JOÃO GABRIEL ARATO FERREIRA

As dissertações de Direito Civil apresentadas na Academia de Direito de São Paulo no período 1874-1878.

Dissertação de Mestrado
Orientador: Professor Dr. Samuel Rodrigues Barbosa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP
2016

JOÃO GABRIEL ARATO FERREIRA

As dissertações de Direito Civil apresentadas na Academia de Direito de São Paulo no período 1874-1878.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Filosofia e Teoria Geral do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa.

Versão corrigida em 24/06/2016

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP
2016

Nome: FERREIRA, João Gabriel Arato

Título: As dissertações de Direito Civil apresentadas na Academia de Direito de São Paulo no período 1874-1878.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento:_____
Assinatura:_____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento:_____
Assinatura:_____

Prof. Dr. _____
Instituição: _____
Julgamento:_____
Assinatura:_____

Agradecimentos

Ao Clayton, pelo apoio e compreensão.

Aos meus pais, pelo incentivo.

Ao Lupa, Mari, Riberti, Juliana, Dan, Ana, Felipe, pela presença.

Ao meu orientador, Prof. Samuel Rodrigues Barbosa, pela indicação do tema, pelos conhecimentos transmitidos e pela confiança.

Aos Professores Rafael Mafei e Rodrigo Mendes, pelas sugestões e críticas formuladas no exame de qualificação.

Os mesmos mestre e doutores, para se acreditarem de sábios perante seus companheiros e discípulos, faziam longos e profundos estudos de direito romano e antiguidade, e seguindo neles a escola Cujaciana, filosofavam muito teoricamente sobre os princípios de direito, e por fugirem o rumo da de Bartholo, Alciato, e mais glosadores e casuístas, ensinavam jurisprudência mais polêmica do que apropriada à prática da ciência de advogar, e de julgar.

– Visconde de Cachoeira

FERREIRA, João Gabriel Arato. As dissertações de Direito Civil apresentadas na Academia de Direito de São Paulo no período 1874-1878. 177 p.. Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

O presente trabalho desenvolve uma investigação e análise das influências presentes nas dissertações apresentadas pelos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo como requisito parcial de avaliação. No período conhecido como Crise do Império, intensificaram-se as contradições entre o discurso liberal e a prática, tendo em vista a forma de organização do Império. As Faculdades de Direito foram concebidas como centros de formação dos quadros da burocracia do Império em um contexto de formação do Estado logo após a Declaração de Independência. As dissertações do período analisado trazem questões que estão ligadas com o momento histórico, tal como o processo de abolição da escravatura ou as relações entre Igreja e Estado de modo a permitir lançar uma nova luz a partir do modo como estava estruturada a formação e reprodução de conhecimento e do discurso jurídico no ambiente das Faculdades de Direito.

Palavras chave: Ensino jurídico; Direito Civil; Brasil Império; Liberalismo

FERREIRA, João Gabriel Arato. The dissertations of Private Law presented in the Academy of Law in São Paulo in the period from 1874 to 1878. 177 p.. Master Degree. Faculty of Law, University of São Paulo. São Paulo, 2016.

This study develops a research and analysis of the influences present in the dissertations presented by the students of the Faculty of Law of São Paulo as a partial requirement assessment. During the period known as Empire Crisis ,the contradictions between the liberal discourse and practice were intensified, considering the form of organization of the Empire . The Law Schools were designed as training centers of the Empire Red bureaucracy in a context of state formation shortly after the Declaration of Independence. Dissertations of the analyzed period bring issues that are connected to the historical moment as the slavery abolition process or the relationship between Church and State and they cast new light on the way it was structured the training and reproduction of knowledge and legal discourse in the Faculties of Law.

Key words: Legal studies. Private Law; Brazilian Empire; Liberalism

Sumário

1. Introdução……...8

2. Panorama da Crise do Império…….25

3. Cultura Jurídica no Brasil…….41

4. Análise das Dissertações……..73
4.1. As Dissertações de 1874: Lei do Ventre Livre……..75
4.2. As Dissertações de 1875: Alimentos ao filho ilegítimos……...…89
4.3. As Dissertações de 1876: Sistema civil de registros públicos...……..105
4.4. As Dissertações de 1877: Poderes de administração dos bens do casal……..120
4.5. As Dissertações de 1878: Direito científico como fonte do Direito……143

5. Conclusão……...169

6. Bibliografia…….172

Anexo…….174

1. Introdução

O ensino superior no Brasil já foi e continua sendo objeto de intensos e elaborados estudos. O foco e abordagem de tais estudos têm uma ampla variedade, servindo aos mais variados propósitos. Uma preocupação recente e cada vez maior, tanto de entidades privadas quanto de órgãos governamentais, é criar métodos para análise da qualidade do ensino superior. No que se refere, de maneira particular, ao ensino jurídico, as análises não se concentram apenas no momento presente, mas focam-se também em elementos históricos. Entidades de classe e órgãos ligados ao governo avaliam o ensino jurídico no presente como uma forma de determinar a qualidade dos profissionais que estão sendo inseridos no mercado, não apenas do ponto de vista da advocacia, mas também daqueles que preencherão grande parte dos quadros do funcionalismo público, ecoando os as preocupações que nortearam a instalação dos cursos jurídicos no Brasil. Por outro lado, cientistas sociais, historiadores e juristas têm dedicado especial atenção ao ensino jurídico ao longo do tempo como uma forma de entender o presente, não apenas do ponto de vista do Direito, mas relacionado ao próprio arranjo institucional do Estado Brasileiro.

O trabalho de Eliane Botelho Junqueira (1997) que tem como objetivo a construção da figura do bacharel em Direito no século XIX analisa não apenas as motivações que levam os estudantes à Faculdade de Direito, mas também as atividades nas quais se envolvem durante o curso e as carreiras que vem a seguir depois. A análise da literatura oitocentista revela diferentes atitudes em relação ao bacharel em direito que circulava pelas "ruas do Ouvidor" no século XIX. Enquanto uns romancistas, preocupados com a formação do Estado nacional, centram a análise na elite jurídico-política do século XIX, outros, buscando compor personagens plausíveis para o seu público a partir dos estereótipos do bacharel em direito que circulavam nos palacetes do Catete, de Botafogo e de Laranjeiras, utilizam como protagonistas jovens entediados que, mais por falta de alternativa do que por vocação, estudam um direito que nunca vão praticar ou que praticam sem grande interesse ou distinção. Outros ainda, ao buscarem seus personagens nas imagens sobre a "gente comum" que habita "casas de pensão" e "cortiços", descobrem o advogado que, sem acesso a heranças ou dotes, tem na profissão jurídica menos um passaporte para a "cidade das letras", do que, efetivamente, um meio de sobrevivência.

Tentar reconstruir, através da literatura, a imagem do bacharel em direito do século

> XIX no Brasil pressupõe refletir sobre a relação entre os discursos ficcional e não ficcional e a invenção de símbolos e imagens da vida social. Assim como o texto literário representa um mix entre a realidade e o imaginário e, portanto, deve ser percebido como um "objeto transacional" que liga estes dois mundos (Iser, 1993: 20), os discursos das ciências sociais, ao dependerem da interpretação dos fatos sociais, também incorporam algum grau de imaginação. Consequentemente, ainda que literatura e ciências sociais, submetidas a regras de produção distintas, estabeleçam relações diferenciadas com a verdade, de forma a não se poder "dispor das obras ficcionais com a mesma tranquilidade com que [se] lança mão doutros documentos", a obra literária não exclui a ideia de verdade: o discurso ficcional "apenas a toma como um material entre outros, com os quais o autor se lança a uma atividade questionadora dos valores" (Lima, 1989: 281-2).

Para justificar a pertinência de um trabalho que constrói um retrato do bacharel em Direito no Brasil oitocentista, Eliane Botelho Junqueira (1997) conjuga, como no excerto a seguir, elementos de teoria literária com análises históricas, tal como a de José Murilo de Carvalho a respeito da formação da elite imperial. Mencionando ainda, a obra de Antônio Candido como subsídio teórico à construção do bacharel em Direito, destacando a relação que existe entre a personagem e o autor, partindo de uma base na realidade, seja do ponto de vista individual do escrito, quanto do mundo que o cerca.

> Apesar de ser "um produto do desejo", o discurso literário insere-se em enquadramentos de percepção selecionados e organizados a partir de um processo de "ficcionalização do ato" que transforma, através do imaginário, a realidade em ficção (Iser, 1993). Em outros termos, não estando submetida a provas de verdade e expressando o imaginário social de uma determinada sociedade, ou seja, suas ideologias, utopias, símbolos, alegorias, rituais e mitos (Carvalho, 1990: 10-11) a literatura estabelece uma relação de feedback com a realidade, que molda e é moldada pela imaginação.
>
> Ao analisar as obras literárias, Candido observa que o personagem de ficção (*homo fíctus*) não é nem um tipo reproduzido, nem um tipo inventado: "elas [as personagens] não correspondem a pessoas vivas, nem nascem delas" (Candido, 1959: 67). A invenção do personagem fictício "mantém vínculos necessários com uma realidade matriz – seja a realidade individual do romancista, seja a do mundo que o cerca" que "pode aparecer mais ou menos elaborada, transformada, modificada, segundo a concepção do escritor, a sua tendência estética, as suas possibilidades criadoras" (Candido, 1959: 69)

Destaca-se, tanto nas obras literárias como acima apontado, quanto em trabalhos acadêmicos, a falta de vocação generalizada que se verificava entre os estudantes de Direito durante o Império. Desse modo, considerando que as Faculdades de Direito e, muitas vezes, os cursos superiores em geral poderiam ser considerados apenas um meio de emancipação e de acesso a outras atividades, as atividades dos cursos terminariam por receber uma atenção secundária. Contudo, ainda que a referida falta de vocação dos estudantes e de dedicação por parte dos lentes catedráticos possa ter resultado em um

desenvolvimento deficiente da ciência do Direito, os bacharéis teriam de atuar como operadores do Direito, tanto nas carreiras de Estado, quanto na advocacia privada.

Os cursos jurídicos foram planejados para formar funcionários preparados para as carreiras de Estado, porém, a burocracia não podia absorver todos os bacharéis, seja pelo número limitado de cargos ou pela simples inaptidão e desinteresse para o serviço público. Se São Paulo havia sido considerada mais conveniente para a instalação dos cursos jurídicos, do ponto de vista da prática da advocacia, o Rio de Janeiro, por ser a sede da Corte, era onde acabam instalando-se os bacharéis que se dedicaram ao exercício da advocacia. Numerosas obras dedicam-se a estudar a trajetória dos estadistas formados pela Faculdade de Direito de São Paulo, Edmundo Campos Coelho (1999:159), com outro enfoque, descreve a prática da advocacia na Corte.

> No âmbito dos litígios entre os particulares e a administração estatal, o do chamado contencioso administrativo, a situação não era melhor: "um verdadeiro caos", afirmava o visconde de Uruguai, "no qual ainda não penetrou um só raio de luz". E continuava: "Mui poucos são os pontos definidos e fixados, não direi em leis, mas em regulamentos(….) Nos casos que nascem da aplicação das atribuições administrativas dos Ministros de Estado, e dos Presidentes de Província, e das circunstâncias que revestem os mesmos casos, é extraordinária entre nós a confusão (Quanto à legislação) quase nada tem sido feito nessa parte. Os arestos não têm caráter e natureza própria, não fixam princípios claros; são as mais das vezes tangentes para escapar a uma dificuldade, adiando uma solução clara e franca. Não estão coligidos e classificados. Muitas soluções nem estão impressas. Não há propriamente prática e jurisprudência administrativa.

Da mesma forma, Antônio Carlos Wolkmer (2002:99) destaca como o processo de formação dos bacharéis em Direito termina por criar uma classe centrada nos próprios interesses.

> Além disso, há que se fazer menção ao perfil dos bacharéis de Direito mediante alguns traços particulares e inconfundíveis. Ninguém melhor do que eles para usar e abusar do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais. Na verdade, o perfil do bacharel juridicista se constrói numa tradição pontilhada pela adesão ao conhecimento ornamental e ao cultivo da erudição linguística. Essa postura, treinada no mais acabado formalismo retórico, soube reproduzir a primazia da segurança, da ordem e das liberdades individuais sobre qualquer outro princípio.

No caso específico da Faculdade de Direito de São Paulo, é possível identificar um vasto repertório de obras de caráter laudatório. Apesar de, atualmente, enfrentar a concorrência de outras Faculdades de Direito, tanto públicas quanto privadas, bem como qualificações negativas por órgãos de análise e fiscalização do ensino jurídico, a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo continua a reproduzir o mesmo discurso laudatório, muitas vezes alicerçado em questionáveis argumentos de ordem histórica. Nem mesmo os documentos oficiais escaparam da exaltação acrítica do ensino jurídico. Como consigna o dr. Joaquim Augusto de Camargo, lente substituto, na memória acadêmica apresentada à Câmara dos Deputados referente ao ano de 1877 (A-B3-2).

> Quando se considera com atenção a organização e o estado da nossa Faculdade, não se pode deixar de reconhecer que as considerações do sábio Professor se realizam de modo completo e satisfatório entre nós. Graças a essa organização, aos métodos seguidos no ensino, às sábias e profundas explicações dos ilustrados Mestres, os moços que frequentam as aulas da Faculdade vão adquirindo anualmente aquela soma de conhecimentos que tão necessária é para mais tarde se tornarem perfeitos Legisladores, Homens de Estado, verdadeiros Juízes e bons Jurisconsultos. Se as páginas de nossa legislação contém muitas e boas disposições, se o direito é estremecido como uma realidade, se a ciência é amada e prezada, se no poder judiciário e na administração se encontram verdadeiros intérpretes da lei, e se no foro continuamente aparecem jurisconsultos, tudo se deve à organização que temos do ensino do direito, e em grande parte, aos métodos de ensino, e às sábias e luminosas preleções (de conformidade com o progresso da ciência em todos os seus ramos) dos dignos Lentes. Que se percorra, em qualquer ocasião, uma por uma as aulas da Faculdade, e ver-se-ia de modo claro e preciso confirmada aquela verdade. As ciências jurídicas e sociais, as revoluções que têm tido, as ideias e teorias que delas têm brotado são estudadas com minuciosidade e perfeição. Entre nós, portanto, o ensino do direito e das ciências sociais não é retrógrado e vicioso. Daqui a glória que a Faculdade de Direito de S. Paulo sempre teve que concorrer eficazmente para a prosperidade do Império, dando-lhe grande parte desses homens eminentes, que tanto hão trabalhado para o aperfeiçoamento de suas leis, e de todas as suas instituições. Desculpai-me, senhores, por eu assim ocupar a vossa atenção. O estado próspero e animador em que se acha a nossa Faculdade, as suas tradições gloriosas, a sincera admiração que tributo à ilustração de nossos mestres e colegas, prendem-me de tal modo, que não podia deixar de fazer estas considerações.

Somado a as alegações de falta de qualidade do ensino jurídico durante o Império, bem como de falta de comprometimento do corpo docente, emergiram os relatos sobre atividades diversas que eram desenvolvidas no âmbito das Academias de Direito do Império. Verificando-se o cotidiano da faculdade de Direito, foram identificadas outras práticas dos estudantes que tomavam lugar na Faculdade de Direito, mas que, muitas vezes, tinham objeto diverso dos estudos jurídicos. Considerando que, mesmo que o ensino jurídico na relação formal professor-aluno fosse de baixa qualidade, a faculdade de direito continuava a ser o centro formador de quadros para a burocracia do Império, bem como o

local de formação da intelectualidade brasileira, essas outras práticas foram também objeto de estudo. Nesse ambiente no qual proliferavam atividades paralelas, ainda tomavam lugar os atos oficiais do calendário acadêmico, em especial as avaliações no tempo e na forma previstas nos Estatutos. As avaliações permitem uma análise mais ampla do desenvolvimento da cultura jurídica no Império por uma série de fatores. Em primeiro lugar, são de realização obrigatória para todos os estudantes.

O presente trabalho desenvolve uma investigação e análise das influências presentes nas dissertações apresentadas pelos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo como requisito parcial de avaliação. Em trabalho passado, foi analisado como os anunciados de todas as dissertações apresentadas em um determinado ano (1857) refletiam um processo de racionalização do Direito desencadeado pela Lei da Boa Razão. Como ressalta, porém, José Murilo de Carvalho, a reforma engendrada pelo Marquês de Pombal acabou sendo revertida com a ascensão de D. Maria I ao trono de Portugal, de modo que, ainda com influências da reforma, houve uma determinação para que o ensino superior retornasse ao estado em que se encontrava anteriormente. Tendo em vista que, ainda que as Faculdades de Direito no Brasil tenham sido criadas para garantir a independência intelectual em relação à Universidade de Coimbra, a totalidade dos lentes da primeira leva dos cursos jurídicos no Brasil foi inteiramente formada nos moldes do ensino superior português. Da mesma forma e ainda como antecedente, também todos os deputados que discutiram a criação dos cursos jurídicos na Assembleia Constituinte em 1824 e depois na Assembleia Geral em 1827 que tinham diploma de cursos jurídicos foram formados pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

O foco da pesquisa são os elementos que são usados para a construção do discurso jurídico no âmbito da Faculdade de Direito de São Paulo em um período determinado. Especificamente, no discurso jurídico produzido de maneira oficial, como requisito de avaliação para a aprovação pelos estudantes por força e nos moldes definidos nos Estatutos das Faculdades de Direito aprovados pela Câmara dos Deputados. Pela disponibilidade do material encontrado na Biblioteca Central da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o recorte temporal é da segunda metade do século XIX, com ênfase no início do período que se convencionou chamar de Crise do Império, que se inicia em 1870.

Por disposição dos Estatutos que regiam as Faculdades de Direito no tempo do Império, as dissertações eram requisito de avaliação obrigatório para os estudantes do bacharelado. O material preservado, ainda que incompleto, é muito vasto, de modo que foi necessário um recorte temático e temporal para que fosse possível uma efetiva investigação a respeito do texto apresentado. Desse modo, considerando que o objeto da investigação são as influências e referências dos estudantes de Direito, as dissertações que apresentassem suas referências de maneiras mais explícita seriam preferíveis. As dissertações de Direito Civil foram escolhidas como tema da presente investigação uma vez que se trata da matéria que apresenta um material mais abrangente, tendo um número maior de dissertações disponíveis para a análise. Assim, será possível verificar a articulação e mesmo o confronto de referências trazidas pelos estudantes frente a uma bibliografia oficial.

Ainda que os Estatutos das Faculdades de Direito elaborados pelo Poder Legislativo não sejam o melhor indicador do que se passava nas Faculdades de Direito ou qual fosse o conteúdo do ensino jurídico, servem como marcos temporais de análise. Na medida em que são aprovados e modificados pelo Poder Legislativo, os Estatutos, e em especial os debates relacionados a sua elaboração, são uma importante fonte e indicador a respeito da visão predominante sobre a função do Direito na sociedade. Da mesma forma que a decisão de criar os cursos jurídicos no Império fazia parte de um projeto de criação do Estado brasileiro, o currículo dos cursos jurídicos foi objeto de intenso de debate e cada mudança significa o fortalecimento de um grupo com determinada visão de mundo.

Sérgio Adorno (1988) fala de autodidatismo que seria verificado na Faculdade de Direito de São Paulo na medida em que o corpo docente não estava dedicado ao desenvolvimento da ciência do Direito, mas se tratava do celeiro no qual eram selecionados elementos importantes da intelectualidade brasileira e grande parte dos dirigentes políticos do Império, tanto no nível das províncias, tal como deputados e presidentes de província, quanto junto ao governo central, tal como ministros de Estado e senadores. Desse modo, faz parte do objeto da presente pesquisa verificar a produção da cultura jurídica no ambiente da Academia de Direito de São Paulo a partir de um ponto de vista que ainda não foi explorado, que é da produção dos alunos como parte das atividades acadêmicas.

Tem-se como certo na literatura a respeito da criação dos cursos

jurídicos no Brasil em 1827 que esta foi motivada pela recente declaração de independência e a necessidade de prover quadros capacitados para o Estado brasileiro em formação. Em sessão de 27 de agosto de 1823 da Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, o deputado José Luiz de Carvalho e Mello, futuro Visconde de Cachoeira, alude claramente a essa função dos futuros cursos jurídicos, bem como à reforma do Estado português promovida pelo Marquês de Pombal no que se refere especificamente aos estatutos da Universidade de Coimbra e ao ensino do Direito em Portugal:

> O SR. CARVALHO E MELLO – Sr. Presidente: No Projeto que se apresenta hoje à nossa discussão estão incluídas matérias de suma importância e do maior interesse público. (…). É claro que o fim político destas determinações foi prevenir desde já a necessidade em que estamos de tais estabelecimentos, para termos cidadãos hábeis para os empregos do Estado. (…). Não é necessário dizer a necessidade que estamos de tais estabelecimentos: não os temos, e até agora era preciso aos nossos concidadãos atravessar os mares, e às custas de despesas e outros sacrifícios ir aprender à Universidade de Coimbra. Nós todos sabemos, que apesar do que alguns têm dito sobre os defeitos destes Corpos Científicos, são eles estabelecidos em todos os países cultos; que neles foram e vão aprender os homens célebres de todas as Nações; que nessa mesma única de Portugal, se formaram os antigos que nos precederam, e os que atualmente exercem os empregos mais distintos do Estado; e que pela luminosa reforma instituída pelo célebre Rei D. José I se apuraram os conhecimentos que nela se ensinam com aprovação e admiração de toda Europa. Quando nos empreendemos o grande e magnífico estabelecimentos e consolidação deste Império, que fará época assinalada na história dos grandes acontecimentos políticos, não nos devemos esquecer de lançar logo os alicerces de sua prosperidade futura, instituindo este monumento indelével de sua sabedoria, do qual sairão homens abalizados nas ciências para encherem os lugares e Empregos do Estado.

O objetivo de formar quadros para o Estado brasileiro é tratado de formas diferentes conforme o foco e o objetivo da obra em questão. Um levantamento quantitativo indica que a maior parte dos deputados e senadores, bem como os Conselheiros do Império, era formada em Direito. O tema do ensino jurídico no Brasil tem sido objeto de diversas obras desde seus primeiros anos de atividade, merecendo especial destaque na imprensa, uma vez que, conforme consta em anais da Câmara dos Deputados, as Faculdades de Direito fazem parte de um projeto de construção do Estado brasileiro. Desse modo, o estudo da criação e funcionamento dos cursos jurídicos é tratado não apenas do ponto de vista da História do Direito, mas também da Sociologia e da Ciência Política como parte do processo de formação do Estado brasileiro em consolidação ao processo de independência iniciado em 1822.

Um primeiro momento dos relatos e registros a respeito tem como principais expoentes dois trabalhos escritos por professores da Academia de Direito de São

Paulo, José Luís de Almeida Nogueira e Spencer Vampré. Tratam-se de obras que não pretendem ter, especialmente Almeida Nogueira, rigor científico na investigação e relato das situações. A obra de Almeida Nogueira (1907) foi inicialmente publicada em capítulos no jornal Correio Paulistano. Devido ao grande sucesso da obra, teve sua primeira edição publicada em formato de livro em 1909.

Por ocasião do aniversário de cento e cinquenta anos de instalação dos cursos jurídicos no Brasil, Alberto Venâncio Filho publicou uma obra com o objetivo de explicar o papel da Faculdade de Direito de São Paulo no bacharelismo liberal que foi a forma de organização do Estado brasileiro desde a independência até os primórdios da República. Nesse ponto, a investigação parou. Como consta na introdução da obra, todas as pesquisas foram feitas com base em fontes secundárias. Entre as fontes que são citadas, Almeida Nogueira e Vampré têm a maior incidência. O próprio Almeida Nogueira coloca como objetivo de sua obra divertir os leitores. E não poderia ser diferente na medida em que se apresenta na forma de compilação de dados biográficos e um vasto anedotário que circulava na Faculdade de Direito na época em que o livro foi escrito. Destacando-se que o próprio José Luís de Almeida Nogueira frequentou a Faculdade de Direito de São Paulo no período retratado, tanto como aluno do bacharelado, quanto, anos depois, como lente catedrático de Economia Política.

Existe uma mudança de enfoque na segunda metade do século XX no tratamento da questão do ensino jurídico. A criação das Faculdades de Direito volta como uma parte no processo de consolidação do Estado brasileiro após a independência em 1822. Nesse sentido, não se trata mais apenas de identificar quantos senadores do Império formaram-se em determinada turma ou prover um relato das idiossincrasias de determinado lente, mas de situar ambas as Faculdades de Direito, em um panorama maior no plano político do Império. Desse modo, pode-se afirmar que a corrente majoritária a respeito do ensino jurídico durante o Império está baseada de maneira direta ou indireta nos quatro autores citados. O grande mérito da obra de Venâncio Filho (1977) reside na rigorosa cronologia dos Estatutos, bem como todos debates parlamentares a respeito da criação e funcionamento dos cursos jurídicos, que regeram a Faculdade de Direito desde sua criação até o fim da República Velha. São citados, relacionados aos Estatutos, debates parlamentares a respeito do que deveria ser o ensino jurídico, bem como documentos oficiais, tais como ofícios ministeriais e relatórios do diretor da faculdade de direito. Assim, o bacharelismo

refere-se ao modo como os bacharéis eram treinados e qual o papel que desempenhavam na sociedade.

O caso mais conhecido de análise que tenha sido feita de algum material efetivamente utilizado na Academia de Direito de São Paulo trata-se da obra Elementos de Direito Natural, do Conselheiro José Maria de Avelar Brotero. Elaborada em resposta à disposição estatutária de que todos os lentes catedráticos deveriam ou indicar um compêndio para apoio às lições ou elaborar eles próprios. O Conselheiro Brotero optou pela segunda opção, sendo o primeiro a compor um compêndio para apoio às suas lições de Direito Natural aos estudantes do primeiro ano. Esse pioneirismo não foi, contudo, isento de críticas. A obra foi reprovada seguindo parecer emitido pela Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados e foi objeto de intensos ataques por parte do Deputado Lino Coutinho. Não se verificam, contudo, relatos das atividades docentes do Conselheiro Brotero ou do programa de Direito Natural e pontos escolhidos para as avaliações dos estudantes no âmbito do calendário oficial de exames.

Para uma compreensão mais ampla do modo de formação do bacharel, seria interessante, além de estudar os Estatutos das Faculdades de Direito ou anedotas que circulam na época, proceder uma análise do material a que estavam expostos e que produziam os estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo, que podem também explicar sua atuação depois de formados, como relata Edmundo Campos Coelho (1999:159) a respeito da prática da advocacia no Rio de Janeiro.

> Creio que agora fica razoavelmente clara a razão ou razões pelas quais nos tribunais os processos estendiam-se por longos prazos à custa de recursos e apelações interpostos pelas partes. O advogado hábil ou experiente podia sempre encontrar um costume esquecido no tempo, uma filigrana processual autorizada por antigos estilos e praxes do foro, uma interpretação balizada por este ou aquele praxista, a qual o adversário podia contrapor a abalizada opinião em contrário de algum outro praxista. Em última análise, tratavam de utilizar os recursos disponíveis para ganhar a causa para o cliente e receber os correspondentes honorários sem demasia preocupação com uma ética profissional nebulosa. Se os liberais chamavam a isso de "chicana", associando tais práticas com os males da herança colonial, os cientistas sociais não têm porque dar-lhes o seu aval como faz Flory ao descrever o foro da Corte como um "bazar judicial".

Ainda que a obra de Edmundo Campos Coelho (1999) seja a respeito da prática da advocacia no Rio de Janeiro, onde está localizada a Corte, os advogados que atuavam junto ao Tribunal da Relação do Rio de Janeiro e junto ao Supremo Tribunal de

Justiça eram formados pela Faculdade de Direito de São Paulo. Da mesma forma que os lentes do corpo docente da Faculdade de Direito de São Paulo não lideravam o desenvolvimento da ciência do Direito e a formulação das grandes teses jurídicas, mas eram componentes da cena intelectual e ocupantes dos altos cargos na política, os estudantes usavam a Faculdade para travar relações pessoais que depois seriam úteis quando chegassem à direção de um grande jornal ou às tribunas da Câmara dos Deputados, ou mesmo à presidência do Conselho de Ministros.

Criar os cursos jurídicos para prover quadros para o Estado brasileiro que estava se formando em um contexto pós-declaração de independência envolve mais que a simples instalação das Faculdades e início dos cursos regulares. Desse modo, foi objeto de debates na Câmara dos Deputados não apenas questões maiores como a localização e quantidade dos cursos jurídicos que seriam instalados, mas também questões práticas a respeito de seu funcionamento, tais como as matérias que seriam ensinadas e o material de apoio às aulas que seria adotado. Em sessão da Câmara dos Deputados de 11 de agosto de 1826, tratando da questão da aprovação pelos deputados dos compêndios que seriam adotados nos cursos jurídicos, o deputado José Lino Coutinho coloca a questão intimamente relacionada ao futuro do Brasil.

> O SR. LINO COUTINHO – Eu ainda estou que a provação dos compêndios pertence ao corpo legislativo e que é objeto de lei. Só o corpo legislativo é que deve designar as doutrinas e o método de as ensinar, e se assim não é, eu não sei porque que razão se fez o catálogo das ciências que hão de formar este curso. Torno a lembrar a comparação que já apresentei. Senhores, os lentes são como as amas de leite: toda ama de leite diz que o seu leite é bom, mas quem é que decide? É a ama? Não, é o médico. Da mesma forma, a assembleia é que há de julgar da escolha dos compêndios. Meus senhores, é preciso maior cuidado neste ponto, nisto deve haver a maior vigilância, a maior discrição: é à nação inteira que se vão transmitir estas doutrinas, e delas depende em grande parte a sorte da mesma nação.

Estudos posteriores e mesmo relatos da época indicam que os cursos jurídicos teriam contribuído de maneira significativa para formação do Estado brasileiro. Saíram os bancos das Faculdades de Direito de São Paulo e de Recife tanto os funcionários para os quadros da burocracia do Estado brasileiro, quanto os ocupantes de altos cargos políticos no Império e os formadores da intelectualidade. Fazendo um levantamento das diversas atividades desenvolvidas pelos estudantes no âmbito da Faculdade de Direito de São Paulo, Sérgio Adorno (1988:92) destaca a atividade política no interior dos gabinetes, mas, ao mesmo tempo, chamando atenção para que o fato de que a formação do ponto de

vista jurídico seria desenvolvida em espaços diversos da sala de aula.

> De fato, observações apontadas pela literatura existente sobre o ensino jurídico, durante a vigência da monarquia, indicam um ambiente extra-ensino, independente da relação didática estabelecida entre corpo docente e corpo discente, foi efetivamente responsável pela formação profissional do bacharel. Esse ambiente reuniu, em uma mesma instituição, a militância política, o jornalismo, a literatura, a advocacia e, sobretudo, a ação no interior dos gabinetes. São essas marcas "ornamentais" do intelectual/bacharel que o período enfocado nesta pesquisa conheceu. (…). As permanentes críticas dirigidas contra a má qualidade do ensino e contra a própria habilitação do corpo docente, formuladas até mesmo por acadêmicos que vivenciaram esse processo educativo àquela época, sugerem que a profissionalização do bacharel se operou fora do contexto das relações didáticas estabelecidas entre o corpo docente e o corpo discente, a despeito das doutrinas jurídicas difundidas em sala de aula.

O presente trabalho pretende situar-se em um ponto ainda carente de estudos mais aprofundados a respeito da construção da Faculdade de Direito de São Paulo, referente à dinâmica das relações entre professores e estudantes, focando especialmente no que se refere às avaliações. Serão analisadas as dissertações apresentadas pelos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo como requisito de avaliação prescritas pelos Estatutos na medida em que se tratam de amostra do raciocínio jurídico que era desenvolvido nas Faculdade de Direito. A partir desta análise, serão identificadas e analisadas as influências que estavam presentes na construção do raciocínio jurídico no Império, afastando-se do modelo de história do direito focada apenas nos atos oficiais e fontes legislativas, que mereceu a crítica de António Manuel Hespanha (2006:18).

> Os destinatários destas críticas eram antes os historiadores do direito, que dominavam as faculdades jurídicas e que faziam uma história "estritamente jurídica", dirigida unicamente para a evolução do direito oficial e letrado, dos seus aspectos legislativos e conceituais (ou "dogmáticos") (Dogmengeschichte), não considerando, nem o contexto social destes, nem as múltiplas formas de organização e de constrangimento que não têm origem no poder oficial, nem abrigo no discurso letrado sobre o direito.
>
> A política pombalina do direito – paralela à de outros países europeus na mesma época – visa submeter direito e juristas a um controlo mais estrito da coroa. Esta política desenvolve-se em três frentes de reforma – a da legislação, a do sistema das fontes do direito e a do ensino do direito. A reforma legislativa – que se traduziu, desde logo, num aumento muito significativo do ritmo de promulgação de textos legais visou transferir da doutrina dos juristas para a legislação régia a normação das questões políticas ou socialmente críticas. Alguns dos preâmbulos legislativos exprimem enfaticamente esse desígnio de pôr termo a costumes doutrinais (como o reconhecimento do direito dos filhos ao ofício dos pais [L. 22.11.1761] ou a desnecessidade do consentimento dos pais para o casamento dos filhos [L. 9.6.1755]) ou de os refundar sob a forma de normas legais (v.g., a renovação automática dos contratos enfitêuticos [7.9.1769]). Mas isto era insignificante enquanto não fosse modificado o quadro das fontes do direito, pondo fim à precedência (prática) da doutrina e da jurisprudência sobre a lei do

> soberano. É isto que se realiza com a "lei da Boa Razão" (de 18.8.1769), que acaba com a relevância do direito canônico nos tribunais civis (…), reduz fortemente o domínio de aplicação do costume, do direito romano e do direito comum (a "opinião comum dos doutores") e limita a força vinculativa dos precedentes judiciais aos "assentos" da Casa da Suplicação. No plano da reforma do ensino do direito, a reforma dos estudos jurídicos de 1772 vem confirmar esta estratégia de privilegiar o direito pátrio em detrimento da doutrina. No entanto, não é ainda agora que o primado do direito pátrio fica garantido. Ao insistir na vinculação da política do direito ao "uso moderno do direito romano" e às soluções consagradas nas ordens jurídicas das "nações polidas e civilizadas", o legislador pombalino abre a porta à influência do novo direito iluminista (e, posteriormente, liberal) dos Estados alemães e italianos e, mais tarde, da França, cujos códigos tiveram uma aplicação direta em muitos domínios (…).

As categorias estabelecidas pela Lei da Boa Razão em sua reforma do sistema de fontes do Direito foram elementos úteis para um guia de seleção e análise das dissertações apresentadas como requisito de avaliação na Faculdade de Direito de São Paulo. A reforma promovida pelo Marquês de Pombal no que se refere à reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra não tem como motivação próxima qualquer preocupação com a qualidade do ensino jurídico, mas conformar os estudantes para agirem em no modelo de Estado que era desejado. Da mesma forma, os debates na Câmara dos Deputados não apenas para a criação dos cursos jurídicos, mas também para composição do currículo e posteriores reformas, fazem parte de um embate político a respeito das funções do ensino jurídico e da construção do Estado brasileiro.

Um estudo sobre o ensino jurídico no Império não pode abordar apenas o direito legislado ou os atos administrativos ligados à regulação do ensino superior. Mudanças nos Estatutos das Faculdades de Direitos apresentam, como única alteração significativa, a composição na grade curricular dos cursos jurídicos. O caso do ensino do Direito Romano é exemplificativo, uma vez que foi excluído da lista inicial de matérias conforme a lei de 11 de agosto de 1827, mas apenas após intensos debates com sólidos argumentos de ambos os lados.

Em sessão de 8 de agosto de 1826, o deputado José Clemente Pereira manifestou-se de maneira favorável à inclusão de, pelo menos, uma cadeira que se se dedicasse ao ensino do Direito Romano com o argumento de ser a base comum de várias legislações estrangeiras, bem como da legislação brasileira. Faz a ressalva, contudo, de que não se deve proceder como na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na qual o ensino do direito romano tem mais proeminência que o direito legislado português.

> O SR. CLEMENTE PEREIRA - (…). Quanto ao direito romano, por mais que se queira provar a sua inutilidade, dizendo que só serve para enredar a inteligência das nossas leis, e que semelhante estudo cansa o entendimento do estudante sem lhe subministrar conhecimento algum interessante, nem por isso deixa de ser uma grande verdade, que não há legislação alguma conhecida, que não tirasse a sua origem no direito romano. Sirva de exemplo a legislação da Alemanha, da França, da Inglaterra e que direi da nossa? Por consequência, não podemos passar em silêncio os princípios da legislação romana.
>
> Nunca aprovarei o método da Universidade de Coimbra, onde ainda hoje se ensina mais direito romano, que direito pátrio, e onde no meu tempo havia um decidido fanatismo por esse estudo, porém não admitir entre nós uma só cadeia da Instituta! Isso nunca aprovarei eu, ou então reforme-se já a nossa legislação, e declare-se que o direito romano fica expulso do nosso foro

A Câmara dos Deputados, por meio da Comissão de Instrução Pública, teve a função de debater e decidir quais seriam as matérias ensinadas nas Faculdades de Direito, bem como aprovar os materiais que seriam usados em apoio às aulas e como referências para sabatinas e dissertações. A análise dos compêndios, na medida em que são produto de um processo político de debate e aprovação perante o Legislativo pode ser combinado com as disposições constantes nos Estatutos relativas à grade curricular, bem como o lente responsável por determinada cadeira apresenta um quadro mais completo do ambiente acadêmico da Faculdade de Direito de São Paulo durante o Império.

Os Estatutos para as Academias de Direito aprovados em regular processo legislativo previam uma série de atividades e avaliações para que os lentes catedráticos pudessem avaliar o desempenho dos estudantes. Cada um dos lentes catedráticos deveria indicar dois pontos para que os estudantes elaborassem dissertações no prazo de alguns dias. Por expressa indicação dos Estatutos, o secretário da Congregação deve anotar a ausência de apresentação de dissertações quando da análise das habilitações dos estudantes para os exames finais. As dissertações são um meio de se verificar o que era efetivamente ensinado na Academia de Direito de São Paulo. Se são escassas as obras que se dedicam efetivamente à produção acadêmica e doutrinária dos docentes, mais raras ainda são as obras que se dedicam a analisar a produção jurídica dos estudantes. É farta a literatura a respeito da produção artística e jornalística no âmbito da Academia de Direito de São Paulo entre os estudantes e como o curso superior representava uma possibilidade de ingresso nas carreiras de humanidades de maneira geral. Contudo, não se encontram trabalhos que analisem de fato a produção dos estudantes.

As dissertações são um meio de prova da eficácia das reformas produzidas pela Lei da Boa Razão na medida em que são um meio verificável do raciocínio jurídico que estava sendo desenvolvido e ensinado nas Academias de Direito. Não se tratam de trabalhos de maturidade, que tenham um auditório definido, mas trabalhos preparados para servir ao exame de conformidade do currículo das Academias de Direito, devidamente aprovado pelo Poder Legislativo. As dissertações, na medida em que refletem um programa de aula/curso, aprovado pelo Poder Legislativo indicam também qual era a mentalidade dos representantes do povo.

Os Estatutos que foram elaborados para os cursos jurídicos que jamais chegaram a funcionar, aqueles elaborados pelo Visconde Cachoeira em 1825. Ainda que a Faculdade de Direito não tenha chegado a ser instalada na Corte, como inicialmente previsto, o Visconde de Cachoeira completou o trabalho de elaboração de Estatutos para reger tal curso jurídico. Dessa forma, a lei de 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, determinava, em seu artigo 10, que os Estatutos do Visconde Cachoeira seriam aplicados em tudo aquilo que não fosse contrário à referida lei. O Visconde de Cachoeira[1] elaborou os Estatutos para os cursos jurídicos de forma diferente daqueles que serviriam posteriormente para a regulação do ensino superior no Brasil. Enquanto a legislação posterior apresenta apenas as normas prescritivas do funcionamento das Faculdades de Direito, o Visconde de Cachoeira descreve como deve ser o ensino jurídico, detalhando quais os materiais devem ser usados, os métodos utilizados, bem como as finalidades da inclusão de cada uma das cadeiras na formação dos bacharéis. Sobre a didática que deve ser usada, contrapõe-se especificamente ao estilo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

> Os mesmos mestres e doutores, para se acreditarem de sábios perante seus companheiros e discípulos, faziam longos e profundos discursos de direito romano e antiguidades, e seguindo neles a escola Cujaciana, filosofavam muito teoricamente sobre os princípios de direito, e por fugirem do rumo da de Bartolo, Alciato, e mais glosadores e casuístas, ensinavam jurisprudências mais polêmica que apropriada à prática da ciência de advogar e de julgar. Não foi só o nímio estudo de direito romano a causa principal de se não formarem verdadeiros jurisconsultos; foi também, como já dissemos, a falta de outras partes necessárias da jurisprudência, e que, fundadas na razão, preparam os ânimos dos que aprendem para conseguirem ao menos os princípios gerais de tudo, que constitui a ciência da jurisprudência em geral, e cujo conhecimento forma os homens para os diversos empregos da vida civil.

[1] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

Os Estatutos do Visconde de Cachoeira tratam já de dois pontos que recebem tratamento similar em todos os Estatutos que seguem até serem profundamente modificados pelo Decreto nº 7.247, que instituiu a chamada Reforma do Ensino Livre. O parágrafo 3º do Capítulo X trata das sabatinas que seriam realizadas semanalmente. No sábado de cada semana, três estudantes seriam sabatinados sob a supervisão do lente catedrático por um grupo de seis estudantes escolhidos por sorteio a respeito de um tema designado previamente. Isto porque a reforma do Ministro Leôncio de Carvalho aboliu todas as formas de avaliação parcial, citando as sabatinas semanais como uma marca do atraso nos cursos jurídicos.

As dissertações, por outro lado, foram mantidas em todas as reformas até mesmo naquela instituída pelo Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879 que separou os cursos jurídicos em ciências jurídicas e ciências sociais. Os Estatutos do Visconde de Cachoeira[2] prescreviam que devem ser apresentadas em língua portuguesa e seguindo o método analítico que é recomendado pelos próprios Estatutos para as lições da primeira cadeira do quinto ano. Não fica claro se a prescrição de que seja apresentada em português refere-se ao idioma do texto em si ou se trata-se de uma medida destinada a evitar o uso do direito romano e do direito canônico. Nas dissertações arquivadas, verifica-se o uso do latim especialmente na citação de fontes de direito romano, havendo também a ocorrência, em menor número, de enunciados inteiramente compostos em latim. Tratando dos estudos do quinto ano, parece que tem menor importância o texto que será adotado em apoio às aulas e mais o método que deverá ser desenvolvido pelo lente.

> Capítulo VIII, §1º: Haverá neste ano também duas cadeiras. O professor da 1ª se ocupará em explicar por análise alguns textos; e principiando por duas das leis romanas que mais célebres forem ou por sua doutrina, ou pela aplicação que podem ter no foro pátrio, passará depois a analisar alguma decisão pátria do corpo das ordenações, ou algumas leis.
>
> Capítulo VII, §2º: Nestas análises mostrará a origem jurídica da matéria; a justa combinação de princípios elementares de direito natural, que lhe são relativas; a jurisprudência análoga das nações polidas, e a aplicação que tem no foro nacional, acostumando assim os ouvintes não só a chegarem ao perfeito conhecimento das leis, pelo método analítico, como a escrevem pelo mesmo método as dissertações, e fazendo-lhes adquirir a prática para as alegações de ponderação que houverem de fazer no foro, e causas célebres.

[2] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

Ressalta-se o caráter eminentemente prático que era dado aos cursos jurídicos, fazendo expressa referência à importância de formar bacharéis aptos a atuar no foro. Em direta oposição ao método de análise da Escola Humanista, os Estatutos indicam que o professor deve, na análise de leis romanas, explicar a aplicação que tem ao foro do Brasil. Ainda, verifica-se a menção ao direito das nações polidas, conforme disposto na Lei da Boa Razão.

As dissertações são exemplos de argumentação no discurso jurídico desenvolvido pelos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo. Contudo, diferentemente de outras formas de discurso de natureza jurídica, tal como intervenções em periódicos e participação na política, as dissertações são elaboradas em um contexto dirigido. Ainda que o aluno possa expressar alguma forma de convicção pessoal e leituras independentes que tenha realizado, o fato de se tratar de avaliação formulada por um lente faz com que determinados elementos tenham de ser inseridos de modo a conquistar a aprovação na respectiva cadeira. O enunciado da questão é fornecido pelo lente catedrático responsável pela cadeira, mas, pelas variações observadas, a redução a termo da questão proposta era de responsabilidade individual de cada estudante. Este fato gera variações de estilo no modo como a questão é formulada. A identificação e análise de tais variações permite, tanto quanto outros elementos, tal como a referência bibliográfica, identificar o conteúdo ministrado e o ambiente cultural jurídico.

Desse modo, um enunciado a respeito dos requisitos presentes na legislação brasileira para a caracterização da posse não permite maiores elaborações a respeito do ambiente acadêmico em que a dissertação está sendo apresentada. Contudo, no momento em que o mesmo enunciado foi escrito por outros estudantes com o uso das expressões “direito positivo” e “nosso direito” no lugar de legislação brasileira, pode-se, a partir da concepção que está sendo apresentada do que seja o direito brasileiro, realizar uma análise do ponto de vista da teoria das fontes inserida em um determinado contexto político. Os Estatutos de 1854, em vigor até a aprovação do Decreto nº 7.247 de 1879, determinavam que os lentes catedráticos compusessem ou indicassem entre os disponíveis no mercado um compêndio para uso de apoio às lições, que deveria ser posteriormente aprovado pela Câmara dos Deputados. Em alguns casos, o enunciado incluía também uma indicação bibliográfica que servia como base para a resposta a ser desenvolvida. Na referida

dissertação de direito civil, a questão é acompanhada de uma referência à obra Instituições de Direito Civil Português de Pascoal José de Melo Freire. O enunciado constitui-se um conjunto de informações que deve ser analisado como parte do ambiente em que foi desenvolvida a dissertação.

2. Panorama da Crise do Império

O período que se inicia em 1870 e termina em 1889 com a Proclamação da República recebeu o nome de Crise do Império, sendo marcado por alguns acontecimentos a que se atribui maior ou menor importância no processo que culminou com a abolição da monarquia. Sendo um dos acontecimentos políticos de maior relevância para o Brasil no século XIX, a Proclamação da República foi objeto de estudos e de trabalhos formulados por pessoas que, muitas vezes, tomaram parte nos eventos que analisam ou descrevem. Em muitos casos, pela intenção declarada do autor na sua obra ou, em outros casos pela biografia do autor, é possível identificar a qual corrente doutrinária ou a qual movimento político encontra-se filiado. A respeito de acontecimentos históricos de grande relevância, tal como a Proclamação da República, relatos de primeira mão são importantes para compreender os processos e lançar à luz motivos e fatos, mas, como destaca Emília Viotti da Costa, os testemunhos devem ser ponderados para evitar que um determinado viés contamine toda a análise.

> Uma das tarefas mais difíceis do ofício de historiador e a crítica dos testemunhos. Ao descrever o momento que estão vivendo, os homens traçam frequentemente uma imagem superficial e deformada dos fatos. O grau de comprometimento do observador, a qualidade e a quantidade das informações de que dispõe sua maior ou menor capacidade de análise, a maneira pela qual se deixa empolgar por paixões e sentimentos refletem; se no seu depoimento. É regra elementar da pesquisa histórica submeter a documentação a uma crítica rigorosa e, no entanto, essa regra tão elementar é extremamente difícil de ser posta em prática e, principalmente, de ser bem-sucedida quando se trata de criticar o depoimento testemunhal. A dificuldade é maior quando se estudam as reformas políticas, econômicas ou sociais e os processos revolucionários. Os temas que provocam controvérsias, que envolvem posições opostas, as situações históricas que produzem vencedores e vencidos dão origem a uma documentação testemunhal contraditória. Cada grupo explica a realidade à sua maneira, de forma diversa, quando não oposta a demais, o que complica o trabalho do historiador e dificulta a crítica histórica. Um mero confronto das opiniões entre si não basta para esclarecer o que se passou.
>
> Não se trata de optar por esta versão e não por aquela, porque esta nos parece mais lógica. E preciso utilizar outros, tipos de documentos mais objetivos para poder julgar o grau de veracidade da informação testemunhal. Para que se possa entender um golpe de Estado ou uma revolução é preciso ter formações que se processam no quadro econômico, social e institucional. É preciso familiarizar-se com as ideias em voga. Não basta conhecer os homens e os episódios, nem mesmo é suficiente saber quais suas opiniões e ideias, qual a sua forma de participação. Não basta conhecer as razões que os contemporâneos invocam, uns para justificar o movimento, outros para critica-lo ou detê-lo. Ao estudar um golpe de Estado ou uma revolução é necessário que o historiador procure além dos atos aparentes as razões de ordem estrutural que o motivaram, e que frequentemente escapam à consciência dos contemporâneos. É preciso indagar quais os grupos sociais que se associam para dar o golpe ou fazer uma revolução, contra quem e contra que se

> dirige o movimento e em favor de quem e de que, e ainda quais as forças que se aglutinam na resistência. É preciso avaliar a extensão do movimento e acompanhar os sucessos posteriores, para verificar se constitui uma revolução que subverte um regime renovando os grupos dirigentes, alterando a ordem social e econômica, ou se não passa de mero golpe de Estado motivado por interesses de minorias que procuram assumir a liderança deslocando outras minorias do poder. É necessário ainda verificar se o movimento atende a aspirações de extensas camadas da sociedade ou se satisfaz apenas a ambição de alguns indivíduos. O conhecimento dos acontecimentos posteriores e das mudanças que se operam na sociedade, na administração, na política, na economia permite, em parte, responder a essas questões, mas é preciso indagar até que ponto as mudanças correspondem ao programa oficial, aos anseios do grupo revolucionário e até que ponto a revolução se distancia dos objetivos iniciais e toma novos rumos, às vezes avançados, às vezes mais retrógrados do que pretendia, negando-se a Si mesma, apegando-se a fórmulas passadas. Estas e muitas outras questões se impõem na análise de um movimento revolucionário. (COSTA, 2007:388)

O início da Crise do Império é marcado por uma profunda mudança na vida intelectual brasileira, motivada pela difusão de correntes estrangeiras de pensamento, tal como o positivismo e o evolucionismo. A homogeneidade que caracterizava a elite brasileira, conforme destaca José Murilo de Carvalho, começa a ser enfraquecida por diversos fatores. Destaca-se a diversidade de pensamento nas academias de direito, havendo um aprofundamento na orientação pragmática dos cursos jurídicos que esteve presente desde os Estatutos do Visconde de Cachoeira para o curso jurídico aprovado em 1824 para funcionar na Corte, mas que jamais chegou a ser instalado. Como exemplo de alterações e reformas no ensino superior, cita a Reforma do Ensino Livro de 1879, que dividiu os cursos jurídicos em duas vertentes, sendo as ciências jurídicas voltadas à formação dos magistrados e advogados, e as ciências sociais, voltadas para formar quadros para as outras carreiras de Estado, tal como diplomatas e políticos.

> A vida intelectual do país começou a mudar significativamente no início da década de 1870, com a introdução de outras correntes europeias de pensamento, sobretudo o positivismo e o evolucionismo. A essa altura, a sólida homogeneidade da elite política começava a ser minada por vários fatores. O ensino das escolas de direito aprofundou a tendência às maior diversificação e pragmatismo já presentes nos estatutos iniciais. A reforma de 1879 dividiu o curso em ciências jurídicas e ciências sociais, as primeiras para formar magistrados e advogados, as segundas diplomatas, administradores e políticos. (CARVALHO, 2012:86)

Como destaca o professor Boris Fausto, o maior momento de tensão no processo abolicionista foi quando o governo propôs a Lei do Ventre Livro em 1871, que vai ser objeto de uma dissertação da Faculdade de Direito de São Paulo ainda na década de 1870. Não é complexa ideia que motivou a elaboração da lei e seu mecanismo de modo geral, declarar livres desde o nascimento todos os filhos de escravas após a promulgação da lei,

ainda que surjam algumas questões controvertidas, como é possível perceber pela análise das dissertações de Direito Civil dos estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo. Da mesma forma que Emília Viotti da Costa, Boris Fausto chama atenção para o fato de que a legislação foi proposta quando o Partido Conservador estava no governo, tomando para si a causa abolicionista e esvaziando o programa do Partido Liberal. Indaga-se qual teria sido o motivo que levou o Partido Conservador a patrocinar uma legislação que estaria em desacordo com os interesses dos grandes proprietários de terra, se seriam parte importante de sua base eleitoral. A explicação, segundo Boris Fausto, é de que a causa da Abolição e toda a legislação implementada com esse propósito seriam resultado de um esforço pessoal do Imperador Pedro II e de seus conselheiros com base em encaminhamentos elaborados após a Guerra do Paraguai. Não havia qualquer movimento violento ou revoltoso por parte dos escravos de modo a impulsionar a legislação abolicionista, mas era considerada uma fraqueza do Brasil o seu front interno, na medida em que não se podia contar com a lealdade de grande parte da população, sendo considerado que os eventuais problemas de ordem econômica decorrentes da Abolição seriam de menor importância se comparados com o risco de uma revolta de escravos.

> A extinção da escravatura foi encaminhada por etapas até o final, em 1888. A maior controvérsia quanto às medidas legais não ocorreu em 1888, mas quando o governo imperial propôs a chamada Lei do Ventre Livre, em 1871. A proposta declarava livres os filhos de mulher escrava nascidos após a lei, os quais ficariam em poder dos senhores de suas mães até a idade de oito anos. A partir dessa idade, os senhores podiam optar entre receber do Estado uma indenização ou utilizar os serviços do menor até completar 21 anos. O projeto partiu de um gabinete conservador, presidido pelo Visconde do Rio Branco, arrebatando desse modo a bandeira do abolicionismo das mãos dos liberais.
>
> O que teria levado o governo a propor uma lei que, sem ter nada de revolucionária, criava problemas nas relações com sua base social de apoio? A explicação mais razoável e de que a iniciativa resultou de uma opção pessoal do imperador e de seus conselheiros. Embora não estivessem ocorrendo insurreições de escravos, considerava-se nos círculos dirigentes, logo após a Guerra do Paraguai, que o Brasil sofria de uma fraqueza básica em sua frente interna, pois não podia contar com a lealdade de uma grande parcela da população. O encaminhamento da questão servil, mesmo ferindo interesses econômicos importantes, era visto como um mal menor diante desse problema e do risco potencial de revoltas de escravos. (FAUSTO, 1995:217)

Os grandes proprietários de escravos, por outro lado, entenderiam o processo conduzido pelo governo de maneira diversa, de modo a criar o próprio fenômeno que estavam tentando combater. O meio para alcançar a pacificação social e prevenir os conflitos fundada em elementos raciais decorrentes da escravidão seria se a liberdade fosse decorrente de um ato de mera liberalidade do senhor de escravos, que seria fonte de gratidão

e obediência. Iniciativas para abolir a escravidão que fossem decorrentes de diplomas legais, por outro lado, criaria nos escravos a consciência de direitos e daria início a conflitos baseados na raça nas relações do contexto da escravidão para a ampliação da gama de direitos concedidos aos negros. As alterações nas dinâmicas econômicas internas do Brasil refletem a votação que o projeto de lei recebeu conforme a distribuição geográfica dos deputados. O Nordeste, que no primeiro momento, foi o grande centro agrícola do Brasil havia cedido sua importância para o Sudeste, tanto na questão agrícola, mas também surgindo o elemento mineral em Minas Gerais, foi predominantemente a favor da nova legislação. O Centro-Sul, por outro lado, foi de maneira preponderante contrário à nova legislação motivado pela sua matriz econômica, composta não apenas pelos gêneros agrícolas, mas também pelas atividades mineradoras que apresentavam forte dependência da mão de obra escrava, notadamente em Minhas Gerais. Nesse contexto, como destacado por Emília Viotti da Costa, uma divisão de votos dentro de cada partido não levaria a maiores conclusões, na medida em que os partidos não estavam comprometidos com alguma ideologia específica, havendo representantes de ambas as tendências sem se isso pudesse de alguma forma estar associado a um programa partidário, como destaca Boris Fausto. A ocupação, por outro lado, da mesma forma que a procedência de cada representante, fornece um recorte mais definido de posicionamentos nas votações, uma vez que o grupo dos funcionários públicos, proveniente em grande parte das regiões Norte e Nordeste, seguiu a orientação do governo de colocar-se de modo favorável à Lei do Ventre Livre.

> A classe social dominante, pelo contrário, via no projeto um grave risco de subversão da ordem. Libertar escravos por um ato de generosidade do senhor levava os beneficiados ao reconhecimento e a obediência. Abrir caminho à liberdade por força da lei gerava nos escravos a ideia de um direito, o que conduziria o país à guerra entre as raças.
>
> As posições dos deputados em torno do projeto afinal aprovado são bastante reveladoras. Enquanto os representantes do Nordeste votaram maciçamente a favor da proposta (39 votos a favor e 6 contra), os do Centro-Sul inverteram essa tendência (30 votos contra e 12 a favor). Isso refletia, em parte, o fato de que o tráfico interprovincial vinha diminuindo a dependência do Nordeste com relação a mão-de-obra escrava.
>
> Havia também outro dado importante, relativo à profissão. Um número significativo de deputados era constituído de funcionários públicos, especialmente magistrados. Esse grupo, que em sua maioria provinha do Nordeste e do Norte, seguia a orientação do governo e votou em peso com ele. Do ponto de vista partidário, não houve uma nítida divisão do voto de liberais e conservadores. Deputados dos dois partidos, indistintamente, votaram a favor ou contra o projeto.
>
> Na prática, a lei de 1871 produziu escassos efeitos. Poucos meninos foram entregues ao poder público e os donos de escravos continuaram a usar seus serviços. (FAUSTO, 1995:219)

Como demonstram as dissertações analisadas que a Abolição tinha expressivo apoio no meio universitário, notadamente na Faculdade de Direito de São Paulo. Destaca Boris Fausto (1995:219) que a Abolição era causa que permeava todas as camadas da população, incluindo, além de personalidades de destaque nas carreiras políticas, tal como Joaquim Nabuco, indivíduos de origem popular, que desenvolveram suas carreiras sem a participação nos quadros da burocracia estatal:

> Entre as pessoas negras ou mestiças, de origem pobre, os nomes mais conhecidos são os de José do Patrocínio, André Rebouças e Luís Gama. Patrocínio era filho de um padre, que também era fazendeiro dono de escravos, e de uma negra vendedora de frutas. Foi proprietário da Gazeta da Tarde, jornal abolicionista do Rio de Janeiro, ficando famoso por seus discursos emocionados. O engenheiro Rebouças representava o tipo oposto, uma figura retraída, professor de botânica, cálculo e geometria da Escola Politécnica da Corte. Ele ligava o fim da escravidão ao estabelecimento de uma "democracia rural", defendendo a distribuição das terras para os escravos libertados e a criação de um imposto territorial que forçasse a venda e subdivisão dos latifúndios. Luís Gama tem uma biografia de novela. Seu pai pertencia a uma rica família portuguesa da Bahia e sua mãe Luísa Mahin, na afirmação orgulhosa do filho, "era uma negra africana livre que sempre recusou o batismo e a doutrina cristã". Gama foi vendido ilegalmente como escravo pelo pai empobrecido, sendo enviado para o Rio e depois para Santos. Junto com outros cem escravos, descalço e faminto, subiu a Serra do Mar. Fugiu da casa de seu senhor, tornou-se soldado e, mais tarde, poeta, advogado e jornalista em São Paulo.

Enquanto o abolicionismo crescia, as províncias do Norte se desinteressavam da manutenção do sistema escravista, a ponto de o Ceará ter declarado extinta a escravidão por conta própria, em 1884. Nesse quadro, ocorreu em 1885 a aprovação da Lei dos Sexagenários, também chamada de Lei Saraiva-Cotegipe. Proposta por um gabinete liberal presidido pelo conselheiro Saraiva, a medida foi aprovada no Senado quando os conservadores, tendo à frente Barão de Cotegipe, haviam voltado ao poder. Em linhas gerais, ela concedia liberdade aos cativos maiores de sessenta anos e estabelecia normas para a libertação gradual de todos os escravos, mediante indenização. A lei foi pensada como forma de se deter o abolicionismo radical e não alcançou seu objetivo.

Também, merece destaque no panorama da Crise do Império o fortalecimento do movimento republicano, que adquiriu mais força a partir de 1870 com a publicação de um Manifesto Republicado por dissidentes do Partido Liberal, tal como Lopes Trovão. Alguns signatários do Manifesto Republicano, à semelhança dos movimentos que tiveram como objetivo a emancipação política do Brasil em relação a Portugal, acreditavam que a república deveria ser instalada por meio de uma revolução popular ou movimento de

reforma da sociedade.

> O ideal republicano, como vimos, teve livre curso nos dois movimentos pela Independência, a partir de fins do século XVIII, associando-se à ideia de revolução e de algum tipo de reforma da sociedade. Alguns membros do movimento republicano que nasceu em 1870 no Rio de Janeiro herdaram essa concepção. Homens como Lopes Trovão, signatário do manifesto republicano de 1870, e Silva Jardim - este já nos últimos anos do Império - eram defensores de uma revolução popular como caminho para se chegar à República. (FAUSTO, 1995: 227).

Os moderados, contudo, representavam a maior parte do movimento republicano, pautado pelo discurso de Quintino Bocaiuva, afastando toda forma de revolução popular ou mudança súbita na forma de organização do Estado, sendo preferível, inclusive, que a transição fosse feita a partir da morte do Imperador Dom Pedro II. Destaca Boris Fausto que a base do movimento republicano era composta por profissionais liberais e jornalistas, refletindo as novas configurações do espaço urbano no Império, bem como a expansão das instituições de ensino superior. A república seria a resposta a restrições de direitos e liberdades individuais atribuídas ao Império, sendo ainda associada a um futuro aumento da representatividade política dos cidadãos.

> Mas a grande maioria seguia a opinião de Quintino Bocaiúva, partidário de uma transição pacífica de um regime para o outro, a guardando-se, se possível, a morte de Dom Pedro II. A base social do republicanismo nas cidades era constituída principalmente de profissionais liberais e jornalistas, um grupo cuja emergência resultou do desenvolvimento urbano e da expansão do ensino. As ideias republicanas tiveram influência também entre os militares, mas o caso destes, por seus traços próprios, será tratado à parte. Os republicanos do Rio de Janeiro associavam a República à maior representação política dos cidadãos, aos direitos e garantias individuais, a federação, ao fim do regime escravista. (FAUSTO, 1995: 228)

Ao comentar a criação do Partido Republicano em 1873, Emília Viotti da Costa destaca a presença de dissidentes do Partido Liberal entre os fundadores do novo partido político. O manifesto de lançamento não acrescentaria muito em relação aos manifestos anteriores da causa republicana, sendo seus pontos principais a falta de liberdades individuais, tal como destacado por Boris Fausto, que se verificaria no Brasil em razão da forma como estava organizado o Estado, destacando-se a liberdade de consciência que seria incompatível com os privilégios de que gozava a Igreja Católica, a legislação restritiva ao livre desenvolvimento das atividades econômicas, e a sujeição de todo o sistema de ensino no Brasil à inspeção de autoridades governamentais, entre outros.

> Alguns meses mais tarde, um grupo de políticos, entre os quais alguns dissidentes do partido liberal, fundou um partido republicano. Seu manifesto pouco acrescentava aos dois anteriores. Limitava-se a denunciar que no Brasil a liberdade de consciência era anulada por uma Igreja privilegiada; a liberdade econômica era suprimida por uma legislação restritiva; a liberdade de imprensa ficava subordinada à discrição de funcionários do governo; a liberdade de associação dependia da aprovação governamental; a liberdade de educação era limitada pela inspeção arbitrária do governo; a liberdade individual era ameaçada pela prisão, pelo recrutamento, pela Guarda Nacional, e o indivíduo era privado até mesmo da garantia do habeas corpus. Após repetir demandas incluídas nos manifestos liberais, os republicanos sugeriam a criação de uma Assembleia Constituinte com poderes para mudar o sistema de governo. (COSTA 2007:165)

Da mesma forma, Boris Fausto destaca o ambiente que propiciou a criação de um partido declaradamente republicano.

> A novidade da década de 1870 foi o surgimento de um movimento republicano conservador nas províncias, tendo como maior expressão o Partido Republicano Paulista (PRP), fundado em 1873. Os quadros do PRP provinham majoritariamente da burguesia cafeeira. O ponto fundamental do programa do partido consistia na defesa da federação, ou seja, de um modelo de organização política do país em que as unidades básicas são as províncias.
>
> Embora um dos grandes inspiradores do federalismo - Tavares Bastos sustentasse a ideia de uma monarquia federativa, os republicanos de São Paulo convenceram-se de que o Império seria incompatível com a autonomia provincial. Entre outras coisas, a autonomia significaria () controle pelas províncias da política bancária e de imigração, assim como a descentralização das rendas.
>
> O republicanismo paulista se diferenciava do existente no Rio de Janeiro pela maior ênfase dada à ideia de federação, pelo menor interesse na defesa das liberdades civis e políticas, e pela forma de lidar com o problema da escravidão. Não por acaso, tendo em vista sua composição social, o PRP evitou tomar uma posição clara acerca da escravatura, ou mesmo discutir o problema, até as vésperas da Abolição. (FAUSTO, 1995: 229)

Emília Viotti da Costa (2007:307) destaca as contradições entre os ideais liberais e a organização da sociedade brasileira.

> Os valores associados ao liberalismo: valorização do trabalho, poupança, apego as formas representativas de governo, supremacia da lei e respeito pelas Cortes de justiça, valorização do indivíduo e da sua autonomia, a crença na universalidade dos direitos do homem e do cidadão, todos esses dogmas típicos do credo liberal tinham dificuldade em se afirmar numa sociedade escravista que desprezava o trabalho manual, cultivava o ócio e a ostentação, favorecia os laços de família, afirmava & dependência, promovia o indivíduo em razão de seus laços de parentesco e amizade em vez de seus méritos e talentos como rezava a Constituição, instituía o arbítrio, fazia da exceção a regra.
>
> Constituição, instituía o arbítrio, fazia da exceção à regra e negava os direitos do homem e do cidadão a maioria da população. As elites brasileiras não podiam ignorar que o liberalismo nada tinha a ver com a realidade vivida por milhões de brasileiros. Mas atribuíam essa deficiência ao atraso. Imaginavam que nos países "civilizados" as práticas liberais seguiam de perto a teoria. Enquanto na França e

> na Inglaterra os liberais que se sentiram ameaçados pelas reivindicações populares começavam a criticar o liberalismo, e alguns até mesmo chegaram a pôr em dúvida a sua eficácia, no Brasil.
>
> As elites brasileiras não podiam ignorar que o tinha a ver com a realidade vivida por milhões de brasileiros. Mas atribuíam essa deficiência ao atraso. Imaginavam que países "civilizados" as práticas liberais seguiam de perto. Enquanto na França e na Inglaterra os liberais que se sentiram ameaçados pelas reivindicações populares começavam a criticar o liberalismo, e alguns até mesmo chegaram a pôr em dúvida a sua eficácia, no Brasil, o liberalismo continuava a funcionar como utopia, uma promessa a ser cumprida. Apontava-se para a distância entre o país real e a teoria liberal, criticava-se a sua prática, mas não suas premissas.

Destaca-se que a causa republicana obteve penetração desigual no território brasileiro, da mesma forma que a escravidão, diversos fatores, tal como desenvolvimento econômico, influenciaram a difusão das novas ideologias.

> Apesar de muito ativo na propaganda e na edição de jornais, o movimento republicano do Rio de Janeiro não conseguiu organizar-se em partido político. Os partidos republicanos com significação até o fim do Império foram os de São Paulo e Minas Gerais, especialmente o primeiro. Em 1884, aliado aos conservadores na oposição, o PRP elegeu para a Câmara dos Deputados Prudente de Morais e Campos Sales, que seriam mais tarde os dois primeiros presidentes civis da República. Segundo estimativas de 1889, um quarto do eleitorado paulista (3 593 pessoas) era republicano, ficando, porém, atrás dos liberais (6 637) e dos conservadores (3 957). (FAUSTO, 1995: 230).

A chamada Questão Religiosa pode ser resumida como uma disputa entre o poder espiritual e o poder temporal a respeito da aplicação de uma condenação emitida pelo papa contra todos os católicos que fossem parte da Maçonaria. Pela Constituição do Império, todos os atos da Igreja deveriam receber o beneplácito imperial para que pudessem ser aplicados no Brasil. Mesmo sem receber o beneplácito a legislação papal foi aplicada por dois bispos, que acabaram sendo processados pelo poder civil. O resumo da questão não permite, desde logo, compreender todos os elementos envolvidos ou porque se trata de um evento importante na Crise do Império e como serviu para enfraquecer a monarquia. O que se pode perceber, porém, é que o julgamento não foi dos bispos rebeldes, mas das próprias relações entre a Igreja e o Estado, que estavam unidas por força do próprio texto constitucional.

> Na década de 1870, as relações entre o Estado e a Igreja se tornaram tensas. A união entre "o trono e o altar", prevista na Constituição de 1824, representava em si mesma fonte potencial de conflito. Se a religião católica era oficial, a própria Constituição reservava ao Estado o direito de conceder ou negar validade a decretos eclesiásticos, desde que não se opusessem à Constituição.
>
> O conflito teve origem nas novas diretrizes do Vaticano, a partir de 1848, no

> pontificado de Pio IX. O pontífice condenou “as liberdades modernas" e tratou de afirmar o predomínio espiritual da Igreja no mundo. Em 1870, o poder do papa foi reforçado quando um Concílio Vaticano proclamou o dogma de sua infalibilidade.
>
> No Brasil, a política do Vaticano incentivou uma atitude mais rígida dos padres em matéria de disciplina religiosa e uma reivindicação de autonomia perante o Estado. O conflito nasceu quando o bispo de Olinda, Dom Vital, em obediência indeterminação do papa, decidiu proibir o ingresso de maçons nas irmandades religiosas. Apesar de numericamente pequena, a maçonaria tinha influência nos círculos dirigentes. O Visconde do Rio Branco, por exemplo, que presidia então o Conselho de Ministros, era maçom.
>
> Tratado como “funcionário rebelde”, Dom Vital foi preso e condenado, ocorrendo depois a prisão e condenação de outro bispo. A tempestade só amainou depois de um arranjo (1874-1875) que resultou na substituição do gabinete Rio Branco, na anistia dos bispos e na suspensão pelo papa das proibições aplicadas aos maçons. (FAUSTO, 1995: 232)

Um exame mais profundo da Questão Religiosa permite identificar uma disputa política entre as autoridades brasileiras e o papa derivada do próprio texto constitucional. A questão de repelir a condenação decretada pela legislação papal encontrava sua razão de ser no texto da Constituição Imperial. Da mesma forma que a Igreja interfere na vida civil, os políticos tomam parte em disputas internas da Igreja de modo a repelir a legislação papal que condena, sob pena de excomunhão, a participação nas atividades da Maçonaria. Trata-se de um momento em que certas correntes sustentam um fortalecimento do poder papal à luz dos debates a respeito da formulação do dogma da infalibilidade papal em questões de moral e doutrina. Ainda, sustentava-se que a maçonaria brasileira seria diferente da europeia, que foi aquela que inspirou a publicação da condenação papal, mas, de qualquer forma, os ideais liberais da maçonaria, especialmente a liberdade de consciência, colocavam-na de maneira contrária ao mesmo catolicismo ortodoxo que pretendiam compatibilizar com as atividades da Maçonaria brasileira. Em um regime de separação entre Igreja e Estado, a exclusão de uma irmandade religiosa e a própria pena de excomunhão seriam assuntos a serem resolvidos dentro da estrutura da Igreja, sem que houvesse qualquer interesse ou reflexo na esfera política. No cenário apresentado por Spencer de Barros, ser católico e poder comparecer a todos os atos e receber os sacramentos da Igreja Católica é condição essencial para o exercício de diversos direitos fundamentais, tais como graduar-se em cursos superiores e neles lecionar, bem como o exercício de qualquer outro cargo público ou para assumir parte da representação nacional. Coloca ainda que o sistema de registros públicos de nascimentos, casamentos e óbitos, bem como os cemitérios, seriam todos controlados por ordens religiosas, adquirindo a pena religiosa um efeito que transcende apenas a comunidade dos fiéis para ter graves e inegáveis efeitos na vida política e exercício

da cidadania. Interessante observar que um dos exemplos indicados para ilustrar a influência da Igreja na vida civil é o sistema de registros públicos que é também o objeto de uma das dissertações de Direito Civil analisadas. Os estudantes são chamados a analisar os efeitos da entrada em vigor do Decreto que regula o sistema civil de registros públicos e qual o valor probante que pode ser atribuído às certidões extraídas dos livros eclesiásticos, bem como as relações entre o direito canônico e o direito pátrio brasileiro.

> Acentue-se, aliás, que, durante todo o transcorrer da questão religiosa, as autoridades maçônicas insistiram sempre que sua incompatibilidade era apenas com o jesuitismo, com o ultramontanismo, em uma palavra, com o "neocatolicismo", nunca com o que entendiam ser a catolicidade legítima. Acontece, contudo, que o chamado "neocatolicismo", em oposição ao "velho catolicismo", de Doellinger e de tantos outros, era o catolicismo de sempre e, como tal, o representante da "catolicidade legítima", pois que tinha a seu favor a tradição. Assim, a afirmação de que a Maçonaria brasileira era diferente da europeia em nada mudava a questão: não eram os maçons liberais, não lutavam pela liberdade de consciência? Bastava isso para que se mostrasse, em toda a sua luz, sua incompatibilidade com o catolicismo ortodoxo. Em outros termos, se ser católico não fosse condição para o exercício de inúmeros direitos fundamentais, na esfera civil, a exclusão de uma Irmandade religiosa ou a própria excomunhão seria um assunto interno da Igreja, sem qualquer efeito civil. Num regime, contudo, em que a vida do indivíduo era tutelada pela Igreja do berço ao túmulo, em que não vigoravam o registro civil, o casamento civil, os cemitérios secularizados, em que ser católico era condição para bacharelar-se pelas escolas superiores e nelas lecionar, para exercer cargos públicos ou fazer parte da representação nacional, é claro que tal assunto, necessariamente, teria de ultrapassar a vida interna da Igreja e repercutir em cheio no domínio temporal. (BARROS, 2004:394).

Um exame dos argumentos que estavam em disputa na Questão Religiosa, bem como suas implicações nas relações entre a Igreja Católica e o Brasil, permite entender, como destaca Spencer Barros (2004:398), o empenho de todos os envolvidos em chegar a um resultado que lhes fosse favorável. Destaca o rigor com quem agiu o poder civil frente a uma questão que parece de menor importância, tal como a exclusão de uma irmandade religiosa e aplicação de uma pena espiritual, bem como, do lado dos bispos, a recusa em aceitar que fossem julgados pelo poder temporal e a determinação em aplicar a legislação canônica.

> Sem que tenhamos presentes, os argumentos contraditórios que examinamos, sem perceber o que resultaria, para o Estado e para a Igreja, do triunfo prático de uma ou outra das teses em conflito, todo o seguimento da questão religiosa que iremos examinar nas suas etapas marcantes seria incompreensível, não justificando os debates apaixonados que se travaram, o rigor desproporcionado do poder civil, a opiniática intransigência primeiro de D. Vital e depois de D. Macedo Costa. Em uma palavra, não é conflito mesmo, mas o que há por trás dele, fundamentando-o, que transforma uma "questão de opa" em problema político de largo alcance.

Ainda que, pelas características da organização do Império e recrutamento de políticos, a maior parte dos membros do Conselho de Ministros fosse egressa das faculdades de direito do Império e o governo tenha tomado medidas contra os bispos rebeldes, as discussões também se deram perante um órgão de natureza jurídica mais predominante. Chamado a se pronunciar sobre a questão, o Conselho de Estado confirmou a necessidade do beneplácito real para a implementação de atos emitidos pelo papa e condenou as ações levadas a cabo pelo Bispo de Olinda. Não poderia o Conselho de Estado ter chegado a outra conclusão, sendo composto, em sua ampla maioria, por "velhos católicos", reticentes quanto aos rumos que a Igreja estava tomando no sentido de fortalecimento do poder papal, especialmente após o Concílio Vaticano, sendo tal ponto de vista estreitamente relacionado à sua formação jurídica. Com a tomada de posição do segundo bispo, o governo não poderia mais se retratar de sua decisão sob pena de ver se espalhar o questionamento à autoridade civil, sendo necessário que a questão fosse resolvida além da simples prisão dos bispos que, desde o cárcere, continuariam a exercer suas prerrogativas sobre o clero e os fiéis em sua jurisdição.

> A conclusão a que chegou o Conselho de Estado era previsível: composto, na sua esmagadora maioria, por "velhos católicos", da formação regalista, ciosos das prerrogativas do poder civil e em geral desconfiados quanto aos rumos tomados pela Igreja, principalmente após o Concílio do Vaticano, não seria crível que o Conselho deixasse de reagir às ações do Bispo de Olinda. Com a mesma lógica implacável de que se serviam os Conselheiros de Estado para demonstrar a necessidade do beneplácito, D. Vital demonstra agora o seu absurdo, fazendo ver que a tese sustentada pelo Governo, que se diz católico, "constitui a essência da sociedade protestante, que admite como princípio que toda a autoridade, seja religiosa, seja civil, deriva da Coroa". A partir dessa resposta, a sorte dos dois bispos estava unida. Para o Governo imperial já não se tratava mais de um único foco de rebelião, mas da ameaça de um conflito que se generalizava. Essa generalização do conflito, já a previa, aliás, antes disso, o Governo, que compreendia não bastar a punição dos bispos para resolver a questão, já que estes, ainda presos, continuariam a exercer sua autoridade sobre o clero sob sua jurisdição. (BARROS, 2004:401)

A Questão Religiosa, como destacou Spencer Barros, significou muito mais que a simples condenação da participação na Maçonaria. O ponto de disputa era a oposição do governo brasileiro de forma institucional às teses fundamentais do pontificado do Papa Pio IX. A condenação do Bispo foi motivada por interditos lançados contra sociedades religiosas com a participação ostensiva de maçons, mas a condenação foi mirando as relações entre o Estado brasileiro e a Igreja Católica, decidindo-se pela prevalência do poder civil. Destaca Spencer Barros que, fosse o julgamento do Bispo baseado apenas em normas jurídicas, seria possível defender a condenação e a inocência

com amplo amparo legal, muitas vezes, partido do mesmo diploma para chegar a resultados opostos, manejados em contexto de união entre a Igreja e o Estado que estava estabelecido no próprio texto constitucional. Tanto foi desta forma que a pena do Bispo foi transmutada em prisão simples, uma vez que o Imperador já obtivera a vitória que desejava sobre o poder espiritual com a condenação do Bispo, não sendo de qualquer utilidade ou especial propósito que fosse também submetido a trabalhos forçados.

> É claro que a condenação do Bispo transcendia de muito em significado à simples "questão de opa" que lhe dera origem: ela significava a oposição radical do Estado brasileiro às teses fundamentais do pontificado de Pio IX e à maré montante do ultramontanismo. O que o Tribunal julgara fora, na verdade, não o Bispo que lançara interditos sobre irmandades maçonizadas, mas a questão das relações entre o catolicismo e o Império, optando pelo regalismo. Se o seu julgamento fosse exclusivamente jurídico, em difícil situação ficaria, diante do emaranhado de disposições contraditórias inerentes ao sistema de união entre a Igreja e o Estado, que começava na própria Constituição, contradições essas que permitiam a culpabilidade e a inocência do Prelado fossem solidamente sustentadas ao mesmo tempo, com apoio, às vezes, até das mesmas leis. O julgamento fora, portanto, como o queria o Governo e como receava Zacarias, de índole política - e não poderia deixar de sê-lo, pelas questões que envolvia e que a condenação do Bispo não tinha o condão, ao contrário que do que imaginava o pensamento oficial, de resolver inteiramente. O protesto, mais amargo do que enérgico, procurava fazer ver o Imperador que ele no fundo trabalhava, sem percebê-lo, contra os seus próprios interesses e sugeria uma transformação do procedimento imperial em relação à Igreja, que seria compensado, naturalmente, pela solidificação dos alicerces do trono. D. Pedro não estava disposto, entretanto, a transigir. A própria comutação da pena imposta ao bispo para prisão simples, a 12 de março de 1874, não pode ser levada à conta de uma transigência. De fato, o que importava ao Imperador era a afirmação de princípio que obtivera com a condenação do prelado e não a imposição de trabalhos forçados a este. (BARROS, 2004:420)

Sobre o desfecho da Questão Religiosa, explica Spencer de Barros (2004:423):

> Em uma palavra, como o Estado e como a Igreja conservavam as posições doutrinárias sustentadas antes e durante a questão religiosa, a solução real do conflito não era possível sem a separação entre os dois poderes. Toda a questão religiosa, no seu momento dramático, provava somente uma tese: a de que o regime da religião privilegiada não correspondia à realidade do país, urgindo promover-se a instituição da plena liberdade religiosa, introduzindo a neutralidade confessional no seio do Estado. Nem o Estado, nem a Igreja, entretanto, desejavam que tal acontecesse; ambos pugnavam pela religião oficial, discordando apenas na questão básica referente à prioridade do poder temporal ou do poder espiritual. Para a Monarquia a afirmação da religião oficial estava ligada a seu próprio destino; afinal, era o catolicismo que afirmava o direito divino da realeza e que o sustentava. Para o catolicismo lá estava, entre tantos documentos, a formal condenação do Syllabus à separação entre a Igreja e o Estado (proposições 55, 77, 78 e 79). Tudo estava a mostrar que os republicanos haviam chegado ao âmago da questão: em última instância, a emperrar as instituições e a funcionar como fonte de conflitos insuperáveis, encontrava-se sempre o "sofisma do Império".

A Questão Militar é também episódio de destaque no panorama da Crise do Império, desenrolando-se em toda a década de 1880, culminando com a ativa participação de setores das Forças Armadas no processo de Proclamação da República.

> A participação de oficiais do Exército no governo foi significativa até a abdicação de Dom Pedro 1. A partir daí a importância dos militares decresceu cada vez mais. A presença da tropa nas agitações populares, após a Independência, contribuiu para que a instituição fosse olhada com desconfiança. Os liberais do período regencial, com Feijó à frente, reduziram os efetivos militares e criaram a Guarda Nacional. Argumentava-se que um grande exército permanente levaria ao surgimento de pequenos Bonapartes, como já acontecia na Argentina e no México.
>
> A Marinha, pelo contrário, recebeu muitas atenções, sendo vista como uma corporação nobre, até porque havia incorporado oficiais ingleses, nos primeiros anos após a Independência. Apesar dessa desigualdade de tratamento, o quadro de oficiais do Exército teve características de elite até 1850. Essa composição social mudou bastante nas décadas seguintes. A baixa remuneração, as pobres condições de vida e a lentidão das promoções tendiam a desencorajar os filhos das grandes famílias a dedicar-se à carreira militar. Ao mesmo tempo, cresceu o número de oficiais provenientes de famílias dos próprios militares ou de burocratas.
>
> Do ponto de vista regional, a maioria dos novos oficiais provinha de municípios do interior do Nordeste e do Rio Grande do Sul. Em geral, os do Nordeste eram originários de famílias tradicionais em declínio, que não podiam pagar estudo de seus filhos. (FAUSTO, 1995:320)

No que se refere especialmente às Faculdades de Direito, Boris Fausto (1995:322) destaca que a mudança de composição que se verificou nas Forças Armadas foi mais um elemento a distanciá-las dos bacharéis em Direito que ocupavam altos cargos na política do Império.

> A mudança de composição social do Exército contribuiu para afastar os oficiais da elite política do Império, especialmente dos bacharéis formados pelas faculdades de direito. Os "legistas", como eram chamados os bacharéis, sintetizavam na visão militar a cultura inútil, a corrupção eleitoral e impediam com sua teia de leis e regulamentos o desenvolvimento do país.
>
> Na década de 1850, em um período de prosperidade, o governo tomou algumas medidas para reformar o Exército. Uma lei de setembro daquele ano transformou a estrutura do corpo de oficiais, atribuindo aos portadores de diploma na Academia Militar privilégios em relação aos que não o possuíssem. A Academia Militar, existente na Corte desde 1810, abrangia um currículo de engenharia civil combinado com outro de ensino militar estrito. Em 1858, o ministro da Guerra incentivou a especialização, separando o curso de engenharia do curso militar, transferido para a Praia Vermelha, onde permaneceu até 1904.
>
> Antes da Guerra do Paraguai já haviam surgido entre os oficiais críticas contra o governo do Império. Essas críticas se referiam tanto a questões específicas da corporação, como o critério de promoções e o direito de casar-se sem pedir consentimento ao ministro da Guerra, quanto a outras mais gerais, referentes à situação do país. Os jovens militares defendiam o fim da escravatura e uma maior atenção à educação, à indústria e à construção de estradas de ferro.

O programa de reformas apresentado pelo Partido Conservador foi uma resposta aos anseios de vários setores da sociedade, especialmente a classe média com expressiva presença de burocratas. O objetivo foi deter a crescente insatisfação do setor profissional e dos funcionários públicos que estava cansado das incertezas do sistema de patronagem política que havia se desenvolvido, e dos empresários e comerciantes que tinham de lidar com um volume de regulação governamental cada vez maior. Não apenas o setor profissional e a burocracia sentiam-se prejudicados pelo sistema de patronagem, mas também os novos políticos, para os quais o programa de reforma significava uma possibilidade maior de chegada aos cargos de poder. As reformas foram também idealizadas para contemplar as demandas do setor militar que, conforme mencionado, estava refletindo as alterações decorrentes da Guerra do Paraguai, estando mais coesos na defesa de seus interesses e cada vez mais hostis às ingerências do poder civil nos assuntos militares.

> O programa de reformas respondia ao sentimento crescente de insatisfação entre vários setores da sociedade. Ele dirigia-se às classes médias, principalmente ao setor profissional e burocrata, cansado das incertezas da patronagem política, e aos empresários e negociantes oprimidos pelos regulamentos do governo. Falava também aos militares que durante a Guerra do Paraguai (1864-1870) tinham ficado mais coesos e mais conscientes das deficiências do Exército brasileiro e mais hostis à interferência dos civis. Falava ainda a nova geração de políticos que via no programa de reformas um veículo para a sua ascensão ao poder. Intelectuais encontraram na campanha reformista novas fontes de inspiração e um público cativo. O programa reformista também atraía a algumas elites regionais, particularmente em São Paulo, Pará, Pernambuco e Rio Grande do Sul. O desenvolvimento econômico desigual, a crescente competição por subsídios governamentais, os conflitos de interesse em relação a políticas imigratórias, a abolição da escravatura e tarifas e empréstimos tinham tornado alguns setores das elites conscientes das desvantagens da centralização. (COSTA 2007:165)

A insatisfação de que fala Emília Viotti da Costa assumiu proporções de tal importância que mesmo o Partido Conservador viu-se impelido a apoiar e colaborar com a aprovação e implementação de um programa de reformas. Depois que o próprio imperador manifestou-se de maneira favorável ao programa de reformas o Gabinete conservador liderado pelo Visconde do Rio Branco assumiu a responsabilidade pela aprovação e implementação. Chama a atenção que um Gabinete conservador tenha assumido a tarefa de implementar reformas propostas pelo Partido Liberal, mas isto encontra-se inserido no plano de esvaziar a força da oposição ao tomar para si as suas pautas. Conduzindo o processo de reformas, o Partido Conservador, tomando como base as reinvindicações do Partido Liberal, pode guiar a implementação de modo a compatibilizar com os interesses de

sua base. Da mesma forma que fez parte da dinâmica política apropriar-se das propostas da oposição, chama a atenção que o Partido Liberal, chegando ao poder em 1878 depois de um intervalo de dez anos, muito pouco tenha feito pelas propostas que defendeu quando estava na oposição.

> Tão universalmente reconhecida era a necessidade de reformar o Estado que até mesmo os conservadores se sentiram obrigados a apoiar algumas reformas, principalmente depois que o imperador se manifestou publicamente em favor delas. O ministério conservador do Visconde do Rio Branco (1871-1875) assumiu a responsabilidade de promovê-las.
>
> Considerando o seu desempenho histórico, não é de espantar que um gabinete conservador realizasse reformas propostas por liberais, se bem que moderasse o seu escopo de forma a tornadas aceitáveis à suas bases. Mais surpreendente é o partido liberal ter tomado o poder em 1878, depois de dez anos de ostracismo político, e não ter empreendido as reformas que havia proposto quando estava na oposição. (COSTA 2007:166).

Às vésperas da Proclamação da República, o presidente do Conselho de Ministros, o Visconde de Outro Preto, do Partido Liberal, apresenta o programa de reformas que pretende implementar, repetindo pautas tradicionais do Partido Liberal. Por mais de vinte anos o Partido Liberal defendeu reformas que incluíam, entre outros, fim da vitaliciedade do Senado, eleições de autoridades municipais, sufrágio universal e liberdade, mas que nunca chegaram a ser implementadas porque os políticos, independente do partido político a que pertenciam, hesitaram em colocar em prática medidas que poderiam reduzir seu próprio poder.

> Em 1889, quando o líder do ministério liberal, o visconde de Ouro Preto, apresentou seu programa ao Parlamento, as reformas que ele propôs soaram muito familiares aos ouvidos dos que o escutaram. O ministro propôs a abolição da vitaliciedade do Senado, a redução do Conselho de Estado a um órgão exclusivamente administrativo, a eleição das autoridades municipais, a escolha dos presidentes e vice-presidentes de província entre os mais votados nas eleições, sufrágio universal, liberdade de culto, reforma do sistema de educação a fim de estimular a iniciativa privada - todas essas sugestões que haviam figurado no programa do partido liberal por mais de vinte anos nunca tinham sido postas em prática porque os políticos pertencentes ao partido liberal tinham hesitado, tanto quanto seus opositores do partido conservador, em promover reformas que poderiam vir a enfraquecer seu poder. Para muitos, a proposta de reforma não passava de puro artifício retórico. (COSTA 2007:166)

A contradição entre o discurso e prática é destaca por Emília Viotti da Costa ao tratar das reformas que foram propostas pelo Gabinete liderado pelo Visconde de Outro Preto, último primeiro ministro do Império. Ainda que o programa estivesse de acordo com as pautas do Partido Liberal, houve uma relutância generalizada das elites em

colaborar com a aprovação e implementação da proposta apresentada. Destaca-se que, de todas as reformas propostas, apenas a Abolição chegou a ser implementada durante o Império, sendo que uma aliança dos liberais com os militares criou as condições necessárias à implementação do programa depois que os republicanos acabaram com a monarquia.

> A relutância das elites que estavam no poder em promover as reformas propostas pelo visconde de Ouro Preto resultou no golpe militar de 1889 que derrubou a Monarquia. Os liberais revelaram-se incapazes de realizar o programa de reformas que haviam proposto. Ironicamente, com exceção da Abolição, que foi aprovada em 1888, as reformas só foram implementadas depois que os republicanos se aliaram aos militares e derrubaram o regime monárquico. (COSTA 2007:167)

A relutância das elites em aderir e colaborar com o programa das reformas, como explica Emília Viotti da Costa, extrapola o âmbito da discussão política, sendo também um reflexo da forma como a sociedade estava organizada, expondo de maneira mais acentuada a contradição que havia entre a ideologia liberal e a prática política no Brasil. O programa de governo do Partido Liberal apresentava como um de seus pontos mais importantes, as reformas no sistema político de modo a reduzir a importância da patronagem, que era, contudo, um sistema de operação no qual estavam envolvidos todos os políticos, sem qualquer distinção de partido ou ideologia.

> A incapacidade dos liberais brasileiros de realizar os ideais do liberalismo transcende a política. Ela atinge o âmago da cultura e da sociedade. Ideologicamente, os liberais estavam comprometidos com um programa que, se implementado plenamente, reduziria o papel da patronagem. Mas os políticos eram criaturas da patronagem e seus manipuladores. A sociedade brasileira estava permeada de alto a baixo pela prática e pela ética da patronagem. Durante todo o Império, os liberais, como os demais membros das elites brasileiras, tinham sido basicamente conservadores e antidemocráticos. Seu alvo fora sempre conciliar a ordem com o progresso, o status quo com a modernização.
>
> Com exceção da Abolição, a maioria das reformas propostas pelos liberais tinha sido exclusivamente política e não alterava as estruturas econômicas e sociais mais profundas, nem incrementava a participação popular na vida política da nação. A reforma eleitoral de 1881, considerada por muitos uma conquista democrática, não acarretou a expansão do eleitorado. De fato, o número total de eleitores diminuiu. O único efeito que a reforma eleitoral teve foi dar mais peso ao voto urbano, pois, de acordo com a lei, os eleitores tinham de ser alfabetizados – condição mais fácil de ser satisfeita nas cidades. Nenhuma reforma que os liberais realizaram eliminou o conflito profundo entre a retórica liberal e o sistema de patronagem que marcava suas vidas e suas carreiras. (COSTA 2007:167)

3. Cultura Jurídica no Brasil

Pode-se dizer que a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808 significou um súbito desenvolvimento da colônia na medida em que foram criadas novas instituições para permitir o comando do Império desde as terras brasileiras. Os cursos superiores, em especial, que sempre foram uma realidade na América espanhola desde os primeiros anos da colonização, somente vieram a ser implementados no Brasil com a vinda da família real. É de se observar, contudo, que, nem mesmo durante os períodos de governo na Colônia, foi permitida a criação de cursos jurídicos no Brasil. Se os cursos jurídicos poderiam prover funcionários para o Estado Português, poderiam também, se formados em solo brasileiro, desenvolver estrutura institucional que levasse a uma maior autonomia da colônia, enfraquecendo os laços de dominação colonial.

> Elemento poderoso de unificação da elite imperial foi a educação superior. E isto por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a Independência, na Universidade de Coimbra e, após a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se considerarmos apenas a formação jurídica. A concentração temática e geográfica promovia contatos pessoais entre estudantes das várias capitanias e províncias e incutia neles uma ideologia homogênea dentro do estrito controle a que as escolas superiores eram submetidas pelos governos tanto de Portugal quanto do Brasil.
>
> A importância política da concentração é iniludível. Boa parte do impulso autonomista, ou mesmo separatista, de províncias e regiões pôde ser prevenida pela formação comum e pelos laços de amizade criados durante o período escolar. Homens como o visconde do Uruguai e o marquês do Paraná, por exemplo, dois sustentáculos da reação conservadora, o primeiro nascido em Paris, o segundo em Minas Gerais, tornaram-se amigos em Coimbra, o mesmo acontecendo com vários outros. Os políticos que receberam sua formação no Brasil antes da Independência, sobretudo os padres, tendiam a se preocupar muito menos com a unidade do país e com o fortalecimento do poder central. (CARVALHO, 2012-65)

Os princípios liberais, no Brasil colonial, manifestaram-se de forma diferente daquela que motivou sua criação, estando direcionados às conveniências da luta por emancipação política das colônias. Enquanto, alimentado por raízes anticlericais, foi, na Europa, a ideologia da luta contra os reais fundamentos da submissão do trabalho ao capital, no Brasil, distante desse universo social e intelectual, tinha um sentido predominantemente antimetropolitano, como explica Emília Viotti da Costa (2007). Nem poderia ter os mesmos objetivos, uma vez que a colônia sequer possuía as prerrogativas da metrópole para

reivindicar mais liberdades. De fato, apesar de ideia geral ser livrar-se do controle de Portugal, as reivindicações do movimento emancipatórios revestiram-se de significado próprio, havendo diferenças resultantes do fato que algumas eram demandas das elites proprietárias rurais e outras vinham de grupos urbanos que passaram por um processo de empobrecimento.

> No Brasil, os principais adeptos do liberalismo foram homens cujos interesses se relacionavam com a economia de exportação e importação. Muitos eram proprietários de grandes extensões de terra e elevado número de escravos e manter as estruturas tradicionais de produção a o mesclavam por que se libertavam do jugo de Portugal e das restrições que impunha ao livre-comércio. As estruturas sociais e econômicas que as elites brasileiras desejavam conservar significavam a sobrevivência de um sistema de clientela e patronagem e de valores que representavam a verdadeira essência do que os liberais europeus pretendiam destruir. Encontrar uma maneira de lidar com essa contradição (entre liberalismo, de um lado, e escravidão e patronagem, do outro) foi o maior desafio que os liberais brasileiros tiveram de enfrentar. No decorrer do século XIX, o discurso e a prática liberais revelaram constantemente essa tensão.
>
> A condição colonial da economia brasileira, sua posição periférica no mercado internacional, o sistema de clientela e patronagem, a utilização da mão de obra escrava e o atraso da revolução industrial - que no Brasil só ocorreu no século XX todas essas circunstâncias combinadas conferiram ao liberalismo brasileiro sua especificidade, definiram seu objeto e suas contradições e estabeleceram os limites de sua crítica. Em outras palavras, a teoria e a prática liberais no Brasil, do século XIX, podem explicar-se a partir das peculiaridades da burguesia local e da ausência das duas classes que na Europa constituíram o seu ponto de referência obrigatório: a aristocracia e o proletariado.
>
> Contrariamente ao que se tem sugerido às vezes, o compromisso das elites brasileiras com as ideias liberais não foi um simples gesto de imitação cultural, expressão de uma colonial e periférica subordinada às ideias e aos mercados europeus. O liberalismo não foi um simples capricho das elites brasileiras, e os slogans liberais não foram usados meramente como símbolos do status "civilizado" dos que os invocavam, se bem que para alguns tenham sido apenas isso. Para a maioria, no entanto, as ideias liberais eram armas ideológicas com que pretendiam alcançar metas políticas e econômicas específicas. (COSTA, 2007:136).

O modelo político-jurídico colonial não foi alvo apenas de críticas e insatisfações porte das camadas populares. As elites dominantes tinham receio de, operando-se uma mudança no sistema político, perderem a posição de destaque político que ocupavam na sociedade. Havendo, claro, presença das camadas populares que pleiteavam, por meios mais restritos, a ampliação do espaço possível e real de participação nas decisões que levaram ao surgimento de uma ordem social competitiva na sociedade brasileira.

> Esses conflitos e contradições sugerem que, durante quase sete décadas, o modelo jurídico-político brasileiro foi infindavelmente contestado pelas próprias elites dominantes, inseguras quanto ao futuro de sua posição política, e também pelas

> camadas populares, que, através de seus movimentos contestatórios, buscaram ampliar ‘a seu modo’ o espaço possível e real de participação nas decisões que envolveram a emergência e o curso da ordem social competitiva na sociedade brasileira. (ADORNO, 1988:36)

No contexto político e social que antecedeu a independência do Brasil, a introdução de ideias liberais foi meio de tradução dos sentimentos contra a atuação de Portugal como metrópole em vontade política capaz de realizar as ações concretas que redundaram na emancipação política. No processo, a maior parcela do povo brasileira, composta por livres e desprovidos da propriedade da terra, acabou arcando com o ônus da miséria e pauperização. Apesar de alguns lugares comuns, por vezes difundidos por uma historiografia menos apurada, a liquidação do domínio colônia da Coroa portuguesa não apenas beneficiou os grandes proprietários rurais e nem sequer foi obra exclusiva dos colonos. Esse tipo de lugar comum pode deve-se, em parte, ao fato de que, ainda que o processo não tenha beneficiado apenas as camadas mais abastadas da sociedade, foi liderado por um príncipe da Casa Imperial Portuguesa. Também, o fato de que, cercado por novas repúblicas originadas da independência de antigas colônias da Espanha, o Brasil permaneceu sob o regime monárquico. Assim, pode-se atribuir uma parcela desse fenômeno ao movimento de propaganda republicana para diminuir os méritos do Império, de modo que esse tipo de lugar comum da historiografia menos refinada pode ter sua gênese também explicada por esforços para diminuir os méritos do período imperial. O ódio contra o inimigo desconheceu diferenças de classe, mesmo porque a precisa identificação do que e de quem combater transvestiu as lutas intestinas em lutas pela emancipação política e pela instauração da sociedade nacional, como destaca Emília Viotti da Costa (2007:136):

> Inicialmente, as ideias liberais foram uma arma na luta das elites coloniais contra Portugal. Nessa primeira etapa, os liberais eram revolucionários em termos de política e conservadores em relação às questões sociais. A luta que na Europa era contra o absolutismo real era, no Brasil, luta contra o sistema colonial. Liberdade, igualdade, soberania do povo, autonomia, livre comércio, todas essas palavras grandiloquentes, tão caras aos liberais europeus, possuíam conotações específicas no Brasil. Lutar pela liberdade e igualdade significava combater os monopólios e privilégios que os portugueses detinham e as restrições impostas por Portugal à produção e circulação de mercadorias, principalmente as restrições comerciais que obrigavam os brasileiros a comprar e vender através de Portugal, na dependência de mercadores portugueses; significava também lutar contra as exações do fisco, os entraves da justiça distante e arbitrária, o monopólio dos cargos e distinções pelos naturais de Portugal; lutar, enfim, contra as instituições prejudiciais aos proprietários de terras ou a seus prepostos ligados à economia de exportação, que, ao lado dos mercadores, constituíam o grupo mais poderoso da sociedade colonial. Lutar pela liberdade de expressão significava lutar pelo direito de criticar o pacto colonial. Lutar pela soberania do povo era lutar por um governo livre de ingerências estranhas, independente de favores e imposições arbitrárias da Coroa portuguesa. Os liberais brasileiros opunham-se à Coroa portuguesa na medida em

> que esta se identificava com os interesses da metrópole. A luta contra o absolutismo era, aqui, em primeiro lugar, luta contra o sistema colonial.
>
> Essas reivindicações ganharam força à medida que o desenvolvimento da colônia, de um lado, e, de outro, a revolução industrial e o desenvolvimento do capitalismo industrial na Europa tornaram cada vez mais inadequado o sistema colonial tradicional, baseado no princípio do monopólio. Os "portugueses do Brasil", que até então viam na Coroa portuguesa a mediadora dos conflitos entre os vários grupos - mercadores e fazendeiros, colonos e jesuítas, burocratas e fazendeiros -, perceberam com clareza crescente os antagonismos que os separavam de Portugal. A Coroa portuguesa deixou de representar, a seus olhos, os interesses de todos para representar apenas os interesses dos "portugueses de Portugal".

No fim do período colonial, fundaram-se lojas maçônicas sob nítida influência das ideias que se desenvolveram na França, tendo a função primordial de arregimentar homens dispostos a organizar o movimento emancipatório. Nesse aspecto, a análise da de uma série de fatores relativos às mudanças causadas pelo fortalecimento do movimento de rejeição do domínio colonial permite uma melhor compreensão dos motivos que levaram o liberalismo a apresentar-se como a melhor alternativa ao sistema estabelecido. Sérgio Adorno (1988:44) aponta como fatores a formação intelectual dos estudantes brasileiros, da ação das sociedades secretas, da participação de clérigos na propagação do Iluminismo e das consequências políticas dos movimentos insurrecionais pré-independência. O movimento emancipatório teria sido o resultado desses fatores em articulação no contexto de restrições econômicas e opressão política que se poderiam identificar na Colônia nos primeiros anos do século XIX.

> Nesse aspecto, o estudo da formação intelectual dos estudantes brasileiros, da ação das sociedades secretas, da participação de clérigos na propagação do Iluminismo e das consequências políticas dos movimentos insurrecionais pré-independência, quando articulado à luz do cerceamento econômico e da opressão política que caracterizam a vida social na Colônia entre os fins do século XVIII e início do século XIX, permite aclarar por que razão a alternativa ao colonialismo consistiu no liberalismo.

O estado de falta de estudos superiores está presente no diagnóstico que fez Plínio Barreto no centenário da Independência. Ressalta o estado de pobreza intelectual que se achava o Brasil nos seus primeiros momentos como uma nação independente, reduzido apenas aos estudos secundários que eram permitidos que se operassem na colônia. A difusão da cultura jurídica no império português estava centrada na Universidade de Coimbra, a qual só podiam frequentar os brasileiros que fossem mais abastados. Plínio Barreto não considerava, contudo, que frequentar Coimbra fosse garantia de aquisição de cultura jurídica na medida em que o curso teria foco demasiado na obra dos

comentadores e glosadores do direito romano, situação que foi de alguma forma melhorada com a reforma produzida pelo Marquês de Pombal.

> Há cem anos, quando se emancipou definitivamente da soberania portuguesa, era o Brasil uma terra sem cultura jurídica. Não a tinha de espécie alguma, a não ser, em grau secundário, a do solo. Jaziam os espíritos, impotentes na sua robustez, meio roídos da alforra das crendices e das utopias, à espera de charrua e sementes. O direito, como as demais ciências e, até, como as artes elevadas, não interessava ao analfabetismo integral da massa. Sem escolas que o ensinassem, sem imprensa que o divulgasse, sem agremiações que o estudassem, estava o conhecimento dos seus princípios concentrado apenas no punhado de homens abastados que puderam ir a Portugal apanhá-lo no curso acanhado e rude que se professava na Universidade de Coimbra. Não era mais esse curso o aparelho de esterilização mental inventado e manejado pelos discípulos de Bartholo, os quais viviam e morriam atrelados, como azêmolas nas amassadeiras de olarias, ao moinho das glosas e comentários, mas ainda era o carroção pesado que se construiu, por ordem de Pombal, com o material dos famosos "Estatutos da Universidade de Coimbra" (BARRETO, 1922:5-6).

Também Edmundo Campos Coelho (1999:152-153) a respeito do estado de desenvolvimento das fontes do Direito Português:

> Além das Ordenações Filipinas, conjunto de leis compiladas e sistematizadas das em 1603, o Brasil também adotava pela Carta de Lei de 20 de outubro de 1823 um vasto e disperso corpo de disposições legais que igualmente não coubera nas Ordenações anteriores, as chamadas leis extravagantes. Ademais, e este é o ponto principal, faziam parte da herança a anarquia e o caos jurisprudencial que acompanharam a história do direito português.
>
> Desde pelo menos as Ordenações Afonsinas, Portugal recorreu ao direito romano e ao direito canônico para preencher as lacunas de seu insuficiente ordenamento jurídico. O predomínio destas duas fontes subsidiarias durou quase seis séculos, até pelo menos a reforma da Universidade de Coimbra e dos seus cursos jurídicos, ordenada pelo marquês de Pombal em 1772. E, com efeito, houve época em que os legistas e os tribunais recorriam mais às "leis imperiais" e aos "santos cânones" do que às leis-da terra como fonte de soluções para os problemas jurídicos com os quais tinham de se haver. As Ordenações Afonsinas fixaram, então, uma hierarquia de fontes do direito de forma a reafirmar a precedência das "leis do Reino, estilos da Corte e costumes" sobre as demais; e se no âmbito da legislação pátria as questões ainda não encontrassem solução, recorria-se ao direito romano para as de ordem temporal desde que disso não resultasse "pecado", e ao direito canônico tanto para as de ordem espiritual quanto para aquelas de ordem temporal que as "leis imperiais" não resolviam sem "pecado"; persistindo dúvidas, podiam os tribunais e os legistas se socorrer primeiro das Glosas de Acurcio, e depois dos Comentários de Bartolo, os doutores autorizados para interpretação do direito romano; falhando estes recursos, cabia ao Rei em última instância dar a "interpretação autêntica da lei".
>
> Nas Ordenações Manuelinas guardou-se a hierarquia das fontes, mas com alterações importantes: o direito canônico passou a ser aplicado apenas nos tribunais eclesiásticos, dando-se primazia ao direito romano porque fundado na "boa razão" - a razão justa ou razão natural, aquela que conduzia à equidade e às "soluções mais humanas"; e os comentários de Acursio e de Bartolo seriam acatados apenas se a "opinião comum" dos doutores, entendida como a da

> "maioria qualificada", a eles não fosse contrária. Mas como distinguir na prática a opinio communis consituía matéria controversa e "havia regras um pouco para todos os gostos". De fato, as causas sub judice resolviam-se pelo arbítrio dos juízes, adotando-se mais tarde na prática forense o critério de tomar a praxe ou jurisprudência dos tribunais superiores como expressão da "opinião comum", daí o prestígio das obras que recolhiam e comentavam tal jurisprudência. Também era controversa a interpretação da "boa razão" como critério de recurso ao direito romano como fonte subsidiária, e alguns juristas sugeriam que, se o entendimento era de que todo o Corpus Iuris Civilis fundava-se nesta boa razão, ela mesma poderia ser fonte subsidiária de direito.

Ainda, Ricardo Marcelo Fonseca (2004:63), ao tratar da Lei da Boa Razão e o estado das fontes em Portugal:

> É claro, porém, que essas Ordenações Filipinas não teriam uma grande longevidade, como apontou Ascarelli, se a cultura jurídica portuguesa (que, nesse ponto, constituía um mesmo e único tronco com relação ao direito brasileiro) e, depois da independência, também a cultura brasileira, não tivessem sofrido grandes e significativos impactos que tornaram a aplicação dessa antiga legislação algo mais permeável aos novos tempos. O primeiro deles foi a chamada "Lei da Boa Razão", editada pelo Marquês de Pombal, que foi um dos marcos do "despotismo esclarecido" português.
>
> De fato, a lei de 18 de agosto de 1769 – alcunhada de "Lei da Boa Razão" –, amplamente ancorada num ambiente cultural iluminista e jusnaturalista, buscava basicamente impor novos critérios de interpretação e integração das lacunas na lei. O seu primeiro cuidado é precisamente o de reprimir o abuso, até então vulgarizado, de recorrer aos textos de direito romano ou a textos doutrinais em desprezo a disposições expressas do direito nacional português. Desse modo, tornava-se proibido o uso nas decisões judiciais de textos romanos ou invocar a autoridade de algum escritor quando houver disposição em contrário nas Ordenações, nos usos do reino ou nas leis pátrias. Somente no caso de lacunas é que se poderia recorrer aos textos romanos. É de se frisar, porém, que ainda assim o direito romano, como 'direito subsidiário', não poderia ser utilizado em si mesmo, mas sim, por meio da '*recta ratio*' dos jusnaturalistas, a "boa razão". E, nas palavras da lei, essa "boa razão" deveria ser procurada nas "*verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido, e que o direito humano e divino formalizaram, para servirem de regras morais para o cristianismo*", sendo possível ainda buscar "*outras regras, que, de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes, para direção e governo de todas as nações civilizadas*", bem como, finalmente, seria possível procurar o "*que se estabelece nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas, que as nações cristãs têm promulgado*". É ainda de se registrar que a "Lei da Boa Razão" determina que o direito canônico deixa de ter aplicação subsidiária nos tribunais civis (modificando as Ordenações no particular) e, finalmente, vem a banir a aplicação da Glosa de Acursio e dos comentários de Bártolo (que, como vimos, eram tomados como fontes subsidiárias pelas ordenações).

Esse diagnóstico é, contudo, questionado por José Reinaldo de Lima Lopes, que levanta a questão de como podem diversos autores ter classificado o Brasil imperial de um Estado de bacharéis ao mesmo tempo que colocavam o desenvolvimento da cultura jurídica em um patamar inferior. Reconhece que o bacharelismo não é garantia de

cultura ou de alta cultura jurídica, mas pondera que se trata de uma questão legítima na medida em que o Império foi o resultado da articulação de bacharéis e burocratas jurídicos. A resposta para tanto poderia vir, como destaca José Reinaldo de Lima Lopes (2010:106), de duas vertentes; sendo a primeira que destaca a falta de originalidade da cultura jurídica brasileira, e, a segunda, que coloca o bacharelismo como o meio necessário para implementar as reformas que redundariam no desenvolvimento do país. Isto estava fundado no poder da lei da liberdade, mas sendo implementado em um pais marcado por profundas diferenças regionais e sociais inseridas em um contexto de inexistência de tradição de governo próprio.

> As afirmações a respeito de nossa incipiente cultura jurídica sugerem-nos então uma questão: como pôde haver um Estado de bacharéis sem que houvesse uma grande cultura jurídica? O bacharelismo não é, por certo, garantia de cultura, ou de alta cultura jurídica. Pode-se, porém, fazer legitimamente a pergunta sobre a inexistência da mesma cultura jurídica, quando o Império foi, por assim dizer, um resultado de burocratas e burocratas jurídicos? Uma visão mais ou menos geral pode indicar duas ordens de resposta: primeira, pode-se conceder que faltava à cultura brasileira originalidade jurídica. Em segundo lugar, o bacharelismo era resultado da crença de que pelas reformas legais poder-se-iam desatar os nós que barravam e impediam o progresso e a prosperidade da nação. Bacharelismo era a crença no poder da lei, mas da lei da liberdade. No caso do Brasil essa crença combinava-se com muita dificuldade com um país em que diferenças sociais e regionais profundas estavam acumuladas com a própria inexistência de uma tradição de autogoverno, coisa constatada por tantos intérpretes de nossa história.

Da mesma forma que Portugal entendia o estrito controle da formação dos bacharéis em Direito como sendo um elemento de reforço ao poder da metrópole, os políticos do Brasil independente tinham muito clara a necessidade de formar bacharéis para suprir a demanda de quadros para o recém-formado Estado brasileiro. Em sessão de 27 de agosto de 1823 da Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, o deputado José Luiz de Carvalho e Mello alude claramente a essa função dos futuros cursos jurídicos, bem como à reforma promovida pelo Marquês de Pombal no que se refere ao ensino do Direito em Portugal:

> O SR. CARVALHO E MELLO - Sr. Presidente: No Projeto, que se apresenta hoje à nossa discussão estão incluídas matérias de suma importância, e do maior interesse público. Depois de proporem seus mestres Autores, um Programa para se obter um plano de educação e instrução pública, no qual se estabeleçam princípios e regras a fim de conseguir, que por ensino regular, e como por degraus possam os mancebos Brasileiros adquirir os conhecimentos necessários e uteis, lembraram-se do estabelecimento de duas Universidades, e porque estas não podem logo que forem decretadas, começarem no seu exercício, lembraram logo a providencia de instituir um curso jurídico na Universidade de S. Paulo. He claro que o fim político destas determinações foi prevenir desde já a necessidade em que

> estamos de tais estabelecimentos, para termos cidadãos hábeis para os empregos do Estado. Por quanto parecia natural, que só depois de aprovado aquele Plano, que mais judicioso parecesse para o ensino dos estudos menores, tivesse lugar o estabelecimento de Colégios, e Universidades onde se ensinassem as ciências maiores, mas porque ainda se hão de apresentar os Planos, ainda se hão de formar as Comissões para o exame deles, ainda se há de aprovar um; e ainda se há de esperar pelo aproveitamento dos mancebos, que pelo método desse Plano hão de ser ensinados, é justo e sumamente necessário, que, desde já se estabeleçam Universidades, nas quais possam aprender os mancebos que pela fôrma atual dos estudos estiverem em circunstancias de dedicar-se aos maiores. Não é necessário dizer a necessidade em que estamos de tais estabelecimentos: não os temos, e até agora era preciso aos nossos concidadãos atravessar os mares, e à custa de despesas e outros sacrifícios ir aprender a Universidade de Coimbra. Nós todos sabemos, que apesar do que alguns tem dito sobre os defeitos destes Corpos Científicos, são eles estabelecidos em todos os países cultos; que neles foram e vão aprender os homens celebres de todas as Nações; que nessa mesma única de Portugal, se formarão os antigos que nos precederão, e os que atualmente exercem os empregos mais distintos do Estado; e que pela luminosa reforma instituída pelo celebre Rei D. José I se apurarão os conhecimentos das faculdades que nela se ensinam com aprovação e admiração de toda a Europa. Quando nos empreendemos o grande e magnifico estabelecimento e consolidação deste Império, que fará época assinalada na história dos grandes acontecimentos políticos, não nos devemos esquecer de lançar logo os alicerces da sua prosperidade futura, instituindo este monumento indelével de sabedoria, do qual saíram homens abalizados nas ciências para encherem os lugares e Empregos do Estado, E na verdade, Sr. Presidente, um país tão dilatado, tão cheio de riquezas, e V que com o andar dos tempos crescerá em povoação, há mister que nele se estabeleçam duas Universidades, uma na Cidade de S. Paulo, e outra em Pernambuco. A situação destas duas Cidades está mostrando que elas são as mais aptas para isto. A de São Paulo concorreram todos os habitantes das Províncias mais chegadas ao Sul, e a de Pernambuco os que (1 estão mais para o Norte. São ambas situadas em clima sadio, abundantes em víveres, vizinhas a portos cômodos, e por isso accessíveis como por jornadas de mar e terra; e ainda que pareça, que pela grande extensão deste país ficam para algumas Províncias em grandes distancias, por com tudo, no estado atual não se podem nem devem estabelecer mais, Cl, porque nem a povoação é tanta, que exija maior número de Universidades, nem a falta de mestres e de cabedais para as suas despesas não permite maior numero. Muito custará prove-las de mestres sábios e se abalizados, e determinar a suficiente renda para a sua manutenção.

A política de Portugal em relação às colônias mencionada pelo deputado Carvalho e Mello, como esclarece José Murilo de Carvalho, era de, por um lado, impedir a instalação de quaisquer cursos superiores em suas colônias, e, por outro lado, estimular que os jovens da colônia fossem frequentar instituições de ensino superior na metrópole, sobre as quais exercia rigoroso controle em termos de conteúdo programático e contratação de pessoal. Enquanto, desde muito logo, instituições de ensino superior foram instaladas nas possessões espanholas na América, o governo de Lisboa considerava que o monopólio da educação superior era elemento relevante na manutenção dos laços coloniais. A preocupação que os deputados com a localização dos cursos jurídicos, que foi tema de intensos debates desde a Assembleia Constituinte, ecoa as políticas coloniais de Portugal, especial em contraste com a América espanhola.

> Foi política sistemática do governo português nunca permitir a instalação de estabelecimentos de ensino superior nas colônias. Quando em 1768 a capitania de Minas Gerais pediu permissão para criar por sua própria conta uma escola de medicina, o Conselho Ultramarino respondeu que a questão era política, que a decisão poderia enfraquecer a dependência das colônias e que "um dos mais fortes vínculos que sustentava a dependência das colônias era a necessidade de vir estudar a Portugal". Aberto o precedente, continuou o Conselho, criar-se-ia uma aula de jurisprudência até o corte do vínculo de dependência. O governo deveria antes fornecer bolsas de estudo para que os alunos pobres pudessem fazer a viagem a Portugal. (CARVALHO, 2012:69-70)

A respeito da restrição dos cursos superiores no Brasil como uma imposição de Portugal, comenta Ricardo Marcelo Fonseca (2004:69) destacando os efeitos no desenvolvimento da cultura jurídica.

> Um primeiro fator se encontra na ausência de uma cultura jurídica logo nos anos que se seguiram à independência do Brasil. De fato, no período colonial a metrópole portuguesa não teve como política, ao contrário da Espanha, o estabelecimento de universidades em seus domínios ultramarinos. Enquanto no Brasil só foi permitido o estabelecimento de escolas superiores em 1808 – quando a família real portuguesa, fugida das invasões napoleônicas, estabelece a corte no Brasil –, já se verificava na América espanhola, ao final do período colonial, a existência de ao menos vinte e três universidades. Nesse período os filhos das elites brasileiras, querendo, deveriam fazer seus estudos superiores no exterior e, no caso da formação jurídica, isso geralmente se dava na Universidade de Coimbra. Apenas para apontar um dado, entre os anos de 1772 e 1872 passaram pela Universidade de Coimbra 1.242 estudantes brasileiros, enquanto na América espanhola nesse mesmo período 150 mil estudantes passaram pelas universidades. Os cursos jurídicos no Brasil somente foram inaugurados, após longos debates legislativos, no ano de 1827, com uma Faculdade estabelecida em Olinda (e transferida para Recife em 1854) e outra em São Paulo. Pode-se dizer, portanto, que é somente a partir daí que vai se formando, de modo lento e gradual, uma cultura jurídica tipicamente brasileira.

Outro ponto a que faz expressa referência o deputado Carvalho e Mello, a reforma produzida pelo Marquês de Pombal, incluindo a alteração dos Estatutos da Universidade de Coimbra, não estava livre de críticas. Reconhecendo alguns méritos à reforma, no sentido de modernizar o curso, especialmente no que se refere à separação em cursos distintos para o estudo do direito civil e do direito canônico, Plínio Barreto apresenta uma crítica ao que se verificou como o resultado das reformas em comparação com as motivações declaradas para a mudança. Teria sido um esforço inútil a criação de cursos distintos, tendo em vista que o direito canônico continuava a ocupar lugar de preponderância na formação dos juristas. Também, o Direito Romano, que foi colocado em posição de fonte subsidiária do direito continuaria a ocupar a maior parte dos anos de estudo no curso de Direito, sendo que apenas o último ano seria destinado ao estudo do Direito Civil pátrio.

> Estes estatutos, embora houvessem rasgado algumas janelas no espírito dos professores, aliviando-o da treva espessa que o cobria e permitindo-lhe adejar um pouco, acima do trilho a que andava acorrentado, não se recomendavam nem pela perfeição dos programas nem pela flexibilidade dos métodos. Separavam, era verdade, e isso constituía um progresso, o direito civil do canônico, bipartindo o estudo de ambos em cursos distintos, mas não tiveram a coragem de retirar do direito canônico a preponderância, já então injustificável que exercia no preparo intelectual dos que se destinavam à carreira de juristas. O segundo ano do curso especial de direito civil, por exemplo, era perdido literalmente com o estudo "da história da Igreja Universal e da Portuguesa e do direito canônico comum e particular da Igreja Universal e da Portuguesa e do direito canônico comum e particular da Igreja Portuguesa e das instituições de direito canônico com as doutrinas do método do Estado e da notícia biográfica do mesmo direito". Nos quatro restantes a melhor parte era consagrada ao direito romano, reservando-se apenas o último ano do curso, o quinto, para o exame do direito civil pátrio. Disso e de umas noções gerais de direito das gentes, de direito natural e de metodologia, ministradas no primeiro ano; se compunha o arsenal jurídico dos antepassados coloniais dos bacharéis de hoje. (BARRETO, 1922:6)

A reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra, que mereceu elogios contidos de Plínio Barreto, foi objeto de manifestações laudatórias por parte do Visconde Cachoeira nos Estatutos que elaborou por ocasião da aprovação de um curso jurídico em 1824 que seria instalado na Corte. Tamanho seria o mérito da reforma levada a cabo pelo Marquês de Pombal que não seria necessário que fossem elaborados Estatutos para o curso jurídico em terras brasileiras, bastando apenas que fossem observados aqueles da Universidade de Coimbra.

> A Falta de bons estatutos, e relaxada pratica dos que havia, produziu em Portugal péssimas consequências. Houve demasiados Bacharéis, que nada sabiam, e iam depois nos diversos empregos aprender rotinas cegas e uma jurisprudência casuística de arestos, sem jamais possuírem os princípios e luzes desta ciência. Foi então necessário reformar de todo a antiga Universidade de Coimbra; prescrever-lhe estatutos novos, e luminosos, em que se regulam com muito saber e erudição os estudos de jurisprudência, e se estabeleceu um plano dos estudos próprios de ciência, e as formas necessárias para seu ensino, progresso, e melhoramento.
>
> Parecia portanto que à vista de tais estatutos, e das mais províncias, que depois se estabeleceram acerca das faculdades jurídicas; e também do proveito que destas instituições tem resultado, saindo da Universidade grandes mestres, dignos e sábios magistrados, e habilíssimos homens d'Estado, que aos nossos olhos tem ilustrado e bem servido a pátria, não era necessário outro regulamento, e bastava, ou para melhor dizer, sobrava que se ordenasse, que o novo Curso Jurídico mandado estabelecer nesta Corte, se dirigisse, e governasse pelos novos estatutos da Universidade de Coimbra com as alterações posteriores.
>
> Assim se persuadiram os autores do projeto de lei sobre as Universidades, que apresentou, e discutiu na extinta Assembleia Constituinte e Legislativa, acrescentando que o Curso Jurídico, que no referido projeto se mandava criar logo, e ainda antes de estabelecidas as Universidades, se governasse por aquelas instituições, e novos estatutos, até que pelo andar do tempo, e experiência, restringissem, ou ampliassem os Professores o que julgassem conveniente. Esta

> persuasão fundava-se na facilidade a proveitosa instituição dos estudos Jurídicos[3].

Ainda que Plínio Barreto conceda alguns méritos à modernização do Estado português levada a cabo durante o reinado de D. José I, é de se observar que, com a morte de D. José I em 1777, começou uma reação a todas as reformas que haviam sido empreendidas pelo Marquês de Pombal, incluída a reforma dos cursos jurídicos. Considerando que a Independência do Brasil deu-se em 1822 e que os primeiros cursos jurídicos foram instalados apenas em 1827, pode-se afirmar que a maior parte dos políticos brasileiros da primeira metade do século XIX formaram-se na faculdade de direito da Universidade de Coimbra após a reação. Desta forma, tem—se uma explicação a respeito dos fortes termos que Plinio Barreto usa para referir-se aos deputados que tomaram parte nos debates a respeito da criação dos cursos jurídicos no Brasil

> Com a morte do rei D. José I em 1777, no entanto, Pombal deixou o governo e teve início a reação contra sua obra. No que se refere à Universidade, muitos professores e estudantes foram processados pelo Santo Ofício e expulsos sob acusações de deísmo, naturalismo, enciclopedismo, heresia. Um dos expulsos pela Viradeira, como ficou conhecida a reação, foi o mineiro Francisco de Melo Franco, que em represália escreveu a sátira *O Reino da Estupidez*, na qual esta senhora aparece sendo recebida triunfalmente na Universidade. A Viradeira teve como consequência o abandono da ênfase nas ciências naturais e a volta do direito à antiga predominância. A maior parte dos políticos brasileiro da primeira metade do século XIX estudou em Coimbra após a reação. (CARVALHO, 2012:68-69)

A reversão dos cursos jurídicos ao estado em que se encontravam antes do reinado de D. José I explica as críticas que foram feitas por Plínio Barreto ao nível de instrução da maioria dos deputados constituintes. Se mesmo com as reformas do Marquês de Pombal, Plínio Barreto considera que não houve a modernização que seria efetivamente necessária, com a retomada do programa antigo, é certo que considerara inadequada a formação dos juristas fornecida pela faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Ainda, demonstra quais eram os padrões de nações desenvolvidas no campo jurídico a serem imitadas de modelo em contraste com o que é considerada uma formação atrasada, excessivamente centrada nos clássicos latinos. A rejeição à formação baseada nos clássicos de Roma aparece também nos debates constituintes no que se refere ao ensino do direito romano nos cursos jurídicos que seriam criados, com razões semelhantes àquelas que inspiraram a Lei da Boa Razão. Identificados com um modelo atrasado de ensino, as lições

[3] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

do *Corpus Juris Civilis* ficam de fora do programa de formação dos bacharéis em um primeiro momento.

> Dessa penúria de letras, especialmente de letras jurídicas, conservamos, ainda hoje, um monumento onde bem assinalada ficou, e assinalada para todos os séculos: os anais da primeira assembleia a que concorreram todas as notabilidades da época: a Constituinte de 1823. Com exceção de três ou quatro deputados, que revelaram alguma familiaridade com as instituições jurídicas de outros povos, notadamente com as da Inglaterra e França, a maioria só inculcou manter relações assíduas com os clássicos de Roma; sabia de cor o seu Virgílio, ou o seu Lucrécio, mas em assuntos jurídicos não eram das mais firmes nem das mais substanciosas as suas noções. Destas as menos retardadas que revelaram foram as que, bebidas ás pressas na literatura revolucionária da época, se relacionavam com o direito público e constitucional. Essas mesmas não impediram que se travasse debate solene, logo nas primeiras sessões, em torno da tese: os ministros de Estado são criados, ou não, do Imperador? (BARRETO, 1922:11)

A complexa articulação político-ideológica que se mostra presente nos debates entre os parlamentares coloca em destaque a suposta existência de contradições entre os ideais liberais e o projeto que norteou a expansão e direção tomadas pelo bacharelismo ao privilegiar o atendimento às prioridades burocráticas do Estado. A prevalência do ideal de liberdade sobre o de igualdade, dominante nos primeiros anos da Academia de Direito de São Paulo, reproduziu-se na formação intelectual, cultural e política dos bacharéis.

O perfil dos dirigentes e altos funcionários do Brasil independente guarda íntima relação com o processo de independência, que foi feito sem grandes conflitos e dentro de um contexto de continuidade de governo, em oposição aos processos de independência da América espanhola, que foram resultado da ação dos senhores locais para remover os laços de dependência colonial, sendo marcante inclusive a mudança na forma de governo. Uma preocupação que tiveram foi substituir as instituições coloniais por outras mais adequadas a uma nação independente, sendo certo que nisso lhes foi de grande valia a experiência prévia que adquiriram como funcionários públicos da Coroa portuguesa, acostumados aos assuntos de Estado.

> A primeira tarefa dos homens que assumiram o poder depois da Independência foi substituir as instituições coloniais por outras mais adequadas a uma nação independente. Não se tratava de homens inexperientes que enfrentavam pela primeira vez problemas relacionados com política e administração. Eram, na sua maioria, homens de mais de cinquenta anos, com carreiras notáveis de servidores públicos, que haviam desempenhado vários postos a serviço da Coroa portuguesa durante o período colonial e, por isso, estavam bem preparados para levar a cabo sua missão.

> Entre os que se reuniram na Assembleia Constituinte se encontravam vários sacerdotes, fato nada surpreendente num país em que a Igreja havia tido todo o monopólio da cultura e o clero sempre desempenhara papel importante na administração. Os outros eram funcionários públicos ou profissionais liberais: advogados, médicos, professores diplomados na Universidade de Coimbra ou em alguma instituição europeia, uma vez que não existiam universidades no Brasil. Havia também comerciantes e fazendeiros. Mas, qualquer que fosse sua condição social ou profissional, os deputados à Assembleia Constituinte estavam unidos por laços de família, amizade ou patronagem a grupos ligados à agricultura e ao comércio de importação e exportação, ao tráfico de escravos e ao comércio interno. Não é, pois, de se espantar que tenham organizado a nação de acordo com os interesses desses grupos.
>
> Atribuindo a instabilidade dos demais países latino-americanos à forma republicana de governo, as classes dominantes brasileiras adotaram, em 1822, uma monarquia constitucional com a qual esperavam conseguir unidade e estabilidade política. Atemorizados pelos espectros da Revolução Francesa e da revolta de escravos no Haiti, desconfiavam tanto do absolutismo monárquico quanto dos levantes populares revolucionários e estavam decididos a restringir o poder do imperador e a manter o povo sob controle. Para levar a cabo seu projeto encontraram sua principal fonte de inspiração no liberalismo europeu. (COSTA, 2007:133-134)

Para os membros das camadas populares, tais como alfaiates, cabeleireiros, barbeiros, sapateiros, soldados, carapinas, gravadores, ambulantes, os movimentos emancipatórios representaram ponto essencial na estratégia para alterar decisivamente as condições de vida predominantes na Colônia, que lhes restringiam a liberdade e a igualdade. Não se deve, porém, ter a equivocada impressão de que uma vez consolidada a independência, os atritos entre as classes sociais tenham sido amenizados. A presença de pressupostos liberais orientando a atuação jurídico-política do Estado não foi, contudo, suficiente para promover uma estabilização social mais profunda. Isso é uma das fontes de tese bastante difundida em obras historiográficas de que o processo de independência beneficiou apenas as camadas mais abastadas da população.

A partir da formação do Estado Nacional, o liberalismo brasileiro pôs a nu seu caráter essencialmente instrumental, promovendo uma demarcada dissociação entre seus princípios e os princípios democráticos. Nesse contexto de lutas políticas, o "liberalismo heroico", nascido e edificado nos movimentos pré-independência, foi paulatinamente substituído por um liberalismo regressista. A Carta outorgada de 1824 conservou em linhas gerais o projeto constitucional original na qual estavam presentes diversos valores do liberalismo, embora houvesse promovido uma verdadeira assepsia nas tendências jacobinas. Desse modo, na atividade política, a separação entre ideais liberais de liberdade e democracia está inequivocamente manifesta.

> O liberalismo brasileiro, no entanto, só pode ser entendido com referência à realidade brasileira. Os liberais brasileiros importaram princípios e fórmulas políticas, mas as ajustaram as suas próprias necessidades. Considerando que as mesmas palavras podem ter significados diferentes em contextos distintos, devemos ir além de uma análise formal do discurso liberal e relacionar a retórica com a prática liberal, de modo que possamos definir a especificidade do liberalismo brasileiro. Em outras palavras, é preciso desconstruir o discurso liberal.
>
> Na Europa, o liberalismo foi originalmente uma ideologia burguesa, vinculada ao desenvolvimento do capitalismo e à crise do mundo senhorial. As noções liberais surgiram das lutas da burguesia contra os abusos da autoridade real, os privilégios do clero e da nobreza, os monopólios que inibiam a produção, a circulação, o comércio e o trabalho livre. Na luta contra o absolutismo, os liberais defenderam a teoria do contrato social, afirmaram a soberania do povo e a supremacia da lei, e lutaram pela divisão de poderes e pelas formas representativas de governo. Para destruir os privilégios corporativos, converteram em direitos universais a liberdade, a igualdade perante a lei e o direito de propriedade. Aos regulamentos que inibiam o comércio e a produção opuseram a liberdade de comércio e de trabalho.
>
> Embora fosse radicada numa economia capitalista em expansão e na experiência burguesa, a mensagem liberal possuía um apelo suficientemente amplo para atrair outros grupos sociais que, por uma razão ou outra, se sentiam oprimidos pelas instituições do Antigo Regime. Por isso o liberalismo serviu à burguesia inglesa para reforçar sua posição no governo, à nobreza russa para lutar contra o czar, e ao povo francês para mandar Luís XVI, Maria Antonieta e alguns nobres para a guilhotina.
>
> As ideias liberais foram utilizadas por grupos com propósitos diversos e em momentos distintos no decorrer do século XIX. Mas por toda parte onde os liberais tomaram o poder, seu principal desafio foi transformar a teoria em prática. Durante esse processo, o liberalismo perdeu seu conteúdo revolucionário inicial. Os direitos retoricamente definidos como universais converteram-se, na prática, em privilégios de uma minoria detentora de propriedades e de poder. Por toda parte as estruturas econômicas e sociais impuseram limites ao liberalismo e definiram as condições da sua crítica.
>
> E impossível analisar aqui as contradições envolvidas nesse processo. Para o nosso propósito, é suficiente lembrar que a crítica do liberalismo apareceu na Europa já na primeira metade do século XIX, quando ficou claro que uma oligarquia do capital estava substituindo a oligarquia de linhagem. Os primeiros ataques ao liberalismo originaram-se entre grupos aristocráticos tradicionalmente privilegiados, os demais basearam-se na experiência das classes trabalhadoras. (COSTA, 2007:134)

Ainda que liberdade fosse umas das metas que o povo pretendia alcançar por meio de sua atuação, mais importante era a conquista da diminuição das desigualdades que marcaram a sociedade do Brasil colonial. A igualdade, contudo, não era um tema que estava nos planos do grupo dominante liberal e ilustrado, uma vez que também desejavam liberdade, mas reconheciam a desigualdade como um elemento inevitável na organização do novo Estado. Por essas razões, os protestos e rebeliões acontecidos no contexto da luta pela emancipação política relevavam toda uma arte de “dizer a revolução” que não passava necessariamente pelas aspirações populares. Ao contrário, o apego aos

princípios liberais quase sempre desconheceu as particularidades internas da sociedade brasileira e, se não pôde silenciar a presença do povo e suas reivindicações, lhe reservou comedido espaço de resistência e expressão.

> O atraso mental do país é espelhado com nitidez, nas palavras de Armitage, falando da ilustração dos eclesiásticos brasileiros, que era a maior do tempo, conta que os conhecimentos desses letrados se limitavam, geralmente, a um mau latim: "O indivíduo feliz que reunia o conhecimento deste e do francês era olhado como um gênio tão transcendente, que de grandes distâncias vinham pessoas consultá-lo...". O máximo da ilustração que se podia lograr, e outra não possuíam os grandes homens da época, era a que colhe na leitura dos livros gregos e latinos, no Contrato Social de Rousseau, em alguns volumes de Voltaire e no de poucos outros que constituíam, até ás vésperas da Independência, a biblioteca dos espíritos cultos. (BARRETO, 1922:10)

A criação e instalação das Academias de Direito no Brasil, acontecida na primeira metade do século XIX, não foi projeto de uma mentalidade diferente daquela que norteou a trajetória dos mais importantes movimentos que tiveram como resultado a autodeterminação política dessa sociedade. Os princípios mais importantes a serem observados eram o individualismo político e o liberalismo econômico. Como se verá adiante, tanto os debates nas casas legislativas a respeito da criação dos cursos jurídicos, quanto as instruções de metodologia didática contidas nos primeiros Estatutos enfatizavam a preocupação de bem formar quadros para o recém-nascido Estado brasileiro. Assim, não faria sentido ter um Estado independente se nem ao mesmo era capaz de produzir a própria burocracia.

O bacharel acabou por constituir-se, em sua figura central na sociedade do Brasil pós-Independência uma vez que atuava como mediador entre interesses privados e interesses públicos, entre o grupo que dominava a estrutura burocrática do Estado recém-criado e os grupos sociais locais. Operando no contexto de uma monarquia patrimonial, apropriaram-se os bacharéis das oportunidades de acesso e promoção nas carreiras diretivas dos órgãos centrais e regionais de governo.

> No Brasil, os principais adeptos do liberalismo foram homens cujos interesses se relacionavam com a economia de exportação e importação. Muitos eram proprietários de grandes extensões de terra e elevado número de escravos e ansiavam por manter as estruturas tradicionais de produção ao mesmo tempo que se libertavam do jugo de Portugal e das restrições que este impunha ao livre-comércio. As estruturas econômicas e sociais que as elites brasileiras desejavam conservar significavam a sobrevivência de um sistema de clientela e patronagem e de valores que representavam a verdadeira essência do que os liberais europeus pretendiam destruir. Encontrar uma maneira de lidar com essa contradição (entre

> liberalismo, de um lado, e escravidão e patronagem, do outro) foi o maior desafio que os liberais brasileiros tiveram de enfrentar. No decorrer do século XIX, o discurso e a prática liberais revelaram constantemente essa tensão. (COSTA, 2007:135-136).

Sobre a mesma questão, manifestou-se Tobias Barreto:

> Não era vasto, como vêm, esse arsenal nem podia favorecer demasiado o desenvolvimento intelectual dos rapazes que nele se abasteciam de armas espirituais. Podia criar e criou de fato, eruditos notáveis, como o velho Cayrú que teve arte de introduzir no seu "Tratado de Direito Mercantil", anterior de 24 anos à Independência, ao par de muita notícia jurídica e histórica, Camões, Juvenal, Cícero, Tito Livio e Suetônio, mas não podia facilitar, como, na realidade, não facilitou, a formação de juristas de capacidade para exercerem a magistratura e a advocacia com distinção relativa. O direito era, no Brasí1, quando se operou a Independência, uma ciência estudada por um grupo insignificante de homens e não era estudada, mesmo nesse grupo, com profundeza e pertinácia. Nem podia sê-lo. Não há ciência que se desenvolva sem ambiente apropriado, e o de uma colônia onde mal se sabia ler não é, com certeza, o mais adequado para o crescimento de uma disciplina, como a do direito, que supõe um estado de civilização bem definido nos seus contornos e bem assentado nos seus alicerces. (BARRETO, 1922:12)

Considerando que a criação dos cursos jurídicos no Brasil teve como objetivo primeiro prover quadros qualificados para operar o aparato burocrático do Estado recém-criado, os deputados que tomaram parte nos debates tinham como objetivo ver suas convicções políticas transformadas em realidade. Conscientes da importância dos cursos jurídicos, desde o primeiro momento de sua proposição, os deputados debateram na Assembleia Constituinte os principais pontos do projeto, tal como as matérias que seriam lecionadas e sua adequação aos objetivos propostos, chegando a minúcias, como salário dos professores e localização dos cursos que seriam criados.

> O debate na Assembleia Constituinte, do qual participou grande número de deputados, revela a importância que o assunto despertava. A discussão indica os diversos aspectos que eram levados em conta pelos constituintes, inclusive o interesse regionalista de terem os novos cursos sede em suas respectivas províncias. Admite-se que, embora não participando do debate, José Bonifácio teria organizado uma memória que, como referiu Antônio Carlos em sessão, tinha por fim principal o regime e a organização das universidades já criadas e não a fundação de uma ou mais, e suas respectivas localizações. Consta dos Anais que a mesma foi a imprimir, mas nada mais se sabe a respeito. (VENANCIO FILHO, 1977:16)

Um tema que foi objeto de intensos debates em todas as ocasiões em que foi discutido a criação dos cursos jurídicos no Brasil foi a localização em que seriam instalados. Os deputados todos realizavam um esforço simultâneo de não apenas valorizar as suas províncias de origem, como também tentar mostrar as desvantagens das outras

localidades que estavam sendo consideradas para os cursos jurídicos. Até mesmo diferenças políticas de ordem ideológica foram deixadas de lado para a união das bancadas das províncias em torno do projeto de atrair para si os cursos jurídicos. Venâncio Filho recorda a metáfora que foi usada por Silva Lisboa para descrever os debates em torno da localização dos cursos jurídicos, em que foi tamanha a polêmica a respeito deste ponto que colocou em risco todo o projeto.

> Tão sensível era, então, a indigência de juristas que, ao discutir-se o projeto de criação de universidades no Brasil, houve quem defendesse na assembleia a conveniência de se contratarem jurisconsultos em Portugal para as aulas de direito. A futura terra dos bacharéis não estava habilitada para iniciar a fabricação deles sem importar do estrangeiro uma turma de mestres peritos. Mostraram os fatos que, para a proliferação da espécie, era inútil o alvitre. Do solo propício rebentaram, sem amanho especial, revolvidos os tempos, messes e messes opimas, com desespero, além túmulo, da alma de Silva Lisboa, confrangida de ver, do outro mundo, realizados os seus tristes vaticínios de 1823: "não convém facilitar demasiado a todas as classes os estudos superiores, afim de que entre somente a justa proporção dos servidores do Estado, segundo a demanda do país; e para que também deem garantias ao público, como pertencem a certas famílias remediadas, e de consideráveis posses. Aliás os supranumerários baratearão, ou não terão seu justo preço, como em todos os gêneros que entram no mercado...". (BARRETO, 1922:12)

Também José Reinaldo de Lima Lopes (2010:91) menciona as críticas que desde cedo foram dirigidas ao ensino jurídico:

> Desde muito cedo, aparecem críticas à formação e cultura dos juristas brasileiros. Bernardo Pereira de Vasconcelos, em 1º de julho de 1834, comentando a falta de importância que no Império se dava à educação, dizia: "(...) e depois de proclamada a Independência o que nós temos feito por aumentar a nossa civilização, e quais as grandes providências que se têm dado? Estabeleceu-se dois cursos jurídicos que na verdade estão muito mal montados, que talvez seria melhor, no estado em que se acham, que não existissem" (Carvalho, 1999b, 224).

Um tema que também possui extensa documentação é a estrutura curricular do curso da Academia de Direito de São Paulo. A própria obra de Alberto Venâncio Filho pode ser considerada um longo histórico da estrutura curricular das Academias de Direito, relacionando as diversas reformas. Não apresentando rompimento com a tradição coimbrã, o curso compunha-se, quando de sua inauguração, de nove cadeiras, nas quais se ensinavam: Direito Natural, Direito Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia, Direito Pátrio Civil, Direito Pátrio Criminal, Direito Público Eclesiástico, Teoria do Processo Criminal, Direito Mercantil e Marítimo, Teoria e Prática do Processo adotado pelas Leis do Império e Economia Política. O Direito Eclesiástico tem como objetivo ensinar os mecanismos e instituições desenvolvidas para

gerir as relações e mediar as tensões existentes entre o Estado e a Igreja, considerando os poderes que eram conferidos ao Imperador pelo texto constitucional.

> Os autores dos mesmos estatutos, no Curso Jurídico que regularam, compreenderam o direito canônico, e por maneira estabeleceram a forma de estudos de ambas a faculdades jurídicas, que os primeiros dois anos são inteiramente comuns aos estudantes delas, ajuntando-se depois nos anos, e aulas, em que se ensinava o direito pátrio, e pratica do foro. Considerada necessidade de haver um curso de direito canônico, muito bem se houveram prescrevendo aos alunos que se destinavam a faculdade cânones o conhecimento das institutas do direito civil, e os das instituições de direito público, eclesiástico e de direito canônico aos alunos de direito civil, atenta relação, e afinidade que há em geral entre estes estudos. Contudo não entrará o ensino da faculdade de cânones no Curso Jurídico, que se vai instituir. Esta ciência, toda composta das leis eclesiásticas, bem como a teologia, deve reserva-se para os claustros e seminários episcopais, como já se declarou pelo Alvará de 10 de Maio de 1805 § 6º, e onde é mais próprio ensinarem-se doutrinas semelhantes, que pertencem aos eclesiásticos, que se destinam aos diversos empregos da igreja, e não a cidadãos seculares disposto para empregos civis.
>
> Como porém convenha a todo o jurisconsulto brasileiro saber os princípios elementares de direito público, eclesiástico, universal, e próprio da sua nação, porque em muitas cousas, que dizem respeito aos direitos do chefe de governo sobre as cousas sagradas e eclesiásticas se estribam, convirá que se ensinem os princípios elementares de direito público, eclesiástico, universal, e brasileiro em uma cadeira, cujo Professor com luminosa e apurada crítica e discernimento assinale as extremas dos poderes civil e eclesiásticos.
>
> Por este ponderoso motivo, e destarte se organizam os estatutos, que hão de reger o Curso Jurídico, que vai a ensinar-se nesta corte, o qual abrangerá, portanto, os conhecimentos que formam o todo da faculdade da jurisprudência civil.[4]

Desse modo, percebe-se que a falta de atenção com a elaboração da grade curricular fez com que fosse nutrida por orientações filosóficas e ideias jurídicas conflitantes entre si. A história do das ideias jurídicas da Academia de Direito de São Paulo revela uma longa tradição de esforços infrutíferos para tentar conciliar tendências filosóficas antagônicas, iniciada por José Maria Avelar Brotero, primeiro lente de Direito Natural.

Foram discutidos outros aspectos relacionados ao projeto, tais como o ensino ou não do Direito Romano, qual seria a origem dos fundos para a manutenção dessas instituições de ensino e se seria conveniente ou não requisitar professores em Portugal. O tema do Direito Romano era de vital importância uma vez que seu ensino era o pilar mais importante do sistema do Direito Erudito que teve o início de sua derrocada com lei de iniciativa de Sebastião José de Carvalho e Mello, Conde de Oeiras e Marquês de Pombal,

[4] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

primeiro-ministro do rei Dom José I, que ficou conhecida como a Lei da Boa Razão. Com essa lei, o direito produzido internamente em Portugal passa a ser a principal fonte do Direito, podendo recorrer-se a elementos do Direito Romano ou Canônico apenas em caso de lacunas, tendo sido a utilização do direito subsidiário regulada pelas Ordenações do Reino de Portugal (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas).

Sobre o excesso de Direito Romano na Universidade de Coimbra, assim se manifestou o Visconde de Cachoeira[5]:

> Dado porém que se não possa negar, nem a sabedoria dos autores dos referidos estatutos, nem a demasiada cópia de doutrinas que eles contém, por maneira que é de admirar que houvesse em Portugal naquele tempo de desgraça, e decadência dos estudos em geral, e particularmente da jurisprudência, homens de gênio tão transcendente que soubessem com tão apurada crítica e erudição proscrever o mau gosto dos estudos, substituir-lhes doutrinas metódica, e luminosa, e criar uma Universidade, que igualou, e a muitos respeitos excedeu a mais celebres da Europa, todavia o seu nímio saber em jurisprudência, e demasiada erudição de que sobrecarregaram os mesmo estatutos, a muita profusão de direito romano de que fizeram a principal ciência jurídica, a exemplo das Universidades de Alemanha; o muito pouco que mandaram ensinar da jurisprudência pátria, amontoando só em um ano, e em uma só cadeira tudo que havia de teórico e prático dela; a pobreza do ensino de direito natural, público, e das gentes, (sem se lhe unir a parte diplomática) e que devia ser ensinada em um só ano; a falta de direito marítimo, comercial, criminal, e de economia política, que não foram compreendidas nos estudo, que se deviam ensinar dentro do quinquênio, fazem ver que os referidos estatuto, tais como se acham escritos, não podem quadrar ao fim proposto de se formarem por eles verdadeiros e hábeis jurisconsultos.
>
> Os mesmos autores dos referidos estatutos conheceram tanto que os estudos de direito diplomático, e de economia política deviam entrar na faculdade de jurisprudência que declararam que os Professores dessem noticia deles aos seus discípulos quando conviesse; mas nem isto era estabelecer estudo regular, nem preceitos vagos podiam aproveitar.

O Direito Romano não foi incluído no currículo dos cursos jurídicos conforme o planejamento da Lei de 11 de agosto de 1827 ainda que esteja previsto nos Estatutos do Visconde de Cachoeira que foram adotados como Estatutos provisórios. Conforme adiante detalhado, o Visconde Cachoeira elaborou Estatutos para cursos jurídicos que seriam implantados na Corte, mas o projeto nunca se concretizou. O excesso de Direito Romano foi um dos motivos pelos quais os Estatutos da Faculdade de Direito da Universidade Coimbra não fossem adotados pelos cursos jurídicos no Brasil. O tratamento que é dado ao Direito Romano é no sentido de que possa servir como um instrumento de

[5] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

suporte ao Direito Pátrio, afastando-se de debates de finalidade meramente acadêmica. Contudo, uma cadeira para o ensino dos Institutos de Direito Romano será introduzida pelos Estatutos de 1853 e mantida nos Estatutos subsequentes.

> A falta de estudos mais profundos de direito pátrio foi suprida depois pelo Alvará de 16 de Janeiro de 1805, que deu nova forma aos mencionados estudo, e ao ensino da prática do foro estabelecida pelos autores dos estatutos da Universidade de Coimbra para 5º ano jurídico, ficando para o 3º, e 4º ano o ensino do direito pátrio, com que mais aproveitados saem os estudantes nestes tempos modernos, quando anteriormente vinham totalmente hóspedes nos usos práticos, e sabendo mui pouco de direito pátrio, e usa aplicação, quando estes eram os estudos em que deveriam ser mui versados, pois que se destinavam a ser jurisconsultos nacionais.
>
> Se este deve ser considerado o fim primordial dos estudos jurídico, salta aos olhos quão capital defeito era pouco tempo que se empregava no estudo de direito pátrio, e sua aplicação ao foro. Posto que o estudo do direito romano seja uma parte importante da jurisprudência civil, não só porque tem sido este o direito de quase todas as nações modernas, mas principalmente porque nele se acha um grande fundo do direito da razão, pelo muito que os jurisconsultos romanos discorreram ajudados da filosofia moral; tanto assim que deste copioso manancial tiraram Thomasio, Grocio, e Puffendorfio o que depois chamaram direito natural, e os celebres compiladores do Código de Napoleão confessaram ingenuamente, que ali acharam em grande depósito a maior parte regras que introduziram no mesmo código; todavia é o direito romano subsidiário ou doutrinal, como em muitas partes dos mesmos estatutos confessaram os seus ilustres autores, e não podia jamais ser ensinado com tanta profusão e em grande parte as nossas leis sejam extraídas dos romanos, principalmente nos contratos, testamentos, servidões, etc.; ainda que seus compiladores eram mui versados no estudo do direito romano; com tudo é o direito pátrio um corpo formado de instituições próprias deduzidas do gênio, e costumes nacionais, e de muitas leis romanas já transvertidas ao nosso modo, e bastava por tanto, que depois do estudo das institutas se explicasse o direito pátrio, e que nos lugares de dúvidas do direito romano trouxessem os Professores à lembrança o que se tivesse ensinado nas ditas institutas, indicando as leis romanas, onde existe a sua principal doutrina[6].

Os Estatutos do Visconde de Cachoeira, criados para o curso jurídico aprovado em 1824, que nunca chegou a funcionar, foram adotados no primeiro momento, para os cursos jurídicos criados em 1827. O Visconde de Cachoeira, no preâmbulo de seus Estatutos declina os motivos que, desde 1824, nortearam a criação dos cursos jurídicos no Brasil.

> Tendo-se decretado que houve, nesta Corte, um Curso Jurídico para nele se ensinarem as doutrinas de jurisprudência em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrução pública, e se formarem homem hábeis para serem um dia sábios Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece; e outros que possam vir a ser dignos Deputados, e Senadores, e aptos para ocuparem os lugares diplomático, e mais emprego do Estado, por se deverem compreender nos estudos do referido Curso Jurídicos os princípios elementares de direito natural, público,

[6] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

> das gentes, comercial, político e diplomático, é de forçosa, e evidente necessidade, e utilidade formar o plano dos mencionados estudos; regular a sua marcha, e método; declarar os anos do mesmo Curso; especificar as doutrinas que se devem ensinar em cada um deles; dar competentes instruções, porque se devam reger os Professores, e finalmente formalizar estatutos próprios, e solido a aproveitamento dos que se destinarem a esta carreira.
>
> Sem estatutos, em que exponham, e se acautelem todas estas circunstâncias, não se poderá conseguir o fim útil de tal estabelecimento. De que serviriam Bacharéis formado, dizendo-se homens jurisconsultos na extensão da palavra, se o fossem só o nome? Não tendo conseguido boa, e pura cópia de doutrinas de sã jurisprudência em geral, por maneira que utilmente para si, e para o Estado pudessem vir a desempenhar os empregos, para que são necessários os conhecimentos desta ciência, que sob os princípios da moral pública, e particular, e de justiça universal, regula, e preserve regras praticas para todas as ações da vida social, haveria em grande abundancia homens habilitados com a carta somente, sem serem pelo merecimento, que pretenderiam os empregos para os servirem mal, e com prejuízo público, e particular, tornando-se uma classe improdutiva com dano de outros misteres, a que se poderiam aplicar com mais proveito da sociedade, e verificar-se-ia deste modo o que receava um sábio da França (1), da nímia facilidade, e gratuito estabelecimento de muitos liceus naquele país[7].

Sobre a criação dos cursos jurídicos, destaca José Murilo de Carvalho (2012:76)

> Os cursos de direito foram criados à imagem do predecessor coimbrão. Os primeiros professores eram ex-alunos de Coimbra e alguns dos primeiros alunos vieram de lá transferidos. Mas houve importante adaptação no que se refere ao conteúdo das disciplinas. O direito romano foi abandonado em benefício de matérias mais diretamente relacionadas com as necessidades do novo país, tais como o direito mercantil e marítimo e a economia política. A ideia dos legisladores brasileiros era a de formar não apenas juristas, mas também advogados, deputados, senadores, diplomatas e os mais altos empregados do Estado, como está expresso nos Estatutos feitos pelo visconde de Cachoeira, adotados no início dos cursos.
>
> A mudança afetou em alguma medida a formação dos bacharéis brasileiros. Segundo depoimento de Joaquim Nabuco, a primeira geração deles, da qual fazia parte seu pai Nabuco de Araújo, aprendeu direito mais na prática que na escola. E, de fato, os grandes códigos legais do Império foram todos redigidos pela geração de Coimbra. Estão nesse caso o Código Criminal e o Código Comercial, além da própria Constituição e de suas reformas.

A origem de orientação pragmática dos cursos jurídicos vai ser a tônica e fio condutor de diversas análises que serão feitas a respeito do período do Império. Em sua obra em que pretende reconstruir a figura do bacharel em Direito no Brasil do século XIX a partir de obras literárias, Eliane Botelho Junqueira, em primeiro lugar, destaca a falta de vocação dos estudantes de Direito. Tomando como base Bentinho, o narrador – protagonista de Dom Casmurro, de Machado de Assis, chama a atenção para o fato de que o

[7] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

personagem passa parte da obra em dúvida entre Direito ou Medicina sem, contudo, demonstrar qualquer tipo de inclinação ou interesse específico por qualquer dessas carreiras. No caso de Bentinho é certo que a faculdade de Medicina ou de Direito significam a alternativa desejada aos planos maternos de enviá-lo ao seminário. Contudo, o dilema de Bentinho de uma maneira geral seria compartilhado por muitos outros jovens da burguesia em ascensão do Rio de Janeiro do século XIX, que não procuravam uma carreira em especial, mas apenas um meio de obter independência familiar e libertar-se dos laços de dominação materna.

> Podendo ser considerado um dos principais estereótipos veiculados pela literatura brasileira oitocentista, representante paradigmático da burguesia em ascensão, Bentinho é o personagem que traduz não a vocação jurídica para a defesa dos ideais de justiça, mas a dúvida profissional compartilhada por diversos outros mancebos do século XIX, para os quais o curso de direito representava uma fuga, um álibi profissional uma "carta de alforria". Enfeitiçado por uns olhos de ressaca, Bentinho oscila durante toda a primeira parte do romance entre o direito e a medicina, alternativas para escapar à promessa materna de enviá-lo ao Seminário e, consequentemente, de afastá-lo de Capitu. Já revelando uma astúcia que justificará os ciúmes futuros, a ideia do curso de direito nasce de Capitu ("diga-lhe que está pronto a ir estudar leis em São Paulo") (Dom Casmurro, 61), e não de Bentinho, aparentemente mais atraído pela medicina, como deixa transparecer quando afirma, com uma certa resignação "[e]stou pronto para tudo; se ela quiser que eu estude leis, vou para S. Paulo" (Dom Casmurro, 74 - grifo nosso). (JUNQUEIRA, 1997: 78).

Nesse cenário marcado pela falta de vocação dos estudantes, observam-se dois fenômenos. Em primeiro lugar, a evasão, retratada também nas obras literárias do século XIX como um fato comum nas escolas de Direito do Brasil. Em segundo lugar, o desenvolvimento de atividades paralelas dos estudantes no ambiente da Faculdade de Direito, como demonstram diversas obras destinadas a estudar e elucidar o cotidiano dos cursos jurídicos. O protagonista de Dom Casmurro está pronto para estudar Direito por sugestão de seu interesse romântico na obra, mas, como ressalta Botelho Junqueira, não se trata de algum tipo de afinidade especial com a careira jurídica. A falta de afinidade com a carreira jurídica não é exclusividade de Dom Casmurro, sendo observados na literatura oitocentista outros casos de personagens que começaram a faculdade de Direito sem especial interesse. Em Senhora, de José de Alencar, o personagem abandona a faculdade de Direito em razão de dificuldades financeiras, mas sem que isso signifique qualquer tipo de arrependimento ou lamento, na medida em que se interessava mais por outras carreiras, tais como o jornalismo ou a literatura, que poderiam ser desenvolvidas fora da faculdade de Direito. A referida função do curso superior, mas sem especial destaque para o conteúdo,

encontra-se em destaque na obra Escrava Isaura na qual o personagem Leôncio abandona a faculdade de Direito, sendo que antes abanadora também a faculdade de Medicina, e seu rival na obra, Álvaro, abandona os estudos jurídicos após superadas as matérias propedêuticas. Motivado pela necessidade de ter uma profissão, Álvaro deixa o curso tão logo passa das matérias de conteúdo filosófico para o estudo de casos práticos com base no direito positivo.

> Pronto para tudo, pronto para qualquer coisa, pronto até mesmo para estudar direito, são formas de explicitar a falta de interesse e de vocação pela carreira jurídica compartilhada por outros personagens que, sem amor pelo estudo das leis, não concluem o curso de direito. Sem dinheiro para concluir os estudos, Seixas, por exemplo, abandona a faculdade no terceiro ano do curso sem muito pesar, uma vez que "a carta de bacharel não tinha grande sedução para a sua bela inteligência mais propensa à literatura e ao jornalismo" (Senhora, 51-2). O mesmo acontece com Leôncio e Álvaro, rivais na disputa pela escrava Isaura. Após dissipar uma parte da fortuna paterna em Recife, onde cursava a Faculdade de Direito (depois, diga-se de passagem, de ter abandonado o curso de medicina), Leôncio "tomou tédio também pelos estudos jurídicos" (A Escrava Isaura, 14). Da mesma forma, Álvaro, que se dedicou ao direito apenas por perceber a necessidade de "ter uma profissão qualquer", também abandona o curso quando, superado o prazer decorrente do estudo da filosofia no primeiro ano, teve que se embrenhar no "intrincado labirinto dessa árida e enfadonha casuística do direito positivo" (A Escrava Isaura, 62). (JUNQUEIRA, 1997:78)

Entusiasmo no primeiro ano e tédio nos anos subsequentes, como experimentado pelo personagem tem suas origens na forma como estavam estruturados os cursos jurídicos, questão essa que também foi tratada pelo Visconde de Cachoeira[8]:

> Além do que fica dito cumpre observar que a nímia erudição dos autores dos estatutos de Coimbra; a profusão com que a derramaram na sua obra, o muito e demasiado cuidado com que introduziram o estudo de antiguidades e as amiudadas cautelas que só deveriam servir para aclarar, e alcançar o sentido dos difíceis, fizeram que os estudantes saíssem da Universidade mal aproveitados na ciência do direito pátrio, e sobrecarregados de subtilezas, e antiguidades, que mui pouco uso prestaram na prática dos empregados a que se destinaram.
>
> Os mesmos mestres e doutores, para se acreditarem de sábios perante seus companheiros e discípulos, faziam longos e profundos estudos de direito romano e antiguidade, e seguindo neles a escola Cujaciana, filosofavam muito teoricamente sobre os princípios de direito, e por fugirem o rumo da de Bartholo, Alciato, e mais glosadores e casuístas, ensinavam jurisprudência mais polêmica do que apropriada à prática da ciência de advogar, e de julgar. Não foi só nímio estudo de direito romano a causa principal de se não formarem verdadeiros jurisconsultos; foi também, como já dissemos, a falta de outras partes necessárias da jurisprudência, e que, fundadas na razão, preparam os ânimos dos que aprendem para conseguirem aos menos os princípios gerais de tudo, que constitui a ciência da jurisprudência em geral, e cujo conhecimento forma os homens para os diversos empregos da vida civil.

[8] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

Ainda, prescreve como deveria ser o primeiro ano:

Capítulo III. 7º Acabadas as lições de direito natural, passará o Professor às do direito público universal, e particular, e explicará as matérias que essencialmente se compreenderem nesta parte da jurisprudência pública: dará uma ideia clara do que entenderam por este direito os tempos modernos, apresentando em resumo a história desta parte da ciência jurídica.

8º Como porém a base essencial deste direito seja o complexo dos direitos e obrigações das nações para com os Soberanos, e reciprocamente, cumpre que com muito discernimento se mostre aos discípulos a natureza dos mesmos direitos, e obrigações, e se estabeleçam os seus verdadeiros limites, do que depende a tranquilidade pública, e a consolidação do governo.

9º E sendo hoje mui discutidas estas matérias, as explicará com madureza e cuidado, servindo-se d'entre os livros modernos, de Brie, Perrault, e de outro qualquer eu parecer mais apropriado para o uso das escolas, unindo-lhe as doutrinas de muitos outros homens celebres deste último tempo. Exporá mais nas suas lições as diversas formas de governo, já simples, já composto, para chegar gradualmente a expor o em que consiste o governo misto, constitucional, e representativo, fazendo conhecer em teoria, e com aplicação ás modernas constituições, o nexo e a influência de cada uma das diversas formas símplices nos governos mistos; e sendo o ponto mais essencial destes governos a divisão dos poderes que constituem a soberania, e o equilíbrio entre eles mesmo, explicará com muito cuidado esta matéria essencial e importantíssima, para o que muitos socorros lhe prestará fritot na ciência da publicista.

10º Desta matéria, mais que em muitas outras, é necessário formar quanto antes em compendiado, que contenha com precisão, e clareza as doutrinas que formam o direito público na sua verdadeira inteligência, e com aplicação aos modernos princípios. E sendo justo que não só tenham os estudantes perfeito conhecimento dos princípios luminosos, que foram adotados na Constituição do Império, mas que entrem bem na inteligência deles, o Professor se aproveitará da mesma Constituição para explicação do direito público, particular, nacional com o discernimento, e siso que exige tão importante objeto.

11º Na Segunda cadeira deste ano explicará o Professor as institutas do direito romano. Como este tem servido da base a maior parte dos códigos civis das nações modernas, e muito dele se aproveitaram os compiladores das leis que nos regem, deve haver um conhecimento bem que elementar, deste direito com alguma extensão e profundidade. Exporá por tanto o professor uma história em resumo do direito romano, notando as diversas épocas digesto, do código, e das novelas; do uso, e autoridade que tem tido entre nós, explicando que foi sempre subsidiário, e doutrinal, que nunca teve autoridade extrínseca, como mui doutamente observaram os autores dos estatutos da Universidade de Coimbra, autenticamente o declarou a Lei de 18 de Agosto de 1679.

12º Como porém não só muitas das nossas leis são tiradas do mesmo corpo de direito romano, mas até ele contém muitos casos definidos que na falta de lei nacional devem servir no foro, quando forem fundadas em boa razão, convém estudar as doutrinas gerais, que vem nas ditas institutas, e fazer nos lugares paralelos menção do que se acha decidido no preferido código, digesto, e novelas, explicando com clareza os princípios gerais das decisões romanas, para conhecer – se o que merece consideração, aplicação por se fundar em direito natural, e o que deve ser reprovado por não Ter esta base, e vir somente dos costumes do povo romano, ou de outras quaisquer origens, que o tornem inadmissível, e fara mui discreta seleção para serem omitidas aquelas doutrinas, que por semelhantes

> motivos devam ser rejeitadas.
>
> 13º Contendo as mesmas institutas muitos destes defeitos é mais apropriado o uso do compêndio de Waldek, que as resumiu, rejeitando o que já não convinha estudar, em quanto o Professor não fizer novo compêndio, no qual observe, quanto lhe seja possível um método semelhante, e demais lhe acrescente o uso prático, que cada doutrina tem, ou pode vir a ter pelas razões já dadas, pondo no fim de cada parágrafo ou capítulo, que são ou não reprovadas pelo direito brasileiro as matérias que nele se contiverem, à maneira do que observou Heinecio no compêndio das Pandectas, onde aponta sempre em lugar compete o que se observa – jure Germano – Haver-se-á porém o referido Professor com muita cuidado nesta explicação de observância, porquanto não convido estudar o direito senão pelos motivos exposto, releva que os estudantes o ouçam e aprendam sempre como fito na sua aplicação à prática do foro. O Professor apontará aos seus ouvintes os livros onde se acham as doutrinas que houver expendido, para as irem estudar com mais vastidão, e tirando-se deste Curso jurídico estudo profundo, que na Universidade de Coimbra se faz do corpo do direito romano em dois anos consecutivos, além do tempo que se despende com as institutas, é mister que os estudantes tenham sempre um cabal conhecimento das instituições mais gerais do mesmo direito, como melhor se explicará quando se tratar do 3º e 4º ano[9].

A falta de interesse e vocação dos estudantes completa o quadro que muitas vezes é desenhado nas memórias acadêmicas, com detalhados relatos a respeito do corpo docente, especialmente da Academia de Direito de São Paulo, que, muitas vezes, carecia de didática. Da mesma forma que o protagonista de Dom Casmurro decide-se pelo estudo jurídico como uma forma de conquistar sua independência, Brás Cubas, de Memórias Póstumas de Brás Cubas, também de Machado de Assis, expressamente declara que o diploma é sua carta de alforria. Além do caráter emancipatório do diploma, coloca que a Universidade de Coimbra, em sua formatura, nada mais que atestava um conhecimento que ele reconhecia não possuir. Diz Brás Cubas que se sente de alguma forma logrado e esse é um sentimento que ecoa até os dias atuais, em que o estudante passa por uma reflexão a respeito do próprio curso e que correspondência pode existir entre o diploma que lhe está sendo conferido e os conhecimentos adquiridos ou mesmo sua capacidade de atuar na área de estudo. Da mesma forma que Brás Cubas, outros protagonistas, uma vez superado o curso de Direito, mas sem qualquer vocação ou especial interesse para a área, dedicavam-se a advogar pelo menor tempo possível, apenas o suficiente para poder manter o nome na porta do escritório.

> Falta de vocação é também o caso do protagonista de Iaiá Garcia. Sem "queda para a profissão de advogado nem para a de juiz" (laiá Garcia, 82), Jorge "empregava uma partícula do tempo em advogar o menos que podia – apenas o bastante para ter o nome no portal do escritório e no almanaque Lemmertz" (laiá Garcia, 85). Ou de Brás Cubas que, apesar de estudar “mediocremente as matérias árduas da

[9] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

> Universidade de Coimbra, não conseguiu perder o grau de bacharel". E, conforme reconhece, "no dia em que a Universidade me atestou, em pergaminho, uma ciência que eu estava longe de trazer arraigada no cérebro, confesso que me achei de algum modo logrado, ainda que orgulhoso. Explico-me: o diploma era uma carta de alforria" (Memórias Póstumas de Brás Cubas, 141).
>
> Este é ainda o caso de Raimundo da Silva que, tendo ido para Coimbra estudar teologia, acabou cursando a faculdade de direito. Apesar de se formar "com distinções e boas notas", Raimundo não escapou ao destino dos jovens herdeiros de boa fortuna: só advogava "a própria causa" (O Mulato, 48). Ou, por fim, este é o caso de Tristão, atraído para o curso jurídico não pelo amor ao direito, mas sim pelo título de doutor. Ao se recusar a seguir a vontade paterna, que queria vê-lo negociante, Tristão teima em "estudar direito e ser doutor": "[s]e não havia propriamente vocação, era este título que o atraía". E, repetindo uma frase que será dita por diversas outras gerações de brasileiros, Tristão reitera sua decisão: "[q]uero ser doutor! Quero ser doutor! " (Memorial de Aires, 84). (JUNQUEIRA, 1997: 78-79)

Percebe-se que os cursos superiores, tal como continua até os dias atuais, significam um estado diferenciado na sociedade, tanto pelo já mencionado elemento de emancipação que se verifica em Dom Casmurro e em Memórias Póstumas de Brás Cubas, quanto pelo título de doutor que fortemente deseja alcançar o protagonista de Memorial de Aires. Botelho Junqueira, valendo-se da análise de Roberto Schwarz a respeito dos bacharéis em Direito do século XIX, tal como retratados nas obras de literatura, coloca que o desinteresse pelos cursos jurídicos e educação superior de um modo geral é apenas uma parte de uma postura mais ampla em relação à vida.

> Inseridos no mundo aristocrático do Brasil imperial, que valorizava a aparência, a ostentação e a ornamentação, para os mancebos que frequentavam os salões da Corte e da província, este desinteresse em relação aos estudos traduzia uma atitude mais geral em relação à vida. Roberto Schwarz, por exemplo, considera que Brás Cubas é o retrato perfeito da classe dominante do século XIX, com o livro descrevendo as "quatro estações da vida de um brasileiro rico e despreocupado: nascimento, o ambiente da primeira infância, estudos de Direito em Coimbra, amores de diferentes tipos, filosofias, cientificidades, e por fim a morte. Estão ausentes do percurso o trabalho e qualquer forma de projeto consistente. A passagem de uma estação a outra se faz pelo fastio, imprimindo ao movimento a marca do privilégio de classe" (Schwarz, 1990: 61). Atitude semelhante é cultivada em Zuza, o protagonista de A Normalista. Se Brás Cubas é o retrato perfeito da classe dominante brasileira, Zuza representa as elites provinciais, os filhos dos "coronéis": "[o] futuro bacharel em leis ou simplesmente o Zuza, como era conhecido em Fortaleza o filho do Coronel Souza Nunes, passava uma vida regalada, usufruindo largamente a fortuna do pai avaliada em cerca de cem contos de réis. O coronel franqueava a burra ao filho com uma generosidade verdadeiramente paternal. Queria-o assim mesmo, com todas as manias aristocráticas e afidalgadas, com os seus jeitos elegantes, arrotando grandeza e bom-gosto, tal qual o presidente da província de quem se dizia amigo" (A Normalista, 61). Atitude, enfim, perseguida mesmo por aqueles sem fortuna familiar, como Seixas, cujas roupas e elegância contrastavam com a situação de penúria de sua mãe e irmãs (Senhora). (JUNQUEIRA, 1997:79).

Tratando da realidade do Império, José Murilo de Carvalho confirma o retrato que foi elaborado por Eliane Botelho Junqueira a partir das obras literárias no que se refere ao cotidiano dos bacharéis em Direito no Brasil do século XIX, desde a escolha do curso, passando pelo cotidiano acadêmico, até a prática das carreiras jurídicas. A educação superior tem a função de ser o elemento unificador da elite imperial brasileira, uma vez que quase todos os componentes da elite frequentavam algum tipo de curso superior, o que muito raramente se verificava pata indivíduos fora dela, o que gera, nas palavras de José Murilo de Carvalho, "uma ilha de letrados em um mar de analfabetos". A educação superior estava concentrada apenas na elite e seu oferecimento também estava concentrado em um pequeno número de carreiras disponíveis, bem como de instituições de ensino superior, com predominância dos cursos jurídicos, provendo um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Explica-se, desta forma, a urgência na criação dos cursos superiores após ter sido declarada a Independência do Brasil, bem como o estrito controle que exercia Portugal sobre a criação e funcionamento de instituições de ensino superior, sendo a Universidade de Coimbra a única instituição frequentada por brasileiros durante o período colonial. O governo imperial brasileiro manteve a tradição de estrito controle sobre as instituições de ensino superior desde a sua criação, sendo que o número continuou restrito em termos de instituições, aproximando, como explica José Murilo de Carvalho (2012:65), o Iluminismo Português do modelo italiano, com forte preponderância do clero.

> Elemento poderoso de unificação da elite imperial foi a educação superior. E isto por três razões. Em primeiro lugar, porque quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos. Em segundo lugar, porque a educação superior se concentrava na formação jurídica e fornecia, em consequência, um núcleo homogêneo de conhecimentos e habilidades. Em terceiro lugar, porque se concentrava, até a Independência, na Universidade de Coimbra e, após a Independência, em quatro capitais provinciais, ou duas, se considerarmos apenas a formação jurídica. A concentração temática e geográfica promovia contatos pessoais entre estudantes das várias capitanias e províncias e incutia neles uma ideologia homogênea dentro do estrito controle a que as escolas superiores eram submetidas pelos governos tanto de Portugal quanto do Brasil. (...). Surgindo nesse contexto, o Iluminismo português ficou mais próximo do italiano que do francês. Preparado pelos padres do Oratório, com Luís Antônio Verney à frente, esse Iluminismo era essencialmente reformismo e pedagogismo. Seu espírito não era revolucionário, nem anti-histórico, nem irreligioso, como o francês; mas essencialmente progressista, reformista, nacionalista e humanista. Era o Iluminismo italiano: um Iluminismo essencialmente cristão e católico.

A Academia de Direito de São Paulo produziu os elementos que supriram o que se denominou "mandarinato dos bacharéis" obtendo os benefícios de um Estado que era organizado como um "imenso arquipélago de magistrados". Nessa sociedade,

ideais liberais e princípios democráticos não se apresentavam de forma clara, mas eram tomados de forma difusa. Esse tratamento etéreo dado aos princípios é uma representação da incapacidade dos debates sobre a instauração da democracia na sociedade brasileira de produzir resultados satisfatórios e aplicáveis ao caso concreto.

> A formação de cliques escolares, verificada em Coimbra, também se dava, e em escala maior, em São Paulo e Recife. Nabuco de Araújo, por exemplo, foi colega e amigo, em Olinda, de Araújo Lima, Sinimbu e Ferraz, três futuros chefes partidários e presidentes do Conselho de Ministros. O mesmo se deu com Zacarias e Cotegipe. Na condição de chefes de partidos opostos, os dois envolveram-se mais tarde em ásperas discussões no Parlamento sem, no entanto, quebrar os laços de amizade criados na juventude. A turma de 1866 da escola de São Paulo incluía Castro Alves, o poeta abolicionista e de tendências republicanas; Joaquim Nabuco, futuro deputado, líder abolicionista e monarquista convicto; Afonso Pena, futuro ministro do Império e Presidente da República; Rui Barbosa, futuro deputado no Império, líder liberal e ministro republicano; Rodrigues Alves, futuro deputado no Império e depois Presidente da República, e Bias Fortes, um dos principais políticos de Minas Gerais na República.
>
> O isolamento a que estavam submetidos os alunos de Coimbra foi quebrado nas escolas de direito brasileiras. Mas as ideias radicais continuaram ausentes dos compêndios adotados. Desenvolveu-se uma orientação mais pragmática e eclética sob a influência de Bentham e Victor Cousin, este último talvez o autor de maior influência intelectual sobre a elite brasileira até 1870. Segundo observa Mercadante, o compromisso e a adaptação foram a característica básica da elite política e intelectual, refletindo a situação do país em que um governo constitucional e uma constituição liberal tinham que coexistir com oligarquias rurais e com o trabalho escravo. (CARVALHO, 2012:83)

Um dos pontos centrais da investigação de Sérgio Adorno (1988) foi tentar esclarecer como podia ser possível que o Estado brasileiro tivesse uma forma de organização e atuação autoritária se seus principais construtores, egressos das Academia de Direito, eram liberais. Tendo em vista isso, sustenta que não existiu um conflito relativo ao liberalismo, mas somente em relação a um conteúdo democrático e sua implementação. Esse debate percorreu todos os caminhos nas estruturas de apropriação e formação do poder no século XIX. Como resultado, o liberalismo, em sua forma moderada e conservadora, apartado de preocupações com modernizações na sociedade brasileira, informava a ação político-partidária dos artífices do Estado. O resultado foi um Estado patrimonial articulado a práticas liberais de exercício do poder.

> Esta investigação busca reconstruir, sob a ótica sociológica, o processo de formação cultural e profissional dos bacharéis em São Paulo, durante o século XIX, no contexto de emergência da ordem social competitiva na sociedade brasileira e da solidificação do liberalismo econômico e político enquanto ideologia dos estratos sociais dominantes, saídos vitoriosamente da revolução descolonizadora. (ADORNO, 1988:19)

Tomando os fatos em análise sob essa perspectiva, faz-se necessário analisar o contexto social, cultural e intelectual em que estava inserida a formação dos bacharéis da Academia de Direito de São Paulo. Isso permite que se possa fazer a adequada conexão, do ponto de vista sociológico, entre os intelectuais do século XIX e a organização da cultura jurídico-política. Esse estudo passa, necessariamente, pela análise da profissionalização da atividade política no horizonte do liberalismo e a gênese do modelo de cidadania nessa sociedade durante a emergência da ordem imperial competitiva. Conforme delimitado na Introdução, a análise do presente trabalho procura investigar, pelos enunciados de dissertações elaboradas pelos estudantes da Academia de Direito de São Paulo, como os ideais do liberalismo do século XIX eram efetivamente desenvolvidos. Também, será analisada a preocupação prática acima referida no sentido de identificar como as provas, de maneira mais ou menos explícita, tratavam da prática de carreiras de Estado.

> Estudiosos contemporâneos, como Alberto Venâncio Filho (1982) e Sérgio Adorno (1988, p. 145, 150 e 236), dão conta da debilidade, se quisermos, da produção jurídico-intelectual do Brasil independente, especialmente do Brasil pré-1970. Reconhecem, porém, como não poderia deixar de ser, que os bacharéis desempenharam papel fundamental na política brasileira, ou, se quisermos, na construção de um Estado nacional. Nesses termos, sugerem que a produção brasileira foi essencialmente política, não propriamente dogmática ou técnico-jurídica. Os dois autores parecem indicar uma espécie de contradição: de um lado, dizem, a produção intelectual dos juristas brasileiros seria pequena, de menor relevância; de outro lado, o Estado imperial foi construído essencialmente por bacharéis. Em outras palavras, os operadores da cultura jurídica tiveram uma importância prática muito grande, mas sua cultura teria sido menor. (LOPES, 2010:100).

Através da ação dos acadêmicos, de seus institutos e associações, de sua imprensa e do que a vida estudantil proporcionava em termos de prestígio e poder, tanto a professores quanto estudantes, foi a cidade, pouco a pouco, perdendo sua fisionomia herdada dos tempos coloniais e abrindo espaço para as transformações que se anunciavam. Ainda que o trabalho de Eliane Junqueira, acima referido, tenha empregado metodologia claramente equivocada, serve para ilustrar como a formação em Direito permite ao Bacharel desenvolver diversas atividades, mesmo aquelas não relacionadas ao Serviço Público. O diploma da Academia de Direito representa tanto uma forma de emancipação quanto uma credencial para o desenvolvimento de atividades em outras carreiras. Assim, ainda que, de fato, tenham provido os quadros para o Estado brasileiro ao longo de todo o Império, também proveram nomes de destaque em outras áreas, tais como literatura e jornalismo.

A obra de José Reinaldo de Lima Lopes (2010:101) afasta-se das abordagens tradicionais a respeito do desenvolvimento da cultura jurídica no Brasil durante o Império. Por um lado, coloca que as críticas que são reproduzidas e, em alguns casos, desenvolvidas e aprofundadas nas obras de Venâncio Filho (1957) e Sérgio Adorno (1991) devem ser consideradas com cautela na medida em que é compreensível que um Estado recém independente precise formar quadros para a burocracia. Por outro lado, ainda que admitindo que a orientação pragmática na origem não signifique, como os referidos autores podem fazer parecer, uma produção menor ou de menor qualidade, o centro de formação e difusão da cultura jurídica no Império não eram as faculdades de Direito, mas o Conselho de Estado.

> Creio, por isso mesmo, que se deve entender as afirmativas com o grão de sal necessário, de modo a procurar-se a cultura jurídica justamente onde ela foi feita, ou seja, na prática cotidiana do aparelho do Estado e nos costumes locais, nas working rules de grupos determinados (como os comerciantes, banqueiros, comissionários de café, famílias). Não seria adequado, a meu ver, generalizar as conclusões dos ensaios. Talvez não seja o caso de ultrapassar os limites da constatação sociológica, segundo a qual as Faculdades de Direito eram uma espécie de criadouro de agentes do Estado, para daí derivar a ideia de que a produção brasileira foi menor. Naturalmente, de um país recém-saído do estatuto colonial, no qual não se haviam constituído escolas superiores (exceto o modelo dos colégios dos jesuítas e mais recentemente o famoso Seminário de Olinda), de estrutura agrária e de base escravista, não é descabido dizer que sua cultura jurídica tem papel subalterno quando comparada com as sociedades polidas da cristandade europeia. Ao mesmo tempo, porém, é certo que as fontes (debates parlamentares, relatórios de ministros e decisões do Conselho de Estado) sugerem um grau sofisticado de argumentação se não em todos pelo menos em numerosos textos da elite imperial.

O retrato das aulas mostrava-as limitadas a exposições de comentários da lei, seguindo o ideal de que o código era expressão perfeita do direito de um povo em determinada matéria. Seria elaborada conforme a ideia pressuposta de um sentimento de justiça absoluta que é interpretada ou materializada pela autoridade legislativa, fenômeno que António Manuel HESPANHA classifica como sendo típico do chamado romantismo jurídico. Sobre esse tema, tendo como exemplo o Código Napoleônico, Mario ASCHERI (2009) trata da passagem do Direito Erudito para o Direito Legislado. O sistema do Direito Comum foi muito criticado por autores do Iluminismo por estar ligado a aspectos políticos e sociais do Antigo Regime. Idealizado sob a influência das ideias de Montesquieu, o novo sistema apoiava-se em duas ideias centrais decorrentes da separação de poderes: (i) juiz como “oráculo da lei”, na sua atividade jurisdicional deve se ater ao texto da lei, toda a

liberdade de decisão decorrente da motivação na extensa doutrina existente no Antigo Regime cai por terra; (ii) apenas o legislativo teria capacidade de responder às questões legais. É desse período a Escola da Exegese, que professava que a interpretação do Código deveria ser literal, uma vez que todas as questões estão tratadas no Código, não há necessidade do uso de outros dispositivos legais. Essa utopia não se sustenta uma vez que os próprios debates a respeito do Código Napoleônico tratavam da extensão da derrogação das normas anteriores.

Como apontado por cronistas e memorialistas, a quem se pode atribuir confiabilidade, pela menção reiterada ao fato, a falta de assiduidade dos docentes caminhava, par a par, à do corpo discente. Isso dava-se pelo fato de que, para os estudantes, burlar os métodos de verificação de presença constituía-se em ousadia estudantil que conferia glórias e reconhecimento a seu autor. Também era caso de atritos entre professores e alunos a questão das avaliações. Os lentes eram frequentemente apontados como sendo excessivamente indulgentes, a ponto desse fato chamar a atenção, ainda em 1833, a atenção do Ministro do Império Campos Vergueiro, futuro diretor da Academia de Direito de São Paulo, que enviou profundas reprimendas, lamentando que isso pudesse tornar menos valiosos os diplomas obtidos. Resultando em confusão de eméritos cidadãos com ociosos que imerecidamente aspiravam a títulos. Por outro lado, existem também casos em que os estudantes julgavam rigorosas em demasia as avaliações, inclusive ameaçando fazer uso da violência física contra docentes em caso de reprovações.

No caso do controle de presença, sob a influência do liberalismo cientificista, uma parcela da intelectualidade brasileira, como que reagindo à rapidez e eficácia com que as novas ideias positivistas encontravam eco na mocidade acadêmica, decidiu enveredar, de maneira inconsequente, pela defesa da liberdade de ensino, sendo abolidas quaisquer restrições. Leôncio de Carvalho, um dos mais destacados nomes do Partido Liberal no final da década de 1870, acreditava como sendo absolutamente necessária à consolidação do progresso do ensino – para que fosse possível materializar as esperanças de uma Academia de Direito vigorosa – a remoção de controles sobre os estudantes. Deveriam ser movidos apenas por suas tendências naturais, independentes de quaisquer controles coativos por parte do Estado, tendo o espírito livre de limitações. Essa inciativa foi objeto de duras críticas também; em 1833, Vicente Mamede apontava o fato de que a reforma do ensino livre não consagrou a liberdade de ensinar, mas colocou em seu lugar a liberdade

não aprender.

Os relatos sobre o cotidiano da Faculdade de Direito de São Paulo revelam o quanto a ausência de uma sólida estrutura curricular, de um eficiente sistema de aprendizagem e de um relacionamento social, antes de tudo, orientado por princípios de impessoalidade e objetividade, influenciaram a formação político-cultural dos bacharéis. Além das associações e agremiações de estudantes que ocupavam a lacuna deixada pelo ensino deficitário, a indisciplina era também uma forma de resistência do corpo discente. Essa atitude não apenas perturbava a rentabilidade simbólica que se esperava obter da estrutura curricular que foi importa ao curso, mas também revelava não estar no processo de ensino-aprendizagem o cerne do processo de profissionalização dos bacharéis.

Demonstrar que esse processo ensino-aprendizagem era ineficiente foi o objetivo de obras como as já citadas Os Aprendizes do Poder ou Das Arcadas ao Bacharelismo, chamando a atenção para a suposta ausência de espírito científico e doutrinário que apresentava o corpo docente da Academia de Direito de São Paulo. A análise da lista do quadro docente da Academia de Direito de São Paulo no período 1827-1883 permite encontrar nomes de destaque na cena política do Império, que ocuparam cargos de deputados, presidentes de província e ministros de Estado. Sérgio ADORNO (1988) afirma que a eles, porém, não corresponderia igual celebridade na qualidade de produtores de conhecimento. O que não significa, absolutamente, que não existissem docentes que adquiriram importância na atividade de jurisconsultos, fato que não apenas servia de distinção no quadro geral reinante, mas também conferia-lhes grande prestígio entre os estudantes. O fato de que nem todos os lentes catedráticos das Academias de Direito se dedicassem ao desenvolvimento de obras de doutrina jurídica, não significa, que não realizassem qualquer tipo de produção. Conforme acima mencionado, muitos deles ocupavam cargos na administração estatal, de modo que desenvolviam relatórios para o acompanhamento de suas atividades, assim como, em vários casos, proferiam discursos nas casas legislativas. Esse panorama, aliado ao baixo nível de doutorados, revela a pouca importância conferida à atividade docente. Também os doutoramentos, mais do que arte do processo de aperfeiçoamento intelectual destinado à formação de futuros professores, era encarado como sendo mais um processo de apropriação de prestígio desenvolvido pelas elites políticas.

4. Análise das Dissertações

O programa de Direito Civil nas Faculdades de Direito estava dividido no terceiro e no quarto anos, havendo dois catedráticos para lecionar, de modo que cada um acompanhava a mesma turma. Os catedráticos responsáveis pela cadeira de Direito Civil durante o período analisado foram Clemente Falcão de Sousa Filho e Francisco Justino.

Sobre a carreira docente de Falcão Filho, informa Giordano Bruno Soares Roberto (2008:359):

> Em 1857, pouco depois de alcançar o grau de doutor, **Falcão Filho** se inscreveu em concurso para o cargo de lente substituto da Faculdade de Direito de São Paulo. Mesmo concorrendo com Justino de Andrade, onze anos mais velho que ele, obteve o primeiro lugar. O Governo, no entanto, não seguiu a ordem apresentada pela Congregação e nomeou Justino. Em 1860, participou, como candidato único, de um segundo concurso para lente substituto. Aprovado e indicado ao Governo, foi nomeado por Decreto de 28 de maio de 1860, tendo tomado posse a 27 de junho.414 Nesse mesmo ano, no dia 28 de junho, deu sua primeira aula no curso jurídico, justamente na disciplina de Direito Civil, cuja cátedra ocuparia daí a alguns anos.
>
> Como substituto, regeu muitas matérias, entre as quais, além de Direito Civil, podemos mencionar as de Direito Comercial, Processo Civil e Criminal e Direito Eclesiástico. Em 1862, por exemplo, de 19 de setembro até o final do ano, deu aulas de Direito Comercial, em substituição ao seu pai, o Falcão Velho, como lhe chamavam os discípulos.
>
> Nesse período, no entanto, obteve maior destaque quando esteve na regência da cadeira de Direito Eclesiástico, cujo catedrático, Conselheiro Martim Francisco Ribeiro de Andrada, afastava-se com frequência para tomar assento na Assembleia Geral.
>
> Em 1862 e 1864, por exemplo, Falcão Filho deu aulas da matéria do início do ano até meados de setembro. Nessas ocasiões, defendia ideias como a separação da Igreja e do Estado, a ilegitimidade do poder temporal do Papa, a erronia da doutrina da infalibilidade e a inconveniência do celibato clerical.
>
> Segundo Almeida Nogueira, quando ocupava a cátedra de direito eclesiástico, "suas brilhantes preleções impressionavam profundamente o espírito da mocidade, a qual frenética o aplaudia".
>
> Passados dez anos de sua posse como substituto, por Decreto de 23 de março de 1870, Falcão Filho foi nomeado lente catedrático de Direito Civil, sucedendo ao Conselheiro Ribas. A partir daí, e até a data de seu falecimento, lecionará, nos anos ímpares, para as turmas do terceiro ano, e, nos pares, para as do quarto ano, de modo a acompanhar seus alunos durante todo o curso de Direito Civil.

Da mesma forma, Giordano Bruno Soares Roberto (2008:388) resume a trajetória de Francisco Justino:

Justino e Falcão Filho foram aprovados em concurso realizado no mês de julho de 1859. Na verdade, Falcão foi classificado em primeiro lugar, mas Justino logrou obter a nomeação por ter, no ministério do Império, um antigo colega, o doutor João Pereira de Almeida, com tivera, ainda nos bancos escolares, o seguinte diálogo:

– "Justino, a sua verdadeira vocação é o magistério nesta Academia. "

– "Mas, não tenho proteção, e sou estrangeiro"...

– "Não quer dizer nada. Se algum dia eu for Ministro do Império, a sua nomeação é garantida."

– "Veja lá!" – obtemperou Justino – "Vou exigir-lhe a promessa."

– "Pois sim", – disse Pereira de Almeida, formalizando-se.

– "Nunca faltei ao prometido".

Assim, no dia 26 de outubro de 1859, tomou posse como lente substituto. Como substituto, lecionou inúmeras disciplinas. Durante todo o ano de 1862, por exemplo, regeu a cadeira de Economia Política. Em 1864, leu na cadeira de Direito Civil do terceiro ano, do começo das aulas até o final do mês de setembro, quando José Bonifácio, retornando da Corte, reassumiu o seu posto.530 Por Decreto de 29 de fevereiro de 1868, foi nomeado catedrático de Direito Natural. Durante todo o ano de 1870, por exemplo, em que esteve lecionando a disciplina no segundo ano, há notícia de que "foi estudada toda a matéria determinada pela lei". (ANDRADE, memória de 1871, p. 7).

No final de 1870, Justino participou de permuta envolvendo outros dois professores. João Theodoro Xavier deixou a cátedra de Direito Criminal e assumiu a de Direito Natural. José Bonifácio deixou a de Direito Civil e assumiu a de Direito Criminal. Para completar, Justino transferiu-se para a cadeira de Direito Civil. De 1871 a 1890, ano em que foi jubilado, sempre esteve na regência de uma das cadeiras de direito civil. Nos anos pares, dava as primeiras lições da matéria para as turmas do terceiro ano. Nos ímpares, completava a tarefa.

4.1. As Dissertações de 1874: Lei do Ventre Livre

Após as breves considerações acima a respeito de cada um dos lentes responsáveis pela cátedra de Direito Civil, passa-se à análise das dissertações. A questão indica para o desenvolvimento das dissertações no ano de 1874 trata da interpretação a respeito de um artigo da chamada Lei do Ventre Livre de 1871:

> *Qual a indenização ao senhor da escrava libertada pelo fundo de emancipação, no caso de serem lhe entregues os filhos menores de 8 anos, como determina o § 4º ao artigo 1º da lei de 28 de Setembro de 1871, que estava em poder do mesmo por virtude do §1º do artigo citado.*

Neste caso, não apenas aplicado no Brasil, como acontecia com as Ordenações, mas também produzido aqui, fruto de um esforço de juristas e estadistas brasileiros comprometidos com a causa abolicionista. Está, ainda, de acordo com a tradição de fortalecimento do Estado nacional que foi iniciada em Portugal com a publicação da Lei da Boa Razão e que inspirou os deputados brasileiros quando dos debates da criação dos cursos jurídicos no sentido de que, as escolas de direito criadas no Brasil deveriam ter como foco o ensino da lei brasileira.

Em segundo lugar, no que se refere à conformidade com os Estatutos do Visconde de Cachoeira, a questão a ser debatida na dissertação foca na interpretação e aplicação de um dispositivo de lei, bem como a articulação dos institutos introduzidos pela nova legislação. Quando estavam sendo discutidos os cursos jurídicos que seriam criados na Corte, o modelo de ensino considerado mais adequado aproximava-se dos glosadores e dos comentadores, elogiados por sua aproximação mais prática quanto ao direito. Por outro lado, o método da Escola Humanista do Direito era criticado por se focar no rigor filológico e por sua tentativa de recuperar o significado original dos termos, colocando os dispositivos legais analisados em perspectiva histórica. Por seu rigor quanto ao tratamento dos temas, foram considerados mais aptos à polêmica que a própria formação dos bacharéis.

> Além do que fica dito cumpre observar que a nímia erudição dos autores dos estatutos de Coimbra; a profusão com que a derramaram na sua obra, o muito e

> demasiado cuidado com que introduziram o estudo de antiguidades e as amiudadas cautelas que só deveriam servir para aclarar, e alcançar o sentido dos difíceis, fizeram que os estudantes saíssem da Universidade mal aproveitados na ciência do direito pátrio, e sobrecarregados de subtilezas, e antiguidades, que mui pouco uso prestaram na prática dos empregados a que se destinaram.
>
> Os mesmos mestre e doutores, para se acreditarem de sábios perante seus companheiros e discípulos, faziam longos e profundos estudos de direito romano e antiguidade, e seguindo neles a escola Cujaciana, filosofavam muito teoricamente sobre os princípios de direito, e por fugirem o rumo da de Bartholo, Alciato, e mais glosadores e casuístas, ensinavam jurisprudência mais polêmica do que apropriada à prática da ciência de advogar, e de julgar. Não foi só nímio estudo de direito romano a causa principal de se não formarem verdadeiros jurisconsultos; foi também, como já dissemos, a falta de outras partes necessárias da jurisprudência, e que, fundadas na razão, preparam os ânimos dos que aprendem para conseguirem aos menos os princípios gerais de tudo, que constitui a ciência da jurisprudência em geral, e cujo conhecimento forma os homens para os diversos empregos da vida civil[10].

Conforme mencionado antes, o governo exercia estrita vigilância sobre os cursos jurídicos em razão de sua importância estratégica para o Estado brasileiro. Nesse sentido, era importante, na visão dos deputados, que as faculdades de Direito não apenas pudessem prover os quadros para o Estado brasileiro, mas que também estivessem comprometidas com a reprodução de uma determinada visão de mundo.

Pela análise do texto das dissertações apresentadas, percebe-se que os estudantes consideravam em suas respostas mais do que apenas uma conceituação do instituto da escravidão para que pudessem responder à questão proposta. Tratando-se de uma questão exegética, seria possível apresentar uma resposta tendo como ponto de partida a Lei do Ventre Livre para, desse modo, desenvolver o argumento a respeito de seus mecanismos e formas de aplicação. Contudo, em alguns casos, são feitas introduções de caráter variado ao tema proposto. O estudante Luís Byamat, por exemplo, começa seu texto condenando o instituto da escravidão. Trata-se, em primeiro lugar, de condenação de natureza moral e fundada no direito natural.

> Como instituição de direito anormal a escravidão tinha de desaparecer. É sem dúvida uma mancha, senão um (…) de infâmia, para o Estado a existência de tal instituição, aberração inaudita e injustificável de todos os princípios de moral e de direito natural, princípios que nascem quando o próprio homem nasce.

[10] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

Martinho Duarte Pinto Monteiro, da mesma forma, fundamenta a necessidade de uma legislação no sentido de abolir a escravidão em elementos morais, expressamente consignando que se trata de uma disposição anormal a respeito da condição do homem. Procura, de certa forma, mitigar a condenação que se faz ao instituto da escravidão e seu caráter anômalo ao reconhecer que foram condições e circunstâncias de ordem econômica que motivaram a retomada do instituto. Esta justificação da escravidão estará presente em toda a dissertação na dissertação de Pinto Monteiro (1874:522) que, apesar de aparente condenação da escravidão, elege o direito de propriedade dos senhores de escravos como o valor mais importante a ser observado na aplicação da lei.

> A escravidão, instituição anômala e antinômica (…) os princípios de direito filosófico, filha de certas condições e circunstâncias econômicas, foi ferida de morte pela lei nº 2040 de 28 de Setembro de 1871, lei esta que, na eloquente frase da cadeira, constitui um padrão de glória para a legislatura que a formulada Essa lei veio indubitavelmente satisfazer uma necessidade moral e econômica, como o futuro o comprovará; veio, servindo-nos das palavras proferidas pela cadeira, trazer uma disposição que fez desaparecer da face das nações cultas aquela que constituía disposição anômala sobre a condição do homem.

No que se refere à origem do instituto, Luís Byamat, à semelhança de vários colegas, reporta-se à Roma Antiga e ao tratamento que essa dispensado aos cativos. Nesse sentido, estabelece algumas diferenças fundamentais entre o instituto na Antiguidade e na época em que estava sendo discutido. Na Antiguidade, os escravos eram os vencidos em guerra, os capturados e havia uma preocupação tanto com o tratamento do escravo quanto do cidadão romano que, eventualmente, acabasse como prisioneiro nas mãos dos inimigos de Roma. Luiz Carlos Fróes da Cruz (1874:395), da mesma forma, remete à Roma Antiga para explicar as origens do instituto da escravidão.

> Lançaremos uma vista d'olhos por sobre a escravidão nas primeiras eras do Direito Romano, para bem compreendermos o espírito do nosso legislador na confecção da lei de 28 de setembro de 1871, e segui-la-emos pari passu no desenvolvimento por que passou nas diversas fases que percorreu sucessivamente. O escravo, entre os Romanos dos primeiros tempos, era considerado quase que absolutamente uma coisa, que podia estar sujeita à troca mercantil, era rebaixado da condição de pessoa e colocado no quadro dos objetos da natureza. D'este modo não hesitavam, não tinham a menor dúvida, em tratá-lo de um modo tirânico e bárbaro; ele estava sob a prescrição de leis severíssimas e cruéis, para prova basta lembrar o Senatus Consultos Syllaniano, que não tem qualificação possível na vida humana. Tempora mutantur, e na verdade a condição do escravo melhorou na época do Imperador Cláudio; desde então, começaram-se a fazer algumas concessões e a curar-se mais da horrível sorte que pesava sobre aqueles infelizes, como neste caso, se o senhor abandonava o escravo, por estar este doente e já não ter ele esperança de aproveitar mais os seus serviços, e por um acaso ele conseguia salvar-se e ganhar saúde, ficava ipso facto livre.

Ainda, o apelo à Antiguidade tem uma outra finalidade no que se refere à distinção em relação à escravidão americana do século XIX. Este outro aspecto é explicitado pela expressão "infância dos povos". Trata-se como estava em voga no século XIX, de aplicar às questões de vários ramos do conhecimento soluções de carácter biológico, tal como se verifica na dissertação de Luís Byamat (1874:369):

> A escravidão existiu em todas as infâncias dos povos. Roma é disto uma exceção. No tempo de sua glória, quando governava o mundo, para que não fossem as suas leis mudadas de perfeição em jurisprudência lá estava divisão – livres ou escravos. A escravidão, porém, admitida pelos povos antigos, era menos criminosa e atentatória à dignidade humana, que entre nós. Os vencidos eram escravos. Já mito uma como que reparação indireta à pátria pela afronta que sofria e injúrias que recebia quando um povo inimigo a atacava. Esta reparação não deixa de ter um tal ou qual cunho moral. Há também uma separação aos que mais se distinguiam nos combates, os chefes. Esta última separação era imoral. Nem vem à baila os sacrifícios e combates nos circos em que as vítimas eram os escravos. A realeza traja púrpura e a púrpura parece ter ido buscar no sangue a sua cor.

A Antiguidade aparece retratada como o sendo o tempo da escravidão. A ruptura desse paradigma, por outro lado, pode ser objeto de controvérsia. Byamat, aplicando uma concepção centrada na biologia, coloca o abandono da escravidão como uma característica do avanço, ou amadurecimento, ou evolução para usar o termo proveniente da teoria de Darwin. Existe ainda, um aspecto individual na medida em que o texto coloca ainda a liberdade como um princípio proveniente do Direito Natural que nasce com cada um dos homens. O Direito Natural foi tratado de perspectivas diferentes. Byamat coloca-se alinhado com a perspectiva liberal, identificando a função das leis como garantir direitos/liberdades individuais. Antônio Silvestre de Pinho (1874:355), por outro lado, alinha-se com a perspectiva teológica/religiosa do Direito Natural.

> Desde, porém, que surgiu o Cristianismo, desde que o grito de emancipação universal (vos omnes autem fratres estis) se fez ouvir, desde que as sublimes verdades pregadas pelo Catolicismo, digo, Cristianismo vieram reforçar o fraco contingente de luzes deixado pelas gerações anteriores; (…) E graças ao brilhante e rápido progresso alcançado pelo Cristianismo, hoje toda a humanidade repete em coro: igualdade e fraternidade. (…). Assim, pois, há muito tempo, que o princípio da fraternidade humana foi elevado à categoria de axioma, há muito tempo que a humanidade em peso proferiu a sua sentença final, statutum est.

Muitos dos argumentos contra a escravidão são baseados em comparações entre uma situação pretérita cujas premissas não se mostraram verdadeiras. Pode-

se dizer que uma análise incorreta de conjuntura levou às diversas justificativas para a escravidão. Luís Byamat observa a seguir a questão da mão de obra nas colônias. A escravidão não foi exclusividade da América portuguesa e passou por diversos estágios. Fróes da Cruz (1874:399) destaca essa passagem do Direito português para o Direito brasileiro após a independência, creditando, tanto no Reino de Portugal, quanto na Roma Antiga, a melhora no tratamento dos escravos à influência da Escola Estoica.

> Isto, porém, nada foi relativamente às (…) que sofre a instituição dos escravos depois que os estoicos tomaram a si a missão de ensinar a grande verdade, hoje quase tida por (…), de que todo homem nasce livre, e que perante os princípios do Direito absoluto, escravo é tão livre quanto qualquer outro homem. Graças pois à intervenção desta escola filosófica que encerrava em si, que guardava os mais sãos princípios até então conhecidos, a escravidão declinou e por este argumento (?) já se notava que em breve aquele espaço por ela ocupado seria pouco para a liberdade, que começava a despontar no horizonte. D'esta época datam os inúmeros benefícios e privilégios concedidos aos escravos, entre outro facultaram-se os meios de alforria, tornaram-se mais brandas as leis e puniram-se os senhores que sobre eles cometessem sevícias.
>
> Deixaremos, porém, de parte a história da escravidão no Direito Romano, já tão conhecida pelas bárbaras disposições que nele se continham e passemos ao nosso direito. Até 1822, não era ele, como sabemos, mais do que o próprio direito português. Neste direito resta-se em simples análise a mesma tendência em arrancar com presteza do seio da sociedade as raízes cancerosas dessa ferida que a corroía. Para sabermos como o escravo era considerado pelo Direito Português, basta dizer-se que o único privilégio que se lhes concedia era depor em juízo contra o senhor suspeito do crime de lesa-majestade, e esta mesma faculdade lhe era outorgada atendendo-se a posição do senhor para com o Rei, que era a mesma, digo igual à do escravo para com o proprietário.
>
> Pouco a pouco porém foram os legisladores portugueses reconhecendo a verdade da escola estoica, referida acima, e a este reconhecimento se devem entre outros princípios de moral, o alvará de 1º de Abril de 1680 que conhecia haver mais fortes razões pela liberdade do que pela escravidão, pensamento este anteriormente consagrado pela Ordenação livro 4 título 44, quando firmou o princípio de que a liberdade é natural, e que portanto todas as disposições devem ser interpretadas antes como favoráveis a ela, do que contrárias.

O estudante João Coelho Gomes Ribeiro (1874) reforça o argumento que já foi feito do aspecto da condenação moral à escravidão, mas inova ao afirmar que a escravidão não é interessante do ponto de vista econômico. No contexto de criação dos cursos jurídicos, a Economia Política estava já na primeira grade curricular aprovada, em um esforço modernizante dos cursos jurídicos e formação mais adequada às questões que estavam seriam enfrentadas pelos bacharéis, em todos os níveis da administração pública, nas mais diferentes carreiras de Estado.

> A escravidão, por seu caráter de instituição anômala, tende a desaparecer mais

> cedo ou mais tarde de nosso país, verdade esta inconcussa não só para o publicista, mas para o filósofo. Hoje, a mesma economia política reconhece a superioridade do trabalho livre e vem robustecer com as suas observações os conceitos inatacáveis da Moral que firmam a igualdade de todos os homens perante Deus.

O Visconde de Cachoeira, já nos primeiros Estatutos, tratava do ensino da Economia Política[11].

> Capítulo VI. 5º O segundo Professor deste ano lerá economia política, porque, já preparados com os conhecimentos anteriores, tem os discípulos o espirito mais apto e medrado para compreender as verdades abstratas e profundas desta ciência. Dará aos seus ouvintes um a ideia clara, e do que por ela se deve entender, explicando lhes que o seu principal objeto é produzir, fomentar, e aumentar a riqueza nacional. Extrema-la-á da política, e de todas as outras partes da jurisprudência em geral, mostrando a diferença que existe entre cada uma delas e a primeira. Fará ver por via de uma história resumida a origem, progressos, o atual estado desta ciência, que andando espalhada, e confundida entre as outras, de tempos modernos para cá, começou a formar uma ciência particular. Dará noticia das diversas seitas dos economistas, dos demasiadamente liberais, dos que seguem o sistema comercial, ou restrito, e dos que trilham uma vereda média, e dos motivos que justificam a cada um em particular. Fortificará suas doutrinas com o uso das nações ilustradas, fazendo ver mais por preceitos acomodados á pratica, do que por teorias metafísicas e brilhantes, o uso que dela se deve fazer, para aumentar os mananciais da publica riqueza. Servirá que compendio o celebre catecismo de J. B. Say, que contendo verdades símplices, elementares, e luminosas, e que podem fortificar-se com as doutrinas mais amplamente expedidas no tratado de economia política do mesmo autor, é um livro próprio para servir-se-á das obras de Smith, Malthus Ricardo, Sismondi, Silmondi, Godwen, Storch, Ganih e outros, bem como dos opúsculos do sábio autor do direito mercantil, para dar às verdades concisamente expendidas no mencionado catecismo toda a extensão, de que são susceptíveis.

A escravidão que veio a ser utilizada em larga escala no Brasil foi aquela resultante da captura de negros africanos para envio ao Brasil. A condenação de Byamat, porém, é feita em termos fortes tendo como alvo tanto as iniciativas passadas feitas contra os povos nativos da América, quanto aquelas que foram realizadas na costa africana. Ecoando as imagens constantes na obra de Castro Alves, Byamat (1874:373) expressa especial ojeriza ao navio negreiro e toda a sua tripulação.

> Sustentam muitos, Taluy mesmo a maioria dos nossos homens que a escravidão foi entre nós introduzidas por uma necessidade fatal e imprescindível. O amplo solo (…) desde o Prata ao Equador precisava de braços. Onde buscá-los? Ora, escravizando os indígenas, arrasando-lhes as tabas, roubando-lhes a pátria e a liberdade, ora indo às costas da África. Os desgraçados negros viam-se arrancados dos braços dos filhos e mulheres, atirados uns sobre os outros em fétidos e imundos porões, acorrentados por todo o espaço de tempo que durava a longa viagem. E quanta imoralidade tocando as raízes do horrível e da brutalidade era praticada pelos negreiros, homens sem educação e sem crenças? Chegados ao

[11] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

> Brasil, a sorte se lhes tornava ainda mais cruel. Pouca alimentação, poucas horas de repouso, muito trabalho e excessivos castigos. Os senhores desses desgraçados eram a encarnação viva do azamague.
>
> Qual a necessidade tão urgente que dava de barato tantas misérias? Nenhuma. A escravidão foi introduzida pela cobiça e só por ela. Assim como por suas riquezas o Brasil atraía a si os aventureiros de todas as nações e de todas as hierarquias sociais, a África oferecia também minas, não de brilhantes, mas de primeira azoa (?), mas de ébano, ébano que pensava e que tinha direitos. A exploração das minas de diamantes era arriscada, lá estava o jaguar a disputar palmo a palmo o terreno que lhes pisava por cima, enquanto que na África obtinha-se um homem a troco de um colar de miçangas que importava em dois ou três reais. O comércio de carne humana é um dos mais horríveis atentados.

Crítica igualmente contundentes são dirigidas ao governo. Byamat faz uso do discurso indireto livre para expor o ponto de vista do governo quando coloca que seria impossível, com apenas um golpe, livrar o Brasil da escravidão, que é classificada como um "mal inveterado". Considerando a quantidade de capital dos senhores de terra que havia sido aplicada na aquisição de escravos, o governo não poderia, com apenas um ato, acabar completamente com o instituto da escravidão. Byamat (1874:379), distancia-se desse ponto de vista ao colocar que, para muitos, o ouro é a vida, desse modo, distanciando-se dessa perspectiva mercantilista com que se tratavam os escravos.

> Chegou ao nosso governo, sempre indolente e descuidado, a vez de pensar na extirpação desse imundo cancro social. Não era cedo, ao contrário, mas ainda assim resolveu-se a grande operação. O mal inveterado tinha profundas raízes, atacá-lo de frente seria arriscadíssimo, senão impossível. Grandes capitais estavam representados na espécie "escravo" e a sangue frio não se pode perder da noite para o dia a riqueza, o ouro que para muitos é a vida. Veio a lei de 28 de setembro de 1871. Não foi ela, como por aí se diz à boca parra, um jato de luz. Não foi um esforço hercúleo acumulando montanhas, para invertendo-se a lenda mitológica, escalar os infernos. Foi um passo agigantado quanto ao fundo, à ideia, defeituoso, porém, quanto à forma. Nem por isso deixam de merecer louvor os iniciadores da ideia e aquele que a puseram em prática.

A dissertação de Manoel António Browne, por outro lado, concentra-se apenas no funcionamento da lei, com especial atenção à formação do fundo de emancipação. Não se furta, porém, como de se pode perceber, de condenar fortemente a escravidão, chamando-a de "lepra que arruína o corpo social". Da mesma forma, percebe-se a influência de argumentos de natureza biológica na construção do discurso a respeito da escravidão. O instituto é comparado a uma doença que afeta a sociedade, comparada ao corpo humano. Percebe-se, porém, que Antônio Browne (1874:475) mantém-se mais adstrito à letra da lei, limitando-se a enunciar determinados aspectos que, por outro lado, foram objetos de juízos de valor por seus colegas. Nisto, está incluído o fato de ser a Lei do Ventre Livre, medida

dentro de um processo gradual de abolição da escravatura, o que é elogiado pelos moderados, mas criticado pelos mais inflamados.

> A bem da ordem começaremos a nossa dissertação mostrando como se forma o fundo da emancipação. No artigo 3, o legislador estatuiu uma providência, uma disposição que mostra não apenas o poder soberano do Brasil, a libertação geral de todos os escravos para que se libertasse decretasse imediatamente a libertação com as condições de ingenuidade para os que nascerem da data da lei, não alterou, pois, a condição dos escravos existentes; cumpria extirpar esta lepra que arruína o corpo social. Estatuiu neste artigo e em alguns outros as providências tendentes a desaparecer gradativamente a escravidão no Brasil, assim determinou: Serão anualmente libertados, em cada província do Império, tantos escravos quantos corresponderem à cota anualmente disponível no fundo destinado para a emancipação. A este artigo correspondem os outros do Regulamento de 3 de Novembro de 1873, onde determinou as providências práticas, acerca do modo de libertação dos escravos. Se a escravidão tem produzido vantagens, se tem mesmo servido para aumento de recursos econômicos, se estes recursos agora desaparecem, convinha que os impostos decorrentes da escravidão tivessem o destino da libertação da mesma; assim é um imposto que não poderia ter aplicação mais conforme do que concorrer para a libertação dos escravos.

Recebem os elogios de Byamat os deputados e políticos que se empenharam para elaborar e aprovar a Lei do Ventre Livre como esforço no sentido de acabar com a escravidão no Brasil. Contudo, ainda que a lei seja uma vitória do movimento abolicionista, não está a salvo das críticas de Byamat (1874:381). O estudante expressa ceticismo em relação à repercussão geral da lei na sociedade, bem como indica que a forma de execução não foi a mais acertada. A libertação dos filhos das escravas, contudo, não era o único objetivo que tinha em mente o legislador de 1871 na elaboração da lei. Como expressado antes, uma grande quantidade de capital encontrava-se na forma de escravos, de modo que qualquer movimento no sentido da abolição, na visão do legislador e do governo, nos anos de 1870, teria, necessariamente, de resguardar os interesses dos grandes proprietários.

> Outrossim, merecem censura aqueles que entendem que a lei do elemento servil em vez de trazer benefícios [383] é má e poderia em virtude do §1º do Art. 1ª trazer embaraços e destruir direitos adquiridos visto como declara que "desde a data da lei, os filhos da mulher escrava são de condição livre" e o conhecimento da lei chegaria muitas vezes depois de sua publicação nas províncias que ainda não se comunicam fácil e rapidamente com a Corte. Entre outros, o ilustrado lente que como substituto regeu a cadeira de direito civil em 1871 expendeu este juízo que não nos parece fundado em fortes razões. Segundo depreendemos do estudo da lei de 28 de setembro de 1871, o seu espírito é o seguinte: extinguir a escravidão, respeitando contudo o direito de propriedade, embora neste caso fundado ou tendo por base uma anomalia. Assim, toda a ideia de prejuízo aos proprietários dos escravos devia estar longe da mente do legislador. O senhor dos escravos tinha direito de propriedade sobre os filhos (frutos) desta, e se perde este direito encontra uma indenização. §1º. Art. 1º. Lei de 28 de setembro de 1871.

A proteção do direito dos proprietários de escravos, por outro lado, é uma preocupação relevante em algumas dissertações e considera-se que foi adequadamente tutelada ao ser estabelecida uma indenização em decorrência da libertação pelo fundo de emancipação. Argumenta nesse sentido Pinto Monteiro (1874:532) ao sustentar que a proteção ao direito dos proprietários de escravos e a fixação de indenização decorrem de maneira direta do texto constitucional

> Se, porém, os senhores das mães os castigarem imoderadamente perdem ipso facto o direito a indenização, segundo infere-se da disposição exarada no §6º do art. 1º combinado com o respectivo art. do Regulamento expedido pelo poder competente para dar (…) à lei. O intuito da lei é não querer por forma alguma que o cidadão seja prejudicado em seus interesses; e respeitar o direito de propriedade, garantido em toda a sua plenitude pelo art. 179 § 22 do nosso pacto fundamental[12]. O legislador, pois de 1871, não podia por forma alguma olvidar-se do respeito à propriedade, dos direitos adquiridos; não podia por forma alguma consentir que aqueles que carregassem com os ônus não obtivessem por isso uma indenização.

No mesmo sentido, Cunha Filho (1874) consigna em sua dissertação este aspecto de proteção ao patrimônio dos proprietários de escravos. Essa preocupação do legislador com a situação dos proprietários aparece, contudo, em tom elogioso, sendo caracterizada como a melhor forma possível de se trabalhar pela abolição da escravatura.

> É o fim da Lei de 28 de Setembro libertar os filhos do ventre escravo, e facilitar do melhor modo possível, - sem ofender ao direito dos proprietários – a libertação da escravatura no Império;

As explicações de caráter técnico sobre o funcionamento geral dos mecanismos criados pela Lei do Ventre Livre estão bem descritos na dissertação de Antônio Browne (1874:179). De importância central nos institutos criados pela nova legislação, bem como diretamente citado no tema da dissertação em tela, o fundo de emancipação é composto por uma variedade de receitas, que têm, no mais das vezes, seu fato gerador ligado à própria escravidão.

[12] Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(…)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

> Assim determinou o legislador que este fundo de emancipação devia compor-se: Da taxa de escravos; dos impostos gerais sobre transmissão de propriedade de escravos; do produto de seis loterias anuais isentas de impostos, e da décima parte das que forem concedidas d'ora em diante para correrem na capital do Império; das multas impostas em virtude desta lei; das quotas que sejam mareadas no orçamento geral e nos provinciais e municipais; de subscrições, doações e legados com esse destino. Assim, o legislador para extinguir uma iniquidade, procurou o recurso de outras instituições, os meios em que o elemento moral se acha incluído. Esta doutrina é conforme não só a ciência econômica, como a ciência moral. Assim a taxa dos escravos será aplicada para libertação dos mesmos, assim o produto das seis loterias anuais, isentas de impostos deve ser aplicado para libertação dos escravos e ainda as demais loterias que tenham destino especial se (…) deduzir a décima parte para o fim da emancipação.
>
> Com exceção desta fonte de rendas para formar o fundo de emancipação, todas as demais rendas provêm do elemento servil, assim diz o legislador no §4 das multas impostas em virtude da lei; estas multas têm por fim o preenchimento dos deveres que a mesma lei estabelece, ora estes deveres são todos tendentes a verificação das matrículas dos escravos e a verificação do nascimento de ingênuos em consequência da disposição da lei. Estas multas abrangem todos os funcionários encarregados da matrícula e todos os proprietários e pessoas a quem incumbe fazer a matrícula; por consequente o seu fundamento principal é a existência da escravidão. Ainda determina o legislador além destes elementos (…) destinados a emancipação dos escravos; o Estado deve concorrer com uma quota, para o mesmo fim, por isto diz: nos orçamentos gerais, provinciais e municipais serão assinadas quotas para o fim da emancipação. Por consequente, vemos que o legislador não se esqueceu de concorrer com vários elementos para que extinguisse o elemento servil. Como (…) que individual ou particularmente os cidadãos concorrerão para que se extinguisse a escravidão determinou que as subscrições que forem feitas para este fim, as doações e legados que tiverem este destino serão contemplados no fundo emancipador. No §2 do artigo 3º o legislador em consequência das disposições já formadas em virtude de que nos orçamentos provinciais e municipais se havia de (…) uma quota para o fundo emancipador.
>
> Dispõe acerca do modo como este fundo deve ser distribuído e dispõe muito razoavelmente, porque se um município devota uma quantia para a emancipação de escravos, esta quota deve ser aplicada no mesmo município, porque a renda sendo produzida no município, sendo os impostos extraídos do município, aí é que devem ter aplicação. Se uma quota foi lançada por uma assembleia provincial, esta deve ser aplicada em benefício dos escravos da província e quando é geral deve ser aplicada em todo o Império segundo os princípios de Bem Público e Administrativo e dentro dos limites do justo e da equidade, dento destes limites porque o fim é fazer desaparecer paulatinamente o elemento servil, logo onde houver mais escravos a quota deve ser maior, onde o número destes for mais diminuto, a quota deve ser proporcional. Eis o modo pelo qual se forma o fundo emancipador, passamos agora a mostrar qual o fim que tem o filho da escrava depois da idade de 8 anos, para depois respondermos a nossa tese.

A questão da escravidão é tratada em dois níveis. Em primeiro ligar, o tratamento de cada escravo e sua relação particular com seu proprietário. Em segundo lugar, qual o lugar que a escravidão ocupa na sociedade e como a abolição deve ser tratada do ponto de vista da produção legislativa e da formulação de políticas públicas. Nesse sentido, resguardar os direitos dos fazendeiros e proprietários de escravos de um modo geral é mais que um meio de preservar direitos, mas também de manter a paz social. Silveira de Pinho

coloca em perspectiva os efeitos para a sociedade de um modo geral ao colocar como necessária a forma da abolição em etapas. António Browne (1874:489) é detalhista em todos os aspectos da sua dissertação. Logo após uma profunda explanação a respeito de todas as verbas que concorrem para a formação do fundo de emancipação, explica a dinâmica dos mecanismos instituídos pela Lei e suas razões.

> Pelo §1 do artg. 1 da lei 2040 de 28 de setembro de 1871 se vê: os filhos menores ficarão em poder e sob autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de 8 anos completos, o legislador aditou mais 1 ano em relação a todos os indivíduos que o Estado fornece. Entendeu o legislador que não cumpria lançar um ônus maior sobre os senhores de escravos, cujos filhos eram livres, que depois de 8 anos não querendo o senhor carregar com este ônus, ou não podendo cumprir que o Estado se incumbisse da educação deles. Porém como havia desvio dos serviços das mães dos escravos e todos estes desvios eram em prejuízo do senhor, cumpria que chegando os ingênuos a idade de 8 anos, o senhor que declarava que não queria conservá-lo em seu poder para auferir vantagens do serviço até a idade de 21 anos, devia ter uma indenização pelas despesas feitas. Assim, o legislador determinou que depois da idade de 8 anos, o senhor poderia optar ou por uma indenização correspondente a uma apólice de 600$000 cujo juro devia ser prestado do ano ou pelo serviço do menor até a idade de 21 anos. Porém, cumpria que os senhores fizessem uma declaração em regra, a fim de não suscitarem questões no futuro acerca da opção que se aprovará, esta declaração deve ser feita no prazo de 30 dias, firmado o protesto perante duas autoridades qualquer, a autoridade tem o protesto e leva a autoridade superior.

Tratando do destino da criança nascida da escrava após a promulgação da Lei, Antônio Browne (1874:495) afasta-se de considerações técnicas a respeito dos mecanismos de funcionamento e financiamento dos institutos previstos em Lei para dedicar-se ao modo de proceder do legislador. Coloca como sendo quase que um ardil do legislador ao estabelecer, mesmo que o senhor da escrava decida entregar seu cuidado ao Estado, um tempo de permanência mínimo, oito anos, pelo qual deve ser responsável pela criança. Parece, contudo, um certo exagero aproximar, para pretender prever comportamentos, o que sente a mãe pelo seu filho e o que sente alguém pelos que estão sujeitos ao seu poder, neste caso, o senhor pela escrava e pela criança nascida ingênua.

> Quando o senhor não quer o serviço do ingênuo, cumpre ao Estado encarregar-se de sua educação e instrução. Assim, pois, o senhor da escrava tem a obrigação até a data de 8 anos de criar e tratar do ingênuo. Porém, pelo §4 deste mesmo artigo e lei, nós vemos que o legislador neste § jogou com sentimentos que decorrem da maternidade e com esses outros que se encontram nas pessoas que veem ente humano debaixo de seu poder, isto é, em sua casa, fazenda ou herdade, portanto deu preferência ao sentimento que é natural, a mãe se for libertada deve o filho de condição livre da idade de 8 anos acompanhá-la. Mas se este anuiu a que ficasse em poder de seu senhor é evidente é evidente que o sentimento e afeição da parte do senhor se manifesta pelo escravo, o sentimento materno aqui sacrificasse, entendendo que o senhor cumprirá o seu dever. Esta é a regra geral, salvo se preferir deixá-los e o senhor anuir a ficar com eles.

Os escravos são colocados como vítimas, mas isso acaba sendo um argumento adicional para postergar medidas mais ousadas no sentido de acabar com a escravidão. As crianças devem ser os primeiros contemplados pelas políticas abolicionistas porque os adultos, privados de sua liberdade, teriam perdido sua capacidade de viver em sociedade e deveriam continuar escravos pelo bem da sociedade que os escravizou, tal como expõe Silvestre de Pinho (1874:789):

> [A]o Estado, porque seria lançar na sociedade uma turba de homens, que despidos por muito tempo de sua liberdade, não sabem manejá-la, sem princípios religiosos, sem educação, e expectador (sic) constante de cenas pouco edificantes; não há barreiras que se lhes possa opor, donde resultaria a prática repetida e frequente de crimes. (…). Esta intervenção, determinam o Direito e a Moral, nem um dia deve ser prorrogada além daquele em, que seria praticável sem grande abalo das relações sociais, cumpre atalhar o mal quanto mais cedo for possível.

Com a articulação de dispositivos legais variados e uso de analogia entre órfãos e filhos de escravas nascidos após a Lei do Ventre Livre, Pinto Monteiro (1874: 538) constrói sua argumentação para demonstrar que a indenização é devida ao senhor de escravos.

> No §4º do art. já citado o legislador exprime-se nos seguintes termo: "…. lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los e o senhor anuir a ficar com eles". Se, com isto, não foi o intuito do legislador indenizar ao senhor, dono da escrava, cujo filho ficara livre ex vi da lei em questão, então como explicar estas expressões de que usa a lei no §§ acima?
>
> É óbvio que destas palavras ressalta a ideia de indenização, visto como de outro modo seriam incompreensíveis e absolutamente inúteis tais expressões, o que não é admissível. Sem abono de nossa opinião, podemos invocar as Ords. do Lº 1º tit 88 §§ 12 e Lº 4º tit 66. Estatuem as Ords que o indivíduo que criar órfãos até a idade de 7 anos, poderá independente de paga, tê-los a seu serviço, por outro tanto tempo, e o Regulamento expedido pelo poder executivo em data de 13 de Novembro de 1872 para dar execução da lei diz que a mulher escrava, que obtiver sua liberdade tem o direito de levar consigo os seus filhos menores de 8 anos – os quais ficarão sujeitos à legislação comum.

A dissertação de Luís Byamat deixa para responder ao tema central nos últimos parágrafos. Trata-se, de maneira geral, de uma declaração política contra a ordem estabelecida. A crítica que é feita ao mecanismo da lei estabelece uma regra de "tudo ou nada". Não existe gradação na indenização devida ao proprietário do menor filho de escrava, para que a quantia seja devida é necessário que a criança chegue à idade de oito anos. Como o enunciado estabelece que se tratam de crianças menores de oito anos que seriam

entregues à mãe liberta, Luís Byamat (1874:385) afirma, com base da lei, que não é devida qualquer forma de indenização.

> A lei de 28 de setembro é, porém, defeituosa. A questão que nos foi dada como dissertação prova exuberantemente a verdade do nosso acerto. O §4º da lei de 28 de setembro de 1871 diz "se a mulher escrava obtiver liberdade, os filhos menores de oito anos que estejam em poder do senhor dela por virtude do §1º, lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los, e o senhor anuir e ficar com eles". Não obstante ser mais equitativo haver uma indenização proporcional na hipótese vertente, isto é, receber o senhor, da escrava liberta, uma quantia correspondente ao tempo que teve em seu pode os filhos da mesma escrava e porque o fato da libertação pode ter lugar quando o filho da escrava tenha quase que atingido os oito anos, não há, entendemos nós, tendo em vista o §4º citado, indenização alguma ao senhor da escrava libertada pelo fundo de emancipação no caso de serem entregues os filhos menores de oito anos, como determina do §4º do Artigo 1º da lei de 28 de setembro de 1871, que estavam em poder do mesmo por virtude do §1º do artigo 1º da lei citada. Não examinaremos o decreto número 5135 artigos 23 a 47 pela razão de que entendemos que não só não há indenização dado o dato da libertação pelo fundo de emancipação como por outro qualquer meio, por isso que o §4º do artigo 1º é claro a expressão quanto a este ponto. Eis pois concluído o nosso trabalho, eis a opinião que temos a emitir sobre a tese que nos corre como dever desenvolver. Poderá não ser essa a opinião verdade, é, porém, filha pura da nossa convicção.

Ainda, Manoel Browne (1874:497) sobre a questão:

> Assim, pois, temos que se a mulher escrava obtiver a liberdade, os filhos menos de 8 anos que estejam em poder do senhor dela por virtude do §1º lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los, e o senhor anuir a ficar com eles. Em conclusão, dizemos que quanto a indenização ao senhor da escrava [499] libertada pelo fundo de emancipação, a lei nada fiz, fala apenas na indenização no caso de serem entregues os filhos na idade de 8 anos e onde a lei não distingue nós não podemos distinguir. Por isso, somos forçados a dizer que o senhor da escrava libertada não recebe indenização alguma.

Depois de passar sua dissertação inteira relacionando os princípios de Direitos e os preceitos de direito positivo que tem como objetivo a proteção da propriedade para aplicá-los todos sem qualquer reserva aos proprietários de escravos, não é surpresa que Pinto Monteiro responsa pela afirmativa à questão formulada. Enquanto uma maioria se forma no sentido de responder pela negativa amparada no princípio de que o intérprete não pode distinguir aquilo que a própria lei não distingue, Pinto Monteiro não apenas responde pela afirmativa, mas também inova na atribuição da obrigação de indenizar. Tendo como certo que a indenização é devida ao senhor da escrava nas condições descritas na questão, Pinto Monteiro (1874:548), coloca como principal pagador da obrigação o próprio governo, na medida em que atua para regulamentar e implementar a lei, também na qualidade de ges-

tor do fundo de emancipação. Não sendo a indenização paga pelo governo, o direito de propriedade do senhor deve ser preservado pela imputação da responsabilidade pelo pagamento à escrava liberta.

> Se o governo não indenizar quando a mãe do menor for libertada pelo fundo de emancipação, porque o governo somente indeniza quando o menor tenha atingido a idade de oito anos e se por outro lado reconhecendo que o senhor tem direito à sua indenização, no caso de ser libertada a escrava pelo fundo de emancipação a obrigação de indenizar deve necessariamente recair sobre a própria escrava, que se acha no gozo da liberdade; e se isto for contrariado o direito de propriedade será manifestamente postergado e conculcado, o que não é admissível, o que não podia ter em mira o legislador por ser isto de encontro ao que preceitua a constituição do império. Isto posto, conclui-se que, mesmo na hipótese em que a escrava é libertada pelo fundo de emancipação ao seu senhor assiste o direito de exigir uma indenização, que, por certo, competirá à própria liberta. Em nossa opinião essa indenização será sempre proporcional ao tempo durante o qual o menor houver estado em poder do senhor de sua mãe.

4.2. As Dissertações de 1875: Alimentos ao filho ilegítimo

O tema da dissertação de 1875 versa sobre os alimentos que são devidos aos filhos e quais seriam os efeitos no exercício desse direito se o filho se casa sem o consentimento dos pais.

> *Os filhos ilegítimos que se casam sem o consentimento paterno perdem o direito a alimentos? Os filhos ilegítimos maiores ou menores que não têm em favor de sua filiação reconhecimento algum paterno, ou sentença declaratória de sua filiação, perdem o direito a alimentos se casam sem autorização paterna?*

O tema do casamento e temas relacionados de direito de família recebem destaque no elenco de temas tratados nas dissertações de Direito Civil. Interessante observar que, nas dissertações analisadas, o enfoque da resposta muda conforme o estudante ainda que todas tratem das questões do direito a alimentos em caso de casamento do filho ilegítimo sem o consentimento do pai. O próprio enunciado apresenta vários termos que são objeto de discussão e definição antes que se possa dar uma resposta ao tema da dissertação. Também, a definição dos temas e os argumentos apresentados são indicativos do alinhamento com certa orientação política por parte do estudante.

O que se pode perceber, contudo, como sendo o fio condutor de todas as dissertações, são as citações de dispositivos legais, tanto de direito legislado, quanto de outras fontes a que se atribui forma normativa, tais como Assentos da Casa da Suplicação e a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas. As dissertações a respeito do tema dos alimentos permitem observar, de modo evidente, o fenômeno descrito pelo Conselheiro Lafayette em sua obra de Direitos de Família no que concerne ao desenvolvimento de direito legislado em solo brasileiro. Nesse sentido, fontes do direito exclusivamente portuguesas tais como Assentos da Casa da Suplicação ou Alvarás do Reino de Portugal têm um papel importante na construção do raciocínio para a resolução da controvérsia.

Considerando que um dos pontos que devem ser tratados na

dissertação refere-se aos filhos ilegítimos, bem como diferenciações dentro do mesmo gênero que seria o dos filhos ilegítimos, considerando que existiam aqueles que eram favorecidos por algum tipo de reconhecimento, uma rigorosa conceituação de tais categorias foi um caminho escolhido por alguns dos estudantes. Ainda, a definição de alimentos desempenha um papel central em algumas dissertações na medida em que se discute qual a origem da obrigação de prestar alimentos, se está baseada apenas na letra da lei ou se decorrem da própria condição do ser humano, uma resposta que pode ter influência quando são definidas as pessoas contra as quais existe o direito de exigir a prestação de alimentos. O Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira (2004:271), antes de expor o conceito de alimentos, dedica-se a considerações gerais, tais como a origem da obrigação de prestar e a contra quem pode ser dirigida, observando-se o dever que é atribuído ao Estado no cuidado daqueles que não podem obter sustento por seus próprios meios.

> Antes de adquirir certo grau de desenvolvimento físico e moral não tem o ente humano capacidade para prover a sua própria subsistência. E em igual impossibilidade pode achar-se o adulto, ou por enfermidade ou por defeito de organização. (1) Quando ao homem colocado em qualquer das circunstâncias aludidas falecem posses, quem deve vir-lhe em auxílio para não deixá-lo sucumbir à míngua? O Estado? Certo, ao Estado incumbe essa obrigação (2); mas antes do Estado que deve proteção a todos os infelizes, a voz da natureza chama os pais e os parentes mais próximos.
>
> Assim que a lei impõe aos parentes dentro de certos graus a obrigação de se alimentarem uns aos outros. Segundo a nossa legislação, os parentes, na linha reta in infinitum e na transversal dentro do 2º grau por direito civil, quer sejam legítimos, quer ilegítimos, devem-se reciprocamente alimentos, subsidiariamente uns depois de outros. (3)

Observe-se que, na questão de sustento aos desamparados, não se ignora o papel que tem o Estado, mas de uma forma diferente daquela que se trata no capítulo dos alimentos. Prestar alimentos, sejam naturais ou civis, é uma obrigação que, em se podendo, não deve ser atribuída ao Estado de modo que onera toda a sociedade, devendo-se preferir os descendentes e ascendentes, tal como tratado na questão proposta na dissertação. Sobre o papel do Estado, esclarece Lafayette (2004:271):

> O Estado desempenha este dever, fundando e protegendo a fundação de asilos de mendigos e de inválidos, de casas de caridade e de expostos.

Ainda, falando de quem tem o direito de exigir alimentos, o Conselheiro Lafayette, desde logo, coloca na lista os parentes legítimos e ilegítimos em linha reta sem limitação de grau e os colaterais até segundo grau. O direito de pleitear alimentos

procede, como coloca Gomes Ribeiro, da relação de parentesco, do mesmo sentido que é determinada a ordem de sucessão. Os alimentos podem ser demandados de qualquer ascendente em linha reta sem limitação de grau da mesma forma que não existe qualquer limitação ao direito de herança aos ascendentes em linha reta, limitado apenas pela precedência do menor grau. No que se refere aos colaterais, Gomes Ribeiro (1875:33) retoma definição do Direito Romano de que são os colaterais até segundo grau pelo Direito Romano, isto é, os irmãos, ressaltando que tais princípios a respeito da ordem em que são os parentes chamados a prestar alimentos guarda grande importância com a resolução da questão proposta para a dissertação.

> O Direito procede da relação de parentesco que, por sua vez, também determina a ordem de sucessão. É pelo princípio de reciprocidade dos deveres na família que se constitui essa natureza de prestações. Aos pais, como autores da existência dos filhos, compete tal obrigação em primeiro lugar; em seguida, aos avós porque eles têm o direito de suceder aos netos. Depois dos ascendentes, seguem-se os colaterais, mas só no 2º grau de Direito Romano, isto é, o irmão. Fora destes casos, só haverá obrigação quando ao herdeiro suceder em bens já onerados com tal cláusula. Estes princípios são indispensáveis para bem proceder o estudo das questões que nos são propostas.

A base de tal prescrição que já inclui os ilegítimos que são tema da dissertação são as Ordenações Filipinas, Livro 1, Título 88, Parágrafos 15 e 16. O Livro 1 das Ordenações Filipinas trata dos funcionários da Coroa, dedicando-se o referido título 88 a tratar do modo como deve proceder o Juiz de Órfãos. Trata-se de perspectiva estatista e centralizadora condizente com o momento em que foram publicadas as Ordenações Filipinas. Não é órfão que tem um determinado direito, mas o funcionário do Estado que tem um dever em proceder de tal maneira, prescrevendo-se até mesmo vantagens pecuniárias para aqueles que denunciarem os desvios de conduta dos magistrados.

> 13. E quando se alguns Órfãos houverem de dar por soldada, ou a pessoas, que se hajam de obrigar de os casar; tanto que forem de idade de sete anos, o Juiz dos Órfãos fará lançar pregão no fim de suas audiências, em que digam, que tem Órfãos para se darem por soldada, ou por obrigação de casamento, que quem os quiser tomar vá a sua casa, e que os dará; não nomeando no pregão que Órfãos são, nem cujos filhos (2). E não os dará, senão a quem por eles mais soldada der. E fará obrigar por escrituras públicas aqueles, a que os der, que lhes pagarão seus serviços, casamentos ou soldadas, segundo lhes forem dadas, nos tempos, que se obrigaram a pagar, para o que darão fiadores bastantes ao assim cumprirem (3). E se alguns Órfãos forem filhos de Lavradores, e outros Lavradores os quiserem para mister da lavoura, não lhes serão tirados tanto por tanto. E se suas mesmas mães os houverem mister para lavoura, e forem viúvas, que viverem honestamente, a elas se deem primeiro tanto por tanto. E não tendo mais, se seus avós os quiserem para o dito mister, a eles se deem. E não tendo avós, se outros parentes tiverem, e para o dito mister da lavoura os quiserem, a eles sejam dados, preferindo sempre os

> parentes mais chegados até o quarto grão. E havendo dois em igual grau, precederá o da parte do pai, que for mais abastado. E o Juiz, que isto não cumprir, pagará ao Órfão toda a perda e dano, que por isso se lhe causar. E o Juiz, que o filho do Lavrador der a quem não for lavrador, para outro serviço, achando Lavrador, que o queira tomar, pagará mil réis: e o Tutor, que em tal dada consentir outros mil, a metade para quem os acusar, e a outra para as obras do Conselho. E não tolhemos aos Lavradores, a que os Órfãos forem dados principalmente para lavrar, servirem-se deles em guardar gado e bestas e outros serviços, quando lhes cumprir, contanto que principalmente os ocupem na lavoura. E em todo o caso, quando o Órfão se houver de dar por soldada, não será tirado a sua mãe, enquanto não se casar, ou a seus avós tanto por tanto.
>
> 14. E o Juiz dos Órfãos ou Escrivão diante ele, não tomaram para si por soldada, nem em outra maneira Órfão algum de sua jurisdição, posto que lhe queiram dar mais soldada, que outra pessoa, sob pena de perderem os Ofícios e mais a soldada, que prometerem movendo, a metade para quem acusar, e a outra para o Órfão.
>
> 15. Se alguns Órfãos forem filhos de tais pessoas, que não devam ser dados por soldadas. O Juiz lhes ordenará o que lhes necessário for para seu mantimento, vestido e calçado, e todo o mais em cada um ano. E o mandará escrever no inventário, para se levar em conta a seu Tutor, ou Curador. E mandará ensinar a ler e escrever aqueles, que forem para isso (2), até idade de doze anos. E daí em diante lhes ordenará sua vida e ensino, segundo a qualidade de suas pessoas e fazenda.

O estudante João Coelho Gomes Ribeiro inicia seu trabalho trazendo a definição de alimentos. Interessante observar que, no que se refere à justificativa e fundamentos do dever de prestar alimentos, afasta-os do Direito filosófico e coloca-os como sendo elementos da ordem natural. A condição do alimentando e sua necessidade de alimentos decorrem do seu estado natural e precedem a lei em todas as suas formas, ressaltando Gomes Ribeiro (1875:29) que tal proposição inclui também os chamados alimentos civis, que tem a função de manter o padrão de vida a que está acostumando o alimentando. O papel que deve desempenhar o direito legislado, neste caso, é apenas estabelecer o meio prático pelo qual se realiza o Direito aos alimentos, incluindo-se as normas processuais para que sejam concedidos. A atuação do juiz nos casos de alimentos encontra-se restrita ao montante dos alimentos.

> O termo – alimentos – compreende tanto quanto é indispensável à sustentação, vestuário, habitação e educação e, se o alimentando é menor, compreende também as despesas para sua amamentação e criação. Os Praxistas os dividem em naturais e civis: naturais indispensáveis à vida, civis não só esses como os precisos para colocar o alimentando em uma posição social correspondente a sua fortuna e educação. Esta distinção, porém, não se funda em Direito filosófico, pois que ambas as espécies de alimentos, originando-se das condições de ordem natural, em que se pode achar o alimentando, são ambas naturais e independem da lei na sua constituição primitiva. É objeto daquela somente regular o meio prático porque se realiza o Direito a alimentos. Essa distinção de alimentos só pode ter fundamento nas disposições relativas ao quantum que o juiz pode taxar para alimentos, o que pode variar, na conformidade da posição das leis, alimentante e

> alimentando.

Tal definição vai ao encontro do que ensina o Conselheiro Lafayette a respeito da natureza dos alimentos. A definição de Lafayette, fonte da qual bebeu Gomes Ribeiro cita de maneira expressa o texto das Ordenações Filipinas como sendo a base do direito de cobrar alimentos. Observa-se que, desde logo, existe farta menção ao direito de cobrar alimentos baseado em laços sanguíneos, que são aqueles efetivamente regulados pelo Direito de Família, conforme mencionado na obra de Lafayette, distanciando-se daqueles que tenham base testamentária ou outra forma de manifestação de vontade. Esta divisão ecoa a reflexão feita por Lafayette na Introdução de sua obra Direitos de Família em que trata, em primeiro lugar, das classificações que podem ser feitas dentro do Direito Civil, no que se refere aos critérios quanto à matéria. Nesse sentido, e fazendo alusão a métodos de classificação que são usados pela doutrina estrangeira, apresenta o Direito das Sucessões como sendo um dilema classificatório tendo em vista que existem elementos de direito contratual, bem como de direitos reais e de direito de família. Nesse sentido, os alimentos decorrentes de disposição testamentária são tratados junto com os demais regramentos para testamentos e disposições de última vontade na medida em que se são afetados pelas suas peculiaridades no que se refere a formação e execução das disposições.

> Lafayette: § 132. O que são alimentos? Por alimentos entende-se tudo que é necessário para o sustento, vestuário e habitação. (4) Se o alimentario é menor, nos alimentos compreendem-se as despesas de criação e educação. (5) Dividem-se os alimentos em naturais e civis. Naturais são os estritamente necessários para a mantença da vida (6); civis os que são taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas. (7) Chamam-se legítimos os alimentos devidos por direito de sangue (juris sanguine). (8) São estes os que formam objeto deste capítulo. Os alimentos, que se prestam em virtude de disposição testamentaria ou de convenção, são regulados pelas leis que regem os atos que lhes servem de fundamento. (9)

O cotejo da doutrina da época com as dissertações permite ver o poder de penetração e a influência de uma obra sobre a formação da cultura jurídica. Da mesma forma que definido pelo Conselheiro Lafayette, Gomes Ribeiro coloca que o direito a exigir a prestação de alimentos articula dois fatos, a necessidade do alimentando, que não pode prover o seu próprio sustento e a disponibilidade de bens. Essas são condições, como é esclarecido, para um tipo específico de alimento, aquele que decorre da condição natural de cada indivíduo, sendo chamada, de uma obrigação natural, reconhecida pela lei para fins de definição de seu valor. Os alimentos legítimos contrapõem-se aos alimentos jurídicos, que são aqueles definidos como atos de vontade, tais como os testamentos. Neste caso, existe

sensível diferença na medida em que também existe a disponibilidade de bens do alimentante, mas, não existindo a necessidade do alimentando, a prestação dá-se por mera liberalidade. A dissertação, na medida que trata de alimentos que são demandados por filhos contra seus pais em um contexto com possibilidade de coerção judicial, como ressalta Gomes Ribeiro (1875:31), concerne os alimentos legítimos.

> Para que haja Dto. de exigir de um lado e Obrigação de prestar os alimentos de outro, são precisas duas condições principais: necessidade do alimentando, e posses da parte do alimentante. Ainda, dividem-se os alimentos em legais ou legítimos dos jurídicos. Os legítimos procedem de uma obrigação natural, se concedidos pela lei são legítimos porque a lei reconhece a obrigação que lhes dá origem e estatui o modo porque devem ser taxados e prestados. Os jurídicos procedem de contratos ou de atos jurídicos, filhos da vontade do indivíduo. Assim os que se fundam em testamento. São regulados pelos atos que os produziram. Nós aqui tratamos dos legítimos.

Nas Ordenações Filipinas, a respeito da repetição dos alimentos, o que é explanado pelo Conselheiro Lafayette (2004:275), existe a possibilidade de a mãe obter a repetição de alimentos. Como ponto de partida, tem-se a responsabilidade subsidiária da mãe que apenas está obrigada a prestar alimentos quando simultaneamente preenchidos os requisitos de ausência do pai e ausência de bens do filho. Desta forma, se a mãe presta alimentos de forma que não foram atendidas as referidas condições, tem direito de repetição das despesas contra os bens do pai do alimentando ou do filho conforme seja o caso.

> § 134. Direito de repetir alimentos. A mãe só é obrigada a prestar alimentos ao filho subsidiariamente, isto é, na falta do pai, e não tendo o filho bens. Portanto, se ela o alimenta fora daqueles casos, fica-lhe salvo o direito de repetir as despesas pelos bens do pai, ou do filho, segundo for a hipótese. (21) Cessa, porém, o direito de repetir tais despesas, constando que dia as fizera com ânimo de doar, (22) como se não vendo tutora ou curadora do filho, ou administradora de seus bens, prestou-lhe alimentos. (23) Todavia esta presunção (deduzida de não ser tutora) ilide-se: 1. Se a mãe é pobre, o filho rico, e as despesas grandes segundo a qualidade das pessoas e o valor do patrimônio; (24) 2. Se ela protestou em tempo reavê-las. (25) Estas mesmas disposições têm sido aplicada aos outros parentes quando prestam alimentos fora dos casos em que são obrigados. (26) Assim os avós e os irmãos, quando não são tutores ou

Sobre essa questão, tratam as Ordenações Filipinas no Livro 4, Título 99, Parágrafo 4, segundo as indicações do Conselheiro Lafayette. O referido título possui um *caput* que trata do sustento dos filhos legítimos nascidos durante a constância do casamento que devem ser sustentados por ambos o pai e a mãe.

> Título 99: Nascendo algum filho de legítimo Matrimônio, enquanto durar o Matrimônio entre o marido e a mulher, eles ambos o devem criar às suas próprias

> despesas, e dar-lhe as coisas que lhe forem necessárias segundo seu estado e condição. E apartado o Matrimônio por alguma razão sem falecimento de cada um deles, a mãe será obrigada criar o filho até idade três anos de leite somente (2), e o pai lhe fará outra despesa necessária para a sua criação (3).

O estudante Eduardo Palmeira Vieira da Cunha (1875) começa, por outro lado, sua dissertação respondendo, desde logo, de maneira negativa aos questionamentos que são o tema da dissertação atribuindo seu conhecimento à clareza e erudição do lente responsável pela cadeira de Direito Civil. A construção do argumento dá-se de maneira inversa, uma vez que responde pela negativa, colocando que, no ponto da autorização para o casamento, são equiparados aos legítimos para a questão dos alimentos. Como se percebe adiante, Vieira da Cunha para identificar o tratamento jurídico que deve ser dispensado aos filhos ilegítimos, começa por analisar todas as espécies de filhos para, partindo dos direitos que são concedidos aos filhos legítimos, responder à questão no que se refere aos ilegítimos.

> A primeira parte do ponto que faz objeto da nossa dissertação responderemos pela negativa, isto é, que os filhos ilegítimos ainda que casem sem autorização paterna não perdem o direito a alimentos e estabeleceremos as razões em que nos baseamos. Os filhos ilegítimos em relação a este ponto são equiparados aos legítimos; ora, estes não perdem o direito a alimentos mesmo casando-se sem o consentimento paterno, logo aqueles também não o perdem.

A classificação apresentada dos filhos legítimos é aquela que se origina do Direito Romano, distinguindo se encontram-se ou não sob a autoridade parental, assinalando o marco de vinte e um anos como sendo a idade em que os filhos legítimos atingem a maioridade. Nesse sentido, os filhos maiores de vinte e um anos pedem o consentimento paterno para o casamento apenas por uma questão de deferência e não porque isso teria algum reflexo jurídico futuro na relação entre pais e filhos.

> Os filhos legítimos podem ser de 2 espécies, sui juris e alieni juris; os ilegítimos são só alieni juris, não se acham sujeitos à autoridade parental, e, pois, são considerados como os legítimos chegados à idade de 21 anos, e, portanto, desligados da autoridade parental, a qual devem somente pedir consentimento para casar-se por mera deferência. E se o pai denega sua autorização, o filho não incorre por este fato, casando-se, em pena alguma. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:5).

Tendo respondido à questão de modo a garantir os direitos dos filhos ilegítimos que se casam sem o consentimento dos pais, Vieira da Cunha passa a analisar os dispositivos legais em vigor de modo a corroborar sua resposta.

> O pátrio poder, pelo nosso direito, apesar de não ser equivalente em tudo ao pátrio poder por Dto Romano, refletindo como reflete esta instituição singular dos tempos antigos, pois que nela se modelou, apresenta-nos ainda o chefe da família, revestido de atribuições muito importantes, exercendo ainda uma autoridade muito extensa e que perdura porque tem sua base na natureza humana e está nos primeiros períodos da vida exige a existência de um poder diretor e amigo. O pai, portanto, é quem guia os passos e preside a todos os atos do filho sujeito ainda a essa autoridade. (GOMES RIBEIRO, 1875:35).

Na questão da legislação referente aos alimentos, em primeiro lugar, trata da aparente contradição entre o Assento de 9 de Abril de 1772 e o Alvará de 6 de Outubro de 1784.

> Uma dúvida aparece relativamente ao casamento dos filhos legítimos maiores de 21 anos, que pode-se aplicar aos ilegítimos e que encontra-se no Assento de 9 de Abril de 1772 e Alvará de 6 de Outubro de 1784, porém vamos pesar a conciliar a contradição que supõe-se existir nessas duas leis: a primeira, o Assento de 9 de Abril de 1772 §3º parece compreender todos os filhos na proibição de casamento sem consentimento paterno, o alvará de 6 de Outubro de 1784 parece contraditar a disposição do Assento, porquanto diz: se o filho for filho família de qualquer idade que seja deve pedir o consentimento paterno [7] para casar e se não fizer pode incorrer nas penas da lei. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:5).

A dissertação de Vieira da Cunha permite, pela análise da construção do argumento para responder à questão proposta, pode-se perceber, como já foi mencionado, o estado de desenvolvimento da produção legislativa brasileira, bem como um retrato mais amplo do ensino jurídico. Isto porque a abundante citação legislativa leva com frequência, como mencionado no excerto acima, a contradição aparente no que concerne ao regramento do direito de cobrar alimentos por parte dos filhos ilegítimos. A resolução encontra-se na harmonização por meio dos dispositivos citados, o Assento da Casa da Suplicação e o Alvará do Reino de Portugal. A aparente contradição, como declara Vieira da Cunha ocorre porque o Assento de 9 de abril de 1772 parece incluir a todos os filhos na proibição de casamento sem o consentimento paterno, e é de se observar que o próprio Vieira da Cunha usa o verbo parecer, já como uma antecipação de que a questão será devidamente esclarecida de modo a corroborar a resposta que apresentou aos quesitos. Tal disposição está em aparente conflito com a disposição do Alvará de 6 de outubro de 1784 que determina que o filho família, qualquer que seja sua idade, deve pedir a autorização paterna para contrair matrimônio, incorrendo nas penas da lei se agir em sentido contrário. A contradição surge também da aplicação de um princípio de teoria geral do Direito na medida em que o Alvará usa o termo "filho família", pode considerar-se excluídos todos os outros filhos, porque, se fosse o objetivo da lei incluí-los também, assim estaria expressamente determinado.

> Se, porém, não é filho família e chega aos 20 anos completos e pediu o consentimento do pai e não obteve, pode casar sem incorrer nas penas. A razão é simples, se não é filho família, já não está sujeito à autoridade parental e, portanto, está habilitado para todos os atos da vida civil, como dispõe a Resolução de 31 de Outubro de 1831, e com autonomia de direito e de fato, logo não está sujeito à magistratura doméstica, portanto pratica um ato para o que estava habilitado por direito e não sujeito às penas da lei. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:7)

A diferenciação entre as categorias de filhos está presente também no trabalho de Gomes Ribeiro (1875:37):

> Ora, a importância do casamento é de tal ordem para o filho e em geral para todo homem, que mister fez-se que preceda a este ato a autorização paterna expressa, sob pena de perder o filho o direito a sucessão e à prestação de alimentos. Tudo isso se verifica no caso de ser o filho menor e sujeito ao pátrio poder. O pai, então, pode negar a autorização, atendendo a muitas e variadas causas que infelicitem tal casamento. Há, aqui, arbítrio na autoridade do pai. Mas dado o caso de ser o filho maior de 18 anos, e podendo provar perante o juiz a manifesta injustiça do ato paterno de denegação, aquele supre a autorização que lhe falta, depois de anuir de plano dos dissidentes e desse modo fica o filho família habilitado a casar sem sofrer pena alguma. (Alvará de 6 de Outubro de 1784 que restringe a disposição do Assento de 9 de Abril de 1772. Lobão e Mello L 2º T 6º, vi. 21. 8º)

A contradição acaba sendo esclarecida pelos dispositivos de um terceiro diploma legal, uma Resolução de 31 de outubro de 1831, que, apesar de ser publicada em data posterior à independência do Brasil, é um elemento de direito português aceito como fonte de direito no Brasil. Tem-se, desta forma, exemplo do que falava o Conselheiro Lafayette a respeito da minguada produção legislativa brasileira e que o estado de penúria jurídica descrito por Plínio Barreto nunca veio a ser solucionado durante todo o Império. As três formas de manifestação do Direito citadas, Assento, Alvará e Resolução desenvolvem-se ao largo do Poder Legislativo, que não pode senão observar a emergência e desenvolvimento de outros centros de produção legal, que alcançam maior reconhecimento e legitimidade. Como se verá adiante, a doutrina adquire, em certas condições, como descrito por Samuel Rodrigues Barbosa, uma condição similar ao direito emanado pela autoridade do Estado para a solução dos conflitos.

> Pode ser um truísmo dizer que a Consolidação das Leis Civis não seja um Código, na medida em que não é um direito novo. O contrato com o governo Imperial definia o objetivo: "consiste a consolidação em mostrar o último estado da Legislação". Porém, a importância racionalizadora da Consolidação tem a ver com características codificadoras que estão presentes. Tal meio de difusão e seleção da complexidade do direito civil tem, pois, uma importante peculiaridade: a Consolidação fez às vezes de um Código com validade empírica. Liste conceito e retirado de Weber que no capítulo da segunda parte de Economia e Sociedade

> delineia uma definição de ordem jurídica adequada às "ciências empíricas da ação" em contraposição à definição usual da dogmática jurídica. Enquanto a dogmática trabalha com um conceito ideal de validade, a sociologia se ocupa com "o que de ato ocorre, dado que existe a probabilidade de as pessoas participantes nas ações da comunidade…. considerarem subjetivamente determinadas ordens como válidas e assim as tratarem, orientando, portanto, por cias suas condutas.

A solução apresentada para a primeira parte da questão proposta tem sua base na harmonização de dispositivos legais aparentemente contraditórios. O estudante, contudo, mesmo tendo declarado que havia solucionado a questão, não se furta de apresentar um reforço de autoridade na pessoa de Teixeira de Freitas, fazendo referência à Consolidação das Leis Civis.

> O eminente Jurisconsulto Dr. T. De Freitas no ponto de que tratamos deixou entrever a verdade, entretanto admitir sua opinião porquanto ele é daqueles que pensam [9] que os filhos famílias ou de qualquer espécie, desde que casam sem o consentimento paterno perdem o direito a alimentos. Este Jurisconsulto corrobora sua opinião com a lei de 15 de Junho de 1775 que tratava dos filhos que casam sem o consentimento paterno não distingue idades, mas o que com ele próprio confessa foi quase que revogada pela de 5 de Outubro de 1784 que diz filhos menores e que uniforma assim qualquer desvio a respeito. Com a simples distinção que estabelecemos podemos e julgamos ter respondido a primeira parte de nossa dissertação. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:9).

Conforme destaca Gomes Ribeiro (1875:39), o *status* do filho é essencial para que se possa dar uma resposta adequada à questão proposta para a dissertação. Destaca que, para o filho que ainda se encontra sujeito à autoridade do pai, é imprescindível que obtenha a autorização antes de se casar. A controvérsia aparece no caso dos filhos ilegítimos, devendo-se investigar quais os elementos que os distinguem dos filhos legítimos e quais os efeitos que tais diferenças sobre o direito de pleitear alimentos contra o pai e se esse direito é de alguma forma alterado quando casa-se sem que previamente tenha recebido permissão para tanto.

> Quanto ao filho-família pois, não é a questão. A lei é expressa. O consentimento paterno é indispensável para se realizar o casamento não como um atributo do poder que incumbe do pai na família, mas sim e principalmente como uma garantia pra o filho família não se comprometer em uma união prejudicial e contrária às suas aspirações e fortuna. Logo, suprimento de uma tal autorização pelo juiz sem tornar o ato muito (…) e legítimo. Versa a dúvida, porém sobre os filhos ilegítimos. Aqui, antes de tudo, precisamos considerar a natureza de tais filhos, isto é, a sua especialidade em relação aos legítimos, no Direito de Família. O filho enquanto ilegítimo não se considera sob o pátrio poder. A relação natural precisa ser legalizada pelo reconhecimento para produzir efeitos regulares. Para que um filho em certas condições tenha direito de pedir alimentos ao pai, é preciso obter conta de perfilhação ou sentença antecipadamente. Entretanto, o Direito concede muitos favores aos filhos neste caso, assim o pai não tem o Direito de impedir os alimentos em caso de provar-se a falsidade da filiação natural de outro. O filho ilegítimo

> precisa pedir o consentimento paterno para se casar; tem um dever moral e algumas vezes têm um dever exigível pelo Direito. A nossa questão é se os filhos ilegítimos perdem o Direito a alimentos em caso de se casarem sem consentimento paterno.

A crítica a Teixeira de Freitas permeia toda a dissertação de Vieira da Cunha, sendo colocado como contraponto às opiniões sustentadas pelo estudante, de modo a marcar uma orientação mais conservadora em Teixeira de Freitas. Isto porque, mesmo fazendo baseando sua opinião que se baseia em dispositivo legal expressamente revogado, sustenta que os filhos-família e os filhos de qualquer espécie, ao se casarem sem o consentimento paterno, perdem o direito a pleitear alimentos. Chama-se atenção para a revogação pela Lei e 5 de outubro de 1874 que trata expressamente dos filhos menores no que concerne à obrigatoriedade do consentimento paterno. A opinião de Teixeira de Freitas, assim como no caso dos filhos ilegítimos, consolida-se no sentido de restringir a atribuição de direitos, seja por ter opinião diversa quando aos filhos ilegítimos, e também por aumentar a abrangência do poder de direção do pai sobre a vida dos filhos. O tema expressamente questionado no enunciado refere-se aos filhos em relação aos pais, mas menciona-se também o caso dos alimentos prestados pelos irmãos. Trata-se de questão que tem aspectos próprios, na medida em que o reconhecimento de um filho ilegítimo pode ser feito pelo suposto pai ou em processo judicial contra este, mas os efeitos do parentesco são estendidos também aos outros membros da família. É certo que o exercício do pátrio poder acarreta uma carga maior de direitos e responsabilidades sobre o pai, de modo que a argumentação é construída para demonstrar que, se um direito não pode ser exercido contra o pai, não há que se falar em cobrança de alimentos contra os irmãos, colocando-se expressamente contrário à doutrina que defende que a obrigação de prestar alimentos extingue-se em relação ao irmão que se casa sem o consentimento do outro.

> Antes, porém, de concluí-la, cumpre que apresentemos um argumento que os sustentadores da doutrina (…) pelo Senhor T. de Freitas apresentam para mais corroborá-la, e é o seguinte: O art. 234 da Consolidação das Leis civis diz: tratando da prestação alimentar, a respeito dos irmãos ilegítimos cessará ainda mais a obrigação de alimentos aos outros irmãos, se estes se casam sem o seu consentimento. Não há dúvida que sem alguma explicação supor-se-á demasiado forte este argumento para fortalecer a doutrina, que supomos, não é sã.
>
> Diz-se, os irmãos têm obrigação de sujeitar-se à vontade dos irmãos que lhes prestarão alimentos, no caso de se quererem casar, do contrário, perdem o direito a eles. Pergunta-se porque não perderão também os filhos esse direito em relação ao Pai? Não será absurdo admitir-se o maior e não se admitir o menor? Se a obediência que o filho deve ao pai é, sem dúvida, maior que a que deve ao irmão, com melhoria de razão dever-se-ia admitir para o Pai, o que se admite em relação ao filho.

> Ainda que com a nossa fraca luz pensamos poder resolver a dúvida do seguinte modo: os Pais têm sobre os filhos púberes que não têm irmãos, sua autoridade sobre eles é muito maior que serão as dos irmãos, tem o pátrio poder esta instituição de obediência que todos devemos aos autores de seus dias, e da lei provém a obrigação de prestar alimentos. Isto, porém, não sucede quanto aos irmãos, não são por isso tão restritamente obrigados a alimentá-los, são obrigados em virtude do favor que a lei impôs, é obrigação, porém secundária. É este o modo pelo qual podemos responder a objeção que apresentamos. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:11).

Também Gomes Ribeiro (1875:43):

> É a 1ª parte da Tese. Aqui entendemos filhos ilegítimos reconhecidos, porque na 2ª parte vem clara a cláusula: não reconhecido de forma alguma. Há pois reconhecimento na forma da lei de 1847 que dispõe que em tal caso há o Direito a alimentos ou então há o reconhecimento por sentença que dá o mesmo direito. Mas tais reconhecimentos não constituem o pátrio poder; fica o filho legitimado para certas e determinadas relações do Direito, não fica, porém, equiparado ao filho legítimo. Ora, este casando sem autorização paterna ou suprimento dela fica privado a arbítrio do pai do Direito a alimentos. Portanto, em relação ao filho ilegítimo nestas condições, não deve ter o direito o pai de privá-lo de Direito a alimentos pois que a sua ação sobre ele não é tão poderosa como a do pai legítimo.
>
> A 1ª parte não se refere a idade; entretanto esta é da máxima importância nesta matéria. Formulada a tese porém em um sentido tal e igual como nesta, nós responderemos a ela negativamente quanto à 2ª parte, firmado em 2 razões principais: 1ª porque havendo um fato ilícito perante o direito, não há pátrio poder e portanto as relações entre pai e filho se especializam muito; e sendo a legislação sobre alimentos toda de proteção ao filho ilegítimo e em geral ao alimentando, no caso previsto, o pai é só o prejudicado, porque também é o único culpado da existência do filho natural; 2ª porque se o filho é maior de 21 anos, estando fora do pátrio poder por ser ilegítimo, está também maior e casa sem pena alguma; se é menor de 21 anos e maior de 18 anos e para casar pede o consentimento do pai que o denega e não obstante isso casa-se, como já foi reconhecido e consequentemente já recebeu do pai alimentos anteriormente pode intentar uma ação contra o pai, provando em como aquele cessou injustamente a prestação de alimentos e que o casamento lhe é de todo ponto conveniente. Desse modo, acreditamos que o filho ilegítimo, mesmo menor, pode casar contra a vontade do pai (…) a continuação da prestação de alimentos.
>
> Ele tem em seu favor como documentos a apresentar ao juiz a sua carta de filiação, a sentença de alimentos e sua certidão de casamento. Baseamo-nos no P1º do Assento 5º de 9 de Abril de 1772 confirmado pelo Alvará de 19 de Agosto de 1776, que diz: "em qualquer idade os filhos têm direito de obrigar os pais a prestar-lhes alimentos".

O enunciado da dissertação distingue entre espécies dentro do mesmo gênero dos filhos ilegítimos. Em primeiro lugar, pergunta-se se os filhos ilegítimos que se casam sem o consentimento de seu pai perdem o direito a alimentos, ao que Vieira da Cunha respondeu de maneira negativa, expondo também os argumentos que se constroem com base em Teixeira de Freitas para sustentar posição a respeito dos alimentos que deveriam ser prestados por irmãos. A segunda parte do enunciado, acrescenta mais variáveis

a serem consideradas ao mesmo tempo em que especifica alguns critérios a serem levados em consideração na resposta. Pergunta-se se os filhos ilegítimos, coloca que devem ser considerados maiores ou menores sem que isso tenha, e acrescenta a especificidade de que, em favor destes, não existe qualquer manifestação paterna do sentido do reconhecimento nem sentença declaratória tratando do tema da paternidade. Esse dado faz com que Vieira da Cunha (1875:15) coloque tais filhos como sendo ilegítimos de maneira mais explícita, uma vez que estaria ausente qualquer forma de vínculo paterno. Esta variável, contudo, não é o bastante para que a resposta seja diversa, declarando que, à segunda parte, responderá da mesma forma que a primeira, na medida em que a ausência de manifestação de paternidade ou de sentença não faz com que tais filhos tenham um tratamento diferente no que se refere ao direito de exigir alimentos.

> Passamos agora a responder a 2ª parte de nossa dissertação. Podemos quase que dizer que do mesmo modo porque respondemos ao 1º ponto, devemos responder ao 2º de nossa tese. Diz-nos ele "os filhos ilegítimos maiores ou menores que não tem em favor de sua filiação, reconhecimento algum paterno ou sentença declaratória de sua filiação perdem o direito a alimentos se casam sem autorização paterna?". Dizemos que devemos responder de modo igual ao que respondemos na 1ª parte pelas razões seguintes: em ambos os casos trata-se de filhos ilegítimos e em ambos se casam sem consentimento do pai. É verdade que na 2ª diz-se e mais explicitamente "filhos ilegítimos" maiores ou menores que não teve em favor de sua filiação reconhecimento paterno ou sentença declaratória de sua filiação, (…) isto não influi, e porque aquilo que isto não tem é do mesmo modo considerado filho ilegítimo e não tem mais nem menos direitos do que os filhos ilegítimos de que nos ocupamos acima.

As dissertações permitem construir um retrato não apenas das teses jurídicas que estavam sendo desenvolvidas na Faculdade de Direito de São Paulo, mas também um retrato mais abrangente do estado em que estava a própria ciência do direito e o arranjo institucional brasileiro. Este dado se faz presente na dissertação de Vieira da Cunha ao apresentar a fundamentação para responder à segunda parte da questão. Declara que suas afirmações são baseadas em leis expressas, que especifica serem as Ordenações Filipinas, em seu Livro 4º, título 99, parágrafo 2º, e o Assento da Casa da Suplicação de 9 de abril de 1772, uma que foi elaborada pelo governo de Madrid em um contexto de União das Coroas Ibéricas e o outro, no âmbito de uma reforma centralizadora arquitetada pelo Marquês de Pombal para fortalecimento da legislação nacional portuguesa. O que se tem de elemento produzido no Brasil é a obra de Teixeira de Freitas, a Consolidação das Leis Civis, uma vez que, tendo sido contratado para a elaboração de um Código Civil, não chegou a concluir o trabalho, sendo a Consolidação adotada em bases oficiais. As leis expressas são elementos

estrangeiros que foram importados para suprir uma ausência de legislação brasileira, como foi apontado por Plínio Barreto como sendo o quadro na época da independência e que muito pouco evoluiu, como aponta o Conselheiro Lafayette.

> Os filhos ilegítimos têm direito a alimentos (…) da mesma maneira. As nossas asserções são baseadas em leis expressas, assim temos as que citamos Ord. Liv 4º tit 99 §2º (…) e Ass. De 9 de Abril de 1772. É também baseado nestas disposições que o Senhor Teixeira de Freitas na sua obra Consolidação das Leis no art. 168 em que diz: Em qualquer idade os filhos têm o direito de obrigar os pais a prestar-lhes alimentos, se por defeito de sua natureza, ou por outro princípio, forem tão (…) que não se possam alimentar a si mesmos. É verdade que aquele Jurisconsulto é de opinião contrária à nossa, se bem que apoiado nas mesmas leis, e diz isto em relação aos filhos famílias legítimos, porém depois do que anteriormente dissemos e que concluímos que podiam ser equiparados a eles os ilegítimos podemos também aplicar a doutrina em relação aos ilegítimos. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:19).

Existe, no excerto acima, uma crítica a Teixeira de Freitas no que se refere ao tratamento dos filhos legítimos, que seria diverso daquele dispensado aos filhos ilegítimos. Da mesma maneira, Teixeira de Freitas é a favor de uma interpretação ampliativa do pátrio poder, para responder afirmativamente à questão da obrigatoriedade da permissão paterna para que os filhos se casem como condição essencial para um pedido de alimentos. Já no final de seu trabalho, Vieira da Cunha retoma a definição do Conselheiro Lafayette para os alimentos que seriam devidos aos filhos de qualquer idade, sem especificar se legítimos ou não, no caso de defeito de sua natureza ou condição superveniente de modo que não possam garantir seu próprio sustento. A questão coloca-se como de interpretação apenas, influenciada pelas convicções pessoais de cada um dos intérpretes na medida em que Vieira da Cunha (1875:21) ressalta que chegou a conclusão diversa de Teixeira de Freitas pela análise dos mesmos dispositivos legais. O segundo tema da dissertação trata dos filhos ilegítimos que a seu favor não tem qualquer forma de reconhecimento nem sentença declaratória que se casam sem o consentimento do pai e como isso pode afetar o seu direito a pleitear alimentos.

> A verdade de que ora avançamos da resposta que demos está no seguinte: na lei que diz que o consentimento paterno podia ser suprido pelo consentimento do juiz. Ora, se tem pena para aplicar-se aquele que casa-se sem o consentimento paterno é porque a falta deste consentimento no casamento, porque o filho que casa sem autorização paterna comete um crime (?) previsto pelas leis civis e parti ele pena aplicada. Se, pois, é crime previsto pelas leis civis, tanto assim que comina-se prisão (?), como é que o Juiz pode suprimir esta autorização paterna e com o consentimento do Juiz o filho não incorre em pena alguma? Não será concessão meia absurda, poder o Juiz influir caso sua vontade ira o pátrio poder? Suprimir o consentimento paterno com o seu? Julgamos que sim, e se o filho de não poder exigir alimentos do Pai, casando-se sem sua autorização, deve do mesmo modo

> incorrer ainda que esta autorização seja suprida pela da Justiça. Não temos feito esboço de um compêndio de direito civil, nem tão pouco nosso conhecimento não são tantos que nos permita fazer. Mais uma vez, respondemos pela negativa a nossa tese.

Ainda, o Conselheiro Lafayette (2004:280), ao comentar os temas em questão, inicia sua exposição a respeito do casamento com as regras que são aplicáveis a todos os tipos de casamento. Em primeiro lugar, quem pode casar e em quais circunstâncias. Nesse sentido, trata de um dos temas da dissertação analisada, que é a necessidade de prévio consentimento para o casamento de pessoas em determinadas condições. A doutrina justifica essa necessidade baseada em dois principais fatores, se a pessoa ainda não atingiu o desenvolvimento completo de sua razão ou se está sob a dependência de outrem. Estar sob a dependência de outrem deve ser entendido, neste contexto, como estar ainda sob o pátrio poder.

> Se os contraentes não tocarão ainda ao completo desenvolvimento de sua razão, ou estão sob a dependência de outrem, exige a lei civil, como condição previa para a celebração das núpcias, o consentimento das pessoas sob cujo poder vivem, para dar ao ato o cunho de reflexão e tornar efetivo o cumprimento de certos deveres de respeito e obediência.

Tendo apresentado as características que unem todos os indivíduos que são obrigados a solicitar o consentimento paterno para casarem-se. Lafayette passa analisar cada um dos casos. Junto da descrição da condição, apresenta também a sua justificativa legal. Em primeiro lugar na lista, os filhos-família, qualquer que seja a sua idade, não podem se casar sem o consentimento do pai. Esta é uma daquelas situações citadas pelo próprio Conselheiro Lafayette em que preceitos de Direito Romano acabam sendo conjugado com os costumes para a prática dos tribunais. Neste caso, nem se trata de um tribunal brasileiro, mas de um Assento da Casa da Suplicação, que foi confirmado por uma lei do Reino de Portugal. Interessante observar como convivem as ordens normativas, e os centros de formação do Direito, na medida em que a primeira remissão legal é para uma decisão de Tribunal. Em conjunto com essa decisão de tribunal, existe uma indicação legislativa. Nesse mesmo assunto, expõe uma contradição aparente para logo, em seguida, resolvê-la. Como o referido Assento foi confirmado por um Alvará, suas disposições valem contra Leis que foram emanadas após a publicação do Assento, mas antes do Alvará.

> Assim que, não podem os filhos famílias e os menores de vinte e um anos contrair matrimônio, sem consentimento, a saber: 1.º Os filhos famílias, qualquer que seja a sua idade, sem o consentimento do pai; (115) 2.º O menor que foi pelo pai

> demitido do pátrio poder, sem o consentimento do próprio pai, que fica sendo o seu tutor; (116) 3.º Os menores, os órfãos de pai, sem o consentimento do tutor ou do juiz de órfãos; (117) 4.º Os menores, filhos ilegítimos, reconhecidos ou legitimados, sem o consentimento de seus pais; (118) 5.º E, finalmente, o soldado de linha sem licença do chefe de seu corpo (119). Deve-se observar que, mesmo livre do pátrio poder, o pai continua a controlar o filho, especialmente no tocante à licença para casar-se, conforme a segunda hipótese apresentada. Deve pedir consentimento para contrair matrimônio o menor que foi libertado do pai pelo pátrio poder. O pai, contudo, converte-se em tutor do menor e, nessa qualidade, deve dar o seu expresso consentimento para que se case. (LAFAYETTE, 2004:281).

Vieira da Cunha, no mesmo sentido, repete dos ensinamentos do Conselheiro Lafayette. Lançado em 1874, *Direitos de Família* foi, certamente uma obra que influenciou os estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo. Mesmo que o Conselheiro não estivesse na Academia exercendo atividades docentes, mesmo a sua atuação política serve de propaganda para a obra de doutrina.

> Os filhos legítimos podem ser de 2 espécies, sui juris e alieni juris; os ilegítimos são só alieni juris, não se acham sujeitos à autoridade parental, e, pois, são considerados [5] como os legítimos chegados à idade de 21 anos, e, portanto, desligados da autoridade parental, a qual devem somente pedir consentimento para casar-se por mera deferência. E se o pai denega sua autorização, o filho não incorre por este fato, casando-se, em pena alguma. (VIEIRA DA CUNHA, 1875:5).

4.3. As Dissertações de 1876: Sistema Civil de Registros Públicos

As dissertações de **1876** apresentam um nível maior de uniformidade no que se refere ao desenvolvimento da resposta, observando-se tanto a repetição dos argumentos utilizados, quanto a própria estrutura do raciocínio e os termos empregados. Pela leitura do próprio Decreto nº 5.604 de 25 de abril de 1874, percebe-se que o texto legislativo foi uma grande fonte de inspiração para as dissertações que foram apresentados.

> *Direito Civil. Dissertação. As certidões extraídas dos livros eclesiásticos fazem prova dos casamentos celebrados depois que vigora o registro civil estabelecido pelo decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874 ou são somente admissíveis na falta ou subsídio da certidão civil?*

As referências presentes nas dissertações transitam em dois níveis, um mais geral tratando da instituição do sistema de registros públicos no Brasil, com menção aos princípios norteadores da legislação, bem como a exposição de motivos; e um nível específico sobre o que seria exclusivo do regramento referente aos casamentos. Apesar de a questão tratar apenas dos casamentos, tendo em vista que se trata das relações que existem entre as certidões extraídas dos livros do registro civil e as certidões extraídas dos livros eclesiásticos, também os nascimentos e os óbitos eram objeto de registro em livros próprios pelas diferentes religiões, como sendo eventos de grande importância na vida espiritual. Os referidos fatos passam a ser objeto do registro civil pelo artigo 1º do Regulamento instituído pelo Decreto nº 5.604/1874.

> Regulamento do registro civil dos nascimentos, casamentos a óbitos, a que se refere o Decreto supra
>
> TITULO I
>
> DISPOSIÇÕES GERAIS
>
> CAPÍTULO I
>
> Do registro em geral
>
> Art. 1º O registro civil compreende nos seus assentos as declarações especificadas neste Regulamento, para certificar a existência de três factos: o nascimento, o

> casamento e a morte.
>
> Art. 2º É encarregado dos assentos, notas e averbações do registro civil, em cada Juizado de Paz, o Escrivão respectivo, sob a imediata direção e inspeção do Juiz de Paz, a quem cabe decidir administrativamente quaisquer dúvidas que ocorrerem, enquanto os livros do registro se conservarem no seu Juízo.
>
> As notas, averbações e certidões ficarão a cargo do Secretário da Câmara Municipal respectiva, depois que, findos os livros, forem remetidos para o arquivo daquela corporação.
>
> Art. 3º Os assentos do registro civil serão exarados em livros, para esse fim especialmente destinados, sendo um para o registro dos nascimentos, outro para o dos casamentos, e outro para o dos óbitos.
>
> Art. 4º Estes livros serão fornecidos pelas Câmaras Municipais respectivas, cujos Presidentes deverão lavrar neles os termos de abertura e encerramento, e numerar e rubricar as folhas.
>
> Art. 5º Os empregados do registro civil não devem inserir nos assentos, que lavrarem, ou nas respectivas notas e averbações, senão aquilo que os interessados declararem de acordo com as disposições deste Regulamento.

O Regulamento trata ainda da publicidade da legislação e o funcionamento nas localidades nas quais ainda não se tenham criados os cargos públicos necessários à implementação do sistema civil dos registros públicos. Ainda, o Regulamento prescreve também disposições para os fatos da vida civil que se derem dentro de navios, tanto de guerra quanto mercantes, no Exército em campanha, bem como os fatos que tenham lugar em território estrangeiro. Tais fatos devem ser comunicados ao ministério responsável pela operação em que se deu o fato para que este oficie a Secretaria de Estado dos Negócios do Império para que transmita a ordem de assentamento ao registro civil competente.

> Art. 6º Nas colônias estabelecidas em lugares onde não estejam ainda criados os empregados de que trata o art. 2°, e que ficarem muito distantes deles, serão incumbidos dos livros do registro civil, sob a imediata direção e inspeção dos Diretores das mesmas colônias, os empregados que os Presidentes das Províncias designarem.
>
> Quando se puser em execução o presente Regulamento, declarar-se-á logo quais são as colônias sujeitas a esta disposição.
>
> Art. 7º Os factos concernentes ao registro civil, que se derem a bordo dos navios, de guerra e mercantes em viagem, no Exército em campanha, e em território estrangeiro, serão comunicados em tempo oportuno aos respectivos Ministérios, a fim de que pelo do Império se ordene o lançamento, nota ou averbação nos livros competentes dos distritos a que pertencerem os indivíduos a quem se referirem, ou suas famílias.

As dissertações a respeito da força probatória das certidões extraídas dos livros eclesiásticos dividem-se em algumas mais concisas que apresentam os argumentos

de maneira direta, relacionando apenas aqueles que têm uma estreita relação com a questão proposta; por outro lado, alguns estudantes arvoram-se em considerações mais gerais a respeito do instituto do casamento, tal como considerações sobre o tratamento do casamento no Direito Romano. Também, apresentam o regramento completo do casamento segundo o ordenamento brasileiro, com distinção das diversas espécies de casamentos e sua forma de celebração conforme o estado e intenção dos contraentes. O estudante Santos Werneck (1876:175) está localizado no segundo grupo, com considerações mais abrangentes a respeito do tema, decide fazer uma introdução de caráter histórico com as formas de casamento e o regramento da matéria conforme as disposições do Direito Romano.

> Os Romanos definiam o casamento maris et feminae conjunctio individuam vitae consuetudinem (…) e distinguiam quatro espécies de casamento, a justa nupcia, que chamaremos de casamento propriamente dito e o concubinato menos propriamente dito. Estas quatro espécies de casamento não se confundiam, não obstante serem ambas sancionadas pelas leis, nas justas núpcias, a mulher era justa uxor e os filhos, justi liberi, o marido tinha autoridade parental, não acontecia o mesmo no concubinato. Neste, a mulher era concubina, os filhos liber naturales, e o pai não tinha autoridade parental. O casamento entre os escravos, mulher escrava com homem livre, livre e vice-versa era desconsumado. Contubernium – Inter liberos et servos matrimonium contrahi non potest, contubernium potest – O casamento celebrado entre os povos sujeito ao domínio Romano era chamado matrimonium, não havia neste casamento autoridade parental. Esta espécie de casamento desapareceu quando o Imperador Caracalla concedeu o nome e os direitos de cidadão Romano a todos os povos sujeito a Roma; eis as 4 espécies de casamento na legislação Romana.

Sem estabelecer qualquer relação de pertinência ou mesmo de continuidade, passa a seguir a apresentar as classificações e o regramento dos casamentos pelo direito civil brasileiro. Passa ao direito civil pátrio, mas afirma que a melhor definição para casamento se encontra na doutrina estrangeira, colocando o casamento como sendo um sacramento e um contrato, sendo regido, desta forma, tanto pela lei eclesiástica quanto pelas leis civis. Passa a tratar do direito brasileiro, mas antes de adentrar no mérito da dissertação, opta por apresentar considerações gerais também sobre as classificações que podem ser feitas a respeito do casamento conforme o estado dos contraentes e a sua forma de celebração.

> Passemos agora ao Direito Pátrio. Entre as diversas definições de casamento, sem dúvida, a melhor é a de Mourlon. Segundo este escritor, o casamento é o ato solene e perpétuo celebrado entre duas pessoas, de sexo diferente, que se unem sob a promessa recíproca de fidelidade no amor, comunhão na felicidade e auxílio na desgraça. O casamento é um sacramento e um contrato e como tais rege-se pelas leis eclesiásticas e civis. Podemos dividir o casamento em relação aos contraentes, em relação à boa ou má-fé dos nubentes e em relação ao modo porque são celebrados. Em relação aos contraentes ou a religião dos mesmos, o casamento é católico, misto, ou acatólico, em relação à boa ou má-fé dos cônjuges, o casamento

> é putativo, e, finalmente, em relação ao modo porque são celebrados, o casamento é clandestino, de consciência. Casamento católico é aquele cujos contraentes professam a religião católica; misto aquele cujos contraentes professam religião diferente, um católico e outro, religião dissidente; acatólico aquele cujos contraentes seguem religião contrária ao catolicismo. Putativo é aquele que foi contraído com todas as solenidades legais, mas que, todavia, é nulo, por se dar entre os cônjuges sem ciência de outro ou de ambos, impedimento tal que, ou absolutamente não podiam casar, ou não podiam sem prévia dispensa; dá-se no casamento putativo, por consequente, as seguintes condições: 1ª observância das solenidades legais ou externas. 2ª existência de impedimentos ocultos. 3ª ignorância desse impedimento da parte de ambos os contraentes ou, ao menos, de um deles. Casamento clandestino é aquele que foi celebrado sem observância de alguma das solenidades externas, é nulo. O pároco que os celebrar e os contraentes ficam incursos nos arts. 247 e 248 do Código Criminal. Casamento de consciência é que que dispensados os pregões, é celebrado particular fora ou dentro da igreja e a portas fechadas na presença do pároco e duas testemunhas (…) familiares, com prévio conhecimento e determinação do ordinário. (SANTOS WERNECK, 1876:179).

Quanto à apresentação da questão indicada para desenvolvimento nas dissertações, os estudantes colocam-na dividida em dois pontos, sendo que a resposta para o primeiro ponto determina quase que completamente a resposta ao segundo ponto. Desta forma, percebe-se que a argumentação referente ao primeiro ponto é muito mais extensa e profunda para que, ao final, fazendo-se uso do raciocínio já previamente construído, seja apresentada a solução ao segundo ponto. A primeira parte, como enuncia Leite de Assis (1876:333), trata de saber se as certidões extraídas dos livros eclesiásticos fazem prova dos casamentos celebrados após a entrada em vigor do registro civil instituído pelo Decreto nº5.604, de 25 de abril de 1874. Tem-se menção expressa ao texto do decreto uma vez que são mencionados os nascimentos, casamentos e óbitos como sendo aqueles que são objeto do novo sistema civil de registros públicos. Coloca que, tendo o sistema civil de registros públicos regulado a documentação referentes aos casamentos, poder-se-ia pensar que se encontra revogadas as disposições que anteriormente serviam para regular a matéria. Esclarece logo, contudo, que entender a vigência do Decreto nº 5.604/1874 como sendo a revogação dos dispositivos anteriores é errado pelas razões que deduzirá em seu trabalho.

> A tese que vamos desenvolver apresenta duas partes distintas: a primeira vem a ser a seguinte: as certidões extraídas dos livros eclesiásticos fazem prova dos casamentos celebrados depois que vigora o decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874, decreto este que estabelece o registro civil de nascimentos, casamentos e óbitos? A segunda parte da tese vem a ser a seguinte: as certidões que se extraírem dos livros eclesiásticos são somente admissíveis na falta ou subsídio das certidões civis? Eis a segunda parte. Consideremos cada uma per si. Vejamos a primeira. Estabelece o decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874 o registro civil dos casamentos, nascimentos e óbitos. Diz o citado decreto de 1874 que o registro é estabelecido para certificar três fatos: casamentos, nascimentos e óbitos. Portanto as certidões dele extraídas constituem prova desses 3 atos. Parece à primeira vista que esse regulamento revogou o direito anterior, que admitia como prova desses

> fatos, casamentos, nascimentos, óbitos, as certidões extraídas dos livros eclesiásticos competentes. Entretanto, se refletirmos um momento, encontraremos o erro em que caem aqueles que assim pensam.

Da mesma forma, França Vianna (1876:311) apresenta a dissertação dividida em duas questões, sendo a primeira delas se as certidões extraídas dos livros eclesiásticos servem de prova para os casamentos realizados após a entrada em vigor do sistema civil de registros públicos. A segunda parte trata da discussão da admissibilidade como prova das certidões extraídas dos livros eclesiásticos nos casos em que se encontram ausentes as certidões do novo sistema civil de registros públicos e qual seria a relação entre as certidões emitidas nos diferentes sistemas e se haveria alguma relação de hierarquia entre elas, com prevalência do sistema civil de registros públicos.

> A tese, que nos coube desenvolver, tem duas partes: a primeira vem a ser a seguinte: as certidões extraídas dos livros eclesiásticos fazem prova dos casamentos celebrados, depois que se acha em vigor o decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874, decreto este, que estabeleceu o registro civil de nascimentos, casamentos e óbitos. Eis a primeira parte de nossa tese. A segunda parte de nossa tese vem ser a seguinte: ou as certidões, que se extraírem dos livros eclesiásticos são somente admissíveis na falta ou subsídio das certidões civis? Esta é a segunda parte de nossa tese. Consideraremos cada uma destas partes per si.

Diferenciando cada uma das categorias de casamento no direito civil brasileiro, Santos Werneck (1876:187) diferencia o modo pelo qual é provado antes e depois da entrada em vigor do sistema civil de registros públicos introduzido pelo Decreto nº 5.604/1874 sendo que, em todos os casos, com a vigência do referido decreto, os casamentos podem ser provados pelas certidões extraídas dos livros do registro civil.

> O casamento católico antes do aparecimento do Decr. Nº 5604 de 25 de Abril de 1874 provava-se pelas certidões extraídas dos livros eclesiásticos, atualmente, porém, prova-se pelas certidões passadas pelos escrivães do Juízo de Paz do distrito dos cônjuges segundo os termos do Decr. Nº 5604 de 25 de Abril de 1874. Os acatólicos provam-se pelas certidões extraídas dos livros de registro existentes nas Câmaras, caso fossem celebrados depois da lei de 17 de Abril de 1863 e Decr. de 11 de Setembro de 1861. Mas se foram contraídos antes da existência dessa lei só podem ser provados pelas certidões passadas pelos ministros ou pastores, depois, porém vigora o Decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874 eles podem ser provados pelas certidões extraídas dos livros respectivos ou pelo exame do Juízo de Paz da residência dos cônjuges pelo secretário das Câmara quando o livro esteja findo.

Um questionamento maior, na mesma linha de Santos Werneck, aparece no trabalho de Bernardes de Gouvêa (1876:113) que, antes de tratar das formas de casamento conforme o direito civil brasileiro ou mesmo a admissibilidade das certidões

extraídas dos livros eclesiásticos, trata de qual a necessidade de se fazer prova da celebração dos casamentos, respondendo ao próprio questionamento pelos efeitos que decorrem da celebração do casamento.

> O estudo da tese que faz objeto da nossa dissertação acarreta a investigação das provas de casamento, admissíveis em face do nosso Direito atual. Sendo, porém, que não é possível estudar as consequências de um princípio sem haver afirmado a existência deste, é claro que não poderemos entrar naquela investigação sem indagarmos primeiramente se é necessário que se provem os casamentos. Conquanto, em face da lei, esteja solvida esta questão, atentas as disposições que, implicitamente, proclamam esta necessidade, entretanto em face da Ciência ela deve merecer alguma importância, por isso que ao intérprete cumpre não só conhecer as disposições da lei, como também investigar a sua razão de ser. Colocando-nos, pois, na posição de intérprete, temos que responder a uma dupla interrogação – o que dispõe a lei; - porque o dispõe? - Quanto a primeira parte está dada a resposta – "que a lei, afirmando os meios de provar casamentos, implicitamente reconhece ser de necessidade essa prova". Mas será ela, com efeito, necessária? - Eis, por outros termos, a segunda parte da interrogação. A sua resposta parece-nos simples; para obtê-la, é bastante considerar os efeitos que resultam do matrimônio.

Por efeitos do casamento, inicia Bernardes de Gouvêa destacando que o matrimônio, conforme ensina a doutrina, é fonte de relações jurídicas que se traduzem em direitos e obrigações que vão além da pessoa dos cônjuges para abranger também os bens do casal e outras pessoas, notadamente a prole. Para o exercício de tais direitos e a execução de tais obrigações é necessário que se faça prova do ato do qual derivam. Disto, passa a fazer uma reflexão, tendo em vista a necessidade de se provar a existência do casamento, a respeito dos meios de prova admitidos em direito. Sem descer ao mesmo nível de detalhamento de Santos Werneck, anuncia, contudo, que as diferentes categorias de casamento conforme o estado dos contraentes e o local em que foi celebrado o casamento pode ter efeitos sobre os meios pelos quais podem ser provados.

> De fato, dizem os Civilistas, o matrimônio é fonte de relações jurídicas que abrangem não só a pessoa e bens dos cônjuges, como a prole. Ora, estas relações traduzem-se em direitos e obrigações, direitos e obrigações só podem ser alegados e exigidos havendo prova de sua existência. Por outro lado, não sendo possível provar a existência de um efeito sem demonstrar que existe ou existiu uma causa, por isso que não há efeito sem causa, claro é que a prova da existência dos direitos e obrigações que resultam do matrimônio acarreta a prova da existência do mesmo matrimônio. [119]. É, pois, dos mesmos efeitos do casamento, que resulta a necessidade imprescindível de provar-se a sua existência. Aliás, quais os meios de prova admissíveis em face do nosso Direito? Sendo certo que os casamentos, considerados com relação à religião dos contraentes, dividem-se em católicos – quando contraídos entre católicos, acatólicos – quando entre dissidentes, e mistos – quando entre um católico e um dissidente, sendo certo, por outro lado, que os casamento de qualquer espécie são celebrados dentro ou fora do Império, cumpre-nos na solução da questão atender a todas as circunstâncias. Falaremos ocupando-nos em primeiro lugar com os casamentos celebrados dentro do Império.

(BERNARDES DE GOUVÊA, 1876:117).

Desenvolvendo o raciocínio a respeito da primeira parte da dissertação, Leite de Assis coloca, de pronto, referência às Ordenações Filipinas. Cita também a Constituição do Arcebispado da Bahia que regula os procedimentos para a realização de casamentos em sua seção 64. Esse tipo de regulamento da Igreja Católica pode ser invocado por disposição expressa do Decreto de 3 de novembro de 1827, que tratou também dos regulamentos prescritos pelo Concílio de Trento para os casamentos, determinando fossem observados em todo o Império. Já pelas Ordenações e pela Constituição do Arcebispado, Leite de Assis (1876:339) responde que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos devem ser plenamente admitidas como meio de prova. Apela, como primeiro de seus argumentos, à motivação que levou fosse publicado o Decreto nº 5.604/1874 que seria realizar o rescenciamento do Império, não tratando de qualquer forma de disposição com o objetivo de afastar a aplicação do Direito Canônico no Império.

> Vamos prová-lo. Estabelecem as Ord. L 3º T. 35 § 5 e 24 a 46 §1 que as certidões dos livros eclesiásticos fazem prova plena desses fatos. A Constituição do Arcebispado da Bahia na seção 64 diz a mesma coisa – em toda a matéria matrimonial o Direito Canônico foi adotado como lei pelo Decreto 3 de Novembro de 1827. Sendo assim, não podemos deixar de convir que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos ainda constituem com os mesmos efeitos. Em primeiro lugar o fim do regulamento foi fazer o recenseamento da população do Império, e não revogar o Direito Canônico – em matéria de prova.

Em segundo lugar, porque, além de não ser o objetivo do Decreto nº 5.604/1874 afastar a aplicação do Direito Canônico, tal objetivo jamais poderia ser alcançado uma vez que se trataria de disposição inconstitucional em razão da repartição entre os Poderes. Ao Poder Executivo, responsável pela elaboração do Decreto nº 5.604/1874, não caberia formular e revogar as leis, sendo esta uma competência exclusiva do Poder Legislativo. Também porque, em razão de ser o Decreto nº 5.604/1874 uma disposição particular do Brasil, não teria força para revogar uma disposição geral, que são as regras prescritas pelo Direito Canônico. Desta forma, resta concluir, segundo Leite de Assis (1876:343), que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos continuam sendo prova dos casamentos celebrados mesmo após a entrada em vigor do sistema civil de registros públicos. Desta forma, com a argumentação já construída, responde à segunda questão para afastar qualquer forma de diferença de hierarquia entre as certidões extraídas dos sistemas civil e eclesiástico de registro de casamentos.

> Em segundo lugar, se outro fosse o intuito desse regulamento, isto é, revogar o Direito Canônico, seria inconstitucional porque ao Poder Executivo não cabe essa atribuição de fazer e revogar as leis. Acresce que o decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874, como decreto que é, é disposição particular, e não pode, portanto, revogar disposição geral, o Direito Canônico. Em vista dessas considerações julgamos resolvida a primeira parte da tese. Assim concluímos que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos competentes fazem prova dos casamentos, mesmo depois que vigora o decreto de 1874. Da solução da 1ª parte vem a da 2ª: não só como subsídio do registro civil, mas sempre constituem prova as certidões extraídas dos livros eclesiásticos.

Da mesma forma, França Vianna faz referência aos atos que são objeto do novo sistema civil de registros públicos. Sendo um sistema novo de registros públicos, também menciona que se poderia entender que, após a entrada em vigor do sistema civil de registros públicos, ficariam sem valor as certidões extraídas no sistema que vigorava anteriormente. Percebe-se a semelhança entre as dissertações porque declara também que entender a perda de validade das certidões extraídas dos livros eclesiásticos seria laborar no mais completo engano. A razão é que a observância do Direito Canônico por todos os Bispados e freguesias do Brasil pelo Decreto de 3 de novembro de 1827, de modo que a validade das certidões extraídas dos livros eclesiásticos tem sua força derivada as disposições de Direito Canônico que, sendo disposição geral, não pode ser revogada pelo Decreto, que é uma disposição particular. O argumento final para resolver à primeira parte da questão proposta funda-se na separação de poderes do Império, fazendo exposição igual àquela de Leite de Assis, declinando que as atividades e atos do Poder Executivo não podem invadir a esfera de competência do Poder Legislativo.

> Vejamos a primeira. Estabeleceu o decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874 o registro civil dos nascimentos, casamentos e óbitos. Ora, estabelecendo o decreto nº 5604 de 25 Abril de 1874 o registro civil de nascimentos, casamentos e óbitos, parece que, ipso facto, só fazem prova dos casamentos celebrados depois que vigora o registro civil, as certidões que se extraem do registro civil. Mas assim não se deve entender. Quem assim entendesse, isto é, quem supusesse que só fazem prova dos, digo, as certidões extraídas do registro civil, laboraria no mais completo engano.
>
> A razão é que a que passamos a expender. Sendo o Direito Canônico lei pátria, segundo estabelece o decreto de 3 de Novembro de 1827, e estabelecendo o mesmo Direito Canônico que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos competentes fazem prova dos casamentos que se celebrarem, é de evidência que não pode esta disposição geral ser revogada pelo decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1874, visto como o decreto é disposição particular, e a disposição particular não pode revogar uma disposição geral. Além disto, o governo não é poder legislativo, não pode estabelecer disposições legislativas; somente o poder competente, isto é, o poder legislativo pode decretar leis. (FRANÇA VIANNA, 1876:313).

Tendo exposto os três argumentos, França Vianna passa a responder

à questão proposta para a dissertação confirmando a admissibilidade das certidões extraídas dos livros eclesiásticos mesmo após a entrada em vigor do Decreto nº 5.604/1874 que instituiu o sistema civil de registros públicos. Aos argumentos a respeito da separação de poderes no Império e divisão de competências, acrescenta França Vianna uma crítica contra os desrespeitos que se observa ao texto constitucional, mas sem um objeto determinado, sem especificar se está falando do governo agindo contra o texto constitucional, como poderia parecer pela interpretação da usurpação de competência, ou se dirigida contra a sociedade de um modo geral. Menciona, ainda, que é possível que o Poder Executivo desempenhe funções legislativas em casos específicos quando expressamente autorizado pelo Poder Legislativo por meio de expressa delegação, como aconteceu no caso da reforma dos Estatutos das Universidades.

> Por conseguinte, a solução que damos à primeira parte em que, digo, nossa tese, vem ser a seguinte: As certidões que se extraírem dos livros eclesiásticos competentes fazem prova dos casamentos celebrados depois que vigora o registro civil estabelecido pelo decreto nº 5604 de 25 de Abril de 1974, porque o decreto é uma disposição particular, e sendo uma disposição particular, não pode revogar disposição geral, isto é, não pode ir de encontro ao que estatui o Direito Canônico, que é lei pátria, segundo se vê consignado no decreto de 3 de Novembro de 1827. Dissemos que o poder executivo não pode estabelecer leis. Realmente assim é, isto vemos consignado no art. 15 §8º do nosso pacto fundamental, o qual reza o seguinte: é da atribuição da Assembleia Geral: fazer leis, interpretá-las, suspendê-las, revogá-las. Mas infelizmente assim não acontece em nosso país, onde vemos práticas manifestamente contrárias ao preceito estabelecido pelo nosso pacto fundamental. Assim nos vemos o executivo por delegação do legislativo fazer leis, como acontece no caso em que o legislativo autorizou ao executivo a reforma dos estatutos de nossas Academias. Portanto somente em casos em que o legislativo delega ao executivo algumas de suas funções legislativas pode este último legislar. Ora no caso vertente o executivo não teve autorização para legislar. Portanto não pode fazê-lo. As certidões dos livros eclesiásticos fazem sempre prova, como demonstramos, é claro que na falta ou subsídio da certidão civil, elas fazem prova. (FRANÇA VIANNA, 1876:321).

Enquanto os outros estudantes limitam-se a apresentar os argumentos que são necessários para a construção do raciocínio que leva à solução da questão proposta, Santos Werneck (1876:191) apresenta situações anômalas, tal como o perdimento dos livros do registro civil ou os casamentos celebrados fora do Império, para o qual descreve cada o tratamento de cada uma das espécies de casamento que já havia descrito antes.

> No caso, porém, de terem se extraviado os livros, ou de omissão do assentamento dos mesmos, os interessados podem fazer a prova pelos meios admissíveis em direito, estes meios admissíveis em direito acham-se expressos na Ord. Liv. 3º, Tit. 25 e na doutrina dos nossos praxistas como seja Mello Freire Liv. 2 Tit. 6, § 2º e bem assim em Silva.

> Os meios admissíveis para se poder fazer a prova nos casos de falta ou inexatidão que dos casamentos católicos ou mistos, quer de qualquer outro casamento são os documentos autênticos de qualquer espécie e até mesmo a prova feita por testemunhas julgada por sentença pelo juiz respectivo. Ord. Liv. 3º, Tit. 60 (?). Artº 41 do Decr. de 17 de Abril de 1863. Pereira e Souza, primeiras linhas nota 475. Artºs 21 a 29, 33 e 34 do Regulamento nº 5604 de 25 de Abril de 1874.
>
> O casamento de brasileiro celebrado fora do Império, se é católico ou misto prova-se pela certidão do consulado se o casamento aí fora celebrado na forma das leis do Império ou pela certidão eclesiástica sendo legalizada pelo cônsul brasileiro no lugar onde o casamento fora celebrado. Artº 2º do Decr. de 17 de Abril de 1863.
>
> Se, porém, o casamento for acatólico pode ser provado pela certidão passada da forma das leis do país dos contraentes. Artº 2º do Decr. de 17 de Abril de 1863. Artºs 184 e 225 do Decr. º 4968 de 24 de Maio de 1872, porém, se os brasileiros ou estrangeiros que contraíram matrimônio fora do Império residirem ou forem residir no Império, devem no prazo de 30 dias desde que entrarem em qualquer porto do Brasil fazer aí o assentamento de seu casamento. Artº … do Decr. nº 5604 de 25 de Abril de 1874.
>
> Devemos notar, porém que todos os documentos passados na forma das leis e estilos do lugar da celebração do casamento devem ser todos legalizados pelos cônsules brasileiros no distrito em que o casamento fora celebrado. Reg. Consular de 24 de Maio de 1872 Artºs 184, 185 e 225.

Já tendo realizado uma exposição detalhada a respeito de todas as modalidades de casamento que são previstas pela legislação, bem como as diversas condições em que podem ser realizados, Santos Werneck passa, no trecho final de sua dissertação, a responder à pergunta que foi proposta. Como argumento de autoridade, apresenta os ensinamentos do Conselheiro Lafayette a respeito do tema do casamento em considerações gerais a respeito do instituto, destacando-se a importância do casamento na vida social, de modo que é apropriado pelas instituições religiosas, chegando a ser considerado um sacramento na doutrina cristã. Pelos mesmos efeitos na vida social que levaram à interferência da esfera religiosa, o Estado considera a relevância do casamento para também regular a matéria. Assim sendo, tem-se dois sistemas de registros públicos atuando ao mesmo tempo, concluindo que as certidões extraídas dos livros eclesiásticos continuam a ser elemento de prova admissível pelo direito mesmo após a entrada em vigor do sistema civil de registros públicos instituído pelo Decreto nº 5.604/1874. Contudo, Santos Werneck (1876:199) diverge no que se refere à relação que se verifica entre as certidões de cada um dos sistemas, citando a lição de Coelho da Rocha, diz ser preferível a certidão extraída do livro do sistema civil de registros públicos. Essa preferência não desabona de qualquer forma a certidão extraída dos livros eclesiásticos, que pode ser admitida sem restrições e serve como meio de prova na falta da certidão civil.

> Passamos agora à tese. As certidões extraídas dos livros eclesiásticos fazem prova dos casamentos celebrados depois que vigora o registro civil estabelecido pelo Decr. nº 5604 de 15 de Abril de 1874, ou são somente admissíveis na falta ou como subsídio da (lei) civil? (1) Certidão. Diz o ilustrado Dr. Lafayette "Não há seita religiosa que não considere o casamento como um fato de sua competência, e que não tenha estabelecido para sua celebração um sistema de prescrições. O Cristianismo desde a sua fundação, chamou-o à sua e o elevou a dignidade de sacramento". Aqui nos mostra este escritor o elemento religioso (…) no casamento e depois nos mostra a necessidade de intervenção do elemento civil dizendo "Mas é, também, fora de dúvida que, por sua natureza e por seus efeitos na vida sociais, entra o casamento na esfera das atribuições do Estado, o qual, passa fixar-lhe a forma, condições e efeitos, enquanto ato da vida civil tem tanta competência quanto para regular o estado das pessoas e organização da propriedade, as sucessões e os demais assunto do domínio do direito privado. Fato religioso, o casamento é da competência da autoridade religiosa; ato civil, é da alçada do Estado". Por estas palavras do Dr. Lafayette, vê-se que sendo o casamento matéria mista, regida pelas leis civis, a Igreja quando o celebra faz o seu assentamento e o Estado atualmente pelo Decr. nº 5604 de 25 de Abril de 1874 também o seu por intermédio dos escrivães do Juízo de Paz, eis por consequente aqui duas provas, mas por necessidades inerentes a importância da matéria como nos mostra Coelho da Rocha, (A) prova atualmente invocada é a certidão civil, (B) quando porém se tenha perdido o livro das certidões civil, ou o assentamento não ter sido feito em tempo podem os interessados na falta da certidão civil requererem à autoridade eclesiástica e assim com a certidão eclesiástica provarem o casamento. Eis o nosso humilde pensar, e para um trabalho tão imperfeito só nos pode valer a benevolência do mestre.

Tratando dos meios de prova, Bernardes de Gouvêa remete à classificação que foi deduzida por Santos Werneck, mencionando também os casos em que os casamentos são celebrados fora do Império. Inicia tratando dos casamentos celebrados dentro do Império em que, pelo menos, um dos contraentes professa a religião católica. Se não houvesse ainda entrado em vigor o sistema civil de registros públicos, o meio de prova é por meio de certidões extraídas dos livros eclesiásticos, tal como estabelecido pelas disposições aprovadas no Concílio de Trento. Ao contrário de Leite de Assis e França Vianna que colocam a observância do Direito Canônico como sendo determinada pelo Decreto de 3 de novembro de 1827, Bernardes de Gouvêa menciona um decreto e uma lei do século XVI. Não apresenta, porém, qualquer fundamento expresso para mencionar legislação aprovada nos tempos da colônia pelo Reino de Portugal em lugar da legislação passada já após a declaração de Independência. Apesar do marco do sistema civil de registros público ser o Decreto nº 5.604/1874, Bernardes de Gouvêa (1876:121) coloca que está tratando, neste ponto do regramento que era observado antes da publicação das Ordenações Filipinas.

> Casamentos celebrados dentro do Império. Iº – "Casamentos católicos e mistos". Como se provam estes casamentos? Supondo inexistente o Decreto de 25 de Abril de 1874, procuraremos resolver o problema. Estabelece o Conc. Trid. Tecc. 24 Cap. 1º – De reformatione matrimonii que os assentamentos dos casamentos devem ser feitos nos livros eclesiásticos pelo celebrante, ou pelo menos por ele subscritos. Assim, em face do Direito Canônico, os casamentos católicos e mistos,

> visto que recaem sob as regras deste Direito, provam-se por certidões extraídas dos livros eclesiásticos, as quais mostrem a sua celebração a face da igreja, ou fora dela com licença do Prelado. Ora, o Direito Canônico, nesta parte foi aceito e mandado executar antigamente pelo Decreto de 12 de Setembro de 1564 e Lei de 8 de Abril de 1569. Portanto, por Direito Pátrio, provam-se os matrimônios católicos e mistos por certidões extraídas dos livros eclesiásticos, as quais mostrem a sua celebração a face da Igreja, ou fora dela com licença do Prelado. Eis o Direito existente antes das Ordenações Filipinas.

Logo em seguida, explica a menção às Ordenações Filipinas uma vez que, tendo sido publicadas alguns anos após o início da vigência das disposições do Concílio de Trento, trouxe algumas modificações e até mesmo complicações na aplicação das disposições conciliares. Para tanto, apresenta das disposições das Ordenações Filipinas que teriam entrado em conflito com o que já havia sido decidido pelo Concílio de Trento e deveria ser observado tanto para a celebração dos casamentos quando para a produção de provas da realização do ato. Para estabelecer uma comparação, apresenta, em primeiro lugar, aquelas disposições das Ordenações Filipinas em que está expressamente determinado que os casamentos podem ser provados por meio da apresentação da certidão extraída dos livros eclesiásticos, o que se encontra de acordo com o que fora decidido pelo Concílio de Trento. Note-se que não se tratam de disposições a respeito da celebração dos casamentos ou mesmo sobre a emissão de certidões extraídas dos livros eclesiásticos, mas de disposições processuais, tanto de processo civil quanto penal.

> Sendo estas elaboradas e promulgadas alguns anos depois da aceitação do Concílio [125] Trid. (em 1603) trouxeram algumas modificações e mesmo algumas dificuldades por isso que fizeram em parte reviver o Direito antigo (anterior ao Conc.). Cumpre-nos, portanto, examinar o estado da Legislação depois da compilação das Ord. Filip.. Diz a Ord. do L. 3º T. 25º § 5º: "Quando alguma pessoa demandar outra por escritura pública … oferecendo a certidão autêntica de como o matrimônio foi celebrado a face da Igreja, ou fora dela com licença do Prelado …". Diz a Ord. do L. 4º T. 46 § 1º: "E quando o marido e mulher forem casados por palavras de presente … E posto que eles queiram provar e provem que foram recebidos por palavras de presente, e que tiveram cópula, se não provarem que foram recebidos a porta da Igreja, ou fora dela por licença do Prelado, não serão meeiros". Diz a Ord. do L. 5º T. 38 § 4º: "Em caso que o marido matar sua mulher … E não havendo … e justamente oferecer certidão autêntica do Cura, tirada do livro dos casados, pela qual se prove o casamento". Refletindo-se sobre as três citadas das ordenações, tira-se a seguinte ilação – "que os casamentos católicos e mistos provam-se por certidões extraídas dos livros eclesiásticos, que mostrem a sua celebração a face da Igreja, ou fora dela com a licença do Prelado. Portanto, estas Ordenações confirmaram o Conc. Tridentino. (BERNARDES DE GOUVÊA, 1876:125).

Da mesma forma que Santos Werneck, Bernardes Gouvêa, antes de passar a uma resposta sobre a questão das certidões extraídas dos livros eclesiásticos, trata de situações anômalas, tais como desastres naturais que possam resultar no perecimento dos

livros de registros, não sendo possível sejam extraídas certidões de modo a comprovar a celebração de casamentos. Trata, em primeiro lugar, do mesmo dispositivo que é citado antes como sendo confirmação das disposições do Concílio de Trento a respeito dos meios de prova dos casamentos. Tratando do comparecimento das pessoas em juízo, tem-se a citada disposição de que a certidão autêntica é prova da celebração do casamento, mas as Ordenações Filipinas continuam e dispõem que pode ser admitido como meio de prova qualquer outro instrumento público no qual conste o casamento. Da mesma forma, a referida disposição de processo penal dispondo a respeito da apresentação de certidão para comprovar que houve o casamento pode ser substituída pelo depoimento de testemunhas a respeito da celebração do casamento. Note-se que, para o caso de uma pessoa demandar outra, a prova do casamento deve ser feita por meio de instrumento público, mas, no caso de um homicídio pode ser admitida em juízo a prova testemunhal.

> Mas podia acontecer que, em consequência de algum incêndio, ou roubo, ou inundação, ou outra circunstância, se perdesse o livro dos assentamentos, e, assim sendo, cumpria que não ficassem sem um meio de prova casamentos que de fato se haviam efetuado. As Ordenações, prevendo estas hipóteses, estabelecem outros meios de provas.
>
> Assim, dispõe ainda Ord. do L, 3º T. 23 § 3º: "Quando alguma pessoa demandar … oferecendo a certidão autêntica … ou outro instrumento público per que conste do matrimônio …". Logo a Ord. permite a prova por qualquer outro instrumento público.
>
> Diz também a Ord. do L. 5º T. 38: "Em caso que o marido matar sua mulher, ou o adúltero por lhe fazer adultério, será necessário para … que prove casamento por testemunhas, que ouvissem as palavras do recebimento. Então, valendo as tais …".
>
> Esta Ord., pois, admite a prova do casamento por testemunhas que ouvissem as palavras de presente ou recebimento. Diz ainda a Ord. do L. 4º T. 46 no § 2º: "Outrossim serão meeiros provando que estiveram em casa tida (?) e mantida, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que segundo Direito baste para presumir matrimônio entre eles, posto que não se provem as palavras do presente". Assim, esta Ord. admite a prova da coabitação por tanto tempo, quando por Direito baste para se [133] presumir matrimônio. Este tempo, conforme a Ord. do L. 5º T. 25 § 8º, é de 1 ano. Aí, porém, trata-se de um caso – o adultério –, e a própria Ord. do L. 5º deixa concluir-se que 1 ano é só para o caso de adultério.
>
> A Ord. do L. 4º T. 46º § 2º não pode, pois, referir-se à do L. 5º quando diz - por tanto tempo que segundo Direito baste para se presumir matrimônio. Qual é, pois, este tempo? Quem o diz é a Lei de 15 de Maio de 1311 (1349 segundo cronologia moderna), a qual estatui "que era costume, se um homem vivia 7 anos com uma mulher, tratando-se por marido e mulher, e mesmo aparecendo com esta qualidade nos contratos, quer de venda, quer de permuta, serem tidos como tais a face da Igreja".
>
> Portanto, a Ord. do L, 4º T. 46 § 2º refere-se ao prazo de 7 anos, de que fala esta lei. Esta prova de coabitação os Praxistas com razão observam que não devia ser

> admitida, por existir nas Filipinas por um descuido do legislador. Na verdade, a Ord. do L. 4º T. 46 foi compilada da Ord. Manoelina L. 2º T. 47 §§ 1º e 2º. Ora, a Ord. Manoelina foi publicada muito antes do Conc. Trid. e em um tempo em que matrimônios clandestinos, conquanto fossem proibidos, eram válidos uma vez efetuados.
>
> Ora, sendo válidos matrimônios clandestinos, a prova por coabitação podia ser admitida, porque, embora fundada em uma presunção, todavia esta não podia deixar de ser suficiente para constituir prova daqueles casamentos, por isso mesmo que eles eram celebrados clandestinamente.
>
> Sendo, porém, proibidos os matrimônios daquela espécie pelo Conc. Trid., já não tinha razão de ser a prova da coabitação, porque, como observa o abalizado Jurisconsulto Brasileiro, o Dr. Teixeira de Freitas, a coabitação, se indica um concubinato, ou um casamento clandestino, não pode, entretanto, indicar um casamento solene e legal.
>
> Houve, portanto, um descuido do Legislador, descuido que pode trazer dificuldades na aplicação da Ordenação. Essas dificuldades, porém, entre nós já não têm existência em virtude do Dec. de 3 de Novembro [139] de 1827, o qual admitiu o Conc. Trid. relativamente ao matrimônio. (BERNARDES DE GOUVÊA, 1876:127)

As dissertações ressaltam que o Decreto nº 5.604/1874 não veio regular uma situação que existia sem qualquer tipo de regramento, como pode parecer que as instituições religiosas simplesmente desempenhavam uma função na sociedade a respeito da qual o Estado ainda não havia de qualquer forma se pronunciado. Já nos primeiros anos de independência, sob o reinado de D. Pedro I, o governo fez promulgar um decreto determinando expressamente que fossem observadas as disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia no que se refere aos casamentos

> DECRETO DE 3 DE NOVEMBRO DE 1827
>
> Declara em efetiva observância as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio.
>
> Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil: Fazemos saber a todos os nossos súbditos, que a Assembleia Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte:

Tendo um único artigo, a disposição do Decreto de 3 de novembro de 1827 é determinar sejam observadas as disposições formuladas pelo Concílio de Trento a respeito da celebração dos casamentos, bem como aquilo disposto na Constituição do Arcebispado da Bahia. Ficam vinculados pelo Decreto todos os Bispados e freguesias do Império, devendo os párocos receber os noivos e tomar todas as providências para que seja observado o quanto disposto na lei canônica.

Havendo a Assembleia Geral Legislativa resolvido, artigo único, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Constituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º título 68 § 291, ficam em efetiva observância em todos os Bispados, e freguesias do Império, procedendo os Párocos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lhe(?) requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um deles seu paroquiano, e não havendo entre eles impedimentos depois de feitas as denunciações canônicas, sem para isso ser necessária licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Páraco as diligencias precisas recomendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciência e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessários. Palácio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6º da Independência e do Império. Com rubrica de Sua Majestade Imperial. Conde de Valença.

4.4. As Dissertações de 1877: Poderes de administração dos bens do casal

A tese que se apresenta para discussão no ano de **1877** trata dos poderes da mulher para a administração dos bens do casal nos casos em que o marido encontra-se impedido ou ausente. Como elementos que devem ser considerados na resposta da dissertação, está expressamente o regime de bens pelo qual foi celebrado o casamento, bem como a possibilidade de ter o marido deixado um procurador bastante com poderes específicos para realizar a administração dos bens do casal. Em ambas as hipóteses, com a mulher ou com o procurador, deve ainda ser considerada a possibilidade de ser nomeado um curador dativo para os bens que deixou o marido sem cuidado quando se encontra impedido ou ausente.

> *Dissertação. Tese. A mulher casada, qualquer que seja o regime do matrimônio, é legal administradora dos bens do casal no impedimento ou ausência do marido? De modo que, sendo ela presente, não tem lugar a Curadoria dativa? Em caso afirmativo, a doutrina prevalece ainda que o marido deixasse na terra procurador bastante?*

Em primeiro lugar, tem-se apresentada a situação de normalidade. O estudante Ferreira França enuncia a regra geral de que, qualquer que seja o regime de bens do casamento, a mulher não é legal administradora dos bens do casal. A participação da mulher na gestão dos bens do casal está restrita à situação em que o marido, legal administrador dos bens do casal, deseja alienar bens de raiz. Conforme consta na legislação e na doutrina de Teixeira de Freitas e Lafayette, a intervenção da esposa se faz necessária para a alienação de bens de raiz, alodiais, enfitêuticos ou direitos que são equiparados a bens de raiz.

> Em regra, a mulher casada, qualquer que seja o regime do matrimônio, não é legal administradora dos bens do casal, esteja o marido presente ou ausente. Já a este compete a administração dos bens do casal, e a mulher só intervém nos contratos em que há ou pode haver alienação de bens de raiz, alodiais ou enfitêuticos, e direitos que a bens de raiz se equiparam. Ord. L. 4, T 48, pr.; e L. 3, T 47, pr; Consolidação das Leis Art. 119 Nota 11 e Art. 582 §2º; Lafayette §§ 38 a 39. (FERREIRA FRANÇA, 1877:185).

Esta disposição está contida nas Ordenações Filipinas, no Livro 4º, Título 48, com o tema "Que o marido não possa vender, nem alhear bens sem outorga da mulher".

> ORDENAÇÕES: Livro 4º. Título 48
>
> Que o marido não possa vender, nem alhear bens sem outorga da mulher.
>
> Princípio:
>
> Mandamos que marido não possa vender, nem alhear bens alguns de raiz sem procuração ou expresso consentimento de sua mulher, nem bens em que cada um deles tenha o uso e fruto somente, quer sejam casados por carta de metade, segundo costume do Reino, quer por dote e arras.
>
> O qual consentimento se não poderá provar, senão por escritura pública; e fazendo-se o contrário, a venda ou alheação seja nenhuma, e sem efeito.
>
> E posto que se alegue que a mulher consentiu e outorgou na venda, ou alheamento, caladamente, tal outorga tácita não valha, nem seja alguém admitido a alegar, salvo alegando outorga expressa e provando-a; porque muitas vezes as mulheres por medo, ou reverência dos maridos deixam caladamente passar algumas coisas, não ousando de as contradizer por receio de alguns escândalos e perigos, que lhes poderiam vir.
>
> Porém, não tolhemos ao marido que possa vender ou renunciar qualquer Ofício que tiver posto que a mulher não consinta.
>
> §1: E vendendo ou alheando o marido alguns bens de raiz sem expressa outorga de sua mulher, posto que para firmeza da venda, ou alheamento de fiadores, ou penhores, ou prometa alguma pena, todo será nenhum, e de nenhum vigor. E obrigando-se o marido a trazer outorga de sua mulher a certo tempo, e sob certa pena, não pagará a pena, nem, incorrerá nela, posto que não a traga, porque de outra maneira esta Lei seria defraudada, porque tanto dano receberia a mulher, pagando-se a pena, como valendo a venda feita sem o seu consentimento.
>
> §2º: E querendo a mulher revogar a venda, ou alheação de alguma possessão ou bens de raiz, que pôr o marido fosse feita sem o seu expresso consentimento, podê-los-á demandar em Juízo e cobrar essa possessão ou bens, havendo autoridade do marido para poder demandar. E não lhe querendo o marido para isto dar o seu consentimento, haja Carta nossa, porque possa fazer a demanda, e revogar a venda ou alheação sem autoridade do marido. A qual Carta mandamos que lhe seja dada, salvo sendo ela tão desassisada que se pudesse mover a isso sem justa razão, nem soubesse governar a demanda. A qual autoridade lhe poderia isso mesmo dar os Juízes do lugar onde forem moradores, pela maneira que dito temos no terceiro Livro, no Título 47: Que o marido não possa litigar em Juízo sobre os bens de raiz etc.

Um ponto que tem destaque logo na introdução da dissertação do estudante Braga Júnior é aquele que indaga a respeito da curadoria dativa na hipótese de estar presente a mulher nos casos de impedimento do marido. Para a construção de seu raciocínio coloca que existem as duas hipóteses ao mesmo tempo, tanto a mulher está presente quanto existe um procurador com poderes outorgados pelo marido para encarregar-

se da administração e gestão dos bens e patrimônio do casal em caso de ausência. Isto porque coloca Braga Júnior que, sendo a mulher, qualquer que seja o regime de bens do casamento, legal administradora dos bens do casal, é certo que, nas situações de impedimento do marido, ela será investida dos poderes de administração. Por outro lado, respondendo-se pela negativa a respeito da capacidade da mulher para assumir a administração dos bens do casal, seria encarregado do cuidado dos bens o procurador constituído pelo marido, sendo certo que, havendo um procurador com poderes específicos para realizar os atos de gestão do patrimônio do casal outorgados pelo marido, não há que se falar em curadoria dativa, uma vez que a própria definição de ausente inclui a existência de bens sem que haja pessoa incumbida de sua gestão e conservação.

> Procurando dar uma solução, qualquer que seja, à primeira tese que constitui objeto da nossa dissertação. A mulher casada, qualquer que seja o regime do matrimônio, é legal administradora dos bens do casal no impedimento do marido. Cumpre-nos dizer que, em relação à segunda proposição. De modo que estando ela presente não tem lugar a Curadoria dativa. A resposta será sempre negativa, pois, ou a primeira proposição é respondida afirmativamente e, nesse caso, fica a mulher como administradora, ou a resposta é negativa, mas neste caso a administração passa ao procurador e em qualquer das hipóteses, não têm lugar a Curadoria dativa, pois a lei só determina quando na terra não há quem tome carrego dos bens do ausente; isto depreende-se da definição de ausentes.
>
> Ausentes são aqueles que não se achando no lugar em que existem os bens, havendo-se retirado para lugar remoto, ou existindo em lugar desconhecido, não existe na terra quem deles tome carrego. Pela definição, é evidente que, existindo mulher ou procurador, não pode ter lugar a curadoria dativa, porquanto, os bens não se acham ao desamparo. É isto expresso na Ord. L. … Ti. … onde se diz: Mandemos que se o que for cativo não tiver mulher ou Pai, sob cujo poder estivesse ao tempo que o cativaram, que seus bens devam administrar, o juiz dos órfãos ou pessoa que tiver carrego de prover acerca dos bens dos menores e dos outros a que deva ser dado curador. (BRAGA JÚNIOR, 1877:111).

Na sua introdução à questão proposta, Álvares de Magalhães trata do casamento, mas não com uma definição jurídicas, descrevendo os deveres dos cônjuges até chegar em elementos metafísicos, tais como os efeitos do casamento na alma e no espírito. Os efeitos da alma e do espírito teriam, contudo, repercussões no plano material, na medida em que a comunhão de vida e consubstanciação de duas entidades na alma propicia também que seja feita uma comunhão de bens. Percebe-se uma crítica à permissão legal de que os cônjuges, no momento de celebração do casamento, livremente escolham o regime que mais lhes for conveniente, constatando expressamente que Álvares de Magalhães (1877:209) entende que a expressão do direito deveria ser sempre no sentido de que o tratamento dos bens refletisse essa comunhão de almas, mas que alguns regimes de bens têm um regramento diferente.

> Pelo casamento, por essa união em que reciprocamente são prometidos auxílio no infortúnio, fidelidade no amor e comunhão na felicidade, duas entidades consubstanciam-se na alma, no espírito, parecendo natural que essa consubstanciação, que essa comunhão se realizasse nos bens, na matéria. A expressão do Direito deveria ser neste sentido, mas não o é, porquanto tem este admitido que os cônjuges, dos três regimes de matrimônio que ele há fixado em suas normas, adotem um.

Em sua breve introdução aos temas que serão tratados na dissertação, Francelino Guimarães Filho (1877:159), desde logo, faz referência à legislação estrangeira, declarando que o tema do regime de bens no casamento é antigo e tratado na legislação de diversos países. Coloca os regimes como sendo em número de quatro. Em primeiro lugar, o regime legal da comunhão de bens. Após isto, os regimes convencionais, em que os nubentes tenham de alguma forma tratado do regime de bens previamente ao casamento. Sendo o segundo regime o exclusivo de comunhão; o terceiro é o regime da separação de bens e o quarto e último é o regime dotal.

> Artigo tão variado, como o do regime ou sorte dos bens entre os cônjuges, é (…) encontrar-se na legislação de diversas nações. Os regimes de casamento reduzem-se a quatro: 1º Comunhão de bens. A Comunhão de bens é de duas espécies, legal e convencional; legal quando os esposos têm declarado que se casam o regime de Comunhão de bens sem fazer contrato; convencional, quando tem sido modificado por cláusulas especiais de contrato. 2º – Regime exclusivo de comunhão, 3º – regime de separação de bens, 4º regime dotal. Na questão proposta, cumpre-nos distinguir dois pontos, duas questões. 1ª. A mulher casada, qualquer que seja o regime do matrimônio dos bens do Casal durante a ausência ou impedimento do marido? De modo que não tem lugar a curadoria dativa? 2ª. Em caso afirmativo, prevalece ainda que o marido deixasse procurador bastante?

Tendo em vista a multiplicidade de conceitos que são citados no enunciado, Leão Velloso inicia sua dissertação tratando do conceito de ausente, bem como as hipóteses em que se deva nomear um curador para os bens que tenha o ausente deixado e demais disposições a respeito do tema. Para o conceito de ausente, socorre-se da doutrina estrangeira, citando os ensinamentos de Merlin, para quem o ausente é todo aquele, tratando de modo mais simples, que não esteja no lugar de sua residência ou no lugar em que sua presença é necessária sendo necessário ainda o elemento de incerteza a respeito de seu paradeiro. Para completar a definição e ainda adentrar no tema proposto para a dissertação, acrescenta Leão Velloso que, para que a referida ausência seja juridicamente relevante, o ausente não deixou no lugar de sua residência procurador ou qualquer pessoa que possa realizar a administração de seus bens, o que mostra direta relação com o enunciado proposto. Recorre ainda à definição concebida pelos praxistas que abrange três elementos. A ausência

difere ainda da herança jacente uma vez que, no caso do ausente, os herdeiros são certos e determinados, sejam necessários ou colaterais até segundo grau, ou ainda reconhecido conforme conste em testamento e declaração de última vontade; na herança jacente, por outro lado, não existe herdeiro certo e determinado ou, se estando presente o herdeiro designado, vem a renunciar à herança.

> Antes de darmos uma resposta, que nos pareça conveniente à tese que nos foi apresentada, daremos uma noção rápida do que seja ausente, quando se deve nomear curado aos bens de ausentes e quais sejam as disposições sobre tais assuntos. Diz Merlin: "O termo ausente tomado na acepção mais genérica das leis, significa aquele que não só não está mais no lugar de sua residência habitual, ou lugar em que a sua presença se acha momentaneamente necessária, mas não dá mais novas de si, e cuja existência, portanto é incerta". Para tornar esta definição jurídica, acrescentaremos – não tendo deixado procurador ou quem legalmente administre os seus bens. Cod. Port. Art. 55.
>
> A definição que dão os praxistas abrange os três elementos que se acham compreendidos no termo ausente; dizem eles: "ausente é aquele de quem não se sabe parte, e que são existe pessoa que administre seus bens, e que faça suas rezas. Por conseguinte, são bens de ausentes os que se acham em desamparo por não se achar presente o seu dono e por não se saber se é vivo ou morto. Ord. L. 1 T. 90 princ.. T 62 § 38. Reg, 9 de Maio de 1842 art. 82 e Reg nº 2433 [246] de 15 de Junho de 1859.
>
> A diferença característica entre bens de ausente e herança jacente é que, nos casos de bens de ausente o herdeiro é certo e determinado ou por seus herdeiros intentado, necessário ou colateral até 2º grau, ou reconhecido por declaração feita em testamento; e na herança jacente, porém o herdeiro não é certo e determinado, ou se é certo e determinado e se acha presente, este repudia a herança. (LEÃO VELLOSO, 1877:242).

Passada a regra geral, Ferreira França passa a apresentar as exceções. Caso o marido seja pródigo ou mentecapto, declarado como tal pelo Juiz de Órfãos, a mulher passa a ser legal administradora dos bens do casal. Trata-se de situação de anormalidade, que afasta o homem da posição que ocupa na gestão dos bens e patrimônio do casal em razão de enfermidade de natureza mental. A mulher, que, em situação de normalidade, não pode tomar parte na administração e gestão dos bens do casal passa a ser preferida para assumir a curatela do marido e, com isso, a posição que ele ocupava em relação aos bens. A mulher só deixa de ser curadora do marido, em primeiro lugar, por iniciativa sua, se decidir não assumir o encargo de gerir os bens do casal, ou, uma vez tendo aceitado, verificar-se que não está adequadamente desempenhando os deveres inerentes à administração dos bens do casal. Ressalta, ainda, Ferreira França (1877:185) que a administração dos bens que é desempenhada pela mulher deve estar sempre sob constante escrutínio do Juiz de Órfãos, que deve ser especialmente rigoroso nos casos em que existam filhos menores de vinte e

cinco anos, devendo destituí-la caso verifique alguma irregularidade na gestão.

> Se o marido, porém, se torna pródigo ou mentecapto, declarado tal por sentença do Juiz de Órfãos, a mulher é neste caso por lei a curadora do marido, e então é legal administradora dos bens do casal; e só deixa de ser curadora quando não queira aceitar, ou quando, tendo aceitado, administrar mal essa curadoria, por ela deve estar sempre debaixo da imediata inspeção do Juiz, mormente se tiver filhos menores. É também, em todos casos, indispensável que ela seja maior e que ao Juiz conste que ela é honesta e discreta. Ord. L. 4, T 103, § 1º in fine e § 6º, Lafayette § 163.

Também a preferência da esposa como curadora do marido mentalmente perturbado encontra amparo na legislação e na doutrina. Nas Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 103, sob o tema "Dos Curadores que se dão aos Pródigos e Mentecaptos". Começam as Ordenações explicando que se trata de outra forma de curatela que existe além daquela que é conferida aos menores de vinte e cinco anos, sendo que os desmemoriados e os pródigos, estes pelo mau uso que fazem de seu dinheiro, também necessitam lhes seja nomeado um curador.

> Livro 4º, Título 103
>
> Dos Curadores que se dão aos Pródigos e Mentecaptos
>
> Porque, além dos Curadores que hão de ser dados aos menores de vinte e cinco anos, se devem também dar Curadores aos Desassisados e desmemoriados, e aos Pródigos, que gastarem mal suas fazendas.
>
> Mandamos tanto que o Juiz de Órfãos souber que em sua jurisdição há algum Sandeu, que por causa de sua sandice possa fazer mal ou dano algum na pessoa, ou tiver fazenda, o entregue a seu pai, se o tiver, e lhe mande de nossa parte, que daí em diante ponha nele boa guarda, assim na pessoa, como na fazenda; e se cumprir, o faça aprisoar em maneira que não faça mal a outrem.
>
> E, se depois que lhe assim for encarregada a guarda do dito seu filho, ele fizer algum mal ou dano a outrem na pessoa ou fazenda, o dito seu pai será obrigado a emendar tudo, e satisfazer pelo corpo e bens, pela culpa e negligência que assim teve em não guardar o filho.
>
> E os bens que o Sandeu tiver, serão entregues ao dito seu pai para inventário feito pelo Escrivão de Órfãos e o Juiz ordenará certa coisa ao dito pai pelo que o haja de manter
>
> §1º: E sendo o Sandeu, ou Pródigo, ou desmemoriado casado, será entregue a seu pai, se o tiver, e será feito pelo Juiz e Escrivão dos Órfãos inventário de todos os bens móveis e de raiz, e da renda dele, e assinará o Juiz à sua mulher o necessário para seu mantimento, e dos filhos se os tiver, e para vestir e calçar e alfaias de casa, e outras despesas necessárias, conforme a qualidade de sua pessoa, e da fazenda do dito marido; e ao pai, que é dado por seu Curador, se dará juramento, que bem e fielmente governe a fazenda e bens do filho, e faça dele curar boa diligência a Médicos, segundo lhe for necessários, e a qualidade de sua pessoa requerer.
>
> E o Juiz mandará escrever ao Escrivão todas as despesas que o dito seu Curador

> fizer, assim acerca da cura e mantimento do dito seu filho, como do mantimento e despesas que fizer com a mulher e filhos do dito seu filho para tudo vir a boa arrecadação.
>
> Porém, se sua mulher viver honestamente, e tiver entendimento e discrição, e quiser tomar carrego de seu marido, ser-lhe-ão entregues todos seus bens sem ser obrigada a fazer inventário.

Após apresentar a regra geral e os casos excepcionais, Ferreira França apresenta um resumo do que se pode concluir das informações apresentadas de modo a dar uma resposta para a questão que é proposta para discussão para dissertação de Direito Civil. Em primeiro lugar, com amparo em doutrina e legislação, que, verificando-se situação de instabilidade mental do marido, a mulher deve ser nomeada curadora do marido, sendo investida na administração e gestão dos bens do casal, sendo a segunda conclusão que isto deve prevalecer qualquer que seja o regime de bens do casamento. Cita ainda um princípio de hermenêutica já mencionado antes em dissertações de Direito Civil pelo qual não é possível ao intérprete fazer distinções que não foram estabelecidas pelo legislador. Em terceiro lugar, que a preferência da mulher somente pode ser afastada se esta forme menor ou não quiser aceitar ou, ainda, se for verificado que ela não atende aos padrões de conduta requeridos para que possa ser investida na gestão e administração dos bens do casal, sendo certo como quarta e última conclusão deduzida dos argumentos com base na legislação e na doutrina, que, sendo a mulher presente, ficam afastadas as hipóteses de curatela dativa.

> Do que dissemos podemos tirar as seguintes conclusões: 1ª Que sendo o marido pródigo ou demente, à mulher deve ser deferida a curadoria dele; 2ª Que esta doutrina prevalece qualquer que seja o regime de bens , pois o legislador não faz distinção e é princípio de Hermenêutica de nós não podemos distinguir quando o legislador não distingue; 3ª Que esta curadoria só não lhe é deferida quando ela é menor, quando não quiser aceitar, ou, finalmente, quando não é honesta e discreta; 4ª Finalmente, que, dadas as duas hipóteses, prodigalidade ou demência do marido, não tem lugar a curadoria dativa sendo a mulher presente. (FERREIRA FRANÇA, 1877:187).

Divergindo da resposta elaborada por Ferreira França, Braga Júnior (1877:117) expressamente declara que a resposta para a questão proposta para dissertação depende do regime de bens em que foi realizado o matrimônio.

> Respondendo assim, a segunda proposição, cumpre-nos saber ser a administração dos bens do casal compete à mulher ou ao curador bastante que foi deixado pelo marido ausente. Não podendo ser a resposta dada em tese absoluta porque os direitos dos cônjuges variam conforme o regime de bens do casal, daqui a necessidade de conservarmos a tese em relação aos diversos regimes.
>
> Primeiro: Regime da comunhão é aquele em que os cônjuges são considerados

> meeiros, isto é expresso na Ord. L. 4º Título 46, onde diz: Todos os casamentos feitos em nossos Reinos e Senhorios se entendem feitos por carta de a metade, salvo quando entre as partes outra coisa foi acordada e contratado porque então se guardaria o que entre eles for contratado. §1º E quando o marido e mulher forem casados … serão meeiros em seus bens e fazenda … etc … .
>
> Neste regime, é o marido competente para curar os interesses do casal, mas não só porque é chefe da sociedade, como também porque é possuidor, portanto, do direito de que ele possui de administrador é uma consequência do direito de posse que ele tem sobre os bens e da sua posição na sociedade conjugal. Como tal, é um direito que só compete quando originado da posse ao possuidor quando exercido sobre os direitos de outrem pela posição que ocupa na sociedade. Esta administração e posse dos bens do casal passa a mulher por morte ou impedimento do marido assim diz a Ord. Livro 4º Título 95 onde diz: Morto o marido a mulher fica em posse e cabeça do casal … e de sua mão receberão só herdeiros do marido partilha de todos os bens que por morte do marido ficarem e os legatários os legados.

Em primeiro lugar, Leão Velloso trata da situação de normalidade. Sendo o casamento celebrado pelo regime legal previsto nas Ordenações Filipinas, a mulher não é legal administradora dos bens do casal e somente toma parte nos atos de gestão quando outorga sua autorização aos atos de alienação de bens de raiz, alodiais, enfitêuticos ou que tenham como objeto direito que é a eles equiparado. Também neste caso, a mulher não ser a legal administradora dos bens do casal seria a situação vigente em todos os outros regimes com base no princípio de direito que prescreve que não é lícito ao intérprete distinguir situações em que a lei não faz distinção. Por outro lado, se o marido está pródigo ou mentecapto e assim foi declarado por sentença do Juiz de Órfãos, em razão da situação excepcional, a mulher passa a ser legal administradora dos bens do casal em razão de ter sido investida nas atribuições de curadora do marido com todos os poderes a isso inerentes. Essa preferência da mulher para assumir a administração dos bens do casal e a gestão do patrimônio apenas não vai ser efetivada se a mulher manifestar-se em sentido contrário ou, ainda, se tendo aceitado, não estiver adequadamente realizando os deveres que lhe são impostos. Isto porque o Juiz de Órfãos deve sempre fiscalizar o exercício da curatela pela esposa, especialmente nos casos em que houver filhos menores, devendo a mulher manter sempre vida honesta.

> Feitas estas observações perfunctoriamente, passemos a expender as perguntas que nos foram feitas e faremos de nossa parte o que estiver ao nosso alcance para responder de um modo que nos pareça conveniente. A mulher casada, segundo o costume geral do Império ou carta de ametade, não pode administrar os bens do casal sem autoridade do marido; e é o marido que dispõe de toda a sua vontade, e a mulher só intervém nos contratos em que há ou pode haver alienação de bens de raiz. Ord. L. 4 T. 48; e como esta Ord. não distingue o caso de estar ausente ou presente o marido, em razão do princípio de direito que diz – onde a leio não distingue, não devemos distinguir – concluímos que a mulher em geral não é

> administradora dos bens do casal.
>
> Se o marido está pródigo ou mentecapto, declarado tal por sentença do Juiz de Órfãos, a mulher é por lei a curadora do marido, e então administra os bens do casal; e só deixa de ser curadoria quando não queira aceitar ou quando, tendo aceitado, tenha administrado mal essa curatela, pois ela deverá sempre estar debaixo da vigilância do Juiz, principalmente havendo filhos menores. Em todo caso, porém, só poderá ela ser curadora quando conste ao Juiz que ela vive honestamente e tem entendimento da (…) para bem rogar os bens do casal: é o que consigna a Ord. L. 4 T 103; e ainda acrescente a mesma Ord. livro e tit. - e a mulher neste caso não é abrigada a dar a inventários os bens do casal e, portanto, não é ela também obrigada a prestar contas; e pelo contrário são obrigados os curadores dativos.
>
> Se aceitarmos o que dispõe a Ord. L. 4 T 103 de que a mulher casada é curadora do marido e, portanto, no impedimento ou ausência dele, satisfazendo ela as exigências justas da mesma Ord., é administradora dos bens, claro é que o Juiz não deve dar outro curador aos bens do casal, estando ela presente. (LEÃO VELLOSO, 1877:246).

A dissertação de Braga Júnior (1877:119) apresenta inovação ao incluir também o tratamento a respeito da morte do marido, um elemento que não foi expressamente mencionado no enunciado.

> O inventário pelo qual devem ser concedidas as partilhas exigem juramento e este é personalíssimo, como tal, diz Lobão, não pode ser prestado por procurador, portanto, se o marido ausente deixar procurador e se durante a ausência morrera e não podendo o procurador por ele deixado prestar juramento, é evidente que quando há o regime da comunhão a mulher é sempre a legal administradora desde que o marido falecera. Esta teoria prevalece ainda mesmo que o marido tenha deixado procurador bastante.

Também a dissertação de Álvares de Magalhães (1877:209) apresenta o estudo do regramento dos diversos regimes de bens pelos quais o casamento pode ser celebrado antes de apresentar uma resposta à questão proposta para dissertação. Para tanto, cita as Ordenações Filipinas em dois pontos, ambos do Livro 4º, nos Títulos 46 e 96. O título 46 apresenta a regra geral de que, salvo quando houver entre os nubentes disposição de que o regime de bens será diverso, os casamentos são celebrados pelo regime da comunhão de bens. O Título 96, por outro lado, é usado para ilustrar as regras dos regimes de bens com dos diferentes modos pelos quais se procede em caso de inventário, variando o regramento conforme for o regime de bens pelo qual houver sido celebrado o casamento.

> No nosso Direito encontra-se expressa a existência de três regimes: o regime da comunhão; o regime da simples separação de bens e finalmente o regime dotal. Isto que acabamos de externar acha-se expresso em leis vigentes, como facilmente se verificará consultando-se as disposições das Ordenações livro 4º, título 46 princípio, e livro 4º, título 96 § 24. Aquela ordenação assim se expressa: "Todos os casamentos feitos em nossos reinos e colônias se entendem serem feitos por

> carta de (…): salvo quando entre as partes outra coisa for acordada encontrada, por então guardará o que entre elas for contratado etc".
>
> A outra disposição da ordenação livro 4º, título 96 § 24 é assim concebida: "E se antes que cada um de eles casasse, tivesse tal aforamento em perpétuo e depois casasse, partir-se-á que vivo ficar e os herdeiros do defunto, por estimação, ficando sempre o aforamento encabeçado no que o tinha antes que casasse ou com cada um de seus herdeiros. Porém, se no contrato de aforamento, que foi feito antes que casasse, por conteúdo que o aforamento é dado para aquele a que foi dado e para seus filhos, ou para seus filhos e seus descendentes sem fazer menção de herdeiros e sucessores, ou de herdeiros ou sucessores, não se partirá o tal aforamento, nem a estimação dele por morte casa um deles entre o que vivo ficar e os herdeiros do falecido, mas ficará precípuo com o que antes o tinha, ou seus herdeiros. E quanto aos que casarem por dote e arras, guardar-se-á o que entre eles for acordado". Parece-nos, pois, ter fundamento em texto da lei a proposição acima enunciada.

Também Álvares de Magalhães trata, em primeiro lugar das hipóteses de morte. Coloca como sendo necessário para a resolução da controvérsia que se apresenta o estudo dos três regimes de bens admitidos pela lei brasileira, de modo a responde se a mulher é legal administradora dos bens do marido e se, sendo ela presente, ainda assim pode ter lugar a curadoria dativa. O regramento dos regimes de bens admitidos também possuiu influência sobre a resposta a respeito de eventual procurador que seja deixado pelo marido na terra com poderes bastantes para realizar a administração dos bens do casal e gestão do patrimônio. Em primeiro lugar, Álvares de Magalhães apresenta as bases do poder marital, sendo fundado na incapacidade que atinge a mulher por ocasião do casamento, cedendo o exercício de seus direitos ao marido que se constitui o único e exclusivo administrador dos bens do casal. Em segundo lugar, passa a apresentar as especificidades de cada um dos regimes de bens admitidos para os casamentos. No regime da comunhão de bens, os cônjuges são meeiros dos bens, sejam aqueles que forem adquiridos durante a constância do casamento, quanto aqueles que já possuíam anteriormente à celebração do casamento. O princípio da comunhão opera sobre todos os bens, tornando-os comuns e indivisos, sendo incorporados ao patrimônio de ambos os cônjuges, e ressalta Álvares Magalhães (1877:215) que isto ocorre mesmo em casos em que um dos cônjuges, ao entrar para a sociedade conjugal, fosse completamente desprovido de patrimônio.

> Para darmos solução a questão que se nos oferece torna-se necessário o estudo dos três regimes, que já foram apontados: passemos, pois, ao estudo desta matéria a fim de sabermos a questão que se nos propos.
>
> De diversas partes consta a tese apresentada: de acordo, pois, com ela indagamos, isto é, examinaremos a 1º questão. A mulher casada qualquer que seja o regime de matrimônio é legal administradora dos bens do casal no impedimento ou ausência do marido? E passando a examinar a 2ª – sendo ela presente, não tem lugar a curadoria dativa? Terminaremos pela última parte – em caso afirmativo, a doutrina

> prevalece ainda mesmo que o marido deixasse na terra procurador bastante?
>
> A mulher casada, ferida de incapacidade pelo fato do casamento, se bem que seja meeira dos bens do casal, no regime de comunhão de bens, contudo, a bem da sociedade matrimonial, ela cede de seus direitos, constituindo-se o marido único apto para cuidar dos bens do casal. Eis a justificação do poder marital.
>
> No regime da comunhão, os cônjuges são meeiros dos bens, quer estes sejam aqueles com os quais eles entraram para o casal, quer esses bens sejam os que posteriormente foram adquiridos. O princípio da comunhão neste regime opera-se sempre – aqui os bens tornam-se comuns, indivisos, são pertencentes a ambos os cônjuges, ainda mesmo que um deles, entrando para a sociedade, não tivesse bem algum e nem os adquirisse na constância do matrimônio. Nesse regime, nenhum dos cônjuges é proprietário exclusivo, ambos são possuidores, notando-se unicamente que o marido exerce e exclusivamente como senhor e possuidor os direitos sobre os bens por motivos que já deixamos mencionado. Visto a natureza deste regime e sabido que o marido e a mulher são meeiros nos bens, e que aquele exercita os direitos sobre os mesmos, ainda que os direitos da mulher não extingam; procuremos agora solver a questão referente a 1ª parte da tese.
>
> Enquanto vive o marido, a mulher não pode exercitar seus direitos. Se esta proposição assim enunciada é verdadeira, ela deixará de sê-lo desde que consideremos morto o marido porque nesse caso a mulher em face do regime que ora estudamos, é legal administradora dos bens do casal. Esta conclusão está de acordo com a disposição legal da Ordenação – livro 4º título 95 princípio, que é assim concebida: "morto o marido, a mulher fica em posso e cabeça do casal … até … justa razão é que por morte do marido fosse provido a ela de algum remédio acerca da posse, o qual remédio é ficar em posse e cabeça do casal". Nestas palavras, observa o Dr. Lafayette, a ordenação quer dizer que, por morte do marido, a mulher readquire a capacidade, torna-se cabeça do casal etc. Ainda em nosso apoio, podia ser citada a ordenação livro 4, título 96 princípio.

Depois de ter tratados dos casos de morte do marido e administração dos bens do casal e gestão do patrimônio, Braga Júnior passa a analisar o regramento que se deve observar nos casos de ausência do marido. Para apoiar sua resposta, cita os ensinamentos de Manuel de Almeida e Sousa de Lobão a respeito das despesas que devem ser suportadas pelo marido ausente para o sustento da mulher e dos filhos, bem como todas as benfeitorias que sejam realizadas com esse mesmo objetivo. Ainda, para sustentar sua convicção, Braga Júnior invoca as disposições do Código Comercial, argumentando que, se administração dos bens do casal e gestão do patrimônio fosse entregue a um terceiro, ter-se-ia a situação em que o responsável pelo cuidado dos bens de uma sociedade seria um elemento estranho, introduzido sem que houvesse o consentimento do outro sócio. Isto seria contrário à disposição expressa de lei, contida no artigo 334 do Código Comercial, pela qual não se admite que um sócio introduza elemento estranho na sociedade para que realize atos de gestão e administração. Está, ainda, amparado pelo Direito das Sucessões, uma vez que, sendo a administração dos bens do casal entregue ao terceiro, por ocasião do decurso do prazo previsto em lei, teria lugar a sucessão provisória com a dissolução do patrimônio do

casal, mas mantendo-se a entidade jurídica da sociedade conjugal. De todo o exposto, conclui Braga Júnior (1877:121) que, no regime da comunhão, a mulher é legal administradora dos bens do casal em casos de morte porque isto está expresso em lei. No caso da ausência, é possuidora de todos os bens da sociedade conjugal, não se podendo permitir que um procurador venha a administrar esses bens sem ser parte da sociedade, uma vez que, para o marido, o direito de administrar os bens do casal e gerir o patrimônio origina-se do próprio ato do casamento.

> A teoria, porém, poderá prevalecer quando ele se acha ausente? Parece-nos que sim, e para corroborar o que viemos dizer, temos a opinião de Lobão, Notas a Mello e Ações Sumárias, onde diz este escritor: que o marido ausente é obrigado pelas dívidas contraídas pela mulher para sua sustentação, a dos filhos e benfeitorias para o casal. Demais, se durante a ausência, no regime da comunhão, se admitisse que a administração dos bens devesse pertencer a terceiro, chegaríamos a consequência de que em uma sociedade como é a do matrimônio, seria admitido um elemento estranho a ela sem o consentimento do outro sócio. Quando é de lei que a nenhum sócio é lícito a um terceiro que não seja sócio o exercício da função que exerce na sociedade. Art 334 do Cod. Comm.
>
> Além disso, se a administração pertencesse ao procurado, decorrido o prazo legal, abrir-se-ia a sucessão provisória e então teríamos o patrimônio do casal dissolvido, permanecendo ainda a entidade jurídica. Das considerações que expendemos, conclui-se que, no regime da comunhão, a mulher é legal administradora dos bens do marido quando este se acha morto porque isto está expresso em lei. Quando ele se acha ausente porque ela é possuidora dos bens da sociedade e como tal não pode consentir que um procurador venha administrar esses bens sem ser parte da sociedade, quando o direito de administrar bens do casal origina-se do casamento.

Também Álvares de Magalhães, após tratar da hipótese de morte do marido e administração dos bens do casal e gestão do patrimônio, passa a tratar do caso em que estiver apenas impedido. Esclarece ele que, no caso de impedimento, a mulher passa a ser a legal administradora dos bens do casal conforme disposição legal. Devem ser observados certos requisitos constantes das Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 103, que estabelecem que a mulher deve ser honesta e viver discretamente, caso em que lhe serão entregues todos os bens do casal sem que seja necessário que se proceda à abertura de inventário. Também no caso de ausência do marido, a mulher passa a ser legal administradora dos bens do casal porque assim encontra-se disposta nas Ordenações Filipinas, Livro 1 º, Título 90, que trata do curador que se deve dar aos bens dos ausentes que se encontram quem deles tome cuidado se o ausente não for casado. Desta disposição, Álvares de Magalhães (1877:222) conclui que, se o ausente for casado, os bens devem ser confiados ao cuidado da mulher, que passa a ser a legal administradora dos bens do casal, concluindo sua resposta para o regime da comunhão pela afirmativa.

> Solvida a questão quando morto o marido, estudemo-la quando este for apenas impedido. No caso de impedimento do marido para administrar seus bens, a mulher é legal administradora dos bens do casal, em face do Direito, observando-se certos requisitos na mulher, porque vemos isso expresso na ordenação livro 4º título 103º § 1º onde se lê: "Porém se sua mulher viver honestamente e tiver entendimento e discrição e quiser tomar carrego de seu marido, ser-lhe-ão entregues todos seus bens sem ser obrigada a fazer inventário".
>
> No caso de ausência do marido, a mulher ainda é legal administradora dos bens do casal, porque assim determina a ordenação livro 1º, título 90 princípio – que expressa-se assim: "ou absentes, sem poder saber se são mortos, se vivos e seus bens estão desamparados, por não haver quem deles tenha carrego como deve ser, mandamos que se que for cativo não tiver mulher... … etc. E a mesma ordem mandamos que tenham os Juízes nos bens dos súditos absentes etc". Ora, parece claro da disposição desta lei concluir-se que o ausente, tendo mulher, a esta serão conferidos os bens pois que neste caso eles não estão desamparados. Sendo assim ainda na ausência do marido, a mulher é legal administradora dos bens do casal. Concluído o nosso estudo no regime da comunhão, cujo resultado foi responder afirmativamente a tese, quer no caso de morte, quer no caso de impedimento e quer no de ausência do marido, procuremos a solução nos outros regimes.

Passando aos outros regimes de bens, Braga Júnior afasta a possibilidade de que o procurador deixado com poderes bastantes para exercer a administração dos bens venha a ser efetivamente investido na gestão do patrimônio do casal em caso de incapacidade ou ausência do marido. Sustenta essa resposta com amparo na doutrina francesa que, mesmo reconhecendo que o regime da separação determina a abertura de sucessão provisória para que a mulher possa ser investida na administração dos bens, que seria situação que não encontra justificativa para que assim se proceda, classificando-a de bizarra, injusta e inconsequente. Bizarra, em primeiro lugar, porque o ausente é considerado pessoa viva, não sendo, portanto, dissolvido o vínculo conjugal e permanecendo a mulher ainda com o status de casada, mas, do ponto de vista dos bens é, ao mesmo tempo, considerado morto uma vez que abre-se o processo de sucessão; injusta em segundo lugar, porque a mulher, conservando a situação de casada, não poderá usufruir da integralidade dos bens do marido, que já serão transmitidos aos herdeiros por força da abertura da sucessão provisória.

> Quanto ao regime da simples separação ou total parece-nos que a mulher é também legal administradora dos bens do marido ausente ainda mesmo que tenha este deixado procurador bastante. Mourlon, apesar de reconhecer que a lei francesa no regime da separação determina abertura da sucessão provisória. Sobre os bens do cônjuge ausente diz que esta disposição é bizarra, injusta e inconsequente. Bizarra porque a ausência não dissolvendo o casamento, o ausente nessa relação, de casado, é considerado vivo, e em relação ao seu patrimônio é considerado morto, portanto temos um indivíduo vivo e morto ao mesmo tempo. Injusta porque a mulher devendo durante a ausência do marido, por mais prolongada que seja, conservar-se como casada, ficará por essa disposição privada dos rendimentos dos bens do

> marido desde que sejam estes transmitidos aos herdeiros pela sucessão provisória. Inconsequente porque se no regime da comunhão o direito que tem os herdeiros à meação do ausente é igual aqueles que eles possuem no regime da separação, se não se divido o patrimônio do casal no regime da comunhão e o cônjuge presente continua da administração desses bens; as mesmas razões que existem em relação ao regime da comunhão militar, para que no regime da separação continue o cônjuge presente em posse dos bens do casal e jamais deveria dar-se a sucessão provisória. (BRAGA JÚNIOR, 1877:125).

Uma vez exaurida a exposição a respeito do regime da comunhão de bens, Álvares de Magalhães passa a expor os outros regimes. Ao contrário do que acontece com o regime da comunhão, dos outros regimes, da simples separação e dotal, não existe disposição expressa que sustente que a mulher, também nesses regimes de bens, é legal administradora dos bens do casal em caso de ausência do marido. Para o caso da ausência, cita as Ordenações Filipinas, no Livro 1º, Título 90, que estabelece as condições nas quais deve-se nomear um curador para os bens do marido em caso de ausência. A conclusão de Álvares de Magalhães baseia-se na disposição das Ordenações que dispensa a designação de curador para os bens se o ausente possuir mulher na terra. Desta forma, aplica-se o já citado princípio de que o intérprete não pode fazer diferenciação nos casos em que a lei silencia a respeito. Tendo respondido a questão a respeito da ausência do marido, passa a analisar os casos de impedimento, que entende Álvares de Magalhães deve ter o mesmo tratamento dos casos de ausência. Ampara-se no quanto disposto nas Ordenações Filipinas, Livro 4º, Título 103, já mencionado, que estabelece os requisitos que autorizam seja a curadoria dos bens do casal entregues à mulher sem que seja necessário fazer-se inventário dos bens. Passa a mulher a ser, de forma análoga ao que foi disposto para os casos de morte do marido, a cabeça do casal, não havendo que se falar em curadoria dativa. Da mesma forma, a resposta a respeito dos casos de impedimento do marido baseia-se no fato de que as Ordenações Filipinas, quando tratam dos casos em que deve ser nomeado curador para os bens do casal nas situações em que o marido estiver impedido, não fazem qualquer diferenciação a respeito dos regimes de bens, não sendo lícito aos intérpretes, estabelecer qualquer distinção em tais casos.

> Nos regimes de simples separação e dotal, ainda que não haja leis expressas determinando que o marido na au- digo, que a mulher na ausência do marido seja legal administradora dos bens do casal, contudo, podemos tirar essa conclusão se tivermos em vista o disposto na ordenação livro 1º título 90 princípio que diz: "e seus bens deixados parados não haver quem deles tenha carrego como deve ser, mandamos que o que for cativo – e ausentes (que a estes estende-se a ordenação no finais do princípio) não tinha mulher" etc. Daqui inferimos que a ordenação, tendo o ausente mulher, prefere-a para administradora dos bens do casal e pois afirmamos – a mulher casada, qualquer que seja o regime de matrimônio, é legal

> administradora dos bens do casal, na ausência do marido.
>
> Vejamos agora se a conclusão é a mesma quando estiver impedido o marido. Ainda aqui entendemos a afirmativa tendo-se em vista a disposição da ordenação livro 4º título 103 § 1º que diz: "Porém se sua mulher viver honestamente e tiver entendimento e discrição e quiser tomar carrego de seu marido, ser-lhe-ão entregues todos os seus bens, sem ser obrigada a fazer inventário". Desta disposição geral da ordenação, deixando a mulher como cabeça do casal e, portanto, como administradora dos bens do casal, conclui-se que, não tendo a leio distinguido, a mulher em qualquer regime é legal administradora dos bens do casal no impedimento do marido.
>
> Se apta para administrar os bens do casal, em qualquer hipótese que se figure, parece que devemos logicamente concluir que não tem lugar a curadoria dativa nesse caso. Esta conclusão acha-se de acordo com as respostas que demos à primeira questão, principalmente enfrentando-a com a disposição da ordenação livro 4º título 103 § 5º.
>
> A curadoria dativa, pois, nessa hipótese, não tem lugar. (Álvares de Magalhães, 1877:226).

A argumentação de Francelino Guimarães Filho a respeito da ausência ou impedimento do marido é mais sucinta, respondendo, desde logo, que a mulher é legal administradora dos bens do casal qualquer que seja o regime de bens em que foi celebrado o casamento, não havendo que se falar, em qualquer hipótese, na curadoria dativa. Coloca ainda, como amparo a suas conclusões, a doutrina de Demolombe a respeito dos direitos que assistem a esposa nos casos em que se verifica que marido encontra-se ausente ou impedido, justificado pelo interesse que tem a mulher, como participante da sociedade conjugal, na administração dos bens. Cita disposição expressa do Código Civil Francês que guarda semelhança com o que foi sustentado anteriormente a respeito de a mulher, no caso de ausência do marido, ser investida no posição de cabeça do casal, exercendo assim todos os direitos que cabiam ao marido, desde a educação dos filhos até a administração dos bens do casal.

> A primeira questão, responderemos, sim, a mulher casada, qualquer que seja o regime do matrimônio, é legal administradora dos bens do casal durante ausência ou impedimento do marido e assim não tem lugar a curadoria dativa. Diz Demolombe, referindo-se à comunhão de bens. No caso do marido ausente, a mulher terá certamente de seu lado o interesse e qualidade para provocar medidas (…) seus bens, dos quais administração pertence ao marido. É natural que se confie então administração à mulher se nada há que a isto se oponha – Cod. Civil francês – art. 222 – 1427. Ainda melhor – diz Demolombe – O pai desaparece, a mãe é viva e presente – diz este escritor em relação aos filhos, seus bens e educação, se o pai desaparece, a mulher exercerá todos os direitos do marido, não só quanto à educação dos filhos, como quanto administração de seus bens. (FRANCELINO GUIMARÃES FILHO, 1877:163).

Impedimentos e ausência encontram-se tratados em postos distintos

das Ordenações Filipinas, conforme ressalta Francelino Guimarães Filho. A ausência encontra regulada no Livro 1º, Título 90, em que dispõe expressamente que, em relação aos bens daquele que se acha ausente, sem que o patrimônio esteja sendo adequadamente gerido, não tendo mulher ou pai, fica determinado que o Juiz de Órfãos nomeie um curador para os bens. Pelo texto das Ordenações Filipinas, ficaria entendido que a mulher deve ser preferida na administração dos bens nos casos em que se verifica a ausência. O impedimento está tratado, por outro lado, no livro 4º, Título 103, trata do curador que deve ser dado ao pródigo e demais indivíduos que não podem expressar sua vontade, sendo mencionado, em primeiro lugar, o pai do impedido. Destaca Francelino Guimarães Filho (1877:167), contudo, que essa menção ao pai não se trata de preferência na medida em que, no parágrafo seguinte dispõem as Ordenações Filipinas que, sendo a esposa do impedido mulher honesta e discreta, bem como tiver conhecimentos a respeito da gestão do patrimônio, a ela deve ser entregue a curadoria do marido impedido.

> A Ord. L. 1 Tit. 90 (?) - tratando da ausência, diz: se o indivíduo está ausente sem se saber se é vivo ou morto, e se seus bens estão desamparados por não haver quem deles tome cuidado, como deve ser, mandamos que se o que for ausente não tiver mulher ou pai que seus bens devam administrar, o juiz de órfãos ou a pessoa que tiver encarregada de prover acerca dos bens dos menores e dos outros, dará Curador para administrar os bens do ausente. A vista das palavras da Ord. vê-se que a mulher é preferida no caso do ausente ser o marido.
>
> A Ord. L. 4 T. 103, que trata dos impedimentos do sandeo, desmemoriado, ou pródigo casado diz será entregue a seu pai se tiver e o pai do impedido é dado por Curador e prestará juramento que tem governe a fazenda e bens do filho. Mas no parágrafo seguinte, vê-se: se a mulher viver honestamente e tiver entendimento e discrição e queira tomar cuidado de seu marido, ser-lhe-ão entregues os bens, sem ser obrigado a fazer inventário.
>
> Esta curadoria se dará enquanto o marido estiver impedido – logo que se ache bom, ser-lhe-ão entregue a administração dos bens etc. No §§ 4º da mesma Ord.: Não tendo o impedido – pai – mulher – avô ou parentes, então o Juiz dará Curador ao impedido. Ao que fica dito, vê-se claramente que a mulher é legal administradora dos bens do casal no impedimento do marido Ord. L 4 T 103 § 1, 2, 3, 4.

Conforme se verifica no texto das Ordenações

> Livro 4º, Título 103
>
> §2º: E esta Curadoria administrará o pai ou a mulher, enquanto o filho ou marido durar na sandice. E tornando a seu perfeito siso e entendimento, ser-lhe-ão tornados e restituídos seus bens com toda livre administração deles, como a tinha antes que perdesse o entendimento.
>
> E o pai será obrigado a dar conta como os regeu e administrou enquanto foi seu Curador.

> E se alguma dúvida houver entre eles sobre a dita conta, determine o Juiz como achar por Direito.
>
> §3º: E sendo furioso por intervalos e interposições de tempo, não deixará seu pai ou sua mulher de ser seu Curador ao tempo em que assim parecer sisudo, e tornado a seu entendimento. Porém, enquanto ele estiver em seu siso e entendimento, poderá governar sua fazenda, como se fosse de perfeito siso.
>
> E tanto que tornar à sandice, logo seu pai, ou sua mulher, usará da Curadoria, e regerá e administrará a pessoa e fazenda dele, como antes.
>
> §4º: E não tendo o Desassisado pai, nem mulher, e tendo algum avô da parte do pai, ou da mãe, o Juiz encarregará a Curadoria.
>
> E tendo ambos visos, a encarregará ao que para isso for mais pertencente e o constrangerá para que aceite o dito cargo.
>
> §5º: E no caso que o Desassisado não tiver pai, nem mulher, nem avô, seja constrangido para ser seu Curador seu filho varão, se o tiver, tal que seja para isso idôneo, e maior de vinte e cinco anos; e não tendo tal filho, seja constrangido seu irmão, para isso pertencente e maior da dita idade, e que tenha casa manteúda em que viva; e não havendo tal irmão, será constrangido seu parente mais chegado, assim da parte do pai, como da mãe, que para isso for pertencente, e abonado em tantos bens que abastem, segundo a fazenda e patrimônio do Desassisado.
>
> E não tendo parentes, seja constrangido qualquer estranho idôneo e abonado, como dito é.
>
> §6º: E se o Juiz por inquirição souber que na Cidade, Vila, ou lugar de seu julgamento há alguma pessoa que como Pródigo desordenadamente gasta e destrói sua fazenda, mandará pôr Alvarás de editos nos lugares públicos e apregoar por Pregoeiro que, daí em diante, ninguém venda nem escambe, nem faça algum outro contrato de qualquer natureza e condição que seja com ele, sendo certos que todos os contratos que com ele forem feitos serão havidos por nenhum.
>
> E além disso, se o dito Pródigo por virtude de tais contratos alguma coisa receber, não poderá mais por ela ser demandado.
>
> E feito tudo isto, e escrito pelo Escrivão dos Órfãos, dará o Juiz Curador à fazenda e bens do tal Pródigo, guardando em tudo o que acima dissemos do Desassisado.
>
> §7º: E esta Curadoria durará enquanto o dito Pródigo perseverar em seu mau governo; e tornando ele em algum tempo a bons costumes e temperança de sua despensa, pela fama, que dele houver, e pelo arbítrio e juízo de seus parentes, amigos e vizinhos que o saibam e afirmem pelo juramento dos Evangelhos, em tal caso lhe serão entregues seus bens para os livremente reger e administrar.
>
> §8º: E estes Curadores dados assim aos Desassisados, como aos Pródigos, não serão obrigados a servir mais em cada uma Curadoria que dois anos cumpridos, segundo acime é ordenado acerca do Curador dativo, que é dado ao menor de vinte e cinco anos, salvo no caso onde lhe for dado por Curador seu pai, ou sua mulher ou avô, porque cada um destes terá Curadoria enquanto o Sandeu durar na sandice ou o Pródigo em seu mau governo.

As conclusões a que chega Ferreira França são que a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens do casamento, em caso de ser o marido pródigo ou demente, é a legal administradora dos bens do casal, não havendo que se falar em curadoria

dativa estando a mulher presente. Igualmente, amparando-se na lição de Coelho da Rocha, conclui não ter lugar a curadoria dativa também nos casos em que o ausente deixou na terra um procurado bastante com poderes para realizar a administração dos bens e gestão do patrimônio. Isto porque, conforme ensina o Conselheiro Lafayette, a curadoria do ausente deve ser decretada nos casos em que os bens tenham ficado desemparados por não ter o proprietário mulher ou pessoa que tenha sido encarregado de guardá-los. Deste modo, se a presença da mulher inibe a decretação de curadoria dativa dos bens do ausente, conclui-se que, nesses casos, a mulher passa a ser legal administradora dos bens do casal, ressaltando que as Ordenações Filipinas ao tratarem da curadoria dos bens do ausente, não fazem qualquer tipo de distinção entre os regimes de bens e a qualidade da mulher como legal administradora dos bens do casal. Coloca ainda o reforço da Consolidação das Leis Civis e do Regulamento nº 2.433 para amparar sua resposta.

> Concluamos, portanto, que a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens, sendo o marido pródigo ou demente, é legal administradora dos bens do casal. Logo, não tem lugar a curadoria dativa. Diz C. Da Rocha: "Ao Juiz dos Órfãos, contatando-lhe de algum ausente, compete proceder à nomeação de curador dos bens em Conselho de família, e aos mais termos ordinários da tutela. Este procedimento não tem lugar: se existe sua mulher, Ord. L. 1, T 90, pr. e se deixou procurador, enquanto dura a procuração ou esta não é omissa, Lobão Coll de Diss, 2ª § 2º, Coelho da Rocha § 393. Diz também Lafayette: "Para que os bens sejam qualificados de bens de ausentes é mister que os bens tenham ficado desamparados por não ter o ausente no lugar mulher ou pessoa encarregada de guardá-los. Or. L. 1º, T. 90, pr., a qual assim se exprime: "e seus bens estão desamparados por não haver quem deles tenha carrego". Lafayette § 172.
>
> Das palavras do ilustre civilista e do ilustrado autor dos Direitos de Família, facilmente se conclui: que, qualquer que seja o regime de bens, sendo o marido ausente, a mulher é legal administradora dos bens do casal, porquanto a Ord. citada por eles não faz distinção de regime. Tudo isto se pode ver também na Consolidação das Leis Civis art 31 § 1ª e no Reg. nº 2433 de 15 de Junho de 1859 art 3º § 1º e 4º. (FERREIRA FRANÇA, 1877:191).

Após ter colocado que suas conclusões encontram-se amparadas no direito pátrio brasileiro, bem como na doutrina de Direito Civil, Ferreira França (1877: 195) passa a expor o tratamento dado à matéria em ordenamentos estrangeiros, citando expressamente os Códigos de Portugal e da França. Ressalta que existem diferenças nas disposições dos Códigos mencionados entre si e em relação à resposta que foi oferecida à questão proposta para dissertação na medida em que, pela legislação francesa, apenas nos casos de casamento pelo regime da comunhão de bens, a mulher pode ser legal administradora dos bens do casal.

Segundo o Direito Civil Português, a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens, é legal administradora dos bens do casal, sendo o marido ausente. Cód. Civil Português arts. 139, 55, 1117 § único e 1189. Mais rigoroso que o Português foi o Cód. Civil Francês, pois, segundo o art. 124, só no caso de comunhão, a mulher é preferida na administração dos bens do casal.

O Código Civil Português de 1867 disciplina a curatela do ausente no artigo 55 e seguintes:

TITULO VIII

Da ausência

CAPITULO I

Da curadoria provisória dos bens do ausente

Art. 55.º Se qualquer pessoa desaparecer do lugar de seu domicilio ou residência, sem que dele se saiba parte, e não houver deixado procurador, ou quem legalmente administre os seus bens, e se for necessário prover a. este respeito, ser-lhe-á dado curador pelo juiz competente.

§ 1º. É competente para esse efeito o juiz do domicilio do ausente.

§ 2.º O que tica disposto no § antecedente, não obstará ás providencias conservatórias que se tornarem indispensáveis em qualquer outra parte, onde o ausente tenha bens.

Art. 56.º São hábeis para requerer a mencionada curadoria, o ministério público, e todos aqueles que tenham interesse na conservação dos bens do ausente.

Art. 57.º Na escolha de curador, dará o juiz preferência aos herdeiros presumidos, e, na falta destes, aos que maior interesse tenham na conservação dos bens do ausente.

Art. 58.º O curador nomeado receberá por inventario os bene do ausente, e prestará caução suficiente pela importância dos valores mobiliários, e do rendimento líquido de um ano dos bens imobiliários.

§ único. Se o curador nomeado não poder prestar a sobredita caução, o juiz fará consignar em deposito os valores mobiliários, que utilmente se puderem conservar, e os demais serão vendidos em leilão, e assim o seu produto como os outros capitais serão empregados em valores produtivos, que ofereçam suficiente segurança.

Art. 59.º Os poderes do curador provisório limitam-se aos atos de mera administração de mera administração, da qual dará contas anualmente; mas o dito curador deve propor em juízo as ações conservatórias, que não possam retardar-se sem prejuízo do ausente; e é, além disso, competente para representar o mesmo ausente em quaisquer ações, que contra ele forem intentadas.

Art. 60.º Se for necessário intentar-se algum pleito contra ausente, que não tenha curador ou quem legalmente o represente, ser-lhe-á nomeado curador especial, que o defenda no dito pleito.

Art. 61.º O curador provisório haverá cinco por cento da receita liquida que realizar.

> Art. 62.º O ministério público é encarregado de velar pelos interesses do ausente, e será sempre ouvido nos atos judiciais que disserem respeito a este.
>
> Art. 63.º A curadoria provisória termina:
>
> 1.º Pela volta do ausente, ou pela certeza da sua existência;
>
> 2.º Pela comparência de procurador bastante, ou de pessoa que legalmente represente o ausente;
>
> 3.º Pela certeza da morte do ausente;
>
> 4.º Pela instalação da curadoria definitiva.

Respondida a primeira parte da questão, declarando que, em caso de impedimento ou ausência, mulher é legal administradora dos bens do casal qualquer que seja o regime de bens do casal, Ferreira França passa a discorrer sobre o segundo tema proposto. Trata-se de responder se, verificando-se o estado de incapacidade ou ausência do marido, a mulher deve ser preferida para assumir a administração e gestão dos bens do casal na hipótese de ter deixado o marido procurador para realizar a administração dos bens. Para esta questão, Ferreira França (1877:197) apresenta a mesma resposta que descreve o estado de normalidade na administração dos bens do casal, de que a mulher não pode de qualquer forma embaraçar o desempenho das atribuições e exercício dos poderes conferidos pelo mandato, somente comparecendo na hipótese de alienação de bens de raiz, alodiais, enfitêuticos ou direitos que são equiparados a bens de raiz. A fundamentação disto encontra-se, em primeiro lugar, nas Ordenações Filipinas, no já citado Título 48 do Livro 4º, que determina "[q]ue o marido não possa vender, nem alhear bens sem outorga da mulher".

> A mulher casada, portanto, qualquer que seja o regime de matrimônio, é legal administradora dos bens do casal no impedimento ou ausência do marido. Logo, em qualquer destas hipóteses, não tem lugar a curadoria dativa, e deste modo respondemos afirmativamente aos dois primeiros quesitos. Se o marido, porém, deixar procurado bastante na terra, este poderá fazer tudo quanto os poderes da procuração lhe autorizarem, e a mulher não poderá embaraçar essas faculdades salvo a alienação de bens de raiz, alodiais, enfitêuticos e direito que a bens de raiz se equiparam. Ord. L. 4º, T 48 pr., e § 8. Cons. das Leis Civis art. 119 Nota 11. Isto mesmo se conclui das palavras já transcritas de C. da Rocha e Lafayette.

A lei estabelece que, havendo caso de impedimento ou ausência do marido, a mulher deve ser investida na administração dos bens, mas pergunta Ferreira França se essa disposição ainda deve ser aplicada sem qualquer tipo de restrição no caso de o marido ter deixado um procurador no local de seu domicílio. Trata-se de uma pergunta que é respondida pelo próprio Ferreira França ao afirmar que, havendo o marido deixado procurador, deve-se preferir que seja investido o procurador na gestão e administração dos

bens. Isto porque, em situação de normalidade, a mulher não é legal administradora dos bens do casal e, havendo o marido deixado procurador com poderes para administrar seus bens, não se pode dizer que esteja ausente, visto que os bens encontram-se devidamente cuidados. Desta forma, responde Ferreira França (1877:201) à terceira questão que foi formulada no sentido de que a mulher, qualquer que seja o regime de bens do casamento, somente é a legal administradora dos bens do casal quando se verifica o impedimento ou ausência do marido se este não tiver deixado procurador bastante com poderes para realizar todos os atos necessários à gestão e conservação dos bens e administração de seu patrimônio.

> Mas pergunta-se estando a mulher presente e o marido ausente e deixando este procurador bastante na terra quem é o legal administrador dos bens do casal? Entendemos que a administração do procurador bastante deixado pelo marido deve ser preferida à da mulher, quando o dito procurador não é omisso, porquanto a lei só dá a administração à mulher no caso em que o marido não tenha providenciado, porque em regra, a mulher casada nunca é legal administradora dos bens do casal, e preferir a administração desta à do procurador bastante seria o mesmo que converter a exceção em regra.
>
> Além disto, se o marido se ausentar e deixar na terra procurador bastante, ele não é considerado ausente, visto que é representado pela pessoa do procurador. Logo, se o marido se ausentar e deixar procurador bastante, a este e não à mulher deve ser deferida a administração dos bens do casal. Concluamos, portanto, que, sendo o marido ausente, a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens, só é legal administradora dos bens do casal quando marido não tenha deixado na terra procurador bastante e assim respondemos afirmativamente aos dois primeiros quesitos, como já ficou dito e negativamente ao terceiro.

As conclusões de Braga Júnior (1877:129) são também aparadas pela doutrina estrangeira:

> Se são de toda procedência, a nosso ver, as observações feitas por Mourlon, se a nossa lei nos diz que deva-se dar a sucessão provisória quando houver os regimes da separação ou dotal, se não se possa impedir essa sucessão sendo o procurador o administrador dos bens do casal, é evidente que depois de decorrido o prazo legal, segue-se que a administração deve pertencer à mulher, não só porque enquanto não se dissolver a sociedade conjugal não pode dissolver o patrimônio e esta não aconteceria se o procurador fosse o administrador como também porque sendo a mulher possuidora de uma porção de bens constitutivos do patrimônio do casal, mesmo no regime da separação ou dotal, não poderia consentir que ela ficasse sujeita em seu patrimônio e administração de um indivíduo estranho à sociedade, portanto não só porque é possuidora de parte dos bens, como também por ser um elemento integrante do casal, é a competente para administrar os bens do mesmo quando o marido se acha ausente, mesmo isto nos regimes da separação e ainda que ele haja deixado procurador bastante.

Conclui Braga Júnior (1877:135) que a mulher é administradora legal dos bens do casal mesmo que o marido tenha deixado um procurador bastante com

poderes para a gestão de bens. Isto porque, mesmo no regime da separação de bens ou no regime dotal, a mulher está em uma posição de interessada na gestão dos bens como possuidora, o que lhe garantiria a preferência para ser investida na administração. Também, não se pode permitir que o patrimônio seja dissolvido em prejuízo da sociedade conjugal, o que aconteceria se um terceiro procurador fosse investido na administração dos bens, especialmente em se tratando dos regimes da separação de bens e dotal, nos quais os cônjuges desenvolvem patrimônios separados.

> Concluindo, dizemos ainda em síntese, que embora o marido tenha deixado procurador bastante, é a mulher legal administradora dos bens do casal porque no regime por (…) condomínio com o marido sobre eles; tem também a administração no regime da separação ou dotal porque parte interessada como possuidora de uma porção de uma porção de bens constitutivos do patrimônio do casal, e é além disso elemento integrante dessa entidade que enquanto subsista não pode consentir que o seu patrimônio seja dissolvido, o que não aconteceria caso o procurador fosse no regime da separação ou dotal em vez da mulher o administrador dos bens do casal.

A respeito do procurador, Álvares de Magalhães de comparar as conclusões precedentes com o último elemento, a presença de um procurador bastante deixado pelo marido com poderes para realizar a administração dos bens do casal e gestão do patrimônio. Responde que a mulher é legal administradora dos bens do casal em caso de ausência mesmo se o marido houver deixado um procurado, ressaltando que tal conclusão não se encontra expressa na legislação, mas que decorre do tratamento da questão. Tendo em vista que, tanto no impedimento, quanto na ausência, a mulher é preferida para a administração dos bens do casal, preferência que deve, segundo o entendimento de Álvares de Magalhães (1877:336), prevalecer também no caso de haver um procurador com poderes outorgados pelo marido para realizar a administração dos bens do casal. O amparo de tal conclusão encontra-se nas Ordenação Filipinas.

> Finalizando o nosso trabalho, estudemos a última hipótese figurada – a doutrina prevalece ainda mesmo que o marido deixasse na terra procurador bastante? Podemos afirmar que, ainda mesmo que marido deixasse na terra, a mulher é legal administradora dos bens do casal. Se é certo que não encontramos tato algum da lei expresso a tal respeito para firmar a nossa opinião, é também exato que observando-se a gradação que as ordenações seguem sempre, já no impedimento, já na ausência do marido, para administrador dos bens do casal, encontra-se sempre a mulher preferida a qualquer outra pessoa. Se assim é, tendo a mulher essa preferência, ainda mesmo que marido deixasse na terra procurador bastante, ela é legal administradora dos bens do casal.
>
> A este respeito pode se ver o disposto nas ordenações livro 4º título 103 § 5º e 1º, título 102 § 3º e livro 1º título 90. Aqui terminamos o nosso trabalho, para cujo julgamento pedimos a benevolência do mestre, tendo respondido afirmativamente,

> e sustentando conforme permitem as nossas forças, a tese que nos foi deixada para dissertação e sob o ponto afirmativo.

A respeito da administração dos bens quando o marido deixou um procurador com poderes bastantes para realizar a administração dos bens, Francelino Guimarães Filho (1877:173) destaca que o procurador, na medida em que foi especialmente designado para a gestão do patrimônio, deve ser preferido mesmo sobre a mulher:

> 2ª Questão – em caso afirmativo, prevalece ainda que o marido deixasse procurador bastante na terra?
>
> A opinião de distintos Jurisconsultos é que - não – que o procurador é neste caso é o legal administrador.
>
> Se o ausente deixou ou mandou procurador suficiente, em caso algum pode privar-se da administração o Procurador e dar-se a curador qualquer que ele seja estranho ou consanguíneo... administração é a mulher presente ou o procurador?
>
> Este encontra-se superado cabalmente. Enquanto houver notícias do ausente será o Procurador, mas, logo que cessem, deve administração passar para a mulher, que, pelo fato da nomeação do Procurador, não pode ser esbulhada dos Direitos que lhe conferem os artigos – 139 – 1117 § único 1189, 1190. A praxe finalmente tem estabelecido que o procurador é o legal administrador, mas que, passados 10 anos passa esta administração, a mulher se for viva, ou então os parentes.
>
> Finalmente, se o marido fora pródigo ou mentecapto, declarado como tal por sentença do Juiz de Órfãos, a mulher é a legal curadora do marido, é a solução do casal e então seja qual for o regime do matrimônio, administra os bens do casal, e só depois de ser curado do marido, ou que não queira aceitar, ou que tendo aceitado tem mal dirigido. Esta curadoria acha-se sempre debaixo da vigilância do Juiz de Órfãos Ord. L. 4 Tit. 10 pr., o Dr. Lafayette – para que os bens sejam classificados de ausente, é necessário que eles estejam abandonados, que não ter o ausente no lugar – mulher ou pessoa encarregada. Ord. L. 1 Título 90.
>
> De onde se vê que a mulher na ausência do marido e sob qualquer que seja o regime do matrimônio, é legal administradora dos bens do marido e, no caso de impedimento, se não der o caso de prodigalidade ou demência do marido e este se ausentar do lugar dessa residência e deixar um procurador, este poderia fazer tudo quanto lhe for conferido, e a mulher não poderá tolher-lhe administração, salvo quando se tratar da alienação dos bens de raiz.
>
> E até a própria mulher pode ser procuradora do marido se este lhe conferir os poderes para este fim. Nota 11 Consolidação nº 119.

4.5. As Dissertações de 1878: Direito científico como fonte do Direito

O ano de **1878** marca um aprofundamento no que se refere ao tema das fontes do direito nas dissertações apresentadas pelos estudantes da Academia de Direito de São Paulo como requisito parcial de avaliação. Esse afastamento pode ser considerado por vários pontos de vista.

> *Tese: o direito científico é uma fonte de normas jurídicas, ou apenas uma forma de direito consuetudinário?*

Em primeiro lugar, nos anos precedentes, o tema para a dissertação era focado na interpretação de um artigo ou instituto específico inserido em uma problemática de interesse jurídico a qual os alunos deveriam apresentar uma resposta juridicamente fundamentada. Os temas foram tão variados quanto a interpretação e aplicação de uma lei específica (1874) até o funcionamento de serventias cartoriais para fins de emissão de documentos e prova da realização de atos da vida civil. Percebeu-se, também por diversos aspectos, a abordagem a temas de direito de família, que estavam focados em uma figura diversa do chefe da família, passando pelos poderes de administração da esposa sobres os bens da família até os direitos que um filho ilegítimo poderia exercer contra seus genitores. A questão de 1878, contudo, não é de interpretação de dispositivos legais e aplicação de institutos a situações práticas, mas uma questão puramente teórica, que discute o papel da doutrina à luz da teoria das fontes do direito. Em segundo lugar, esta questão insere os estudantes em debates doutrinários que estavam acontecendo também em outros lugares do mundo. A contrário de questões anteriores em que a resposta era fundamentalmente baseada em legislação pátria e em decisões emanadas de tribunais, tais como as Relações e a Casa a Suplicação, a questão teórica a respeito do direito científico permite que sejam manejadas fontes estrangeiras com maior liberdade na medida em que a questão apresenta-se a debate em outras ordens jurídicas nacionais. As dissertações anteriores tinham como base o direito positivado, ao passo que a dissertação de 1878 discute exatamente o que pode ser considerado fonte do direito para uso forense e ser admitido como razão de decidir. Em terceiro lugar, retoma-se uma prática que já havia sido observada em dissertações de anos anteriores, a indicação de referências doutrinárias no próprio enunciado da dissertação. O

lente catedrático insere no enunciado a expressão “entre outros” de modo a, como mencionado acima, situar os estudantes em um debate jurídico que estava acontecendo em diversos países. Porém, essa ressalva de que existe além do mencionado não tira inteiramente o foco dos doutrinadores que são explicitamente mencionados no enunciado.

A delimitação da questão, na forma como apresentada por Francisco de Toledo Malta, ressalta o elemento de doutrina estrangeira que foi mencionado antes. Observa-se que os elementos apresentados no próprio enunciado, bem como aqueles que são usados na construção do argumento são aqueles mesmos que tiveram sua importância diminuída com a publicação da Lei da Boa Razão, que são o Direito Romano e a doutrina estrangeira. Da mesma forma que apresentado nas considerações do Conselheiro Ribas a respeito da formação e aplicação do costume, Toledo Malta coloca o Direito Romano em posição de destaque, mas não de forma pura pela leitura direta das fontes romanas, mas pelo filtro de Savigny. Juntamente com o Direito Romano e a doutrina de Savigny, o estudante Toledo Malta coloca como fonte da construção de seus argumentos os conhecimentos que foram transmitidos pelo professor responsável pela matéria em suas preleções. Este ponto é expressamente destacado na dissertação de Toledo Malta (1878:53), com a apresentação de pontos em que a doutrina do Lente Catedrático divergiu de Savigny especialmente no que concerne à interpretação dos preceitos romanos.

> Do estudo que temos feito desta questão apresentada e proposta pelo Ilustre Lente, começaremos por inserir a solução desta mesma questão, antes de entrarmos em seu desenvolvimento. Das noções expendidas pelo Ilustrado Lente, do alto de sua cadeira magistral, noções estas que são miríades de luzes para iluminarmos e esclarecermos a questão e formar uma opinião; das noções que fomos beber na história do direito costumeiro entre os Romanos; das noções inspiradas por Savigny em seu tratado de Direito romano (vol. 1º); de todo este material lançaremos mão como elementos para discutirmos a tese proposta à luz dos princípios científicos e filosóficos.

A delimitação da questão controvertida e os argumentos que serão usados para a construção da resposta já permitem antecipar a orientação do estudante que está desenvolvendo a dissertação. Desde logo, o estudante Pinheiro de Andrade, coloca que existem opiniões sustentando pontos de vista opostos a respeito do direito científico como fonte do direito, sendo admitido como tal por alguns enquanto, para outros, trata-se de instituto de natureza diversa, mas sem negar a importância da influência que exercem os trabalhos dos Jurisconsultos sobre o cotidiano do direito, tanto no seu desenvolvimento teórico quanto na prática, incluindo a aplicação forense. Está presente um conceito que será

explorado em diversas dissertações, que é o costume como sendo uma forma de direito que está na consciência popular e que precede e inspira a produção legislativa, que teria a função de não criar, mas revelar um direito que é comum a todos os homens e que se encontra inserido no inconsciente dos povos. Sobre a questão, de maneira introdutória, Pinheiro de Andrade (1878:457) apenas apresenta as correntes, declarando que existem opiniões opostas, mas, ao final da apresentação da controvérsia, coloca-se ao lado de Savigny e Puchta, de quem empresta a autoridade para declarar a solução à questão proposta.

> As opiniões, digamo-lo desde já, se dividem sobre a matéria: para uns, o direito científico se manifesta no seio da sociedade como uma fonte sui generis de normas de direito, a par do direito consuetudinário e do direito legislativo, origem especial de preceitos jurídicos; para outros, este mesmo direito deve ser entendido por modo diverso, ainda que não diametralmente oposto, atenta à inegável influência da ciência sobre o direito, quer nos termos de sua teoria, quer nos de sua prática. Assim, deve ser considerado como significando um modo de manifestação do direito costumeiro, uma forma que, em sua sucessiva e lenta evolução, resiste o direito primitivamente gravado na consciência popular e mais tarde retomado, em seus multiplicados detalhes, dos princípios da ciência, das (…) filosóficas.
>
> Projetando, então, a ciência sua poderosa ação até o organismo geral do direito, imprimindo-lhe o brilho das formas de sua existência, a lucidez dos modos de sua manifestação, os esclarecimentos de seus elementos constitutivos. Apoiamo-nos, na solução de tão elevado e importante problema científico, nas doutrinas de Savigny e Puchta, incontestáveis autoridades de peso, nesta matéria impugnados por Marezoli e Stahl, jurisconsultos também notáveis e abalizados.

Muitas vezes, a questão é colocada de maneira histórica de modo a retomar os escritos romanos sobre a questão do papel da jurisprudência entendida como o desenvolvimento científico do direito. Deve-se observar que o enunciado não coloca para discussão apenas a questão se o direito científico é fonte do direito. O próprio enunciado fornece uma alternativa na medida em que coloca que, não sendo o direito científico fonte do direito, seria uma forma do direito consuetudinário. Desta forma, os referenciais teóricos apresentados pelos estudantes têm como o objetivo apresentar as bases para tratar de ambas as questões, a definição das fontes do direito e, em especial, os critérios de identificação do direito consuetudinário. O direito consuetudinário, nos termos mencionados no enunciado, era considerado como sendo o gênero ao qual pertenciam duas espécies, entre elas, o direito consuetudinário na forma científica. A origem deste, na cronologia desenvolvida pela Conselheiro Ribas, remonta aos primórdios de Roma. Coloca-se os conhecimentos a respeito do Direito como uma forma de dominação dos patrícios sobre os plebeus, na medida em que aqueles eram os únicos que tinham acesso às fórmulas para comparecer em juízo. Deste momento inicial, até a divulgação das fórmulas, tem-se um salto até o momento de maior

destaque dos jurisconsultos romanos, quando o Imperador Augusto concedeu a alguns a autoridade de responderem questões jurídicas em seu nome, também mencionando-se a vinculação dos julgadores aos pareceres na forma em que foi determinada pelo Imperador Adriano.

> § 3.º O Direito consuetudinário (continuação): II. Científico. Desde os mais remotos tempos exerceram os jurisconsultos em Roma larga influência, e por suas respostas às consultas dos litigantes, - responsa, bem como por seus debates forenses – disputa fori, contribuíram para a formação do direito (1). [150]. Ao princípio o patriciado, para manter a plebe sob a sua dependência, monopolizou no colégio dos pontífices o conhecimento das fórmulas das ações, - legis actiones, e do calendário jurídico, - dies fasti et nefasti. Tendo, porém, Appio Claudio reduzido a escrito estas fórmulas, o seu secretário Cneo Flavio, filho de um liberto, roubou-as e publicou-as (449 da f. de Roma), pelo qual lhe ficou a plebe tão grata, que o nomeou seu tribuno, senador, e edil curul (2). De então por diante vulgarizou-se a jurisprudência, e Tiberio Coruncanio foi o primeiro plebeu que a ensinou publicamente (3). Não relataremos agora com Pomponio (4) a longa série de distintos jurisconsultos que floresceram em Roma, nem descreveremos a luta dos Sabinos e Proculeianos, as tendências históricas dos primeiros, e o espírito filosófico e inovador dos segundos (5); lembraremos, porém, que Augusto aumento ainda a sua já grande influência, criando uma classe de jurisconsultos oficiais para darem as – responsas, sob a autoridade dele – ut ex auctoritate ejus responderent -, e Adriano tornou esses pareceres, quando unânimes, obrigatórios para os juízes, como se fossem textos legislativos – leges vice (6). (RIBAS, 2003:149).

O Conselheiro Ribas, ao tratar do direito científico entre as fontes do Direito, traça suas origens desde a Roma Antiga, em tempos imemoriais. É certo que já havia juristas desde o início da fundação de Roma e que sua atividade de alguma forma contribuiu para o desenvolvimento do Direito. Havia, como relata o Conselheiro, duas espécies de pronunciamento dos juristas, aqueles dados em resposta a algum tipo de consulta formulado por partes litigantes e aqueles que eram propriamente alegações forenses. Mencionando apenas de passagem o desenvolvimento da jurisprudência romana, bem como suas principais escolas, o Conselheiro Ribas (2003: 152) pontua o momento em que o Imperador Augusto concede a alguns jurisconsultos selecionados o poder de emitir respostas em seu nome. Dessa forma, o resultado de uma consulta teria força vinculantes para os juízes, da mesma forma que o texto da lei. Nesse momento e por essa faculdade especial, tem-se a doutrina mais facilmente identificada como fonte do direito.

> Tendo, porém, decaído a ciência jurídica, e achando-se extinta a série dos grandes jurisconsultos, cujo último elo foi Modestino, cessou também naturalmente este privilégio; entretanto as respostas dos antigos jurisconsultos, reunidas em coleção ou tratados, continuaram a ser sempre citadas com crescente autoridade. Para obviar a multiplicidade e contradição de suas doutrinas, Teodosio II, em uma constituição do ano 426, que sob Valentiniano III ampliou-se ao Ocidente,

> designou nominativamente aqueles a cujos escritos dava força de lei, e determinou que, no caso de pluralidade de opiniões, se seguisse a maioria; quando fosse igual o seu número, prevalecesse a de Papiniano; e quando este fosse omisso, decidisse o próprio juiz (7). Justiniano tomou medida mais decisiva, fazendo extrair desses escritos tanto quanto julgou preciso para a completa exposição do direito, e proibindo para o futuro qualquer livro original, ou comentário sobre as leis, salvo traduções gregas dos textos latinos, e a indicação do conteúdo dos títulos, sob pena de ser o livro destruído e o autor punido como falsário (8). Assim Justiniano, convencido da perfeição de sua obra (9), e querendo evitar a restauração dos abusos, entendeu que devia imobilizar a ciência do direito por meio destas medidas violentas, tão repugnantes aos costumes e às necessidades da sociedade atual, que mal se pode conceber, que fossem seriamente decretadas e postas em execução.

O Conselheiro Ribas, para situar o direito científico no cotidiano do direito e para deduzir uma posição a respeito de sua inclusão entre as fontes do Direito, como visto, começa com o histórico da atividade dos Jurisconsultos desde a Roma Antiga. Da mesma forma, Toledo Malta, coloca os Jurisconsultos da Roma Antiga e os Comentadores e Glosadores da Idade Média como estando inseridos na mesma tradição hermenêutica de interpretação do Direito Romano, na qual são considerados como os representantes do direito popular. Neste sentido, percebe-se a influência de Savigny, a quem Toledo Malta expressamente reporta-se desde o início de sua dissertação. O Direito Romano teria se transmitido através das gerações, passando pela Idade Média até chegar aos tempos modernos, sendo adotado pela maior parte dos povos da Europa, o que serviria para conferir o mesmo caráter científico de que gozava entres os romanos. Em nome de uma continuidade e suposta evolução, são equiparados períodos diversos do Direito Romano, como a República e a Idade Média, em que não apenas diferiam nos modos de interpretação, mas até mesmo nas fontes.

> Na antiga Roma, o direito popular juntamente com a legislação tiveram importantes manifestações antes que fossem incorporados por um direito científico. A classe dos Jurisconsultos tornou-se quase o único representante do direito popular. A ciência do direito chegou a seu perfeito desenvolvimento, entre os Romanos, de um modo gradual e lento. Certa circunstância foi de grande desvantagem para a ciência do direito. Entre os Romanos, os Jurisconsultos gozam de muita importância e autoridade, tinham uma posição muito elevada por causa do exercício inteiramente livre de suas funções, por causa do seu pequeno número, e pelo nascimento. O direito romano transmitia-se às gerações, passara a idade média e foi adotada pela maior parte dos povos da Europa. Esta aceitação geral deu ao direito o caráter científico que já tinha entre os Romanos. Assim, o direito popular identificava-se desde a origem com o direito científico, e conforme as evoluções sociais. (TOLEDO MALTA, 1878:87).

Monteiro Peixoto (1878:117) também coloca considerações de caráter histórico, destacando a diferença que existia no regramento da atividade dos Jurisconsultos na Roma Antiga e na atividade depois de Modestino:

> Sem descer a analisar os requisitos do costume, sem considerar a distinção entre o costume geral e particular, sem indicar mesmo todos os seus efeitos jurídicos, e quais as condições em que se realizam ou realizavam estes efeitos; vamos considerar o direito científico, e daí respondemos à tese proposta, resposta que queremos dar, deduzindo de uma comparação. Como bem observa Savigny com a ilustração que lhe é inegável, grande era a influência que desde os primeiros tempos da República gozavam os jurisconsultos Romanos para a formação do Direito, e a autoridade da ciência aumentou mais ainda esta influência. O imperador Augusto autorizou um certo número de jurisconsultos, cujas decisões seriam leis, e marcou as condições posteriores nos casos de divergência. Cessou esta importância quando a jurisdição concentrada degenerou em exorbitâncias e ficou formando monumentos onde, passado fecundo, o futuro foi buscar esclarecimentos às regras novas, fundamentá-las e encontrar sua razão de ser.
>
> Destarte como afirma o Senhor Conselheiro Ribas, as –responsa – e – disputatio feri – contribuíram para a formação do Direito. Pelo Direito Romano, fonte fecunda, manancial perene, onde os povos cultos repletos de seiva intelectual, e robustecidos pelos recursos de uma civilização sempre crescente, foram buscar o modelo para as suas legislações, o direito científico "é norma jurídica". Porém, cumpre observar que o foi somente até Modestino, último elo desta cadeia brilhante de jurisconsultos, cuja sabedoria, e cujos conhecimentos tantos e tão assinalados serviços ilustraram a jurisprudência do seu e outros povos. Então, citava-se as decisões como autoridade na ciência, e já (nos parece), não como lei.

Também, no que se refere à legislação nacional, a grande fonte de referência é, naturalmente, a Lei de 18 de agosto de 1769, que ficou conhecida como Lei da Boa Razão no comentário de Correia Teles.

> [M]as a ilustrada cadeira bondosamente desculpar-nos-á tendo em vista a dificuldade de encontrar-se as fontes onde devíamos inspiramos como, por exemplo, Puchta e Stahl.

A questão, do modo como foi formulada, permite que o estudante escolha diversos pontos de partida para sua resposta. De maneira mais concisa, é possível iniciar discutindo, desde logo, qual a natureza do direito científico e qual a posição que ocupa dentre o rol das fontes do Direito. A contrário de Pinheiro de Andrade, que realiza uma longa preleção sobre o caminhar orgânico da Humanidade para construir seu argumento, Toledo Malta, desde logo, após ter delineado a controvérsia e declarado as fontes que pretende usar, apresenta a sua resposta à questão formulada. Responde pela negativa para afirmar que o direito científico não é fonte do direito, mas apenas um desenvolvimento do direito popular, cujos princípios existem e subsistem na consciência da nação. Mais interessante que a resposta à questão proposta é a fundamentação a respeito do direito científico como um desenvolvimento do direito popular, enfatizando-se a questão de se tratar de princípios que precedem a formalização em normas jurídicas pelos legisladores, bem como o fato de que

seriam comuns a todos os povos. Este argumento alinhado com as disposições da escola do Direito Natural será retomado na dissertação de Toledo Malta (1878:55) e de outros, tanto para explicar a formação do costume e até mesmo da própria atividade legislativa, quanto para situar qual é a função dos Jurisconsultos e de que maneira podem influenciar a teoria e prática do Direito.

> Assim, pois, eu me proporei resolver a questão desde logo, pedindo indulgências para que a Ilustrada Cadeira releve as incoerências em que por ventura possa cair; e ao mesmo tempo encareço os esforços para que a solução que pretendo dar reflita o espírito da verdade, da certeza e de uma convicção bem formada. Sob estes auspícios, creio estar bastante amparado para resolver a tese proposta e entrar em seguida no seu desenvolvimento. Eu proponho-me resolver a questão apresentada do mesmo modo pelo qual fui iluminado pelas preleções que lera e estudara e também pelos escritos que consultara sobre a matéria.
>
> Solução: O Direito científico não constitui uma fonte de normas jurídicas; ele é apenas uma continuação do desenvolvimento do direito popular, cujos princípios fundamentais existem e subsistem na consciência da nação; ele nada mais é do que a determinação rigorosa do direito popular em sua manifestação científica.

O estudante José Pinheiro de Andrade (1878:459), em sua resposta, trata do direito consuetudinário de um modo geral, antes de tratar de suas espécies e se a doutrina está situada entre elas. O Direito consuetudinário na forma de costume seria a primeira fonte do Direito observada entre os povos organizados. As fontes do Direito são classificadas em ordem de importância e colocadas em uma escala evolutiva condizente com os ditames do darwinismo social. Na fase que é chama de a "infância dos povos", o costume seria a primeira manifestação do direito entre os povos. Emprestando elementos de direito natural, coloca o costume como produto de uma consciência nacional, que, de maneira invisível e incorpórea, precede a sua manifestação.

> O direito, na infância dos povos, jaz incontestavelmente na consciência nacional; reside um gérmen no espírito geral de um povo, tendo ainda uma existência invisível e incorpórea no sentido de não ser expressamente consignado em prescrições explícitas e determinantes; o direito costumeiro é a primeira manifestação do direito, não há negar, é a opinião corrente fundada em fatos históricos e em razões visivelmente plausíveis. Na verdade, o direito tem sua primeira fase de existência nos costumes dos povos, nos seus hábitos, em sua índole, em seus caracteres comuns: é a mais simples e primeira manifestação na vida real. Ele ao legislador que, sem declinar da importância de sua missão legislativa, apenas dá-lhe vida externa e visível, formula-o expressamente, estereotipa-o em caracteres sensíveis, claros, manifestos e acessíveis a todos, apaga os elementos confusionários que afetem o organismo das relações jurídicas.

Após manifestar-se na forma de costume, o "direito em sua primeira fase de existência" é transformado com a o aparecimento do Poder Legislativo ou de centros

de produção de legislação. Sem desmerecer a importância do legislador e todos os benefícios que podem ser a ele associados, Pinheiro de Andrade coloca o legislador na tarefa de materializar o costume. Pela transformação em lei, o costume adquire clareza e publicidade, conferindo mais segurança para as relações jurídicas. A positivação do costume blinda-o contra quaisquer influências que possa receber, impedindo futuras alterações de sentido, o que Pinheiro de Andrade (1878:461) coloca de maneira positiva na medida em que "apaga os elementos confusionários que afetem o organismo das relações jurídicas".

> Passando às mãos dos legisladores, tomando uma forma exterior, explícita, que lhe inspira elementos vitais e uma sólida garantia, tornando-se, finalmente, objeto das prescrições de um poder legislativo competentemente autorizado, consente-se o direito em um complexo de preceitos positivos, patentes e terminantes, com sua vida segura e garantida, sua observância perfeitamente regularizada. Por consequência, o costume e a legislação são as suas primeiras fontes de normas jurídicas. É isto uma verdade jurídica incontestada. Mas, quando além do costume e da legislação, mais um modo de desenvolvimento do direito necessariamente se nos oferece à observação – o direito científico, quando forçoso nos é considerar e medir a influência da ciência sobre o próprio direito, então surgem as dificuldades, levantam-se as controvérsias, os debates dos jurisconsultos que em planos diferentes se colocam no exame da questão atual.

Em contraposição à introdução de natureza história que faz Pinheiro de Andrade, Toledo Malta opta por apresentar as definições de que cada um dos conceitos que são mencionados no enunciado e que são necessários para a construção do argumento. Já tendo respondido que a produção dos Jurisconsultos não é fonte do Direito, Toledo Malta coloca como sendo fontes do Direito apenas a legislação e o direito costumeiro, dividido em popular e científico, sendo a dissertação trata dos conceitos e princípios a respeito das fontes subsidiárias do Direito. Importante observar que a definição de direito costumeiro guarda íntima relação com a escola do Direito Natural ao colocar que o direito costumeiro é formado pela consciência jurídica da nação, que se encontra refletida na atividade dos tribunais e na produção dos Jurisconsultos, de modo a se reconhecer uma fonte do direito diversa da legislação e que precede a qualquer tipo de formalização. Divide-se o direito costumeiro em popular, que é a manifestação do instinto jurídico de um povo; e em científico, que é o mesmo instinto jurídico do povo, mas filtrado pela atuação dos juízes nos tribunais e pela reflexão dos Jurisconsultos.

> Eis a solução que mais consentânea achamos com os princípios que regem a matéria, e cujos corolários e consequências deram-nos a solução apresentada. Agora, resta-nos desenvolver e discutir a tese à luz dos princípios filosóficos e científicos para comprovarmos a solução e a convicção que formamos. Passemos antes de entrarmos propriamente na matéria, façamos, digo, uma síntese geral

> sobre o direito costumeiro popular; síntese esta que dará lugar a mais clareza das nossas ideias, e trará mais correção às deduções, que pretendemos tirar dos princípios gerais, para firmarmos a certeza e a verdade do nosso juízo. Dissertação – A doutrina desta tese em questão liga-se à teoria das fontes subsidiárias do Direito.
>
> As fontes do Direito são a legislação e o direito costumeiro. Legislação é o complexo de leis constituídas pelos atos ordinários do poder político legislativo. Fontes são as instituições e regras que regem as relações jurídicas e de que emanam os direitos. Direito costumeiro, em geral, é aquele que é formado pela consciência jurídica direta da nação, ou pela consciência jurídica direta da nação refletida nos tribunais e nas doutrinas dos Jurisconsultos. O Direito Costumeiro é popular ou científico. Direito Costumeiro popular é a manifestação do instinto jurídico de uma nação ou de um povo. Direito consuetudinário científico à a manifestação do instinto jurídico do povo na doutrina dos Jurisconsultos e nos Tribunais; é a reflexão, é a reprodução dos costumes que nascem, se desenvolvem no seio e na consciência do povo, nos Tribunais e na doutrina dos Jurisconsultos. (TOLEDO MALTA, 1878:57).

O costume, coloca Toledo Malta (1878:63), está diretamente ligado ao Direito Natural. No caso da doutrina a respeito das fontes do Direito, seja como um reforço de autoridade ou como um contraponto, as referências são primordialmente providas pela doutrina alemã. Observa-se que o parágrafo inicia com uma citação de Puchta, que foi um dos mais dedicados discípulos de Savigny, mas a construção do argumento é feita no sentido de colocar o costume como sendo a expressão de um direito primordial, comum a toda a humanidade, em oposição à Escola Histórica que coloca justamente o costume como sendo um dos elementos que revela as características de cada nação.

> O costume para o povo é na frase de Puchta o espelho em que ele se reconhece. Os costumes não são produzidos pelo aleatório ou pelo acaso; são sempre filhos da reflexão e dominados por princípios racionais. O direito costumeiro teve sua origem na consciência, como produto espontâneo do homem e de sua condição social em relação a cada povo. O direito derivado da natureza humana é um só; porque uma é essa natureza; ela é idêntica a todos os indivíduos da espécie. Existe, pois, um direito primordial, comum a toda a humanidade: é o Direito Natural. A escola histórica não admite, como fonte do direito, ideias universais e comuns ao gênero humano, porque, segundo a mesma escola, cada povo forma o seu direito orgânico; e um dos elementos em que se releva a característica de cada nação, é constituído pelos usos e costumes e atos da vida civil. Mas a escola histórica, exclusiva em seus princípios, não podemos admiti-la, porque o Direito não é uma criação artificial de um ou de outro homem; nem também o Direito é uma manifestação especial de parte da humanidade, povo ou nação. Mas, adverte Mayny, que a escola histórica com o seu sistema exclusivo, acaba por negar a humanidade e substitui-la por uma série de entes distintamente organizados.
>
> Assim, pois, a origem do Direito é muito mais alta; o Direito Natural é uma aplicação dessas ideias primitivas às diferentes relações que se apresentam na vida social. Por conseguinte, se há uma ideia primitiva, que Savigny, denomina espírito geral da humanidade, é claro que o direito de um povo não pode deixar de revelar essa ideia, embora exista no direito novo elementos primitivos, o elemento característico e específico de sua nacionalidade: esses elementos, diz a Ilustrada Cadeira, há de se achar-se ligado ao elemento geral da humanidade constituindo

> Direito.

Da mesma forma que se falou em “infância dos povos”, Monteiro Peixoto (1878:115) trata do “direito primitivo” pode ser observado ao longo do desenvolvimento progressivo das sociedades como sendo uma manifestação da consciência popular, marcando a aplicação que se faz das ideias a respeito da evolução das espécies também para as sociedades, colocando o progresso como uma meta e identificando mais antigo como sendo inferior. A consciência popular dos povos manifesta-se pelo costume, prescrevendo regras não escritas para a aplicação em casos recorrentes, satisfazendo-se as primeiras necessidades do convívio social.

> O desenvolvimento constantemente progressivo das sociedades humanas atesta um fato: o direito primitivamente manifestando-se, como um resultado da consciência popular. Aí se ligava, formava e ia achar fundamento a aplicação de regras de justiça ainda não escrita, aos casos recorrentes. É a manifestação primeira do direito pelo -costume-, o qual constituído em uma série de fatos constantes, uniformes, racionais, ia satisfazendo as primeiras necessidades do convívio social, e concorrer depois para a formação, para o padrão onde se modelariam as leis futuras. Isto é, antes do poder legislativo, competente para ditar os princípios de justiça aplicáveis de acordo com a legislação natural e os fatos da época.
>
> Depois aparecem as instituições que na esfera jurídica e social vem tudo regular, e claramente determinar. Assim é a consciência jurídica popular a base, o fundamento onde vai assentar-se a legislação. Só o povo pode conhecer as suas necessidades, apontar seus interesses. Princípio que aplicado em sua pureza nas repúblicas de Atenas e outras, tantos e tão belos frutos produziu: e hoje nas numerosas relações da vida social apresenta suas vantagens inúmeras, quando bem entendidos os seus meios de praticabilidade. Isto entendido de acordo com o justo e o útil harmonizando-se com a razão natural.

O costume, por encontrar-se inscrito na consciência dos povos, e a legislação, por ser a formalização da prática reiterada dos povos que gera direitos e deveres jurídicos, foram colocados como sendo as primeiras fontes do Direito por Pinheiro de Andrade. Antes de apresentar uma resposta própria a um debate que coloca em posições antagônicas Jurisconsultos de renome internacional, Pinheiro de Andrade apresenta os argumentos da corrente que considera que o direito científico é apenas uma expressão do direito popular, que não seria, conforme de definição deduzida por Toledo Malta, fonte do Direito. Não ser considerado fonte do Direito para tal corrente não significa, contudo, que o direito científico não exerça influência sobre a produção das demais fontes, colocando que o desenvolvimento do direito popular ramifica-se entre o direito consuetudinário e o direito científico. Verifica-se o argumento de cunho biológico explicando as relações entre as fontes do Direito baseando-se no aumento da complexidade da sociedade para colocar que o

costume precede a legislação, mas recebe um grau maior de certeza quando é positivado pela atividade do legislador. Ainda mais conforme aumenta a complexidade das relações sociais, a atividade legislativa não tem apenas a função de garantir efetividade ao costume, mas também de selecionar aquilo que, decorrente da vontade popular, é o mais adequado para manter a ordem na sociedade e dar adequada resolução aos conflitos.

> Aqueles que dão uma solução afirmativa ao segundo quesito encerrado no conteúdo de nossa tese, chegados ao ponto em que o costume e a lei são considerados como as primeiras fontes de normas jurídicas, apenas assinalam a real influência da ciência sobre o direito, negando-lhe a qualidade de por si formar normas jurídicas. Entendem que o direito popular ramifica-se em seu desenvolvimento, de sorte que do caráter primitivo de sua derivação imediata da consciência nacional, passa mais tarde a ser objeto da ciência que, a par do costume, dá sua feição característica ao direito popular. É assim que partem da influência da legislação sobre o costume, para por sua vez apreciarem a influência da ciência não só sobre o direito costumeiro, como sobre o direito legislativo.
>
> De fato, dizem eles, o direito costumeiro que sem dúvida repousa sobre a vontade geral, o assentimento de todos – *civium voluntas, consensus utentium* –, que, sob certas relações históricas, precede a legislação, que tem com esta uma afinidade incontestada em sua essência, mais tarde não só recebe sua garantia das prescrições do legislador, como até se mostra em uma posição de dependência em frente da legislação, a quem compete dominar as relações de direito cada vez mais artificialmente complicadas e difíceis de julgar. (PINHEIRO DE ANDRADE, 1878:465).

Também Pinheiro de Andrade, em suas considerações iniciais, destaca a relação que existe entre a legislação e o costume, colocando, neste caso, o direito legislado como tendo o poder de inibição sobre o costume. Ressalta, ainda à semelhança do que se observa nas outras dissertações, que o costume possuiu sua origem na " justiça e na equidade natural", adotando, pois, uma solução de Direito Natural. A transição do costume para o direito legislado, na medida em que aumenta a complexidade das relações sociais com reflexos diretos nas regras de Direito, passa a ser feita por meio de um mediador, que é identificado como sendo o estudioso do Direito. A atuação dos Jurisconsultos sobre a formação do Direito, contudo, não é isenta de críticas, uma vez que, pautando-se por certos objetivos, dão causa a perigos na ordem social, que terminam por corromper o que chama de caráter popular inerente ao Direito, que é necessário para o seu desenvolvimento. Quando elencados os objetivos a que se refere como sendo aqueles que, perseguidos pelos Jurisconsultos, dão origem a perigos na ordem social, percebe-se a crítica que Pinheiro de Andrade está construindo à teoria dos positivistas jurídicos. O direito legislado é decorrência do costume que, conforme as doutrinas de Direito Natural, encontra-se no inconsciente dos povos e precede a sua manifestação como regra de observância reiterada que pode acabar

sendo positivada, mas os Jurisconsultos, levados por "pretensões de desenvolver e completar a unidade do direito, de sistematizá-lo, de sujeitá-lo a normas de direito e axiomas" acabam por causar problemas de ordem social. A questão da completude do Direito e a noção de ordenamento e sistematização de normas que são caras aos positivistas aparecem como sendo fonte de problemas, uma vez que causariam a perda do caráter popular do Direito.

> A legislação, pois, que se presume fundada na justiça e na equidade natural, tem o poder de inibição sobre o costume. Também a ciência, diz Marezali, exerce sua influência sobre organismos do direito, especificamente sobre o costume e a legislação, quando, tornando-se mais artificiais e complicadas as relações e, portanto, as regras de direito, os costumes deixam de proceder imediatamente do próprio povo e sua elaboração como que concentra-se nos jurisconsultos que desde então exercem sua influência sobre o direito. Aí, levados nas pretensões de desenvolver e completar a unidade do direito, de sistematizá-lo, de sujeitá-lo a normas de direito e axiomas, dão lugar a perigos na ordem social; de sorte que se vão corrompendo o caráter popular inerente ao direito, caráter este que lhe é necessário para conseguir o seu desenvolvimento regular e o seu fim. Assim exposto em largos traços os argumentos da doutrina contrária, passamos a expor da teoria que, em nosso fraco entender, nos parece sustentável. (PINHEIRO DE ANDRADE, 1878:469)

A dissertações a respeito da natureza do costume aproximam-se umas das outras em termos doutrinários pela identificação do costume como sendo algo que precede a legislação e que é revelado, ao contrário de formado ou construído pela ação do legislador. Considerando a ampla referência à obra de Savigny observada nas dissertações, mas, em repetidos casos, em tom de crítica, existem elementos para afirmar que a crítica é originada pelos ensinamentos do próprio lente catedrático responsável pelo ensino da matéria. O costume, que precede a toda produção legislativa, encontra-se na consciência dos povos, de acordo com o direito natural. Existe, contudo, uma etapa de transição na qual, como explica Toledo Malta (1878:96), o costume passa de uma noção na consciência dos povos, mas sem expressão na realidade, para um dever, derivado da convicção popular sobre regras de conduta, que vale como regra jurídica, sendo caracterizado por uma aplicação constante e uniforme. Tem-se, ainda, uma analogia com o direito legislado para esclarecimento a respeito da transição do costume na sua forma de noção sem realidade para um dever como regra jurídica.

> O costume é o modo pelo qual o direito se revela, e não o meio de reconhecer o direito, como pretende a escola histórica. E assim é, tanto que, enquanto o elemento jurídico se mantém na consciência, não se pode dizer que exista direito; pode ser uma noção, mas uma noção sem realidade. E analogicamente podemos argumentar: Se a lei não fornece direito enquanto não é publicada e promulgada, também o costume tanto que assim nós podemos nos exprimir internado na consciência jurídica de uma nação, não podemos dizer que haja direito, enquanto

> não for revelado. O direito costumeiro é, em última análise, a convicção do povo sobre o que deve valer como regra jurídica, manifestada essa convicção por uma aplicação constante e uniforme.

No mesmo sentido, Pinheiro de Andrade (1878:471):

> É verdade que o direito preexiste à ciência como fato é que preexiste à legislação; é verdade que o costume e a legislação são fontes incontestáveis de normas jurídicas; mas também não é menos certo que existem nos homens da ciência aptidões tão ativas e importantes, tão altamente revestidas de uma tal e qual autoridade moral, que, difícil, senão impossível, nos é deixar de reconhecer neles uma força superior, capaz de representar um papel bem ativo e poderoso na formação do direito.
>
> O direito científico não deve ser considerado como uma forma de existência do direito consuetudinário e não o deve, porque a sua origem aparta-se da origem do direito costumeiro: um nasce imediatamente na consciência da nação, espontânea ou refletidamente sem dúvida, o outro é fruto das elucubrações filosóficas dos representantes da ciência; um nasce com a própria nação, é congênito com a sua natureza, pois é originado do espírito geral de um povo, ao passo que o outro parte dos jurisconsultos que incontestavelmente imprimem no organismo do direito uma força vital de grande valor e autoridade.

A resposta de Toledo Malta (1878:71) fornece importantes elementos a respeito da formação da cultura jurídica no Brasil na medida em que expressamente menciona o modo como a doutrina estrangeira é ensinada aos alunos brasileiros.

> Savigny no Cap. 28 do seu Sistema de Direito Romano apresenta oito modos ou requisitos para o direito costumeiro converter-se em normas jurídicas, converter-se em Direito. A Ilustrada Cadeira reduziu estes requisitos a quatro.
>
> 1º é preciso que o costume se firme sobre a ratio necessitates opinio, e é, sobre a consciência de uma necessidade jurídica. É preciso que o costume não repouse sobre fatos, usos e costumes incidentais e arbitrários.
>
> 2º requisito: é preciso que o costume tenha sido repetido por longo tempo; isto é firmado no Dig. L. 1º T. 3º, Cod. L8 T53. A questão sobre a duração do costume tem sido debatida. Uns exigem cem anos porque existe um texto em que a palavra longevum é tomada como sinônimo de 100 anos. Outros fundados no direito canônico estabelecem o longus tempus, e é 10 anos. Mais tarde concordou-se em não haver fixação de tempo, a duração do costuma ligava-se à prudência do juiz, quando o costume era igual a lei ou tornava-se direito. Este partido, diz Savigny, foi o sazonal.
>
> 3º requisito: os atos que servem de base para constituírem o estabelecimento do direito costumeiro devem ser constantes, uniformes: Lei 3ª. Cod. L. 13 T5.
>
> 4º requisito: A convicção popular, base do costume, que não seja o resultado de um erro averiguado, porque o erro não constitui consciência jurídica de um indivíduo nem de uma nação. É esta a doutrina do Direito Romano.
>
> A Lei de 18 de Agosto de 1769, conhecida pela lei da Boa Razão, estabeleceu que

> o costume deve reunir três requisitos: 1º ser o costume conforme a boa razão, que constitui o espírito comum das leis pátrias; 2º não ser contrário às leis; 3º que seja (…) de 100 anos. Sobre a explicação destes requisitos exigidos pela lei de 18 de Agosto de 1769, nós encontramos o seu desenvolvimento na obra do Dr. Ribas vol. 1º: não entraremos no desenvolvimento dos mesmos, porque não tem relação com a matéria de que nos ocupamos; é preciso apenas os compreendermos; nem também desenvolveremos a divisão do costume, nem os seus requisitos perante o direito comercial. Todas essas noções foram perfeitamente elucidadas pelo Ilustrado Lente;

A respeito da diferenciação que foi estabelecida entre doutrina e os costumes, Pinheiro de Andrade destaca que o costume necessita da observação por longo tempo da prática uniforme para que seja considerado como fonte do direito. O mesmo, ressalta Pinheiro de Andrade (1878:473), não se exige em relação ao direito científico, no que se baseia para concluir que o direito científico não é uma forma de expressão do direito costumeiro.

> Demais, as características exigidas para a existência do direito costumeiro não são as mesmas requeridas para a existência do direito científico. O costume, o fato material dos hábitos de um povo, não se converte em direito, o mos – como o chamavam os romanos – não se transforma em – consuetudo – senão depois de uma prática constante e uniforme, senão depois de uma observância geral e comum. Ora, para que o direito científico seja tido como tal, não são necessárias tais condições, que relativamente ao direito costumeiro são imprescindíveis, ele existe independentemente destas circunstâncias e condições realizadas no tempo; portanto, desde que ainda assim se distinguem, claro se torna que não pode o direito científico ser considerado como uma forma de direito costumeiro.

O papel dos jurisconsultos muda conforme muda também a sociedade. A Lei da Boa Razão, tratando das fontes do Direito que seriam admitidas no foro e que poderiam ser usadas como razão de decidir pelos juízes, tratou também dos critérios de reconhecimento do costume. Os requisitos autorizadores do costume, além de estarem presentes na obra de Savigny e explicados pelo lente catedrático, são também obra da obra do Conselheiro Ribas, como expressamente mencionado na dissertação de Toledo Malta, apenas como uma referência, uma vez que se trata do direito consuetudinário popular, em oposição ao científico, e também escusa-se de entrar em detalhes a respeito do regramento que se aplica ao costume do ponto de vista do Direito Comercial. Quando se trata de uma mudança de função de uma determinada classe, tal como os Jurisconsultos, percebe-se a análise permeada pela inspiração da Biologia. Percebe-se o extensivo uso do jargão em expressões como “evoluções sociais” ou “marcha natural dos acontecimentos”, de modo a colocar as sociedades em uma escala marcada pelo decurso do tempo, em que as sociedades mais recentes estariam em um grau de desenvolvimento maior. O argumento que se repete é

a presença do costume na consciência dos povos, mas que, com o aumento de complexidade nas relações sociais, o acesso à materialização do costume deixa de ser acessível a todos os componentes da sociedade. A função dos Jurisconsultos, então, seria estudar o direito popular para que sua atividade científica possa esclarecer quais as verdadeiras ideias do povo que analisam, conforme destaca Toledo Malta (1878:79).

> Nos diversos períodos de evoluções sociais, deparamos sempre na marcha natural dos acontecimentos, e no crescente desenvolvimento, progresso e civilização das sociedades, a divisão do trabalho e do conhecimento. A sociedade em unidade não tem forças senão partilhando entre os membros que a compõem, encargos, missões, que dividem a atividade de cada homem ou grupo de homens para um fim especial. Transpondo os princípios estabelecidos quanto ao direito costumeiro popular, reconhecemos que é assim que, do princípio, ele vive na consciência do povo. Mas, novas relações sociais surgem e (…) vida real; o direito popular sob este aspecto toma o desenvolvimento, o seu conhecimento cessa de ser acessível a todos os membros de uma nação.
>
> O direito popular é então estudado e abraçado por uma classe especial, que no domínio do direito representa e simboliza as ideias, as crenças do povo de que esta classe também é um dos elementos. É a classe dos Jurisconsultos. Estes trabalhos e obras de inteligência desenvolvidos pelos Jurisconsultos, e também pelos Magistrados que consideramos como Juristas, pouco a pouco estes trabalhos científicos vão tomando um caráter mais nobre: as doutrinas dos Jurisconsultos refletem as verdadeiras ideias do povo; não em absoluto precisamos distinguir, porque uma classe de indivíduos que se dedicam às ciências não tem o privilégio da infalibilidade, como bem nota Savigny.

A respeito do ensino do Direito Natural, Visconde de Cachoeira[13] prescrevia nos primeiros estatutos para as faculdades de direito que deveria ser ensinado logo no primeiro ano do curso, destacando os autores que deveriam ser adotados enquanto não fosse criado um compêndio específico para uso na academia de direito.

> 2º No primeiro ano jurídico haverá duas cadeiras, uma em que se ensine natural e público universal, e outra das institutas do direito romano.
>
> 3º Como o direito natural, ou da razão, e a fonte de todo o direito, porque na razão apurada, e preparada por boa e luminosa logica, se vão achar os princípios gerais e universais para regularem todos os direitos, deveres, e convenções do homem, é este estudo primordial o em que mais devem de ser instruídos os que se destinam ao estudo da jurisprudência. Por este motivo o Professor desta cadeira, dando as noções gerais do que se entende por direito natural, ou da razão, tratará de gerais das leis, cujo complexo forma este código da natureza: dará no princípio um resumo da sua história, e da inteligência que dele tiveram os antigos e modernos, e a verdadeira, e genuína que deve ter, afastado os erros dos que com confusão escreveram; e fazendo um resumo histórico das compilações de Grocio, Puffendorfio, Wolfio, e Thomassio, que apanharam do direito romano muitas regras, que a filosofia dos jurisconsultos tinha sugerido como leis da razão, observará que convém considerar todas as relações dos homens, não em abstrato,

[13] BRASIL. Lei de 11 de Agosto de 1827. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1827. Parte Primeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878

> nem como entes separados, e dispersos, mas como cidadãos que já vivem em sociedade.
>
> 4º Extremará com séria critico, e cuidado o direito natural do público, e das gentes, para não haver confusão nas regras que tiver de ensinar, limitando-se o direito natural ao regulamento dos direitos e obrigações dos homens entre si, e o público às relações sociais, e aos deveres da massa geral da nação para com o soberano, e deste para com ela.
>
> 5º Servir-se-á para este ensino, enquanto não fizer um compêndio metódico, claro e apropriado aos conhecimentos do século, do direito natural de fortuna, ajuntando-se para as suas explicações dos princípios luminosos de Heinecio, Felice, Burlamaqui, Wolfio e Cardoso, no projeto para o código civil, não sendo todavia escravos das idas destes autores, mas escolhendo só deles, e dos mais que modernamente tem escrito sobre o mesmo objeto, o que puder servir para dar aos seus ouvintes luzes exatas, e regras ajustadas, e conformes aos princípios da razão, e justiça universal, e aos direitos, e deveres dos cidadãos, por maneira que os ouvintes fiquem convencidos de que 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.
>
> 6º Será mui breve e claro nas suas exposições. Não ostentará erudição por vaidade, mas aproveitando o tempo com lições uteis, trará só de doutrina o que for necessário para perfeita inteligência das matérias, que ensinar, e trabalhará quanto lhe for possível por terminar no mesmo ano ouvir todas as lições de direito público.

A missão dos Jurisconsultos, como coloca Pinheiro de Andrade (1878:475), é de criar normas de direito, especialmente para dar coesão ao ordenamento jurídico com o propósito específico de harmonizar as relações sociais:

> Apoiados no incontestável princípio da divisão do trabalho, da divisão dos conhecimentos, da divisão das aptidões, das indagações variadas da humanidade, fatos estes que trazem, após si, como consequência inevitável, a formação de diversas classes, representando, cada um, necessidades inerentes ao seu fim, diversos grupos como que encarregados de missões especiais, a que intimamente se prendem os deveres de seu cargo convencidos de que esta diversidade de profissões, acorde com a marcha natural do progresso humano, é o produto de palpitantes necessidades sociais, numerosas e variadas, partimos destas generalidades para o ramo especial do direito, cujo estudo e conhecimento ficam a cargo de uma fração social que a isto voluntariamente se dedica. Firmado na autoridade da ciência, cuja influência sobre o direito é tão inevitável quanto poderosa e eficaz, tão necessária quanto (…) e imperiosa, entendemos que o direito científico é por si, dignamente autorizado a criar normas de direito.
>
> Reconhecido que a missão elevada da ciência consiste em esclarecer todos os pontos de uma verdade jurídica, prender o sistema inteiro do direito a uma ideia harmonizadora das relações sociais, submeter a regras todas as relações jurídicas em sua conexão sistemática, claro é que com um tal trabalho se tornam conhecidos e esclarecem certos princípios que escapam à espontânea convicção da consciência popular e às rigorosas determinações legislativas, encarnando-se nas deduções científicas que estão a cargo dos jurisconsultos.

Em um paralelo com o prestígio e autoridade que gozavam os jurisconsultos na Roma Antiga, o Conselheiro Ribas apresenta a situação dos jurisconsultos

no Reino de Portugal. Coloca como figura principal no movimento de fortalecimento da doutrina com especial destaque para a Escola dos Glosadores, João das regras, jurisconsulto português que se notabilizou pela defesa da causa de D. João I de Portugal após a morte de D. Fernando I. Menciona o estado de descontrole da prática forense em que as opiniões das obras dos Glosadores podiam ser invocadas e encontravam aceitação e efetividade contra disposições expressas de direito português. Foi justamente para coibir esse tipo de abuso que foi motivada a reforma encampada pelo Marquês de Pombal, na qual está incluída a publicação da Lei da Boa Razão. Ressalta o Conselheiro Ribas, contudo, que mesmo com a proibição de que fossem alegadas em juízo e que fossem observadas na prática as Glosas de Acursio e os Comentários de Bártolo, não tinha a Lei da Boa Razão a força para revogar o quanto disposto nas Ordenações Filipinas a respeito do caráter subsidiário do Direito Romano e do Direito Canônico, bem como da opinião comum dos doutores. Nesse sentido, restou apenas ao governo, em face da disposição expressa das Ordenações Filipinas, bem como reconhecendo a incompletude do ordenamento para prover resposta a todas as demandas que chegavam ao foro, regular como se faria o uso dos trabalhos doutrinários no cotidiano forense. Pelo Alvará de 28 de agosto de 1779, confirmou-se o banimento de todos os trabalhos das Escolas dos Glosadores e dos Comentadores, estabelecendo preferência pelo *Mos Gallicus*.

> Também em Portugal sempre gozaram os jurisconsultos de grande autoridade. Desde o tempo do ilustre João das Regras, a escola dos Glosadores imperou no foro português (10); a sua influência até chegou ao excesso de prevalecer contra as disposições claras do direito pátrio. Volo pro me potiùs glossatores quam textum (raph. Fulgosio). Para corrigir estes abusos a Lei de 18 de Agosto de 1769, § 13, mandou que as glosas e opiniões de Acursio, Bartholo e dos outros doutores da sua escola não pudessem ser alegadas em juízo, nem seguidas na prática dos julgadores. Não foi, porém, nem podia ser derrogada a disposição da Ordenação Filipina L. 3º, Tit. 64, § 1, que na falta das leis pátrias, estilo ou [155] costume, e do direito romano e canônico, manda seguir a opinião comum dos doutores. Na fase de elaboração em que se achava, e em que ainda se conserva o direito pátrio, não fora impossível querer-se, à semelhança de Justiniano, impedir-lhe o desenvolvimento, excluindo absolutamente a influência dos jurisconsultos; o mesmo Alvará de 28 de Agosto de 1779, liv. 2º, tit. 3º, cap. 1, proscrevendo a escola de Irnerio, Acursio e Bartholo, manda preferir-se no entanto a que Alciato fundou no começo do século XVI, e a que Cujas deu o seu nome. (RIBAS, 2003:154).

No mesmo sentido, Toledo Malta (1878:85):

> A ciência desenvolve-se; tem a sua teoria nas doutrinas expostas pelos livros e transmissões orais; tem a sua prática nas decisões dos tribunais. Assim diz Savigny, os Jurisconsultos exercem sobre o Direito uma dupla ação: uma, criadora e direta, pois, simbolizando toda ou quase toda (digo) a atividade intelectual da nação, eles

> continuam o direito como seus representantes; outra, puramente científica, porquanto eles se apoderam do direito, qualquer que seja a sua [85] origem, para recompô-lo e traduzi-lo sob uma forma lógica. Vemos à primeira vista que esta reação da ciência sobre o direito tem utilidade e importância, porém ela também contém seus perigos. Os Jurisconsultos romanos firmaram muitas máximas e axiomas jurídicos que conservaram por muito tempo sua autoridade. Assim, estes Jurisconsultos e Justiniano nos advertem que não devemos ligar grande força a estes aforismos, porque isto fora feito como uma tentativa para resumir o Direito. D. L. 50 Tit. 17 fr. 202: (…) D. L. 50 Tit. 17 fr. 1º: também consigna um texto que serviu de confirmação ao que estabelecemos.
>
> Se examinarmos a classe dos Jurisconsultos em referência à legislação também reconheceremos a influência que sobre esta eles exercem. Ao princípio, os Jurisconsultos são elaboradores do direito popular em uma forma lógica, científica e racional; depois, os seus conhecimentos especiais estendem-se e influem sobre a legislação.

Uma vez que a questão proposta para a dissertação tem como tema a atividade dos Jurisconsultos e as fontes do Direito, natural seria pensar que a discussão estaria estruturada em torno da admissibilidade do direito científico no uso forense e como razão de decidir pelos juízes. Percebe-se, contudo, que a questão levantada pela ação dos Jurisconsultos é muito mais ampla do que simplesmente a possibilidade de alegações forenses ou a sua aplicação pelos juízes para decidir casos concretos. As dissertações discutem a atuação dos Jurisconsultos de maneira muito mais ampla, não apenas a partir do ponto de vista do resultado final de sua atividade, mas também de qual seria o objeto da atividade científica no direito e, especialmente, como pode influenciar e complementar as outras fontes do Direito que tem sua aceitação reconhecida. A doutrina, conforme esclarece o Conselheiro Ribas não tem poder de tirar do juiz a sua independência para analisar o caso concreto e decidir conforme as provas e argumentos deduzidos pelas partes. Ressalta o Conselheiro Ribas que a opinião comum dos Jurisconsultos tem lugar somente nas situações em que se verifica a ausência de expressa disposição legislativa. Sendo que a referida opinião é um "órgão do direito consuetudinário nacional", da mesma forma que a opinião dos jurisconsultos estrangeiros serve ao mesmo papel no direito consuetudinário das nações modernas, em expressa referência ao quanto disposto na Lei da Boa Razão, destacando que tal opinião dos Jurisconsultos refere-se à aplicação dos textos de Direito Romano no uso forense.

> Na ausência de disposição legislativa tem, pois, lugar a opinião comum dos jurisconsultos pátrios, como órgão do direito consuetudinário nacional, e a dos jurisconsultos estrangeiros, com órgãos do das nações modernas (*usus hodiernus*) relativamente à exequibilidade dos textos do direito romano. A sua autoridade, porém, não é tal que tira a liberdade de exame e independência do juízo individual. Nem todos os advogados e juízes estão habilitados para profundarem por si mesmos as questões de modo a poderem formular conscienciosamente uma

> opinião própria; devem, pois, recorrer a esta fonte subsidiária, não tanto para sua comodidade, como para maior segurança dos direitos das partes; aqueles, porém, que possuindo as necessárias habilitações, chegarem a convencer-se do erro dessas opiniões, ainda quando unânime sejam, não são obrigados a cingirem-se a elas. Com efeito, esta unanimidade não importa a infalibilidade, como a história do direito com muitos exemplos o mostra; posteriores e mais profundas indagações podem sempre modificar a ciência, e gerar novas doutrinas, a que neste caso devem ceder as antigas (11). Entretanto, quando depois de prolongadas discussões as opiniões chegam a se uniformizarem, pode considerar-se este resultado como a maior probabilidade em favor da doutrina vencedora. Na ausência, porém, aliás muito frequente, desta uniformidade, qual é o característico por onde se poderá conhecer a opinião que deve ser preferida? (RIBAS, 2003:155).

Apesar de abordar os temas comuns a todas as dissertações, o trabalho apresentado por Monteiro Peixoto destaca-se pela concisão da argumentação. Superadas as explicações a respeito do desenvolvimento da atividade dos Jurisconsultos na Roma Antiga, bem como os mecanismos de formação do direito costumeiro, destacando também a sua formação com base no que se encontra inscrito na consciência de todos os povos, passa a responder à questão proposta para discussão. A solução encontra-se alinhada com os ensinamentos do Conselheiro Ribas a respeito das circunstâncias autorizadoras do uso da produção dos Jurisconsultos em alegações forenses e como razão de decidir para os juízes, devendo-se sempre observar os princípios gerais de direito como guia para evitar a ocorrência de arbitrariedade. Destaca o que está expressamente consignado na obra do Conselheiro Ribas que, em se tratando da aplicação da produção dos Jurisconsultos, deve-se antes atentar para o peso das autoridades relacionadas e não à sua quantidade, uma vez que não se poderia de qualquer forma sancionar o injusto ou o arbitrário mesmo se passando pela chancela da maioria. O direito costumeiro científico não abrange apenas a produção dos Jurisconsultos, mas também as decisões judiciais, que contribuem para a sua formação, devendo ser lembrado, contudo, que as decisões vinculam apenas as partes litigantes. A resposta para a questão proposta envolve uma determinada concepção a respeito de qual a função do Jurisconsulto na sociedade e qual deve ser o seu objeto de estudo, uma vez que, tratando do aumento de complexidade das relações sociais, não se torna mais possível que o povo diretamente, reportando-se ao inconsciente jurídico, formule todas as regras. A função do Jurisconsulto é informativa de fontes de produção do Direito, uma vez que sua produção deve ser no sentido de desvendar o instinto jurídico da nação, permitindo que os ideais e princípios que se encontram inscritos nesse inconsciente possam adquirir uma existência concreta. Essa explicação a respeito da função dos Jurisconsultos fica implícita na dissertação de Monteiro Peixoto (1878:121), que passa da apresentação do quadro de aumento da complexidade na sociedade para, reportando-se ao regramento da atividade dos

Jurisconsultos na Roma Antiga, responder que, depois de Modestino, o direito científico é apenas uma forma particular de expressão do direito consuetudinário.

> Pelo rápido esboço histórico que acabamos de fazer vê-se que a consequência não pode ser outra senão a seguinte: Havendo falta ou omissão na legislação a opinião dos jurisconsultos, a sua autoridade, são ouvidas, mas não de um modo arbitrário, mas de acordo com os princípios gerais do direito. E compreende-se que assim o seja. Porque não se pode erguer o arbitrário em justiça, e nem tão pouco prevalecer a opinião, mesmo da maioria, quando esta coloca-se ao lado do injusto e da sem-razão.
>
> Assim, como ainda fiz o Senhor Conselheiro Ribas, a regra é "que se deve atender ao peso, e não ao número das autoridades". Vem a propósito lembrar o que diz Guerreiro: a uniformidade das decisões judiciárias, uma das manifestações do direito científico e condição indispensável para a sua formação; porém isto deve ser entendido de harmonia com o Direito romano, isto é, estas decisões obrigam somente as partes litigantes. Assim, da consequência que tiramos, e considerando o desenvolvimento e o progresso do direito, vê-se claramente que o povo não pode determinar, discriminar, e formular as regras, como no princípio, pois que caminhando a humanidade multiplicaram-se as relações, tudo cresceu, subiu; e os detalhes feitos por ele tornam-se impossíveis. E, pois, em face do histórico do direito científico, da noção de direito costumeiro podemos afirmar, sem atentado contra a ciência, que depois de Modestino, ele direito científico tornou-se uma forma particular do direito consuetudinário.
>
> Apesar de que o direito científico seja uma forma particular de direito consuetudinário, entretanto não é fonte de normas jurídicas. Porque o direito consuetudinário a manifestação de todo um povo, e a expressão constante, invariável e uniforme sancionando sempre de um mesmo modo um mesmo fato.
>
> E o direito científico colige-se, forma-se de individualidades intelectuais distintas, mesmo opostas, divergindo muitas vezes, num mesmo assunto, na mesma questão. No direito popular realiza-se a espontaneidade com que o povo aceita e traduz o seu pensamento expressando-se como a sua consciência dita-o. Cá, apresentam-se as dúvidas, porque a ciência não pode ser formada ex-abrupto, sem estudo ou reflexão. Entretanto com o caráter que assinalamos ao direito científico não lhe tiramos toda a sua importância e na vasta tela da ciência jurídica seu campo é enorme, para quando fixar os princípios que forem incontestáveis e evidentes, quando um poder competente os tenha erigido em lei, então pode ser considerado como fonte de normas jurídicas. Concluindo, pedimos a benevolência da Ilustrada Cadeira para o nosso trabalho porque dependendo a tese de um longo estudo, só inteligências mais desenvolvidas melhor o fariam. Nós, invocando a benevolência do ilustrado mestre, o fazemos, porque temos consciência que embora estudando, o nosso cabedal intelectual é muito diminuto.

Ainda, o Conselheiro Ribas (2003:161) destaca o tratamento da questão em ordens jurídicas estrangeiras, tomando como exemplo o código prussiano que, à semelhança de Justiniano, pretendeu constituir-se de fonte completa e exclusiva.

> Lembramos, finalmente, que o código formulado por Coceji para a Prússia, quis, à semelhança do de Justiniano constituir-se fonte exclusiva do direito, e aboliu todo o direito comum anterior, inclusive o consuetudinário, mandando, porém, que se coligassem dentro de dois anos os costumes, para, com as leis provinciais,

formarem códigos provinciais, não podendo os que fossem excluídos destas coleções servir senão como complemento do código no pequeno número de casos, em que se faz remissão a eles.

Quanto ao direito científico, determinou este código – que na decisão dos processos não se desse atenção às opiniões dos jurisconsultos, nem aos julgamentos anteriores dos tribunais. O código austríaco aboliu os costumes, salvo nos casos em que a lei se lhes refere expressamente, e declarou que as decisões judiciárias não têm força de Lei, e só produzem efeito entre as partes e para os casos em que foram proferidas.

Na França, pela Lei datada de 21 de Março de 1804, aboliu-se desde o dia em que o Código Civil entrasse em execução, os costumes gerais e locais, o que, porém, não significa – todo o direito consuetudinário, mas sim somente o direito particular a uma província ou localidade (21). Não se pense, entretanto, que legislador prussiano quisesse impedir para o futuro a formação de novo direito

5. Conclusão

As dissertações de Direito Civil apresentadas como requisito parcial de avaliação no âmbito da Faculdade de Direito de São Paulo fornecem elementos para uma nova análise não apenas do ensino jurídico no Império, mas também do processo de desenvolvimento da cultura jurídica no Brasil. As obras publicadas a respeito do ambiente e cotidiano dos cursos jurídicos abordaram diversos aspectos, desde a formação dos professores até as atividades extracurriculares desenvolvidas pelos alunos. Dos dados levantados, foram apresentadas variadas conclusões, muitas delas no sentido de identificar os cursos jurídicos como um ambiente de displicência acadêmica no qual os alunos estavam mais interessados em atividades paralelas como forma de introdução a carreiras que desenvolveriam após a formatura, tais com jornalismo e política.

Por esse tipo de relato, bem como pelos debates parlamentares a respeito da criação dos cursos jurídicos no Brasil, uma vertente de análise concluiu que a orientação pragmática do estudo impediu o desenvolvimento da cultura jurídica. São citadas também as atividades desenvolvidas pelos lentes catedráticos, que, tendo ocupado diversos cargos na política nacional, passavam boa parte do ano licenciados e, desenvolvendo documentos e relatórios governamentais, apresentavam uma produção bibliográfica que acaba sendo caracterizada como inexpressiva. Também, uma corrente de análise se desenvolveu para identificar que, na verdade, o centro formador da cultura jurídica no Brasil não estava no ambiente acadêmico, mas, na verdade, no Conselho de Estado. Desta forma, as acentuadas críticas que são dirigidas ao ensino jurídico no Império, mesmo se procedentes, não teriam um maior impacto no desenvolvimento da cultura jurídica.

O presente trabalho analisa uma fonte que não foi considerada pelos trabalhos anteriores a respeito do desenvolvimento da cultura jurídica no Brasil. Mesmo nas obras a respeito dos mais renomados doutrinadores do Império, tais como Teixeira de Freitas e Lafayette, a ênfase está na produção bibliográfica específica após a graduação e doutoramento, deixando-se de lado eventual carreira docente e produção durante a graduação. A análise das dissertações fornece importantes elementos para a análise do ensino jurídico, uma vez que, na medida em se trata de elemento de produção

obrigatória, fornece um espaço amostral mais amplo e com alto grau de controle. O tema da dissertação sendo previamente definido pelo docente fornece um elemento para mais uniformidades das informações colhidas, com menos espaço para manifestação de preferências pessoais, pelo menos, no que diz respeito a escolha do tema. Ainda, o cotejo entre as dissertações analisadas permite identificar os elementos que foram transmitidos em sala de aula e aquilo que é a contribuição pessoal de cada um dos estudantes para a construção do raciocínio jurídico.

Em seu já mencionado texto tratando de Cultura Jurídica e Codificação no Brasil, Ricardo Marcelo Fonseca aponta quais seriam os fatores que levaram a que o Brasil aprovasse seu Código Civil muito depois de todos os outros países da América Latina. Ainda, como o próprio texto das dissertações analisadas revela, da forma como descrita por Samuel Rodrigues Barbosa, algumas obras de doutrina, tais como as Ordenações Filipinas na edição de Cândido Mendes, e a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, assumiram o lugar do Código no direito brasileiro. A Consolidação de Teixeira de Freitas é expressamente citada em algumas das dissertações analisadas, ressaltando esse aspecto dúplice de doutrina e legislação. Ao mesmo tempo em que é citada ao lado de outras formas de direito oficial, tal como o próprio texto das Ordenações Filipinas ou Alvarás e Decretos, são mencionadas, ainda, a reputação de Teixeira de Freitas como sendo um argumento de autoridade, e as notas explicativas ao próprio texto da Consolidação das Leis Civis. Ainda, Ricardo Marcelo Fonseca (2004:69) desataca que as diferenças em relação ao resto da América Latina fazem o Brasil afastar-se também do modelo francês de codificação, que é considerado paradigmático no estudo da elaboração e implementação de códigos.

> Uma vez descritas, ainda que muito brevemente, as vicissitudes da legislação privada brasileira desde fins do século XVIII até o século XIX, convém identificar e sistematizar alguns dos fatores que explicam as razões pelas quais o Brasil, afinal, ao contrário de praticamente todas as demais nações latino-americanas (e também da Europa continental), acabou por adotar tão tardiamente a codificação de sua legislação civil, bem como, ao fazê-lo, distanciou-se um pouco (ao contrário de seus vizinhos latino-americanos) do paradigmático modelo da codificação francesa.

As dissertações analisadas mostram um uso ostensivo de doutrina nacional e estrangeira a respeito dos mais variados assuntos. Também, o papel da doutrina foi extensamente discutido nas dissertações na medida em que um dos temas foi para situar o direito científico entre as fontes do direito, como sendo uma fonte autônoma, ou apenas

uma manifestação do direito costumeiro. Diversas dissertações destacaram o panorama histórico de mudança de tratamento da doutrina entre as fontes do direito, sendo por diversas vezes mencionada a experiência da Roma Antiga em que a influência dos Jurisconsultos foi se desenvolvendo de tal forma que conquistaram a autoridade de responder a consultas com força vinculante em nome do Imperador. Da Roma Antiga, tem-se um salto até o século XVIII no que se refere ao tratamento da doutrina, em que, com o desenvolvimento da escola dos Glosadores e dos Comentadores, a doutrina não passa apenas a ter força de lei, mas passa a prevalecer contra disposições expressas de lei, um dos fatores que motiva a reforma do Marquês de Pombal, que culmina com a edição da chamada Lei da Boa Razão e a proibição do uso dos trabalhos dos Glosadores e Comentadores. Se, por um lado, como destaca José Murilo de Carvalho, após a morte do rei D. José I

> Um segundo fator importante foi o fato de que a incipiente cultura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido infensa a influências francesas, sofreu muito mais o impacto da cultura alemã. Esse fato não deixa de ser até certo ponto curioso, uma vez que em outros âmbitos culturais que não o jurídico (inclusive o filosófico), a influência francesa – e sobretudo do positivismo de Comte – mostrou-se predominante no Brasil. De fato, a assim chamada "Escola do Recife", como é conhecido esse movimento da cultura jurídica capitaneado por Tobias Barreto (e que contou com nomes como o de Sílvio Romero e Clóvis Beviláqua – o autor do projeto do código de 1916), tinha franca orientação cultural alemã. Além disso, não é desprezível o fato de que Teixeira de Freitas, cuja 'Consolidação das Leis Civis', como vimos, tornou-se a referência de consulta da comunidade jurídica brasileira, tenha uma forte influência da cultura jurídica alemã. Como esclarece Miguel Reale, embora se note um certo ecletismo em Teixeira de Freitas (onde o elemento inovador não pode ser desprezado), havia em seus escritos um casamento, embora sem um explícito tratamento filosófico unitário, de elementos da Escola Histórica e do direito natural. Apesar de certamente os autores franceses e de relevantes conceitos da Escola da Exegese não lhe serem desconhecidos, é à ciência jurídica alemã (que ele aduz ter "alcançado os mais brilhantes triunfos") e de modo particular a Savigny (por ele chamado de "profundo" e "sábio"). (FONSECA, 2004:70)

As dissertações analisadas, especialmente no que se refere ao tema da escravidão e toda a legislação associada ao tema da Abolição, contribuem para a construção do entendimento que se verificava entre o discurso e a prática do liberalismo no Brasil. Conforme mencionado por Emília Viotti da Costa, as reformas ecoavam os princípios liberais que nortearam as revoluções burguesas na Europa. Tais reformas levariam não apenas à abolição da escravatura, que já era uma paute defendida inclusive por falta de viabilidade econômica da mão de obra escrava, mas também à construção de um sistema jurídico harmônico e coerente. O que se percebe, contudo, pela análise do texto das dissertações é que o movimento codificador, e a produção legislativa brasileira de um modo geral, tiveram um desenvolvimento tímido no Brasil, conforme já era no próprio século XIX

ressaltado pelo Conselheiro Lafayette.

> Um quarto fator que certamente contribuiu para a ausência da codificação no Brasil no século XIX já foi citado no item precedente: a contraposição das elites agrárias brasileiras à ideia de um sistema jurídico coerente, harmônico e plenamente inspirado nos ideais liberais que nortearam as revoluções burguesas. Um código certamente não era algo adequado à conformação dos interesses econômicos das arcaicas elites econômicas e sociais do império brasileiro. Apesar de formalmente ser o Brasil uma monarquia constitucional, o liberalismo recebido no Brasil, como já mencionado, sofreu especiais "adaptações" para servir de estofo a uma estrutura sócio-política autoritária e escravista, de modo que os princípios contidos na Carta Constitucional de 1824 podiam conviver de modo mais ou menos harmônico com a desigual sociedade imperial brasileira. É conhecida a afirmação de Sérgio Buarque de Holanda que, nos anos 30, ao tentar decifrar a democracia brasileira num dos textos mais representativos da interpretação sociológica produzidos no país, vai dizer que "a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semi-feudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas". Nesse contexto, a promulgação de um código civil – com princípios definidos e coerentes e com pretensões de completude e certeza – certamente não era algo que contribuiria para ajudar na insidiosa forma com que os princípios liberais vigentes no Brasil eram conformados às atrasadas estruturas sociais brasileiras. De modo especial, como já vimos, havia a rejeição das elites à ideia de uma "unificação do direito privado", que era ínsita ao projeto de codificação de Teixeira de Freitas, bem como ao modo problemático (do ponto de vista da aristocracia rural) como a questão da escravidão – que era crucial em toda a discussão política da segunda metade do século XIX – era abordada pelo jurista. (FONSECA, 2004:71).

O retrato que se constrói do ensino jurídico no Império a partir das dissertações analisadas contém elementos que foram citados por Ricardo Marcelo Fonseca, acima mencionados, para explicar a falta de desenvolvimento do movimento codificador no Brasil, bem como as contradições que existiam entre o discurso e a prática do liberalismo que é citada por Emília Viotti da Costa para explicar, entre outros, o processo na Crise do império que culminou com a Proclamação da República. Discutir a codificação faz parte do tema das fontes do Direito, que é tratado nas dissertações de maneira mais ou menos explícita conforme o tema que é colocado para análise. No tema da Lei do Ventre Livre, tem-se como tema central a interpretação de dispositivos de um diploma legal, considerando-se a articulação com princípios de direito que são necessários para chegar a uma resposta. A questão da prova dos casamentos por meio de certidão trata da relação entre ordens jurídicas diferentes, mostrando as relações que se verificavam entre o direito civil pátrio e o direito canônico. Chama a atenção em especial porque, desde a reforma do Marquês de Pombal com a edição da Lei da Boa Razão, um dos objetivos é o fortalecimento do direito interno e o uso do direito canônico como fonte subsidiária. Contudo, as dissertações revelam direito canônico em plena vigência no Brasil da década de 1870, mesmo após a edição de uma

legislação pátria tratando da mesma matéria, um sistema de registros públicos. A resposta que dão os estudantes também parece destoar dos propósitos das reformas de fortalecimento do direito interno na medida em que não apenas colocam como estando em vigor o direito canônico, mas também que isso se dá por força de um decreto do Brasil independente confirmando a validade das normas emitidas pela Igreja Católica, e que uma legislação local do Brasil não teria o poder de tirar a validade das certidões extraídas dos livros eclesiásticos.

As dissertações também permitem um maior entendimento sobre a vida privada do brasileiro no Império na medida em que tratam do direito que o filho tem de pedir alimentos contra o pai, e dos poderes de que dispõe a esposa para administrar os bens do casal em circunstâncias determinadas. Assim, rompe com uma imagem de poder absoluto do chefe da família as respostas dos estudantes de que o filho não perde o direito a pleitear alimentos se casa-se sem o consentimento do pai, ou, ainda, que a mulher deve ser preferida para a administração dos bens do casal nos casos em que o marido encontra-se ausente ou impedido.

6. Bibliografia

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Auxiliar jurídico**: apêndice às ordenações filipinas [por Candido Mendes de Almeida]. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d´El-Rey D. Philippe** [Candido Mendes]. Rio De Janeiro: Typografia do Instituto Philomatico, 1870.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de theoria e pratica do processo civil comparado com o comercial para uso das Faculdades de Direito do império**. Pernambuco: Livr. Acadêmica de J.W. de Medeiros: Livr. Ind. de Walfredo e Souza, 1872.

ASCHERI, Mario. **Giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna (secoli XI-XVII)**. Keip: Stockstadt, 2009.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. **Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do Direito Civil brasileiro pré-codificação** in História do Direito em Perspectiva. Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Cerqueira Leite Seelaender (orgs.). Curitiba: Juruá, 2011.

BARMAN, Roderick J. e BARMAN, J. **The Role of the Law Graduate in the Political Imperial Brazil**. Journal of Interamerican Studies, v.18, n.4. 1976.

BARRETO, Plinio. **A cultura jurídica no Brasil, 1822-1922**. São Paulo: Bibliotheca d'O Estado de S. Paulo, 1922.

BASTOS, Aurélio Wander Chaves. **Ensino Jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BATISTA, Francisco de Paula. **Compêndio de theoria e prática do processo civil comparado com o commercial e de hermenêutica jurídica**. Rio de Janeiro: Paris Garnier, 1910?.

BROTERO, José Maria de Avelar. **A filosofia do direito constitucional por José Maria de Avellar Brotero (Conselheiro Brotero)**. Introdução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPOS NETO, Antônio Augusto Machado. "As cadeiras extintas da Academia de Direito de São Paulo" in **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 108, p. 93-115, jan./dez. 2013.

CARVALHO, José Murilo (organizador). **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. São Paulo: Editora 34, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

COELHO, Edmundo Campos. **As profissões imperiais**: medicina, engenharia e advocacia no Rio de Janeiro, 1822-1930. Rio de Janeiro: Record, 1999.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. São Paulo: Ed. da UNESP, 2010.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2012.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Congregação da faculdade de direito na centúria de 1827 a 1927**. São Paulo: Siqueira, 1928.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A Cultura Jurídica Brasileira e a Questão Da Codificação Civil no Século XIX**. In: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n.º 33/34, 2004/2005, p.963/983.

FREIRE, Pascoal Jose de Melo. **Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1842-1843**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845.

FREIRE, Pascoal Jose de Melo. **Curso de direito civil portuguez**, ou, commentario as instituições do Sr. Paschoal Jose de Mello Freire sobre o mesmo direito. Coimbra, Orcel 19-?.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil esboço**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1952.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Brasília Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **O Bacharel de Direito no século XIX: herói ou anti-herói?** Luso-Brazilian Review, v.34, n.1. 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a Lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Editora 34, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos. O Conselho De Estado No Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de direito civil brasileiro**. Prefácio de Paulo Távora. Brasília Senado Federal, Conselho editorial do Superior Tribunal de Justiça, 2004.

MARQUES, Mário Reis. **Ciência e Ação: o poder simbólico do discurso jurídico universitário no Período do Ius Commune**. Penélope: fazer e desfazer a História, v.6. 1991. p.63-72.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas**: o jurisconsulto do Império. Rio de Janeiro-Brasília:

Livraria José Olympio-Instituto Nacional do Livro, 1979.

NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. **A academia de São Paulo - tradições e reminiscências: estudantes, estudantões, estudantadas**. Edição comemorativa do sesquicentenário dos cursos jurídicos no Brasil. Notas e acréscimos de Carlos Penteado de Rezende. São Paulo: Saraiva, 1977.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Prefácio de Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília Senado Federal, Conselho Editorial 2003.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **O Direito Civil nas Academias Jurídicas do Império.** 2008. 602 folhas. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

SACRAMENTO BLAKE, Augusto Victorino. **Diccionario bibliographico brazileiro pelo doutor Augusto Victorino Alves Sacramento Blake**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883-1902.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português**: fontes do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gilbekian, 1991.

TELES, José Homem Correa. **Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis accommodado as leis e costumes da nação portugueza para servir de subsídio ao novo código civil**. Lisboa: Liv Clássica, 1909.

VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a história da Academia de São Paulo**. Edição comemorativa do Sesquicentenário da instauração dos cursos jurídicos no Brasil: 1827-1977; apresentação do Ministro da Educação e Cultura Ney Braga. São Paulo: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo**: 150 anos de ensino jurídico no Brasil. 2ª Edição. 2ª Reimpressão. São Paulo: Perspectiva, 2011.

WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. Cultura jurídica e julgados do Tribunal da

Relação do Rio de Janeiro: a invocação da Boa Razão e o uso da doutrina. Uma amostragem. In: SILVA, MariaB. Nizza da (org.). Cultura portuguesa na Terra de Santa Cruz. Lisboa: Editorial Estampa, 1995.

WOKMER, Antônio Carlos (organizador). **Fundamentos de história do direito**. 4ª Edição. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

WOKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4ª Edição, revista e alterada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANEXO I

Dissertação de Antônio Manoel Browne

[475] A bem da ordem começaremos a nossa dissertação mostrando como se forma o fundo da emancipação. No artigo 3, o legislador estatuiu uma providência, uma disposição que mostra não apenas o poder soberano do Brasil, a libertação geral de todos os escravos para que se libertasse decretasse imediatamente a libertação com as condições de ingenuidade para os que nascerem da data da lei, não alterou, pois, a condição dos escravos existentes; cumpria extirpar esta lepra que arruína o corpo social. Estatuiu neste artigo e em alguns outros as providências tendentes a desaparecer gradativamente a escravidão no Brasil, assim determinou: Serão [477] anualmente libertados, em cada província do Império, tantos escravos quantos corresponderem à cota anualmente disponível no fundo destinado para a emancipação. A este artigo correspondem os outros do Regulamento de 3 de novembro de 1873, onde determinou as providências práticas, acerca do modo de libertação dos escravos. Se a escravidão tem produzido vantagens, se tem mesmo servido para aumento de recursos econômicos, se estes recursos agora desaparecem, convinha que os impostos decorrentes da escravidão tivessem o destino da libertação da mesma; assim é um imposto que não poderia ter aplicação mais conforme [479] do que concorrer para a libertação dos escravos.

Assim determinou o legislador que este fundo de emancipação devia compor-se: Da tarra (?) de escravos; dos impostos gerais sobre transmissão de propriedade de escravos; do produto de seis loterias anuais isentas de impostos, e da décima parte das que forem concedidas d'ora em diante para correrem na capital do Império; das multas impostas em virtude desta lei; das quotas que sejam mareadas (?) no orçamento geral e nos provinciais e municipais; de subscrições, doações e legados com esse destino. Assim, o legislador para extinguir uma iniquidade, procurou o recurso de outras [481] instituições, os meios em que o elemento moral se acha incluído. Esta doutrina é conforme não só a ciência econômica, como a ciência moral. Assim a taxa dos escravos será aplicada para libertação dos mesmos, assim o produto das seis loterias anuais, isentas de impostos deve ser aplicado para libertação dos escravos e ainda as demais loterias que tenham destino especial se (…) deduzir a décima parte para o fim da emancipação.

Com exceção desta fonte de rendas para formar o fundo de emancipação, todas as demais rendas provêm do elemento servil, assim diz o legislador no §4 das multas impostas em [483]

virtude da lei; estas multas têm por fim o preenchimento dos deveres que a mesma lei estabelece, ora estes deveres são todos tendentes a verificação das matrículas dos escravos e a verificação do nascimento de ingênuos em consequência da disposição da lei. Estas multas abrangem todos os funcionários encarregados da matrícula e todos os proprietários e pessoas a quem incumbe fazer a matrícula; por consequente o seu fundamento principal é a existência da escravidão. Ainda determina o legislador além destes elementos (…) destinados a emancipação dos escravos; o Estado deve concorrer com uma quota, para o mesmo [485] fim, por isto diz: nos orlamentos gerais, provinciais e municipais serão assinadas quotas para o fim da emancipação. Por conseguinte, vemos que o legislador não se esqueceu de concorrer com vários elementos para que extinguisse o elemento servil. Como (…) que individual ou particularmente os cidadãos concorrerão para que se extinguisse a escravidão determinou que as subscrições que forem feitas para este fim, as doações e legados que tiverem este destino serão contemplados no fundo emancipador.

No §2 do artigo 3º o legislador em consequência das disposições já formadas em virtude de que nos orçamentos provinciais e [487] municipais se havia de (…) uma quota para o fundo emancipador. Dispõe acerca do modo como este fundo deve ser distribuído e dispõe muito razoavelmente, porque se um município devota uma quantia para a emancipação de escravos, esta quota deve ser aplicada no mesmo município, porque a renda sendo produzida no município, sendo os impostos extraídos do município, aí é que devem ter aplicação. Se uma quota foi lançada por uma assembleia provincial, esta deve ser aplicada em benefício dos escravos da província e quando é geral deve ser aplicada em todo o Império segundo os princípios de Bem Público e [489] Administrativo e dentro dos limites do justo e da equidade, dento destes limites porque o fim é fazer desaparecer paulatinamente o elemento servil, logo onde houver mais escravos a quota deve ser maior, onde o número destes for mais diminuto, a quota deve ser proporcional. Eis o modo pelo qual se forma o fundo emancipador, passamos agora a mostrar qual o fim que tem o filho da escrava depois da idade de 8 anos, para depois respondermos a nossa tese.

Pelo §1 do artg. 1 da lei 2040 de 28 de setembro de 1871se vê: os filhos menores ficarão em poder e sob autoridade dos senhores de suas mães, os quais terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade [491] de 8 anos completos, o legislador aditou mais 1 ano em relação a todos os indivíduos que o Estado fornece. Entendeu o legislador que não cumpria lançar um ônus maior sobre os senhores de escravos, cujos filhos eram livres, que depois de 8 anos não

querendo o senhor carregar com este ônus, ou não podendo cumprir que o Estado se incumbisse da educação deles. Porém como havia desvio dos serviços das mães dos escravos e todos estes desvios eram em prejuízo do senhor, cumpria que chegando os ingênuos a idade de 8 anos, o senhor que declarava que não queria conservá-lo em seu poder para auferir vantagens do serviço até a idade de 21 anos [493], devia ter uma indenização pelas despesas feitas.

Assim, o legislador determinou que depois da idade de 8 anos, o senhor poderia optar ou por uma indenização correspondente a uma apólice de 600$000 cujo juro devia ser prestado (…) do ano ou pelo serviço do menor até a idade de 21 anos. Porém, cumpria que os senhores fizessem uma declaração em regra, afim de não suscitarem questões no futuro acerca da opção que se aprovará, esta declaração deve ser feita no prazo de 30 dias, firmado o protesto perante duas autoridades qualquer, a autoridade tem o protesto e leva a autoridade superior. [495] Quando o senhor não quer o serviço do ingênuo, cumpre ao Estado encarregar-se de sua educação e instrução. Assim, pois, o senhor da escrava tem a obrigação até a data de 8 anos de criar e tratar do ingênuo. Porém, pelo §4 deste mesmo artigo e lei, nós vemos que o legislador neste § jogou com sentimentos que decorrem da maternidade e com esses outros que se encontram nas pessoas que veem (…) ente humano debaixo de seu poder, isto é, em sua casa, fazenda ou herdade, portanto deu preferência ao sentimento que é natural, a mãe se for libertada deve o filho de condição livre da idade de 8 anos acompanhá-la [497]. Mas se este anuiu a que ficasse em poder de seu senhor é evidente é evidente que o sentimento e afeição da parte do senhor se manifesta pelo escravo, o sentimento materno aqui sacrificasse, entendendo que o senhor cumprirá o seu dever. Esta é a regra geral, salvo se preferir deixá-los e o senhor anuir a ficar com eles.

Assim, pois, temos que se a mulher escrava obtiver a liberdade, os filhos menos de 8 anos que estejam em poder do senhor dela por virtude do §1º lhe serão entregues, exceto se preferir deixá-los, e o senhor anuir a ficar com eles.

Em conclusão, dizemos que quanto a indenização ao senhor da escrava [499] libertada pelo fundo de emancipação, a lei nada fiz, fala apenas na indenização no caso de serem entregues os filhos na idade de 8 anos e onde a lei não distingue nós não podemos distinguir. Por isso, somos forçados a dizer que o senhor da escrava libertada não recebe indenização alguma.

Aproveitamos a ocasião para pedir a nossa ilustrada cadeira vênia pela imperfeição de nosso trabalho.