do período.[450]

Trata-se, portanto, de materiais ricos, complexos e de grande utilidade para se investigar a cultura jurídica brasileira na passagem do século XIX para o século XX.

A expectativa é que tal análise nos permita enxergar os traços gerais do pensamento obrigacional-contratual produzido, sempre levando em conta os seus contextos e as influências que mais circulavam e fomentaram o pensamento jurídico privado da época.

4.1. A REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE

A trajetória histórica da cultura jurídica brasileira é atravessada pelo pensamento jurídico cultivado na Faculdade de Direito do Recife. Entender a cultura jurídica ali cultivada, por isso, é fundamental para se entender a cultura jurídica brasileira dos séculos XIX e XX.

O recorte proposto diz respeito à análise dos artigos que tratam sobre a disciplina obrigacional-contratual publicados na revista entre a data de sua primeira

---

[449] Ao contrário dos livros, os periódicos também são valorosos à apresentação de uma dimensão plural de ideias. Podem, por exemplo, apresentar opiniões conflitantes sobre um mesmo tema. O que não aconteceria caso se analisasse um livro em específico, por exemplo. Periódicos são um lugar aberto de debate (BENEDUCE, Pasquale. **Il corpo eloquente**: identificazione del giurista nell'Italia liberale. Bolonha: Il Mulino, 1996, p. 44-45).

[450] Cite-se, por exemplo, Clóvis Beviláqua, Antônio Coelho, Trigo de Loureiro, Veiga Cabral, João Cândido de Deus e Silva, Antonio Joaquim Ribas, Vicente Mamede de Freitas, entre outros.

edição, 1891, até a promulgação do Código Civil de 1916. Embora tal recorte não permita uma compreensão total da cultura jurídica brasileira[451], a centralidade da instituição no ambiente intelectual brasileiro do século XIX justifica a escolha da fonte como forma de se entender a circulação das ideias sobre obrigações e contratos no pensamento jurídico brasileiro do período. O objetivo da análise é dar voz aos autores e professores das cadeiras específicas da instituição que compunham o departamento de direito civil e que, na sombra de autores como Tobias Barreto e Silvio Romero, fizeram o dia-a-dia da escola de Recife ajudando a tecer uma interpretação particular dos problemas do país.[452]

Outro fator justificador da escolha da Revista Acadêmica de Recife como fonte diz respeito à tradição jurídica ali construída.

Isso porque foi principalmente por ela que a cultura jurídica brasileira se envolveu em um novo ideário filosófico-jurídico no século XIX. É dali que emerge um "bando de ideias novas"[453], em que gradualmente se propõe, de uma maneira um tanto quanto mais radical do que em São Paulo, um expurgo de antigos padrões heurísticos de compreensão de mundo em nome do progresso, do moderno, do civilizado.[454]

Se até a segunda metade do século XIX uma das grandes marcas do pensamento jurídico brasileiro era a de trabalhar com autores portugueses de uma tradição conservadora em conjunto com autores modernos[455], é em Recife, sobretudo a partir da década de 1870, que autores como Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua e Tobias Barreto promovem a chegada de um grande acervo de ideias sociocientificistas

---

[451] Pois constitui apenas uma ínfima parcela da dimensão jurídica no período estudado, eis que materialmente impossível uma análise total da variedade e a grande quantidade de fontes do período.
[452] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 113.
[453] ROMERO, Silvio (org.). Explicações indispensáveis. In: **Tobias Barreto**: varios escritos. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900, p. XXIII-XXIV.
[454] Constituía um ambiente de larga profusão de ideias científico-sociológicas cujo objetivo era afastar o direito da teologia ou de argumentos de autoridade e aproximá-lo mais de um método moderno de compreensão do mundo. Havia a tentativa de desenvolver um método científico-materialista para olhar a concretude do desenvolvimento da sociedade. Havia o objetivo de propor uma ruptura progressista-científica no mundo jurídico.
[455] Às vezes não tão modernos assim, como José Paschoal de Mello Freire, por exemplo, que tinha um pé na tradição católica portuguesa e outro no jusracionalismo moderno.

ao Brasil.[456] Será ali que se localizará o núcleo catalisador de uma crítica ferrenha[457] à permanência da metafísica, da escolástica e do direito natural no pensamento jurídico brasileiro.[458]

Todo esse novo ambiente intelectual se refletia nas páginas da revista. O seu principal aspecto: a tradução de teorias e referências biossociológicas europeias ao pensamento jurídico brasileiro.

José Isidoro Martins Júnior (1806-1904), por exemplo, um dos professores mais importantes da Faculdade de Direito do Recife no século XIX[459], deixou clara tal tendência no âmbito do direito civil. Sobre o seu estado atual[460], fez uma forte declaração:

> Por mais importantes que sejam os modernos estudos e escriptos de civilistas como Laurent, Accolas, Falcon, Gianturco, Vadalá-Papale, Cimbali e tantos outros, é facto incontestável que o Direito Civil manifesta um grandissimo atrazo quando se o compara e coteja, por exemplo, com o Direito Publico, o

---

[456] Especialmente de matriz germânica, mas não apenas. Cite-se, por exemplo, Haeckel, Buckle, Von Martius, Jhering (alemães). Spencer, Darwin (ingleses). Littré, Le Play, Le Bon, Gobineau, Charcot (franceses).

[457] Algo que estava sendo feito na Inglaterra desde, pelo menos, Jeremy Bentham. Lembre-se, por exemplo, da sua famosa passagem: "Natural rights is simple nonsense: natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense – nonsense upon stilts". Em: BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies. In: BOWRING, John (Ed.). **The works of Jeremy Bentham**. Published under the superintendence of his executor, John Bowring. Vol. 2. Edinburgh: William Tait, 1843, p. 914. Disponível em: https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-2.

[458] Se até então o direito encontrava-se em sua feição natural – seja em uma premissa jusracionalista ou teológica-cristã –, ou seja, visto como um conjunto de valores morais que por vezes se manifestavam em formas institucionais, para esses autores o direito encontrava-se sob problemas concretos, na cultura, num giro materialista-cientificista. O direito se acha no social, na história, na cultura, no concreto do desenvolvimento da sociedade. Ou seja, nas suas forças físicas materiais e não a partir de valores metafísicos transcendentais.

[459] Jurista, poeta e professor, nasceu em Recife/PE em 24 de novembro de 1860 e faleceu no Rio de Janeiro/RJ em 22 de agosto de 1904. Na Faculdade de Direito de Recife, dividiu os corredores com Clóvis Beviláqua, personagem emblemático da edição do Código Civil de 1916. Como discípulo de Tobias Barreto, também defendia uma tendência renovadora do direito. Antes de se tornar deputado federal em 1894, remando rumo ao sudeste do país, era professor de História do Direito na Faculdade de Recife. Com a sua transferência para a capital do país, passou a lecionar na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro. Foi fundador da Academia Pernambucana de Letras, em 1901. Suas três obras jurídicas de maior destaque, "Compendio de História Geral do Direito", "Fragmentos jurídico-philosophicos" e "Historia do direito nacional", evidenciavam suas crenças na matriz científico-sociológica da Escola de Recife. Para ele, ao contrário de conceitos metafísicos, o direito "é em parte uma creação natural, um todo organico determinado por fatalidades bio-sociologicas, e, por outro lado, um instituto cultural humano, um apparelho regulador e selector, de fabricação politico-social, mais ou menos dependente da vontade dos individuos ou classes dirigentes". Em: MARTINS JUNIOR, José Isidoro. **Historia do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895, p. 7.

[460] A crítica sobre o estado atual do direito civil foi dividada em um artigo composto por três trechos. Entretanto, apenas dois deles foram publicados na revista. Apenas esses dois excertos foram analisados.

> Administrativo, o Criminal e, sobretudo, com a nova philosophia do Direito, toda influenciada pelos recentes trabalhos naturalísticos e sociologicos.
> E si assim é no campo da doutrina, muito peior acontece no campo da legislação, onde os textos dos Codigos manteem-se, na generalidade dos casos, immoveis e frios, a semelharem múmias seculares dormentes sob as venerandas pyramidades do Direito Romano e do Codigo Napoleão.[461]

José Isidoro Martins Júnior demonstrava preocupação com o então atual panorama do direito civil brasileiro. Enquanto outras disciplinas caminhavam a passos robustos em "caminho largo e luminoso", o direito civil se mantinha imobilizado no tempo, atrasado numa "velha moldura romanista, a que apenas os direitos germânico e canônico conseguiram, há séculos, dar em retoques fugitivos uns certos tons pálidos".[462]

A principal referência de José Isidoro Martins Júnior para sustentar tal posição era Ferdinando Puglia, importante jurista e professor italiano da Universidade de Messina, defensor ferrenho de um conceito de direito cientificista, biológico, físico-natural. Na crítica reproduzida por José Isidoro, mas enunciada por Puglia[463], as causas dessa inquietação para com o estado atual de atraso do direito civil eram quatro: (a) a falta de estudo de uma filosofia do direito formulada com os resultados da moderna intuição científica; (b) errôneos conceitos do Direito e do Estado por influência política; (c) a separação entre a ciência econômica e a ciência jurídica; e, por fim, (d) a preponderância excessiva do direito romano.[464]

Para Isidoro, entretanto, a enumeração feita por Puglia, além de não conter todas as possíveis causas do atraso do direito civil, também elencava algumas que não mereciam ser tratadas como tais.[465] As únicas causas a serem consideradas como relevantes ao atraso do direito civil seriam duas: a ausência de uma filosofia do direito formulada com os resultados da moderna intuição científica e a preponderância excessiva do direito romano. As outras duas, o errôneo conceito de Direito e Estado

---

[461] MARTINS JUNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil. MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.44-47, 1891, p. 44-45.

[462] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil..., p. 45.

[463] "Le cause che hanno, secondo noi, contribuito potentemente a ritardare il progresso nel diritto civile possono ridursi alle seguenti: 1º difetto di studio di uma filosofia del diritto poggiata sui risultati del moderno indirizzo scientifico; 2º erroneo concetto del diritto e dello Stato per influenza politica; 3º separazione fra la scienza economica e la scienza giuridica; 4º preponderanza eccessiva del diritto romano". Em: PUGLIA, Ferdinando. **Il diritto nella vita economica**. Messina: Carmelo de Stefano Editore, 1885, p. IV.

[464] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil..., p. 47.

[465] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil (continuação). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.108-113, 1891, p. 109-110.

e a separação entre ciência jurídica e ciência econômica seriam irrelevantes. Ou seja, o discurso elaborado por Isidoro no respectivo artigo tinha como finalidade explícita exatamente refinar o discurso desenvolvido por Puglia, completá-lo, traduzi-lo à sua visão de mundo e, principalmente, criticar a falta do "novo" e o excesso do "antigo" no direito brasileiro.

A falta de estudo de uma filosofia do direito formulada com os resultados de uma moderna intuição científica é enunciada por Isidoro como uma falta de *germanismo* no direito. A razão era a de que o excesso do antigo, em especial do direito romano, se estabelecia pelo fato de, supostamente, haver uma pobreza doutrinária nos civilistas modernos, o que produzia uma "imobilidade bizantina" dos códigos em vigor, em especial o francês.[466] Desse modo, quase que na polêmica Savigny-Thibaut, criticava-se uma concepção "à francesa" do mundo e da sociedade, que valorizava o Estado como principal polo produtor da realidade jurídica.

Isidoro dá a entender que a permanência exaustiva do direito romano no direito moderno, em muito pelo Código de Napoleão, é um dos principais obstáculos à renovação do direito civil. Mas, mais que isso, o fundamento da pobreza no desenvolvimento do direito reside também num elemento natural-biológico dos povos: a raça.

Para Isidoro, a raça das populações as determinava juridicamente. Essa era uma das marcações mais relevantes à compreensão do porquê do atraso do direito civil em relação a alguns povos e não a outros:

> A respeito das caracteristicas juridicas de romanos e germanos, tenho idéas assentadas e já expendidas em outra parte, que não se compadecem, em absoluto, com o modo de ver do professor da Universidade de Messina. [...]. O que é certo, porém, é que eu ainda continuo a pensar com Saverio de Cillis, que emquanto *il germano attinge alle proprie forze i sui diritti, il romano atinge allo stato la sua ragion di essere*, e, com Bethmann Holweg que *die roemische Rechtsanchaung betont ubertviegend das Recht die germanische die Verletzung.*[467]

---

[466] Em suas palavras, "Somente, pois, no que diz respeito à deplorável falta de uma philosophia do direito, criteriosamente extrahida da actual concepção positiva do mundo e das sociedades, é que me acho de pleno accordo com as considerações produzidas por F. Puglia. Nenhuma duvida ha de que nessa falta está a causa capital da pobreza doutrina dos civilistas e da immobilidade bysantina dos codigos presentemente em vigor. Quase todos os modernos juristas que se preoccupam com o futuro da sciencia jurídica, constatam o facto assignalando a lacuna. Entre outros, fal-o brilhantemente D'Aguanno, em sua importantissima obra intitulada La genesi e l'evoluzione del Diritto Civile". Em: MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil (continuação)..., p. 111.

[467] Em: MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil (continuação)..., p. 110-111.

A marcação da natureza das coletividades (não como elemento metafísico, mas materialista, sociológico, biológico, naturalista) é tida como fator essencial ao desenvolvimento das sociedades. Essa é a razão pela qual Isidoro sustenta tal percepção a partir de Saverio de Cillis e Bethmann Hollweg, autores que, a partir de um conceito biológico e social-natural de raça, aduzem que o germano é orgulhoso, intolerante, de índole tenaz, não tendo outro sentimento senão o da força, da autonomia pessoal e da própria energia[468]. Já os romanos eram rudes e práticos, egoístas, secos e insensíveis, mas raciocinadores, submissos à autoridade e amigos da concentração do poder.[469]

A tendência de se designar a ideia biológica de raça ao desenvolvimento social dos povos como fator de origem das instituições político-sociais acompanha toda a obra de Isidoro.[470] A biologia e o naturalismo-social do conceito serviam como parâmetros para se explicar o atraso do direito civil nas sociedades.

Mas Isidoro Martins Júnior foi além da obra de Puglia e definiu as suas três causas de atraso do direito civil:

> 1ª A ausencia de uma philosophia do Direito, baseada n'uma concepção positiva do mundo e particularmente inspirada pelas modernas theorias bio-sociologicas (causa philosophica);
> 2ª A veneração exagerada pelo Direito Romano (causa jurídica);
> 3ª A incompetência das modernas assembléas politicas a que cabe o direito de legislar para o fazerem sob um ponto de vista elevado e verdadeiramente scientifico (causa politica);[471]

As referências que dialogam com Isidoro para a identificação dessas causas são todas positivas-naturalistas italianas. Gabba, Cimbali, Cogiolo, Gianturco, Vadalá-Papale, Ferri, D'Aguanno, Pisanelli. Todos autores envoltos num estado de crítica em relação a uma valorização excessiva do direito romano e supervalorização das ciências físicas naturais como parâmetro objetivo à identificação de um direito científico, moderno, progressista, verdadeiro, justo, apreensível pela observação

---

[468] CILLIS, Saverio de. **Il Diritto Romano a traverso la Civiltà**. Napoli, 1879, p. 19-20. Em: MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **Historia do Direito Nacional**..., p. 31.

[469] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **Historia do Direito Nacional**..., p. 34.

[470] Veja-se o capítulo 1, sobre a diferenciação entre romanos e germanos, em sua obra "Historia do Direito Nacional". Para o autor, "Os romanos, embora egoístas e compreendendo o notável papel do indivíduo como sujeito do direito, fizeram deste um atributo da vida nacional, subordinando-o à razão de Estado; os segundos, os germânicos, viram o fenômeno Direito como emanação e prolação da atividade individual e da independência pessoal, não absorvida pela organização político-social". Em: MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **Historia do Direito Nacional**..., p. 38.

[471] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil (continuação)..., p. 112.

concreta do real. Era a tentativa de explicar o atraso do direito civil a partir de referências biossociológicas típicas da teoria criminológica italiana do século XIX.

Mas todo esse esforço mental desenvolvido por Isidoro não era simplesmente algo copiado dos autores italianos. Ou ao menos não era assim que a sua teoria deveria ser lida. Em resenha publicada referente ao livro de Isidoro denominado "Fragmentos jurídico-philosophicos", a redação da revista reforça essa mensagem. Ao mesmo tempo que exalta uma "nova doutrina científica do direito", há o entusiasmo em elogiar o pensamento original de Isidoro. Segundo a redação, o trabalho de Isidoro ia além da mera reprodução do que se discutia no estrangeiro, contendo também muitas ideias originais; um pensamento jurídico próprio, adaptado, traduzido:

> O novo livro do ilustrado Dr. Martins Junior é uma collectanea de artigos diversos, todos moldados de accordo com as novas doutrinas scientificas, e onde não se encontram somente reproducções de doutrinas bebidas aliunde, mas muita idéa original, muito pensamento proprio, muita teoria concebida pelo auctor ou por ele advogada com argumentos novos. Elle mesmo diz-no no mote que tomou para inscrever na pagina de rosto de seus Fragmentos: - *Ego tamem tam ex dictis ominium quam etiam ex mei intellectus modicitate talem trado doctrinam*.[472] [473]

Clóvis Beviláqua, principal benfeitor da codificação civil de 1916 e um dos que mais publicaram na Revista Acadêmica de Direito de Recife[474], também era entusiasta dessa nova forma de ver o mundo. Quando falou sobre algumas contribuições para a história jurídica das civilizações[475], afirmava, assim como Tobias Barreto, que seria

---

[472] [Tradução livre: Eu, no entanto, tanto a partir das palavras de todos como também da modéstia do meu entendimento, transmito tal doutrina].

[473] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Resenha Bibliographica: fragmentos juridicos-philosophicos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.53-55, 1891, p. 53.

[474] Na análise de Lilia Schwarcz, entre os anos de 1891 até 1930, "Na Revista Acadêmica, à semelhança de outras publicações da época, percebe-se o predomínio de artigos escritos por professores que ocupam postos de comando na instituição, ou que se sobressaem na política de forma mais ampla. Um caso exemplar é o de Clovis Bevilacqua. Além de responsável por 20% dos artigos publicados, o eminente professor se incumbia quase sempre de abrir ou fechar os diferentes números da revista. Como se fosse necessário afirmar a probidade da publicação a partir de um nome reconhecido fora das fileiras internas do estabelecimento.". Em: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 114.

[475] Logo na epígrafe do artigo analisado encontram-se três referências em destaque: o jurista britânico Henry James Sumner Maine, que desenvolveu em sua obra uma teoria de estágios de desenvolvimento do direito (do status ao contrato) que são físicos e naturalmente os mesmos em toda parte; o jurista alemão Rudolf von Ihering, famoso na defesa de uma concepção do direito como produto social; e Hermann Post, antropólogo jurídico que via o direito também num paradigma naturalista, mesclando o positivismo de Comte e Spencer, a escola pandectista e o comparatismo legal – chegou a concluir em "A jurisprudência etnológica", por exemplo, que o direito era um fenômeno social universal, estando presente mesmo nas sociedades mais primitivas possíveis (BEVILÁQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.2-26, 1891, p. 9).

possível traçar toda a evolução *phylogenetica* e *ontogenetica* do direito.[476] Tentava-se a busca por uma genealogia do direito onde, no decorrer de todo o artigo, o conceito biológico-social de raça assume papel central na narrativa formulada.[477]

Mas a tendência de reproduzir as modas teóricas estrangeiras, especialmente as positivistas, biológico-naturalistas, evolucionistas e por vezes racistas[478], ia para além de uma narrativa linear do desenvolvimento histórico do direito.

No artigo denominado "A fórmula da evolução jurídica", Clóvis manifesta sua adesão à tese do evolucionismo jurídico (mesmo criticando a sua generalização desenfreada, como por exemplo na obra de Charles Jean Marie Letorneau, L'évolution juridique, de 1891)[479], sendo ela a "grande lei, que resume, para nossa sciencia hodierna, o modo de existir do universo".[480] Tal lei tinha como alicerce a crença de que, linearmente, no decorrer dos séculos, a humanidade sempre "evolue melhorando, e que essa evolução se opera não por movimentos isochronos, porém desegualmente, por todas as faces possíveis da vida humana social e individual".[481] Teria sido a teoria da evolução uma das mais poderosas forças a "derramar um jato de luz" em trevas jurídicas passadas[482], seja no campo das relações privadas ou públicas.[483]

Para além da crença na evolução como regra física-natural comum em todos os lugares entre todos os povos, as próprias palavras utilizadas por Clóvis no texto estavam recheadas de sentidos naturalistas, físicos-naturais.

---

[476] BEVILÁQUA. Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito..., p. 10.

[477] Apenas a título de exemplo, veja-se a seguinte passagem: "Em conclusão, o Direito, por isso mesmo que é um produto das necessidades sociaes reflecte, em sua origem, sua organisação e sua vida, as divergencias que distanciam, entre si, os diversos nucleos associativos que o crearam, uma vez que estas divergencias não sejam puramente superficiaes e secundarias. Assim, até as diversas raças ou subraças humanas que tem uma feição cultural dissimilhante, nos costumes, nas artes, nas industrias, nos conhecimentos scientificos, possuem direitos também dissimilantes. Si a civilisação humana é polymorpha, o direito que a reflecte e a estimula deve ser necessariamente polymorpho.". Em: BEVILÁQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito..., p. 16.

[478] Sobre o tema, ver especialmente o capítulo 5, "As faculdades de direito ou os eleitos da nação", em: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil. E-book. São Paulo, Companhia das Letras, 1993, pp.104-139.

[479] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 3, n. 1, pp.3-29, 1893, p. 4-10.

[480] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 10.

[481] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 11.

[482] Segundo Clóvis, pela emancipação da razão, o direito teria evoluído a ponto de, por exemplo, garantir o domicílio do cidadão como algo sagrado, o direito de ir e vir dos brasileiros, a liberdade de expressão, a derrocada da escravidão, a ideia de liberdade religiosa etc. (BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 28-29).

[483] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 26.

Em certa passagem, por exemplo, ao sustentar que o direito evolui de uma mesma maneira em todos lugares, Clóvis afirma que, assim como a geografia terrestre, o direito também possuiria várias diferenças entre seus povos, mas seria o olhar atento às semelhanças entre os povos que justificaria a verdade ao fato de que há uma marcha evolutiva comum entre todos. Por isso, “não tenhamos olhos somente para ver divergencias, e não haverá dificuldades em reconhecermos a exactidão do que fica affirmado"[484]:

> Esta é a marcha, a evolução que tem seguido o direito aryano; que se pode reconhecer também no direito semitico, embora não se haja desenvolvido tanto, e offereça maiores oscilações e mais largas soluções de continuidade; e não seria difficil indical-a em qualquer outro grupo juridico, se não nos preoccupassemos demasiado com retardamentos e excepções parciaes. Esta é a marcha do direito como podemos desprendel-a da historia geral das conquistas que o homem tem realisado sobre o planeta que lhe foi dado por habitação, e é tambem a marcha de cada direito nacional e de cada ramo de direito, pois que é bem verdade que a ontogênese synthetisa sempre, em traços rápidos, a phylogenese. Não tenhamos olhos somente para ver divergencias, e não haverá difficuldades em reconhecermos a exactidão do que fica afirmado.
> Realmente, vistos de pertos, sob o vidro de aumento do analysta, muitos fenômenos, que á distancia nos parecem similhantes, se afastam em divergencias mais ou menos profundas: porém é preciso saber olhar do alto para abranger os grandes lineamentos dos factos e das cousas. A crusta da terra não se enruga em montanhas altissimas, não se cava em vales irregulares, asymetricos, e, no emtanto, esses levantamentos e depressões impedem-nos de dizer, com verdade, que a terra é uma espheroide? Não se diluem, não se apagam todas essas desigualdades na grandeza niveladora do planeta, cuja forma se destaca nos traços geraes dominantes?[485]

O papel do pensamento evolucionista de Darwin e Spencer na obra de Clóvis Beviláqua dentro da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife é grande.[486] A evolução, por exemplo, não é uma teoria, mas sim, quase que numa contradição em termos, uma verdade científica absoluta, um dogma, um elemento do real que era inquestionável até mesmo à própria ciência.[487] Por isso,

> si a evolução é uma, si por toda parte, em todos os domínios do universo, em qualquer momento do tempo, ella se opera do mesmo modo [...], é licito

[484] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 13.

[485] BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução juridica..., p. 13-14.

[486] Sobre a influência de Darwin e Spencer na obra de Beviláqua, ver: TORRES, Juliano Rodriguez. O organismo e o Maquinismo: breve olhar 'macrofotográfico' sobre a 'ontogenia' da filosofia do direito de Clovis Beviláqua. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012, pp.281-303.

[487] Em suas palavras, “Em nome da sciencia, não se ergue mais hoje o venabulo da critica para ferir diretamente a theoria da evolução.”. Em: BEVILÁQUA, Clóvis**.** Applicações do darwinismo ao direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 7, n. 1, pp.117-132, 1897, p. 117.

> acreditar que a teoria darwinica ha de nos dar a chave da evolução juridica, assim como nos deu da evolução das especies e a da evolução das linguas.[488]

O direito, assim como nas espécies e nas línguas, sempre tenderia à fórmula evolucionista. Essa era a lei natural do mundo.[489]

Beviláqua também reproduz Spencer ao sustentar que o princípio evolucionista da hereditariedade é ínsito ao direito. O maior exemplo: a transferência de culturas pela movimentação dos povos, o que transmitiria para a posterioridade qualidades adquiridas anteriormente por um processo de luta e adaptação. Isso reproduziria a seleção natural darwiniana no campo jurídico, algo muito sustentado pelas doutrinas biossociológicas estrangeiras de Haekel, Adolphe Ferrière, Sumner Maine, Fustel de Coulanges, Giuseppe Carle, Jhering e Burkard Wilhelm Leist:

> A hereditariedade juridica foi constatada por Spencer em termos bastante claros. Notou o sociologo inglez que as levas de emigrantes que se destacam de um centro populoso levam para a patria de eleição os usos, costumes e institutos juridicos existentes na patria de origem, que se tracte de um povo selvagem, como os bechuanos, quer de um povo culto, como os inglezes transportados para America. [...].
> Não vejo mais eloquente exemplo de hereditariedade juridica do que esse que nos apresenta a família indoeuropéa. Aqui a genealogia das raças confirma-se pela historia evolucional das linguas, e reflecte-se na filiação dos institutos juridicos como demonstram os estudos de S. Maine, F. de Coulanges, Carle, Jhering, Leist e diversos outros. [...].
> Eis ahi a hereditariedade juridica em uma de suas mais brilhantes manifestações. Considerada, porém, sob outro poncto de vista, ella é o costume, a tradição dos usos dos antepassados.[490]

É interessantíssima esta argumentação de Clóvis. Ao entender a tradição e os costumes como uma feição natural do princípio da hereditariedade, ele também os dá uma explicação científica-biológica de permanência no mundo. A continuidade de certos princípios, conceitos, costumes e fenômenos jurídicos no mundo não se dá mais por fundamentos teológicos ou metafísicos. Mas sim por uma questão biossociológica de adaptação, de hereditariedade jurídica, de evolução desses princípios.[491]

---

[488] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicações do darwinismo ao direito..., p. 118.

[489] Lei natural aqui no seu sentido puramente físico, biológico, das ciências naturais.

[490] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicações do darwinismo ao direito..., p. 121-122.

[491] Tal processo de hereditariedade, segundo Clóvis, leva à possíveis fenômenos de sobrevivência, atavismo ou atrofiamento de formas, institutos ou conceitos jurídicos (BEVILÁQUA, Clóvis. Applicações do darwinismo ao direito..., p. 122-123).

Ou seja, assim como as espécies na natureza, as diversas categorias e valores dos mais diversos sistemas jurídicos também lutariam entre si para que não sucumbissem. A permanência de princípios e tradições em determinados espaços seria resultado de um constante processo de *luta* e *adaptação* entre elas, o que resultaria numa *seleção natural* onde apenas as estruturas jurídicas mais aptas e enérgicas sobreviveriam:

> O systemas juridicos luctam entre si, como os povos e como os individuos. Vêm á luz e procuram viver; mas, para que não succumbam, devem desalojar os que ocupam o logar onde aparecem, e defender-se para que outros não os expulsem como eles expulsaram os seus predecessores. Esta é a historia de quasi todos os povos. [...]
> O direito romano se tem sabido conservar, luctando vigorosamente contra os elementos nacionaes que lhe são adversos e onde não penetrou como elemento constitutivo da normalisação juridica tem conseguido ser acatado como principio scientifico.
> O código civil francez, depois de uma marcha victoriosa atravez das nações que o iam acceitando como lei ou como modelo de lei, começou a encontrar elementos adversos que contrariaram suas tendencias de expansibilidade, e que, dia a dia mais fortes, vão fazendo-o recuar das dilatadas raias onde o tinha levado o impulso imitativo.
> Esta lucta entre os systemas juridicos, como a lucta entre as normas legaes, como a lucta para a realisação do direito, dão em resultado a selecção, porque tambem, neste dominio, não somente o esforço revigora, como também são os mais aptos e os mais energicos os que vencem. E o resultado da selecção sendo conservado pela tradição, o direito desenvolve-se, transforma-se pelo estimulo da lucta.[492]

Toda essa temática é reproduzida também em outros autores.

Em Hersílio de Souza, no texto “Importancia da legislação comparada”, há praticamente a mesma mensagem:

> Mas estou convencido de ser tudo isso antes a prova evidente de que, por um lado, o direitoe stá subordinado, como producto do pensamento humano, á lei eterna da evolução, sob condições da ereditá, do ambiente e da lotta, como adverte D’Aguano, impondo-se por isso ás consciencias independente da imitação e até mesmo contra ella, e, por outro lado, de que tendo a vida o mesmo caracter fundamental em todas as epocas e localidades, as aspirações tendem irresistivelmente ao mesmo objectivo e exigem as mesmas garantias aos licitos interesses do homem.[493]

O próprio processo de codificação civil no Brasil era um fenômeno evolucionista de luta e adaptação do direito. A codificação, para Clóvis, seria o

---

[492] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicações do darwinismo ao direito..., p. 131.

[493] SOUZA, Hersílio de. Importancia da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.59-72, 1909, p. 64.

caminho natural da civilização moderna. Uma “natural aspiração” de toda a humanidade[494]:

> Porém não confrontemos mais um codigo, ultima e mais perfeita expressão do direito escripto, com o direito consuetudinario; a) porque só excepcionalmente vemos esta forma antiquada, e certamente barbara por sua incerteza, persistir teimosamente em alguns paizes cultos; b) porque os juristas estão hoje convencidos de que os exaggeros da eschola histórica em relação ao direito costumeiro só se justificam como uma reacção natural contra a theoria errônea de que o direito nasce diretamente do arbítrio do legislador; c) porque apreciando-se o desdobramento do direito, desde a sua fluidez e homogeneidade primitivas em busca de formas definidas e solidas por onde se traduza a plenitude da consciencia juridica e da perfeita disciplina dos interesses, observa-se a passagem da lucta desordenada para a subordinação descontinua das sentenças, destas para o direito costumeiro, e deste para o escripto, cuja expressão mais perfeita se encontra na systematisações dos codigos.[495]

Como reflexo de uma constante evolução do direito, de um processo de luta e adaptação de ideias, do progresso, não era mais adequado que a fonte principal do direito civil brasileiro ainda fosse as Ordenações Filipinas.[496] A evolução natural da sociedade reclamava pelo abandono da velha compilação. Por isso, entre outras razões,

> Um código, enfeixando os preceitos dispersos, harmonisando-os em um systema, expurgando-os de suas incongruencias, teria o efeito de um verbo creador fazendo brotar da trevosa confusão de um cahos a explendente eurythmia de um cosmos, as formas em destaque de uma vida que se expande.[497]

Adolpho Cirne, um dos maiores estudiosos do direito civil da Faculdade de Direito de Recife[498], também dialoga com esse ideário, mas de um ponto de vista muito mais crítico que os demais autores da revista.

No artigo intitulado “Os civilistas e o direito civil”, ressalta, por exemplo, a existência de uma “vida em expansão” do direito. À semelhança do progresso da vida

---

[494] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.3-18, 1896, p. 12.

[495] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro..., p. 6.

[496] “[...] um defeituoso corpo de leis de origem espúria e que se acha em frangalhos, mordido, a quase três séculos, pelas traças vorazes da decadência”. Em: BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro..., p. 9-10.

[497] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro..., p. 11.

[498] Não por acaso a praça onde se localiza a atual Faculdade de Direito de Recife, prédio da Universidade Federal de Pernambuco, leva seu nome. Sobre sua biografia, ver: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**..., p. 565-566 e NUNES, Pedro. **Guerreiro Togado**: fatos históricos de Alagoa do Monteiro. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1997, p. 519.

social, o direito também era algo que gradualmente se expandia, se modificava e melhorava ao longo do tempo. O caminho natural para o seu maior aperfeiçoamento seria uma crescente absorção das recentes descobertas das ciências físicas e naturais ao seu campo. O direito deveria progredir à medida do progresso científico natural das coisas e apenas poderia fazê-lo a partir de um olhar atento à realidade das coisas:

> Não se comprehende mesmo, nem se justifica, que no seculo do vapor e da electricidade continue o direito civil, como outr'ora, a caminhar em seu velho carro puchado a bois, aguardando pacientemente que algum cataclysma social convulsione o terreno, em que vagarosamente se arrasta e desmantele o seu archeologico vehiculo para obrigal-o a galgar per saltos, quiçá perigosos, um novo meio de locomoção que o faça entrar na raia onde se disputa o grande pareo da civilisação.
> Se o direito é, como penso, o produto da cultura social, é preciso que esse produto esteja sempre em proporção com a sua causa productora, acompanhando-a em sua dynamica, de modo que ao menos se divise a perfeita homogeneidade que deve existir entre a causa e o effeito.[499]

Para Cirne[500], vida e direito estavam conectados. Não havia como se pensar o direito de maneira desconexa à realidade e, tampouco, pensar a realidade de maneira desconexa ao direito. A razão não era autônoma à realidade. Pelo contrário, o ato de pensar e interpretar juridicamente o mundo passava por uma análise atenta da concretude das relações sociais. Longe de se infiltrar àquele ideário iluminista puro, de plena crença na abstração do direito e do mundo, a evolução plena do direito civil demandava olhares a novas estruturas sociais e, especialmente, ao progresso da ciência no mundo.

Vendo a concretude das relações como ponto nuclear do desenvolvimento do direito, Cirne constrói uma argumentação complexa acerca do progresso do direito civil.

Ao mesmo tempo que critica a existência de um romanismo excessivo em suas raízes, atuando ele como obstáculo à sua perfeita evolução [501], via no discurso produzido por "positivistas", críticos cegos das doutrinas metafísicas apriorísticas de Puffendorf, Grócio, Binckershoe, Rosseau, Tronchet, Bentham, Bacon etc., um dos

---

[499] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.61-79, 1896, p. 61-62.
[500] Assim como para Clóvis e para a grande maioria dos juristas formados em Recife.
[501] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 64.

pontos mais problemáticos do desenvolvimento do direito civil. Para Cirne, o antigo até deveria ser esquecido, mas o novo também não era necessariamente bom:

> E chega a tal ponto a intolerancia dos neophitos do positivismo, que, quando envolvidos em qualquer discussão scientifica, costumam cortar todas as difficuldades, classificando de apriorismo e como tal não merecedor de discussão, tudo o que não é ensinado pelos fundadores da nova escola.
> Para elles, somente tem valor a investigação scientifica do direito, quando dá como origem das principaes instituições actuaes do estudo das sociedades dos animaes inferiores, ou ao menos dos costumes instinctivos dos precursores do home, e quando vae buscar essa origem nas cavernas onde estão sepultados os veneraveis restos do homem do periodo quartenario, e faz deduzir o fundamento racional de ditas instituições das excitações dos gânglios, do desdobramento das cellulas ou de outros phenomenos physiologicos da mesma natureza.
> Tudo o que não for isto, é metaphysica, apriorismo e atrazo, que nem mesmo merece ser tomado ao serio em uma discussão qualquer. E assim atiram sobre a cabeça dos infelizes aprioristas com um punhado de antropoides ou com a *pangenesis* de Darwin ou com a *perigenesis* de Haekel, e por esse modo sem maior trabalho julgam ter resolvido todas as questões relativas á organisação da familia e da propriedade e, o que é mais, aos contractos e disposições *mortis causa*.[502]

Cirne não poupou críticas a perspectivas que, cegamente, exaltavam uma explicação biossociológica do direito descartando tudo aquilo que não fosse físico-biológico. Para ele, haveria um "exclusivismo intolerante" dessa nova doutrina em relação a qualquer outra anterior, eis que, para muitos, tudo anterior à nova escola positiva seria apriorístico-metafísico. No entanto, segundo Cerni, não seria nada conveniente um "trabalho de demolição cega de tudo o que se há produzido até hoje". Muitas vezes, esse trabalho de demolição cega apenas buscaria, de maneira contraditória e paradoxal, "reconstruir o edifício do direito sobre novas bases, que de novas só tem o nome, mas que são de naturesa identica ás antigas".[503]

Além disso, em uma postura de bastante dúvida acerca da nova escola positiva do direito, a aplicação das verdades das novas doutrinas científicas do campo físico-biológico ao campo do direito faria com que essas verdades se transformassem em meras hipóteses, pois pela especificidade do campo jurídico estariam sempre atreladas ao campo da incerteza:

> De facto, digam o que quizerem, a verdade é que a paleontologia, a paletnologia e a biologia, em que principalmente se estriba a escola positiva, ainda estão longe de ter outras bases, que não hypotheses, embora declarem usar somente o methodo inductivo em suas investigações.

---

[502] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 66-67.
[503] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 67.

> Não basta partir de observações para dizer-se que se usa do methodo inductivo e se deve obter resultados certos e incontestaveis. Não basta a descoberta de sílex aguçados ou outros restos do genio industrial dos contemporaneos do grande urso das cavernas e do mammuth, construidos com materiaes diferentes das naturaes e ordinarias do terreno em que foram encontrados, para se afirmar de um modo certo e evidente que nessas epochas antidiluvianas já estava estabelecido o commercio entre os homens. Quem será tão ingenuo que não veja ahi uma hypothese e subtileza igual a de todos os methapysicos havidos e por haver?
> A descoberta dos fosseis é cousa certa, palpável e evidente; a conclusão, porém, que d'essa descoberta se quer tirar é que não é um produto de methodo inductivo.
> Será uma presumpção ou uma probabilidade mais ou menos plausivel, porém, nunca um resultado constatado pela experiência, e cuja verdade pode ser apreciada pelos sentidos [...].[504]

Há uma evidente complexificação da discussão entre antigo e novo no discurso desenvolvido por Cirne. O "novo", assim como o "antigo", é questionável. O diálogo com as ciências naturais, físicas e biológicas continua intenso, mas por um viés não tão mais de exaltação, mas também de crítica.[505] É por isso que, em relação às novas perspectivas positivo-naturalistas do direito, sustenta que

> Essas sciencias podem e devem fornecer subsidios para o estudo da genese de alguns institutos juridicos actuaes; mas nem os seus subsidios são os unicos scientificamente admissiveis, nem são os mais certos do que os fornecidos pela historia e até pela tradição.[506]

Fica claro no artigo a desconfiança de Cirne com uma concepção puramente científico-biológica do direito. Confiar a descoberta de uma verdade pré-histórica do direito atual à biologia, à paleontologia, à paletnologia ou às outras ciências biológicos-naturais seria um passo em falso. Cirne não defende um ideal de direito como ciência natural pura. Pelo contrário, é um personagem cético em relação à aplicação cega e desenfreada de um naturalismo ao campo do direito. A "febre naturalista" seria apenas um "novo fetiche".[507]

Cirne, no entanto, não nega o naturalismo, mas apenas critica a sua generalização desenfreada ao campo do direito. Tal generalização, assim como o apego constante à doutrina romanista, também é visto por ele como obstáculo ao

---

[504] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 67-68.

[505] No artigo, ao campo dessas novas ciências aplicadas ao direito, o diálogo se dá novamente com as obras de Enrico Cimbali (A nova phase do direito civil em suas relações economicas e sociaes) e Giuseppe D'Aguanno (La genesi e l'evoluzione del diritto civile, seconde le risultanze delle scienze antropologiche e storico sociale), com as críticas concentradas neste último.

[506] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 70.

[507] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 73 e 79.

progresso do direito civil e satisfação das efetivas exigências da sociedade moderna.[508]

O argumento natural, cientificista, biológico, evolucionista, portanto, não é negado. É relativizado.

Ou seja, mesmo vanguardista, a Revista Acadêmica de Recife ainda se situava num cenário de elastecimento e resistências em relação a novas teorias. O debate encartado no artigo escrito por Adolpho Cirne é um desses exemplos. A conclusão ali esboçada sugere uma mediação entre a ânsia do novo e do progresso com a utilização de uma razão esboçada pela tradição. Do mesmo modo que a ciência do direito civil deveria se afastar da ciência do direito romano, também o deveria fazer em relação aos exageros naturalísticos de uma nova escola cientificista do direito. Apenas com essa mediação é que o direito civil poderia efetivamente progredir:

> Pois bem, o que censuro nos civilistas é justamente esse abandono em que tem deixado o estudo das actuaes instituições juridicas, comparativamente com o estudo econoico, industrial e scientifico da epocha, para se agarrarem, uns exclusivamente ao direito romano, de cujo espirito nada é capaz de affastal-os, e outros a esse afan demolidor de tudo o que existe no terreno do direito, que não tenha sido argamassado com materiaes naturalisticos.
> [...].
> Uns e outros, porém, embora por caminhos opostos, chegam ao mesmo resultado, que é a stagnação do direito civil no meio das correntes impetuosas, com que as sciencias, artes e lettras procuram correr para o vasto oceano da civilisação e ahi misturar suas aguas. Tanto é certo que os extremos se tocam ![509]

Logo, apesar de um dos traços marcantes da revista ser o diálogo entre a teoria do direito e as ciências naturais, a tradição no campo do direito também aparecia como elemento de relevância. Entretanto, de uma maneira um tanto quanto nova, fundava-se não mais numa metafísica de autoridade aos moldes romanos, canônicos ou pré-modernos. A base da tradição agora era sociológica-científica.

Laurindo Aristóteles Carneiro Leão, por exemplo, um dos professores mais influentes da cadeira de filosofia da instituição, fez também duras críticas às analogias cegas entre teorias naturalistas e sociais. Para Leão, era equivocado pensar que sempre o cosmos e a vida física influenciariam determinantemente o desenvolvimento das sociedades. Na verdade, “o factor social unico é o espirito”; não a natureza. Mas o “espírito”, para Leão, não era metafísico. Pelo contrário, consistia num produto do

---

[508] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 79.
[509] CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 75.

desenrolar histórico das sociedades, no campo da sociologia, em um “facto da sociedade pelos seus actos instinctivos em grande parte, excitados pela vida que por sua vez é suscitada pelo cosmos, mas também por seus actos deliberativos, puramente phychicos”.[510] Ou seja, o “espiríto” era também “científico”.

Clóvis Beviláqua, quando cita alguns dos possíveis requisitos para a elaboração de um código civil, sustenta que, embora não exclusivo, a presença do elemento tradicional nos códigos é fundamental à sua boa confecção.[511] Ou seja, ao invés de negar a tradição, Clóvis a reafirma como elemento constitutivo fundamental da sociedade e do código. O que se rejeita, no entanto, é o uso da tradição como fundamento de autoridade metafísico, mas não histórico-social. Esta, pelo contrário, é exaltada. A tradição passa a ser não mais um elemento metafísico-teleológico fundador do discurso. É agora elemento científico-sociológico da vida:

> A tradição de facto é um principio essencial da vida do direito, representando a lei da hereditariedade aplicada a esse pheonomeno de ordem social. Quem se propusesse a legiferar rompendo com o passado faria como aquelle que “fabricasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce”, nos previne d’Aguanno.[512]

O sentido de tradição, portanto, é remodelado e adequado às características e ao discurso daquele novo tempo. Nada tem a ver, por exemplo, com a tradição entendida no direito comum europeu. Não se funda em bases metafísicas. Passa a ser científico, sociológico, histórico, antropológico, geográfico, naturalístico. Enquanto a tradição no direito comum europeu é vista muito mais em um sistema de legitimação pautada na religião (o que Deus quis), no antigo (nos clássicos tempos), na natureza (o que é), o discurso da tradição no século XIX é científico, antropológico, natural, progressivo. A tradição do direito poderia ainda atuar como oráculo do espírito da civilização, mas um oráculo fundado em bases científico-racionais, não mais metafísicas. É um novo tempo em que mais um conceito é remodelado pelo crivo do progresso e da ciência oitocentista.

Em um outro texto de Clóvis a aversão à metafísica e aproximação do conceito de tradição à sociologia do direito fica ainda mais clara. Diz ele que o erro da antiga

---

[510] LEÃO, Laurindo. Analogias sociaes (continuação). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 7, n. 1, pp.69-115, 1897, p. 101-102.
[511] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro..., p. 15.
[512] BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro..., p. 14.

escola metafísica (referindo-se à escola positivista francesa do direito) “era supor que o direito podia ser comprehendido e explicado exclusivamente com as luzes da razão e da consciencia individuaes”.[513] Pelo contrário, para se compreender os fundamentos do direito era necessário conhecer os dados físicos do mundo exterior, da ciência, da sociologia, da antropologia, da natureza:

> A comprehensão dos principios fundamentaes do direito resulta da combinação de dados psychologicos, ethnologicos, antrhopologicos com os dessa sciencia complexa das sociedades que, desde Augusto Comte, tomou o nome de sociologia.[514]

O direito não se fundava mais no “eu racional”, mas sim na ciência como modo de compreensão da natureza das coisas. A ciência deve explicar o direito.

Os elementos fundamentais do direito atual, portanto, seriam passíveis de descoberta pela via da ciência. A ciência, especialmente a sociologia, é o instrumento essencial à descoberta das origens dos institutos jurídicos, da cultura, da tradição. Pelo estudo da sociologia jurídica, a tradição é entendida não mais por fundamentos teleológicos, mas sim científicos, biológicos, naturais:

> A sciencia terá, mais uma vez, ocasião de verificar a verdade de seus principios básicos, em suas aplicações ao facto juridico. A jurisprudencia transformada pelos processos inductivos se tornará de mais em mais segura em seus doutrinamentos. Constatando as constantes mutações nos costumes, na moral e nas legislações, reconhecerá o modo porque se opera a evolução do direito e sua adaptação ás condições de vida e ao estado de cultura dos povos. Mas, descobrindo atravez de todas as variações, a permanencia de certas formas, concluirá que tem diante de si um indicio irrecusavel de que o direito é, antes de tudo, um phenomeno social, *la forza specifica del organismo sociale*, como disse Ardigò, visto como a generalisação de certos institutos juridicos é uma consequencia forçosa da identidade fundamental da natureza humana e de certas bases indispensaveis á estrutura social, onde quer que ella apareça capaz de subsistir e desenvolver-se. Abraçando em toda sua extensão o polyphyletismo juridico, indicará oq eu deve a cultura actual, neste domini, a cada uma das grandes raças ou dos grande spovos que argamassaram-na.[515]

A ressignificação de conceitos pela ciência não parava apenas na descoberta dos elementos fundantes do direito, como a tradição. A caracterização dos autores da revista como “homens de sciencia” levaria a ressignificação de várias outras

---

[513] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.89-96, 1891, p. 93.
[514] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do Direito..., p. 93.
[515] BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do Direito..., p. 94.

categorias. É o exemplo do discurso desenvolvido no âmbito das chamadas fontes subsidiárias do direito nacional.[516]

Ao tratar do tema da analogia como regra de interpretação subsidiária na falta de lei nacional, por exemplo, Clóvis Beviláqua opta por ressaltar que, assim como as disposições do código civil austríaco, italiano, argentino, mexicano, peruano, português, uruguaio, colombiano e montenegrino[517], os projetos do código civil brasileiro de Felício dos Santos, Nabuco e Coelho Rodrigues também levavam expressões como "principios geraes do direito", "principios do direito natural" e "espirito da lei" para indicar a fonte supletiva última do direito. No entanto, ao invés do que uma primeira leitura possa parecer, tais expressões nada têm a ver com conceitos metafísicos. Os termos "principios geraes do direito", "principios do direito natural" e "espirito da lei" indicariam elementos extraídos da sociologia, da ciência, pois

> Trata-se de indicar, como fontes suppletivas do direito, as regras mais geraes que constituem o fundamento mesmo da sciencia e da arte do direito; não somente os principios que dominam o direito nacional, como ainda o conjuncto dos preceitos essenciaes que servem de expressão ao phenomeno jurídico.
> Si o *direito natural* é uma construção metaphysica, hoje fóra de moda, não evocaria, no caso agora examinado, outras idéas, sinão as que acabam de ser indicadas.[518]

---

[516] Sendo um dos seus principais debates, sobretudo pelo anseio de uma solução em relação ao problema nacional da codificação civil, encontra-se também aqui indícios de um forte desejo de ruptura com o sistema de fontes do direito até então vigente. Uma das principais estratégias para isso era a ressignificação de conceitos.

[517] O estudo comparado do direito era uma matéria cara para Clóvis (assim como para a Revista Acadêmica de Recife). Tinha escrito vários textos publicados na revista elogiando e falando sobre a necessidade do seu estudo. Ele denunciava que um dos principais problemas na formação do jurista brasileiro era ainda a necessidade de se estudar a legislação estrangeira por um motivo equivocado: a permanência das Ordenações Filipinas como principal fonte do direito civil brasileiro. Isso porque, conforme as Ordenações, a Lei da Boa Razão de 1769 e os Estatutos de Coimbra de 28 de agosto de 1772, a principal fonte subsidiária à legislação nacional era ainda o direito romano aferido pelo seu uso moderno, o que significava a necessidade do estudo constante da legislação comparada sobre o direito privado. O que realmente deveria importar ao estudo da legislação comparada, contudo, não deveria ser somente a sua aplicação como fonte subsidiária do direito, mas também a sua aptidão para "alargar os conhecimentos dos jovens cultores do direito e preparal-os para as espinhosas missões de juizes e legisladores de sua patria". O estudo das modernas e científicas legislações estrangeiras, portanto, deveria ser um projeto para o aperfeiçoamento da nação, pois implicaria no abandono de conceitos e institutos já caducos no direito brasileiro. Não por acaso, como já ressaltado em "O Problema da codificação do Direito Civil Brazileiro", pela ferramenta do estudo comparado, o caminho principal e natural de modernização do direito brasileiro era a edificação da sua codificação civil. Sobre o tema, ver: BEVILÁQUA, Clóvis. O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.217-227, 1903.

[518] BEVILÁQUA, Clóvis. A funcção do interprete. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 14, n. 1**,** pp.3-18, 1906, p. 7.

Expressões como “principios geraes do direito”, “principios do direito natural” e “espirito da lei”, portanto, seriam ressignificados pelo crivo do discurso cientificista do século XIX. Os fundamentos do direito brasileiro não seriam mais encontrados numa essência de coisas, numa razão iluminada ou numa centelha divina estabelecida na mente humana. Os fundamentos do direito deveriam ser concretamente encontrados na realidade, na observação da natureza pela ciência e na investigação científica. Se a busca por princípios fundamentais do direito consistia antes em metafísica, para Clóvis, ao crivo da ciência e à sombra de Sílvio Romero, ela é morta pelo progresso, pela civilização.[519]

Hersílio de Souza também reproduz quase as mesmas ideias. Valoriza o estudo do direito comparado[520], seja no espaço ou no tempo, numa ótica naturalista, biológica, geográfica, antropológica, progressiva.[521] E, ao falar do caminho de descoberta da justiça no mundo, de uma universalidade da ideia de justo entre todos os povos, “onde a religião de todos seja o *suum cuique tribuere*[522] do jurista romano”, logo vem de encontro a base científica do seu discurso. A universalização do direito sobre sólidas bases de justiça se daria não pela metafísica, mas sim pelo estudo

---

[519] Lembre-se do debate tido na banca de doutorado de Sílvio Romero em 1875 entre ele e Coelho Rodrigues: “[...]. E, depois de uma discussão mais moderada que as duas precedentes, pergunta aquele doutor: — Qual a ação que garante esse Direito real no seu entender? — Isto não é argumento, responde o doutorando — Por quê? repergunta aquele — Porque, responde-lhe este, não se pode conhecer a causa pelo efeito. — Pois admira-me, torna o primeiro, que, tendo-se mostrado o senhor tão contrário ao método metafísico na epígrafe das suas teses (a qual repetiu, traduzindo o inglês, em que estava escrita), recuse agora um argumento a posteriori. — Nisto não há metafísica, Sr. Doutor, diz o segundo, há lógica. — A lógica, replica o arguente, não exclui a metafísica. — A metafísica, treplica o doutorando, não existe mais, Sr. Doutor; se não sabia, saiba. — Não sabia, retruca este. — Pois vá estudar e aprender para saber que a metafísica está morta. — Foi o senhor que a matou? pergunta-lhe então o senhor Dr. COELHO RODRIGUES. — Foi o progresso, foi a civilização, responde-lhe o bacharel SÍLVIO ROMERO, que, ato contínuo, se ergue, toma dos livros, que estavam sobre a mesa, e diz: — Não estou para aturar esta corja de ignorantes que não sabem nada. E retira-se, vociferando por esta sala afora, donde não pudemos mais ouvi-lo.”. Em: BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**..., p. 213.

[520] “A comparação é que faz se destacarem as superioridades e inferioridades, as vantagens e desvantagens, as opulencias e miserias das instituições de certos paizes com relação as dos outros”. Em: SOUZA, Hersílio de. Importancia da legislação comparada..., p. 59.

[521] “Examinar a historia, procurar, subindo no curso do tempo, o fio conductor que nos há de levar ás raizes dos institutos actuaes, vir de lá seguindo as transformações porque eles tem passado entre os diversos grupos até hoje, sob as influencias de clima, alimentação, cruzamento de raça, condições materiaes de vida, cultivo intelectual, hábitos guerreiros ou pacíficos, etc., perder tempo e energias na Comparação dos Codigos, somente parnamento do espirito ou poder exhibir em qualquer momento o luxo da erução, penso, seria trabalho vão. [...]. No presente, a medida que certas illusões se desvanecem, certas convicções se firmam e a vida se nos mostra finalmente, como deve ser – a grande cousa – a que devemos dedicar todos os esforços para tornal-a menos má, menos desigual, menos dependente das fatalidades da natureza, como do arbitrio dos homens”. Em: SOUZA, Hersílio de. Importancia da legislação comparada..., p. 60.

[522] Note-se a clara referência à teoria da justiça aristotélica, em especial a distributiva.

científico da legislação comparada, mediando-se o que serve ou não a partir de uma perspectiva moderna do que é ou não direito. O "melhor" direito, mais justo e mais universal, não se basearia na metafísica de um direito natural universal apriorístico, mas se apoiaria investigação comparada do direito praticado nas nações mais civilizadas:

> E' que, por ultimo, os nobres destinos humanos impõem que o direito se universalize, alargue sua sombra proctetora por todos os cantos da terra, abrigue sob sua imensa ramagem toda a familia e a Legislação Comparada, pesquisando as causas das differenças e verificando que se fundam em preconceitos, vai eliminando-as pouco a pouco para dar logar ás semelhanças das normas e á egualdade dos preceitos. [...].
> E' no estudo da Legislação Comparada que o jurista aprende a conhecer o que deve ensinar, o que deve recomendar, o que deve propor para tornar o direito cada vez mais perfeito, mais completo, mais garantidos dos interesses individuaes.[523]

A metafísica é, novamente, substituída pela investigação científica das coisas, em especial, pelo método do direito comparado. Quem oferece o melhor direito, o mais universal, fundamental à civilização, não é mais o cosmos ou Deus ou uma realidade objetiva de coisas; é a ciência, o método científico.

Uma abordagem científica do mundo, portanto, era o princípio geral que guiava a mentalidade dos juristas de Recife. Eles faziam ciência nos seus textos. Guiavam-se por princípios empíricos-científicos extraídos da sociologia, física, biologia, geografia, antropologia e paleontologia. Eram "homens de sciencia" na produção do direito. E é essa característica que, em tese, irá guiá-los pelos mais vastos campos do direito – desde o criminal até o civil.

4.1.1. O DIREITO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NA REVISTA ACADÊMICA DA FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE

Dentro do período analisado (1891-1916), foram examinados 22 artigos que circundavam o tema das relações obrigacionais-contratuais.

TÍTULO E AUTOR	ÁREA DO DIREITO

[523] SOUZA, Hersílio de. Importancia da legislação comparada..., p. 66.

O Decreto de 17 de janeiro de 1890 – Manoel do Nascimento Machado Portella Junior	Direito Civil – Direito Comercial
Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina (Parecer da commissão nomeada pelo Director da Faculdade sobre consulta do ministro do Interior) – Biblioteca CCJ	Direito Administrativo – Direito Civil
Algumas observações sobre o Direito auctoral – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
Breves noções da legislação comparada sobre divórcio – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges – Clóvis Beviláqua.	Direito Civil
Memória histórica relativa ao anno 1892 – Clóvis Beviláqua	Faculdade de Direito do Recife
Evolução dos direitos obrigacionais – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
O conceito jurídico do funcionário público. Sua responsabilidade patrimonial – Adelino Antônio de Luna Freire Filho	Direito Administrativo
Algumas questões sobre o seguro de vida – João Vieira de Araújo	Direito Civil
Pactos sucessórios – Titos Rosas.	Direito Civil
O Código civil. A redacção do projecto de codigo civil no senado – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
Do enrequecimento illegitimo: Logar que se lhe deve assignalar nos codigos civis – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
O Projecto do codigo civil. Observações sobre algumas emendas do Sr. Senador Ruy Barbosa – Oliveira Fonseca	Direito Civil
Condições impossíveis. Art. 121 do Projeto – A Redacção	Direito Civil
Emancipação dos menores: Art. 9 ns.III, IV e V do projecto – A Redacção	Direito Civil
Nulidades de pleno direito – Joaquim Guedes Correia Gondim Filho	Direito Civil
Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908 – Joaquim I. de A. Amazonas	Direito Civil
O Direito romano nos codigos da Europa – Hersílio de Souza	Direito Romano
Reynaldo Porchat e os seus ultimos livros – Netto Campello	Faculdade de Direito do Recife

O Direito romano nos codigos da Europa II – Hersílio de Souza	Direito Romano
Sobre a liberdade de testar – Clóvis Beviláqua	Direito Civil
Hipoteca em comum – Augusto Carlos Vaz de Oliveira	Direito Civil

Tabela 1 - Relação de textos analisados sobre obrigações e contratos na Revista Acadêmica de Direito de Recife.

Num primeiro momento, a simples constatação de que mais de 30% dos artigos levantados são de autoria de Clóvis Beviláqua já levanta um indício importante sobre a revista. Foi Clóvis o principal autor de direito civil da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife. Exercendo maior influência no pensamento privado de Recife, muitas das suas ideias estavam espalhadas pelos textos dos demais autores, havendo uma espécie de "linearidade" de pensamento entre eles..

Nesse sentido, como já sustentado por Lilia Schwarcz, havia em Recife "o predomínio de artigos escritos por professores que ocupam postos de comando na instituição no final do século XIX e no início do século XX".[524] No campo do direito civil, o maior nome era o de Clóvis que, entre 1891 e 1930, foi responsável pela publicação de cerca de 20% dos artigos publicados, quase sempre de abrindo ou fechando os diferentes números da revista, como se fosse necessário um nome de autoridade à ratificar a probidade da publicação.[525]

O modelo de pensamento de Clóvis, portanto, parecia ser o principal dentro dos muros de Recife. E, enquanto modelo, ideias sociocientíficas continuavam a pairar sobre todo o pensamento jurídico ali produzido, inclusive quando o assunto abordado se relacionava ao tema das obrigações e contratos. Tudo em Recife circundava um certo "padrão de cientificidade". Fossem os artigos de direito civil, criminal ou de direito público, se valorizava muito o científico, o novo, o estrangeiro.

O tema dos contratos e das obrigações, no entanto, não estava no centro de atenção dos juristas da revista. Era uma matéria secundária. Eram poucos os artigos que efetivamente tratavam sobre o tema. E, mesmo quando o abordaram, secundariamente, utilizaram da teoria obrigacional-contratual muito mais para tematizar questões locais ou nacionais do que para enfrentar questões teórico-

[524] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 114.
[525] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 114.

dogmáticas. Mais do que com o saber dogmático-jurídico, os juristas de Recife estavam preocupados com problemas concretos que poderiam atrapalhar o progresso da realidade brasileira. Estavam preocupados essencialmente com a modernização do direito civil brasileiro.

No texto de Manoel do Nascimento Machado Portella Junior, "O Decreto de 17 de janeiro de 1890", por exemplo, resta clara tal preocupação com a realidade das coisas.[526] Assim como era necessário modernizar o direito criminal, administrativo, constitucional brasileiro, era também necessário que se modernizasse a legislação civil sobre contratos e obrigações. A discussão sobre a edição do Decreto n. º 165-A de 17 de janeiro de 1890 aparece nesse contexto de "melhoramentos legislativos".

Segundo o autor, um dos relevantes incentivos ao aumento da negociação agrícola do país e crescimento do setor se devia à edição de uma legislação mais flexível e moderna sobre as operações de crédito móvel em benefício da lavoura e de suas indústrias auxiliares. Era a substituição de uma legislação ineficaz à dimensão do progresso capitalista, que centralizava a possibilidade de pactuação de empréstimo em uma só instituição (o Banco de Credito Real do Brazil), para uma legislação flexível, em que seria possível que vários agentes mercadológicos investissem no setor agrário brasileiro sob a garantia de penhor agrícola:

> As operações de credito móvel a beneficio da lavoura e industrias auxiliares não erão no Brazil reguladas por uma lei especial até que o Governo Provisorio constituido a 15 de Novembro de 1889 promulgou o Decreto n. 165 A de 17 de Janeiro de 1890.
> Existiam deficientissimas disposições, esparsas em leis e regulamentos referentes a outros e diversos assumptos, e conseguintemente em desacordo com as necessidades palpitantes da lavoura e industrias auxiliares. [...].
> Quer a lei de 1875, quer o regulamento de 1881 referião-se unicamente às operações que só serião feitas pelo Grande Banco de Credito Real que se organizasse e que devia ter em diversos pontos do territorio nacional caixas filiaes, e pelas Companhias que estabelecessem engenhos centraes: tinham caracter especial, e, portanto, eram inapplicaveis a qualquer operação de credito móvel que se precizasse fazer.
> Não se tendo organisado o tal Banco, e reconhecendo ser necessário, o legislador permittiu á quaesquer bancos, sociedade de credito real e á qualquer capitalista fazer empréstimos aos agricultores e ao mesmo tempo e expressamente revogou o art. 1.º da cit. Lei n. 2687.[527]

---

[526] Essa preocupação com a realidade é reafirmada em outros diversos artigos na revista, como por exemplo em: AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.57-66, 1910; e OLIVEIRA, Augusto Carlos Vaz de. Hyphoteca de parte de immovel possuido em comum. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 20, n. 1, pp.107-128, 1912.

[527] PORTELLA JUNIOR, Manoel do Nascimento Machado. O Decreto de 17 de janeiro de 1890. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.101-106, 1892, p. 101-102.

O compromisso do texto em defender o progresso do país através da modernização da legislação sobre empréstimos garantidos por penhor agrícola fica clara quando Portella sustenta que, embora o novo Decreto de 17 de janeiro de 1890 não pudesse ser considerado perfeito ou a última palavra a respeito da matéria que legisla, ele "contem disposições uteis e que atendeu aos reclames da classe agricola tornando-lhe fácil a obtenção dos meios de que precisava para progredir mais livremente, e assim concorrer para o engrandecimento do paiz".[528]

Entretanto, este é o seu maior (e talvez único) juízo de valor sobre a nova legislação. Não há no artigo a demonstração de uma cultura erudita sobre as influências ou não influências desse melhoramento legislativo. Portella apenas assume a tarefa de discorrer sobre os efeitos concretos da nova legislação, importando-se mais com a eficácia prática das disposições do que com a teoria dogmático-jurídica por detrás daquilo. Ou seja, parece muito mais se importar em informar as possibilidades concretas da lei do que com o seu conteúdo técnico-dogmático. Não há ali a discussão acerca dos prós e contras da legislação, das influências que acabaram por definir as disposições, dos melhoramentos a serem feitos; o que há é a mera informação da possibilidade de aplicação concreta da lei na realidade. Não se importa pela erudição do seu conteúdo, mas sim pela sua aplicabilidade prática.

A busca por uma modernização no campo das obrigações e contratos era uma mentalidade em Recife.

Por isso, era bastante comum a composição de críticas ao estado da legislação obrigacional-contratual brasileira nos artigos da revista, sendo que a principal solução para essa realidade de coisas estava no direito comparado.[529] Os textos de Clóvis Beviláqua, Tito Rosas, João Vieira de Araújo e Joaquim Ignácio de Almeida Amazonas são um bom exemplo disso.

---

[528] PORTELLA JUNIOR, Manoel do Nascimento Machado. O Decreto de 17 de janeiro de 1890..., p. 103.

[529] Não por acaso foram enviadas comissões à Europa e América para "investigar os progressos da ciência e do ensino". Sobre a questão, ver: A REDACÇÃO. Commisão na Europa**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.97-101, 1904.

Nos textos de Clóvis[530], o estudo do direito comparado ocupava lugar privilegiado.[531] Não por acaso é que grande parte das ideias sobre direito civil em Recife estavam quase sempre ligadas às doutrinas sociocientíficas e legislações estrangeiras.[532]

Em "Evolução dos direitos obrigacionaes", por exemplo, fica clara a tradução de conceitos biológicos-naturais para o mundo do direito, onde a grande influência de Clóvis para sustentar a evolução da teoria dos contratos e das obrigações no mundo era uma sociologia natural evolucionista inspirada em Darwin, Spencer, Hermann Post e Summer Maine. Toda evolução sustentada no texto era reflexo de um discurso científico-antropológico europeu de aperfeiçoamento do monumento obrigacional-contratual ao longo do tempo.[533] Todo o relato de Clóvis se baseia numa evolução sociológica das obrigações e contratos, que vai desde as sociedades mais primitivas, em que os vínculos obrigacionais eram solidários e coletivos, até o direito obrigacional-contratual moderno, essencialmente individualista.

---

[530] E da imensa maioria dos autores da revista, o que demonstra a influência de Clóvis na composição de ideias de Recife.

[531] Sobre o tema, apenas no período analisado, veja-se: BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.89-96, 1891; BEVILÁQUA, Clóvis. Breves noções da legislação comparada sobre divórcio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.43-51, 1892; e BEVILÁQUA, Clóvis. O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.217-227, 1903.

[532] Isso não significava, entretanto, que as influências estrangeiras eram copiadas ou meramente reproduzidas no cenário brasileiro. Essas influências estrangeiras, sempre tidas como referências cultas a serem utilizadas como modelo, eram traduzidas ao cenário nacional. Clóvis mesmo advertiu em um de seus textos que, embora o direito comparado atuasse como elemento de difusão e aplicação de direito no Brasil, aqui não se imitava o direito estrangeiro. Mais que entre "povos criadores" ou "povos imitadores" do direito, o direito brasileiro se encaixaria em uma terceira via, num ponto que, além de imitar, também criava. Isto é, desenvolvia um direito próprio às injunções locais da vida brasileira a partir de conceitos jurídicos alienígenas. Em suas próprias palavras: "Finalmente, apezar de termos muito fraca inventiva juridica, alguma cousa existe em nossa legislação que nos é própria. Colloco nesta classe as modificações e adaptações a que submettemos institutos ou leis que importamos, e as creações legislativas originadas de nossa vida juridica. Não são abundantes os exemplares destas duas espécies e muito menos da ultima, porém é possível assignalal-os.". Essa tradução significava "uma combinação terciaria – de elementos geraes ou universaes, elementos nacionaes ou próprios e elementos extrangeiros". Em: BEVILÁQUA, Clóvis. As leis da imitação no domínio do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.3-11, 1892, p. 9-10.

[533] Nas palavras de Clóvis, "A theoria dos contractos, tal como vemol-a esboçada nos systemas juridicos da antiguidade, não coincide com a que actualmente floresce em nossoscompendios e em nossas leis que aliás reproduzem, com alterações pouco profundas, os ensinamentos dos jurisconsultos romanos. Passando por successivas transformações, a idéa que germinará no rude cerebro de nossos antepassados produziu esgalhamentos de vegetação que nenhum espirito poderia, certamente, prever, por mais apto que fosse". Em: BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução dos direitos obrigacionais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 4, n. 1, pp.21-48, 1894, p. 29.

Era a aplicação de princípios empíricos-científicos estrangeiros extraídos da sociologia, física, biologia, geografia, antropologia, paleontologia, ao discurso obrigacional-contratual, sempre pregando uma narrativa histórica de desenvolvimento linear do tema obrigacional-contratual.

Quando teceu algumas críticas sobre a redação de uma emenda ao art. 77 do projeto de código civil que tramitava no Senado, que sugeria que apenas aos direitos comissivos era garantido o direito de ação, Clóvis fundamentou sua discordância em relação à emenda através da doutrina francesa, especialmente por Marcel Planiol, Théophile Huc, François Laurent e Edmond Picard.[534] Segundo Clóvis, embora distintos, a redação do artigo confundia desastrosamente gozo e exercício de direito. No entanto, com base na doutrina francesa, todo direito, seja ele comissivo ou omissivo, suporia a garantia da ordem jurídica.[535] Ali também utilizou da autoridade do código civil português para reafirmar sua posição.[536]

Quando falou sobre a forma de publicidade para os negócios de constituição e transmissão da propriedade e do contrato de edição, a utilização da legislação estrangeira era a mesma. O suporte argumentativo de Clóvis se baseava em menções expressas às legislações francesa, italiana, espanhola, portuguesa, chilena, mexicana e suíça como ponto de autoridade do debate.[537]

Quando tratou sobre a disciplina do enriquecimento injusto e do lugar que deveria ocupar nos códigos civis, os modelos analisados por Clóvis, para além da explicação do instituto no direito romano, foram os códigos da França, Alemanha, Itália, Chile, Uruguai, Espanha, Portugal, Bolívia, Áustria, Suíça e Japão.[538] Até mesmo quando se criticava ou debatia as disposições e emendas do código civil, o principal argumento das ponderações dizia respeito ao instrumento do direito comparado.

---

[534] BEVILÁQUA, Clóvis. O Código civil: A redacção do projecto de código civil no senado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.35-103, 1902, p. 83-84.

[535] BEVILÁQUA, Clóvis. O Código civil..., p. 87.

[536] "Antes disso, porém, será de bom conselho abroquelar esse producto do deleixo, com a autoridade do código civil portuguez, art. 12, que assim se expressa: 'Toda lei, que reconhece um direito, legitima os meios necessários para o seu exercicio'. E' o mesmo pensamento, variando a fórma por que se externa verbalmente. E não é de gozo, mas de exercicio que fala o legislador portuguez.". Em: BEVILÁQUA, Clóvis. O Código civil..., p. 83.

[537] BEVILÁQUA, Clóvis. O Código civil..., p. 99-101.

[538] BEVILÁQUA, Clóvis. Do enrequecimento illegitimo: Logar que se lhe deve assignalar nos codigos civis. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.3-13, 1903.

É o mesmo caso de Oliveira Fonseca que, quando debate as emendas de Ruy Barbosa sobre a natureza do contrato aleatório dos artigos 1.122 e 1.123 do projeto de código civil, diz que as ponderações de Ruy sobre o tema estavam equivocadas, pois a doutrina e legislação estrangeira, especialmente francesa e italiana, dizia o contrário. Citavam-se os italianos Alberto Marghieri e Luigi Borsari e o francês Paul Pont.[539]

Ou seja, o peso da influência estrangeira, ao menos nos assuntos de obrigações e contratos, era enorme.

Tito Rosas, ao tratar dos chamados "pactos sucessórios" e sustentar uma maior flexibilidade em relação à liberdade de testar, também utilizou do direito comparado para dar voz às suas preocupações. Ao longo de todo o texto, cita-se o direito francês, italiano, espanhol, português, holandês, austríaco, alemão, suíço, russo, peruano, argentino, chileno, haitiano, boliviano e uruguaio.[540] Seu objetivo era demonstrar como toda a legislação moderna já admitia aquilo que uma má interpretação da velha herança romana (e das Ordenações Filipinas) proibia. Há uma efetiva preocupação do autor em saber como as legislações estrangeiras tratavam a questão dos pactos sucessórios para definir como o direito brasileiro deveria, de uma maneira iluminada e moderna, lidar com ela.

O direito comparado parecia ser o caminho mais lógico para orientar o sentido do direito civil brasileiro e, por isso, era ele uma matéria essencial no desenvolvimento das ideias dos autores na revista.[541]

Tratando sobre um instituto novo, o seguro de vida para pessoas livres[542], João Vieira de Araújo também se utilizou da legislação comparada como principal

---

[539] FONSECA, Oliveira. O Projecto do codigo civil: Observações sobre algumas emendas do Sr. Senador Ruy Barbosa. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, p. 91-147, 1903, p. 105-107.

[540] ROSAS, Tito. Pactos successorios. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.41-59, 1896.

[541] Isso não apenas no âmbito do direito obrigacional-contratual, mas no âmbito de todas as matérias analisadas na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife. O que era feito em território estrangeiro era tão importante para os autores da revista que Tito Rosas foi até enviado para instituições de ensino europeias para investigar e comparar a organização e produção delas com a da Faculdade de Recife. Sobre a sua visita, ver o relatório por ele apresentado à Faculdade de Direito de Recife: ROSAS, Tito. Relatório apresentado á Faculdade de Direito do Recife pelo Dr. Tito dos Passos de Almeida Rosas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.15-90, 1903.

[542] Apenas se cogitava o seguro em relação aos escravos, pois encarados como coisas. Veja-se, por exemplo, a disposição a respeito do seguro marítimo no art. 686 do Código Comercial de 1850: Art. 686 - É proibido o seguro: 1 - sobre coisas, cujo comércio não seja lícito pelas leis do Império, e sobre

alicerce. A razão disso, mais que filosófica, era prática: “O seguro de vida não está regulado pelas nossas leis; dahi as duvidas que surgem no fôro, mas que já podem no momento actual ser plenamente dissipadas pelas fontes subsidiarias do nosso direito”.[543]

Ao lado da citação de autores nacionais como Lobão, Corrêa Telles e Coelho da Rocha, apareciam menções expressivas a autores como Edouard Lambert, Covarruvias, Pothier, Edgar Bezenet, Tartufari, Vivante, Enrico Levi e Dumaine; e legislações estrangeiras como a prussiana, francesa, italiana, suíça, britânica e estadunidense.[544]

Todo esse arcabouço intelectual estrangeiro funcionava como base de autoridade para que se sustentasse que o contrato de seguro no direito civil brasileiro não seguia mais um formalismo excessivo aos moldes do direito romano que repudiava estipulações em favor de terceiros.

Novos tempos exigiam o abandono desse exagerado apego ao direito romano. A legislação e doutrina estrangeira era a maior prova disso. O contrato de seguro de vida, mesmo como contrato de estipulação em favor de terceiro, era um negócio jurídico que deveria ser plenamente válido e admitido no direito contratual brasileiro:

> Vê-se assim que a doutrina dos autores estrangeiros, assim como a jurisprudencia dos paizes respectivos, não representam de modo algum um enxerto inorgânico no velho tronco do nosso direito civil; mas, ao contrario, o principio da estipulação para outrem ou o contracto a favor de terceiro é uma instituição que se formou e subsiste no nosso direito e jurisprudencia paralelamente ao direito francez e outros.[545]

Nesta valorização da legislação estrangeira, João Vieira de Araújo dá principal atenção ao código civil português, ratificando a passagem de Lafayette Rodrigues que afirmava que “Por vezes alegamos o código civil portuguez, o qual deve ter para nós mais autoridade do que os outros códigos estrangeiros”.[546] O código civil português, por isso, poderia ser utilizado como fonte subsidiária do direito brasileiro:

---

os navios nacionais ou estrangeiros que nesse comércio se empregarem; 2 - sobre a vida de alguma pessoa livre; 3 - sobre soldadas a vencer de qualquer indivíduo da tripulação.

[543] ARAÚJO, João Vieira de. Algumas questões sobre o seguro de vida. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 5, n. 1, pp.29-49,1895, p. 29.

[544] Sobre o tema, ver especialmente o intervalo entre as páginas 42-46.

[545] ARAÚJO, João Vieira de. Algumas questões sobre o seguro de vida..., p. 32.

[546] ARAÚJO, João Vieira de. Algumas questões sobre o seguro de vida..., p. 46.

> O direito privado portuguez, apezar do codigo identico ao nosso, em relação á invariabilidade dos pactos matrimoniaes e comunhão legal entre os conjuges, basta por si só para preencher as lacunas do brasileiro applicando-o nos casos omissos.[547]

Mas é interessante notar nessa passagem de João Vieira de Araújo dois elementos de contradição entre antigo e novo. Primeiro, a permanência ainda de Portugal como referência intelectual brasileira por partilharem uma "história comum", uma tradição longeva de referências. No entanto, e então vem o segundo elemento, tal referência não se dá tanto pela tradição, mas sim pelo símbolo moderno da codificação.

Joaquim Amazonas quando escreve sobre o Decreto n. º 2.044 de 1908 e o suposto fracasso da legislação que acabou por reformar a disciplina das letras de câmbio, notas promissórias e as operações cambiais, se insere também num cenário de valorização do direito comparado. Visando mais uma vez o aperfeiçoamento da legislação brasileira, debate o tema utilizando como principal referência o direito italiano, citando autores como Cesare Vivante, Ercole Vidari e Rodolpho Calamandrei.[548] A legislação estrangeira também é citada e debatida, especialmente as disposições cambiais da legislação francesa, espanhola, mexicana, italiana, uruguaia, chilena, alemã, suíça e inglesa.[549]

Além disso, sustenta que a reforma da disciplina das letras de câmbio, notas promissórias e operações cambiais pelo Decreto n. º 2.044 de 1908, substituindo os artigos 354 a 427 do Código Comercial de 1850, foi um tanto quanto equivocada, pois acabou por cercear o crédito da população:

> [...] com defeitos e falhas gravissimas, cerceadora do credito, contradictoria até, o que vem depor muito contra os nossos legisladores, e cujo moderlo começou, ha já algum tempo, a ser abandonado por defeituoso, por velho, mais velho mesmo que o código de 1850, pois é a lei allemã de 1847.[550]

Para Joaquim, um dos defeitos da nova legislação era copiar uma legislação antiga estrangeira que não apenas estava desatualizada, mas que também era contra os costumes, o direito anterior e os ensinamentos de todas as legislações

---

[547] ARAÚJO, João Vieira de. Algumas questões sobre o seguro de vida..., p. 46.
[548] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 59-60.
[549] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 59-61.
[550] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 61.

estrangeiras, exceto da Alemanha e Suíça.[551] Joaquim sustentava que a nova legislação não refletia a dinâmica social do povo brasileiro que ela regulava. Mais que isso, não refletia os novos tempos da humanidade – não refletia a dinâmica comercial das nações modernas.[552]

O seguinte trecho do texto deixa clara tal percepção:

> Erro foi não exigir a data como requesito essencial da letra de cambio; para fugir a esse erro, o legislador, como si só legislasse para homens honestos, para pessôas incapazes de uma fraude, concedeu ao portar o incrivel mandato tácito de inserir a data que o emittente ou aceitante havia deixado de declarar no saque (quando a letra se vencesse a tempo certo da data da emissão) ou no acceite (quando a tempo certo da vista), sem se lembrar que, pouco tempo havia, se creara entre nós uma instituição que poderia servir para sanar esse erro lamentavel.
> Uma vez que o legislador insistiu, contra todos os ensinamentos da sciencia do direito, das legislações extrangeiras, do nosso direito anterior e do simples bom senso, em não considerar a data como requesito essencial da letra de cambio, nada mais fácil do que determinal-a, quando necessaria, sem conceder ao portador esse prigoso mandato tácito: era só mandar que nas letras em que fosse necessario determinar a data da emissão ou do acceite, por não tel-a, esta fosse a do dia em que se apresentasse a letra ao registro facultativo de titulos e documentos particulares.[553]

A ausência de cláusula de juro nas letras nos termos do decreto, segundo Joaquim, também era um forte empecilho à circulação de crédito. A preocupação de se instituir uma legislação que acompanhasse os ímpetos econômicos de uma sociedade efetivamente moderna era grande:

> Outro defeito gravissimo é o resultante do art. 44 da lei, o qual declara que é considerada não escripta, para os effeitos cambiaes, a clausula de juros.
> Ora isto é dificultar o credito. “O dinheiro ganha dinheiro”; é um aphorismo, um principio de Economia Politica. Porque só o dinheiro cambiado não pode ganhar dinheiro?
> [...] prohibindo a clausula de juros, diffucultou a expansão do credito, inutilizou quasi o dispositivo do art. 49, o que é um erro formal em um paiz novo, como o nosso, que precisa sobretudo de credito para poder progredir.[554]

Os trechos destacados demonstram o tamanho da insatisfação de Joaquim com o novo decreto. Mais que as legislações dos povos civilizados, a legislação

---

[551] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 62.

[552] É interessante notar que ao invocar também a tradição como subsídio argumentativo para defender o equívoco da nova legislação há uma valorização do passado perante o novo. Para Joaquim, nem tudo que é novo ou estrangeiro é necessariamente bom. Há aqui não uma tentativa de ruptura com o velho, mas sim uma tentativa de resgate da antiga legislação brasileira no que diz respeito à matéria analisada.

[553] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 63.

[554] AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908..., p. 65.

estaria em descompasso com a tradição brasileira, a ciência moderna do direito e com a lógica das operações comerciais do mundo moderno, que tinham a necessidade de legislações que favorecessem uma grande dinâmica de circulação de crédito. Sendo a legislação estrangeira o principal parâmetro do que é juridicamente bom ou ruim, o Decreto n. º 2.044 de 1908 era péssimo aos interesses de modernização jurídica e econômica do Brasil do início do século XX.

O direito comparado, portanto, era uma ferramenta tão importante em Recife que era impossível que os autores da escola escrevessem uma resenha, um texto, um artigo, sem promover um diálogo com referências estrangeiras. O estrangeiro era o parâmetro civilizatório utilizado na narrativa dos autores da revista. Há uma sensação muito presente na análise dos textos de que, quanto mais os autores do período recorressem a fontes e referências estrangeiras, melhor e mais completo seria o trabalho feito.[555]

Isso porque a utilização do direito comparado é vista pelos autores de Recife como uma das maiores possibilidades de reforma e atualização de todo o direito brasileiro, inclusive obrigacional-contratual. Era pela observação das leis modernas estrangeiras que todo o direito brasileiro poderia evoluir. Lembremos novamente de Isidoro Martins Júnior. Sua preocupação era sobre a lentidão com que o Direito Civil vinha se alterando em relação a outras disciplinas. Enquanto outras disciplinas estavam a progredir com a absorção de teorias cada vez mais modernas, biológicas, sociológicas, naturais, o direito civil ainda era movido por carros puxados a bois em plena era do vapor.[556]

No entanto, embora o novo, o progresso e o constante esforço de se promover melhoramentos legislativos na legislação obrigacional-contratual brasileira pelo instrumento do direito comparado estivesse à mesa, isso, por si só, não fazia com que a sombra do antigo desaparecesse.

Os exemplos são os mais variados e se dão dentro e fora do direito civil.

Numa discussão típica de direito administrativo, por exemplo, a revista publicou o resultado de uma consulta feita à faculdade pelo Ministro do Interior onde

---

[555] Essa tendência acompanhou a grande maioria dos textos analisados. A ferramenta do direito comparado era a grande estratégia de análise e debate dos textos publicados. Dentre os 24 artigos observados, por exemplo, praticamente todos levantam, em maior ou menor grau, o estado da discussão, do instituto ou do conceito estudado na doutrina, legislação ou jurisprudência estrangeira.
[556] MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil..., p. 44.

se perguntava se, com a proclamação da república e abolição do regime monárquico de governo, os privilégios reais das princesas sobre os bens dados a elas pela Coroa se aboliram ou não. Tratavam-se de dois pareceres divergentes compilados na revista, cuja publicação em texto único restou intitulada “Bens patrimoniais das ex-princezas DD. Isabel e Leopoldina”.

A questão a ser respondida na consulta, conforme publicada no parecer, era a seguinte:

> Tendo sido abolidos pela revolução de 15 de Novembro de 1889 todos os privilegios que se prendiam ao regimen monarcgico, ficou ou não ipso facto abolido o direito das ex-princezas sobre seus patrimônios, visto como estes somente lhe foram concedidos para a manutenção da representação e decorso social compativeis com a elevada posição que occupavam na monarchia?[557]

O primeiro parecer foi subscrito pelos professores Augusto Carlos Vaz de Oliveira, Manoel do Nascimento Machado Portella Junior, Henrique A. de A. Milet, José Joaquim de Oliveira Fonseca e Adolpho Tacio da Costa Cirne. Nele a questão é vista por um olhar muito mais privatista do que público. Segundo o parecer, pelo fato de haver um compromisso contratual de dote da nação às ex-princesas quando dos seus casamentos, haveria a obrigação moral e jurídica da nação de continuar a cumprí-lo, independentemente do regime político escolhido:

> E’ assim que:
> 1º Pelo art. 112 da Constituição do Imperio tomou a Nação o compromisso de dotar as ex-princezas, quando essas houvessem de casar.
> 2º Pelas leis n. 166 de 29 de Setembro de 1840 e n. 1217 de 7 de julho de 1854, foi objectivado aquelle compromisso, individuando-se o dote e determinando-se o modo, condições e clausulas, pelas quaes se deveriam realisar os contractos ante-nupciaes, que pelas citadas leis foram autorisados.
> 3º Pelos contractos ante-nupciaes de 11 de Outubro de 1864 e 1 de Novembro do mesmo anno, foram executadas aquellas leis, sendo em ditos contractos estipulados os dotes por ellas determinados e ficando por consequência a sura irrevogabilidade dependente apenas da realisação dos casamentos, que effectivamente tiveram lugar.
> Assim ve-se que, tendo havido primitivamente uma simples policitação sem objecto determinado, esta tornou-se posteriormente de cousa e quantia certa e finalmente transmou-se em um contracto, do qual decorre para a Nação (pessoa moral) a obrigação de realisar ou cumprir as prestações nelle exaradas. [...].
> Nesta conformidade, é fácil de conprehender que, tratando-se de actos e factos da vida civil, embora tivessem eles uma origem, que se prendia ao

[557] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina (Parecer da commissão nomeada pelo Director da Faculdade sobre consulta do ministro do Interior). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, p. 12-23, 1892, p. 15.

> regimen politico então em vifor, devem os effeitos desses actos ou factos ser regulados só e exclusivamente pela lei civil.[558]

Pelo fato de a questão circundar um contrato de dote, a disciplina incidente sobre o caso seria exclusivamente a lei civil. Isto é, a regulação do caso deveria se basear pela disciplina do contrato de dote, devendo sempre ser observada a finalidade do contrato à solução da questão a ser respondida na consulta:

> De facto, o dote é um contracto, que, como tal, produz direitos e obrigações entre o dotador e o dotado.
> Esse contracto rege-se por leis especiaes, cuja única objectivação è a conservação dos bens na familia e a segurança do futuro dos filhos.
> E' mesmo um contracto anti-economico e privilegiado em razão do fim para que foi instituído, e por essa razão não se pode deixar de ter em vista esse mesmo fim, toda vez que se houver de interpretal-o ou executal-o.
> Já os antigos diziam: "*Dotium causa semper ubique proecipua est*. L. 1ª, '*D. Soluto matrimonio*'.
> E o próprio Troplong, que aliás era inimido declarado desse instituto juridico, todavia confessa que *a causa do dote, o qual procura alimentos á familia e lhe assegura o futuro, tem direitos privilegiados incontestaveis*.[559]

Dois pontos são interessantíssimos nesta passagem.

Primeiro, as referências utilizadas pelos pareceristas no ponto. Ao mesmo tempo que invocam um argumento tradicional extraído do *Digesto*[560], possuem uma outra clara referência moderna legalista francesa do século XVIII para sustentar a proteção da disciplina contratual privada, a autoridade de Raymond-Théodore Troplong. Ou seja, num jogo de referências, há uma mescla, consciente ou não, entre a autoridade do antigo e a mentalidade moderna que dominava o mundo jurídico ocidental desde a segunda metade do século XVIII.

Segundo, há um claro esforço dos pareceristas para identificar na relação Estado-princesas a existência de uma relação jurídica de direito privado. O instituto do contrato de dote entre privados é o que regularia a relação das partes, sendo o dotador o Estado brasileiro e as recebedoras do dote as ex-princesas. O Estado representaria o pai que dá os bens às filhas e às mulheres da família quando se

---

[558] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 13.

[559] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 14.

[560] D. 24, 3, 1 (§ 73): "Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium". [Tradução livre: A razão de ser do dote sempre, e em toda parte, é especial, pois também é do interesse público que as esposas conservem o dote, visto que é necessário que as mulheres sejam dotadas para que concebam prole e ao máximo completem a sociedade com filhos].

casavam, sendo a finalidade do instituto do dote a conservação dos bens na família e a segurança do futuro dos filhos. O Estado brasileiro é o pai que se preocupa com a continuidade e sustento da família das filhas, as ex-princesas. Isso demonstra, além de uma clara personificação do Estado como algo doméstico-privado, a presença de uma forte imaginação das relações políticas focadas sob o modelo da família. Isto é, para esses pareceristas, a lógica estruturante do dote nas relações políticas obedecia à injunção familiar do dote na esfera doméstica, sendo o Estado o "pai", as princesas as "filhas" e o dote uma obrigação moral e jurídica entre eles.

A questão debatida, nesse sentido, é vista como questão essencialmente de direito privado, numa lógica doméstica, em que não havendo causa justificadora da hipótese contratual de reversão de bens, não há que se sustentar que as ex-princesas, com a abolição da monarquia, perdiam a propriedade dos bens dado como objeto do contrato de dote:

> Si pois o dote é um contracto privilegiado, donde resulta para o dotador a obrigação de entregar o objeto sobre que recahe, logo que fôr effectuado o casamento, a não ser que se haja estipulado praso para a entrega; si uma vez entregue, somente pela dissolução da sociedade conjugal extinguem-se os direitos do marido sobre elle, devendo então ser em regra restituído á mulher ou á seus herdeiros, quer tenha sido ele instituído pela própria mulher, quer pelos paes, quer por extranhos; si finalmente esta regra só deixa de ter lugar quando a reversão do dote houver sido estipulada pelo dotador no contracto ante-nupcial, especificando-se os casos em que deva ter lugar a mesma reversão; é manifesto que fora dos casos de reversão expressamente estipulada, o dote é um contracto irrevogável e os bens que o constituem jamais poderão voltar ao dominio do dotador.
> E tendo sido estipulado nos contractos matrimoniaes das ex-princesa, como unicos casos de reversão o morrérem ellas sem descendência, ou extinguir-se esta depois de sua morte, é óbvio que, não se tendo realisado nenhuma das duas hypotheses, não podem os bens que constitutem seus dotes voltar ao dominio da Nação.[561]

Todo o argumento é construído sob a personificação da nação à figura do dotador, do "pai", que está imerso sob a disciplina doméstica e civil das regras e princípios do tradicional instituto do dote. Isso dimensiona outros tipos de argumentos no texto, como o de "um paiz não muda de legislação civil, sómente porque mudou o seu regimen politico"[562] e o de "mesmo porém tal mudança venha a ter lugar, não

[561] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 14.
[562] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 15.

poderá ella jamais referir-se aos factos consumados sob um regimen anterior, nem destruir direitos adquiros sob o mesmo regimen".[563] Nos termos do parecer,

> Estes principios, cuja efficacia é universalmente reconhecida relativamente aos direitos adquiridos em virtude de uma lei anterior, são ainda mais rigorosos, quando se reara de direitos adquiridos em virtude de contractos.[564]

Era uma resposta tradicional para um problema moderno. Significava uma valorização da disciplina doméstica e conservadora do contrato de dote tradicional a um problema novo de queda do regime monárquico e substituição pelo regime republicano.

Além disso, pelo tradicional contrato de dote ser visto como o elemento central da relação entre as princesas e o Estado, o elemento de consensualidade do acordo se sobressaía a qualquer outro na relação. Isso fica claro na seguinte passagem:

> Ora, na presente hypothese trata-se de direitos para cuja existencia concorreram simultaneamente a vontade do legislador e a convenção das partes. Logo, a simples vontade do legislador não será bastante para aniquilal-os, visto como ella por si só não lhes deu a existencia.
> Mas, além de que os direitos das ex-princezas não se originam simplesmente de ditas leis e sim principalmente dos contractos matrimoniais feitos em virtude delas, não podendo portanto ser destruídos por lei posterior, acresce que o dispositivo dessas leis relativo aos dotes e patrimônios por ellas creados uma vez executado, torna-se um facto consumado, que nenhuma outra lei posterior, ainda que as revogue expressamente, poderá nulificar.
> Foram leis que já produziram todo seu effeito, que era autorisar os contractos dotaes e que portanto apenas existem em nossa legislação como simples testemunhos historicos, dos factos a que se referem.[565]

A valorização do consenso como elemento a confirmar a permanência dos bens na esfera jurídica das princesas significava a valorização do pacto e uma certa desconfiança dos juristas em relação ao Estado. O argumento de que os bens deveriam voltar à tutela do Estado pela Proclamação da República parecia ser um argumento que sustentava apenas sob uma espécie de tentativa de usurpação de bens privados pelo Poder Público. O Estado, sob o argumento de proteção ao interesse público, estava se metendo onde não devia e usurpando aquilo que a sociedade do século XIX idealmente mais prezava: a propriedade dos privados.

---

[563] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 15.
[564] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 15-16.
[565] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 16.

Essa preocupação em relação a uma postura um tanto quanto tirânica do Estado fica clara na seguinte passagem do parecer:

> Reconhecendo-se a verdade do que fica exposto, tem-se pretendido atacar os direitos das ex-princezas sobre os seus bens patrimoniais, com a paradoxal alegação de que *não ha direito adquirido contra o direito dos povos ou a felicidade e interesses publicos*. [...].
> Entretanto ninguem em bôa fé poderá desconhecer o perigo, que resulta da adopção de uma tal theoria, que felizmente em tempo algum poude penetrar no campo da sciencia do direito.
> Si ha direitos adquiridos contra o interesse publico, si os direitos da collectividade exigem a cessação desses direitos individuaes, por não poderem coexistir com elle, ahi está o remedio legal da desapropriação com indemnisação previa para tudo conciliar.
> O contrario será o cahos e anarchia sociaes erigidos em principio de ordem publica, e, o que é mais, a negação da propriedade e do regimen democrático, por fazer desaparecer a iniciativa individual com os direitos que lhe são consectários, absorvida pelo estado.[566]

Por outro lado, o professor Adelino Antônio de Luna Freire Filho discorda que a questão levantada pertença ao puro domínio do direito civil. Para ele, trata-se "antes de um instituto publico-juridico, que tinha como causa ocasional um daqueles casos – o casamento".[567]

Adelino Filho se utiliza da pandectística suíça, em especial, de Johann Kaspar Bluntschli, para firmar tal posição. Há aqui uma expressa referência que marcaria a transição de um direito antigo para um direito moderno,

> [...] entre a falsa theoria antiga, que só via naqueles privilegios direitos absolutos e inquestionáveis, e a theoria moderna, que sem medo nem pavôr illumina com a luz da critica instituições divinas, regias ou humanas, para tirar delas o conceito justo de estructura, physiologia e vitalidade.[568]

Isso demonstrava uma quebra de um discurso de Antigo Regime, que via no aspecto da nação a personificação da figura do dotador-pai e o Estado como modelo doméstico. Para Adelino Filho, tratando-se de um dote em seu aspecto nacional, não haveria que se falar que a disciplina privada do dote fosse utilizada como subsídio à resolução de uma questão de direito público. O que haveria ao caso seria uma dotação; não dote. Não se poderia identificar na figura do dotador-pai a figura do Estado. Não se poderia confundir um instituto tradicional do direito privado, que se relaciona intrinsecamente à disciplina do direito de família, ao campo público e político

---

[566] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 17.
[567] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 18.
[568] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 19.

da dotação monárquica. Haveria aqui uma confusão entre a nação e a família, entre Estado e pai. Uma confusão entre institutos distintos, com finalidades distintas, em campos distintos do direito. Enquanto o dote viria de uma instituição que visaria pura e diretamente interesses da família, a dotação visaria interesses públicos-políticos.[569]

É por isso que, utilizando-se mais uma vez de Bluntschli, Adelino Filho rejeita a associação da ideia de Estado como pai e a disciplina doméstica da casa como modelo às relações público-políticas. A casa e a república possuiriam lógicas diversas e, portanto, não se identificariam entre si:

> "A dignidade da monarchia", diz Bluntschli, "reclama o brilho e a riqueza da vida exterior"... "a riqueza é indispensavel ao principe e a sua familia, nos quaes a honra da nação se concentra para brilhar com todo o explendor"... "A riqueza da monarchia, como sua pessôa, é consagrada aos interesses públicos. A economia de sua caza não è a de uma familia privada"
> Pela noção dos dous institutos vé-se que não pode ter o mesmo conceito, a mesma intensidade e permanencia.
> A familia, elemento estatico, conservador da sociedade, suscita interesses com o caracter de durabilidade; interesses com a mesma essencia do fundamento em que elles assentam. Desde que ha necessidade em prolongar a vida da familia tanto possivel, as prescripções juridicas que a isto visam, devem ser também de effeito duradoro e permanente. Quando se passa desta esphera restricta para a mais ampla do Estado, os conceitos estreitos da primeira, os interesses a ella peculiares não podem ser aplicáveis a esta outra, cuja área, sendo mais folgada, suporta um jogo mais franco das atividades ahi contidas, dos interesses que a constituem.
> A dotação aos principes, não tem por causa a constituição da familia, mas o alargamento do brilho e da riqueza que carece a monarchia. Pela causa, pois, são diferentes os dous institutos; a feição de um não é a do outro.
> No dote, o dotador é levado por motivos originados da constituição e felicidade da familia, na dotação, o dotador é uma personalidade politica, - a nação – que não é arrastada por aquelles motivos do contrario dotaria a todos que se cazassem; mas por motivos: publico-politicos – o aumento de riqueza dos princepes que se cazam, que carecem de novas galas e grandezas.[570]

A rejeição à disciplina do direito civil para regular a questão, tratando o instituto da dotação como público-civil ou político-civil, é o que possibilita que Adelino Filho complexifique a questão e chegue a sustentar a possibilidade de reversão do patrimônio dado às ex-princesas pela nação. Tal caminho seria de uma ordem natural do progresso civilizatório, em que privilégios pessoais naturalmente tenderiam a desaparecer em pró do cosmos político, do interesse público, do progresso social.

No entanto, em um outro artigo, Adelino Filho reproduz um contrassenso à sua opinião exarada sobre os bens dotais das ex-princesas. Agora a discussão se

---

[569] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 19.
[570] BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina..., p. 20.

dava sobre o conceito jurídico de funcionário público e, novamente, a associação Estado-casa apareceu.

Utilizando-se da doutrina administrativista alemã de Paul Labant, Adelino Filho sustenta que o dever de prestar serviços ao Estado sustenta-se por três fundamentos. Um *contracto*, em que as partes seriam iguais e independentes; o *imperium* estatal, em que o Estado pode obrigar os seus súditos ou cidadãos à prestação de determinada atividade, o que equivaleria ao pátrio poder, "que autoriza o pae a exigir dos seus filhos certas obrigações e cumprimentos de deveres"[571]; e, por fim, a junção dos dois, o *contracto* e o *imperium*, em que ao mesmo tempo há a vontade livre do empregado e do outro a soberania do Estado.[572]

Note-se, nesse sentido, que o autor sustenta que assim como os filhos devem aos pais gratidão, obediência e obséquios, os cidadãos ou súditos têm a obrigação de cumprir certas obrigações em pró do interesse estatal. Em outros termos, o poder de *imperium* do Estado face aos seus cidadãos ou súditos equivalia à autoridade do *paterfamilias* em sua casa, em que assim como havia um dever de gratidão dos filhos para com os pais, havia o dever de fidelidade dos súditos ou cidadãos para com o Estado, que tinha o papel doméstico de guiá-los, protegê-los e corrigi-los.

E é esta fidelidade "especial" ao Estado que diferenciaria um contrato entre particulares de um contrato com o Estado. Concordando com o publicista alemão, nos termos defendidos por Adelino Filho,

> Esta relação pressuppõe um contracto, desde que intervem um consenso especial, a demonstração da vontade do individuo na investidura do emprego. "O Estado deve manifestar a vontade de tomar a seu serviço uma pessôa, e esta deve concordar em entrar para este serviço. Este contracto não é porém do direito das obrigações; mas crea antes para o Estado um poder, para o empregado um dever de obediencia, de fidelidade, de prestação, além do dever do Estado de defesa e de garantia da paga, do ordenado etc."
> A natureza toda especial do contracto neste particular ainda se torna mais patente, si observarmos que a falta de cumprimento dos deveres por parte do empregado não é uma violação de contracto, que sel-o-ia, si se tratasse de um pacto da vida civil; mas é uma transgressão, um delicto, correspondente á felonia do vassallo. Por outro aspecto:- o cumprimento dos deveres inherentes ao emprego não é cumprimento do contracto, ante a realisação da fidelidade promettida, do dever de obediência.[573]

---

[571] FREIRE FILHO, Adelino Antônio de Luna. Conceito jurídico do funcionario publico. Sua responsabilidade patrimonial. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 4, n. 1, pp.59-65, 1894, p. 60.
[572] FREIRE FILHO, Adelino Antônio de Luna. Conceito jurídico do funcionario publico..., p. 60.
[573] FREIRE FILHO, Adelino Antônio de Luna. Conceito jurídico do funcionario publico..., p. 61.

Para Adelino Filho, essas três classes de relações (do *contracto*, do *imperium* e da mescla dos dois) bastariam para explicar as relações de direito administrativo daquele momento, sendo elas compatíveis com a realidade das coisas do período:

> As analogias entre as tres classes de relações dos empregados e as relações do meramente obrigados por contracto civil, dos filhos famílias e dos vassalos, têm o mérito de ser filhas de observações objetctivas, que não pura creações de um doutrinalismo racionalístico.
> Sem duvida a origem das actuaes relações funcionais é aquella mesma, não tendo tido o direito administrativo necessidade de creações ficticias, mas carecendo somente insuflar força evolutiva nos institutos já existentes.
> E foi esta a causa que nos levou a, de preferencia, expor a opinião do ilustre publicista alemão, adoptando-a como sufficiente para a explicação das relações publicas entre o Estado e seus funccionarios.[574]

Tal representação evidencia a presença de um imaginário jurídico de um Estado que ainda é pautado à simbologia da casa e, ainda mais, de um contrato (público) cuja força motriz não é a vontade das partes, mas sim, para além disso, um dever de fidelidade mesclado à liberdade pessoal do cidadão.[575]

É uma discussão jurídica que representa, mais uma vez, as hesitações entre antigo e novo no direito brasileiro em quase pleno século XX.

Mesmo Clóvis Beviláqua, que utilizava de um desenfreado naturalismo nos seus artigos, correntemente enunciava proposições de forte valorização ao antigo. Quando falou sobre a comunhão de bens entre cônjuges como uma das mais belas conquistas do direito de família moderno, exaltou que este regime de comunhão ainda corresponderia

> "[...] melhor à índole da sociedade domestica, que, por sua estreita união e pela transfusão dos interesses dos que a compõem, faz do casamento a *individua vitae consuetudo*, o *consortium omnis vitae*, segundo as belas e enérgicas expressões do direito romano.[576]

Sobre o papel da mulher, embora tenha reconhecido que a família primitiva era fruto dos seus próprios tempos e que a evolução da vida em sociedade vinha trabalhando por emancipar a mulher, também sustentou que "a comunhão de bens entre cônjuges, sem reluctancias, esta nova instituição" era "filha dos sentimentos de

---

[574] FREIRE FILHO, Adelino Antônio de Luna. Conceito jurídico do funcionario publico..., p. 61-62.

[575] É interessante notar que agora Adelino Filho se contradizia àquilo suscitado a respeito da reversão do contrato de dote das ex-princesas Isabel e Leopoldina. Se lá ele tinha sustentado expressamente que a associação da ideia de Estado com a casa era impertinente, aqui parece pregar o oposto disso.

[576] BEVILÁQUA, Clóvis. Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp. 137-171, 1892, p. 140.

benevolência marital".[577] A evolução do papel da mulher na esfera doméstica não excluía a existência de um chefe no âmbito da família:

> Meu poncto de vista é outro e falo simplesmente da egualdade civil, na esfera das relações domesticas, e, mesmo assim, sem desconhecer que a sociedade familial não dispensa um chefe, e que este só pode ser o homem.[578]

Quando discorreu sobre o contrato de dote, asseverou que ainda àquele momento de virada do século, mesmo havendo várias outras nações modernas que não aceitavam ou repeliram o regime dotal[579], ele era ainda aplicado e regulado essencialmente pelo direito romano justinianeu no Brasil do período:

> [...] a materia do dote se regula ainda, entre nós, pelos principios do direito romano compendiados nos títulos do Digesto e do Codigo, sob a rubrica – *de jure dotium*, com as modificações trazidas por nossas leis, em geral, e pelo uso das nações cultas contemporaneas.[580]

A própria presença, exploração e discussão em pleno século XX no artigo sobre o contrato de dote e arras, nome dado a pensão ou coisa certa que o marido no contrato dotal designava para a mulher em caso de sua morte, assinala os indícios de certas permanências de Antigo Regime no pensamento privado brasileiro.

A manutenção da família como mônada mais importante da vida social reclamava, por exemplo, o elogio da impossibilidade do divórcio pela mera vontade das partes na virada do século XIX para o XX:

> A lei de 24 de Janeiro atendendo aos costumes de nosso povo, á respeitabilidade com que é cercada a familia brasileira e sobretudo á honestidade de nossas patriciais que, pode encontrar excepções, não deixa de ser de uma vulgaridade enobrecedora, não aceita o divorcio, porem simplesmente a separação de corpos que não extingue o vinculo matrimonial.
> [...].
> Por outro lado acenar com o divorcio, na acepção lata data palavra, é provocar desuniões frequentes que ainda mais profundamente dissolvem a cohesão da vida da familia e da sociedade. A solução melhor parece que seria permitir o divorcio com a máxima parcimonia, em casos graves e taxativamente limitados pela lei, interdizendo ao conjuge culpado contrahir outro casamento.
> [...].

---

[577] BEVILÁQUA, Clóvis. Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges..., p. 141.
[578] BEVILÁQUA, Clóvis. Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges..., p. 141.
[579] BEVILÁQUA, Clóvis. Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges..., p. 155.
[580] BEVILÁQUA, Clóvis. Apontamentos sobre a evolução de alguns regimes de bens entre cônjuges..., p. 152-153.

> Estabelecer o divorcio seria crear artificialmente uma perigosa instituição que, não correspondendo ás necesseidades sociaes, incitaria a dissolução da sociedade familial.[581]

Facilitar o divórcio era facilitar a destruição do compromisso do contrato de casamento; era facilitar a destruição de todo o caráter natural, sacro e moral das relações familiares.

Em “Sobre a liberdade de testar”, a valorização à família como comunidade natural era ainda mais presente. O curso da evolução jurídica, com a propagação de sentimentos benévolos, de ordem ética[582], fez com que a liberdade incondicionada de testar fosse cada vez mais limitada. A tendência da sociedade moderna seria não a de valorizar o indivíduo como mônada isolada da sociedade, fazendo ele o que bem entender, mas sim seria a de vê-lo como parte de um todo maior, mais perfeito, mais consciente de um cosmos social:

> [...]. Mas, tanto quanto signaes inilludiveis e tendencias pronunciadas nos podem auctorisar uma antevisão do futuro, é licito affirmar que o direito não sanccionará o voto dos que hoje reclama, em nome do progresso, a liberdade de testar, que, aliás, vemos brilhar nos afastamentos do passado, para além do inicio da era christã. Effectivamente o progresso do direito e da vida social tem dado maior vigor ás razões de ordem moral e sentimental, que limitara, entre os romanos, a liberdade de testar do pater familias. Em nossos dias, vai se esclarecendo a consciencia do homem, e elle percebe, lucidamente, e, mais profundamente ainda, sente que não é um ser independente do meio social, dentro do qual existe, que, ao contrario, é um producto da elaboração do passado, que depende da familia, da patria e da humanidade, e que, em relaçãoa essas tres modalidades da coexistencia humana, tem deveres e responsabilidades a que se não pode subtrahir.[583]

O futuro não se anunciava mais como a era do individualismo. Pelo contrário, era necessário que se achasse um meio termo entre o individual e o coletivo. Ao menos quanto à liberdade de testar, não era possível que a vontade individual do sujeito prevalecesse acima de qualquer coisa. Haviam empecilhos de ordem jurídica e moral para isso.

O empecilho jurídico era porque embora pudesse se alegar que o sujeito individual tinha o direito de dispor de tudo que é seu, a propriedade não era mais absoluta. A vida coletiva retirava o seu absolutismo e mesmo a liberdade do sujeito podia ser restringida para a proteção sua e de sua família, como é nos casos da

---

[581] BEVILÁQUA, Clóvis. Breves noções da legislação comparada sobre divórcio..., p. 47.
[582] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 20, n. 1, pp.5-24, 1912, p. 8.
[583] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 9.

interdição e da nulidade das doações, por exemplo.[584] Autorizar a liberdade desenfreada de testar seria perturbar "a marcha normal do movimento econômico e da evolução família".[585] E aqui continua a destacar que o arbítrio do indivíduo, ou a sua liberdade, não era a lei absoluta das coisas. A proteção da família e da comunidade estava em primeiro lugar:

> Ora, se essa liberdade póde ser limitada sempre que o interesse geral o exigir, porque não há de sel-o, quanto a disposição dos bens causa mortis? E se os partidários da liberdade de testar lhe admittem restricções, quando há filhos menores ou incapazes, reconhecem que o arbítrio do individuo não é a lei suprema, deante da qual se devam curvar todas as forças e abater todos os sentimentos. Quando ele é injusto, immoral, pernicioso á sociedade, quanto contraria os fins da cultura humana ou os interesses superiores da collectividade, ha de ser, necessariamente, contido.[586]

O empecilho moral defendido por Clóvis se baseava no fato de que era um contrassenso supor que uma ilimitada liberdade de testar pressuporia a consolidação do poder doméstico do pai. Em verdade, isso apenas daria azo à substituição do amor familiar pelo interesse material do lucro. A naturalidade, unidade e honestidade da família se perderiam. Nas palavras de Clóvis,

> Suppor que a liberdade de testar consolidade a auctoridade paterna, é tirar a essa auctoridade, instituída para a educação da prole, o seu fundamento moral, feito de deveres e affeições reciprocas, para baseal-a no interesse do lucro. Desapparecem os impulsos de veneração, o respeito e a gratidão dos filhos, passa-se uma esponja sobre o prestigio da experiência e da rectidão, sobre o sentimento de responsabilidade e sobre o amor dos paes, e no centro dessa ruina levanta-se o estimulo de um interesse inferior, que sómente inclinações inferiores poderá suscitar, como a hypocrisia, a intriga e a ganância.[587]

Quase que por uma teoria das virtudes, portanto, Clóvis defendia a posição de que não se podia simplesmente autorizar a possibilidade que o testador testasse como bem quisesse. A principal razão era a proteção da família, dos bons costumes, da negação ao egoísmo e à animalidade do sujeito.[588] Era dever do homem, assumido como o pai, o senhor, o chefe familiar, zelar pela sua família:

> O homem tem deveres imperiosos a cumprir em relação á familia. Se há um filho mau, que o desherdem, mas, por causa desse degenerado não sacrifiquemos os bons, e, sobretudo, não compromettamos os laços que

[584] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 11.
[585] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 14.
[586] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 16.
[587] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 16-17.
[588] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 16-17.

> unem a familia em torno de seu chefe, porque é nesse ambiente de affectos, de prestações reciprocas, que o homem recebe o seu preparo moral, e se torna um elemento útil do progresso cultural humano.[589]

Liberar o testador de certas amarras em relação à liberdade de testar, portanto, era colocar em risco a preservação do amor familiar no âmbito doméstico.

E há aqui, novamente, indícios de permanências de um sistema de valores morais do Antigo Regime no direito privado brasileiro. Para além da unidade da família sob a hegemonia do *pater*, é fácil verificar o plano de fundo das coisas que atestam, por exemplo, a existência de direitos e deveres sobre os membros e as coisas da família, uma imagem da família e do mundo doméstico como grupo e universo de afetividade com prestações recíprocas entre si (assim como Deus e suas criaturas, Cristo e a Igreja, Igreja e fiéis, reis e súditos etc.) e, o mais importante, a existência de um dever moral (e até juridicamente exigível) do homem a exercer uma hierarquia profícua à unidade familiar. Ou seja, de não subversão a uma ordem de coisas nem quando tal subversão se faz em nome da liberdade dos modernos.

Os altos interesses da família e a proteção aos seus afetos eram mais importantes do que a autonomia do indivíduo e a concepção liberal moderna de valorização do binômio propriedade-liberdade.[590]

No mais, um outro aspecto tradicional do direito obrigacional-contratual muito valorizado pelos autores da revista era o próprio Direito Romano. Ainda que reinterpretado, traduzido e remoldado pela forte valorização de Recife à pandectística alemã do século XIX, o direito romano era utilizado como argumento de autoridade na revista.

Se tinha sido apenas na modernidade que o ápice da evolução jurídica humana tinha chegado, inserindo-se nessa lógica todo o sistema atual do direito obrigacional-contratual, a principal inspiração da modernidade continuava sendo Roma. Indo de um formalismo excessivo à flexibilidade dos pactos, unindo-se ao direito germânico, ao impulso crescente do comércio e das operações de crédito modernas, à efervescência da vida oitocentista e em constante escala evolutiva, as relações obrigacionais-contratuais dos séculos XIX e XX, ainda que contivessem elementos novos, se sustentariam ainda pelo antigo sistema obrigacional-contratual desenvolvido em Roma. Segundo Clóvis,

---

[589] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 18.
[590] BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar..., p. 24.

> [...] figuras novas de contractos, aspectos novos des obrigações que gavemos de ver, a seu tempo, reflectirem-se nas paginas deste livro. Mas todas essas formas e creações entraram no organismo juridico das obrigações, sem perturbal-o, sem revolucional-o. Foi preciso apenas dar desemvolvimento ás idéas capitaes do direito romano, refundir, alargando, alguns dos moldes já antiquados e estreitos, e, mesmo aqui e ali, substituir algumas columnas já vacilantes do edificio, sem arruinar a construcção magestosa da logica e direito que engendrou o espirito arguto e vigoroso dos romanos, para que nelle podessem entrar e mover-se as modalidades todas das vinculações obrigacionais vigentes.[591]

Para Clóvis, portanto, o direito romano era ainda o elemento central que sustentaria toda a teoria obrigacional-contratual dos séculos XIX e XX. Mesmo a modernidade não tinha sido capaz de revolucionar tal base intelectual sobre o tema das obrigações e contratos.

A exaltação e diálogo com a tradição de Roma, portanto, era um traço geral da revista. Embora carregassem a bandeira moderna da cientificidade, da larga utilização do direito comparado para resolver os problemas brasileiros, de um biossociologismo e de uma forte rejeição à metafísica (inclusive a positivista), os juristas de Recife nunca se esqueceram da tradição romanística. Pelo contrário, seja pela forte ligação de Recife com as doutrinas germânicas oitocentistas, seja pela mera consciência de estarem com os pés fincados num terreno ainda tradicional, ela era glorificada.[592]

Um dos pontos que demonstram tal assertiva é a mera percepção de que diversos artigos da revista tratam especificamente de lições de direito romano.[593] Para

---

[591] BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução dos direitos obrigacionais..., p. 47-48.

[592] A memória era constantemente celebrada. Por isso vários títulos da revista incluíam "memórias históricas". A finalidade era a "pia conservação de nossas tradições". Embora houvesse uma constante preocupação com o futuro das coisas, para a escola, "o passado não deve atufar-se no abandono desidioso que tudo dissolve, porque esses extremos se prendem por elos indestructiveis". BEVILÁQUA, Clóvis. Memória histórica relativa ao anno 1892. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 3, n. 1, pp.30-40, 1893.

[593] BEVILÁQUA, Clóvis. Uma pagina de historia do direito romano: a constituição do Estado, o rex, o senado, as magistraturas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 8, n. 1, pp.87-105, 1898; CAMPELLO, Netto. These de Direito Romano: O matrimonio em Roma. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.3-33, 1902; OLIVEIRA, Augusto Carlos Vaz de. Citação: Nemo debet inauditus damnari. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.109-162, 1902; CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 14, n. 1, pp.19-47, 1906; CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano: Do dominium ex jure quiritium; Modos de aquisição da propriedade. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 15, n. 1, pp.49-72, 1907; CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano: Do testamento e suas formas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 16, n. 1, pp.47-63, 1908; CAMPELLO, Netto. A respeito de Gaio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.45-58, 1909; CAMPELLO, Netto. Reynaldo Porchat e os seus ultimos livros. **Revista Acadêmica**

uma escola que estava na vanguarda do pensamento jurídico brasileiro, sustentando a absorção cada vez maior de uma cientificidade moderna no direito privado brasileiro, a mera presença de artigos de direito romano no interior da sua revista é um indício de que o antigo (mesmo quando reinterpretado, traduzido, reinventado) ainda permanecia naquele imaginário.

Mas era um antigo passível de novas leituras e modelações. Embora a história e sua memória fossem glorificadas e dialogadas com o moderno, a sua disciplina era reiteradamente reinterpretada aos novos tempos. Embora ainda valorizado e, por isso, muito presente no imaginário jurídico da época, era um antigo que deveria ser abrandado.[594]

Quando tratou sobre a disciplina dos pactos sucessórios, por exemplo, a tentativa de Tito Rosas era a de demonstrar a possibilidade de o direito brasileiro admitir a pactuação de pactos de sucedendo e não sucedendo, o que pela tradição romanística era algo supostamente proibido. Ele tentava superar uma suposta falsa leitura das fontes tradicionais do direito, também cristalizada nas próprias Ordenações Filipinas, que via nesses tipos de pactos "contractos como immoraes, attentatorios aos bons costumes, á honestidade pública"[595]. Em suas próprias palavras,

> Eu pretendo, porém, mostrar que os velhos juristas estavam n'um "doce engano d'alma ledo e cego," laboraram n'uma illusão; pois que, nem a tradição ou antes o direito romano sancciona totalmente uma prohibição absoluta, nem são procedentes os outros motivos da proibição. E' effectivamente facil de provar que o interdicto deve ser levantado, tanto mais quanto ele não se justifica diante das inconsequencias da lei.[596]

---

da Faculdade de Direito do Recife, Recife, v. 18, n. 1, pp.67-84, 1910; SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.27-40, 1910; SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa II. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 19, n. 1, pp.79-86, 1911; e CHATEAUBRIAND, Assis. O Pretor: Fragmento**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 21, n. 1, pp.139-148, 1913.

[594] Como vejo, a permanência do direito romano nos assuntos de direito civil em geral não era necessariamente um problema. O problema era uma veneração excessiva dele em assuntos modernos. A tradição era muito importante. Entretanto, não deveria ser venerada a qualquer custo. A sua base intelectual de crença-superstição precisava ser abrandada. Tal perspectiva fica evidente em Cirne quando sustenta, por exemplo, que é o romanismo excessivo que tem sido uma das principais causas do atraso do direito civil nos tempos atuais; não necessariamente o direito romano, "que foi em seu tempo uma obra prima e imortalisou o nome de seus jurisconsultos, principalmente pela perfeita homogeneidade de seus textos com a organisação politica e social de então [...].". Em: CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil..., p. 63-64.

[595] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 43.

[596] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 43.

Tito não questiona a autoridade do direito romano ou tenta superá-la. Pelo contrário, supõe que as interpretações posteriores equivocadamente o deformaram. O direito romano sobre a matéria deveria ser relido, deixando-se de lado uma "supersticiosa veneração"[597] e buscando a sua verdade perdida no tempo, a sua autêntica lição. Por esse trabalho de "redescoberta da verdade" é que se demonstraria que o autêntico direito romano, o mais lógico e técnico de todos, nunca proibiu de maneira absoluta os pactos sucessórios.

O que havia, segundo Tito, era uma certa aversão aos pactos sucessórios por razões específicas de seu povo (não mais subjacentes à modernidade). No entanto, ao contrário do que a tradição romanística faz parecer, não havia uma absoluta proibição aos pactos sucessórios.[598] Ao contrário, o direito romano admitia diversas exceções à sua celebração, como o pacto de sucessão recíproca entre militares, no de pessoa estranha e no caso de *societas omnium bonorum*.[599]

Para Tito, a apreensão dessa situação de exceções no direito romano era o caminho para se entender um caminho de exceções no direito moderno, especialmente em relação aos povos e legislações que sofreram uma maior influência do direito romano em suas legislações.

E o moderno nem se distinguiria tanto assim do direito romano. Se os juristas do século XIX afirmavam que a proibição dos pactos sucessórios nas legislações atuais dizia respeito ao fato de que tais celebrações "tornavam incerta a propriedade", para Tito tal fundamento era falacioso. Esse tipo de contrato não tornava a propriedade mais incerta do que todos os outros contratos sobre coisas futuras do direito moderno, até porque mesmo "o direito romano permittia contractar sobre cousas futuras"[600]:

> Prohibir, portanto, os pactos successorios a pretexto de que eles versam sobre cousas futuras e permitir que se contracte sobre cousas que ainda não existem, é um contrassenso.
> Em um caso não ha incerteza na propriedade, como haveria no outro?[601]

Note-se que o argumento tradicional romano é essencial ao exercício intelectual elaborado por Tito. Mas o moderno também tem a sua participação. Ele

---

[597] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 59.
[598] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 51.
[599] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 51-53.
[600] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 47.
[601] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 47.

também é utilizado no argumento, mas não como antítese ao direito antigo, mas sim como complemento. Surge na argumentação de Tito os símbolos da liberdade, da propriedade e da preocupação moderna com a circulação de crédito, pois, embora fosse possível o abuso do direito em relação aos pactos sucessórios, tal possibilidade não deveria significar a vedação à liberdade do uso de um direito, como tantos outros, sagrado e inviolável.[602] E continua: "Esta proibição é, aliás, anti-economica, porque restringe as transacções, e contraria a natureza do direito de propriedade, porque traz-lhe restricções que não se compadecem com a indole desse instituto".[603]

Argumentos tradicionais e modernos se misturam. Ao mesmo tempo que se sustenta que um autêntico direito romano legitima a flexibilização da proibição dos pactos sucessórios, também se complementa ao argumento uma preocupação essencialmente moderna de exercício de direitos de índole liberal: permitir a celebração de pactos sucessórios era também um exercício dos direitos sagrados e invioláveis do homem racional moderno, como a liberdade, a propriedade, o crédito.

A estratégia de Tito para flexibilizar a celebração de pactos sucessórios, portanto, foi a de reler a tradição aos novos tempos para afirmar que um autêntico direito romano nunca proibiu de maneira absoluta os pactos sucessórios. No entanto, Tito fez isso não de maneira a questionar a autoridade do direito romano na regulação da matéria. Ao contrário, apenas adaptou o seu conteúdo ao assumir a responsabilidade de ele mesmo corrigir a interpretação que os juristas fizeram sobre ela. Aliado a isso, interpretou a matéria aos símbolos máximos de modernidade: a propriedade e a liberdade, inclusive de testar.

Agora em outro texto de Clóvis, a discussão posta sobre o enriquecimento ilegítimo também se inicia sob a base intelectual romana, sendo ele o sistema de referência para discussão e comparação da matéria nos códigos modernos.[604] Falando-se dos diferentes sistemas modernos que ditam a matéria do enriquecimento injusto, chama atenção a menção expressa à continuidade de um princípio geral que regularia toda a espécie de uma teoria da restituição: a equidade romana expressa no *Digesto* (D. 50, 17 fr. 206-207). Embora interpretado de uma maneira um tanto quanto errônea pela doutrina moderna, Clóvis sustenta que "é inegável que a porção de

---

[602] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 51.
[603] ROSAS, Tito. Pactos successorios..., p. 51.
[604] BEVILÁQUA, Clóvis. Do enrequecimento illegitimo..., p. 3-4.

verdade que ella contem foi reconhecida pela consciencia juridica de todos os povos que proclamáram o mesmo principio – a ninguém é licito locupletar-se com o damno alheio".[605]

A lembrança ao espírito da equidade, nas palavras de Clóvis, seria a saída para que não se criasse nos códigos civis figuras abstratas de causas geradoras de obrigações pautadas no enriquecimento injusto ou sem causa. A lembrança da equidade como princípio geral resolveria o problema de se querer codificar todas as hipóteses possíveis de restituição pela teoria do enriquecimento injusto:

> E si assim é, si não se pode, numa formula geral, indicar quando o enrequecimento é injusto ou sem causa; Si aqui fala mais alto a equidade para reestabelecer o equilibrio dos interesses e dar satisfacção aos reclamos da verdadeira justiça; e si, finalmente, os casos que escapam ás aplicações diversas das regras especiaes relativas ás variadas relações de direito entram no circulo da restituição do pagamento indevidamente recebido, contentemo-nos com esta idéa que é clara, segura e exacta.[606]

A lembrança ao direito romano também aconteceu quando se falou sobre as condições juridicamente impossíveis do art. 121 do projeto de código civil[607], as nulidades de pleno direito, a teoria tripartida da culpa[608] e, até mesmo, sobre a influência romana nos códigos modernos[609], pois

> [...] tal era a superioridade do direito romano e tal foi o aperfeiçoamento que lhe imprimiram as Universidades e os Glossadores, que elle dominou quase exclusivamente na Italia, na Hespanha, em Portugal e até na Romania e na Grecia.
> [...] Si não dominou quase exclisivamente, forneceu, em todo caso, a maior parte das normas de que se compõem os Codigos da França, Austria, Hollanda, Belgica, Suissa e Allemanha.[610]

Mesmo nesse ambiente de modernidade, portanto, a autoridade do direito romano nos assuntos de direito civil e, mais especificamente, de contratos e obrigações, subsistia. Entre oscilações, a base de autoridade de aspectos tradicionais do direito ainda era citada como reforço argumentativo nas posições dos mais

---

[605] BEVILÁQUA, Clóvis. Do enrequecimento illegitimo..., p. 10.
[606] BEVILÁQUA, Clóvis. Do enrequecimento illegitimo..., p. 13.
[607] A REDACÇÃO. Condições impossíveis: Art.121 do projeto**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.136-137, 1904, p. 137.
[608] GONDIM FILHO, Joaquim Guedes Correia. Nulidades de pleno direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.73-90, 1909, p. 86-87.
[609] SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.27-40, 1910; e SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa II. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 19, n. 1, pp.79-86, 1911.
[610] SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa..., p. 27.

diversos juristas que publicaram na revista, inclusive se imiscuindo a posições liberais que tentavam a renovação do direito vigente. Ainda que se buscasse reformas e melhoramentos legislativos, a tradição nunca foi esquecida. Compreendiam a tradição, para além da pura memória, como instrumento passível de resgate e utilização para fins argumentativos modernos. Presente e passado, portanto, estavam sempre conectados. E a opção (voluntária ou não) de registrar as suas opiniões num movimento aberto de oscilação entre antigo e novo, mais que mero atraso ou progresso, era significado de complexidade. Essa é a premissa chave para se entender a realidade de Recife.

Em último lugar, é notória a invisibilidade da disciplina das Ordenações nos textos da revista. Mesmo num ambiente recheado de permanências, havia uma certa invisibilidade das Ordenações nas discussões publicadas. Ao menos na matéria obrigacional-contratual, raramente eram citadas e, quando o eram, assumiram um lugar bastante secundário, de mero enfeite argumentativo, nas discussões. Nunca assumiram um lugar de protagonismo no texto. Não estavam, de modo algum, no centro da preocupação dos juristas na discussão de problemas obrigacionais-contratuais.

4.1.2. A SÍNTESE DE RECIFE

Desse modo, apenas com a finalidade didática de se promover uma síntese daquilo esboçado no item anterior, destaco alguns traços essenciais daquilo observado:

- A ideia de ciência assume papel central na imaginação jurídica dos autores da revista. Especialmente à luz de ideias vinculadas às ciências naturais, à biologia, à física, à antropologia, à geografia e demais ramos, o direito em geral é pensado a partir de uma perspectiva sempre naturalista, biológica, evolucionista, sociológica. Isso faz com que haja a ideia de que o direito está progressivamente evoluindo, numa marcha social progressiva no tempo que vai do mais primitivo ao mais moderno. Essa influência permeia todo o ideário filosófico-jurídico dos autores, razão pela qual até mesmo os significados de tradição,

espírito da lei ou direito natural são remoldados e adequados às características daquele novo tempo.

- Essa marcha progressiva é vinculada quase que intrinsecamente à legislação dos povos mais cultos, o que faz do direito comparado a maior ferramenta teórica-argumentativa do período para se sustentar se determinada norma, teoria ou posição jurídica é boa ou ruim. Seria na legislação comparada que se encontrariam os princípios de uma moderna intuição científica em relação ao direito, o que faria com que o direito civil brasileiro, e consequentemente obrigacional-contratual, melhorasse.
- No plano específico dos contratos e obrigações, a principal preocupação dizia respeito à necessidade de melhoramentos legislativos no direito brasileiro. O principal caminho para tais melhoramentos era o estudo e utilização da legislação comparada como norte específico ao desenvolvimento do direito nacional. Ou seja, esses autores estavam preocupados com a alteração da realidade jurídica brasileira pela legislação e doutrina estrangeira. Preocupavam-se com a propagação dos princípios liberais modernos no direito brasileiro, como a defesa à propriedade, à liberdade individual, ao crescimento do comércio e à circulação de crédito.
- Destaca-se a maior utilização das doutrinas italiana, francesa e portuguesa nos textos.
- No entanto, este modernismo científico-biológico pelo instrumento da comparação não estava isolado no discurso reproduzido na revista. Haviam diversas oscilações entre antigo e novo. Inclusive, haviam autores que sustentavam expressamente que nem o “velho” era necessariamente ruim e nem o “novo” necessariamente bom. Havia uma mescla argumentativa entre tradição e naturalismo.
- A tradição permanece. Percebeu-se, por exemplo, que o modelo de família pré-moderno ainda estava presente na imaginação dos juristas quando o assunto envolvia o tema das relações políticas do Estado. Além disso, disciplinas contratuais arcaicas ainda estavam em debate àqueles autores, como o contrato de dote, por exemplo. Referências

de índole moderna e pré-moderna ainda se misturavam entre as opiniões dos juristas. E, ainda mais, também havia um respeito e admiração ao direito romano, que ainda permanecia como um discurso de autoridade, mas que paulatinamente era abrandado por feições modernas de cunho liberal.

- Quase não havia referências às Ordenações nos textos. E, quando citadas, nunca diziam respeito ou circundavam as discussões trabalhadas. Enfim, tinham um papel, quando muito, acessório aos conceitos trabalhados.

Tudo isto é o bastante para demonstrar alguns indícios da complexidade do pensamento jurídico produzido na Faculdade de Direito de Recife e reproduzido nas páginas das edições de sua revista acadêmica. Mais que atraso ou inovação, o pensamento ali observado aponta para a presença de muitas oscilações e complexidades no processo de construção e ressignificação do pensamento jurídico privado brasileiro do século XIX. Novo e antigo, mais do que se opor, parecem se complementar.

4.2. A REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

Se a trajetória histórica da cultura jurídica brasileira é atravessada pelo pensamento cultivado na Faculdade de Direito de Recife, a Academia de São Paulo não ficou atrás. Situada na região do epicentro econômico do país desde, ao menos, o século XVII, era o centro intelectual mais próximo das elites do sul do Brasil, o que casava com a formação de uma elite intelectual voltada à legalização e desenvolvimento de interesses das classes liberais do sul do país.[611] Enquanto Recife funcionava como centro regional de formação do norte, São Paulo tinha a mesma função no sul.[612]

---

[611] Reforça-se ainda que sobretudo a partir da metade do século XIX é que São Paulo assume-se como centro regional protagonista do desenvolvimento político-econômico do país. Nas palavras de Lilia Schwarcz, por exemplo, “No período que vai de 1870 a 1930, enquanto Pernambuco vivia um período de declínio financeiro e político, São Paulo conhecia, pela primeira vez, o que significava concentrar predomínio econômico e político no mesmo local.”. Em: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 125.

[612] CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**..., p. 83.

No entanto, se Recife se interessava muito em produzir ideias que promovessem "revoluções intelectuais", São Paulo se preocupava mais em formar profissionais da política e um corpo burocrático ao Estado brasileiro. Na explicação de Sérgio Adorno, em relação à Faculdade de Direito de São Paulo:

> Uma simples leitura do quadro docente dessa academia, no período compreendido entre 1827-83, revela nomes que se destacaram no cenário político, aos quais, todavia, não lhes corresponde idêntica celebridade como produtores de conhecimento. Como já se afirmou, salvo exceções, a grande maioria dos lentes produzia textos, artigos, teses para utilização como apostilas em sala de aula, sem repercussão na cultura jurídica nacional. Personalidades que adquiriram prestígio na vida pública brasileira nada ou muito pouco produziram como doutrinadores ou jurisconsultos.[613]

São Paulo então relativamente se diferenciava daquele ambiente intelectual de Recife. O ofício do jurista, como doutrinador e reformulador do direito vigente, parecia estar em um plano secundário. Primeiro viria a política, a magistratura, a advocacia; depois o ofício do jurista como algo científico e doutrinário.[614] Renovar o direito em suas raízes mais profundas não parecia estar no centro de atenção da escola. A sua principal atenção era atender às prioridades burocráticas de construção e fortificação do Estado brasileiro.

Isso não significa, no entanto, que a preocupação de São Paulo com o novo, com o científico, com o moderno, era inexistente. Antes de tudo, a ânsia pelo moderno, pelo científico, pelo estrangeiro, era uma mentalidade. E, por isso, uma preocupação com a produção de uma ciência jurídica robusta, séria, progressiva, também existia ali. Talvez não em tanta extensão e volume quanto em Recife, mas isso, por si só, não significava que os juristas ali presentes não eram "cientistas" ou que não se preocupavam com uma renovação intelectual no campo das ideias jurídicas. Eles também estavam preocupados com o novo ou bastante inteirados do que se pensava e se fazia de científico na Europa e, pelo signo do moderno e do progresso, também queriam traduzir aquelas ideias ao direito brasileiro. Uma prevalência da escola à formação de um corpo burocrático-político ao Estado brasileiro nunca significou uma negação à sua face científica-doutrinária.

Os artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo são uma demonstração disso.

---

[613] ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**..., p. 121.
[614] VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**..., p. 119.

Embora os objetivos da revista de São Paulo possam parecer bem mais modestos do que a de Recife, se limitando a "publicar as memorias originaes acerca de assumptos concernentes ás matérias ensinadas no estabelecimento", os juristas de São Paulo fizeram muito mais que aquilo prometido. Ainda que de uma maneira talvez mais tímida, compartilharam ideias que visavam uma evolução do direito em direção às boas doutrinas. Isso significava que, assim como em Recife, também ali havia uma produção jurídica-intelectual bastante refinada. Os exemplos disso são vários.

Pedro Lessa[615], por exemplo, o maior nome da cadeira de filosofia do direito da instituição, era também o maior nome do evolucionismo jurídico em São Paulo na virada do século XIX para o XX. Embora tido como um jurista positivista um tanto quanto heterodoxo[616], foi um dos principais nomes a defender e reproduzir ideias ligadas à filosofia positivista biossociológica oitocentista.

No texto denominado "Há um direito natural?", por exemplo, Pedro Lessa nega os jusnaturalismos de base teológica e racionalista. No entanto, utilizando de autores como Spencer, Comte e Stuart Mill, afirma que existe um direito natural, mas que é validado por pressupostos científicos, naturais, biológicos, físicos e evolucionistas. Isto é, o direito natural seria constituído de um substrato de princípios invariáveis que poderiam ser observados a partir da investigação científica[617] no concreto das coisas:

> Mas, em meio da serie infinita de costumes, de leis, de instituições, por que se tem regido as sociedades nos differentes pontos do espaço e nos diversos momentos de tempo, ha um quid invariável, um substractum de principios necessários, permanentes, universaes.

---

[615] Pedro Augusto Carneiro Lessa. Jurista, magistrado, político e professor, nasceu em Serro, MG, em 25 de setembro de 1859, e faleceu, no Rio de Janeiro, RJ, em 25 de julho de 1921. Filho do Coronel José Pedro Lessa e de D. Francisca Amélia Carneiro Lessa, foi Secretário da Relação de São Paulo, chefe de polícia do Estado de São Paulo, e eleito Deputado à Assembleia Constituinte de São Paulo e da Constituição Estadual. Após, dedicou-se ao magistério e ao estudo da disciplina de filosofia do direito e à advocacia. Foi nomeado em 1907 ministro do Supremo Tribunal Federal.

[616] Sobre o tema, ver: MACHADO NETO, A. L. **História das ideias jurídicas no Brasil.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969, p. 63-67.

[617] A investigação científica diria respeito a uma investigação típica das ciências naturais. Isso fica claro na seguinte passagem: "De tudo o que temos escripto duas verdades se inferem: l.a a nossa intelligencia descobre as leis moraes, auxiliada pelos mesmos processos lógicos que applica ao estudo das leis physicas, a observação, a comparação, a abstracção, a inducção e a deducção; 2.a no desdobramento dos phenomenos moraes, assim como na producção dos phenomenos de ordem inorgânica, impera a necessidade, distinguindo-se os primeiros phenomenos dos últimos unicamente por sua extrema complexidade.". Em: LESSA, Pedro. Há um direito natural? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.119-135, 1894, p. 132.

> E' impossivel a existência de uma agremiação humana sem normas que, de qualquer modo, regulem a propriedade, a prestação de serviços por contractos, a união do homem com a mulher, a transmissão de bens dos mortos aos sobreviventes.
> Esses principios fundamentaes, específicos do organismo social, troncos sobre os quaes se enxertam as mais variadas instituições jurídicas, constituem o direito natural.
> A ethnologia nos ensina, póde-se objectar, que em certas hordas de selvagens nem sequer esses principios são observados. Não contestamos o facto. Responderemos apenas que essas rudes agremiações igualmente ignoram e transgridem as mais elementares leis da hygiene. E que homem sensato d'ahi tirará a conclusão de que essas leis não existam ou não devam ser observadas?
> O cortejo de males que fatalmente decorre das infracções de uma e de outra espécie de leis, clara e efficazmente nos attesta a existência indiscutível dessas leis. Sob esse aspecto, o direito natural é perfeitamente comparável á hygiene.[618]

À semelhança de alguns autores de Recife, Pedro Lessa também era adepto de certos modernismos estrangeiros. A influência de Spencer, Darwin, Comte e outros no artigo é a prova disso. Regras como leis naturais também são correntemente citadas, como o princípio da causalidade que regeria todas as modificações dos seres[619] e supostas necessidades bioéticas essenciais a todos.[620] Cita-se a física, a biologia, a psicologia, a etnologia. A influência de um moderno naturalismo científico é evidente no artigo.[621]

No discurso inaugural do curso de história do direito da instituição proferido por Aureliano Coutinho[622], o mote natural-progressista de a história ser motor do progresso social das civilizações era constantemente repetido. Para o homem compreender a sua evolução no mundo, precisava da disciplina de história do direito, pois era ela que “nos desvenda á acção benéfica e incessante desse poderoso fator

---

[618] LESSA, Pedro. Há um direito natural?..., p. 134.

[619] LESSA, Pedro. Há um direito natural?..., p. 126.

[620] LESSA, Pedro. Há um direito natural?..., p. 132-133.

[621] Entretanto, mesmo com isso e também à semelhança de Recife, havia uma relevante ambiguidade naquilo exposto por Lessa. Referências modernas se imiscuíam a um conceito tipicamente tradicional de direito natural, que era mais uma vez ressignificado a partir de princípios científicos, positivistas, biológicos, naturais. O conceito de direito natural é remodelado, traduzido às novas concepções modernas do que se entende por direito. É uma conciliação entre velho e novo, entre tradição e moderno, entre direito natural e cientificismo.

[622] Também conhecido como Visconde de Sepetiba, era filho do Coronel Aureliano de Sousa e Oliveira Coutinho. Formou-se em Coimbra em 1825 e retornou ao Brasil para atuar como juiz de fora e ouvidor em São João Del Rey. Foi eleito deputado geral, em Minas Gerais. Posteriormente foi escolhido presidente das províncias de São Paulo (de 5 de janeiro a 17 de abril de 1831), e do Rio de Janeiro (de 12 de abril de 1844 a 1 de janeiro de 1845 e de 1845 a 4 de abril de 1848). Foi também ministro da Justiça (24 de julho de 1840) e dos Negócios Estrangeiros (23 de maio de 1833 a 16 de janeiro de 1835 e depois em 1841), e senador do Império do Brasil de 1843 a 1855. Além disso, foi membro e vice-presidente do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, agraciado como cavaleiro da Imperial Ordem de Cristo e Imperial Ordem da Rosa.

da civilisação, que acompanha o homem na sua marcha progressiva para o ideal da perfectibilidade".[623] O ideal de perfectibilidade da sociedade pelo decorrer do tempo, numa específica ideia de progresso, estava evidente. O direito particular de cada sociedade se desenvolveria progressivamente, "na marcha geral da civilização e na progressiva evolução jurídica de cada povo em particular"[624], mas sempre guardando relação ao desenvolvimento do seu espaço geográfico e das condições naturais a que aquela determinada civilização estava inserida:

> A idea do justo, progressivamente reflectida pelo espirito humano e por este progressivamente actuada no tempo e no espaço: eis o que é a Historia do Direito. A successão do tempo e o ideal de perfectibilidade produziram o modo cada vez mais aperfeiçoado por que a humanidade concebeu e actuoü aquelle ideal do justo, assim como a variedade do espaço, isto é, as influencias mesologicas, importaram a variedade dos modos por que os differentes povos conceberam, e traduziram, pelos costumes e pelas leis, o sobredito ideal; engendrando-se assim o direito particular de cada sociedade.[625]

Ademais, as referências voltavam a lembrar aquelas mesmas utilizadas em Recife. Cita-se expressamente o positivismo sociológico de Fustel de Coulanges e Summer Maine, o liberalismo de Benjamin Constant e, até mesmo, a doutrina econômica colonial de Paul Leroy-Beaulieu, o que influenciaria mais tarde a obra de importantes economistas e sociólogos brasileiros, como Celso Furtado e Caio Prado Jr.[626]

Ou seja, mais uma vez, se o corpo docente da Academia de Direito de São Paulo não constituiu celeiro do qual se recuperou grandes doutrinadores[627], isso não se deu pela inexistência de circulação de ideias modernas ou científicas naquele espaço. As grandes doutrinas da época reverberaram por ali.[628]

---

[623] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.35-49, 1896, p. 37.

[624] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 42.

[625] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 41.

[626] Paul Leroy-Beaulieu é um dos autores que se incumbem a realizar uma tipologia idel dos tipos de colônias: colônias de comércio, colônias agrícolas e colônias de plantação. Ele é quem foi uma das referências para Caio Prado e Celso Furtado, por exemplo, verem a economia colonial brasileira como uma economia de *plantation*.

[627] ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**..., p. 134-135.

[628] Em relação à nova escola do direito criminal e sua influência em São Paulo, ver: DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República**..., p. 308-348.

No tema da filosofia e sociologia do direito, isso fica ainda mais claro. A metodologia jurídica em relação à disciplina da filosofia do direito é explicada por Pedro Lessa, por exemplo, a partir de processos de cientificidade próximos das ciências naturais. Num método indutivo, por exemplo, faz-se a "observação, experiência, comparação e generalisação, ou inducção".[629] E a junção dele com o método dedutivo, que "desce do geral para o particular", é o que formaria o "methodo scientifíco, lógico, ou positivo".[630]

Há uma preocupação eficaz com a ciência de se fazer direito no artigo de Lessa. Apenas por métodos científicos típicos das ciências naturais, indução e dedução, é que se poderia chegar a alguma verdade científica robusta. Tudo fora disso é inaceitável, um produto de um campo alheio a "homens de sciencia":

> Não é licito, pois, ao homem de sciencia admitir como verdades scientificas proposições que não sejam resultados da inducção ou da deducção
> Acceitar como fundamento do direito proposições reveladas por uma fôrma sobrenatural, ou principios intuitivos, é confundir o dominio da sciencia com o da religião, ou o da metaphysica. O objecto da sciencia é a *explicação,* assim como o da religião e a *fé,* e o da arte a *ficção.*[631]

E como modelo desse estudo científico, as referências utilizadas em São Paulo, novamente, são as mesmas de Recife:

> Foram alguns jurisconsultos contemporâneos, como D'Aguanno, Cogliolo, Schiattarella, Miraglia, Puglia, Icilio Vanni, e pensadores também de nossa épocha, como Spencer e Schäfflle, que pela applicação do methodo positivo ao estudo da Philosophia do Direito imprimiram nessa doutrina um cunho scientifico.[632]

Mas segundo Lessa, teria sido apenas recentemente, portanto, que a filosofia jurídica tinha adquirido o adjetivo de científico. A responsabilidade disso estava na aplicação do método positivista ao seu estudo, o método de uma nova escola científica que

> [...] apagou a antithese profunda que havia entre a moral, o direito, e todas as disciplinas que se occupavam com os factos do organismo social, e as sciencias cujo objecto é o estudo dos phenomenos do mundo physico, inorgânico ou orgânico.

---

[629] LESSA, Pedro. Philosophia do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.5-34, 1896, p. 9.
[630] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 12.
[631] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 12.
[632] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 13.

> Investigam-se hoje as leis dos factos jurídicos, ethicos, políticos, econômicos, ou sociológicos, pelo mesmo methodo lógico por que se estudam as leis da physica, da chimica, ou da biologia. [...].
> Foi já na ultima metade do século passado que philosophos como Stuart-Mill, Spencer, Schaffle, arrimados no methodo scientifico applicado por Comte ao estudo de todas as sciencias, inclusive as sociaes, e jurisconsultos como Carie, D'Aguanno, Cogliolo, Miraglia e tantos e tantos outros, ergueram a philosophia do direito, isto é, a doutrina que investiga os principios fundamentaes do direito, á dignidade de sciencia.[633]

As referências naturalistas não eram esquecidas nem na hora de proferir discursos em festividades de formatura.

Reynaldo Porchat[634], por exemplo, celebrou a conclusão do curso de direito pelos seus alunos com a promoção de um culto ao homem moderno, que via o futuro e o progresso "sempre a luz da sua inteligencia projectar-se e vencer, abrindo um mundo de conhecimentos novos, e resplandecendo como um sol sobre o amplo estendal de suas grandiosas descobertas".[635] E continua, com uma clara exaltação ao progresso da vida obtido pelas ciências físicas e naturais:

> A esforços de seu cérebro, arrebata-se ás alturas da abobada celeste, e ahi procura desvendar o segredo das estrellas, perlustra curioso a esteira doirada da via láctea, descobre a lei do movimento dos astros, fixa a trajectoria dos planetas, e, pelo talento fecundo de FAYE, tentando explicar a formação dos mundos, formula a concepção da nebulosa primitiva; arrastado pela sede inestancavei do saber, penetra os recônditos da terra, e, pelos estudos geológicos de LYELL, mostra-nos o processo lento e insensível da constituição do nosso globo, em sua origem incandescente, e que se vai aos poucos solidificando na morphogenia de sua crosta (1); lança-se, invencível, pelas paragens caliginosas da historia e da prehistoria, e estuda o homem primitivo, conhece-lhe a vida selvagem, os costumes rudimentares, o direito embryonario, e, descendo ainda mais nas profundezas quasi insondaveis da paleonthologia, apresenta-nos, pela intuição genial de LAMARCK , as largas bases da theoria transformista, que, desenvolvida mais tarde por DARWIN , permittiu-lhe a interessante demonstração scientifica dos phenomenos da selecção natural (1); e examina a matéria, estudando-lhe o movimento e as forças que o produzem, para concluir, fundado na lei da transformação das forças, que o calor, a luz, a electricidade, o magnetismo, a affinidade chimica e o movimento podem substituir-se, convertendo-se mutuamente um efteito em outro, conforme os resultados brilhantes das experiências de FARADAY, que permittiram a afirmação segura da lei que reduz á unidade as diferentes forças physicas (2); e analysa a composição dos corpos, observa os efleitos de suas combinações, demonstra-nos, com applicações practicas, o principio da indestructibilidade da matéria, e, deante da virtude maravilhosa do

---

[633] LESSA, Pedro. O direito no seculo XIX. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 8, pp.161-207, 1900, p. 199-201.

[634] Foi estudante da Faculdade de Direito de São Paulo entre 1888 e 1891. Tornou-se ali professor de Direito Romano em julho de 1903. Logo depois de formado, exerceu cargo de delegado de polícia na capital São Paulo. Foi eleito senador estadual em 1923, diretor da Faculdade de Direito de São Paulo em 1930 e em 1934 se tornou o primeiro reitor da Universidade de São Paulo.

[635] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 1, pp.51-65, 1902, p. 53.

> carbono, que representa a «base chimica da vida», no dizer de HAECKEL, (3), vai, com o sábio BERTHELOT, mostrar-nos a possibilidade de fabricar os elementos essenciaes da matéria orgânica, assombrando assim a própria sciencia, que parece querer desvendar o indecifrável segredo da vida; e tentando resolver este magno problema, lança-se o espirito ás labutações mais ingentes, emittindo arrojadas idéas, que chegam até á hypothese da geração espontânea, defendida pelos exforços de POUCHET, mas refutada, com vigor pujantissimo, pelos estudos geniaes de PASTEUR, de WIRCHOV e de CLAUDE BERNARD (4).[636]

O desenvolvimento das ciências físicas, naturais, biológicas, no entanto, não bastariam para o progresso da humanidade. Era necessário que o método científico das ciências naturais se expandisse para outros domínios, "para a classe mais elevada dos departamentos do saber humano"[637] – para a sociologia, para o direito:

> Estes precisam também de ser objectos de estudos doutrinários; e comprehendendo a necessidade de applicar o mesmo methodo scientifico ás suas investigações, para a determinação das leis que os governam, a alta mentalidade de AUGUSTO COMTE, na sua monumental synthese philosophica, consagra as opulentas paginas de três substanciosos volumes, á demonstração de que os phenomenos sociaes constituem o conteúdo de uma nova sciencia—a sociologia - que, collocada no ponto mais elevado da classificação encyclopedica, vem satisfazer plenamente aos intuitos da intelligencia, desdobrando deante delia um oceano de ideas e conhecimentos, que nos apresentam uma das faces mais interessantes e mais complexas em que se desenvolve a agitada existência do homem.[638]

A sociologia como instrumento científico é colocado em destaque. É a disciplina da ciência da sociedade, fundamental para o estudo do direito que teria sobrevivido a séculos de descaso, mas que, após os trabalhos de Spencer, teria alcançado "um logar de honra no mappa das verdadeiras sciencias".[639]

Ou seja, tamanha a importância do método científico das ciências naturais pela sua aplicação na sociologia que isso foi citado nas festividades de formatura dos alunos da Faculdade de São Paulo. Mais que advogados, juristas, políticos, afirma Reynaldo Porchat, a sociedade brasileira precisava de homens da ciência:

> Abrí a flor de vossa intelligencia aos clarões das as modernas, para poderdes defender, com animo resoluto e armas açacaladas, a causa do direito no mundo scientifico, e não vos deixeis absorver nas ingratas e fatigantes luctas forenses e políticas. Nem só de advogados que articulem e arrasoem, de juizes que pronunciem sentenças, ou de políticos que legislem e administrem, nós temos necessidade.

---

[636] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 53-54.
[637] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 53-54.
[638] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 55.
[639] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 55.

> Precisamos também de espíritos que se dediquem ao estudo dos problemas jurídicos, contribuindo para o engrandecimento da nossa sciencia, e para levantal-a bem alto, impondo-a á consideração universal.[640]

E com toda essa mentalidade, a influência do direito comparado como norte de progresso de novo aparecia. Quase que num tom de ordem, para que a ciência jurídica brasileira chegasse às alturas, fazia-se imprescindível "collocal-a em harmonia com todos os conhecimentos attinentes ao homem, e ao conjuncto das influencias externas, subordinando-a aos dados de toda a philosophia orgânica e inorgânica", pois "não é possível a uma sciencia manter-se em um incomprehensivel estado de separação e de afastamento, deante da unidade profunda da realidade universal".[641]

O direito como fenômeno social e, portanto, também posto ao campo da sociologia, deveria acompanhar essa realidade de coisas. Primeiro, sendo um fenômeno social, não poderia ser compreendida sem a sociologia, que se guiava pelos mesmos pressupostos das ciências naturais.[642] Segundo, sendo um fenômeno universal, não poderia ser compreendido sem uma atenção especial às leis universais de todos os povos. E de novo aparecem as mesmas referências biológicas, evolucionistas e sociológicas de Recife: D'Aguanno, Cimbale, Summer Maine, Hermann Post. Segundo Porchat, para o jurista conhecer os fenômenos jurídicos, procurando as relações necessárias que deles derivam, e descobrindo as leis fundamentais que os governam,

> [...] precisa projectar as suas vistas em regiões ainda mais alevantadas, indagando a origem das instituições, a razão de ser do seu apparecimento, a evolução por que passaram nos diversos períodos históricos, as modificações que foram soffrendo com a successão das edades, e as causas de ordem physica, psychica ou social, que. se constituiram factores dessas grandes transformações exigidas pela força da *lei da adaptação,* tão proficientemente estudada por MIGUEL ANGELO VACCARO.
> Vede as notáveis obras de d'AGUANNO, de CIMBALE, de CARLE, de SUMNER MAINE, de HERMANN POST, e ahi notareis as soberbas direcções que solicitam modernamente os estudos jurídicos, verificando os opimos recursos que se colhem de um exame positivo da vida social.[643]

---

[640] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 57.

[641] PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito..., p. 58.

[642] João Pedro da Veiga Filho, substituindo Pedro Lessa na cadeira de Philosophia do Direito em 1908, também passa a mesma mensagem acerca da importância da sociologia ao direito, sendo ela um dos principais componentes da moderna ciência jurídica. Sobre isso, ver: VEIGA FILHO, João Pedro da. Lição inaugural e theses geraes de Philosophia do Direito, pelo lente cathedratico – Dr. João Pedro da Veiga Filho, em 29 de maio de 1908. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 15, pp.15-27, 1907, p. 22.

[643] FILHO, João Pedro da Veiga. Lição inaugural e theses geraes de Philosophia do Direito..., p. 60.

Em outra passagem, aparece de maneira ainda mais direta a mensagem de que, para o direito brasileiro progredir, precisava esquecer certas explicações para se situar de maneira efetiva dentro de uma concepção científica do mundo:

> E esse conhecimento scientifico só pode fornecer-nos a sociologia, que, abandonando as velhas theorias do acaso do contracto social e da acção providencial dos grandes homens na direcção dos acontecimentos sociaes, firma-se, para alicerçar o estudo dos seus magnos problemas, na observação natural dos factos, que se realisem e m virtude da acção ineluctavel de um determinismo scientifico.[644]

Tudo isso significava um sinal de tentativa de abandono de signos de uma metafísica moderna (como a ideia de contrato social, por exemplo) em pró da adesão a referências mais modernas. Seria pela sociologia, portanto, guiada por essa nova dignidade científica, que o direito prosperaria.

Em outro artigo de Pedro Lessa, fica ainda mais clara a atmosfera naturalista que os juristas daquele tempo viviam. A base doutrinária utilizada no texto para fundamentar o progresso da ciência da moral através dos tempos passa novamente por autores como Stuart Mill, Cogliolo, Fustel de Coulanges e Spencer.[645] Através de pressupostos evolucionistas suscitados pela base intelectual desses autores, Lessa apresenta e desconstrói tanto uma ideia de sistema moral religioso quanto racionalista. Ambos estavam no passado da humanidade, de modo que já estariam na pré-história da ciência moral. Os novos tempos reclamavam uma moral científica, uma ciência moral que "estuda as leis da vida e as condições da existência do homem, para sobre esses dados formular as normas de conducta que nos permitiam attingir o máximo de intensidade na vida do individuo e da sociedade".[646] Como ciência, até mesmo a moral estava condicionada aos processos metodológicos das ciências naturais.[647]

O mesmo se dava com a ciência social. Lessa afirma expressamente que, embora muitos possam negar, a sociologia como nova ciência vem para ocupar um lugar de destaque científico. Após uma dura crítica à definição da disciplina

---

[644] FILHO, João Pedro da Veiga. Lição inaugural e theses geraes de Philosophia do Direito..., p. 62-63.
[645] LESSA, Pedro. Da complexidade do direito. Distinção entre a moral e o direito. Relações do direito com a sociologia, com a antropologia, a ciência econômica e a política. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.303-335, 1899, p. 304-305.
[646] LESSA, Pedro. Da complexidade do direito..., p. 309.
[647] "A moral scientifica não admitte processos lógicos diversos da inducção e deducção". Em: LESSA, Pedro. Da complexidade do direito..., p. 310.

sociológica em Tobias Barreto[648], afirma com convicção: “Negar a possibilidade de se formar a sociologia eqüivale a afirmar que os phenomenos sociaes não estão sujeitos a leis, que- esses phenomenos se produzem *ao acaso*”.[649] Negar o estudo do social como ciência, buscando-se saber se os fenômenos sociais obedecem a certas leis – assim como a física, a biologia ou a química –, seria também admitir que tais fenômenos estariam jogados ao acaso na vida – sujeitos, portanto, não às leis, mas à vontade divina, à ordem das coisas, ao cosmos, “á Providencia, á vontade divina, ou á acção dos grandes homens”.[650] Os tempos, no entanto, eram outros. Era o tempo da ciência. Um tempo que reclamava pela descoberta de leis naturais e gerais baseadas no empirismo, na observação, na evolução, no método científico-natural.

As mesmas ideias que circulavam em Recife, portanto, circulavam em São Paulo. Recife, no entanto, talvez apenas pareça abraçar com mais vigor todo esse ideário científico biossociológico. Se em Recife havia uma grande diversidade de autores que defendiam uma ciência do direito mais naturalista e biológica, em São Paulo essa diversidade é menor e talvez um tanto menos profunda. Se o ideal biológico permeava quase tudo desenvolvido em Recife, em São Paulo a intensidade do novo era um pouco diferente. Existia, mas poderia não ser tão abrangente ou não ter tanta intensidade em alguns assuntos. Circulava, mas de uma maneira mais restrita. Funcionava, mas não como ventos num moinho. Tratava-se mais de sopros, brisas de inovação, num cenário em que a tradição ainda persistia com alguma naturalidade.

---

[648] “A constituição da sociologia é difhcillima, e que apenas assistimos em nossos dias ao começo do penosissimo trabalho da formação dessa sciencia, — eis uma verdade que nos parece incontestável. Mas, u m abysmo separa essa verdade da affirmação dos que entendem ser impossível o estudo—pela observação-—dos phenomenos sociaes como base de genera lisações scientificas, de inducções de leis sociaes. Do numero destes é o litterato Tobias Barreto, o qual — não sabemos porque—alguns espíritos frivolos têm tido a velleidade de transformar em homem de sciencia, como se para o ser bastasse conhecer pela rama, e indigestamente, alguns escriptores allémães, ainda não trasladados para o francez. Com a sua invencivel incapacidade de raciocinar seriamente, e com proveito, sobre qualquer assumpto scientifico, o poeta pernambucano acreditava que «o estudo dos phenomenos sociaes, considerados em sua totalidade e reduzidos á unidade lógica de uma systematisação scientifica, daria em resultado uma monstruosa pantosophia, incompatível com as forças do espirito humano». Vê-se, logo, por essa tirada que o illustre professor não tinha uma noção clara do que constitúe o objecto, ou o dominio da sociologia [...]. ”. Em: LESSA, Pedro. Da complexidade do direito..., p. 313-314.

[649] LESSA, Pedro. Da complexidade do direito..., p. 315.

[650] LESSA, Pedro. Da complexidade do direito..., p. 315.

Mesmo nos textos recheados de cientificidade, certos aspectos de uma mentalidade jurídica tradicional apareciam. Os exemplos disso são verificáveis nos mesmos textos que enunciei como exemplos de absorção do novo.

No discurso inaugural do curso de história do direito da instituição proferido por Aureliano Coutinho, embora suas ideias se encaixassem à perspectiva positivista que via no curso da história o resultado de uma progressiva evolução e perfectibilização do direito e da sociedade, toda a progressiva evolução da sociedade continuava assentada sob bases metafísicas. Isso porque, para Coutinho, a evolução da sociedade e dos povos pelo curso da história significaria não o sucesso ou predomínio dos caracteres sociais mais adaptados, mais fortes ou mais competitivos, algo conforme ao naturalismo de Spencer ou de Darwin, mas sim significava a progressiva vitória do bem contra o mal, do justo contra o injusto, da justiça contra a força:

> E é esse effectivamente o espectaculo que nos depara a historia do direito, mostrando-nos sempre lenta, mas sempre certa, a substituição do reinado da força pelo da Justiça—esses dous pólos entre os quaes oscilla a sociedade, deixando-se vencer por um ou por outro, no pensar de Bacon: *In societate aut vis aut lex viget. [...]*
> Posso até antecipar-vos que uma das generalizações que veremos brotar da historia do direito é essa continuidade de movimento progressivo, "tendo como derradeira meta ou como ideal a realisar o predomínio da Justiça sobre a força, isto é, a victoria da Liberdade. [...].
> Assim, sempre por uma influição lenta, por um embebimento continuo, a Justiça se insinua, se alastra, se propaga e termina por se implantar sobre as ameias onde campeava a força. Essas victorias da Justiça, lentas, porém certas, traduzem na historia o direito ou o encarnam n'um resultado sublime: a paz.[651]

Ou seja, o progresso natural da civilização resultaria num processo de substituição do mal pelo bem, do mais precário ao mais perfeito, do injusto ao justo, da guerra à paz. Esse era o caminho natural das coisas, o ideal de perfectibilidade divina que o direito deveria buscar:

> A paz entre os indivíduos, por meio do respeito devido á sua personalidade; a paz entre as nações, por meio do respeito consagrado á sua autonomia: eis o reinado do direito como um ideal que o progresso da civilisação tende

[651] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 46-47.

> a realizar. Bem razão tinha, pois, o propheta Isaias, quando proclamava que a paz seria o fructo da justiça: *Et erit opus justitioe pax.*[652]

Embora possa parecer singela a menção à mitologia cristã com o profeta Isaías, isso dá indícios do peso da cristandade nas ideias do autor. Embora estivesse utilizando-se de um padrão intelectual de positivismo e cientificidade no texto, o que fundava o progresso da civilização não eram as leis naturais extraídas da biologia, da física, da química; era o caminho natural de Deus. As provas disso estavam na história da própria humanidade que, embora apresentasse altos e baixos de justiça, esteve sempre caminho rumo à "sombra augusta e protectora da Providencia":

> E' bem certo que fartas vezes a força alça o collo triumphante, e o direito, recalcado e foragido na consciência humana, só se revela por uns protestos que parecem vãos, mas que perturbam as orgias da força triumphante e preludiam o canto de victoria final da Justiça. Outras e muitas vezes é do seio das instituições que representam toda a brutalidade da força que brota a pujança do direito, assim como surgem montanhas colossaes do seio dos mares, por uma elaboração lenta e ininterrupta de minúsculos organismos. E não foi o que se deu com o regimen feudal, a enthronisação do direito da força? Nesse tronco carcomido infundiu o christianismo sua seiva inexgotavel, fazendo brotar, como viçosas flores, a chamada — *Trégua de Deus,* a defeza da mulher e dos fracos pela cavaleria e a constituição do poder publico como uma magistratura paternal, instituída por interesse da collectividade, e m vivo- contraste com a soberania dos barões feudaes, que apenas representava a força e o interesse dos donos do solo.
> Vico, encarando os recuos da civilisação ou os desfallecimentos da Justiça subjugada pela força, ensinou que o progresso humano caminhava em ciclos de regresso. Não discutirei aqui essa concepção do autor da *Scienza Nuova.* Dir-vos-ei apenas, que esses eclipses temporários não amortecem a. minha crença na victoria definitiva da Justiça no theatro da historia, porque eu sou d'aquelles que divisam sempre, atravez das linhas confusas dos factos, a sombra augusta e protectora da Providencia, collaborando a seu modo com a liberdade humana para a realisação dos destinos da humanidade.[653]

Deus ainda era o fundamento de tudo. Era por ele que o progresso, o justo, o ideal de liberdade se manifestava. Tamanha a importância do divino que, para Coutinho, sem ele "o mundo dos factos cósmicos e o mundo dos factos históricos ficam vazios e inexplicáveis":

> Para mim, devo dizel-o sem receio e sem hesitação, omittida a idéa de Deus, o mundo dos factos cósmicos e o mundo dos factos históricos ficam vazios e inexplicáveis; sem essa idéa os desvarios das paixões, os caprichos e o guante do despotismo, attestados pela historia de todas as gerações

---

[652] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 47.
[653] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 47-48.

> humanas, saltear-me-iam de invencível desalento e levar-me-iam a conceber o direito como o escabelo ou como o sophisma da força victoriosa.[654]

O progresso no texto de Coutinho, portanto, mais que uma questão de ciência, parece ser uma questão de fé – uma luta não entre espécies ou povos que buscavam progredir pela lei da seleção natural, mas sim uma luta progressiva na linha do tempo entre bem e mal, entre justo e injusto. O cientificismo de Coutinho está imiscuído a um maniqueísmo teológico ainda bastante presente.

Nos próprios textos de Lessa permanências podem ser encontradas. Embora tenha sido um dos maiores defensores e reprodutores do pensamento positivista e spencerianista nos textos analisados, a crença na existência de um direito natural, mesmo que pelo substrato do naturalismo científico, pode ser considerada como um elemento de coexistência em sua obra de conceitos tradicionalmente metafísicos com o ideal positivo-científico.[655]

Da mesma maneira, quando falou sobre a dogmática jurídica como ciência, contrariou a tese dos sectários das escolas teológicas e racionalistas para afirmar com convicção que a escola positiva-científica do direito não estava e nunca esteve alheia ao princípio do justo. O justo como princípio seria pré-existente a todas as legislações que regulam a vida comum das pessoas, estando assentado numa espécie de natureza das coisas:

> Attentemos por um momento nos animaes gregarios, como a formiga, a abelha e o castor, e de prompto ficaremos convencidos de que unicamente o instincto de conservação os leva a estabelecer no grupo um modus vivendi, uma harmonia social. E' a these que tão admirável mente demonstra Spencer nos primeiros capítulos da Justiça.
> Os homens primitivos agremiam-se pela necessidade da defeza (41). E, como a vida em comum só se torna possivel, disciplinando cada um dos membros consociados seus instinctos e tendências, de modo que, praticando os actos necessários á vida, não impeça a seus semelhantes a pratica de actos idênticos, as normas reguladoras da actividade do homem vão sendo pouco a pouco indicadas e impostas pela naturesa das cousas.

É interessante notar a mistura de referências no trecho. Por um viés biológico, há uma comparação entre espécies para sustentar que todo ideal biológico natural dos seres resulta na intuição quase que inata de sobrevivência, de conservação do

---

[654] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho..., p. 48.
[655] Isso se verifica em outras leituras da obra de Lessa, como por exemplo em: MACHADO NETO, A. L. **História das ideias jurídicas no Brasil**..., p. 63-67.

grupo. Mas o fundamento disso não repousa num conceito biológico científico, mas sim tradicional de origem metafísica: a natureza das coisas. A formiga, a abelha, o castor, o homem, sempre seguem princípios de proteção e autoconservação porque é assim que as coisas naturalmente são.[656]

A maneira de chegar objetivamente aos princípios naturais das coisas seria pela comparação das leis existentes. O direito comparado, portanto, volta a ser importante ferramenta para a evolução do direito. Por ele é que chegaríamos à noção suprema de direito, que "comprehendemos a superioridade de umas instituições sobre outras, os effeitos de umas e outras sobre a conservação e desenvolvimento da sociedade"[657].

Por constituírem princípios gerais, próximos do justo, não estariam necessariamente vinculados à figura de Estado. O princípio do justo seria externo ao sinal da estatalidade, de modo que a sanção física do Estado seria apenas um sinal externo ao direito. A natureza das coisas estaria sempre orientando o justo mesmo que o Estado estivesse em mão contrária, situação essa que, inclusive, daria justa causa a desobediências sociais:

> Si accrescentamos ás condições de vida garantidos pelo Estado as que o devem ser, é porque não ha erro mais grave do que suppôr com Ihering e com Puglia que o direito se distingue das demais normas ethicas unicamente pela sancção material, pelo emprego da coacção physica do Estado.
> Esse é o signal externo do direito, que também se distingue da moral por u m caracter intrinseco: adjectiva-se a sancção material ás normas ethicas que garantem condições de vida e desenvolvimento necessárias, ou mais relevantes que as condições garantidas pela moral. A obrigação de respeitar a vida, a propriedade e a liberdade de nossos semelhantes, não se distingue do dever da caridade, do perdão das injurias e da gratidão, unicamente pela sancção physica. O legislador addiciona a umas a sancção que nega a outras, justamente por notar differença entre umas e outras.
> Si o Estado supprime a liberdade, a propriedade, a instituição da familia, nem por isso perdemos esses direitos, que devemos fazer valer pelo emprego da força material. Theologos dos mais graves, como Belarmino e Suarez, philosophos autoritários, como Jayme Balmes e Ventura de Raulica, justificam a revolução em hypotheses semelhantes.[658]

Muito próximo de uma perspectiva de Antigo Regime, portanto, Lessa parece crer numa ordem natural de coisas[659], cuja quebra pela tirania estatal poderia inclusive

---

[656] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 29-30.

[657] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 30.

[658] LESSA, Pedro. Philosophia do direito..., p. 31.

[659] Em outro texto publicado na revista, no entanto, Pedro Lessa expressamente nega a filosofia teológica como base do discurso científico. Em suas palavras, "os ensinamentos jurídicos da philosophia theologica é patentear a antithese que forma essa doutrina com as theorias scientificas.

atuar como fundamento justificador de revoltas civis. No entanto, ao invés dessa ordem natural de coisas ser apreendida pelo intérprete diretamente da observação da natureza, das coisas, da crença numa efetiva metafísica divina, a observação sustentada em Lessa é mais objetiva, mais científica e mais moderna. O processo de apreensão do justo não se daria pela observação da razão, de Deus, da natureza, mas das legislações particulares dos povos.

A observação científica das diversas normas estrangeiras funcionaria, portanto, como elemento mediador desse processo de apreensão do justo:

> Observando e comparando as diversas normas particulares que constituem o direito das cousas, as relativas, por exemplo, aos modos de adquirir e transmitir o dominio, aos direitos reaes que se formam pelo desmembramento da propriedade, chegamos a comprehender pelo methodo inductivo o direito de propriedade em geral, — a faculdade de applicar uma cousa a todos os fins úteis a que ella se presta. Procedendo de modo idêntico com cada uma das outras instituições juridicas, obtém os pela generalização o principio de cada uma dellas Applicando esse processo de generalisação crescente aos principios de todas as instituições juridicas, apprehendemos o principio do direito, tal como o definimos na formula já exposta. [660]

Mesmo em Pedro Lessa, portanto, um personagem que figurava na vanguarda positivista da revista de São Paulo, é possível dizer que havia uma presença intensa de referências tradicionais.

Mas a sombra do antigo não se esgota em Lessa.

Tratando sobre o tema da equidade, Frederico Abranches[661] também evidencia o lugar central que a tradição ocupava na mentalidade jurídica de São Paulo.

Ella nada tem de commum, em seus principios, com a sciencia. Não se confunde o dominio da sciencia com o da religião. Saber, conhecer, é adherir a uma verdade, provada pela observação dos factos, ou demonstrada por meio de raciocinios logicamente adduzidos. Crer é aderir a uma proposição cuja certeza se affirma, reconhecendo, entretanto, a impossibilidade de proval-a por meio de factos, ou demonstral-a com raciocinios rigorosos. A religião assenta no sobrenatural, no milagre, que é a negação da lei, ao passo que a sciencia tem por missão observar os factos, para lhes conhecer as leis, isto é, o que ha de constante, de geral, de permanente, na producção dos phenomenos. A philosophia do direito, estudando os factos da historia do direito, e as necessidades, as tendências e as aspirações, do homem na sociedade, eleva-se aos principios fundamentaes do direito, que nos guiam na formação das normas jurídicas. As normas jurídicas, assim formuladas, muitas vezes coincidem com as approvadas pela philosophia theologica. Mas, ha divergências, e notáveis, entre as conclusões de uma e de outra doutrina, divergências que cada vez mais se accentuam, á proporção que se vae melhor conhecendo a natureza humana e as suas legitimas necessidades e aspirações.”. Em: LESSA, Pedro. O direito segundo a philosophia theologica. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 13, pp.155-170, 1905, p. 170.

[660] LESSA, Pedro. O direito segundo a philosophia theologica..., p. 32.

[661] Frederico José Cardoso de Araújo Abranches, bacharel em direito pela Faculdade de São Paulo em 1864, foi advogado, jornalista e político. Foi presidente da província do Paraná, de 13 de junho de 1873 a 2 de maio de 1875, razão pela qual o bairro Abranches em Curitiba leva seu nome.

Mesclando referências antigas e modernas (Quintiliano, Aristóteles, Hugo Grócio, Wolf, Heineccius, Charles Demangeat, Corrêa Telles, Jean Burlamaqui, Pereira e Souza, Savigny e outros), situa a teoria da justiça aristotélica como eixo central da sua exposição, reproduzindo a clássica noção de equidade já cristalizada na tradição ocidental há séculos: "dar a cada um o que é seu é o preceito jurídico, mas devidamente modificado pelas circumstancias especiaes em que se acha o individuo".[662] Utilizando-a como pedra de toque de toda noção de juridicidade, a equidade era o elemento fundamental que poderia guiar o direito, sendo aquela que "suppre as lacunas do direito positivo, preside sua interpretação, corrige seus defeitos, e algumas vezes impera em uma esphera de livre acção marcada pela própria lei".[663] Dar a cada um o que é seu, nesse sentido, seria um imperativo de justiça que guia tudo e todos. Um justo, no entanto, que tem e sempre teve sua origem não na convenção dos homens, mas sim em algo superior, eterno e imutável.[664] Mais que isso, foi reconhecido que a equidade era o elemento central a conformar a presença de tendências (*amores*) e de uma equidade natural (*aequitas*) na genealogia do direito:

> Algumas vezes a lei positiva se oppõe á equidade natural, mas isto provêm do defeito da lei, que não pode acautelar todas as minúcias, sendo certo que uma lei justa em um caso, pôde não o ser em outro, o que é uma conseqüência necessária da contingência do espirito humano. E' neste sentido que os juriscónsultos servem-se da palavra equidade em contraposição a palavra lei, querendo significar que a justiça se exerce então, não segundo o rigor da lei, mas, como diz Dalloz, com uma moderação e um adoçamento rasoaveis.[665]

A importância da tradição também aparece em João Mendes de Almeida Junior.[666] Em texto que evidencia um intenso debate com um dos maiores cientificistas

---

[662] ABRANCHES, Frederico Cardoso de Araujo. Equidade. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.195–203, 1896, p. 199.

[663] ABRANCHES, Frederico. Equidade..., p. 202.

[664] Nas palavras de Abranches, "Não é das convenções humanas e arbitrarias que depende a equidade; sua origem é eterna, é inalterável". Em: ABRANCHES, Frederico. Equidade..., p. 202.

[665] ABRANCHES, Frederico. Equidade..., p. 201.

[666] Filho do jurista, político, jornalista e líder abolicionista brasileiro João Mendes de Almeida e D. Anna Rita Lobo Mendes de Almeida, bacharelou-se em direito pela Faculdade de São Paulo em 1877. Foi nomeado Lente Substituto da Faculdade de Direito de São Paulo em 31 de goasto de 1889, ocupando as cadeiras de Direito Eclesiástico, Criminal e Civil. Em decreto de 21 de março de 1891, foi nomeado Lente Catedrático da mesma faculdade, da qual foi diretor desde 1910 até dezembro de 1916. Também foi ministro do Supremo Tribunal Federal (1916-1922). Em 1901, recebeu a tarefa de estudar as bases para a reforma judiciária do Estado de São Paulo e, em 1910, de organizar as bases do Código de Processo Civil e Criminal do Estado.

da revista, Pedro Lessa, ele absolutamente nega a posição de Lessa que aduz que hoje não é mais possível admitir o método escolástico no direito.[667] É a proposição de um diálogo entre João Mendes de Almeida Junior, um escolástico, e Pedro Lessa, um natural positivista.

João Mendes de Almeida Junior afirma que com a negação do método escolástico, estaria ainda Pedro Lessa – e todos os demais naturais positivistas – surdos ao despertar filosófico dos últimos anos nas grandes escolas da Europa, como em Roma, Bolonha, Portugal, Espanha, França, Bélgica, Alemanha e Inglaterra, que ainda se orientam pelos princípios de Aristóteles e Tomás de Aquino.[668] E mais, a filosofia escolástica era a única que poderia dar uma explicação racional às descobertas experimentais de hoje, sendo tal método plenamente compatível com o mundo há mais de vinte séculos. Um breve esboço da tradição jurídica ocidental era a maior prova disso:

> Esta philosophia, que tem por si a consagração de vinte séculos, durante os quaes foi ensinada pelos mais sublimes gênios, começou com Sócrates, Platão e Aristóteles, satisfez as intelligencias de um Cicero, de um Santo Agostinho, de um Alberto o Grande, de um Santo Thomaz de Aquino, de um S. Boaventura, de um Duns Scott, de um Raymundo Lulle, de um Guilherme de Ockam, de um Abelardo, de um S. João Damasceno, de um Dante, de um Belarmino, de um Suarez, de um Bossuet, de um Leibnitz, de um Gerson e de tantos outros.» Por fim, observe o ilustre professor a Escola a que pertenceram Heinnecio, Vinnio, Strykio e Boehmero, e a que se filiaram os tratadistas e praxistas reinicolas e os nossos mais notáveis jurisconsultos pátrios: Moraes dividiu o exame das nullidades dos contractos e dos instrumentos em quatro partes, tendo em vista as causas material, efficiente, formal e final, conforme a classificação da Escola; Guerreiro escreveu um tratado de Ethica escolastica, sob titulo Escola Moral; Mendes a Castro, Gomes, Vanguerve, a cada passo, se referem á Escola e á sua terminologia; Mello Freire, Pereira e Souza e o próprio Almeida e Souza eram escolasticos; o nosso saudoso Teixeira de Freitas, na sua monumental introdução á Consolidação das Leis Civis, deixou, na technica que emprega, o cunho da mais rigorosa subordinação ao methodo escolastico; os nossos jurisconsultos são, em geral, escolasticos, sem que ficassem acobardados por aquella riota

---

[667] "Não mereço os conceitos que ao meu ilustre collega, o sr. dr. Pedro Lessa, approuve tirar de si e applical-os a mim. A minha these, por ser a expressão da verdade, dispensa superiores esforços; ao passo que a these contraria, conquanto galvanisada pelo seu brilhante talento, nem por isso ficou verdadeira. O notável professor desde logo recusou os instrumentos de precisão, fornecidos pela dialectica da Escola e lavrou a seguinte sentença: «Não é possivel hoje admittir o methodo escolastico». Com a devida venia, recorro para o testemunho do movimento philosophico destes últimos annos, essa renascença que produziu os Remusat, os Saint-Hilaire, os Liberatore, os Jannet, os Grandclaude, os Tongiorgius, os Mauro, os Sanseverino, os de Broglie, os Cornoldi, os Farges, os Naville, os Fonsegrives, e outros muitos.". Em: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.153–183, 1899, p. 153.

[668] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 154.

> dos Estatutos de Coimbra, pela qual o poderoso ministro Pombal denominava a Escolastica – philosophia dos árabes.[669]

O próprio moderno era ainda escolástico, de modo que nem mesmo as doutrinas mais recentes conseguiam se desvencilhar dos conceitos e definições da tradição da Escola:

> Carrara vae buscar na Escola o seu methodo ontologico para a analyse do crime; Puglia, apesar de todo o seu positivismo, empenhado em definir o crime, recorre, não a Francisco Bacon, mas a Santo Thomaz de Aquino. Emfim, a Escolastica será a philosophia do século XX;[670]

Um exemplo dessa permanência escolástica ao direito moderno citada por João Mendes de Almeida Junior residiria na clássica conceituação e divisão de natureza (*natura*) ou substantia (*substantia*), qualidade (*qualitas*) e acidentes (*accidens*) das coisas. Especialmente pela divisão entre essência e acidente na *Metafísica* e da teoria das quatro causas na *Física II* de Aristóteles, João Mendes utiliza da tradição aristotélica para explicar conceitos de processo civil como, por exemplo, a litiscontestação, se de índole substantiva ou adjectiva, material ou formal, e até mesmo aos atos de arrematação e adjudicação, se de natureza material-

[669] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p 154-155.
[670] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 155.

substantiva ou não.[671] Era a aplicação de conceitos escolásticos-aristotélicos à tipologia de relações que o autor usualmente se debruçava: relações de processo.[672]

João Mendes de Almeida Junior era um processualista.[673] Mas mais que isso, um escolástico. Mesmo imerso nesse novo ambiente naturalista, biológico, cientificista, não se deixava levar pelas novas doutrinas. Mais se preocupava com elas do que as comemorava.

João Mendes de Almeida Junior era um expressivo representante do surto tomista da segunda metade do século XIX que se deu com a atividade do grupo da

---

[671] "E tão grande é a superioridade do methodo escolástico que, mediante este methodo, torna-se evidente o erro daquelles que, como Taine, dizem que a substancia é o conjuncto das qualidades e que a substancia não é alguma cousa real, distincta de suas qualidades. [...]. Quando assignalámos o vicio da nimia extensão dada a locuções analógicas, quizemos mostrar o perigo dos termos equivocos: assim, por exemplo, uma lei sobre a litis-contestação é substantiva ou adjectiva, material ou formal? Si me dizeis que é substantiva, responderei que a litis-contestação existe no processo como em um sujeito e, portanto, não é substancia; sim e dizeis que é adjectiva, responderei que a litis-contestação é um contracto que, comquanto resulte de actos do processo, não é acto do processo, e, portanto, a natureza e effeitos da litis-contestação não podem ser determinados por leis de processo; sim e dizeis que é material, responderei que, sob certo ponto de vista, a litis-contestação é uma fôrma do contencioso da demanda; si me dizeis que é formal, responderei que a litis-contestação, precisando os factos e o direito sobre que versa o litigio, é a matéria circa quam da prova e do julgamento. [...] não ha muitos dias, surgiu discussão, mesmo na Câmara dos Deputados deste Estado, sobre a arrematação e a adjudicação, dizendo uns que estes actos, comquanto de processo, são de direito substantivo, como effeitos da cousa julgada ou da falta de cumprimento da obrigação juridica. Bentham, vendo a distincção ontologicá entre a substancia e os accidentes, distincção que se reproduz na grammatica entre os substantivos e os adjectivos, aproveitou a analogia apenas para distinguir as leis que regulam relações de direito, das leis do processo; mas, os nossos separatistas, abusando dessa analogia, cogitaram, não somente de distinguir, mas de separar estas daquellas. Ora, isto é muitas vezes impossivel, porque ha processos, actos do processo e até lermos do processo, que, comquanto adjectivos ou accidentes, não deixam de ser da essência das relações de direito, ou como modo de ser, ou como modo de operar. [...]. Por isso, quizemos deixar bem determinados os limites da analogia de Bentham: o accidente não é um correlativo opposto á essência e sim á substancia; e, por conseguinte, assim como o adjectivo muitas vezes é da essência do substantivo, assim também ha processos, actos do processo e termos do processo, tão essenciaes ás relações de direito e ás leis que as regulam, que ou não podem ser dellas separados, ou quando possam sel-o, a separação deve subordinar-se aos mesmos principios que legitimam aquellas relações e aquellas leis." Em: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 156-158.

[672] Miguel Reale também comenta sobre tal constatação. Para ele: "É na esteira dos praxistas que o nosso Autor aplica as noções da Lógica aristotélica, nos moldes da Escolástica, não só nos seus trabalhos de Prática Forense, — cujo programa é dividido e m quatro partes, segundo as quatro causas da atividade forense, considerando-se, outrossim, a matéria ex qua, circa quam et in qua; a causa formal ut species, ut exemplar, etc — como em seu Direito Judiciário Brasileiro, no qual a mesma orientação prevalece, notadamente quanto à análise do processo sob o prisma da velha noção escolástica de "movimento". Por aí se vê que a aplicação de ensinamentos escolásticos na concepção do Direito Processual não constitui u ma inovação de João Mendes de Almeida Júnior, mas antes a continuação de uma tendência dominante no direito reinol, a que êle concientemente se filia, chegando a determinações conceituais e terminológicas a que os especialistas não têm regateado louvores.". Em: REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, n. 1, pp.26-72, 1956, p. 34.

[673] Sobre o tema, ver especialmente REZENDE FILHO, Gabriel de. João Mendes Júnior, mestre de processo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, pp.9-25, 1956; e SANTOS, Moacyr Amaral. João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, pp.98-113, 1956.

"Civiltà Cattolica", de nomes como Taparelli D'Azeglio, Liberatore, Sanseverino e Kleutgen.[674] No Brasil isso repercutiria no mundo do direito principalmente através de dois nomes: José Soriano de Souza, no norte do país, e João Mendes de Almeida Junior, na porção sul. Nas palavras de Miguel Reale, "o primeiro se defrontando com a pena sarcástica de Tobias Barreto e Silvio Romero; o segundo, em fase posterior e em ambiente menos propício a paixões filosóficas, se deparando com os positivistas heterodoxos e os evolucionistas de Piratininga".[675]

No entanto, mesmo as influências de José Soriano de Souza e João Mendes de Almeida Junior divergiam entre si. José Soriano tinha como principal influência ainda o pensamento tomista clássico, próprio dos antigos, reinterpretado ao mundo moderno. Já João Mendes, "muito embora revelasse conhecer a obra dos renovadores do tomismo e fosse afeito ao estudo direto dos textos de Santo Tomás" [676], tinha preferido a Escolástica Ibérica do século XVI como principal norte teórico.[677]

João Mendes de Almeida Junior era por isso um autor que reproduzia correntemente os conceitos da tradição aristotélica-tomista em seus estudos. De um pensamento com raízes profundas, valorizava muito a lógica, a dialética aristotélica, o tradicional. Por isso, Miguel Reale Júnior o rotula como um "tradicionalista integral": na filosofia, era um escolástico; na política, um monarquista; no direito, um praxista com forte apego aos Estatutos da Universidade de Coimbra.[678]

Além disso, o próprio método de exposição utilizado no texto já evidencia um outro traço escolástico fundamental em João Mendes de Almeida Junior: a *disputatio* como método formal de debate.

---

[674] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 29.

[675] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 30.

[676] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 30.

[677] Embora enalteça a influência da Segunda Escolástica em João Mendes Júnior, Miguel reale também adverte: "Os progressos do tomismo na segunda metade do século XIX, conseguindo reconquistar um lugar de relevo no diálogo universal das idéias, após o seu quase eclipse nos horizontes da cultura moderna; a revisão de vários princípios superados pela crítica de Descartes, Kant e seus continuadores; uma preocupação maior pelos problemas da ciência; o abandono de sua antiga terminologia, pouco correspondente às formas de sentir e de pensar do homem contemporâneo, tudo, em suma, que pode representar algo de novo e capaz de distinguir o neo-tomismo (visto como este não abandona as teses centrais de Santo Tomás) atua no espírito do mestre João Mendes Júnior como fermento de entusiasmo e de confiança na posição assumida, como o combatente que peleja com mais ardor ao saber da existência de aliados travando a mesma batalha. Não nos iludamos, porém: as suas convicções permanecem imutáveis, ainda e sempre fiéis à linha aristotélico-tomista tradicional, continuando a preferir até mesmo a técnica expressional dos doutores antigos, que pode ter virtudes de precisão, mas soa rudemente aos nossos ouvidos.". Em: REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 32.

[678] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 38.

Isso porque todo seu texto é construído como resposta à Pedro Lessa em vários *topoi.* Era a dialética aristotélica aplicada na própria construção textual do debate, que apontava, dentre inúmeros tópicos, contradições, obscuridades e equívocos do "adversário", apontando a interpretação correta da *quaestio* disputada e, assim, terminando pela resolução da questão.[679] Tal método foi empregado para responder Pedro Lessa, por exemplo, sobre a interpretação da redação do art. 34 n. 23 da Constituição Federal de 1891[680], a competência dos Estados para legislarem sobre organização judiciária[681], a competência dos Estados para legislarem sobre as justiças locais e direito processual[682] e a divisão doutrinária entre processos especiais em excepcionais e não especiais.[683]

O tradicionalismo de João Mendes de Almeida Junior e a sua antítese em relação às novas doutrinas naturais-científicas também ficou clara quando falou sobre o ensino do direito em estudo elaborado no período em que era Diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, em que negou a tendência das novas doutrinas de ver no método empírico indutivo a chave para compreensão de todas as ciências. Segundo ele, "as sciencias moraes não podem ser reduzidas somente á inducção dos physicos, assim como não podem ser reduzidas somente á deducção dos mathematicos".[684] Embora tal hipótese metodológica – de tratar todas as ciências pelo mesmo método – agradasse essa nova escola positiva científica, para João Mendes de Almeida Junior ela seria totalmente viciada, pois

> i.° Assenta em falso fundamento, porque attribue aos sentidos a força de conhecer os princípios geraes quando a realidade é que, sendo os sentidos u m a faculdade orgânica, não podem conhecer sinão o singular, contingente e material; isto é, os princípios geraes não podem ser concebidos pelos

[679] Miguel Reale confirma tal constatação, inclusive salientando queas críticas às teorias positivistas pelo formato escolástico da disputatio também apareceu em outros textos, como quando falou sobre o título correto que deveria conter a obra "Teoria do Processo Civil e Comercial", editado em 1899, do jurista paulista João Monteiro; e de questões criminológicas fundamentais, como a do livre arbítrio e a do determinismo, na obra de Paulo Egydio intitulada "Do conceito geral do crime". Sobre o tema, ver: REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 56-58.

[680] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 158-164.

[681] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 164-172.

[682] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 172-179

[683] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina das leis do processo brasileiro..., p. 179-183.

[684] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, Brasil, v. 20, pp.43–88, 1912, p. 46.

> sentidos, cujo objecto é o que é *hic et' nunc,* e sim pelo intellecto, cujo objecto é o que foi antes, o que é agora, o que será depois, visto que os princípios geraes são juizos *necessários* que se distinguem dos factos contingentes.
> 2.° Ataca o fundamento de toda a sciencia, por isso que não ha firmeza naquilo que só procede dos costumes e mesmo do habito.
> 3.º Conduz ao subjectivismo, a tal ponto que Stuart-Mill foi precipitado a affirmar que — «nada é absurdo em si, mas em relação ao espirito e a seus hábitos»; e esta conclusão tem por funesto effeito o scepticismo nas soluções jurídicas, acarretando o scepticismo na justiça, isto é, abolindo toda a confiança na justiça, quer attributiva, quer distributiva.[685]

É interessante notar as referências utilizadas por João Mendes de Almeida Junior para formular tais conclusões.

Primeiro a teoria positiva exclusivista indutiva se assentaria em falso fundamento porque não seria possível que os sentidos efetivamente conhecessem os princípios gerais da ciência que se busca estudar. Os sentidos apenas teriam condições de conhecer o singular, o contingente, mas nunca o geral, o verdadeiro, aquilo que é inalcançável pelos sentidos. A disciplina aristotélica-tomista, novamente, pode ser encontrada no substrato do discurso. É possível checar a distinção entre essência e acidente, as ideias de necessidade e contingência, a ideia de uma ciência como filosofia (abstrata, de descoberta dos princípios gerais e das causas primeiras das coisas) ser inalcançável, razão pela qual se afasta da possibilidade de apreensão pelos sentidos – é a percepção da existência de uma metafísica em seu sentido mais puro, abstrato, elevado, em que os sentidos são incapazes de a alcançar.

Segundo porque ataca os fundamentos de toda ciência produzida até aquele momento. Ataca os princípios gerais de uma falsa tradição.

Terceiro porque conduz à subjetividade do observador as conclusões. Move a verdade do geral, do comum, ao individual, ao subjetivo. A conclusão se torna contingente, o que desmoraliza a justiça, seja em sua face distributiva ou comutativa.

No estudo do direito, portanto, não haveria que se falar na exclusividade do método empírico indutivo. Embora isso não significasse que o processo dedutivo seria absoluto no direito, estava evidente que “a inducção não é sufficiente, quer para formar as leis hypotheticas, quer para explicar as leis certas, quer para achar leis novas por via de analogia, ou por via de dependência”, pois, citando Seneca, “sem os principios fundamentaes, ninguém chega á verdade, de sorte”.[686] E para se chegar a tais princípios gerais, o método a ser utilizado deveria ser o dedutivo:

---

[685] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 46-47.
[686] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 68.

> Ora, a lei natural se manifesta tanto na ordem physica como na ordem moral, e por isso se divide em lei physica e lei moral. A lei jurídica regula u m a atividade pessoal fundada na lei moral e por isso tem como primeiros principios os mesmos primeiros principios da lei moral, isto é, - Deve-se fazer o bem e evitar o mal; — E' necessária a ordem, tanto na vida individual, como na vida social, para conservação da espécie humana; e tem como primeiros preceitos — viver honestamente, não lesar a outrem, attribuir a cada um o que é seu. Estes primeiros principios e primeiros preceitos são fundamento das instituições jurídicas e o critério dos factos capazes de produzir direito. Os factos, por si sós, não fornecem o critério jurídico; para isso é necessário que sejam illuminados por esses primeiros principios e primeiros preceitos. [...].
> Ninguém seriamente dirá que, para firmar os principios communs a todas as sciencias e os principios communs á ethica geral, isto é, a todas as sciencias moraes, o professor de Direito tenha necessidade de usar do processo da inducção. Os preceitos de Direito, que decorrem desses principios communs, são logicamente formadospor deducção, como partes contidas no todo.[687]

A presença da ideia de uma lei natural fundada numa moral, numa ideia de ordem, numa ideia de bem comum, de *aequitas*, é notável. O direito deveria ser apreendido e orientado, por via primeira, por esses princípios gerais do mundo; não da observação dos fatos.[688]

E como não se poderia esperar menos, para João Mendes de Almeida Junior, o método mais adequado ao ensino do direito era o mais tradicional. Isto é, o mais próximo dos Estatutos de Coimbra de 1772, que tinham como base não somente um saber teórico do direito, mas também prático. Era a ideia de um método empírico-racional, que conjugava um saber teórico e um saber prático que, mesmo quando toma conclusões dos fatos, pauta-se na demonstração das causas primeiras que os produziram:

> E' o methodo analytico-synthetico ou empírico-racional, unico methodo realmente pratico, porque ensina não só o fundamento das leis, como a applicação das leis aos factos, como o modo e a forma de realisar as relações de direito, quer na vida em geral, quer no fôro extrajudicial, quer no fôro judicial.[689]

O que levava a um ensino prático do direito era a disciplina de prática forense. E, aos moldes dos Estatutos de Coimbra, mais do que uma cadeira que ensinava o

---

[687] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 69.

[688] Nas palavras de João Mendes de Almeida Júnior, "O direito é uma sciencia pratica, fundada na justiça, que é uma virtude moral; mas, por isso mesmo, o direito suppõe o entendimento dos primeiros princípios, suppõe a sciencia, que por obra da razão forma os preceitos, não só por inducção dos factos como por deducção dos princípios, suppõe a contemplação das causas mais altas dos preceitos. Em: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 59.

[689] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 88.

estudante a aplicação das leis no foro, ensinava *arte*. Uma disciplina "eminentemente artística" que pressupunha o ensino da "arte da aplicação das leis" mediada, assim como todo e qualquer ofício artístico, pela prudência.[690] O jurista, portanto, seria um artista. Um erudito. Um profissional eloquente conhecedor das fórmulas e cautelas da arte forense definida nos Estatutos.

Desse modo, para João Mendes de Almeida Junior, a perspectiva coimbrense de ensino que conjugava uma feição prática com a teórica era aquela mais justificada a amparar o método do ensino do direito, pois, ainda àquele momento histórico,

> [...] o methodo do ensino superior, destinado a guiar o exercicio de profissões liberaes, não póde deixar de ser o mesmo methodo das respectivas actividades, isto é: contemplar os principios e causas, deduzir os preceitos, e applicar os preceitos aos factos, afim de que estes sejam praticados ou julgados com as necessarias cautelas e formulas.[691]

Mesmo em pleno século XX, portanto, por levarem a um método que conjuga conhecimentos teóricos e práticos e uma subordinação aos primeiros princípios, os Estatutos de Coimbra seriam ainda o que havia de melhor no método do ensino superior em direito naquele período.[692] [693] É por isso que Miguel Reale entende que João Mendes de Almeida Junior era o teorizador de preceitos coimbrenses ajustados aos esquemas escolásticos. [694]

São Paulo, portanto, parecia impor mais restrições à influência do novo do que em Recife. Se em Recife o novo prepondera, com mais autores falando de mais ideias novas, em São Paulo a tradição permanecia com mais liberalidade. Não é à toa que, talvez, personagens como João Mendes de Almeida Junior não tivessem tanto espaço no pensamento jurídico de Recife.

---

[690] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 62-63.

[691] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 59.

[692] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 55.

[693] No entanto, João Mendes de Almeida Júnior confessa que: "[...] este methodo foi abandonado, para ser substituído por uma cadeira de Pratica Forense, que figurava no projecto de Estatutos do Visconde da Cachoeira. A matéria dessa cadeira foi, pela Lei de 11 de Agosto de 1827, unida á cadeira de Theoria do Processo; e assim permaneceu até o Decr. n. 1232 F de 2 de Janeiro de 1891, que a constituiu em cadeira especial. Fui nella provido; e organizei o meu Programma, segundo o plano de Strikio e dos Praxistas reinicolas, dividindo-o em quatro partes correspondentes ás causas da actividade, isto é, á causa material, á causa efficiente, á causa formal e á causa final, discriminando em cada uma dellas as respectivas cautelas, sendo que, relativamente, á causa formal, discriminei, além das cautelas, as formalidades ou actualidades das formulas.". Em: ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito..., p. 66-67. E note-se aqui, novamente, na aplicação prática da disciplina organizada, uma referência expressa à teoria das quatro causas aristotélicas.

[694] REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior..., p. 59.

Essa é a característica que também se encontra nos textos da revista sobre o direito obrigacional-contratual do período. O foco do próximo subcapítulo, por isso, será investigar como esse peso da tradição se incorporava ao contexto cada vez mais biológico, natural, científico, de um novo direito em São Paulo. Ou seja, como elementos tradicionais conviviam com a inclinação da novidade como símbolo da perfeita e mais absoluta verdade nas Arcadas de São Paulo.

4.2.1. O DIREITO OBRIGACIONAL-CONTRATUAL NA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

Sobre o tema obrigacional-contratual, foram examinados 25 artigos publicados na revista dentro do período de 1891 a 1916. A relação deles segue abaixo:

TÍTULO E AUTOR	ÁREA DO DIREITO
Quando se póde contravir o proprio facto. Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho	Direito Civil
Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina. Herculano de Martins Freitas	Direito Administrativo – Direito Civil
Projecto do Codigo Civil. Antonio José Rodrigues Torres, Antonio Dino da Costa Bueno, Manoel do Nascimento Machado Portella Junior	Direito Civil
A falta de protesto desobriga o sacador? A. J. Pinto de Ferraz	Direito Civil – Direito Comercial
Efeitos da estipulação de juros nas letras de câmbio. A. J. Pinto de Ferraz	Direito Civil – Direito Comercial
Noção geral das obrigações e estudo de suas espécies. F. M. Oliveira	Direito Civil
Apontamentos sobre a prestação da culpa. Vicente Mamede de Freitas	Direito Civil
Transmissibilidade do Feideicomisso. Pedro Lessa.	Direito Civil
Da unificação do direito privado. Brasilio Augusto Machado de Oliveira	Direito Civil
Differença entre o fideicommisso e o usofructo. José Ulpiano Pinto de Souza	Direito Civil

Da pretensa regra *Error communis jus facit*. João Pereira Monteiro	Direito Civil – Direito Romano
Da applicabilidade da fallencia aos não comerciantes. Gabriel José Rodrigues de Rezende	Direito Comercial
Prescrição das notas promissórias. Frederico Abranches	Direito Comercial
Projecto de Codigo Civil brasileiro. Ao Snr. Dr. Afranio Peixoto. Antonio Amancio Pereira de Carvalho	Direito Civil
Os socios de uma sociedade commercial são comerciantes? Gabriel José Rodrigues de Rezende	Direito Comercial
Sociedade regular e sociedade de facto em direito civil e em direito comercial. Pedro Lessa	Direito Comercial
Da responsabilidade dos proprietários de navios I. Vergueiro Stedel.	Direito Mercantil
Sobre o art. 16, II do Projecto do Código Civil Brasileiro. Reynaldo Porchat	Direito Civil
O direito de os credores hipotecários pedirem a falência do devedor comerciante. Vergueiro Steidel.	Direito Comercial
Passa ao comprador da herança o direito de acrescer. Pedro Lessa.	Direito Civil
Da responsabilidade dos proprietários de navios II. Vergueiro Stedel.	Direito Mercantil
Da memoria apresentada áquelle congresso sobre a Unidade do Direito - João Pereira Monteiro.	Filosofia do Direito
A universalisacão das línguas – João Pereira Monteiro	Filosofia do Direito
Pátrio poder – João Arruda	Direito Civil
É necessaria a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a menores sob patrio poder? – Pedro Lessa	Direito Civil

Tabela 2 - Relação de textos analisados sobre obrigações e contratos na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

Ao contrário de Recife, em São Paulo não temos a prevalência de um personagem específico na publicação dos artigos sobre direito civil ou obrigacional-contratual. É claro que alguns, como Pedro Lessa ou Vergueiro Stedel, apareciam mais, mas não havia preponderância de um ou outro.

Além disso, a Revista Acadêmica de São Paulo não era o único veículo para divulgação das ideias dos professores da escola. Segundo Lilia Schwarcz, os

professores e mesmo os discentes possuíam revistas, jornais e editoriais próprios, o que fazia com que direcionassem para lá suas opiniões e ideias mais polêmicas. Pelo caráter oficial e institucional da revista, haveria ali muito mais artigos que reproduziam ensaios sobre as matérias lecionadas em sala de aula do que opiniões combativas que poderiam causar rusgas entre os autores.[695]

Ocorre que mesmo com um caráter talvez não tão de crítica, as opiniões que ali circulam parecem nos dar ao menos pistas do que os juristas de São Paulo pensavam sobre o tema das obrigações e contratos, especialmente em relação ao contato do novo e do científico com uma matéria tida como perene no tempo[696].

Mas o novo em São Paulo era diferente do novo em Recife. Em Recife o novo se definia muito pelo científico, pelo biológico, pela sociologia, pela aplicação das ciências naturais ao campo do direito. Em São Paulo, ainda que a ciência circulasse, ela não preponderava.

Outros elementos que não a reprodução de uma teoria jurídica naturalista estavam em voga em São Paulo. O novo se definia por outros elementos, tais como a forte presença do direito comparado na investigação científica, o espírito reformador das legislações de direito privado e, especialmente, a tendência de expansão de estatalidade.

À semelhança de Recife, a ferramenta metodológica do direito comparado como instrumento reformador do direito privado brasileiro ocupava um lugar privilegiado na discussão dos autores da Revista da Faculdade de São Paulo. Para eles, a renovação das instituições e categorias jurídicas apenas poderia se dar de um modo: pelo estudo do direito comparado.

Seria pela observação atenta do direito estrangeiro que se expulsaria a tendência de doutrinas e leis obsoletas no direito brasileiro.

Em uma realidade em que muitas leis pareciam antiquadas, o trabalho desses juristas na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo parecia ser dizer o melhor direito, a melhor técnica, a melhor interpretação, de acordo com as doutrinas e

---

[695] Para Lilia, “Talvez esse caráter singular explique a ocorrência de um leque muito mais variado de ensaios, destacando certa intenção didática e uma versatilidade temática que parecem ter o fim de introduzir o leitor nos meandros da profissão”. Em: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**..., p. 126-127.

[696] Uma matéria que, segundo leituras tradicionais, sempre existiu. Existia obrigação e contrato onde houvesse algum arremedo de sociedade. Mas que, de todo modo, atingiu seu ápice em Roma, que forneceu as bases da teoria obrigacional-contratual moderna.

categorias estrangeiras, especialmente europeias. Eram eles os encarregados de depurar e transladar um “melhor direito” ao Brasil. Esse “melhor direito”, na grande maioria das vezes, era o direito das “nações mais civilizadas”.

Em “A falta de protesto desobriga o sacador”, por exemplo, toda a discussão encartada na primeira parte do texto por Antonio Juanuario Pinto Ferraz circunda a questão de se saber se o sistema da letra de câmbio gera ou não contrato entre a parte que a apresenta e a que a toma. Mas a questão-chave desta primeira parte, no final das contas, é: qual legislação seria a mais progressista, a mais moderna, a mais harmônica às práticas comerciais do novo século para ser aplicada no Brasil, a de origem francesa ou alemã?

> O systema acolhido pela legislação germânica, tem exercido poderosa e profícua influencia em todas as reformas, recentemente effectuadas no direito cambial dos paizes adiantados, como a Áustria, Hungria, Bélgica, Hespanha, Inglaterra, Itália, Portugal, Eomania, Scandinavia, Suissa, Estados-Unidos e Egypto.
> Em França, o movimento reformador foi iniciado, e já existe um projecto de lei, tendente a modificar os arts. 110, 112 e 632 do C. Com., segundo noticiam L Y O N — C A E N & R E N A U L T (:), no sentido de harmonizar a legislação cambial com os principios, e com as praticas do commercio geralmente recebidas.
> Entre nós, as disposições pertinentes á letra de cambio, resentindo-se dos mesmos defeitos deparados na legislação franceza, continuam refractarias aos progressos introduzidos nas leis mercantis dos povos cultos, imitando de tal arte a immobilidade da Grécia e da Turquia, no tocante ao direito cambial.[697]

Segundo Pinto Ferraz, a legislação brasileira sobre as letras de câmbio estaria atrasada aos passos do progresso, pois se localizaria ainda numa segunda época de três do progresso da instituição cambial. A primeira, italiana, reputava a cambial como um meio de permuta; a segunda, francesa, reputava-a como um modo de pagamento, em serviço dos negociantes; a terceira, alemã, reputava-a como um título de crédito.

Era necessário que o Brasil se modernizasse. Mesmo o Código Comercial de 1850 já estava ultrapassado, pois não acompanhava mais as novas tendências do cambio trajetício das civilizações mais cultas, o que implicava, inclusive, no desprezo do Código Comercial pela jurisprudência pátria, pois absolutamente inconsistente com os novos tempos:

---

[697] FERRAZ, Antonio Januario Pinto. A falta de protesto desobriga o sacador? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.137-150, 1894, p. 143.

> A jurisprudência pátria, como aconteceu na Itália, quando vigorava o Código Commercial de 1865, tem procurado attenuar o vigor do nosso direito cambial, interpretando as disposições retrogadas da legislação respectiva, de accordo com as leis e costumes dos povos adiantados. Para isso, porém, os tribunaes têm sido obrigados a mutilar o systema cambial adoptado pelo Código do Commercio, isolando a letra de cambio do contracto, que lhe dá causa.
> Seria, pois. de grande conveniência reformar a legislação cambial, afim de uniformisal-a com a dos paizes, que têm acompanhado os progressos do direito commercial, satisfazendo de tal arte ás aspirações generosas do commercio internacional, e aos exforços ingentes dos que se dedicam á carreira mercantil.[698]

Em outro texto, agora sobre os efeitos das estipulações de juros nas letras de câmbio, A. J. Pinto Ferraz também deixa claro que a evolução da disciplina cambial teria um caráter natural. Isto é, uma natural evolução decorrente do progresso civilizatório das sociedades e o avanço do aperfeiçoamento dos sistemas cambiais – inclusive com a estipulação de juros, antes vedada pela aversão canônica à usura:

> Si investigarmos meditadamente, qual a causa determinante dessa igualação, estudando a instituição cambial á luz do progresso da sciencia do direito, e com especialidade do direito, mercantil, como um ramo destacado do organismo inteiro, e das legislações que têm abandonado o systhema franco-belga, para adoptàr os adiantamentos do systhema germanoitaliano, chegaremos ao lógico resultado, que, bem longe de symbolisar o Contracto de cambio trâjecticio, a letra representa uma obrigação formal, «independente e obrigatória por si mesma, valiosa pelas assignaturas que contiver, e pelas estipulações n'ella materialmente expressas,» funccionando, segundo adverte GALUPPI, escriptor de elevado mérito, como um titulo de credito, destinada á multiplicação das permutas.
> Assim entendida, é natural que «desapparecessè a distincção entre letras de cambio è bilhetes á ordem, para, agrupados sobre a mesma denominação, com causa dos mesmos effeitos, repudiadas as idéias acanhadas do passado, comportarem ambos, sem o rigor dos canonistas, sem restricções á liberdade de contrâctar, a estipulação de juros, ainda quando separados do principal.[699]

A discussão em torno do direito estrangeiro se torna central, sendo o sistema cambiário brasileiro atrasado no tempo, "refractário aos aperfeiçoamentos introduzidos nas legislações modernas".[700]

---

[698] FERRAZ, Antonio Januario Pinto. A falta de protesto desobriga o sacador?..., p. 149-150.
[699] FERRAZ, Antonio Januario Pinto. Efeitos da estipulação de juros nas letras de cambio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.7-23, 1895, p. 13.
[700] FERRAZ, Antonio Januario Pinto. Effeitos da estipulação de juros nas letras de cambio..., p. 17.

O espírito reformador do direito privado brasileiro pelo estudo do direito comparado manifesta-se também em relação à suposta necessidade de unificação do direito privado.

O direito comercial marítimo, por exemplo, deveria ser recomposto ao plano do direito comercial em geral. E este recomposto ao direito civil. Todos eram relativamente semelhantes, sem razão de separação, pois não haveria uma noção clara do que se pode considerar atos de comércio e atos da vida civil; os objetos do direito civil e do direito comercial seriam praticamente os mesmos.[701] A unificação das matérias era necessária ao bem do comércio e do progresso científico das operações econômicas:

> Em bem do commercio, e para facilitar o credito pessoal e a circulação dos valores, garantir a boa fé e promover a conclusão dos contractos, o direito moderno instituiu no mecanismo obrigacional, a presunção de solidariedade, de onerosidade, a materialização das obrigações, a simplificação do processo, a suppréssão de formalidades que embaracem a perfeição dos contractos. Todos esse institutos se deparam no direito romano e singularmente applicados ás relações juridico-mercantis, taes como estas são compreendidas nas legislações modernas.[702]

O impulso desse movimento reformista estava centrado não apenas na lógica das coisas, mas também nas tendências do direito estrangeiro das nações modernas:

> O processo de execução em matéria cambial, e que é a mais audaciosa das conquistas do direito e a um tempo a mais segura tutela para o credito, já não depara óbices no caracter civil do devedor. O instituto da fallencia, e m mais de uma legislação positiva, não mais distingue o devedor civil insolvavel e o devedor commercial insolvavel; a lei ingleza de 25 de Agosto de 1883, a prussiana de 8 de Maio de 1855 — fonte primordial do direito federal germânico, e completada e desenvolvida na lei federal do Concursordnung de 10 de Fevereiro de 1877, as de 25 de Dezembro de 1868 e de 16 de Março de 1884 promulgadas na Áustria, a da Hungria sanccionada em 27 de Março de 1881, são symptomas dessa tendência unificadora na applicabilidade do instituto das falências a quem quer que se ache insolvavel, tendência que caracteriza todas as legislações do grupo germânico.[703]

A unificação do direito privado em geral era uma tendência estrangeira e, como tal, utilizada para fundamentar a autoridade do argumento exposto. A tendência de unificação do direito privado não era apenas brasileira, mas universal:

---

[701] OLIVEIRA, Brasilio Augusto Machado de. Da unificação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.135-155, 1895, p. 140-146.
[702] OLIVEIRA, Brasilio Augusto Machado de. Da unificação do direito privado..., p. 138-139.
[703] OLIVEIRA, Brasilio Augusto Machado de. Da unificação do direito privado..., p. 139-140.

> A idéa nova já se fez escola. Entrevista em 1847 por Montanelli o primeiro que vislumbrou a anormalidade da separação do direito privado em duas ramificações distinctas, se propaga e cresce contemporaneamente, mercê dos trabalhos scientificos de Vivante, Bolaffio, Tartufari, D'Aguanno, Cimbali, Bruschettini, Perrone, Sraffa., Lebano, Tortori, Germano, na Itália; Endemann e Dernburg, na Allemanha; Memzinger, na Suissa; Yseux, avivando a opinião de Alauzet, na França; Molengraaf, na Hollanda; Comas, Azcárate, Silvela, na Hespanha.[704]

A valorização do estrangeiro, do comparado, como mecanismo de reforma e parâmetro de debate ao direito brasileiro era uma tendência na revista. Com o progresso como ideologia, não se restringiu apenas aos artigos acima citados, mas também a diversos outros, principalmente de direito comercial, que visavam a atualização do direito privado brasileiro.[705]

A valorização do estrangeiro era também um grande impulsionador de uma ideia de universalidade do direito. João Pereira Monteiro, por exemplo, num misto de metafísica e universalismo, acreditava na possibilidade de existência de uma *Cosmopolis do Direito*.[706]

Uma outra característica importante da presença do novo em São Paulo é a sua corrente tentativa de, utilizando o vocabulário de James C. Scott[707], "estabelecer o Estado". Isto é, alargar os domínios em que a disciplina universal, geral e abstrata do Estado incidia em outros campos.

O maior exemplo dessa expansão de estatalidade diz respeito à redução da disciplina da casa nos assuntos de direito privado.

---

[704] OLIVEIRA, Brasilio Augusto Machado de. Da unificação do direito privado..., p. 153-154.

[705] Cito, por exemplo: REZENDE, Gabriel. Da applicabilidade da fallencia aos não commerciantes. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 6, pp.115-128, 1898; REZENDE, Gabriel. Os socios de uma sociedade commercial são commerciantes? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, pp.67-78, 1902; STEIDEL, Frederico Vergueiro Stedel. Da responsabilidade dos proprietarios de navios. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, pp.79-136, 1902; STEIDEL, Frederico Vergueiro Stedel. O direito dos credores hypothecarios pedirem a fallencia do devedor commerciante em face da Lei n. 859 de 16 de agosto de 1902. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.99-136, 1903; e PORCHAT, Reynaldo. Sobre o art. 16, II do projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.187-203, 1903.

[706] "Sublime concentração - sublime pela fonte de onde deflue, que é o amor da humanidade, tendo por symbolo Deus, sublime pela aspiração a que obedece, que é reduzir a geographia jurídica universal a um paiz único—a Cosmopolis do Direito!". Em: MONTEIRO, João Pereira. Da memoria apresentada áquelle congresso sobre a Unidade do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 8, pp.145-160, 1900, p. 159. Sobre o tema, ver também: MONTEIRO, João Pereira. A universalisacão das linguas. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 9, pp.23-32, 1901.

[707] SCOTT, James C. **Seeing Like a State**: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed. New Haven and London: Yale University Press, 1998.

João Arruda, por exemplo, quando trata especificamente do tema amplo do pátrio poder e educação das crianças, sustenta já na primeira linha de seu texto que "nenhum instituto merece mais attenção dos reformadores do Direito, que o pátrio poder".[708] Ele acredita que as alterações no instituto do casamento e a multiplicação dos divórcios já seriam indicativos para se pensar sobre a qualidade da casa como formação disciplinar, sendo possível àquele momento relativizar se a educação no seio da família era ou não sempre a melhor.

No entanto, o pátrio poder se assentaria na natureza, razão pela qual não haveria como se livrar dele. Embora não fosse ainda possível concretizar o sonho de "Tirar, em quaesquer casos, aos pães os filhos para os entregar á educação do Estado", "Conservar porém a creança em um meio deletério, por um fanatismo pelo pátrio poder, tal qual nos foi legado pelo Direito Romano, é outro absurdo, contra o qual se devem levantar todas as pessoas sensatas."[709] Era necessário encontrar um meio termo entre a permanência do doméstico como espaço de poder e o progressivo estabelecimento do Estado como agente de poder no âmbito da casa, da família.

Para isso, João Arruda utiliza muito da narrativa histórica, especialmente a greco-latina para definição dos contornos do pátrio poder. Roma estava mais uma vez em foco. Era ela o parâmetro com que se analisava a caducidade dos exageros do pátrio poder na modernidade. Isso porque o pátrio poder brasileiro tinha essa herança que, nas palavras de Lafayette Pereira, constituía um invento absurdo, imaginado antes em vantagem e utilidade do pai do que em benefício do filho.[710]

João Arruda, desse modo, recusa uma extensa liberdade do pai para regular os direitos dos filhos, pois "Nos tempos antigos, o poder do pae não encontrava diante de si, como nos mais recentes, o do Estado, que tem por missão proteger os membros da sociedade que são mais fracos".[711]

---

[708] ARRUDA, João. Patrio poder. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 18, pp.67–78, 1910, p. 67.

[709] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 67.

[710] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 73.

[711] "Assim pôde haver extensão repugnante na faculdade de castigar, na do consentir no casamento e na de exigir serviços. Entre o direito dos tempos bárbaros de matar o filho e o de o castigar moderadamente, vae um abysmo. Nos tempos antigos, o poder do pae não encontrava diante de si, como nos mais recentes, o do Estado, que tem por missão proteger os membros da sociedade que são mais fracos. A esta linha de separação entre o poder do pae e o do Estado falta nitidez.". Em: ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 73

O Estado se expandia em direção à disciplina familiar, especialmente à luz da legislação dos povos modernos. O estrangeiro não se intimidava em dar duros golpes à instituição do pátrio poder. Já em terras brasileiras o pátrio poder teria sido muito pouco contestado[712]. Mas isso mudaria, pois "numa época de reformas, nem o direito de familia escapa aos fortes e penetrantes golpes da picareta do progresso"[713], sendo o Estado o principal responsável por adentrar e regular ativamente os assuntos domésticos[714]:

> [...] o Estado moderno pôde, inspirando-se ,no interesse dos indivíduos e da sociedade, regulamentar a autoridade do chefe de familia no sentido de melhor salvaguardar taes interesses. Si o Estado não deve exercer por si o pátrio poder, é porque é impróprio para tal ministério, e esse exercício seria grandemente prejudicial aos indivíduos e á sociedade.
> Esta é, creio, a verdadeira concepção positiva da instituição do pátrio poder. Fundando-o em factores anthropologicos e sociaes, attendendo ás necessidades do indivíduo e da comunhão social, teremos uma instituição conforme aos ideaes jurídicos da nossa sociedade.[715]

Tal intromissão do Estado em assuntos da casa, no entanto, deveria ser feita sempre com prudência.[716] Para João Arruda, esse é inclusive o principal desafio do legislador nas reformas da instituição. Não se deveria esquecer a natureza que se funda o instituto; o amor que ali se manifesta; a afeição ou amizade gerada pela vida em família e a nascida dos laços de sangue; os sentimentos de benevolência ali cultivados; o amor próprio dos próprios chefes de família que veem em suas proles a si mesmo etc.[717] Não haveria, portanto, como se negar o pátrio poder. Mas haveria

---

[712] Nas palavras de João Arruda, "As leis actuaes, perdido como se acha o fanatismo pelo Direito Romano, já não se embaraçam para darem profundos golpes na instituição do pátrio poder, tirando-lhe quanto tinha de repugnante para as nossas idéas. Neste sentido alguma cousa se tem feito, entre os povos cultos. A legislação pátria bem pouco tem sido modificada neste ponto. Lembrarei, como exemplo do nosso pouco zelo sobre tal matéria, a difficuldade que há para cassar o pátrio poder quando delle se mostra indigno o pae. No nosso Direito, as leis, com pequenas modificações, têm conservado o cunho do Direito Romano. Aos costumes devemos as profundas reformas nas relações entre pães e filhos. O próprio dec 181 pouco modificou o estado da nossa legislação sobre o pátrio poder. Em resumo: nossas leis, mantendo em seos traços geraes o Direito Romano, e modificando-o em poucos pontos, sob a influencia das idéas modernas; o nosso direito costumeiro exercendo mais profunda influencia no systema do Direito Pátrio, relativamente a esse instituto jurídico.". Em: ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 74-75.

[713] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 75.

[714] "Não se fundando mais o pátrio poder no interesse do chefe, poderá o Estado cortar profundamente os direitos do chefe da familia". Em: ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 76.

[715] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 77

[716] "Ninguém contesta que ha grande difficuldade em reformar a instituição, guardando um justo e prudente meio entre o respeito excessivo aos interesses do pae, e o exaggerado fanatismo pela necessidade social". Em: ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 78.

[717] Nas palavras de João Arruda, "O instituto deve ser fundado na natureza do homem, e nas condições sociaes. Consenquentemente, terá o legislador de aproveitar quanto a natureza poz á sua disposição:

como se regular as relações domésticas para o fim de “zelar a educação da infância, fiscalizando o procedimento dos chefes de familia, e, em circumstancias extremas, arrancando-lhes das mãos os filhos”.[718]

O artigo utiliza algumas referências positivistas, biossociológicas. Mas são poucas. Fala-se sobre a fraqueza do homem nos primeiros tempos da vida, o amparo insubstituível da mãe, cuja afeição pela prole se manifesta até nas feras[719], a ciência moderna e a sociedade das forças naturais, entra as quais se acharia o egoísmo e as feições altruísticas.[720] Mas são pouquíssimas linhas.

Tudo isso sinaliza o estabelecimento do Estado em espaços que outrora não eram seus. O Estado estava cada vez mais autorizado a se imiscuir em questões que, por natureza, não eram suas. Mas note-se que, mesmo assim, as referências à tradição não eram poucas. A família ainda se regia por uma dimensão de afetos cuja natureza era inalterável.

A expansão da estatalidade no campo obrigacional-contratual também é perceptível nos textos da revista. Em um outro texto, por exemplo, Pedro Lessa questiona se podem os pais vender os bens dos filhos menores por sua livre vontade e, se sim, se isso deveria ser feito com ou sem autorização do juiz ou com ou sem hasta pública.

Invocando muito a tradição do direito privado ao longo do tempo, Lessa sustenta que, em regra, a resposta era a de que sim: podiam os pais vender os bens dos filhos menores, não se exigindo, na maioria dos casos, autorização judicial.[721] No

---

o amor materno que se manifesta, ao menos nos primeiros tempos, em elevadíssimo grau de intensidade; a ajfeição ou amizade gerada pela vida em familia, e a nascida dos laços de sangue; os sentimentos de benevolência para com os entes fracos collocados sob nossa protecção, sentimentos que, si não são fructo da vida em sociedade, como pensam alguns escriptores, são pela vida social desenvolvidos, aperfeiçoados, acrisolados; certo amor próprio, que leva os chefes da familia a verem nas qualidades dos descendentes suas próprias virtudes, julgando que renascem na prole; emfim outros elementos menos importantes, mas que não devem ser desprezados pelo legislador. Estes são os anthropologicos motivos para confiar aos chefes da familia o poder sobre os menores. Ha ainda factores sociaes: a opinião pública, que condemna qualquer tyrannia, ou brutalidade contra os entes fracos; o estado de cultura moral relativamente adiantado dos actuaes chefes de familia etc.”. Em: ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 75.

[718] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 78.

[719] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 68

[720] ARRUDA, João. Patrio poder..., p. 72.

[721] Tal direção era dada por uma doutrina tradicionalíssima sobre o tema. Cita-se no texto, por exemplo, a literatura de D. Antonii Gomezzi (Ad Leges Taurinas Commentarium Absolutissimum e Variae Resolutíones, de restitutione minorum), Marci Antonii Sabelli (Summa Diversorum Tractatuum), Emmanuelis Alvarez Pegas (Resolutiones forenses practicabiles), Antonii de Sousa de Macedo (Decisiones Supremi Senatus Justitiae Lusitaniae), Alphonsi de Olea (Tractatus de Cessione Jurium et Actionum), Manuel Mendes de Castro (Practica Lusitana) e outros autores mais. Todos dos séculos

entanto, para que se procedesse à venda, deveria haver uma justa causa (necessidade ou utilidade da alienação) e, a depender do caso, autorização do juiz por decreto judicial, sendo este último elemento muitas vezes dispensado.[722]

No entanto, o Estado poderia livremente barrar tais alienações quando os pais abusassem de seu pátrio poder ou quebrassem seu dever de boa-fé e piedade paterna para com os filhos. Nesses casos de quebra de uma equidade natural entre a família, era mais que autorizado ao Estado vedar a alienação dos bens sob qualquer forma, inclusive tomando as providências mais graves disponíveis na legislação estatal:

> Os paes, em geral, têm no seu coração um tribuno eloqüentíssimo, que a todos os momentos pleitêa a causa dos filhos. Quando, por excepção, essa voz emmudece, e os pães abusivamente querem aproveitar-se dos bens dos filhos, de nada vale a hasta publica: o remédio é outro, e consiste em vedar a alienação dos immoveis sob qualquer fôrma, ou em medidas ainda mais graves, permitidas pelo direito pátrio.[723]

Entre um misto de tradição – pela ideia corrente de que o pai estaria violando uma equidade natural ao quebrar um dever de boa-fé e amor para com o filho – e inovação – da autorização legítima do Estado para intervir com força na relação doméstica –, o Estado se expandia. Elementos antigos e novos se mesclam, convivendo juntos num espaço comum de tensões, deformações e adaptações entre si. A expansão da estatalidade estava misturada à tradição.

Um outro exemplo dessa convivência se dá no texto de Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho. Quando falou sobre a nulidade dos atos jurídicos e dos contratos, formulou a afirmação de que, embora a vontade individual estivesse no centro de toda teoria contratual e obrigacional[724], a distinção entre nulidades absolutas e relativas se

---

XV, XVI e XVII. Além disso, citou-se também autores mais próximos, como Lobão, Borges Carneiro, Coelho da Rocha, Lafayette Rodrigues e Clóvis Beviláqua. No entanto, embora houvesse algumas divergências, todos partilhavam relativamente a mesma opinião sobre a questão. Respeitado alguns requisitos e exceções, como a existência de justa causa, a *communis opinio* da época era a que, mesmo sem a autorização do juiz, podia o pai, senhor da casa, chefe familiar e, portanto, legítimo administrador dos bens de seu filho menor, aliená-los.

[722] LESSA, Pedro. É necessaria a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a menores sob patrio poder? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 12, pp.97-104, 1904, p. 98-99.

[723] LESSA, Pedro. É necessaria a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a menores sob patrio poder?..., p. 98.

[724] "Todo o facto de que resulta a creação, a extincção, a alteração, a conservação ou a protecção de direitos é um facto ou acto juridico. Seu elemento fundamental é a vontade e sua natureza é determinada pelo fim a que a mesma vontade se dirige. Si o acto juridico suppõe a vontade produzindo effeitos jurídicos, é indispensável que o agente possua as condições para manifestar a vontade, que a manifeste de modo que exista perfeita e livre correspondência entre o phenomeno volitivo e sua externação, e, finalmente que tenda a um determinado fim.". Em: COUTINHO, Aureliano de Souza e

ampara quase que exclusivamente ao interesse estatal. Isto é, nulidades absolutas eram estabelecidas pelo legislador à "observância dos preceitos mais directa e immediatamente referentes ao interesse publico", enquanto as nulidades relativas apenas contrariavam indicações de leis que atendiam mais aos interesses individuais do que a ordem pública.[725]

E nisso residia a razão de que "direito publico não se pôde derrogar por meio de convenções particulares e que, portanto, só se pôde tratar contra o teor das leis que são referentes á utilidade privada dos homens. (L. 45, Dig. de reg. jur; L. JI, Dig. de pactis)".[726]

É interessante esta passagem de Aureliano de Souza. Embora o texto pareça apenas reproduzir uma aula, há aqui uma definição bem tradicional sobre a razão de ser de determinado tipo de nulidade imiscuída à figura do Estado. Se antes a razão das nulidades absolutas era o bem comum, aquele promovido e delimitado pela comunidade, tal conceito é ressignificado à ótica do "interesse público", passando agora pelo filtro e interesse exclusivo da lei estatal. É uma perspectiva essencialmente moderna sobre a teoria das nulidades, que coloca a lei estatal, a vontade do legislador, o interesse do Estado, como único parâmetro delimitador dos conceitos de bem comum e interesse público (e não mais uma ordem natural das coisas, por exemplo. O interesse e o bem comum é o que o legislador diz; não o que a natureza ou uma ordem de coisas transmite).

No entanto, é relevante também que se note a referência romanista utilizada na passagem, funcionando ainda como base de autoridade ao fundamento exposto. Isso é um prenúncio da forte presença de argumentos tradicionais no texto. Embora Aureliano tivesse utilizado como fundamento das nulidades absolutas a razão de ser da existência de uma lei estatal, imiscuída à noção de interesse público, ele também invariavelmente utilizava em outras passagens noções de índole muito mais medieval

---

Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, pp.33-43, 1893, p. 33-34.

[725] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 35.

[726] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 35-36.

do que moderna. É o caso, por exemplo, de um vocabulário recheado de noções como "utilidade privada dos homens"[727] e "utilidade pública".[728]

As próprias referências do texto confundiam-se entre fontes modernas e pré-modernas. Ao longo do texto é citada a literatura decisionista-tratadista portuguesa dos séculos XVI e XVII (Antônio da Gama Pereira, Álvaro Valasco, e Miguel de Reynoso), o moderno François Laurent, os católicos dos setecentos D. Blasii Altimari e Surdus, o humanista Tiraquellus e, entre outros, até mesmo o comentador medieval Bártolo. Como se pode ver, Aureliano dialoga muito com a tradição para formular suas ponderações.

Quando tratou sobre a vedação ao comportamento contraditório na alegação de nulidade relativa, sustentou que os doutores e comentadores citados "pensam que sendo relativa a nullidade só pôde ser oposta por aquella parte em cujo favor tiver sido decretada pela lei", o que estaria expresso no Regimento 737 de 25 de novembro de 1850 e sendo correntemente julgado pelos tribunais.[729] No entanto, Aureliano discorda dessa doutrina, pois "para sustental-a apenas invocam a autoridade dos glosadores, sem discutir em frente dos princípios a mesma doutrina". E continua:

> Embora introduzida e m seu favor a nullidade relativa, o autor do acto, ou aquelle que deu causa á nullidade, renunciou implicitamente o favor da lei. Si a nullidade é relativa — e tal é a nossa hypothese — é por sua natureza renunciavel e não pôde haver duvida que renuncia o beneficio da lei aquelle que practica o acto ou faz o contracto sem observar o preceito da mesma lei, garantidor daquelle beneficio.[730]

Para sustentar tal posição de contrariedade àquilo correntemente exposto pela tradição obrigacional-contratual ao longo dos séculos, Aureliano invoca não autores positivistas-naturalista modernos para fincar sua posição, mas sim outros ainda tradicionais:

---

[727] A questão da utilidade na tradição pré-moderna dizia respeito à ideia de que os pactos e contratos tinham uma natureza específica, ligada à natureza das coisas. Com uma natureza específica, tinham usos naturais que não podiam ser ignorados pelas partes. A propriedade tinha limites naturais. Direitos tinham limitações naturais, não podendo ser objeto de "abuso". A utilidade das coisas, portanto, estava limitada ao seu uso natural, à sua utilidade num "normal uso das coisas", sem abusos.

[728] Esta mais vinculada à noção pré-moderna de imperium, que engloba as faculdades políticas superiores que visam a utilidade da comunidade no seu todo (*publica utilitas*), bem comum (*bonum communem*).

[729] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 40.

[730] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 41.

> Tiraquellus e outros doutores, citados por Altimari, ensinam que não pôde propor a nulidade aquelle que lhe deu causa (i); e tal é o autor do acto incurso em nullidade introduzida e m seu favor.
> E' a applicação da regra de direito: Factum cuique suum, non adversário nocere debet. (L. 155, Dig. de reg. jur. L. 17).
> E esta regra foi consagrada pelo direito processual italiano, que, segundo refere Saredo, inhibe de oppor a nullidade de fôrma a parte que, por meio de facto próprio, ou de quem age em seu nome, haja dado causa á mesma nullidade [731]

Aureliano também utiliza o direito processual comparado como argumento. Mas um direito processual comparado que apenas tinha reproduzido passivamente a regra do humanista Tiraquellus e da passagem romana *factum cuique suum, non adversário nocere debet*.[732]

Aureliano inclusive utiliza a jurisprudência para basear a sua opinião. No entanto, uma jurisprudência de raízes também pré-modernas. Um julgado da Casa da Suplicação em que o tomista português Diogo Guerreiro Camacho Aboim[733] tinha julgado e narrado a situação de "repulsa de um tutor que viera empugnar a venda, que nullamente fizera de um prédio pertencente a menor e cujo preço o mesmo tutor fora obrigado a restituir".[734] Nas palavras de Aureliano, a partir das ponderações de Guerreiro, "foram invocadas contra a pretenção desse tutor a equidade, a razão natural e o texto da lei — *post mortem 25 Dig. de adoptioni*".[735]

É a partir desses argumentos ainda de origem tradicional, portanto, que Aureliano conclui a sua tese de que existe "a possibilidade de se contravir o próprio

---

[731] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 41.

[732] [Tradução livre: o ato de cada um deve prejudicar a si mesmo, não ao adversário].

[733] Diogo Guerreiro Camacho de Aboim (Gomes Aires, 1658 — Lisboa, 1709), um jesuíta romanista tradicional, desembargador português da Casa da Suplicação. Sua principal obra, Escola Moral, Política, Cristã e Jurídica, era dividida em quatro partes, onde discorria sobre as quatro virtudes cardeais (A 1. a Prudencia, na Cadeira do Entendimento. Na 2. a Justiça, na Cadeira da Vontade. Na 3. A Fortaleza, na Cadeira do Irascível. Na 4. A Temperança, na Cadeira do Concupiscível). Suas outras principais obras, como "De munere Judicis Orphanorum opus in quinque Tractatus divisum, quorum primus est de Inventario; De munere Judicis Orphanorum Tractatus secundus de Divisionibus; Tomus secundus; e De munere Judicis Orphanorum Tractatus tertius de Datione, & obligatione Tutorum, & Curatorum in octo Libros distributus, & in duos Tomos divisus, eram obras de jurisprudência em latim.

[734] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 41-42.

[735] E continua: "E' muito para se notar que entre os fundamentos desse aresto Guerreiro aponta o caracter relativo da nullidade invocada pelo tutor, dizendo que a nullidade resultante de alienação de um immovel de menor sem decreto judicial não é absoluta: alienatio non absolute est nulla, sed ipso minore volente. Pela transcripção que fizemos dos fundamentos do aresto citado por Guerreiro, vê se que não poucas regras de direito se contrapõem á doutrina daqueles doutores que facultam ao autor do acto nullo a possibilidade de impugnal-o quando a nullidade relativa tiver sido creada em seu favor.". Em: COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 42.

facto só no caso de nullidade absoluta e de se não poder impugnal-o no interesse de terceiro, quando a nullidade é relativa e como tal renunciável".[736]

O novo no texto de Aureliano, portanto, é sufocado pelo antigo. A sua resposta a uma perspectiva "tradicional", que entendia ser possível contradizer um próprio fato quando a questão dizia respeito às nulidades relativas, se baseava em fundamentos não essencialmente "modernos". Não se utilizava o positivo, o científico, o biológico. Utilizava-se a tradição, misturada à tendência de expansão de estatalidade, para se invocar uma nova posição; uma posição mais "moderna", mas com fundamentos ainda tradicionais.[737]

Uma outra tendência de apego à tradição era a valorização do direito romano em São Paulo.

José Alcântara Machado d'Oliveira[738] quando analisa o tema das obrigações e sua evolução também utiliza a tradição como argumento de autoridade durante todo o seu texto. Em nota de rodapé, faz um esclarecimento preliminar: "a dissertação subordinada ao titulo supra é um transumpto das preleçções que fiz aos quartanistas de 1892, quando incumbido da regência do curso complementar de direito civil".[739] No entanto, mais que um texto-aula de direito civil, o artigo publicado sobre uma noção geral das obrigações e suas espécies era um texto-aula de direito romano. Raras eram as passagens em que a doutrina utilizada no texto não dizia respeito à autoridade da literatura romanista. Raras eram as passagens em que, ensinando-se direito civil, não se ensinava direito romano.[740]

A tradição romanística também aparece em "Apontamentos sobre a prestação da culpa", de Vicente Mamede de Freitas[741]. Tratando do tema da teoria culpa, debate

---

[736] COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto?..., p. 42-43.

[737] Fundamentos ainda tradicionais que, mesmo reinterpretados, ressignificados, traduzidos, ainda tinham como marca de autoridade a tradição.

[738] De família tradicional paulista, bacharelou-se na Faculdade de Direito de São Paulo em 1893. Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto, tomando posse em setembro de 1895. Após período como professor substituto na cadeira de medicina pública, desde 1915, passou a ser titular da cadeira a partir de 1925. Escreveu textos sobretudo de direito penal e medicina legal, tal como Os Honorários Médicos, A Hipnose, Suicídios em São Paulo, A Embriaguez e a Responsabilidade Penal entre outros.

[739] OLIVEIRA, José Alcântara Machado de. Noção geral das obrigações, e estudos de suas especies. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.161-170, 1895, p. 161.

[740] O que demonstra, mais uma vez, que no assunto lecionado sobre obrigações e contratos, o direito romano era ainda o elemento central que sustentaria toda a matéria.

[741] Se bacharelou na Faculdade de Direito de São Paulo em 1855. Advogou e foi Promotor Público em São Paulo. Foi lente substituto da Faculdade de São Paulo, tendo lecionado nas cadeiras de direito natural e direito romano até ter sido indicado para reger a cadeira de direito civil na instituição em 1887.

a teoria tripartite da culpa (culpa lata, levis, levissima) buscando responder, em síntese, se essa tríplice graduação tinha sido formulada e deduzida pelo direito romano ou pelos seus intérpretes posteriores.[742]

Embora o título do trabalho de Vicente Mamede de Freitas e até suas primeiras páginas indiquem que o que se discutirá no trabalho é a temática da prestação da culpa no direito do presente, o objetivo de Vicente é discutir o passado e a interpretação errônea que muitos autores modernos, como Pothier, fazem da origem doutrinária da teoria tripartite da culpa.

O envolvimento de Vicente Mamede de Freitas com a tradição romanista é grande. A própria estrutura do texto confirma isso. Primeiro Vicente explica as linhas gerais da tradição teórica da culpa. Utiliza autores tradicionais portugueses, como Coelho da Rocha e Corrêa Telles, e até mesmo o jusnaturalismo de Arnold Vinnius. Em seguida, esboça a teoria de Pothier, que sustenta que os romanos fizeram uma divisão bipartida dos contratos, o que teria culminado na divisão tripartite da culpa. Por último, para responder a doutrina de Pothier, Vicente reinterpreta os fundamentos utilizados por Pothier para sustentar sua posição e define: a doutrina das três faltas não foi formulada e nem deduzida pelo direito romano. Tampouco foi inventada pelos comentadores medievais. Mas sim,

> Foi extrahida do Direito Romano mas erroneamente, levados os interpretes a tal desvio pela interpretação forçada, que fizerão de algumas leis romanas, pelas distincções infundadas e principalmente pelos comparativos e superlativos encontrados nos textos, e de que entretanto os Jurisconsultos Romanos usarão indifferentemente, ou no mesmo sentido do simples qualificativo.
> Em poucas e ultimas palavras—a doutrina moderna.[743]

O artigo, portanto, mais que resolver um problema de direito civil, se presta a desmistificar uma suposta interpretação equivocada do direito romano pelos

---

[742] Em todo caso, de maneira expressa, sustenta que, embora contestada, teria permanecido na tradição jurídica por muito tempo, inclusive ainda estando presente na estrutura de muitos códigos modernos: “Este systhema das três faltas até certo tempo geralmente acceito, ou acceito pelos antigos Jurisconsultos, começou, meado o século XVIII, de ser criticado; e,em nossos dias, é energicamente combatido por alguns modernos; mas cumpre reconhecer que embora tenha perdido terreno, é certo que ainda muitos Códigos o consagram explicita ou tacitamente e notáveis Jurisconsultos o sustentam: offerece dificuldades e graves, mas delas não é isenta a theoria pela qual o substituem.”: Em: FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, n. 1, pp.115-134, 1897, p. 116.

[743] FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa…, p. 133.

modernos. Mais que um trabalho de direito civil, é um trabalho que busca esclarecer a teoria da culpa no direito romano justinianeu.

Mas o mais interessante é que toda a discussão dogmática romana travada no artigo não era vista como inútil para aplicação dogmática do direito obrigacional-contratual atual.

Para Vicente Mamede de Freitas, desmistificar tal questão no âmbito do direito romano era também desmistificar a questão no direito atual. Essa é a razão do porquê, ao longo do texto, Vicente não faz qualquer distinção da teoria do direito civil romano com a do direito civil atual – ou mesmo não apontar com especificidade no título do artigo que os apontamentos sobre a prestação da culpa se daria à desmitificação da categoria no direito romano. A razão disso era evidente: neste período, direito romano e direito civil se confundiam quando o assunto era o direito obrigacional-contratual. A mesma teoria dogmática da culpa no direito romano era vista como aplicável à teoria dogmática da culpa no direito civil moderno.

Essa tendência de valorização e aplicação do direito romano, ao ponto dele inclusive se confundir com a disciplina do próprio direito civil do período, se repetiu em vários outros artigos da revista.[744] Direito civil e direito romano pareciam ser duas faces de uma mesma moeda na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo.

---

[744] Veja-se, por exemplo: SOUZA, José Ulpiano Pinto de. Differença entre o fideicommisso e o usofructo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, pp.287-295, 1897; MONTEIRO, João Pereira. Da pretensa regra. Error communis jus facit. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 6, pp.279-297, 1898; e LESSA, Pedro. Passa ao comprador da herança o direito de accrescer? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.241-256, 1903. Tamanha a influência do antigo em São Paulo que, muitas vezes, independentemente do assunto abordado, fosse o da prescrição (ABRANCHES, Frederico Cardoso de Araujo. Prescripção das notas promissorias. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.209–214, 1899, p. 211) ou até da naturalização (LESSA, Pedro. Da naturalisação e seus effeitos na orbita do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.215-239, 1903, p. 217), podia-se sempre lembrar de Roma, mesmo que sucintamente. Por isso, assim como aconteceu em Recife, também eram vários os artigos publicados na revista que tinham como tema alguma disciplina específica do direito romano, como, por exemplo: PRESTES, Severino de Freitas. Existia no direito romano uma posse civil semelhante á do Alvará de 9 de novembro de 1754? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.161-165, 1894; ESCOREL, Manoel Clementino de Oliveira. Direito Romano: A capacidade do pubere sui juris que não tem curador, difere da do pubere sui juris sujeito à curatela propter cetatem? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.65-79, 1899; NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. Estudo sobre a "fructuum perceptio". **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 12, pp.219-281, 1904; AARRUDA, João. Direito Romano: Diferença entre obrigações corréas e simplesmente solidárias. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 14, pp.7-25, 1906; ARRUDA, João. Historia externa do direito romano (resumo das lições no curso complementar de 1907). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 14, pp.103-202, 1906; e PORCHAT, Reynaldo. Direito romano. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 19, pp.9-52, 1911.

Mas a influência da tradição nas ideias obrigacionais-contratuais em São Paulo não se esgotava apenas no seu forte apego ao direito romano ou às referências tradicionais. A própria interpretação dos problemas jurídicos do presente ligava-se a interpretações também tradicionais.

O problema dos bens das ex-princesas Izabel e Leopoldina, novamente, demonstra isso.

Isso porque a mesma consulta feita em Recife em relação à abolição dos privilégios reais das princesas sobre os seus bens decorrentes abolição do regime monárquico de governo foi também feita em São Paulo:

> Os bens patrimoniaes das ex-princezas DD. Isabel e Leopoldina reverteram á Nação em consequência da abolição da monarchia e conseqüente extinção não só da dynastia imperial, como também dos privilégios que do regimen monarchico tiravam a sua razão de ser, ou a reversão desses bens somente pôde ter logar, dados os casos previstos no art. 7 da lei de 29 de Setembro de 1840 e cláusula 20 do contracto de 11 de Outubro de 1864?[745]

O primeiro parecer da Faculdade de Direito de São Paulo foi subscrito pelos professores B. de Ramalho, Vicente Mamemede de Freitas e Alfredo Moreira de Barros Oliveira Lima. E a resposta deles se assemelha muito à primeira resposta de Recife sobre a questão. Para eles, "a mudança da fôrma do Governo de uma Nação altera as relações politicas do cidadão, mas não as do direito privado que permanecem as mesmas".[746] A razão de tal posição era a de que uma vez que as princesas entraram na posse de tais bens pela força de um contrato, ficam os bens objeto do pacto "sujeitos ao direito privado, desapparecendo os motivos de sua acquisição, porque a Nação os transferio á Princeza, consentindo que ella os sujeitasse a seu domínio, como pessoa privada".

Esses primeiros autores viam a questão dos bens das ex-princesas como uma questão pré-moderna de morgados.[747] As pessoas a quem o rei tinha concedido

---

[745] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, pp.161-172, 1893, p. 162.

[746] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 164.

[747] "A instituição dos Morgados era eminentemente política e não podiam ser creados em favor de alguém sem autorisação do poder legislativo; mas os bens sujeitos a um Morgaclo concedido ficavam no domínio do direito privado e seus Administradores gozando das garantias deste direito, segundo as leis geraes e as especiaes a esta instituição. Esta instituição era manifestamente contraria á constituição política do Estado, promulgada depois da independência do Brazil: porém continuou a subsistir emquanto não foi abolida pela lei de 6 de Outubro de 1835; e essa mesma lei respeitou os direitos dos Administradores de Morgados que a esse tempo existiam, decretando que não tivesse logar a successão legitima, se não depois de extinctos os últimos administradores dos bens

propriedades não inclusas nos bens da coroa deveriam ser compreendidas como proprietárias plenas dos bens, podendo livremente transferir o domínio pleno ou útil das coisas, seja por negócios *inter vivos* ou *mortis causa*.[748]

Era uma resposta medieval a um problema moderno. À semelhança dos morgados, os bens já estariam incorporados à esfera privada das princesas, razão pela qual a reversão à nação dos bens patrimoniais apenas poderia se dar na hipótese restrita do artigo 7º da Lei de 29 de setembro de 1840, a de falecer a princesa sem descendência ou de vir esta a extinguir-se depois de sua morte.

O lente Brasilio dos Santos, no entanto, apresentou parecer divergente.[749] Para ele, à semelhança daquilo debatida na França pela Assembleia Nacional em 1790 e 1791, a questão posta não era de direito privado, mas sim "de ordem constitucional e dependente das instituições políticas em vigor".[750] E, nesse sentido, responde ao primeiro parecer sustentando que a mera interpretação dos contratos matrimoniais da Lei de 29 de setembro de 1840 já sugere que tais bens nunca foram efetivamente incorporados ao patrimônio privado das ex-princesas, pois sempre houve cláusula de reversão expressa dos bens. Para Brasilio, se havia condição resolutória expressa à hipótese, tais bens nunca foram das ex-princesas.

O máximo que poderia dizer é que as princesas e seus descendentes tinham o uso e gozo de tais bens:

> A verdadeira intelligencia da lei é que, não se achando os bens, ao serem vinculados, na classe dos próprios nacionaes, pois eram terras devolutas, pertencentes a diversa cathegoria, dispôz o legislador que fossem ellas incluídas naquella classe, se occorresse a hypothese de fallecer a princeza sem descendência ou de vir esta a extinguir-se depois de sua morte. E', pois, puramente arbitraria a conclusão do primeiro dos argumentos supra mencionados. Quanto ao segundo argumento, e visto que, demonstrada a improcedencia do primeiro, de si mesmo annulla-se por quanto, nem a menção dos ditos bens no contracto ànte-nupcial, como próprios da princeza, nem a posse que por ventura esta haja sobre elles exercido, podem-lhe conferir mais direitos do que os resultantes da lei, a menos que supponha-se uma inadmissível prescripção acquisitiva.
> De resto, temos sobre o assumpto leis expressas, posteriores a de 1840, que, a nosso vêr dirimem qualquer duvida que pudesse permanecer. As leis n.os 1904 e 1905 de 1870, providenciando sobre a constituição do patrimônio em terras para as ex-princezas, nas antigas províncias de Sergipe, Espirito Santo e Paraná; assim exprimem-se no artigo i.°: «. . Este patrimônio, do qual fará

vinculados.". Em: FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 165.

[748] HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**..., p. 54.

[749] Parecer subscrito por Herculano de Freitas.

[750] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 166.

> parte o prédio comprado para habitação de suas Altezas, será considerado como próprio nacional, com o destino que lhe é dado e nos termos do mesmo contracto matrimonial. * As palavras — com o destino que lhe é dado convencem de que, modificando a lei de 1840, o legislador considerou como próprios nacionaes os bens 'vinculados, mesmo antes do implemento da condição resolutoria estabelecida por esta ultima lei, isto é — antes que se realisasse o caso de reversão de taes bens á nação, e emquanto elles permanecessem sujeitos ao uso e goso das princesas e seus descendentes.[751]

Desse modo, os bens jamais teriam perdido a sua qualidade de nacionais, nunca se sujeitando ao domínio das princesas como pessoas privadas. Era uma resposta mais legalista à questão.

Além disso, Brasilio também sustenta que sujeitar a discussão ao domínio do direito privado implicaria em admitir privilégios pessoais às ex-princesas, o que a Carta Constitucional de 1824 já teria expurgado. A questão era de direito público porque, à época da concessão dos bens, o esplendor do trono era interesse coletivo e servia a um fim político – não era, ou ao menos não deveria ser, uma questão de interesse de pessoas privadas:

> O patrimônio, constituído em apanágio ou morgado, em favor das princezas brazileiras Donas Izabel e Leopoldina, foi decretado, como reconhece o parecer da commissão, por motivos políticos, isto é, o explendor do throno; procede, como não é licito desconhecer, do Estado, agindo como pessoa publica, no interesse da collectividade social e para um fim político; refere-se á jerarchia das princezas e seus descendentes, como partes integrantes da dynastia imperial, não como pessoas privadas, e assume o caracter de privilegio, justificado, sob o regimen monarchico, por alto interesse do Estado. Seria, pois, incurial sujeitar semelhante instituição ao dominio do direito privado, já expurgado de privilégios pessoaes desde a carta constitucional de 1824.
> Creação do direito político, ella tem a sua razão de ser no interesse social que a justifica e no caracter publico das pessoas a quem affecta; nada tem que vêr com as relações de direito entre pessoas privadas.[752]

E à semelhança do rompimento francês com a monarquia, Brasilio firma sua posição com ainda mais ênfase: não há direito adquirido contra as novas instituições políticas.[753] A soberania de um povo é inalienável, assim como o foi na França em 1792:

> A soberania é inalienável, e tal é a razão porque contra ella a ninguém é licito invocar direitos ou privilégios, que a tolham no seu exercício. E' por isso ainda que, assim como o monarcha deposto não pôde pretender a posse dos bens

[751] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 167-168.
[752] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 168-169.
[753] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 169.

> da coroa, e dotação da lista civil e demais regalias, também perdem os príncipes de sua família todo o direito dos alimentos aos dotes e apanágios, inherentes a jerarchia de que se achavam investidos.
> A Convenção Nacional ao decretar em 1792 a extincção do apanágio e das rendas vitalícias da família Orleans, justificou a sua deliberação com este motivo tão simples quão decisivo: «porque com a abolição da realesa deixaram de existir príncipes francezes.» E m circumstancias perfeitamente idênticas, com egual procedência e justificativa, declarou o governo provisório do Brazil, em 1890, que os bens patrimoniaes da princeza imperial revertiam ao dominio do Estado, porque, desde 15 de Novembro de 1889, já não ha príncipes brazileiros. Simples cidadãos, eguaes a todos perante a lei, seria absurdo que ainda hoje pudessem elles gozar de privilégios incompatíveis com a egualdade republicana, e de regalias inherentes á posição que perderam.[754]

Utilizando-se ainda do direito privado, faz uma outra analogia para fortificar a sua opinião. A doação dos bens às ex-princesas, abolindo-se o regime político, torna-se caduca, pois perde a sua finalidade de engrandecimento do trono. Não há mais trono. Trata-se de uma hipótese de cessação da causa do contrato já reconhecida por toda a jurisprudência e doutrina dos povos cultos, como Portugal, Itália e França. Sob essa ótica, a única conclusão lógica e irrecusável seria a de que

> [...] tratando-se, quanto aos bens patrimoniaes da ex-princezas duma verdadeira doação modal, feita para fim determinado (o explendor do throno) parece que, cessando a causa do contracto, torna-se ella caduca revertendo ao patrimônio do Estado os bens doados. «Sublata causa tollitur effectus».[755]

A opinião de Brasilio dos Santos, subscrita por Herculano de Freitas, representava uma quebra com a opinião tradicionalista majoritária dos lentes de São Paulo. Enquanto estes respondiam à questão sob uma ótica privada do tema dos morgados, numa tradição um tanto quanto reinícola, aqueles a responderam de uma maneira um tanto quanto mais legalista, moderna, estatalista, em relação a uma disposição de coisas anterior.

O que surpreende, no entanto, é que as Ordenações quase também não foram citadas nos textos analisados. Num ambiente menos moderno que Recife, até podiam aparecer uma vez ou outra com mais intensidade, mas nunca estavam no centro dos debates encartados na revista. Embora fosse peça tradicional numa engrenagem que caminhava ao moderno, não parecia importar muito às discussões sobre a disciplina obrigacional-contratual brasileira dos séculos XIX e XX. A

---

[754] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 170.
[755] FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina..., p. 172.

importância de elementos tradicionais no discurso obrigacional-contratual brasileiro dos séculos XIX e XX se fazia por outras vias que não a disciplina das Ordenações.

4.2.2. A SÍNTESE DE SÃO PAULO

Mais uma vez, apenas com a finalidade didática de se promover uma síntese daquilo esboçado no item anterior, destaco alguns traços essenciais daquilo observado nas fontes analisadas:

- As chamadas “novas ideias” e todo ideário científico também apareceu em São Paulo. No entanto, se em Recife a ciência assume papel protagonista no imaginário jurídico dos autores, em São Paulo a ciência é coadjuvante. Isso não significa que o ideal científico não circulasse em São Paulo. Circulava, mas de uma maneira mais tímida do que em Recife.
- A tradição aparece com um pouco mais de vigor em São. Havia uma noção de sociologia, de progresso, de desenvolvimento muito ligada ainda a metafísicas, a Deus, até mesmo a uma ordem natural das coisas. Não por acaso personagens que seriam impensáveis de figurar em Recife ocupavam um lugar privilegiado em São Paulo. É o caso, por exemplo, de João Mendes de Almeida Junior. Mesmo autores mais vanguardistas, como Pedro Lessa, também reproduziam um imaginário repleto de referências tradicionais. São Paulo, portanto, parecia impor mais restrições à influência do novo se comparado a Recife.
- No plano específico do tema dos contratos e obrigações, antigo e novo conviviam complexamente. O novo circulava, mas não tanto através de elementos naturalistas. A forte presença do direito comparado, o espírito reformador das legislações de direito privado e a expansão da estatalidade eram alguns deles. O principal caminho para o espírito reformador de leis obsoletas do campo obrigacional-contratual residia no estudo do direito comparado. E, assim como em Recife, os autores de São Paulo também estavam preocupados com a alteração da

realidade jurídica brasileira pela legislação e doutrina estrangeira, especialmente ao campo do direito comercial.

- Mas a tradição permanecia. O direito romano ainda era tido como o principal sustentáculo da teoria obrigacional-contratual moderna. Os textos da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo sempre faziam referência a ele. Ainda, referências modernas e pré-modernas correntemente se misturavam nos textos dos autores. Entre oscilações, antigo e novo conviviam, portanto. E, assim como em Recife, também estavam sempre conectados em São Paulo.
- As Ordenações foram pouquíssimas vezes citadas nos textos. E, quando citadas, tinham mero papel secundário às discussões trabalhadas. Enfim, não pareciam importar muito à disciplina obrigacional-contratual brasileira dos séculos XIX e XX.

Tudo isso é o bastante para demonstrar alguns indícios da complexidade do pensamento jurídico produzido na Faculdade de Direito de São Paulo e reproduzido nas páginas de sua revista. Assim como em Recife, mais que atraso ou inovação, o pensamento ali observado aponta para a presença de muitas oscilações e complexidades no processo de construção e ressignificação do pensamento jurídico privado brasileiro dos séculos XIX e XX.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como finalidade analisar o pensamento jurídico obrigacional-contratual brasileiro na transição do século XIX para o século XX. Para isso, escolheu-se como fontes primárias as edições da Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife e da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo no período compreendido entre a data de criação das revistas (1891-1893) e a edição do Código Civil de 1916.

Os resultados observados, portanto, dizem respeito a um universo limitado de observação, onde foi possível investigar apenas vestígios de uma realidade complexa que oscilava entre permanências e descontinuidades.

Os vestígios encontrados identificam o pensamento obrigacional-contratual brasileiro dos séculos XIX e XX como inserto numa realidade muito complexa e pouco linear. Uma realidade, portanto, que pouco tem a ver com as opiniões tradicionais sobre o desenvolvimento do direito privado brasileiro. Nem em uma realidade de puro “atraso” e nem de pura “inovação”, o direito privado brasileiro dos séculos XIX e XX parecia ser complexo, ambíguo, multiforme, flexível.

A ausência de um código e a permanência das Ordenações no cenário oitocentista brasileiro, embora demonstrasse uma certa renitência no plano formal-legislativo para com o moderno, era compensada com um impulso reformista e renovador dos juristas daquela realidade histórica. Os professores da Faculdade de Direito de Recife e São Paulo eram os principais personagens que depuravam e traduziam um direito que, paulatinamente, tentava se deslocar de referências tradicionais rumo a uma ideologia do progresso, do científico, do moderno.

O direito brasileiro pré-codificado, portanto, não cabia no adjetivo de “atrasado”. Tentava, cada dia mais, abraçar o “novo”. Mas nessa empreitada fazia-se uma nação movida a contrassensos, ambiguidades. Nunca acompanhou plenamente as tendências modernas europeias biossociológicas do século do vapor, da industrialização, da ciência. Nunca negou com vigor a tradição, a metafísica, a disciplina doméstica da casa, a realidade senhorial brasileira. Era um direito que possuía raízes pré-modernas ainda bastante profundas.

Os indícios observados nas fontes primárias analisadas apontam para uma multiplicidade de tensões entre antigo e novo no pensamento jurídico obrigacional-contratual brasileiro nesta transição do século XIX para o XX. Os sentidos dos textos,

tanto de São Paulo quanto de Recife, performam num sentido sempre dual de convivência, conflito, flexibilidade e adaptação entre tradição e modernidade. Pouquíssimos textos se apresentaram como puramente modernos. Pouquíssimos textos se apresentaram como puramente tradicionais. Elementos de modernidade e pré-modernidade se misturavam. Chocavam-se, harmonizavam-se, por vezes formando algo novo e adaptado à realidade das coisas do período.

Antigo e moderno adaptavam-se entre si, performando flexibilidades nos espaços de discussão jurídica, sempre de acordo com os interesses de seus interlocutores e respectivos campos sociais. Eram traduzidos e reinseridos às peculiaridades do pensamento jurídico e da própria realidade brasileira. Em cada texto e a partir de cada interlocutor, os conceitos de novo e velho poderiam se transmutar e se transpor em diferentes óticas de significados.

A investigação dos sentidos dessa complexidade oferecida pelo pensamento obrigacional-contratual brasileiro partiu, portanto, da identificação das discussões e dos elementos que compunham os discursos reproduzidos nas revistas de Recife e São Paulo.

Em Recife, notou-se que as novas doutrinas biossociológicas que estavam em voga no direito europeu do período, em linhas gerais, prevaleciam sob aspectos tradicionais do discurso jurídico. A ciência assumia papel central na imaginação jurídica dos autores da revista. À luz de ideias vinculadas às ciências naturais, à biologia, à física, à antropologia, à geografia e demais ramos, o direito em geral era pensado a partir de uma perspectiva naturalista, biológica, evolucionista, sociológica. Alimentava-se da ideia positivista de que o direito estava progressivamente evoluindo numa marcha social constante e linear no tempo, que vai sempre do ponto mais primitivo ao ponto mais perfeito de evolução social. Essa influência permeia todo o ideário filosófico-jurídico dos autores, razão pela qual até mesmo os significados de tradição, espírito da lei ou de direito natural, nunca abandonados, foram remodelados para o fim de adequá-los às ideias da escola e às características de um novo tempo.

Essa marcha progressiva é vinculada quase que intrinsecamente à legislação dos povos mais cultos, o que faz do direito comparado a maior ferramenta teórica-argumentativa do período para se estimar o valor de determinada norma, teoria ou posição jurídica. Seria na legislação comparada que se encontrariam os princípios de uma moderna intuição científica em relação ao direito. Seria a ferramenta do direito

comparado que faria com que o direito civil brasileiro, e consequentemente obrigacional-contratual, melhorasse em direção às boas doutrinas, à substância de algo universal entre as nações mais cultas.

Uma das principais preocupações de Recife em relação à legislação obrigacional-contratual, portanto, dizia respeito à necessidade de melhoramentos legislativos. A orientação para isso no âmbito do direito privado eram as legislações estrangeiras, especialmente europeias. Preocupavam-se muito com a propagação dos princípios liberais modernos no campo do direito obrigacional-contratual brasileiro. Melhorá-lo significava proteger a propriedade e as liberdades individuais e faciliar o a crescimento do comércio e a circulação do crédito. O direito obrigacional-contratual serviria como instrumento de concretização desses princípios liberais modernos.

No entanto, a influência do modernismo científico-biológico pelo instrumento da comparação não estava isolada no discurso reproduzido na revista. Assim como o novo, o antigo não estava alheio ao direito obrigacional-contratual brasileiro. Haviam diversas oscilações entre antigo e novo, inclusive com autores sustentando que nem o “velho” era necessariamente ruim e nem o “novo” necessariamente bom. A disposição das coisas na revista indicava uma mescla argumentativa entre tradição e positivo-naturalismo.

A tradição permanecia no ideário privatista recifense. Percebeu-se, por exemplo, que o modelo de família pré-moderno ainda estava presente na imaginação dos juristas quando o assunto envolvia o tema das relações políticas do Estado. Além disso, disciplinas contratuais arcaicas ainda estavam em debate àqueles autores, como o contrato de dote, por exemplo. Referências de índole moderna e pré-moderna se misturavam entre as opiniões dos juristas. E, ainda mais, também havia um respeito e admiração ao direito romano que, embora paulatinamente tinha a tendência de ser abrandado por afeições modernas de cunho liberal, ainda permanecia como o maior discurso de autoridade do período.

No mais, quase não se notou referências às Ordenações Filipinas nos textos. Quando citadas, nunca diziam respeito ou circundavam as discussões trabalhadas nos textos, servindo mais como enfeite argumentativo do que argumento relevante dentro dos artigos. Enfim, tinham um papel, quando muito, acessório aos conceitos trabalhados.

Em São Paulo o novo circulava, mas de maneira diversa e com menos intensidade do que em Recife. Se em Recife a ciência assumia papel protagonista no imaginário jurídico dos autores da revista, em São Paulo a ciência era coadjuvante. O positivismo-biológico era uma mentalidade, mas não alcançava tanto as discussões de direito privado.

A sombra da tradição aparecia com mais vigor. Noções usualmente "modernas", como o estudo da sociologia, o conceito de progresso e de desenvolvimento apareciam ainda ligados a uma metafísica, a Deus e até mesmo a uma ordem natural de coisas. Ou seja, mesmo o novo, ao fim ao cabo, ainda se transmutava em noções de índole tradicional.

Não por acaso personagens que seriam impensáveis de existir em Recife ocupavam um lugar privilegiado em São Paulo. É o caso, por exemplo, de João Mendes de Almeida Júnior que, traduzindo antigos elementos a uma nova realidade histórica, destilava aristotelismos e tomismos reinterpretados por onde passava. Mesmo autores mais vanguardistas, como Pedro Lessa, reproduziam, propositalmente ou não, um imaginário repleto de referências tradicionais. As Arcadas de São Paulo, portanto, pareciam impor mais restrições à influência do novo se comparadas às de Recife. O peso da tradição em São Paulo era bem maior.

No plano específico dos contratos e obrigações, antigo e novo conviviam complexamente. O novo circulava, mas não através da ciência, e sim por outros elementos: a forte presença do direito comparado, o espírito reformador das legislações de direito privado e a expansão da estatalidade. O principal caminho para o espírito reformador de leis obsoletas do campo obrigacional-contratual, assim como em Recife, residia no estudo e utilização da legislação comparada. Os autores de São Paulo também estavam preocupados com a alteração da realidade jurídica brasileira pela legislação e doutrina estrangeira, especialmente no campo do direito comercial. E, por fim, o Estado se expandia cada vez mais para regular disciplinas que anteriormente eram reservadas a outras disciplinas.

Mas a tradição também vigorava. O principal traço era a valorização do direito romano como o principal sustentáculo da teoria obrigacional-contratual moderna. Os textos que falavam sobre o tema sempre faziam referência à tradição romanística, seja pela menção expressa ao direito justinianeu seja à tradição letrada romano-

lusitana corporizada no uso da literatura jurídica portuguesa praxista seiscentista e setecentista.

No mais, embora mais frequentes que em Recife, as menções às Ordenações nos textos em São Paulo continuavam sendo poucas. E, quando citadas, também tinham mero papel secundário às discussões trabalhadas. Não parecia importar muito à disciplina obrigacional-contratual brasileira dos séculos XIX e XX.

Tudo isso aponta para um cenário de ambiguidades e complexidades no pensamento privado brasileiro do fim do século XIX e início do século XX, indicando uma clara tensão e convivência entre antigo e novo naquele imaginário jurídico. O sentido de moderno e antigo torna-se assim também contingente. Dependem muito do texto, do autor, das especificidades do que se tratava, do próprio leitor. Moderno e novo oscilavam entre si, alteravam significados, se opunham, se completavam, se adequavam e até se tornavam compatíveis entre si.

O cenário do pensamento obrigacional-contratual brasileiro na passagem dos séculos XIX e XX, portanto, não é nem de atraso e nem de novidade. O que há é complexidade e contingência. Novo e antigo não possuem uma identificação essencial, que se definem sempre e apenas por si mesmos. São conceitos que flutuam no mundo, passíveis sempre de alteração pelas suas interlocuções no real. Isso faz com que seja impossível encaixar a realidade histórica do direito privado brasileiro dos séculos XIX e XX numa caixa de significados pré-concebidos. O presente trabalho exemplifica tal conclusão. No fim, a antítese atraso-moderno não explica o real. A realidade histórica é muita mais ambígua e complexa que isso. A realidade está além de qualquer simplificação.

REFERÊNCIAS

1) FONTES PRIMÁRIAS

1.a. Artigos de periódicos

ABRANCHES, Frederico Cardoso de Araujo. Equidade. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.195–203, 1896.

ABRANCHES, Frederico Cardoso de Araujo. Prescripção das notas promissorias. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.209–214, 1899.

ARAÚJO, João Vieira de. A reforma das Faculdades de Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 5, n. 1, pp.61-133, 1895.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. A nova phase da doutrina e das leis do processo brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.153–183, 1899.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. O ensino do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, Brasil, v. 20, pp.43–88, 1912.

AMAZONAS, Joaquim I. de A. Sobre o decreto n. 2.044 de 31 de dezembro de 1908. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.57-66, 1910.

ARAÚJO, João Vieira de. Algumas questões sobre o seguro de vida. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 5, n. 1, pp.29-49,1895.

A REDACÇÃO. Commisão na Europa**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.97-101, 1904.

A REDACÇÃO. Condições impossíveis: Art.121 do projeto**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.136-137, 1904.

A REDACÇÃO. Emancipação dos menores: Art.9 ns.III, IV e V do projecto. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 12, n. 1, pp.130-135, 1904.

A REDAÇÃO. Palavras Iniciaes. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.5-8, 1891.

ARRUDA, João. Direito Romano: Diferença entre obrigações corréas e simplesmente solidárias. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 14, pp.7-25, 1906.

ARRUDA, João. Historia externa do direito romano (resumo das lições no curso complementar de 1907). **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 14, pp.103-202, 1906.

ARRUDA, João. Patrio poder. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 18, pp.67–78, 1910.

BEVILÁQUA, Clóvis. A formula da evolução jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 3, n. 1, pp.3-29, 1893.

BEVILÁQUA, Clóvis. A funcção do interprete. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 14, n. 1**,** pp.3-18, 1906.

BEVILÁQUA, Clóvis. Applicação do methodo comparativo ao estudo do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.89-96, 1891.

BEVILÁQUA, Clóvis**.** Applicações do darwinismo ao direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 7, n. 1, pp.117-132, 1897.

BEVILÁQUA, Clóvis. As leis da imitação no domínio do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.3-11, 1892.

BEVILÁQUA, Clóvis. Breves noções da legislação comparada sobre divórcio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.43-51, 1892.

BEVILÁQUA, Clóvis. Contribuições para a Historia do Direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.2-26, 1891.

BEVILÁQUA, Clóvis. Do enrequecimento illegitimo: Logar que se lhe deve assignalar nos codigos civis. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.3-13, 1903.

BEVILÁQUA, Clóvis. Evolução dos direitos obrigacionais. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 4, n. 1, pp.21-48, 1894.

BEVILÁQUA, Clóvis. Memória histórica relativa ao anno 1892. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 3, n. 1, pp.30-40, 1893.

BEVILÁQUA, Clóvis. O Código civil: A redacção do projecto de código civil no senado. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.35-103, 1902.

BEVILÁQUA, Clóvis. O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.217-227, 1903.

BEVILÁQUA, Clóvis. O problema da codificação do Direito Civil Brazileiro. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.3-18, 1896.

BEVILÁQUA, Clóvis. Sobre a liberdade de testar. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 20, n. 1, pp.5-24, 1912.

BEVILÁQUA, Clóvis. Uma pagina de historia do direito romano: a constituição do Estado, o rex, o senado, as magistraturas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 8, n. 1, pp.87-105, 1898.

BIBLIOTECA CCJ. Bens patrimoniaes das princezas DD. Isabel e Leopoldina (Parecer da commissão nomeada pelo Director da Faculdade sobre consulta do ministro do Interior). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.12-23, 1892.

CAMPELLO, Netto. A respeito de Gaio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.45-58, 1909.

CAMPELLO, Netto. Reynaldo Porchat e os seus ultimos livros. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.67-84, 1910.

CAMPELLO, Netto. These de Direito Romano: O matrimonio em Roma. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.3-33, 1902.

CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 14, n. 1, pp.19-47, 1906.

CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano: Do dominium ex jure quiritium; Modos de aquisição da propriedade. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 15, n. 1, pp.49-72, 1907.

CAMPELLO, Netto. Uma lecção de Direito Romano: Do testamento e suas formas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 16, n. 1, pp.47-63, 1908.

CHATEAUBRIAND, Assis. O Pretor: Fragmento**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 21, n. 1, pp.139-148, 1913.

CIRNE, Adolpho. Os civilistas e o direito civil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.61-79, 1896.

COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.35-49, 1896.

COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. Quando se póde contravir o proprio facto? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, pp.33-43, 1893.

ESCOREL, Manoel Clementino de Oliveira. Direito Romano: A capacidade do pubere sui juris que não tem curador, difere da do pubere sui juris sujeito à curatela propter cetatem? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.65-79, 1899.

FERRAZ, Antonio Januario Pinto. A falta de protesto desobriga o sacador? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.137-150, 1894.

FERRAZ, Antonio Januario Pinto. Efeitos da estipulação de juros nas letras de cambio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.7-23, 1895.

FONSECA, Oliveira. O Projecto do codigo civil: Observações sobre algumas emendas do Sr. Senador Ruy Barbosa. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, p. 91-147, 1903.

FREIRE FILHO, Adelino Antônio de Luna. Conceito jurídico do funcionario publico. Sua responsabilidade patrimonial. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 4, n. 1, pp.59-65, 1894.

FREITAS, Herculano de Martins. Bens dotaes de D. Isabel e de D. Leopoldina. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, pp.161-172, 1893.

FREITAS, Vicente Mamede de. Apontamentos sobre a prestação da culpa. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, n. 1, pp.115-134, 1897.

GONDIM FILHO, Joaquim Guedes Correia. Nulidades de pleno direito. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.73-90, 1909.

HENRIQUES, Tertuliano. A lei de 7 de Novembro de 1831. **O Direito,** n. 33, pp.481–488, jan./abr., 1884.

LEÃO, Laurindo. Analogias sociaes (continuação). **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 7, n. 1, pp.69-115, 1897.

LESSA, Pedro. Da complexidade do direito. Distinção entre a moral e o direito. Relações do direito com a sociologia, com a antropologia, a ciência econômica e a política. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 7, pp.303-335, 1899.

LESSA, Pedro. Philosophia do direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 4, pp.5-34, 1896.

LESSA, Pedro. Da naturalisação e seus effeitos na orbita do direito civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.215-239, 1903.

LESSA, Pedro. É necessaria a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a menores sob patrio poder? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 12, pp.97-104, 1904.

LESSA, Pedro. Há um direito natural? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.119-135, 1894.

LESSA, Pedro. O direito no seculo XIX. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 8, pp.161-207, 1900.

LESSA, Pedro. O direito segundo a philosophia theologica. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 13, pp.155-170, 1905.

LESSA, Pedro. Passa ao comprador da herança o direito de accrescer? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.241-256, 1903.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Resenha Bibliographica: fragmentos juridicos-philosophicos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.53-55, 1891.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. Sobre o Estado Actual do Direito Civil. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. 1, pp.44-47, 1891.

MONTEIRO, João Pereira. Da memoria apresentada áquelle congresso sobre a Unidade do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 8, pp.145-160, 1900.

MONTEIRO, João Pereira. A universalisacão das linguas. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 9, pp.23-32, 1901.

MONTEIRO, João Pereira. Da pretensa regra. Error communis jus facit. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 6, pp.279-297, 1898.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. Estudo sobre a "fructuum perceptio". **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 12, pp.219-281, 1904.

O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 29, 1882.

OLIVEIRA, Augusto Carlos Vaz de. Citação: Nemo debet inauditus damnari. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 10, n. 1, pp.109-162, 1902.

OLIVEIRA, Brasilio Augusto Machado de. Da unificação do direito privado. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.135-155, 1895.

OTTONI, Carlos Honorio Benedicto. A liberdade condicional conferida aos escravos estado-livres não impede a locação delles. **O Direito**, n. 13, pp.245-254, 1877.

OLIVEIRA, José Alcântara Machado de. Noção geral das obrigações, e estudos de suas especies. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 3, pp.161-170, 1895.

PORCHAT, Reynaldo. Direito romano. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 19, pp.9-52, 1911.

PORCHAT, Reynaldo. Sobre o art. 16, II do projeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.187-203, 1903.

PORCHAT, Reynaldo. Sociologia e direito. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, n. 1, pp.51-65, 1902.

PORTELLA JUNIOR, Manoel do Nascimento Machado. O Decreto de 17 de janeiro de 1890. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 2, n. 1, pp.101-106, 1892.

PRESTES, Severino de Freitas. Existia no direito romano uma posse civil semelhante á do Alvará de 9 de novembro de 1754? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 2, pp.161-165, 1894.

RAMALHO, Barão de; LESSA, Pedro; MONTEIRO, João Pereira. Succinta exposição historica das Leis e Decretos que organisáram e têm reformado a Faculdade de Direito de S. Paulo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, pp.171-192, 1897.

REZENDE, Gabriel. Da applicabilidade da fallencia aos não commerciantes. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 6, pp.115-128, 1898.

REZENDE, Gabriel.Os socios de uma sociedade commercial são commerciantes? **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, pp.67-78, 1902.

ROSAS, Tito. Pactos successorios. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 6, n. 1, pp.41-59, 1896.

ROSAS, Tito. Relatório apresentado á Faculdade de Direito do Recife pelo Dr. Tito dos Passos de Almeida Rosas. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 11, n. 1, pp.15-90, 1903.

SOUZA, Hersílio de. Importancia da legislação comparada. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 17, n. 1, pp.59-72, 1909.

SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 18, n. 1, pp.27-40, 1910.

SOUZA, Hersílio de. O Direito romano nos codigos da Europa II. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 19, n. 1, pp.79-86, 1911.

SOUZA, José Ulpiano Pinto de. Differença entre o fideicommisso e o usofructo. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, pp.287-295, 1897.

STEIDEL, Frederico Vergueiro Stedel. Da responsabilidade dos proprietarios de navios. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 10, pp.79-136, 1902.

STEIDEL, Frederico Vergueiro Stedel. O direito dos credores hypothecarios pedirem a fallencia do devedor commerciante em face da Lei n. 859 de 16 de agosto de 1902. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 11, pp.99-136, 1903.

TORRES, Antonio José Rodrigues; BUENO, Antonio Dino da Costa; JUNIOR, M. do N. Machado Portella. Projecto do Codigo Civil. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, pp.172-196, 1893.

VAZ, Augusto. Hyphoteca de parte de immovel possuido em comum. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 20, n. 1, pp.107-128, 1912.

VEIGA FILHO, João Pedro da. Lição inaugural e theses geraes de Philosophia do Direito, pelo lente cathedratico – Dr. João Pedro da Veiga Filho, em 29 de maio de 1908. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 15, pp.15-27, 1907.

1.b. Livros

ALENCAR, José de. **Esboços jurídicos**. Rio de Janeiro: Garnier, 1883.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Direito civil ecclesiastico brazileiro antigo moderno em suas relacoes com o direito canonico**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866.

BEVILÁQUA, Clóvis. Características do direito pátrio. In: **Obra filosófica**. Vol. II: Filosofia social e jurídica, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo/Grijalbo, 1922, pp.185-212.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 5. ed., rev. e accrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BLUTEAU, Rafael. **Diccionario da lingua portugueza composto pelo padre D. Rafael Bluteau** / reformado, e accrescentado por Antonio de Moraes Silva natural do Rio de Janeiro. Lisboa: Officina de Simão Thaddeo Ferreira, 1789.

BROTERO, J. M. de A. **Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso Jurídico de S. Paulo.** Rio de Janeiro: Tipografia imperial e nacional, 1829.

CILLIS, Saverio de. **Il Diritto Romano a traverso la Civiltà Europea**. Napoli, 1879.

MARTINS JUNIOR, José Isidoro. **Historia do direito nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica, 1895.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado prático de morgados**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1814.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Notas de uso práticas e críticas**. Lisboa, 1818.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de. **Tratado das acções recíprocas I**. Dos pais para com os filhos. II. Dos filhos para com os pais. Lisboa, 1828.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **Compêndio Geral da História do Direito**. Recife: Livraria Contemporânea, 1898.

MARTINS JÚNIOR, José Isidoro. **História do Direito Nacional**. Rio de Janeiro: Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895.

OTTONI, Cristiano Benedito. **Autobiografia de C. B. Ottoni**: Natural da Vila do Príncipe, depois da cidade do Serro, na província de Minas Gerais. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2014.

PINTO, Luiz Maria da Silva. **Diccionario da lingua brasileira**. Ouro Preto: Typographia de Silva, 1832.

REIS, Pascoal José de Mello Freire dos. **Institutiones iuris civilis lusiani**. Ulysipone, 1789.

PUGLIA, Ferdinando. **Il diritto nella vita economica**. Messina: Carmelo de Stefano Editore, 1885.

ROMERO, Silvio (org.). Explicações indispensáveis. In: Tobias Barreto: **varios escritos**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editores, 1900, pp.IX-LIII.

SÁ E BENEVIDES, José Maria Correia de. **Philosophia elementar de direito público**: interno, temporal e universal. São Paulo, 1887.

SOUZA, José Soriano de. **Lições de philosophia elementar, racional e moral**. Recife: João Walfredo de Medeiros, livreiro-editor, 1871.

SOUZA, Paulino José Soares. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Consolidação das leis Civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859.

1.c. Outros documentos

BRASIL. **Coleção das leis do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

BRASIL. Directoria Geral de Estatistica. **Recenseamento do Brazil em 1872.** Rio de Janeiro: Typp.G. Leuzinger, 1874.

BRASIL. **Lei n. º 556, de 25 de junho de 1850**. Código Commercial do Imperio do Brasil. 31 de Dezembro de 1850. Colleção das Leis do Império do Brasil de 31/12/1850. T. 11, pp.57-238.

Fon Fon: Semanario Alegre, Politico, Critico e Espusiante (RJ) - 1907 a 1958, ano 1912, edição 00027, p. 26, de 06 de julho de 1912.

O Paiz (RJ) – 1890 a 1899, ano 1890, edição 03075, p. 1, de 05 de setembro de 1890.

2) FONTES SECUNDÁRIAS

ABADIA, Jesus Linde. Anotaciones historicistas al iusprivatismo de la segunda escolastica. In: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffè, 1973, pp.303-375.

ADORNO, Sergio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGAMBEN, Giorgio. **Il regno e la gloria**. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

ALBANI, Benedetta; BARBOSA, Samuel; DUVE, Thomas. La Formación De Espacios Jurídicos Iberoamericanos (S. XVI-XIX): Actores, Artefactos E Ideas. Comentarios Introductorios (The Formation of Iberoamerican Legal Spaces (C. XVI-XIX): Actors, Artefacts and Ideas. Introductory Comments). 1 de setembro de 2014. In: **Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas / Anuario de Historia de América Latina**, ISSN: 2194-3680 (Forthcoming). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2014-07, pp.1-9.

ALBANI, Benedetta; LEHMANN MARTINS, A. C. A governança da igreja escrita entre o nacional e o global: A presença das congregações romanas em manuais brasileiros de direito eclesiástico (século XIX). **Almanack**, [S. l.], v. 1, n. 26, pp.1–78, 2020.

ALBERIGO, Guiseppe (org.). **História dos concílios ecumênicos**. São Paulo: Editora Paulus, 1995.

ALENCAR, Rafael Vieira de. **"O alienado no direito civil brasileiro"**: uma análise das "recepções" e "traduções" das ideias e da cultura jurídica na passagem dos séculos XIX e XX, na obra de Nina Rodrigues. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2017.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**: Paraíso, Canto I, 103-123. Tradução de José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: EbooksBrasil, 2003.

ÁLVAREZ, Clara. Repensar la modernidad desde la posmodernidad. Paolo Grossi entre la premodernidad y la transmodernidad. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.499-531, 2023.

ALVAREZ, Marcos César. A formação da modernidade penal no Brasil: bacharéis, juristas e a criminologia. In: FONSECA, R. M; SEELAENDER, A. C. L. (org.). **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, pp.287-304.

ALVAREZ, Marcos César. Do bacharelismo liberal à criminologia no Brasil. **Revista USP**, São Paulo, n. 101, pp.11-26, 2014.

ANCHIETA, Isabelle. **Imagens das mulheres no Ocidente Moderno**. São Paulo: Edusp, 2019

ANDERSON, R. D. **European Universities from the Enlightenment to 1914**. Oxford: Oxford Academic, 2004.

ANRICH, Ernst. **Die Idee der deutschen Universität und die Reform der deutschen Universitäten**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1959.

ANTUNES, Álvaro de Araujo. Pelo rei, com razão: comentários sobre as reformas pombalinas no campo jurídico. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp.15-50, jul./set. 2011.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de G. C. Galache et al. São Paulo: Loyola, 2001-2006. 9 vols.

AQUINO, Santo Tomás de. Súmula contra os gentios [1259-1265]. In: **Santo Tomás de Aquino, Dante Alighieri** (trad.: Luiz João Baraúna). São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp.57-101.

ARAÚJO, Ana Cristina. **A cultura das luzes em Portugal**: temas e problemas. Lisboa: Horizonte, 2003.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. Feitiçaria na vila de Curitiba: direito e misoginia (xviii). **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, pp.222-249, 2019.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. **Um "Cartório de Feiticeiras": direito e feitiçaria na Vila de Curitiba** (1750-1777). Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de; VALLE, Gabrielle Stricker do. **Processo dos Delitos e das Heresias**: um guia de leitura das Ordenações Filipinas (1603) e do Regimento Inquisitorial de 1640. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto; PEREIRA, Luís Fernando Lopes; BRIGHENTE, Liliam Ferraresi. Direito e feitiçaria na América portuguesa do século XVIII: a devassa movida contra Maria do Gentio da terra da Vila de Paranaguá. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 178 (n. 475), pp.311-341, set./dez. 2017.

ARAUJO, Emanuel. A arte de sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE. Mary Del (org.) **História das mulheres no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2001, pp.45-77.

ARAÚJO, Valdei Lopes de. **A experiência do tempo**: conceitos e narrativas na formação nacional brasileira (1813-1845). São Paulo: Hucitec, 2008.

ARMSTRONG, Lawrin. **The Idea of a Moral Economy**: Gerard of Siena on Usury, Restitution, and Prescription. Toronto: University of Toronto Press, 2016.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado, trad. de Fábio Konder Comparado. In: Saggi di Diritto Commerciale. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Financeiro e Econômico**, São Paulo, n. 114, pp.237-252, abr./jun. 1999.

ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato brasiliano. In: **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952.

ASCARELLI, Tullio. **Sguardo sul Brasile**. Milano: Giuffrè, 1949.

ASTUTI, Guido. **I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano**. Milano: Giuffrè, 1952.

ASTUTI, Guido. I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano. In: **Annali di storia del diritto**, vol. 1, pp.13-42, 1957.

ASTUTI, Guido. Contratto (Diritto intermedio). In: ASTUTI, Guido. **Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1984, pp.1907-1954.

AZEVEDO, António Junqueira de. **Negócio juridico**: existência, validade e eficácia. São Paulo, Saraiva: 1986.

BAGNOLI, Vicente.; BARBOSA, Susana Mesquita; OLIVEIRA, Cristina Godoy. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARBOSA, Henrique Bonatti Rego. **O ensino do direito no Brasil e em Portugal e seus desdobramentos**: uma análise comparada do cenário contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica), Universidade de Lisboa. Lisboa, 2018.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, R. M; SEELAENDER, A. C. L. (org.). **História do Direito em Perspectiva**: do Antigo Regime à Modernidade. Curitiba: Juruá, 2008, pp.361-373.

BELLINI, Piero. **L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII**. Milano: Giuffrè, 1964.

BELLOMO, Manlio. **Saggio sull'Università nell'età del diritto comune**. Catania: Giannotta, 1979.

BELLOMO, Manlio. **The common legal past of Europe** (1000-1800). Trad. Lydia G. Cochrane. Studies in medieval and Early Modern Canon Law, 4ª Ed. Washington, D.C.: Catholic University of America Press, 1995.

BENCHIMOL, Jaime. Reforma urbana e revolta da vacina na cidade do Rio de Janeiro. In. FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. **O Brasil republicano**:

o tempo do liberalismo excludente - da proclamaçäo da república à revoluçäo de 1930. Rio de Janeiro, Civilizaçäo Brasileira, 2003, pp.231-286.

BENEDUCE, Pasquale. **Il corpo eloquente**: identificazione del giurista nell'Italia liberale. Bolonha: Il Mulino, 1996.

BENKE, Nikolaus. Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'. In: **Zeitschrift für das Savigny-Stift für Rechtsgeschichte**: **Romanistische Abteilung**, v. 104, n. 1, pp.156-237, 1987.

BENTHAM, Jeremy. Anarchical fallacies. In: BOWRING, John (Ed.). **The works of Jeremy Bentham**: Published under the superintendence of his executor, John Bowring. Vol. 2. Edinburgh: William Tait, 1843. Disponível em: https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-2.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido se desmancha no ar**: a aventura da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil. SCHWARCZ, Lilia (org.). **História da vida privada no Brasil**. Contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, pp.411-437.

BETHELL, Leslie. **The Cambridge History of Latin America** - Colonial Latin America. Vol. 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

BETHENCOURT, Francisco. **Imaginário da Magia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BIROCCHI, Italo. **Causa e categoria generale del contratto**. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. Torino: Giappichelli, 1997.

BIROCCHI, Italo. **Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto**. Caglieri: CUEC Editrice, 1988.

BOURDIEU, Pierre. **Grandes écoles et esprit de corps**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1989.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. **O direito subsidiário na história do direito português**. Coimbra: Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos, 1975.

BRAZ TEIXEIRA, A. **A filosofia jurídica do século XIX**. Lisboa: Humus, 2011.

BRECCIA, Umberto. Una continua ricerca dela vera forza del diritto nellle riflessioni sul pensiero giuridico. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 1, n. 52, pp.197-205, 2023.

BRUGI, Biagio. Il metodo dei glossatori bolognesi. In: BAVIERA, Giovanni (Ed.). **Studi in onore di Salvatore Riccobono**, vol. 1. Palermo: Castiglia, 1936, pp.21-31.

BRUNNER, Otto. La "casa come complesso" e l'antica "economica" europea. In: **Per una nuova storia costituzionale e sociale**. Milano: Vita e Pensiero, 2000, pp.133-164.

BURKE, Peter. **A Social History of Knowledge**: From Gutenberg to Diderot. Cambridge: Polity Press, 2000.

BUSSI, Emilio. **La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune**. Padova: Cedam, 1937.

CABRAL, Gustavo César Machado; CRONJE MATEUS, Rafael. A Mutabilidade do Justo por Natureza nas Interpretações Escolásticas de Aristóteles: Tomás de Aquino, Domingo de Soto, e Francisco Suárez. **História do Direito**, Curitiba, v. 3, n. 4, pp.56-79, ago. 2022.

CABRAL, Gustavo César Machado. Senhores e ouvidores de capitanias hereditárias: uma contribuição ao estudo das fontes do Direito Colonial Brasileiro a partir da literatura jurídica (séculos XVI a XVIII). In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp.97-118.

CALASSO, Francesco. **Introduzione al diritto comune**. Milão: Giuffrè, 1951.

CALASSO, Francesco. **I glossatori e la teoria dela sovranità**. Studi di diritto comune pubblico. 3ª Ed. Milão: Giuffrè, 1957.

CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico**. Lezioni di storia del diritto italiano. Milano: Giuffrè, 1959.

CALASSO, Francesco. **Medio Evo del Diritto**. I: le fonti. Milão: Giuffrè, 1954.

CAPPELLI, Marco. **Le nature di Cristo** (431-451). Podcast Storia d'Italia, 28 out. 2019. Podcast. Disponível em: <https://italiastoria.com/2020/07/06/episodio-36-le-nature-di-cristo-431-451-2/>\. Acesso em 13 mai. 2023.

CAPPELLINI, Paolo. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: CAPPELLINI, Paolo; SORDI, Bernardo. **Codici**: una riflessione di fine millenio. Milano: Giuffré, 2000, pp.11-68.

CAPPELLINI, Paolo. Sulla formazione del moderno concetto di 'Dottrina generale del diritto'. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 10, n. 1, pp.323-354, 1981.

CARDIM, Pedro. Amor e amizade na cultura política dos séculos XVI e XVII. **Lusitania Sacra**, n. 11, pp.21-57, 1 jan. 1999.

CARDIM, Pedro. Cultura jurídica e dinâmica política na época moderna. O Olhar de Bartolomé Clavero. In: **Antidora**: homenaje a Bartolomé Clavero. Coordenação por Jesús Vallejo Fernández de la Reguera, Sebastián Martín Martín. 2019, pp.45-64.

CARDIM, Pedro. **O poder dos afetos**: ordem amorosa e dinâmica política no Portugal do Antigo Regime. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, 2000.

CARDIM, Pedro. Religião e Ordem Social. Em torno dos fundamentos católicos do sistema político do Antigo Regime. In: **Revista de História da Idéias**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Idéias, Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, n. 22, pp.133-174, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem**: a elite política imperial. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO. José Murilo de. Entre a autoridade e a liberdadade. In: CARVALHO, José Murilo (org). **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Ed 34, 2002, pp.11-47.

CARVALHO, José Murilo de. Political Elites and State Building: The Case of Nineteenth-Century Brazil. **Comparative Studies in Society and History**, v. 24, n. 3, jul. 1982. Cambridge: Cambridge University Press, pp.378-399.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. São Paulo: Editora da Unicamp, 1992.

CAVALCANTI, H. B. O Projeto Missionário Protestante no Brasil do século 19: Comparando a Experiência Prebisteriana e Batista. **Revista de Estudo da Religião**, n. º 4, pp.61-93, 2001.

CHALHOUB, Sidney. População e sociedade. In: CARVALHO, José Murilo (org.). **A construção nacional** (1830-1889). Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp.37-81.

CHARLE, Christophe. **Birth of the Intellectuals**: 1880-1900. Trad.: David Fernbach e G.M. Goshgarian. Cambridge: Polity, 2015.

CHARLE, Christophe; VERGER, Jacques. **Histoire des universités**: XIIe-XXIe siècle. Collection Quadrige. Paris: Presses Universitaires de France, 2012.

CHIODI, Giovanni. **L'interpretazione del testamento nel pensiero dei Glossatori**. Milão: Giuffrè, 1997.

CLARK, Stuart. **Pensando com demônios**. São Paulo: Edusp, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. **Antidora**: antropologia católica de la economia moderna. Milano: Giuffrè, 1991.

CLAVERO, Bartolomé. **Historia del Derecho**: Derecho común. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1994.

CLAVERO, Bartolomé. **Institucion historica del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 1992.

CLAVERO, Bartolomé. Religión y derecho: mentalidades y paradigmas. **Historia, Instituciones, Documentos**, Sevilha, n. 11, pp.67-92, 1984.

CLAVERO, Bartolomé. **Usura**: del uso económico de la religion en la historia. Madrid: Ediciones Tecnos, 1984.

CONTE, Emanuele. **Diritto comune**: storia e storiografia di um sistema dinamico. Bologna: Il Mulino, 2009.

CONTRERAS AGUIRRE, Sebastián. Restitution and Corrective Justice in the Aristotelian Scholastic Tradition: The Contribution of Francisco Suárez (1548-1617). **Revista Anual de Ciencias Eclesiásticas**, vol. 15, pp.221-254, 2020.

COPPA-ZUCCARI, Pasquale. **Il deposito irregolari**. Modena: Editore Presso la Direzione dell'Archivio Giuridico, 1901.

CORTESE, Ennio. Alle origini della scuola di Bologna**. Rivista internazionale di diritto comune**, n. 4, pp.7-49, 1993.

CORTESE, Ennio. **La norma giuridica 1**. Spunti teorici nel diritto comune clássico. Vol. 1. Senatto dela Repubblica. Milano: Giuffrè, 1964.

CORTESE, Ennio. **La norma giuridica 2**. Spunti teorici nel diritto comune clássico. Vol. 2. Senatto dela Repubblica. Milano: Giuffrè, 1964.

COSTA, Ângela Marques da; SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. **1890-1914**: no tempo das certezas. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

COSTA, Pietro. Discurso jurídico e imaginação: hipóteses para uma antropologia do jurista. In: PETIT, Carlos (org.). **Paixões do jurista**: amor, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011, pp.167-226.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. Brasília, Senado Federal, **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 97, pp.163-180, jan./mar. 1988.

COVARRUVIAS Y LEYVA, Diego. Relectio in capp.quamvis pactum de pactis, livro 6, parte 2, parágrafo 5, número 12. In: **Opera omnia**. Augusta Taurinorum: 1594, tom. 2.

CYRIL LYNCH, C. E. O Conceito de Liberalismo no Brasil (1750-1850). **Araucaria**, Sevilla, v. 9, n. 17, pp.212-234, 2007.

DE ANDRADE, António Alberto. **Verney e a cultura do seu tempo**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1966.

DECOCK, Wim. Jesuit Freedom of Contract. **The Legal History Review**, n. 77, pp.423-458, 2009.

DECOCK, Wim. La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII). **Derecho PUCP**, n. 73, pp.513-533, 21 nov. 2014.

DECOCK, Wim. Law, Religion, and Debt Relief: Balancing above the 'Abyss of Despair'. In: Early Modern Canon Law and Theology, **American Journal of Legal History**, Vol. 57, n. 2, pp.125–141, Jun 2017.

DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500– 1650). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

DECOCK, Wim. Rumo a uma ciência do direito jesuíta. In: **Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul**, n. 151, pp.73-110, dez. 2016.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente** (1300-1800): uma cidade sitiada. Tradução de Maria Lucia Machado; tradução de notas Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na Primeira República**: o Brasil em defesa da sociedade. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Cięncias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015.

DINIS, Almaquio. **Introdução e parte geral segundo o código civil de 1916**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

DIURNI, Giovanni. La Glosa Accursiana: Stato della questione. In: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (Ed.). **El dret comú i Catalunya**. Barcelona: Fundació Noguera, 1991, pp.69-94.

DLICHER, Hermann. Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht. In: **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte**: **Romanistische Abteilung**, v. 77, n. 1, pp.270-303, 1960.

DONAHUE JR, Charles. Equity in the Courts of Merchants. **Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'histoire du droit / The Legal History Review**, vol. 72, n. 1-2, pp.1-35, 2004.

DUBY, Georges. **Idade Média, idade dos homens**: idade do amor e outros ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

DUVE, Thomas. El corpus iuris canonici: uma introducción a su historia a la luz de la reciente bibliografía. **Prudentia iuris**, n. 61, pp.71-102, 2006.

DUVE, Thomas. El jurista como inventore en la Edad Media y la «postmodernidad»? La teoría histórica del derecho de Grossi, su problemática y su significado para una

historia del derecho más allá de la modernidad. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.1013-1034, 2023.

ERRERA, Andrea. Forme letterarie e metodologie didattiche nella scuola bolognese dei glossatori civilisti: tra evoluzione ed innovazione. In: LIOTTA, Filippo (org.). **Studi di storia del diritto medioevale e moderno**. Bologna: Monduzzi, 1999, pp.33-106.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917.

EWALD, Ariane Patrícia. Tecnologia e progresso: o Brasil civiliza-se no século XIX. **Logos**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, pp.64–73, 2015.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13ª Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FEDELE, Pio. Consideraciones sobre la dispensa y sobre otras institutiones en la ordenación canónica. **Revista española de derecho canónico**, vol. 2, n. 5, pp.393-437, 1947.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa**: mulheres, corpo e acumulação primitiva. Tradução: Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

FEENSTRA, Robert. L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause". In: GROSSI, Paolo (organização**). La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffrè, 1972, pp.377-402.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX**: uma análise histórico-jurídica. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Cięncias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2008.

FLORES, Alfredo de J. A noção de 'consolidação das leis' na literatura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX. In: Giordano Bruno Soares Roberto, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (org.). **Teixeira de Freitas e o direito civil**: estudos em homenagem ao bicentenário (1816-2016). 1ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2017, v. 1, pp.104-126.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-09, n. 2, pp.89-107 (1-18), out. 2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, Brasil, n. 44, pp.61-76, jun 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, pp.97-116, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX, in Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro (org.). **Manual de teoria geral de direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, pp.13-34.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A noção de imaginário jurídico e a história do direito. In: Ricardo Marcelo Fonseca. (org.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. 1ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, v. 1, pp.19-30.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Biblioteca de história do direito. Curitiba: Juruá, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. La modernización frustrada: la cuestión de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX. **Pensamiento Juridico**, v. 33, pp.109-141, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias, Curitiba, Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 35, n. 1, pp.339-371, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O florentino no além mar: a 'tradução' das ferramentas de Paolo Grossi numa ordem jurídica não europeia. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.1035-1060, 2023.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto "traidor" na modernização jurídica brasileira. **R. IHGB**, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp.341-354, jul./set. 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. **História do Direito**, Curitiba, v. 1, n. 1, pp.351 - 362, dez. 2020.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: Bernardo Sordi (org.). **Storia e diritto**: esperienze a confronto (atti dell'incontro internazionale di studi in occasione del 40 anni dei quaderni fiorentini (Firenze, 18-19 ottobre, 2012). 1ed. Milano: Giuffré, 2013, v. 1, pp.415-425.

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, n. 1, pp.257-294, 1 jul. 2008.

FOUTO, Ana Caldeira. Dominium na Doutrina de Francisco de Vitória: reflexões para a historiografia de um discurso jurídico moderno. In: SEIXAS, Margarida; SILVA, Cristina Nogueira da (coord.). **Estudos Luso-Hispanos de História do Direito**. Madrid: Editorial Dykinson, 2021, pp.133-159.

GARCIA Y GARCIA, Antonio. **Historia del derecho canónico**. Vol. 1: El primer milenio. Salamanca: Calatrava Libreros, 1967.

GAUDEMET, Jean. **Église et cité**: histoire du droit canonique. Paris: Montchrestien, 1994.

GIAROLA, Flávio Raimundo. Entre dois tempos: representações do século XIX e do XX na imprensa do Rio de Janeiro e de Minas Gerais entre 1900 e 1901. **Em Tempo de Histórias**, [S. l.], v. 1, n. 39, pp.363-376, 2021.

GINZBURG, Carlo. **História Noturna**: decifrando o sabá. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador, Universidade da Bahia, 1958.

GORDLEY, James. **The Jurists**: A Critical History. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GRINBERG, K. A poupança: alternativas para a compra da alforria no Brasil (2.ª metade do século XIX). **Revista de Indias**, [S. l.], v. 71, n. 251, pp.137-158, 2011.

GROSSI, Paolo, Aequitas Canonica. In: **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 27, n. 1, pp.379-396, 1998.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Editora WMF Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo. **Assolutismo giuridico e diritto privato**. Milano: Giuffrè, 1998.

GROSSI, Paolo. **História da Propriedade e outros ensaios**. Trad.: Luiz Ernani Fritoli, Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GROSSI, Paolo. **Locatio ad longum tempus**. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune. Napoli: Morano, 1963.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **Nobiltà del diritto**: profili di giuristi. Milano: Giuffrè, 2008.

GROSSI, Paolo. O ponto e a linha. História do Direito e Direito Positivo na formação jurista do nosso tempo. In: **Sequência**. UFSC, Florianópolis/SC, v. 26, n. 51, pp.31-45, 2005.

GROSSI, Paolo. Pensiero giuridico (appunti per una voce enciclopedica). **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 17, n. 1, pp.263-269, 1988.

GROSSI, Paolo. **Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune**. Milano: Giuffrè, 1960.

GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana**: un profilo storico (1860-1950). Milano: Giuffrè, 2000.

GROSSI, Paolo. Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**, v. 98, n. 2, pp.155-176, 2021.

GROSSI, Paolo. **Società, diritto, Stato**. Un recupero per il diritto. Per la storia pensiero giuridico moderno. Milano: Giuffrè, 2006.

GROSSI, Paolo. Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni). **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 15, n. 1, pp.593-619, 1986.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. A Tradução do Conceito de Direito Administrativo pela Cultura Jurídica Brasileira do século XIX. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 74, pp.473-498, jan./jun. 2019.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Gênese do direito administrativo: formação, conteúdo e função da ciência do direito administrativo durante a construção do Estado no Brasil Imperial**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. Espécie Invasora: história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, vol. 268, n. 1, pp.213-247, jan./abr. 2015.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito administrativo brasileiro**: formação (1821-1895). Juruá Editora, 2016.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do direito romano**. Curitiba: InterSaberes, 2021.

GUIMARÃES, Aquiles Cortes. Tobias Barreto e o cientificismo de sua época. In: **Atas do I Colóquio Tobias Barreto**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, pp.93-102.

HALPÉRIN, Jean-Louis. L'absolutisme juridique de la codification est-il relatif? **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.609-629, 2023.

HELMHOLZ, Richard. **The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **A ordem do mundo e o saber dos juristas**: imaginários do antigo direito europeu. NY: Amazon books, 2017.

HESPANHA, António Manuel. A senda amorosa do direito: Amor e Iustitia no discurso jurídico moderno. In: PETIT, Carlos (org.). **Paixões do jurista**: amor, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011, pp.25-80.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Caleidoscópio do Antigo Regime**. São Paulo: Alameda, 2012.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Como os juristas viam o mundo**. 1550-1750: Direitos, estados, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: 2015.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina": textos, poder e política penal no Antigo Regime. **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 57, n. 1, pp.493-578, 1987.

HESPANHA, António Manuel. **Filhos da Terra**. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Lisboa: Tinta-da-China, 2019.

HESPANHA, António Manuel. **Imbecillitas**: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG, 2008.

HESPANHA, António Manuel. Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução. In: CLAVERO, Bartolomé; GROSSI, Paolo; TOMAS Y VALIENTE, Francisco. (org.) **Hispania entre derechos propios y derechos nacionales**: atti dell'incontro di studio Firenze. Milano: Giuffrè, 1990, pp.135-203.

HESPANHA, António Manuel. **La gracia del derecho**: economía de la cultura en la Edad Moderna. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. Mulheres, esposas, viúvas. In: **A Política Perdida**. Curitiba: Juruá, 2010, pp.131-146.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HESPANHA, Antônio Manuel. O direito penal da Monarquia Corporativa. In: AXT, Gunter (org.). **Do antigo regime ao século XX**: novas perspectivas da história do direito no Brasil. Florianópolis: CEJUR, 2017, pp.9-45.

HESPANHA, António Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 35, n. 1, pp.59-81, 2006.

HESPANHA, António Manuel. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo. **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 39, n. 1, pp.109-151, 2010.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **História Geral da Civilização Brasileiro**. Vol. I, Tomo I: do descobrimento à expansão territorial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORN, Norbert. **Aequitas in den Lehren des Baldus**. Köln-Graz: Böhlau-Verlag, 1968.

HOWARD, Thomas Albert. **Protestant Theology and the Making of the Modern German University**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

HUIZINGA, Johan. **O outono da Idade Média**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JANSEN, Nils. Farewell to Unjustified Enrichment. **Edinburgh Law Review**, vol. 20, n. 2, pp.123-148, 2016.

JANSEN, Nils. Restitution. In: BRAUN, Harald E.; DE BOM, Erik; ASTORRI, Paolo (eds.). **A Companion to The Spanish Scholastics**. Brill's Companions to the Christian Tradition. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff/Brill, 2022, pp.448-474

KANTOROWICZ, Hermann. **Studies in the Glossators of the Roman Law**: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century. Cambridge: The University press, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOSCHAKER, Paul. **Europa und das römische Recht**. München: C.H. Beck, 1958.

KOSCHAKER, Paul. **Europa y el Derecho Romano**. Madrid, 1955.

KUTTNER, Stephan. **Medieval Councils, Decretals, and Collections of Canon Law**. London: Variorum Reprints, 1980.

KRIECHBAUM, Maximiliane. Philosophie und Jurisprudenz bei Baldus de Ubaldis: "Philosophi legum imitati sunt philosophos naturae". **Ius commune**, v. 27, n. 1, pp.299-343, 2000.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. O Direito Civil e sua Codificação. In: **Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos** (1827-1927). Universidade do Rio de

Janeiro, Faculdade de Direito. V. 1. Evolução histórica do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928, pp.157-186.

LACERDA, Paulo. **Código Civil Brasileiro**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.

LAMBERTINI, Roberto. Per una storia dell'œconomica tra alto e basso Medioevo. In: BIANCHINI, M.; FRIGO, D.; MOZZARELLI, C. (org.). Governo della casa. Governo della città. In: **Quaderni di Cheiron**, v. 4, pp.45-74, 1985.

LANDI, Andrea. **Dalla gratuità necessaria alla presunzione di onerosità**. Il mutuo ad interesse dal tardo diritto comune alla codificazione civile italiana del 1865. Vol. 1. Torino: G. Giappichelli, 2017.

LANGHOLM, Odd. **The legacy of scholasticism in economic thought**: Antecedents of Choice and Power. Cambridge, 1998.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEFEBVRE, Charles. Aequitas canônica et Periculum animae dans la doctrine de l'Hostiensis. **Ephemerides Juris Canonici**, Roma, v. 8, n. 1, pp.437-453, 1952.

LEFEBVRE, Charles. **Dictionnaire de droit canonique**. T. V. Paris: Letouzey et Ané, 1953.

LE GOFF, Jacques**. A Idade Média e o Dinheiro**: ensaio de antropologia histórica. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

LE GOFF, Jacques; SCHMITT, Jean-Claude**. Dicionário temático do ocidente medieval**. v.1. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

LEPSIUS, Susanne. **Der Richter Und Die Zeugen**: Eine Untersuchung Anhand Des Tractatus Testimoniorum Des Bartolus Von Sassoferrato; Mit Edition. Frankfurt am Main: Klostermann, 2003.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1945.

LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros** (1862-1907): uma história do pensamento jurídico. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENTE, Marta; VALLEJO, Jesús (coord.). **Manual de historia del derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MACHADO NETO, A. L. **História das ideias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

MACINO, Francesca. L' applicazione del principio di aequitas nella prassi giudiziaria dei mercanti (XIV-XV sec.). In: MANTEGNA, Cristina; PONCET, Olivier (org.). **Les documents du commerce et des marchands entre Moyen Âge et époque moderne** (XII-XVII siècle). Roma: Publications de l'École française de Rome, 2018, pp.15-33.

MALHEIROS, A. M. P. **A Escravidão no Brasil**: ensaio histórico-jurídico-social, vol. 1, 1866.

MANOEL, Ivan Aparecido. **O Pêndulo da História**. Tempo e eternidade no pensamento Católico (1800-1960). Maringá: Eduem, 2004.

MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro. **História da Inquisição Portuguesa** (1536-1821). Lisboa: Esfera dos Livros, 2013.

MARINHO, José Antônio. **História do movimento político de 1842**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

MATTOS, Yllan de. **A Inquisição Contestada**: críticos e críticas ao Santo Ofício Português (1605-1681). Rio de janeiro: Faperj, 2014.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: CosacNaify, 2003, pp.185-314.

MAXWELL, Kenneth. **O Marquês de Pombal**: paradoxo do iluminismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Roteiro para uma História do Direito Civil Brasileiro** (a fase pré-codificada). Sergasa, Maceió/AL, 1973.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 1985.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, vol. I, liv. I. 6ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MERÊA, Paulo. **Estudos de História do Ensino Jurídico em Portugal** (1722-1902). Lisboa: INCM – Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2005.

MICELI, Sergio. **A Elite Eclesiástica Brasileira**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

MICHELET, Jules. **A feiticeira**. São Paulo: Circulo do livro, 1992.

MONCADA, Luís Cabral de. **Estudos de História do Direito**, vol. III. O século XVIII. Iluminismo Católico: Verney e Muratori. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950.

MONTEIRO, Washington de Barros. Augusto Teixeira de Freitas. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 62, n. 2, pp.305-318, 1966.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Direito das Obrigações. Saraiva: São Paulo, 1956.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. Em: SCHIPANI, Sandro (Ed.). **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**: Atti del Congresso Internazionale del Centenario di Augusto Teixeira de Freitas: Roma, 12-14 dicembre 1983. Padova: Cedam, 1988, pp.17-39.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, pp.185-238, 1993.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Posse** (evolução histórica), vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. **Nascentes no deserto**: pensamento jurídico, regulamentação do trabalho e legislação social no início da república (1889-1916). Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciencias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2018.

MOTA, M. **A Geração de 1870 e a invenção simbólica do Brasil**. Anpuh. Natal, 2013.

MOZZARELLI, Cesare. **Familia del principe e famiglia aristocratica**. Roma: Bulzoni, 1988.

MOZZARELLI, Cesare. **Il padre di famiglia**. Governo della casa e governo civile nella tradizione dell'economica tra Cinque e Seicento. Roma: Bulzoni, 1985.

MUCHEMBLEND, Robert. **Uma história do Diabo**. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2001.

NATÁRIO, Celeste; CUNHA, Jorge; MEIRINHOS, José; EPIFÂNIO, Renato. **A Revolução Liberal**: 200 anos depois. Sintra: Zéfiro, 2021.

NEDER, Gizlene; FILHO, Gisálio Cerqueira. Formação jurídica e história das faculdades de direito em Portugal e no Brasil. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 2, pp.106–136, 2018.

NEVES, Margarida. **As vitrines do progresso**. Rio de Janeiro: PUC-Rio/FINEP/CNPq, 1986.

NUNES, Pedro. **Guerreiro Togado**: fatos históricos de Alagoa do Monteiro. Recife: Editora Universitária da UFPE, 1997.

OLIVAL, Fernanda. La economía de la merced en la cultura política del Portugal moderno. In: PÉREZ, Francisco José Aranda; RODRIGUES, José Damião (Ed.). **De Re Publica Hispaniae**: una vindicación de la cultura política en los reinos ibéricos en la primera modernidade. Madrid: Sílex, 2008, pp.389-407.

OLIVEIRA JÚNIOR, Virgílio Coelho de. Eça de Queiroz, a "geração de 1870" e a Universidade de Coimbra: entre vivências e representações. **Revista de História**, São Paulo, n. 180, pp.1-30, 2021.

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. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

OLIVERO, Giuseppe. **Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico**. Milano: Giuffrè, 1953.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe**: from the Early Middle Ages to the Twentieth Century. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **Hierarchy and Jurisdiction**: Models in Medieval Canon Law. In: Legislation and Justice. Oxford: Clarendon Press, 1997.

PAES, Mariana Armond Dias. **Sujeitos da história, sujeitos de direitos**: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888). 2014. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PASTORE, Baldassare. Diritto complesso. Il contributo di Paolo Grossi alla teoria delle fonti. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.175-195, 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral de obrigações, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

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, pp.31-54.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Direito dos Letrados nos Confins da Expansão Portuguesa: Ouvidores Régios de Paranaguá/São Paulo em Curitiba (1711-1738). **História do Direito**, Curitiba, v. 1, n. 1, pp.12-32, dez. 2020.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2012.

PETIT, Carlos. Del usus mercatorum al uso de comercio. Notas y textos sobre la costumbre mercantil. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 48, pp.7-38, dez. 2008.

PETIT, Carlos. **Discurso sobre el discurso: oralidad y escritura en la cultura jurídica da la Espana liberal** (lección inaugural, curso académico 2000-2001). Huelva: Servicio de publicaciones Universidad de Huelva, 2000.

PETIT, Carlos. **Historia del derecho mercantil**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

PETIT, Carlos. Medioevo del dinero: en busca de las «Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie» de Paolo Grossi. **Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 52, n. 1, pp.381-399, 2023.

PETIT, Carlos. O verbo do Direito liberal. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 39, pp.26-48, dez. 2018.

PETIT, Carlos. Revistas españolas y legislación extranjera. El hueco del derecho comparado. **Quaderni Fiorentini Per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, vol. 35, n. 1, pp.256-338, 2006.

PIERGIOVANNI, Vito. Diritto commerciale nel diritto medievale e moderno. In: **Norme, scienza e pratica giuridica tra Genova e l'Occidente medievale e moderno**. In: Atti della Società Ligure di Storia Patria. Nuova serie (52/1-2). Genova: Società Ligure di Storia Patria, 2012, pp.945-970.

PIERGIOVANNI, Vito. Un trattatello sui mercanti di Baldo degli Ubaldi. In: ASCHERI, M. (org.). **Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei**. Padova: 1991, pp.235-254.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PRIORE, Mary del. **Ao sul do corpo**. Condição feminina, maternidades, e mentalidades no Brasil Colônia. 2 ed. São Paulo: UNESP, 2009.

RADDING, Charles. **The Origins of Medieval Jurisprudence**: Pavia and Bologna 850–1150. New Haven: Yale University Press, 1988.

RADDING, Charles; CIARALLI, Antonio. **The Corpus Iuris Civilis in the Middle Ages**: manuscripts and transmission from the sixth century to the juristic revival. Leiden: Brill, 2007.

REALE, Miguel. **100 anos de Ciência do Direito no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1973.

REALE, Miguel. Escolástica e praxismo na teoria do direito de João Mendes Júnior. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, n. 1, pp.26-72, 1956.

REIS, Marcus Vinicius. **Mulheres de seus corpos e de suas crenças**: relações de gênero, práticas-mágico-religiosas e Inquisição no mundo português. (1541-1595). Tese de Doutorado (História-UFMG), 2018.

REZENDE FILHO, Gabriel de. João Mendes Júnior, mestre de processo. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, pp.9-25, 1956.

RODRIGUEZ, José Maria Iñurritegui. **La gracia y la república: el lenguaje político de la teología católica y el Príncipe Cristiano de Pedro de Ribadeneyra**. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROTHBLATT, Sheldon; WITTROCK, Björn. **La Universidad europea y americana desde 1800**. Las tres transformaciones de la Universidad. Barcelona: Ediciones Pomares – Corredor, 1996.

SAES, Décio. **Classe média e política na Primeira República brasileira** (1889-1930). Petrópolis: Vozes, 1975.

SALLES, Ricardo. **Nostalgia Imperial**: escravidão e formação da identidade nacional no Brasil do Segundo Reinado. Rio de Janeiro: Editora Ponteio, 2013.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

SCOTT, James C. **Seeing Like a State**: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed. New Haven and London: Yale University Press, 1998.

SANTARELLI, Umberto. **Commodo utensis datum**. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del Diritto comune. Milano: Giuffrè, 1972.

SANTARELLI, Umberto. **La categoria dei contratti irregolari**. Lezioni di Storia del Diritto. Torino: Giappichelli, 1984.

SANTOS, Moacyr Amaral. João Mendes Júnior, mestre de direito processual civil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 51, pp.98-113, 1956.

SCHIPANI, Sandro (Ed.). **Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano**: Atti del Congresso Internazionale del Centenario di Augusto Teixeira de Freitas: Roma, 12-14 dicembre 1983. Padova: Cedam, 1988.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças**: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil. E-book. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

SCHWARTZMAN, Simon. A Força do Novo: por uma Sociologia dos Conhecimentos Modernos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 2, n. 5, pp.48-66, out. 1987.

SEELAENDER, 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, n. 473, pp.327-424, jan./mar. 2017.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. **R. IHGB**, a. 182, n. 485, pp.165-202, jan./abr. 2021.

SILVA, Ana Cristina Nogueira da; HESPANHA, António Manuel. (1993). A Identidade Portuguesa. In: A. M. Hespanha (coord.). **O Antigo Regime** (1620-1807). História de Portugal. Vol. IV. Lisboa: Círculo de Leitores, 1993, pp.19-37.

SILVA, Carolina Gual. A construção da auctoritas no decretum de Graciano: o papel da tradição e do auctor em um texto jurídico do século XII. **Revista de História**, São Paulo, n. 181, pp.1-19, 2022.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. **História do direito português**. Fontes de direito. Lisboa, Gulbenkian, 1991.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Poucas ordenações, muitas expectativas: um estudo preliminar sobre processos, população e imprensa às vésperas do Código Civil de 1916. **Revista de Direito Civil Contemporâneo - RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 11, pp.159–169, 30 jun. 2017.

SÖLLNER, Alfred. **Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten**. Frankfurt am Main: Selbstverlag, 1958.

SOUZA, André Peixoto. **Pensamento jurídico brasileiro, ensino do direito e a constituição do sujeito político no Império** (1822-1891). Tese (doutorado). UNICAMP, Programa de Pós-Graduação em Educação. Campinas, 2011.

SOUZA, Laura de Mello. Inferno Atlântico: **Demonologia e colonização** (séculos XVI – XVIII). São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOUZA, Laura de Mello. **O Diabo e a Terra de Santa Cruz**. Feitiçaria e religiosidade popular no Brasil Colonial. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SOUZA, Michael Dionísio de. **Entre o sagrado e o secular:** uma genealogia da secularização jurídica brasileira (XVI-XIX). Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2023.

SOUZA, Michael Dionísio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da lei da boa razão ao código de 1916. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal

do Paraná, Setor de Ciencias Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014.

SPAGNESI, Enrico. **Wernerius bononiensis iudex**: La figura storica d'Irnerio. Florence: Olschki, 1970.

SPINOSA, Alberto. L'Interpretazione come Missione. Il ruolo dell'interprete nella riflessione di Paolo Grossi. **História do Direito**, Curitiba, v. 3, n. 5, pp.40-52, maio 2023.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said**. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916**. Tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

STEIN, Peter. **Roman Law in european history**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

STEIN, Peter G. The Roman Jurists' Conception of Law. In: PADOVANI, Andrea; STEIN, Peter G. (Eds.). **The Jurists' Philosophy of Law from Rome to the Seventeenth Century**. Dordrecht: Springer, 2007, pp.1-30.

STOLLEIS, Michael. **Escrever História do Direito**: reconstrução, narrativa ou ficção? Tradução de Gustavo César Machado Cabral. São Paulo: Contracorrente, 2020.

SUÁREZ, Francisco. **Tratado de Las Leyes y de Dios Legislador**. Tradução: José Ramón Eguillor Muniozguren. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Colección Clásicos Políticos. Sección Teólogos Juristas, 1967.

TEILLARD, Anne Lefebvre. Le droit canonique et la formation des grands principes du droit privé français. In: H. Scholler (ed.). **Die Bedeutung des kanonischen Rechts für die 73 Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien**, [Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, 177], Baden-Baden: Nomos, 1996, pp.9-22.

THOMAS, Keith. **Religião e o declínio da magia**. São Paulo: Cia das Letras, 1991.

TORRES, Juliano Rodriguez. O organismo e o Maquinismo: breve olhar 'macrofotográfico' sobre a 'ontogenia' da filosofia do direito de Clovis Beviláqua. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. **Nova história brasileira do direito**: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012, pp.281-303.

TURAZZI, Maria Inês. **A euforia do progresso e a imposição da ordem**: a engenharia, a indústria e a organização do trabalho na virada do século XIXI ao XX. Rio de Janeiro: COPPE; São Paulo, Marco Zero, 1989.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados**: moral, sexualidade e inquisição no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

VAQUINHAS, Irene; CASCÃO, Rui. Evolução da sociedade em Portugal: a lenta e complexa afirmação de uma civilização burguesa. In: MATTOSO, José (dir.);

TORGAL, Luís Reis; ROQUE, João Lourenço (coord.). **História de Portugal**. Vol. V: O Liberalismo (1807-1890). Lisboa: Editorial Estampa, 1993, pp.441-457.

VARELLA, João de Mattos Antunes. **Das obrigações em geral**. Almedina: Coimbra, 1970.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2a ed. São Paulo, Perspectiva, 1982.

VERDELHO, Telmo dos Santos. **As palavras e as ideias na revolução liberal de 1820**. Coimbra: INIC, 1981.

VIANA, Carine Kely Rocha. **O tribunal da relação de Ouro Preto** (1874-1897): os desembargadores da corte mineira. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, 2017.

VILLEY, Michel. La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique. In: GROSSI, Paolo (Ed.). **La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milano: Giuffré, 1973, pp.53–71.

VOLANTE, Raffaele. **Alteri stipulari**. Evoluzione delle forme di riconoscibilità contrattuale ed enucleazione di uno schema negoziale a favore di terzi nelle dottrine dei glossatori. Firenze: Edizioni Centro Duplicazione Offset, 1993.

VOLANTE, Raffaele. **Il mutuo nel diritto comune**. Il problema del valore finanziario dai glossatori a Pothier. Napoli: Jovene Editore, 2012.

VOLANTE, Raffaele. **Il sistema contrattuale del diritto comune classico**: struttura dei patti e individuazione del tipo: glossatori e ultramontani. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

VOM BRUCH, Rüdiger. Il modello tedesco: università e Bildungsbürgertum. In: PORCIANI, Ilaria (ed.). **L'Università tra Otto e Novecento**: i modelli europei e il caso italiano. Napoli: Lovene, 1994, pp.35-59.

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 (org.). **História do Direito Privado**: olhares diacrônicos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, pp.136-148.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WIEACKER, Franz. Contractus Und Obligatio Im Naturrecht Zwischen Spatscholastik Und Aufklarung. In: GROSSI, Paolo (a cura di). **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**. Milão: Giuffè, 1973, pp.223-239.

WILLIAMS, Rachel Saint. Ecos do aristotelismo na tratadística política hispânica: teorias do direito natural e doutrinas constitucionalistas na época Moderna (1528-1612). **Revista de História**, São Paulo, n. 179, pp.1-27, 2020.

WINKEL, Laurens. Ius gentium. In: BAGNALL, Roger S. et al. (Eds.). **The Encyclopedia of Ancient History**. Malden: Wiley-Blackwell, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. A magistratura brasileira no século XIX. **Seqüência** Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 18, n. 35, pp.24–30, 1997.

WOLKMER, Antonio Carlos. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. In: ROCHA, Leonel Severo (org). **Teoria do direito e do Estado**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1994, pp.9-16.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WOLTER, Udo. **Ius canonicum in iure civili.** Studien zur Rechtsquellenlehre in der neueren Privatrechtsgeschichte. Cologne, 1975.