

MYRIAM BENARRÓS CLEMENTONI

As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano.

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Dr. Hécio Maciel França Madeira

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

MYRIAM BENARRÓS CLEMENTONI

As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração 2131, sob a orientação do Prof. Dr. Hélcio Maciel França Madeira.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Benarrós Clementoni, Myriam

As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano; Myriam Benarrós Clementoni; orientador Hércio Maciel França Madeira -- São Paulo, 2020.

261

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Civil. 2. História do Direito Privado.
3. Direito Comparado. 4. Direito Latino-Americano.
I. Madeira, Hércio Maciel França, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe Marlene Benarrós a quem devo tudo o que sou hoje.

Ao meu orientador Professor Dr. Hécio Maciel França Madeira pelos conhecimentos compartilhados.

À Professora M^a Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque por ter sempre acreditado em mim.

Aos meus filhos e netos por serem a razão da minha vida.

Dedico esse trabalho ao meu pai Daniel Israel Benarrós, *in memoriam*, que me ensinou a amar o Direito.

La ciencia, como la naturaleza, se alimenta de ruinas; y mientras los sistemas nacen y crecen y se marchitan y mueren, ella se levanta lozana y florida sobre sus despojos, y mantiene una juventude eterna.
(A. BELLO, *El Araucano*, año de 1848)

As nossas realizações do direito são, sempre, imperfeitas. Mas, a cada esforço de mão inspirada, um raio de luz se desprende, para a formação do sol, que há de brilhar nos afastamentos do horizonte. E aqueles que conseguem, como Teixeira de Freitas, despertar esse raio, que dormia na pedra rude da estrada, merecem que os honremos, porque eles são crystallizações das energias sociais, e assignalam momentos felizes da evolução mental da humanidade.
(C. BEVILAQUA, *Linhas e Perfis Jurídicos*, 1930)

RESUMO

BENARRÓS CLEMENTONI. As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano. Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

O presente trabalho busca individualizar, no decorrer do desenvolvimento da ciência jurídica nos séculos, no Ocidente, a linha construtiva da ideia de sistema jurídico, em particular de sistema jurídico romanista, na tensão entre ciência jurídica, prática do direito e estabilização do direito. A análise desagua, sucessivamente, nas codificações do XVIII e XIX século, com particular atenção às obras codificadoras de Andrés Bello, o jurista do Pacífico, e Augusto Teixeira de Freitas, o jurista do Atlântico Sul, cujos modelos propiciaram a formação de um direito latino-americano que reflete uma identidade jurídica continental.

Palavras-chave: direito romano, ciência jurídica, sistema, codificação, direito latino-americano.

RIASSUNTO

BENARRÓS CLEMENTONI. As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano. Dottorado–Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paulo, São Paulo, 2020.

Il presente lavoro cerca di individuare, nel corso dello sviluppo della scienza giuridica nei secoli, in Occidente, la linea costruttiva dell'idea di sistema giuridico, in particolare di sistema giuridico romanista, nella tensione tra scienza giuridica, pratica del diritto e stabilizzazione del diritto. L'analisi, poi, sfocia nelle codificazioni del XVIII e XIX secolo, con particolare attenzione all'opera codificatoria di Andrés Bello, il giurista del Pacifico, e Augusto Teixeira de Freitas, il giurista dell'Atlantico Sud, i cui modelli hanno propiziato la formazione di un diritto latinoamericano che riflette una identità giuridica continentale.

Parole-chiave: diritto romano, scienza giuridica, sistema, codificazione, diritto latinoamericano.

ABSTRACT

BENARRÓS CLEMENTONI. As escolhas sistêmicas de A. Bello e A. Teixeira de Freitas: uma contribuição para a formação de um direito civil latino-americano. Doctorate–Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The present work seeks to individuate, along the development of legal science through the centuries in the West, the constructive line of the idea of legal system, particularly of a romanistic legal system, in the tension between legal science, legal practice and legal stabilization. The analysis ends up, successively, in the codifications of 18th and 19th centuries, with particular attention to the codifying works of Andrés Bello, the jurist of the Pacific, and Augusto Teixeira de Freitas, the jurist of South Atlantic, whose models provided for the forming of a latin american law which reflects a continental legal identity.

Keywords: roman law; legal Science; system; codification; latin american law.

ABREVIATURAS

Cch. – Código do Chile

CI. - *Codex Iustinianus*

D. - *Digesta Iustiniani*

Esb. – Esboço de Augusto Teixeira de Freitas

Gai - *Gai Institutiones*

INDEX - *Quaderni camerti di studi romanistici*

O.C. – *Obras Completas de Don Andrés Bello*

RT - *Revista dos Tribunais*

ADVERTÊNCIA

No que concerne à citação das fontes romanas, seguimos o modo de citar denominado filológico, conforme lição de Antonio Guarino (A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001, p. 1029).

Na elaboração do trabalho, em geral, adotamos a metodologia jurídica resultante da lição de E.C. Silveira Marchi (E.C. SILVEIRA MARCHI, *Guia de Metodologia Jurídica. Teses, Monografias e Artigos*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2001, pp. 229-232).

Quanto à tradução dos fragmentos do *Corpus Iuris Civilis* para o português, valemos-nos das traduções em espanhol de I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latino*), publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897) e em italiano de G. VIGNALI (*Corpo del Diritto. Digesto*, Napoli, Pezzuti, 1856). No que tange à tradução para o português do I livro dos *Digesta* utilizamos a tradução de H.M França Madeira, *Digesto de Justiniano, 'liber primus': introdução ao direito romano*, 2 ed., São Paulo, RT, 2000; *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, trad. port. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, trad. complementar Eduardo C. Silveira Marchi; Bernardo B. Queiroz de Moraes; Dárcio R. Martins Rodrigues, vol. I, São Paulo, YK Editora, 2017. Quanto à tradução para o português das *Institutas de Gaio* e das *Institutiones* de Justiniano utilizamos a tradução de A. Correia, in A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano*, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951.

No que concerne às fontes do direito português utilizamos a edição das *Ordenações Filipinas*, edição «fac-simile» da edição feita por Candido MENDES DE ALMEIDA (Rio de Janeiro, 1870), Fundação Calouste Gulbenkian, 1985; *Auxiliar Jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*, vol. II, edição «fac-simile» da edição feita por Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985; *Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1789*, in J. H. CORRÊA TELLES, *Commentario Critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*, Lisboa, Tip. de Maria da Madre de Deus, 1865; *Estatutos da Universidade de Coimbra do anno de 1772, Os Cursos Jurídicos das Faculdades de Canones e de Leis*, Liv. II, Lisboa, Regia Officina Typografica, 1773.

No que tange às fontes do direito castelhano utilizamos *Ley I de Toro, Transcripción de las Leyes de Toro según el original que se conserva en el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid*; *Recopilacion de las leyes de los Reynos de las Indias*, t. II, Madrid, Iulian de Paredes, 1681.

Quanto aos códigos civis consultados utilizamos *Code Napoléon*, Édition originale et seule officielle, A Paris, de l'Imprimerie Impériale, 1807; *Código Civil de Chile*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. XIV-XV, Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981; *Código Civil de la República Argentina*, redactado por D. Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires, Pablo E. Coni, 1874.

SUMÁRIO

1. PRELIMINARES.....	1
2. CIÊNCIA DO DIREITO E SISTEMATIZAÇÃO DO <i>IUS CIVILE</i>.....	11
2.1 Algumas considerações sobre a problemática da ciência do direito.....	12
2.1.1 A ciência do direito romano.....	16
2.1.1.1 O método dos juristas romanos.....	16
2.1.1.2 A construção do sistema.....	21
2.1.2 A redescoberta e a projeção <i>in omne aevum</i> do <i>ius Romanum commune</i>	40
2.1.2.1 A Alta Idade Média.....	50
2.1.2.2 O renascimento dos estudos jurídicos: glosadores e comentadores.....	54
2.1.2.3 Humanismo Jurídico.....	66
2.1.2.4 <i>Usus modernus pandectarum</i>	76
2.1.2.5 Jusnaturalismo e Jusracionalismo.....	86
2.1.2.6 A Escola Histórica e a Pandectística.....	101
3. A CODIFICAÇÃO.....	119
3.1 As primeiras codificações.....	125
3.1.1 O <i>Landrecht</i>	128
3.1.2 A codificação austríaca: o ABGB.....	132
3.2 A codificação francesa revolucionária e o <i>Code Napoléon</i>	134
3.2.1 Os projetos revolucionários.....	134
3.2.2 O <i>Code Napoléon</i>	141
3.3 A codificação civil, no século XIX, na América Latina.....	149
3.3.1 O sistema de fontes preexistente.....	152
3.3.2 Os códigos civis latino-americanos do século XIX.....	160
3.3.2.1 A recepção do <i>Code Napoléon</i>	161
3.3.2.2 Codificação civil endógena.....	163
4. OS MODELOS DE SISTEMAS CODIFICATÓRIOS DE A. BELLO E A. TEIXEIRA DE FREITAS.....	181
4.1 Andrés Bello, o jurista do Pacífico.....	181
4.1.1 Alguns dados biográficos.....	181
4.1.2 O estudioso eclético.....	185
4.1.3 Andrés Bello jurista, docente, codificador.....	187
4.1.3.1 Andrés Bello e o direito romano.....	189

4.1.3.2 Andrés Bello e o seu sistema codificatório.....	195
4.2 Augusto Teixeira de Freitas, o jurista do Atlântico Sul.....	200
4.2.1 Alguns dados biográficos.....	203
4.2.2 A <i>Consolidação das Leis Civis</i> e o <i>Esboço</i>	211
4.2.2.1 A obra consolidatória.....	211
4.2.2.2 A obra codificatória.....	221
4.2.3 O romanismo, humanismo e realismo de A. Teixeira de Freitas.....	232
4.2.4 Sistema e método didático no pensamento freitiano.....	236
5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	245
6. BIBLIOGRAFIA FINAL.....	251

1. PRELIMINARES

O tema que nos propomos abordar deverá ser analisado no âmbito das problemáticas concernentes à sistematização do direito civil, em particular do direito civil codificado no Chile e no Brasil, que a partir do século XIX começa a ser construído pelos primeiros juristas latino-americanos, ao surgirem os primeiros estados independentes, após os vários processos de independência que se verificam no continente. Nesse âmbito as codificações foram imprescindíveis para busca dos contornos das identidades nacionais, bem como para o fortalecimento dos novos estados.

Descoberta a América por Cristovão Colombo, uma forte corrente migratória se dirigiu para o novo mundo; anglo-saxões, espanhóis, portugueses, procuraram o novo continente vindo a constituir aqui novas pátrias, sendo a maioria delas formadas por populações ibéricas. Os povos que se fixaram nessas terras transportaram consigo, das pátrias de origem para as pátrias adotivas, o direito que se observava na Península Ibérica, fornecendo a Espanha, então Castela, os seus grandes monumentos jurídicos às terras que faziam parte da Coroa; semelhantemente, o direito reinícula para os brasileiros foi o direito que vigorava em Portugal até a Independência do Brasil. Contudo, o direito trazido pelas populações que se estabeleceram na América, vindas da Península Ibérica, foi, lentamente, sendo modificado e adaptado às exigências locais. O direito que vigorou no Novo Mundo nem foi genuinamente americano, nem genuinamente ibérico, como assevera A.S. DA CUNHA LOBO:

[...] participando, ao mesmo tempo, da civilização ibérica, pela inspiração bebida nos seus grandes monumentos, e do meio americano, subordinando os seus institutos jurídicos às necessidades locais, modificando-os, muitas vezes, na sua própria essência, e criando tipos novos para institutos secularmente conhecidos e modelados à feição das necessidades de outrora¹.

Destarte, após a descoberta das Índias Ocidentais, Castela promulgou uma legislação própria para as suas conquistas, não houve, portanto, um simples transplante do direito espanhol para as terras do novo mundo. Essa legislação foi elaborada de forma especial posto que as colônias eram um monopólio real feudal da Coroa de Castela e o direito espanhol nos fins do século XV e no século XVI não estava, ainda, unificado. As terras do novo mundo estavam, assim, submetidas ao Conselho de Castela que dirigia o governo das Índias, posteriormente, à Casa de Contratação de Sevilla, que tinha também funções judiciais, e, por fim, até o final da colonização, ao Conselho das Índias, cujos decretos se aplicavam em todas

¹ A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso de Direito Romano*, Brasília, Edições do Senado Federal, v. 78, 2006, p. 565; pp. 563-564.

as possessões espanholas. As leis das Índias compreendiam cédulas (ordens de tribunais superiores em nome do Rei); ordenamentos, pragmáticos (ordens diretas do Rei); regulamentos (instruções escritas de autoridades); resoluções do Rei; autos-acordados (sentenças ou decisões judiciais); provisões, cédulas, instruções do Conselho das Índias. Do ponto de vista administrativo e judicial as Índias estavam sujeitas aos Vice-Reinados do México e do Perú, às Audiências, às *governaciones*, às alcadias maiores, aos corregedores, às alcadias ordinárias, aos conselhos municipais. Essa grande massa de documentos jurídicos foi consolidada, no decorrer de dois séculos, na célebre *Recopilación de Leyes de los reinos de Indias*, de 1 de novembro de 1680; compunha-se de nove livros, duzentos e dezoito títulos e 6.327 leis².

O direito do Reino de Portugal, por seu lado, possuía três grandes monumentos jurídicos, conhecidos como as *Ordenações do Reino*. O primeiro monumento legislativo foi o Código Afonsino, promulgado por D. Afonso em 1446, que constitui a primeira grande codificação moderna. As *Ordenações Afonsinas*, à semelhança dos *Decretais* de Gregório IX, estão divididas em cinco livros que, por sua vez, encontram-se divididos em títulos e em parágrafos. O Livro I, que compreende 72 títulos, contém os regimentos dos cargos públicos, quer régios, quer municipais. O Livro II, dividido em 123 títulos, trata da matéria relativa à Igreja e à situação dos clérigos, direitos do rei, em geral, e administração fiscal, jurisdição dos donatários, privilégios da nobreza, e legislação especial de judeus e mouros. O Livro III, abrangendo 128 títulos, contempla o processo civil. O Livro IV, nos seus 112 títulos, trata do direito civil; por fim, o Livro V, com 121 títulos, versa sobre direito e processo penal. O Código Afonsino é uma compilação atualizada e sistematizada das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal, sendo formado por leis anteriores, respostas a capítulos apresentados nas Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das *Siete Partidas* e disposições dos direitos romano e canônico³. Destaque dessa legislação foram as disposições liberais para com os estrangeiros, em especial, com os judeus e os mouros, contidas no Livro II, títulos LXXI, LXXXI, LXXXIX e CI.

As *Ordenações Afonsinas* foram substituídas pelas *Ordenações Manuelinas* promulgadas, na edição definitiva, em 1521. No que concerne ao sistema é ele o mesmo das *Ordenações Afonsinas*: divisão em cinco livros, estes em títulos, e os títulos em parágrafos;

² H. VALLADÃO, *História do Direito. Especialmente do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1977, pp. 69-70.

³ N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História do Direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 312-313.

a matéria versada nos livros segue o agrupamento dos cinco livros das *Ordenações Afonsinas*. A alteração significativa que deve ser assinalada é o desaparecimento da legislação concernente aos judeus e aos mouros que, desde 1497, tinham sido obrigados ou a converter-se à religião cristã ou a expatriar. As *Ordenações Manuelinas* vigoraram no Brasil logo após o descobrimento. Após o Código Manuelino, tendo havido uma larga promulgação de leis, aprovou-se um Código Sebastião, em 1569, que colocava as novas leis extravagantes no corpo das *Ordenações Manuelinas*, mas, uma verdadeira reforma verificar-se-á, somente, com a promulgações das *Ordenações Filipinas*, em 1603, elaboradas no decorrer da dominação espanhola por ordem do rei Felipe I, e terminadas sob Felipe II de Portugal, respectivamente, II e III da Espanha. Restaurada a independência de Portugal as *Ordenações Filipinas* foram ratificadas, formalmente, por D. João IV com a Lei de janeiro de 1643; mantiveram-se os cinco livros das anteriores ordenações e vigoraram no Brasil até a promulgação dos códigos⁴.

As *Ordenações Filipinas* previam como fontes do direito a vontade do rei, consubstanciada na lei, e, em certa medida, no estilo da corte e no costume, e o *utrumque ius*, considerando aí incorporadas as opiniões de Acúrsio e Bártolo. Já as *Ordenações Afonsinas* estabeleciam um quadro das fontes de direito (livro II, tit. 9); em primeiro lugar, encontramos as fontes do direito português: a) as Leis do Reino; b) os estilos da Corte e c) os costumes antigamente usados. São essas as fontes imediatas. No caso em que não se lograsse obter dessas fontes a norma aplicável ao caso concreto, recorrer-se-ia ao direito subsidiário: a) direito romano; b) direito canônico; se a lacuna persistisse aplicar-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, em seguida, as opiniões de Bártolo. Esse quadro sistemático de fontes passa das *Ordenações Afonsinas* para as *Ordenações Manuelinas* e enfim para as *Ordenações Filipinas*⁵.

No século das luzes se pretende substituir o *utrumque ius* pela razão. O Rei e a razão serão as fontes do direito. A Lei de 18 de agosto de 1769, a *Lei da Boa Razão*, irá estabelecer que dentro das fontes nacionais, o estilo da corte só valerá desde que tenha sido aprovado por Assento da Casa de Suplicação. Quanto ao costume a *Lei da Boa Razão* estabelecia que fossem necessários três requisitos: 1) ser conforme à boa razão; 2) não ser “contra legem”; 3) ter mais de cem anos. No que concerne ao direito subsidiário declara a Lei no seu § 9 que

⁴ H. VALLADÃO, *História*.op. cit., pp. 70-71.

⁵ Ver *Ordenações Filipinas*, L. III, tit. LXIV, edição «fac-simile» da edição feita por Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 663-664.

“as normas de direito romano só seriam aplicadas quando fossem concordes com a boa razão que consiste nos primitivos princípios (princípios gerais do direito), que contém verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido e que os Direitos Divino e Natural formalizaram para servirem de regras morais, e Civis entre o Cristianismo [...]”⁶.

O Direito ibérico transplantado para o Novo Mundo tem o seu *principium* no sistema do direito romano, conjugado com o direito canônico, em particular no sistema do Direito justinianeu, último grande e admirável esforço dos juristas romanos de sistematizar o direito romano, criado durante bem 14 séculos de desenvolvimento da ciência jurídica. Note-se que, no século XI, paralelamente ao renascimento dos estudos jurídicos, que consistiam na análise exegética dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, sendo o primeiro grande interprete Irnério, ter-se-á, no âmbito eclesiástico, um renovado interesse pelo direito romano e pelo fenómeno universitário; no curso do século XI, o direito canônico era formado, principalmente, por cânones emitidos pelo vários episcopados. Foi o monge GRACIANO que procedeu a um trabalho de racionalização das fontes do direito canônico, reordenando de forma sistemática o material disperso, dando início a um sistema do direito canônico com a separação entre normas de direito e normas de teologia; a compilação de GRACIANO contém, somente, disposições com conteúdo eminentemente jurídico, é a primeira compilação do direito da Igreja. Serão esses dois direitos, direito romano e direito canônico, que irão constituir a base dos direitos elaborados durante a Idade Média.

A necessidade de sistematização do direito e de suas fontes é muito antiga, pois, já os juristas romanos mais antigos se preocuparam em organizar o direito, segundo precisos critérios sistemáticos advindos da filosofia grega. O imperador Justiniano, por seu lado, já usa o termo *Codices* para indicar o Código de Justiniano, os *Digesta*, as Instituições que ele ordena sejam elaborados, nos anos 528-534. O termo ‘código’ designava um novo suporte para a escritura, composto por folhas dobradas e encadernadas, que a partir do III século é preferido ao suporte constituído pelo rolo, graças à sua resistência maior e a maior facilidade em manuseá-lo, não tendo que ser enrolado e desenrolado, o que permitia uma leitura mais rápida, podendo-se confrontar partes descontínuas do texto, facilitando os confrontos internos do texto, conseqüentemente, uma maior unidade do mesmo. No V século ‘código’ além de designar um manuscrito sobre esse suporte, indicava também um corpo sistemático de leis e, nesse sentido, o imperador o utiliza para indicar o conjunto sistemático das leis

⁶ N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., 466-468.

imperiais, o *Codex Iustinianus*; depois, para indicar também a compilação dos escritos dos juristas, selecionados e harmonizados, e organizados em sistema e, por fim, o manual renovado das Instituições. Com a designação unitária dessas obras se entende sublinhar os aspectos comuns delas⁷. O direito romano teve o seu início com a fundação de Roma, com o ato de Romulo que inaugura e produz o ordenamento citadino, tendo *Iuppiter* na sua raiz que vigila os *multa iura communia* do qual participam, virtualmente, todos os povos, conhecidos ou desconhecidos; o sulco traçado por Romulo indica simbolicamente o *ius quiritorium*, depois *ius civile*, o direito próprio dos *cives*, dos cidadãos. O jurista Pompônio do II século d.C. afirma que a *civitas* foi fundada com as leis das XII Tábuas (Pompônio *libro singular enchiridii*, D. 1.2.2.4⁸), com as quais se persegue o objetivo de igualar a liberdade; Pompônio assevera, também, que ao lado das leis se deve colocar necessariamente a interpretação dos juristas (Pompônio *libro singular enchiridii*, D. 1.2.2.5⁹), necessária “porque o direito não se sustenta se não houver algum jurisperito por meio do qual o direito possa quotidianamente ser conduzido para melhor” (Pompônio *libro singular enchiridii*, D. 1.2.2.13¹⁰), com esse desenvolvimento se chega a fundar o direito civil (Pompônio *libro singular enchiridii*, D. 1.2.2.39¹¹), e um desenvolvimento ulterior gera a sua elaboração sistemática (Pompônio *libro singular enchiridii*, D. 1.2.2.41¹²). Essas três vertentes, a paz

⁷ S. SCHIPANI, *O nascimento do modelo de Código*, trad. port. Bernardo B. Queiroz de Moraes, in SCHIPANI, Sandro - BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.), *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo, FGV Direito SP, 2015, pp. 53-55; cf. ID., “*Reler*” os códigos de Justiniano, trad. port. Dalva Carmen Tonato, in SCHIPANI, Sandro - BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.), *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo, FGV Direito SP, 2015, pp. 87-88.

⁸ D. 1.2.2.4: *Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus*; – Em seguida para que isto não durasse por muito mais tempo, foi de consenso serem constituídos pela pública autoridade dez varões, por meio dos quais fossem procuradas as leis das cidades gregas e a *civitas* tivesse o seu fundamento nas leis. Ver *Digesto de Justiniano*, líber primus: *introdução ao direito romano/ imperador do Oriente Justiniano I*, trad. port. Hélcio Maciel França Madeira, Prólogo de Pierangelo Catalano, São Paulo, R.T., Osasco-SP, Centro Universitário FIEO, 2000, p. 23; cf. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, trad. port. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, trad. complementar Eduardo C. Silveira Marchi; Bernardo B. Queiroz de Moraes; Dárcio R. Martins Rodrigues, vol. I, São Paulo, YK Editora, 2017, p. 65.

⁹ D. 1.2.2.5: *His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desiderater prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori* – Uma vez proferidas estas leis, começou a disputa do foro ser necessária (como naturalmente costuma ocorrer, de modo que a interpretação exigisse a autoridade dos prudentes). Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 23; cf. *Digesto ou Pandectas*, op. cit., p. 65.

¹⁰ D. 1.2.2.13: [...] *quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci* - [...] porque o direito não se sustenta se não houver algum jurisperito por meio do qual o direito possa quotidianamente ser conduzido para melhor. Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., pp. 26-27; cf. *Digesto ou Pandectas*, op. cit., p. 66.

¹¹ D. 1.2.2.39: *Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*. – Depois deles vieram Públio Múcio, Bruto e Manílio que fundaram o *ius civile*. Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 35; cf. *Digesto ou Pandectas*, op. cit., p. 70.

¹² D. 1.2.2.41: *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo* – Depois deles Quinto Múcio, filho de Públio, pontífice máximo, o primeiro

com os deuses, a persecução da igualdade e a elaboração sistemática estão sintetizadas na famosa definição de Celso: *ius ars boni et aequi* – o direito é a arte do bom e do justo (Ulp. *libro primo institutionum*, D. 1.1.1pr¹³) e se expressam nas obras dos juristas, nos aprofundados comentários ao edito, assim como nas sínteses institucionais, entre as quais aquela de Gaio ocupa uma posição central. Os códigos de Justiniano não se contrapõem a esse desenvolvimento, mas representam o ponto de harmonização e junção das várias linhas de progressão, constituindo-as em unidade. Os códigos formulados em latim em uma sociedade que falava grego, por homens que se qualificavam ‘romaioi’ foram, em Constantinopla, Segunda Roma, relidos e traduzidos para o grego, dando origem as *Basílicas*, posteriormente, foram traduzidos para o idioma eslavo antigo, e levados para Moscou, Terceira Roma, para enfim reunir-se à tradição de Bolonha. Através da Universidade de Bolonha (1088) e das universidades que se multiplicaram seguindo o modelo daquela, tais como Salamanca (1218) e Coimbra (1288), assim como graças à renovação da instituição do império, com a *translatio imperii*, os códigos de Justiniano ofereceram o direito dos Romanos à Europa, e, conjuntamente, com as instituições jurídicas medievais, paulatinamente, o direito europeu continental começou a tomar forma. A era das grandes revoluções e das codificações modernas do sistema jurídico romanista se inicia com a revolução dos conhecimentos geográficos a partir da descoberta do Novo Mundo que será uma revolução na economia, na política e na cultura; supera-se a formação feudal e a correlata contraposição entre instituições típicas do feudalismo e o direito romano, a *ratio scripta* de um *imperium* que se apresenta como universal. Momentos significativos dessa progressão são as *Siete Partidas*, adotadas na Espanha e em Portugal; a Segunda Escolástica; as *leyes* de Carlos V concernentes à observância dos costumes e das formas de se viver dos povos indígenas (*Rec. de Indias* 2,1,4¹⁴; 5,2,22¹⁵); a doutrina das duas repúblicas¹⁶; a

a constituir o *ius civile* por categorias, redigindo-o em dezoito livros. Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 36; cf. *Digesto ou Pandectas*, op. cit., p. 70.

¹³ *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 17.

¹⁴ *Rec. de Indias* 2,1,4: *Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios para su buen goviernoy policia, y sus usos y costumbres observadas y guardadas despues que son Christianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religion, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y executen, y siendo necessario, por la presente las aprobamos y confirmamos [...] . Ver Recopilacion de las leyes de los Reynos de las Indias, t. I, Madrid, Iulian de Paredes, 1681, p. 126.*

¹⁵ *Rec. de Indias* 5,2,22: *Los Governadores, y Iusticias reconozcan com particular atencion la orden, y forma de vivir de los Indios, policia, y disposicion em los mantenimientos, y avisen á los Virreyes, ó Audiencias, y guarden sus buenos usos, y costumbres em lo que no fueren contra nuestra Sagrada Religion [...] . Ver Recopilacion, op. cit., t. II, p. 149.*

¹⁶As populações indígenas tiveram reconfirmados o seu direito para a regulamentação dos próprios negócios e das próprias relações jurídicas. O direito indígena, entendido como o direito dos povos nativos das terras conquistadas pelos espanhóis, foi incorporado ao complexo sistema que tinha sido criado no Novo Mundo.

fundação das universidades; a formação de bibliotecas de direito romano comum, realizadas com obras trazidas para as Índias ou já editadas no Novo Mundo¹⁷.

Os grandes monumentos jurídicos do direito ibérico são frutos dessa tradição e é esse direito que é oferecido e levado para o Novo Mundo, onde se mesclando com o direito indígena dará origem a um direito próprio da América Latina.

O direito latino-americano, já formulado desde a Constituição dos Estados Unidos da Grande Colômbia de 1811-1812, é um direito histórico e comparativo de vinte Estados que irão iniciar o século XIX com os mais puros ideais de independência, liberdade e constituição. O processo de independência desses Estados foi executado visando à construção de uma nova ordem jurídica, de um governo democrático e constitucional, e à declaração de direitos individuais. Os patriarcas da Independência almejavam a emancipação política das Colônias, a sua libertação do poder das Metrópoles, da França, da Espanha, de Portugal, mas todos, assinala H. VALLADÃO, “empunhando e levantando alto a bandeira da adoção concomitante pelos novos Estados dos grandes princípios revolucionários do século XVIII, do governo representativo, da supremacia da Constituição e da Lei, da liberdade e da igualdade, dos direitos e garantias do homem”¹⁸.

Os novos Estados, após terem consolidado a emancipação política, logo, trataram, internamente, de providenciar a codificação civil e criminal que muitas vezes, como ocorreu com a Constituição brasileira de 1824 no seu art. 179, XVIII, estava programada na própria carta constitucional¹⁹. Constitucionalização, Codificação e Organização internacional são as três vertentes que caracterizam a vida jurídica dos Estados latino-americanos do início do século XIX. Os grandes ideais de uma ordem jurídica para os indivíduos, a sociedade e os Estados, fundamentada nos princípios da liberdade, da igualdade, da fraternidade, encontrariam nos Estados da América Latina um ambiente propício para sua efetivação. Doutra parte, os novos Estados não encontrariam uma forte reação, como na Europa, a do Congresso de Viena de 1815, à realização dos ideais revolucionários, nem tampouco existia uma tradição jurídica arraigada há vários séculos ou uma rivalidade de raças e de povos. No

Vigorava o direito de Castela, integrado por leis emanadas de fontes diversas, especificadamente para as novas terras imperiais (direito indiano) e enriquecido pelo conjunto dos costumes e das instituições dos povos indígenas; trata-se daquela que muitos juristas e historiadores denominam como “a doutrina das duas repúblicas”. L. A. NOCERA, *Diritto dei colonizzatori e diritto indigeno nella storia latino-americana*, Tricase (LE), Youcanprint, 2017, ePub file.

¹⁷ S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, Milano, UTET, 2010, pp. 287-289.

¹⁸ H. VALLADÃO, *História*.op. cit., p. 87.

¹⁹ O. NOGUEIRA, *1824, Coleção Constituições brasileiras*, vol. I, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 86

Novo Mundo os Estados nasceram solidários entre si, posto que lutaram todos por uma causa comum: a libertação da Metrópole. A tradição jurídica francesa, espanhola ou portuguesa insertada em um ambiente diverso, ao lado de costumes locais, para indivíduos de várias raças, que se mesclavam continuamente não apresentava no continente americano a mesma resistência aos novos ideais jurídicos; além disso, a profunda religiosidade dos Estados, de tradição católica, conduziu à criação de um direito impregnado de profundo humanismo. Princípios jurídicos, apenas esboçados nas Constituições da Revolução Francesa de 1789, foram superados e proclamados nas Constituições, Códigos e Convenções dos Estados Latino-americanos, tal como o princípio, glória perene do Direito da América Latina, assevera H. VALLADÃO, de concessão aos estrangeiros da absoluta igualdade de direitos com o nacional, de todos os direitos e garantias individuais e de todos os direitos civis; assim, inicialmente, foi proclamado, nas Cartas Constitucionais latino-americanas, a igualdade ampla de direitos “a todos os habitantes”, “a todo homem”, “a todos estrangeiros residentes ou transeuntes” ou “estantes”, chegando-se a conceder os próprios direitos políticos, particularmente, nas eleições municipais. Assim ocorreu, por ex., nas constituições da Grande Colômbia, de 1821, arts. 183-184; na da Nova Granada de 1823, art. 8; na da América Central de 1824, art. 12; na do Chile de 1828, art. 10; de forma esplendida na Constituição argentina de 1853, arts 14 a 20; na primeira Constituição republicana brasileira de 1891, art. 72 e em muitas outras. No que concerne à codificação civil o *Code Napoléon* de 1804, que tanto sucesso teve na Europa, teve, do outro lado do Atlântico, uma repercussão restrita; adotaram-no as antigas Colônias francesas quando se tornaram independentes, o Haiti e a República Dominicana, assim como influenciou significativamente no código da Bolívia de 1831. Os códigos que se afastaram do modelo do Código francês de 1804 não seguem o tratamento rigoroso dos estrangeiros, dando-lhes somente direitos civis em caso de reciprocidade e a depender de tratados (art. 11 do *Code Napoléon*). Nesse sentido o Código do Chile de 1855, obra do venezuelano-chileno Don ANDRÉS BELLO, que no seu art. 57 dispõe: *La ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código*. A regra do código de A. BELLO será reproduzida em vários Códigos Civis, tais como aquele do Estado da Cundinamarca da Colômbia de 1859, art. 55; do Equador de 1860, art. 58; da Venezuela de 1862, art. 5 do L 1º; do Uruguai de 1868, art. 22; da Guatemala de 1877, art. 51; da Costa Rica de 1887, art. 21. A outra grande obra codificatória levada a cabo na América Latina foi o *Esboço* de Código Civil do Império do Brasil de autoria de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, que servirá de modelo para os códigos do Atlântico Sul, o do Uruguai de 1868, e,

principalmente, do Código da Argentina de 1869, adotado no Paraguai. No *Esboço* comentando o art. 37 A. TEIXEIRA DE FREITAS, após criticar a expressão ‘direitos civis’, adotada pelo código francês em seu art. 7, que só atribui a qualidade de cidadão ao nacional que goza de direitos políticos, declara que os direitos de que trata o código “ são independentes da qualidade de cidadão brasileiro e a capacidade política”; proclamando, no art. 38, que podem adquirir-los todos os cidadãos brasileiros “e todos os estrangeiros, tenham ou não domicílio ou residência no Império” , declarando na nota ao art. 38 que “é esse o nosso direito, são esses os nossos costumes”²⁰. Os três grandes juristas das Américas, assinala H. VALLADÃO, “foram *Story*, no hemisfério Norte, o consolidador da *common law* nos Estados Unidos, *Bello*, precursor equilibrado, do direito do Pacífico Sul, e Freitas, o precursor revolucionário do Atlântico Sul”²¹.

Imprescindível, nesse trabalho, será a análise dos princípios que caracterizaram as escolhas sistêmicas de A. BELLO e de A. TEIXEIRA DE FREITAS, com um método histórico-crítico, pois, como afirma R. ZIMMERMANN, reportando o pensamento de E. SECKEL, “sem as suas bases não positivas não se pode entender o direito privado positivo [...] a ligação natural que une presente e passado não pode ser impunemente destruída”²².

Vale ressaltar que o direito positivo codificado na América do Sul se apresenta diferenciado nos vários países, as regras não são idênticas, contudo, considerando-se que a partir do século XX os juristas comparatistas tomam consciência de que, embora diferentes, os sistemas podem apresentar pontos em comum, surgindo assim o interesse de se mensurar as afinidades e as diversidades entre os ordenamentos jurídicos, reputamos que uma comparação do sistema de A. BELLO e daquele de A. TEIXEIRA DE FREITAS, pelo menos no que tange aos princípios informadores de cada sistema, possa ser útil na averiguação da existência de uma convergência entre os dois sistemas e se essa pode ser considerada um primeiro passo na construção de um direito civil latino-americano, assim como na individuação do papel do Direito romano na construção de um direito civil ibero-americano.

A pesquisa implica, portanto, o uso de métodos de direito comparado. Pode-se afirmar que hoje há um consenso entre os comparatistas, de que o trabalho de pesquisa no campo dessa ciência jurídica precisa ser pautado por uma metodologia específica, mas, isso não significa dizer que existe um único método possível. Na verdade, existem seis métodos de

²⁰ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço do Código Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 27-29.

²¹ H. VALLADÃO, *História*.op. cit., pp.90-91.

²² R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto private europeo e le sue basi storiche*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 47 (2001), n. 6, p. 705.

pesquisa comparativa: o método funcional, o analítico, o estrutural, o histórico, o contextualizado e o método núcleo comum. Deve-se salientar, além disso, que a utilização de um desses métodos não significa, necessariamente, a exclusão dos outros na mesma pesquisa; muito pelo contrário, pois, muitas vezes é necessária a aplicação de dois ou mais métodos numa mesma investigação²³.

O método do núcleo comum, no nosso entender, é aquele mais apropriado para o tipo de pesquisa que nos propomos a efetuar, visto que tem como principal motivação a identificação dos pontos que são similares em diversos sistemas jurídicos. Trata-se do desenvolvimento e criação de normas comuns que podem ser compartilhadas pelos mais diversos países. Esse método que foi desenvolvido na Universidade de Cornell, no âmbito dos contratos, entre os anos cinquenta e sessenta do século passado, pode ser individuado no processo de harmonização das leis europeias. O método que busca individuar um núcleo comum é baseado no método funcional²⁴, sendo, ao mesmo tempo, combinado com o método de contextualização²⁵; contudo, o que ele tem de distinto dos outros métodos é a sua pretensão de identificar pontos que são compartilhados por diversos sistemas legais para que, a partir disso, possa ser realizado um processo de harmonização de figuras jurídicas particulares reguladas nos diversos ordenamentos²⁶.

²³ D. CAMPOS DUTRA, *Métodos em Direito Comparado*, in *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, vol. 61, n. 3 set/dez, 2016, pp. 196-197.

²⁴ O método funcionalista pode ser definido como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo. Ver D. CAMPOS DUTRA, *Métodos cit.*, pp. 198-200.

²⁵ Esse método entende que não é possível, sem um processo rigoroso de contextualização, fazer uma análise comparativa. Observe-se, ainda, que o método histórico pode ser considerado como parte do método de contextualização, já que o contexto está ligado às origens históricas das leis atuais que são comparadas. Ver D. CAMPOS DUTRA, *Métodos cit.*, pp. 202-203.

²⁶ D. CAMPOS DUTRA, *Métodos cit.*, p. 204.

2. CIÊNCIA DO DIREITO E SISTEMATIZAÇÃO DO IUS CIVILE

A ciência jurídica das Américas que, paulatinamente, os juristas americanos foram construindo, tem suas raízes na cultura jurídica europeia, no caso da América Central e do Sul na ciência do direito da Europa continental, no caso da América do Norte, em linha de máxima, na cultura jurídica inglesa. À medida que problemas próprios ou diferentes visões do mundo foram se cristalizando na consciência dos juristas americanos essa correspondência foi se atenuando, dando origem à criação de uma própria ciência jurídica. Observa A.M. HESPANHA que “Na América do Sul, a dependência da cultura jurídica da Europa foi maior, sem nunca ser absoluta. Sem ignorar que muitas alegadas importações são, na verdade, completas reelaborações locais”²⁷.

Essa linha de continuidade embasa a construção dos juristas comparatistas²⁸ na criação da teoria dos sistemas jurídicos, tendo-se, de um lado, o sistema jurídico de *Civil Law*, no âmbito do qual encontram-se os direitos nacionais que se formaram a partir das concepções e categorias do direito romano, e, do outro lado, o sistema de *Common Law* que engloba os direitos particulares que seguiram a tradição da ciência jurídica inglesa. Há, contudo, casos peculiares, como o Canadá, em que se nota uma mescla dos dois sistemas. O Canadá é um Estado Federal, cujos membros foram outrora colônias inglesas, pois uma parte importante do hodierno Canadá esteve sob o domínio colonial britânico não por ocupação originária de colonos escoceses ou irlandeses, mas por conta de uma cessão de territórios efetuada pela França com a Paz de Paris de 1763, em que a coroa francesa teve que ceder à Inglaterra todos as suas possessões na América do Norte, em particular os territórios nas margens do rio São Lourenço, com uma densidade populacional francesa, tendo-se, conseqüentemente uma prevalência de população francesa nas colônias canadenses. Contudo, durante a guerra de independência americana, milhares de ingleses, fiéis à metrópole, transferiram-se para a

²⁷ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 7.

²⁸ A constatação de que vários sistemas positivos são substancialmente diversos e, todavia, plenamente legítimos acarretou, no século XX, o interesse de se individualizar e medir as diferenças e as semelhanças entre as várias ordens jurídicas. O estudo comparado dos diferentes ordenamentos teve, inicialmente, o objetivo de extrair do estudo dos institutos particulares uma base comum, ou pelo menos, individualizar os pontos de contato capazes de ressaltar a fundamental unidade da experiência jurídica universal. A comparação, ciência jurídica, tem como foco o estudo das regras pertencentes aos vários sistemas jurídicos com o fim de se estabelecer em que medida essas coincidem e em que medida essas divergem. Ver A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, 2 ed., Torino, UTET, 2005, p. 2; cf. R. DAVID, *Les grands systèmes du droit contemporains. Droit Comparé*, Paris, 1964, trad. port. Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 2. R. David, por sua vez, esclarece que “é necessário esperar pelo século XIX e pela destruição do *ius commune* substituído por codificações nacionais, para que, em consequência desta “revolução cultural”, a oportunidade, depois a necessidade, levem, progressivamente, à comparação das diversas leis que as nações da Europa adotaram: leis sobre cujo estudo se fundamenta desde então o ensino nas universidades.

região norte dos Grandes Lagos, de modo que ao lado dos franceses do Canadá do Sul encontramos uma significativa população inglesa no Canadá do Norte. A convivência das duas populações não foi nada pacífica e contínuos movimentos independentistas vieram a ocorrer, em face do que várias soluções foram tentadas pelo Parlamento inglês, mas somente em 1867 com a promulgação do *British North America Act*, que instituiu o Estado Federal se teve uma solução duradoura. A Constituição canadense de 1982 que substituiu o *British North America Act* regulamenta as relações entre o Estado Federal e os Estados membros, deixando a competência legislativa, principalmente no campo do direito civil, às províncias. Encontra-se, portanto, no direito de cada província notáveis diferenças, independentemente do fato de que exista uma profunda ruptura de concepções jurídicas entre a província do Québec, fortaleza do *Civil Law*, e as outras províncias canadenses que conservaram a tradição do *Common Law*²⁹.

Destarte, para que possamos entender de que forma os juristas latino-americanos construíram uma ciência do direito própria, em particular no que concerne à América do Sul e à atividade codificatória de A. BELLO, autor do Código civil do Chile de 1855, código padrão dos Estados do Pacífico e dos Andes, e de A. TEIXEIRA DE FREITAS autor do célebre *Esboço*, Projeto do Código civil do Império do Brasil, de 1860-1865, que muito influenciou os códigos civis do Atlântico Sul, *i.e.*, do Uruguai (1869) e da Argentina (1869), adotado no Paraguai³⁰, reputamos necessário uma breve análise preliminar do desenvolvimento da ciência jurídica da Europa continental, individuando as problemáticas mais significativas que desencadearam a codificação moderna, em particular no que concerne às exigências de sistematização do direito civil.

2.1 Algumas considerações sobre a problemática da ciência do direito

R. ORESTANO, ao iniciar uma análise aprofundada daquilo que deve ser considerado como ciência do direito e ciência jurídica europeia, toma como ponto de partida uma possível definição de direito para imediatamente após salientar que não possuímos uma definição aceita por todos com valor de verdade absoluta, o que nunca impediu que no decorrer dos séculos os homens operassem com conceitos de direito que estavam a sua disposição; ademais, a falta de uma definição absoluta de ‘direito’ levou os juristas a desenvolver uma incessante e imponente atividade de pensamento, de investigação, de elaboração a partir das

²⁹ K. ZWIEGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, band 1: *Gründlagen*, 1984, trad. ital. por B. Pozzo, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1: *Principi fondamentali*, aos cuidados de A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 271-272. Cf. A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, op. cit., pp. 239-240.

³⁰ H. VALLADÃO, *Paz Direito Técnica*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1959, pp. 301-313.

mais diversas noções de ‘direito’, que por muitos vem denominada de ‘ciência do direito’; atividade essa que pela sua existência, em concreto, é um dado de fato que a história nos oferece e que nós podemos colher continuamente na história. Nota, ainda, o romanista italiano que não há uma única ciência do direito, unitariamente considerada, mas tantas formas de atividades que variam no tempo e no espaço, chocando-se, às vezes, entre si, no mesmo tempo e no mesmo lugar³¹.

Assim sendo, cada atividade deverá ser individuada, determinada, distinta das outras de modo que se possa ressaltar o seu *proprium*. Então, cada uma revelar-se-á como uma formação-histórica. Destarte, nós estamos dentro de uma das tantas ciências jurídicas que estão na história, dentro da nossa ciência jurídica, portanto, qualquer que seja o nosso objetivo não podemos atingi-lo senão a partir do interior de uma ciência jurídica historicamente determinada, no nosso caso, a ciência jurídica da Europa continental³².

Uma das características dessa ciência mais relevante é que nessa o momento especulativo (no sentido de um pensamento direcionado à busca do conhecimento) tende sempre a acompanhar e, às vezes, ir além, o momento prático (no sentido do pensamento direcionado essencialmente à ação), diferentemente de outras ciências jurídicas, no âmbito das quais o momento prático é o mais relevante, ou, até mesmo, o único existente. A ciência jurídica europeia se perguntava se a ciência do direito seria ou não uma verdadeira ciência, problema que poderia ser resolvido em função daquilo que se entendesse ser o ‘direito’ e daquilo que se entendesse ser uma ‘ciência’, aliás, uma verdadeira ciência; várias foram as teses, falando-se de verdadeira ciência ou de uma simples técnica, de uma atividade prática, ou de uma atividade contemporaneamente prática e teórica, ou de uma atividade que por debaixo de uma aparente unidade esconderia duas atividades distintas, uma teórica e uma prática³³.

F. GENY, na *Introduction* a sua obra *Science et technique em droit positif*, publicada no começo do século XX, dá um quadro bastante preciso do problema concernente à significação da ciência do direito. O civilista francês afirma que sendo o direito, essencialmente, uma prática fundada sobre um conhecimento, é necessário sabermos como nós devemos discernir os preceitos jurídicos, independentemente dos modos de expressão vários e contingentes, que os revelam deformando-os, e através quais meios nós devemos

³¹ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2 ed. Torino, Giappichelli, 1963, pp. 11-15.

³² R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 18-19;

³³ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 21-24.

inserir-los na vida social da humanidade. Trata-se de um duplo problema, de ciência e de prática, que, posto no terreno metodológico, leva-nos a uma crítica dos métodos de elaboração ou aplicação do direito. Nota, ainda, o autor que, naquele momento, uma crítica penetrante das ciências matemáticas e físicas é retomada, essa crítica irá influenciar outras áreas de conhecimento, tais como a história, a linguística e a sociologia³⁴.

Ora, o caminho constantemente seguido nesse desenvolvimento da filosofia das ciências nos fornece, imediatamente, como diretriz essencial, o dado de que a crítica de uma disciplina determinada deve ser feita a partir dos seus princípios internos e próprios e não se pode lograr o feito senão através dos esforços dos seus especialistas. Pode-se crer, portanto, que os princípios da filosofia geral contêm os germens de todas as metodologias particulares e que compete aos filósofos desenvolver esses germens colocando à disposição dos especialistas os elementos necessários para permiti-lhes penetrar as realidades concretas que eles devem fazer valer³⁵. Destarte, os especialistas se demonstraram os mais aptos a captar do profundo dos seus estudos o método essencial ao progresso de suas disciplinas. Não poderia ser diferente para o direito, embora haja uma tendência de colocá-lo fora do campo de aplicação dos métodos científicos³⁶. As questões que F. GENY se põe são elucidativas da problemática que o jurista quer enfrentar:

Quelle est la nature propre du droit objectif considéré, en fait, comme élément intégrant de la réalité sociale? Est-il objet de connaissance, ou simple matière à pratique, ou plutôt même, l'un et l'autre à la fois? [...]

Mais, surtout, quels seront, em notre domaine, les rapports de la connaissance à l'action? Celle-ci ne prendra-t-elle pas finalement le pas sur la première? Ou pourra-t-on faire à chacune sa part, en délimitant avec précision leurs spheres d'influence respectives? [...]

Quelle importance assigner, du même point de vue, à l'abstraction et à la généralisation? Quel rôle faire jouer, dans le droit, aux définitions, aux divisions, aux jugements, aux diverses sortes de raisonnements, aux hypotheses, aux theories, aux systèmes? Qu'appelons-nous exactement constructions juridiques? Quel usage en pouvons-nous faire? Quel abus en devons-nous éviter? [...]³⁷

De qualquer forma, como salienta R. ORESTANO, “ciência” ou “não ciência”, essa incerteza não compromete a existência da atividade que continua a se desenvolver, constituindo, por isso mesmo, um dado que é história e que se situa na história³⁸.

³⁴ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, 1913, pp. 2-3.

³⁵ *Idem*, p. 4

³⁶ *Idem*, p. 8.

³⁷ F. GENY, *Science*, op. cit., pp. 11-12.

³⁸ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 24.

M. KASER tratando de método, em particular do método dos juristas romanos, observa que os ordenamentos jurídicos podem ser agrupados em dois tipos fundamentais, *i.e.*, aqueles que constituem um sistema de normas jurídicas fechado ou os que se constituem em um conjunto de soluções a problemas jurídicos que, na maioria das vezes, decorrem de casos práticos. Pode-se vislumbrar na primeira categoria os direitos do continente europeu, no âmbito dos quais as matérias jurídicas se encontram reguladas em vastas codificações; ao passo que na segunda categoria podemos indicar o *case law method* do direito inglês e anglo-americano, e, no passado, o direito romano. Contudo, deve-se salientar que nenhum desses tipos atua hoje de forma pura, pois, nos direitos continentais a interpretação, a complementação e a reelaboração das matérias ordenadas em leis se realizam dentro das categorias conceituais e com os meios do direito casuístico; por outro lado, os direitos anglo-saxões possuem em seu *statute law* porções importantes de direito regulado. Estes dois tipos de ordenamentos jurídicos podem ser classificados quanto ao método de pensar o direito em método axiomático e método tópico. O pensamento axiomático, servindo-se da dedução lógica, faz derivar todas as máximas e conceitos de um sistema de normas e conceitos raízes que por serem axiomas não são susceptíveis, nem necessitam, de ulterior fundamentação. Tanto os axiomas que se encontram no topo deste ordenamento como os conceitos básicos devem estar conformados de tal maneira que uns não excluam outros, tampouco, sejam deduzíveis de outros nem do conjunto do sistema, porém, todas as demais normas do sistema devem poder ser deduzidas deste. Essa fundamentação lógica é susceptível de realização no campo da lógica formal, mas não o é no campo da lógica material, muito menos no Direito. Existem setores que fogem de uma sistematização completa, posto que contêm múltiplos elementos de natureza material e, portanto, não são puramente lógicos, mas exigem uma valoração e uma mensuração. Tudo isso tem importância para o Direito, no qual as normas diretrizes e conceitos fundamentais não são determinados de antemão, pois que a sua escolha é arbitrária, posto que são os órgãos dos quais o direito emana quem os configuram e os moldam, segundo critérios políticos-jurídicos. Observe-se, ademais, que na atuação dos sistemas jurídicos podem aparecer elementos materiais que por sua própria natureza são imprescindíveis à Ciência do Direito. Frente ao pensamento axiomático se encontra a tópica, *i.e.*, a técnica de pensar a partir do problema. A tópica não parte do sistema como um todo, a partir do qual, por dedução, podemos retirar a norma a ser aplicada ao caso concreto, ao contrário, a tópica parte do próprio caso para encontrar a solução ao problema jurídico concreto. Busca as premissas que possam servir para resolver o caso e tenta, desse modo, chegar às diretrizes gerais, aos conceitos-guia que permitam a indução da decisão, são esses

os *topoi*. A tópica é o método característico de toda elaboração jurídica que parte do problema concreto, *i.e.*, de ordenamentos jurídicos casuísticos, tais como o inglês e o romano, com a ressalva de que não há uma separação nítida, na atuação desses, entre os dois métodos, o tópico e o axiomático, já que os direitos codificados, para sua complementação e reelaboração, usam a tópica³⁹.

2.1.1 A ciência do direito romano

O direito romano foi construído, paulatinamente, a partir do caso concreto; sendo este, portanto, um direito casuístico, principalmente na época arcaica, tanto que há quem compare a experiência romana arcaica com o *common law*⁴⁰; trata-se de um direito sempre vinculado à realidade concreta dos homens. Essa concretude do direito romano é um elemento que os juristas romanos, não obstante o inevitável desenvolvimento da *scientia iuris*, tentaram preservar no decorrer dos séculos.

2.1.1.1 O método dos juristas romanos

A tópica é o método característico de toda elaboração jurídica que parte do problema concreto, pois, o aspecto mais importante da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que se orienta para o problema. Imprescindível para a compreensão da tópica o pensamento de Aristóteles que inicia o célebre texto *Tópica*, uma das seis obras aristotélicas que foram reunidas no *Organon*, afirmando (Top. I, 1):

O propósito desse tratado é descobrir um método que nos capacite a raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie. Devemos, portanto, começar por dizer o que é o silogismo e quais tipos dele existem, para possibilitar que o silogismo dialético seja apreendido, já que é a busca deste que empreenderemos no presente tratado⁴¹

Analisando o texto aristotélico ressalta T. VIEHWEG que se trata de um assunto retórico, contudo, a pretensão de Aristóteles é filosófica, posto que ele sublinha, de pronto, que, no sentido da sua doutrina, tratar-se-á somente de conclusões (silogismo) dialéticas e não apodícticas. Distingue Aristóteles, várias vertentes: 1. A conclusão apodíctica é aquela que

³⁹ M. KASER, *Unde Methode der römischen Juristen*, trad. esp. Juan Miguel, *En torno al método de los juristas romanos*, Colección Derecho y Sociedad, México-D.F., Coyacán ed., 2013, pp. 11-17.

⁴⁰ L. FRANCHINI, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law'*, in *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 10, 2011-2012- Tradizione Romana. Disponível [on-line] in <http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaica-common-law.htm>. [14/01/2019]

⁴¹ ARISTÓTELES, *Organon*, tradução, textos adicionais e notas Edson Bini, Bauru, SP, Edipro, 2005, pp. 347-348.

decorre de premissas verdadeiras e primárias, ou daquelas proposições cujo conhecimento procede, por sua vez, de proposições verdadeiras ou primárias; 2. Uma conclusão dialética (silogismo dialético) é aquela obtida a partir de opiniões de aceitação geral; 3. Uma conclusão erística (silogismo polêmico) é aquela que se funda em opiniões que, embora pareça receber aceitação geral, de fato não recebem, pois, nem toda opinião que parece receber aceitação geral realmente a recebe; 4. Existem, ainda, os “pseudosilogismos” fundamentados em proposições próprias de determinadas ciências. Em suma, sublinha T. VIEHWEG, pode-se dizer que as conclusões do ponto 1 constituem o domínio próprio da Filosofia; as do ponto 2 pertencem ao campo da disputa; as concernentes aos pontos 3 e 4 são casos particulares⁴².

Aristóteles fixa uma distinção do que é apodítico, em relação ao que é dialético⁴³, são conclusões dialéticas aquelas que possuem como premissas opiniões respeitadas e verossímeis, das quais se possa presumir a aceitação (*endoxa*). *Endoxa*, segundo Aristóteles, “são aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles (Top. I, 1)”⁴⁴. O filósofo parte, portanto, da concepção de que a tópica tem por objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião respeitável. *Topoi* são para Aristóteles pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser utilizados a favor ou contra ao opinável e podem conduzir à verdade⁴⁵. Frente ao método axiomático se encontra a tópica.

O pensar axiomático é aquele que se servindo de deduções lógicas fixa as máximas e os conceitos de um sistema de normas e conceitos raízes, denominados axiomas que não são susceptíveis, nem necessitam sequer, de ulterior fundamentação; tanto os axiomas que se encontram no topo desse ordenamento como os conceitos básicos não podem se excluir

⁴² T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, trad. port. Kelly Susane Alflen da Silva, *Tópica e Jurisprudencia. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 23

⁴³ N. Abbagnano, em seu dicionário de filosofia, salienta que “Esse termo, que deriva de diálogo, não foi empregado, na história da filosofia, com significado unívoco, que possa ser determinado e esclarecido uma vez por todas; recebeu significados diferentes, com diversas inter-relações, não sendo redutíveis uns aos outros ou a um significado comum. Todavia, é possível distinguir quatro significados fundamentais: Primeira Dialética: como método da divisão; Segunda Dialética: como lógica do provável; Terceira Dialética: como lógica; Quarta Dialética: como síntese dos opostos. Esses quatro conceitos têm origem nas quatro doutrinas que mais influenciaram a história desse termo, mais precisamente a doutrina platônica, a aristotélica, a estoica e a hegeliana. Ver N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 1971, trad. port. Alfredo Bosi, 1 edição, Ivone Castilho Benedetti, revisão da tradução e tradução de novos textos, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 269.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Órganon*, op. cit., p. 348.

⁴⁵ T. VIEHWEG, *Topik*, op. cit., pp. 24-26.

reciprocamente, nem tampouco serem deduzíveis de outros nem do conjunto do sistema; ademais, todas as demais normas do sistema devem poder ser deduzidas deste; somente um ordenamento assim concebido é um ‘sistema’ no sentido aristotélico⁴⁶. A tópica, por sua vez, é a *techné* do pensar que se orienta para o problema, a tópica não parte do sistema como uma totalidade a partir da qual podemos por dedução retirar a norma concreta que contém a solução do caso, ela parte do próprio caso, buscando as premissas que possam servir para resolver o caso e tenta, desse modo, chegar nas diretrizes gerais, nos conceitos guia, que permitam induzir a decisão; esses são os *topoi*. A tópica é a arte de encontrar tais *topoi*. Essas ideias guias não são, porém, de antemão, verdades válidas e unívocas, pois, o seu sentido e alcance podem ser problemáticos. Compreende-se, portanto, que a tópica seja por excelência o modo de raciocinar as controvérsias jurídicas, e se compreende também por que agradou tanto a Cícero, pois nos litígios jurídicos a decisão, com frequência, não se deduz de uma verdade única e segura⁴⁷.

Do ponto de vista histórico a *Tópica* de Cícero, em relação a de Aristóteles, teve uma maior influência; a obra foi escrita em 44 a.C. pouco antes do assassinado do seu autor, a cerca de 300 anos após o texto de Aristóteles. O nível da tópica de Cícero, no entender de T. VIEHWEG, é inferior à tópica aristotélica, contudo, o texto é muito importante devido à grande influência que exerceu, assim como por ser um documento da espiritualidade do mundo antigo. Este é de particular interesse para os juristas visto que Cícero se dirige a um jurista *C. Trebatius Testa*. Com efeito, Cícero narra que estando ele e *Trebatius* prestes a escrever obras importantes, foram afastados deste propósito quando *Trebatius* encontrando uma cópia da *Tópica* de Aristóteles, pergunta ao grande orador do que tratava a obra e Cícero explica que se trata de uma doutrina, elaborada por Aristóteles para se achar os argumentos úteis a uma disputa, demonstrando *Trebatius* um grande interesse pelo tema. Observa o jurista de Lipsia que a distinção entre o apodítico e o dialético, tão importante na construção aristotélica, perde importância na elaboração de Cícero⁴⁸. Encontra-se na obra ciceroniana uma outra distinção, decorrente da influência estoica, que se tornará bem importante nas elaborações posteriores:

Top. 6 <i>Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram</i>	Top. 6 Já que toda a diligente razão do disputar tem duas partes, uma de invenção, a outra de
--	--

⁴⁶ M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 12-13.

⁴⁷ M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 14-15.

⁴⁸ T. VIEHWEG, *Topik* op. cit., p. 28.

<p><i>iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikón appellant, inveniendi artem quae topikó dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt.</i></p>	<p>juízo, parece-me que Aristóteles seja o príncipe de uma e da outra. Os estoicos se esforçaram na segunda, posto que investigaram diligentemente as vias dos juízos através daquela ciência que denominam Dialética, desprezaram totalmente a arte da invenção que se denomina Tópica que é bem mais importante no uso, e certamente a primeira na ordem da natureza [nossa tradução]</p>
--	---

Cícero considera essas duas partes de extrema utilidade, portanto, o orador se propõe tratar de uma e da outra:

<p>Top. 7</p> <p><i>Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur. Ut igitur earum rerum quae absconditae sunt demonstrato et notato loco facilis inventio est, sic, cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus; sic enim appellatae ab Aristotele sunt eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur.</i></p>	<p>Top. 7</p> <p>Com efeito nós, já que uma grande utilidade existe em uma e na outra, cogitamos tratar de uma e da outra, começaremos daquela que é a primeira. Pois que é fácil a descoberta daquelas coisas que estão escondidas, logo que o lugar seja manifesto e indicado, assim quando queremos investigar algum argumento temos que conhecer os lugares; já que assim são denominados por Aristóteles, quase as sedes das quais se retiram os argumentos [nossa tradução]</p>
---	---

Esclarece, ainda, Cícero que esses “lugares” são de dois tipos aqueles relacionados diretamente com o assunto tratado, outros extrínsecos ao assunto.

<p>Top. 8</p> <p><i>Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem. Sed ex his locis in quibus argumenta inclusa sunt, alii in eo ipso de quo agitur haerent, alii assumuntur extrinsecus. In ipso tum ex toto, tum ex partibus eius, tum ex nota, tum ex eis rebus quae quodam modo affectae sunt ad id de quo quaeritur. Extrinsecus autem ea ducuntur quae absunt longeque disiuncta sunt.</i></p>	<p>Top. 8</p> <p>Consequentemente é lícito definir o lugar como sendo a sede do argumento, e o argumento, pois, a razão que traz certeza naquilo que é duvidoso. Mas desses lugares nos quais estão aprisionados os argumentos, alguns são inerentes àquilo do qual se discute, outros se tomam de fora. Então se retiram seja do todo, seja das suas partes, seja da sua característica, seja daquelas coisas que de alguma forma estão em contato com aquilo sobre o qual se discute. Extrínsecos, ao invés, consideram-se aqueles que estão distantes e estão muito separados [nossa tradução]</p>
---	---

Os *topoi*, portanto, são técnicos, aqueles relacionados propriamente ao assunto, ou são ‘atécnicos’ que não ensinam arte alguma. Os *topoi* da primeira espécie se referem ao todo ou só a determinados aspectos relacionados. No caso em que estes levem em consideração o todo, este se específica ou como todo, *i.e.*, a definição, ou como referência às suas partes, *i.e.*, a divisão, ou em relação ao seu étimo, *i.e.*, a etimologia. Quando os *topoi* tomam em consideração aspectos relacionados ou trata-se de nexos linguísticos ou são relativos aos seguintes aspectos: 1. Gênero; 2. Espécie; 3. Semelhança; 4. Diferença; 5. Contraposição; 6. Circunstância; 7. Causa; 8. Efeito; 9. Comparação (Top. 11).

<p>Top. 11</p> <p><i>Ducuntur etiam argumenta ex eis rebus quae quodam modo affectae sunt ad id de quo quaeritur. Sed hoc genus in pluris partis distributum est. Nam alia coniugata appellamus, alia ex genere, alia ex forma, alia ex similitudine, alia ex differentia, alia ex contrario, alia ex adiunctis, alia ex antecedentibus, alia ex consequentibus, alia ex repugnantibus, alia ex causis, alia ex effectis, alia ex comparatione maiorum aut parium aut minorum.</i></p>	<p>Top. 11</p> <p>Os argumentos também se extraem daquelas coisas que de algum modo estão ligadas àquilo sobre o qual se debate. Mas esse gênero se divide em várias partes. Com efeito, alguns denominamos afins, outros deduzimos do gênero, outros da forma, outros da diferença, outros do contrário, outros das circunstâncias concomitantes, outros dos antecedentes, outros dos consequentes, outros dos incompatíveis, outros das causas, outros dos efeitos, outros da comparação com os maiores, com os pares e com os menores [nossa tradução]</p>
--	---

Já Aristóteles havia esboçado na sua tópica uma teoria da dialética, no âmbito da qual ele elaborava um catálogo de tópicos estruturados, de modo flexível, e aptos a fornecer relevantes serviços à prática. É exatamente isso que interessa a Cícero, pois, ele entende a tópica como uma prática da argumentação que utiliza um catálogo de tópicos que ele se esforça em elaborar. Aristóteles trata, ainda que não de modo exclusivo, da elaboração de uma teoria, para Cícero o que importa é a aplicação de um catálogo de *topoi*; o primeiro, busca os fundamentos, o segundo se preocupa com os resultados. Observa T. VIEHWEG que as exposições lógicas de Cícero são particularmente insatisfatórias, entretanto, ele evidencia algo que será fundamental na construção da jurisprudência, pois, os catálogos de *topoi* que são utilizados ao longo dos séculos são tidos muito próximos a Cícero, já que procuram explicitar de forma mais original a sua classificação. Note-se, ainda, que não existem somente os *topoi* aplicáveis universalmente, dos quais se ocupam Aristóteles e Cícero, há, também, aqueles que são aplicáveis a uma determinada área do saber; os primeiros se aplicam a todos os problemas pensáveis e representam as generalizações mais amplas, os

segundos, ao contrário, servem somente a um determinado âmbito de problemas, embora, a função dos *topoi* seja a mesma em ambos os casos. Destarte, existem, *v.g.*, os *loci communes* jurídicos retirados do *Corpus Iuris Civilis*⁴⁹.

2.1.1.2 A construção do sistema

Os juristas, assim como o historiador do direito privado, quase sempre acreditam saber o que se deve entender por ‘sistema’, tais como o sistema de um moderno Código Civil, o sistema pandectístico, o sistema da Instituições de Gaio. As concepções tradicionais de sistema são aplicações convencionais, baseadas em um conceito geral de sistema, discutido pela moderna Teoria da Ciência; como primeiro direcionamento pode ajudar o conceito de Kant segundo o qual o sistema interno é a unidade de um campo do conhecimento a partir de uma ideia diretriz. F. WIEACKER, considera sistema uma estrutura de entidades que satisfaz os seguintes requisitos: a) que pode compreender todos os elementos da sua classe; b) em relação ao externo, permanece fechado a todos os fenômenos estranhos ao sistema, *i.e.*, é uma estrutura autárquica; c) em relação ao seu interno, seus elementos deverão ser coerentes e consistentes. Os elementos de tais sistemas podem ser objetos reais, mas também outras entidades, como proposições de fé de uma teologia sistemática; no caso da Ciência do Direito, teremos os conceitos fundamentais e as normas de um sistema de direito privado⁵⁰.

Na Ciência do Direito da Antiguidade ocidental encontramos dois tipos de sistema de conceitos que pareceriam, aparentemente, desvinculados de problemas e triviais. De um lado, uma sucessão externa de elementos desconexos, que no máximo aparentam ser uma associação de objetos. Nesse sentido, fala-se, no direito romano, de sistema das XII Tábuas, do sistema do *ius civile* em Q. Mucio ou Sabino, de sistema do *Edictum* ou da compilação legislativa de Justiniano, nas *Pandectas* e no *Codex*. Por outro lado, encontramos a organização dialética de um campo do saber através a completa classificação e definição de seus elementos. As bases para construção desses sistemas foram postas pela aplicação da dialética platônico-aristotélica em diferentes áreas do saber, essa aplicação a disciplinas determinadas possibilitou o ensino das mesmas, criando o tratado sistemático, representado pelo *organon* do sistema pedagógico ecumênico da *egkylos paideía*, que irá sobreviver no *Triuvium* e no *Quadrivium*. As Institutas de Gaio, e seus derivados, representam na ciência do direito antiga esse modelo. Os sistemas dialéticos desse tipo tendem a obter as

⁴⁹ T. VIEHWEG, *Topik* op. cit., pp. 29-30; p. 37-38.

⁵⁰ F. WIEACKER, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudência romana*, trad. esp. José Luis Linares in *Derecho romano y ciência jurídica europea. Sección Libra*, v. 4, Granada, 1998, pp. 13-14.

proposições científicas a partir das classes e definições obtidas por indução. Destarte, compreende-se que as proposições assim elaboradas nas ciências positivas (*epistemai*) e nas ciências práticas do comportamento (*téchnai, artes*), não possuem uma vigência apodítica porque a contingência natural, histórica ou social de seus objetos permite somente uma razoável plausibilidade desses juízos (*endoxa*)⁵¹.

O Direito romano manteve sempre o caráter de casuística jurídica e é certo que mesmo tendo produzido direito codificado, nos tempos mais primitivos, a Lei das XII Tábuas, no final da idade antiga, o *Corpus Iuris Civilis*, esse se caracteriza pelo fato de que o conjunto das ideias jurídicas decorrem dos problemas casuísticos que, paulatinamente, os juristas expõem e resolvem; o direito legal representa um limite bastante elástico na elaboração criadora do direito por parte dos juristas⁵². F. SCHULZ tratando das fontes de produção do direito, em particular da Lei, nota que o material jurídico criado em Roma por meio de declarações estatais possui extensão deveras pequena, certamente na vida jurídica primitiva dos povos o direito posto pela autoridade estatal tem pouca importância, mas disso não se pode concluir que esses povos tenham tido uma antipatia por esse modo de produção do direito; ademais, se em 500 anos de alta cultura jurídica, do final das guerras púnicas até Diocleciano, a promulgação estatal do direito ficou em segundo plano e circunscrita a determinadas funções, pode-se inferir o princípio de que a concepção romana é fundamentalmente contrária à codificação, assim como em relação à legislação particular se mantém certa reserva. O povo do direito, diz F. SCHULZ, não é o povo da lei⁵³.

Os caminhos trilhados pelos juristas romanos na elaboração do seu direito, no âmbito desse estilo casuístico, não se configuram pela adoção de métodos racionais de indução ou de dedução, o que se nota em primeiro plano é a intuição, *i.e.*, chega-se a uma determinada decisão através de uma compreensão imediata que não necessita de uma argumentação; a individuação da solução exata se baseia em dois tipos de fundamentos que se compenetraram intimamente: a) o sentimento jurídico material e b) a enorme experiência adquirida ao longo do tempo com um constante esmerado labor. O sentimento jurídico é, na realidade, um elemento psicológico que permite encontrar a solução justa que corresponda ao caso específico, *i.e.*, que corresponda à Justiça material e, com ela, a uma Ética especificadamente jurídica. A experiência, segundo M. KASER, mostra que esse sentimento está presente, em

⁵¹ *Ibidem*, pp. 14-15.

⁵² M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 20-21.

⁵³ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, Duncker & Hum, 1934, trad. ital. Vincenzo Arangio-Ruiz, *I principi del diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1946; reimpressão, Firenze, Casa Editrice Le Lettere, 1995, pp. 5-6.

diferentes medidas, nas pessoas; assim o sentido romano para a realidade da vida lhes permitia encontrar sempre os meios mais idôneos para realizar seus propósitos. Esse realismo os conduzia a soluções que se ajustavam perfeitamente à natureza das coisas e, portanto, à normatividade interna da matéria tratada. A tudo isso, acrescente-se o bem conhecido tradicionalismo dos romanos que buscava manter os costumes que tinham resistido ao longo de várias gerações. O *mos maiorum* criou um quadro bem claro das instituições, da sociedade e de seus fundamentos que, em parte, já estavam respaldados por preceitos e proibições. Com o passar do tempo, formou-se uma rica experiência que, conjuntamente com o *sensus iudicis*, M. KASER qualifica como fundamento do conhecimento intuitivo do direito; a totalidade desse saber vindo da experiência, colocada à prova constantemente, com novos casos, foi assimilada tão perfeitamente pelos juristas que eles podiam encontrar as soluções sem necessitar de um trabalho consciente a nível de pensamento; com a experiência acumulada e com o fino sentimento jurídico, que se educa com ela, conseguem os juristas a enorme segurança que caracteriza o trabalho dos clássicos⁵⁴.

O *ius civile vetus*, sistema normativo que constituiu, no período pré-clássico, a coluna dorsal do ordenamento jurídico, teve como fontes os *mores maiorum* (costumes e tradições dos antepassados), as *leges* do *ius legitimum vetus* e a *interpretatum prudentium*, atividade que, inicialmente, foi desenvolvida pelos Pontífices e, lentamente, tornou-se uma atividade de juristas laicos, os *iuris prudentes*⁵⁵.

Não obstante a vinculação estreita com a realidade, uma das características da jurisprudência romana, nesse período, principalmente na esfera do direito privado, é a capacidade de generalizações abstratas, apesar da completa ausência de definições, de formulações de princípios abstratos e de um ordenamento sistemático⁵⁶. Anota M. KASER que ao lado das normas de conteúdo concreto, tão frequentes e claras para os juristas romanos, encontram-se outras normas formuladas de modo muito geral, denominadas pelos próprios romanos *regulae*; os romanos adquiriram desde cedo o talento de formar juízos gerais, de conteúdo jurídico; as XII Tábuas atestam esse talento, embora os precedentes gregos tenham favorecido a elaboração dessas normas. O impulso na produção das *regulae*, foi devido, certamente, ao encontro entre a jurisprudência romana e a filosofia grega⁵⁷.

⁵⁴ M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 21-28.

⁵⁵ A. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001, pp. 95-96.

⁵⁶ F. SCHULZ, *History of Roman Science*, Oxford, At the Clarendon Press, 1953, trad. ital. de Guglielmo Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968, p. 63.

⁵⁷ M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 33-34.

Como sistema mais antigo, anota F. WIEACKER, pode-se encontrar a sucessão expositiva externa que davam os velhos autores do *ius civile* aos materiais que tinham diante de si, tais como, *leges*, formulários processuais e negociais, assim como os *responsa*. Esse velho *ordo iuris* parece decorrer da disposição externa que, por volta do ano 200 a.C., oferecia a *Tripertita* de Sexto Élio Peto da tradição das XII Tábuas. A sucessão das matérias das XII Tábuas determinou tanto a legislação republicana posterior quanto as exposições literárias de conjunto do *ius civile*. Os dois sistemas externos surgidos a partir das XII Tábuas, o do *ius civile* e aquele do Edito, seguiram sendo, até a legislação justinianeia, o princípio expositivo dominante. Em oposição a esse sistema externo, formulou-se a pretensão de uma ordenação conceitual do conhecimento dos juristas, *i.e.*, a aplicação daquela teoria grega que perseguia a transformação do conhecimento romano-antigo, oriundo da experiência, em uma Epistème, susceptível de ser ensinada⁵⁸.

O período arcaico termina no III século, quando a influência da filosofia grega irá abrir uma nova fase na *iuris prudentia* romana. Na realidade, a ciência jurídica romana sempre foi influenciada pela cultura grega, mas somente nos dois últimos séculos da República essa influência se correlaciona com o movimento que denominamos de Helenismo⁵⁹, no que concerne à ciência do direito a utilização do método diairético ou dialético⁶⁰, por parte dos juristas romanos, dará início ao longo processo de sistematização do direito romano e à criação de uma específica *scientia iuris*.

O problema da sistemática começa a ser enfrentado pela *iuris prudentia* laica desde o último século da *Res publica*, quando os juristas, até então comprometidos com o *respondere*, com o *cavere*, com o *agere*⁶¹ e com a *interpretatio*, começam a dar uma ordem às próprias elaborações, operando agrupamentos e estabelecendo nexos que a partir de cada

⁵⁸ F. WIEACKER, *Fundamentos* op. cit., pp. 16-19.

⁵⁹ F. SCHULZ, *History*, op. cit., p. 75

⁶⁰ O termo, que deriva de diálogo, não foi empregado na história da filosofia de forma unívoca, recebeu significados diferentes, com diversas interrelações, não sendo redutíveis uns aos outros ou a um significado comum. Todavia é possível distinguir quatro significados fundamentais: 1. Dialética como método de divisão (Platão); 2. Dialética como lógica do provável (Aristóteles); 3. Dialética como lógica (Estóicos); 4. Dialética como síntese dos opostos (Idealismo romântico-Hegel). Ver verbete *Dialética* in N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 1971, trad. port. A. Bosi, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, pp. 269-274.

⁶¹ CÍCERO, *De oratore*, 1.48.212: [...] “Sin autem quaereretur quisnam iuris consultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset, et ex eo genere Sex. Aelium, M'. Manilium, P. Mucium nominarem”. M. Talamanca ensina que o *respondere* consiste em dar conselhos aos privados, aos magistrados ou aos juízes. *Responsum* o termo que compreende qualquer tipo de solução jurídica, relativa a a qualquer gênero de questões negociais ou processuais. O verbo *agere* indica a composição dos esquemas processuais que os juristas elaboravam diante de um pedido dos magistrados ou privados. Por fim, o verbo *cavere* designa a elaboração de modelos de testamento, contratos consensuais, pactos pretórios

fattispecie conduzissem à formação de princípios gerais⁶². Os juristas laicos eram aqueles que, dando continuidade à atuação dos juristas-sacerdotes, tinham como função social responder às consultas dos interessados que os procuravam em virtude de sua *auctoritas*. M. BRUTTI ensina que o *respondere* consistia em dar conselhos aos privados, aos magistrados ou aos juízes. *Responsum* é um termo que compreendia qualquer tipo de solução jurídica, relativa a quaisquer gêneros de questões negociais ou processuais. O verbo *agere* indicava a composição dos esquemas processuais que os juristas elaboravam diante de um pedido dos magistrados ou dos privados. Por fim, o verbo *cavere* designava a elaboração de modelos de testamento, contratos consensuais, pactos pretórios⁶³.

Os textos, porém, que enfrentam de forma explícita e bastante analítica as questões relativas às transformações do *ius civile* in uma *téchnē* ou *ars* não são de um jurisconsulto mas de um advogado, Marco Túlio Cícero. Obras fundamentais de Cícero, nesse tema, são o *De oratore* (55 a.C.), que trata da ciência necessária ao orador, e o *Brutus* (46 a.C.), que verte sobre a história da eloquência romana. O período entre 75 e 63 a.C., que se encerra com a repressão a causa da conspiração de Catilina, é aquele de maior importância política de Cícero, momento em que a sua atividade é muito intensa também do ponto de vista da oratória, tendo o seu ápice com as quatro orações *In Catilinam*. Logo após começa, no que concerne à política, a sua parábola descendente que irá se acentuar a partir da instauração, em 60 a.C., do denominado primeiro triunvirato. Em 58 a.C. Cícero é enviado para o exílio por ordem do tribuno Clódio, com a *lex de exilio Ciceronis*, baseada na ilegalidade que ele teria cometido, quando era cônsul, na repressão da citada conspiração, ilegalidade constitucional do *sc. ultimum*, que tinha sido o fundamento daquela repressão. Depois do retorno a Roma em 57 a.C., durante dois anos o famoso orador retoma as suas atividades de patrocínio judiciário, permanecendo à margem da política, principalmente, após o ano de 55 a.C., quando se verifica a renovação do primeiro triunvirato entre Pompeu, César e Crasso. É próprio no inverno de 55 a.C. que podemos colocar o início da composição do diálogo *De*

⁶² R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 39.

⁶³ M. BRUTTI, *La giurisprudenza romana*, in M. TALAMANCA (coord.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 290-291; cf. F. EPPRECHT DOUVERNY, *Agere, cavere, respondere: a atividade consultiva dos juristas romanos como fonte do direito*, Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, p. 104 ss.

Disponível [on-line] in

file:///D:/users/MYRIAM/Downloads/DISSERTACAO_FINAL_Felipe_Epprecht_Douverny.pdf [19-01-2019]

oratore que Cícero concluirá antes do mês de setembro daquele ano. Trata-se, pois, de uma obra da plena maturidade⁶⁴.

Desde Platão, o debate sobre as *technai* foi tema central da cultura antiga ocidental, portanto, é difícil não imaginarmos que os grandes juristas romanos, a partir da metade do II século a.C., não conhecessem o tema, tais como Quinto Múcio Cévola, a quem o jurista Pompônio, em D. 1.2.2.41, atribui a honra de ter criado a ciência do direito⁶⁵, utilizando o método das divisões (o raciocínio por gênero e por espécies) teorizado por Platão nos diálogos *Fedro* (265d-266c), *Político* (263b; 285 a-b) e *Sofista* (253 a-e); ou ainda, Sêrvio Sulpício Rufo que, no entender de Cícero⁶⁶, seria o verdadeiro iniciador da ciência do direito. Se de um lado podemos imaginar uma consciência por parte dos juristas romanos da tarda república quanto à sistematização do direito, que é basicamente direito civil, mais difícil, na ausência de fontes que o atestem, é supor a existência de um debate no seio da *iuris prudentia* romana⁶⁷.

É no campo da educação jurídica que os romanos se encontram diante de um problema: até que ponto se devia ceder as tendências pedagógicas do helenismo, no sentido de um conhecimento sistemático, seguindo-se programas fixos e uniformes; ao romano do século II, releva F. SCHULZ, isso parecia ser uma coisa contrária ao seu espírito, pois, como atesta TÁCITO⁶⁸ o método tradicional da instrução jurídica consistia em apreender na prática,

⁶⁴ M. TALAMANCA, *Problemi del "De oratore"*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina*, 17/2004, Modena, Mucchi Editore, 2004, p. 3.

⁶⁵ D. 1.2.2.41: *Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo* - Depois deles Quinto Múcio, filho de Públio, pontífice máximo, o primeiro a constituir o *ius civile* por categorias, redigindo-o em dezoito livros. Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 36.

⁶⁶ CÍCERO, *Brutus* 41.152-42.153: "E allora Bruto: 'credi davvero?' - disse- Anteponi anche a Quinto Scevola il nostro Servio?'. Proprio così, Bruto - gli dissi - io penso che Scevola e molti altri abbiano avuto una grande pratica del diritto civile, ma solo lui una conoscenza scientifica: alla quale per altro non sarebbe mai giunto attraverso il solo sapere giuridico, se non avesse appreso in più quella scienza che insegna a dividere un tutto in parti, a spiegare definendo le essenze nascoste, a chiarire interpretando ciò che è oscuro, a vedere innanzi tutto le ambiguità, e quindi a precisarle, e infine a formare un criterio attraverso il quale giudicare il vero e il falso e quali conseguenze si possono trarre e quali no, date certe premesse. Egli infatti applicò questa scienza, la più importante di tutte, come una fonte di luce, a quel diritto che agli altri era confusamente applicato nei responsi e nelle azioni giudiziarie". Tradução ital. in A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 55.

⁶⁷ V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino Giappichelli, 1997, pp. 5-6.

⁶⁸ TÁCITO, *Dialogus de oratoribus*, 34: "Ergo apud maiores nostros iuvenis ille, qui foro et eloquentiae parabatur, imbutus iam domestica disciplina, refertus honestis studiis deducebatur a patre vel a propinquis ad eum oratorem, qui principem in civitate locum obtinebat. Hunc sectari, hunc prosequi, huius omnibus dictionibus interesse sive in iudiciis sive in contionibus adsuescebat, ita ut altercationes quoque exciperet et iurgiis interesset utque sic dixerim, pugnare in proelio disceret", "Então, junto aos nossos antepassados, aquele jovem destinado à eloquência no foro, forjado por uma educação doméstica, enriquecido por bons estudos, era conduzido pelo pai ou pelos parentes àquele orador que ocupava a mais insigne posição em Roma. Tinha que se habituar a frequentá-lo, a escoltá-lo em público, estar presente em todos os seus discursos seja no tribunal,

acompanhando um orador de prestígio na sua atividade cotidiana, não se utilizava uma instrução sistemática de tipo helenístico com lições acadêmicas e exercícios. Os *iurisconsulti* não discutiam com os discípulos concepções fundamentais como a justiça, o direito, a ciência jurídica. O aluno tinha que ser inserido na atividade prática, aquilo que ele aprendia lentamente não era a filosofia do direito, nem a teoria do método jurídico, mas simplesmente a arte de se decidir o caso concreto, e o seu mestre não era uma escola, mas a vida áspera e mutável. Nem mesmo o jurista Sêrvio Sulpício Rufo, que segundo Cícero dará início à *scientia iuris*, abandonou o método tradicional de se ensinar o direito⁶⁹.

Leciona R. ORESTANO que a tendência dos juristas romanos em querer dar uma ordem às próprias construções foi, na maioria das vezes, ditada por uma exigência didática que se desenvolveu em um ambiente cultural fortemente influenciado pela dialética aristotélica. Esse movimento encontra um concreto testemunho nos esforços que a *iuris prudentia* fez entre o final da república e o início do império para individuar critérios sistemáticos que pudessem servir a ordenar a matéria dentro das obras expositivas. Os resultados são, segundo o autor, evidentes, principalmente, na elaboração e no manuseio do *ius civile*, mormente, na literatura didática, a partir da qual emerge a sistemática baseada na conhecida tripartição *personae, res, actiones*, utilizada por Gaio. A sistemática, porém, não constituirá um elemento característico da *iuris prudentia*; uma grande parte da literatura jurídica da época clássica desenvolver-se-á na forma de comentários a normas escritas, nos quais a ordem seguida é aquela do próprio texto comentado; entre todos os comentários, destacam-se os comentários ao *edictum*, elaborados segundo a ordem do próprio Edito pretório, *i.e.*, uma ordem em que a distribuição dos argumentos nas rubricas e nos títulos, os agrupamentos, a divisão em partes e a sequência destas, em definitiva toda a sistemática vinha sendo determinada em correlação com a estrutura do processo da *ordo iudiciorum privatorum*⁷⁰ e em função de uma visão processual dos institutos. Essa diretriz não irá mudar na época pós-

seja nas assembleias, de modo que escutasse os debates e participasse das disputas e aprendesse, se assim se pode dizer, a lutar estando dentro da Bataglia [nossa tradução]”.

⁶⁹ F. SCHULZ, *History*, op. cit., pp. 109; 112-113.

⁷⁰ Trata-se do processo introduzido depois das *leges actiones* pela *lex Aebutia* e a *lex Iulia iudiciorum privatorum*, conhecido também como processo formular, conforme atesta Gaio em Gai 4.30: *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt: namque ex nimia subtilitate veterum, qui tunc iura condiderunt, eos res perducta est, ut vel minimum errasset litem perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae leges actiones, effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas, litigaremos* - Mas tôdas estas ações da lei tornaram-se a pouco e pouco odiosas. Pois, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito, chegou-se à situação de, quem cometesse o menor erro, perder a causa. Por isso, aboliram-se as ações da lei pela lei Ebuícia e pelas duas leis Júlias, levando os processos a se realizarem por palavra fixas, *i. e.*, por fórmulas. Tradução port. in A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito romano. Institutas de Gaio e Justiniano*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1951, p. 235.

clássica, em que ao problema do sistema juntar-se-á aquele da ordem das codificações. De fato, quando se começa a elaborar as primeiras compilações privadas (*Codex Gregorianus* e *Codex Hermogenianus*⁷¹) e a compilação oficial (*Codex Teodonianus*⁷²) e foi necessário enfrentar o problema da ordem das matérias, resolveu-se o problema se adotando o esquema dos livros *digestorum* da *iuris prudentia* clássica e, portanto, adotou-se, indiretamente, a ordem edital. A grande difusão do esquema edital sem dúvida propiciou o seu aproveitamento, em linha de máxima, por Justiniano, no VI século, para o seu *Codex* e com algumas modificações no Digesto, enquanto a ordem das *Institutiones* será a mesma das *Institutas* de Gaio⁷³.

Nessa mesma linha de raciocínio, podemos colocar o pensamento de F. WIEACKER quando afirma que o programa de uma *ars iuris* dialética foi utilizado e logrou êxito no ensino teórico do direito e na literatura didática, pois, somente através de Gaio se realizou o modelo helenístico de sistema para o Direito romano, e desde então não desapareceu da literatura jurídica. No que tange à discussão sobre o sistema prevalece o fato de que os esforços para se lograr uma organização dialética do *ius civile* não foi exitosa. Os *genera* de Múcio, de Sérvio e de todos aqueles que os seguiram permaneceram ilhas em um mar de jurisprudência com uma estrutura bem distinta, *i.e.*, a estrutura dos dois sistemas externos individuados por F. WIEACKER, o mais antigo, a sucessão das matérias das XII Tábuas que determinou tanto a legislação republicana posterior como a literatura da exposição do conjunto do *ius civile* até o período clássico, e a ordem do Edito, cuja ordem decorria do sistema das XII Tábuas. O *ordo iuris* conjecturado para o plano externo das exposições de conjunto desde o século II a.C. até o *ius civile* de Sabino, segundo o jurista austríaco, deve ter oposto resistência à transformação dessa tradição em uma *Episteme* organizada segundo as diretrizes da dialética. Os sistemas externos surgidos a partir das XII Tábuas, o do *ius civile* e o do *Edictum*, seguiram sendo, até a compilação de Justiniano, o princípio expositivo dominante. Mesmo após o desaparecimento da raiz romano-arcaica dos *veteres* e, posteriormente, da posição predominante dos comentários tardo-clássicos *ad Sabinum* e ao

⁷¹ Leciona A. Santos Justo que o Código Gregoriano foi uma compilação feita no Oriente entre os anos 291 e 292 por um jurista chamado Gregório ou Gregoriano, contendo *constitutiones* desde Adriano a Diocleciano; o Código Hermogeniano, por sua vez, é uma compilação privada elaborada sempre no Oriente, provavelmente por *Hermogenianus*, nos finais do século III ou começos do século IV, esse contém *constitutiones* de Diocleciano e é vista como um complemento do *Codex Gregorianus*. Ver A. SANTOS JUSTO, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 36.

⁷² O Código Teodosiano, por sua vez, é uma compilação oficial ordenada pelo Imperador Teodósio II. Foi publicada no ano 438 e contém *constitutiones* promulgadas desde 313 até 438, sendo promulgada, no Ocidente, pelo Imperador Valentiniano III, no mesmo ano. Ver A. SANTOS JUSTO, *Breviário*, op. cit. p. 36.

⁷³ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 39-43.

Edito no plano de estudos romano-oriental, esses dois sistemas continuaram a determinar a tradição europeia até o alvorecer do Humanismo⁷⁴.

Não há dúvida, por conseguinte, de que a adoção do método dialético no I século a.C. acarretou uma mudança radical na atividade jurisprudencial romana. O método na filosofia platônica significava o estudo dos gêneros e das espécies. Os gêneros deviam ser estudados através de distinções (*differentia, distinctio, διαίρεσις*) de um lado e, do outro lado, através de síntese da multiplicidade (*συναγωγή, σύνθεσις*). Essa distinção dos gêneros tinha que conduzir à descoberta dos princípios que governavam os gêneros e que explicavam cada caso. A utilização do método dialético, conhecido pelos maiores juristas romanos, através dos seus estudos de filosofia, assim como de matemática, retórica e gramática, levou a *iuris prudentia* ao estudo sistemático dos gêneros e das espécies jurídicas, em particular, Quinto Múcio Cévola, o *pontifex*, e Sêrvio Sulpício Rufo. A *distinctio*, entretanto, representava somente a primeira fase do método, após efetuar as divisões era necessário desvelar os princípios que regiam os *genera*⁷⁵.

O termo técnico para tais princípios é *ῥοι* ou *χανόνες*, em latim *definitiones* ou *regulae*; a adoção da dialética na jurisprudência romana teve como consequência a composição das *regulae iuris*. A busca republicana dos princípios foi denominada de “jurisprudência das regras”, denominação essa não aceita por F. SCHULZ visto que *regula* significa princípio quando consideramos o termo no sentido de máxima breve, segundo o estilo das regras de gramática das escolas. Contudo, entre os princípios romanos encontramos certamente breves formulações proverbiais, mas o termo *regula* ou *definitio* não era limitado somente a essas⁷⁶, com propriedade afirma o jurista *Paulus*, reportando o pensamento de Sabino em Paul. *libro XVI. Ad Plautium*:

<p>D. 50.17.1</p> <p><i>Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevia rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae, simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum</i>⁷⁷</p>	<p>D. 50.17.1</p> <p>A regra é aquela que expõe brevemente a coisa. O direito não é extraído da regra, mas do direito, tal como é, faz-se a regra. Assim, por meio de uma regra se oferece uma breve narração, e como diz Sabino, é como uma explicação do argumento, que tão logo se torne viciada em algo, perde a sua eficácia [nossa tradução].</p>
--	---

⁷⁴ F. WIEACKER, *Fundamentos*, op. cit., pp. 17-21.

⁷⁵ F. SCHULZ, *History*, op. cit., pp. 119-124.

⁷⁶ F. SCHULZ reporta alguns exemplos retirados da obra de Gaio: Gai. 1.83; 2. 68,78, 114; 3.142

⁷⁷ I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano (a doble texto, traducido al castellano del latino)*, t. III, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona 1897, p. 944.

Destarte, os princípios são breves em comparação com a exposição dos fatos de um caso particular. Salienta, ainda, F. SCHULZ que a expressão “jurisprudência das regras” evidencia, somente, a busca dos princípios, deixando de fora a diaíresis. Essa expressão deveria ser trocada por “jurisprudência dialética”. Afirma, ainda, o jurista alemão que os juristas republicanos foram muito parcios na formulação de definições, e mesmo tendo a jurisprudência clássica herdado muitas definições da época mais antiga, um considerável número de conceitos jurídicos fundamentais não foram definidos⁷⁸. A tese de F. SCHULZ de que os romanos tinham uma verdadeira hostilidade para com a abstração, conseqüentemente eram bastante relutantes quanto a fixar conceitos, é deveras conhecida; no que concerne a definições o jurista alemão admite que as fontes contenham várias, mas, segundo ele, são mal construídas⁷⁹. Embora ele não mencione o famoso fragmento de *Javolenus, libro XI, Epistolarum*, D. 50.17.202: *Omnis definitivo in iure civili periculosa est* – Toda definição no direito civil é perigosa, no capítulo sobre a *Abstração*, o texto do fragmento consta em epígrafe, o que nos faz supor que a interpretação dada ao fragmento por F. SCHULZ é de que os romanos não amavam as definições, no sentido de *regula*, como consta da nota explicitamente: *Definitio* é sinônimo de *regula*.

Ademais, é interessante registrar que a posição de F. SCHULZ não é compartilhada por todos. A. CARCATERRA escreve, em 1966, uma obra intitulada *Le definizioni dei giuristi romani* em que através de uma detalhada exegese do fragmento de Javoleno, defende a tese de que o texto do jurista clássico tem que ser submetido a dupla interpretação: a) uma interpretação segundo o pensamento do autor; b) outra, segundo a legislação justinianeia. Javoleno, segundo o autor, não condenou a definição, declarando-a perigosa no direito; na realidade, entendia ser a definição arriscada quando inserida no direito positivo, *i.e.*, nos atos normativos; não quando era utilizada na escola e *inter doctos homines*, onde é até indispensável. A. CARCATERRA fundamenta a sua tese em um trecho de Cícero no *De oratore*⁸⁰, que, segundo ele, Javoleno, certamente, conhecia. O fragmento tem um outro sentido na compilação de Justiniano que vedando comentários e interpretações, com certeza vedou também as definições, de modo que o fragmento de Javoleno na compilação justinianeia tem uma significação oposta, *i.e.*, a *definitio* é perigosa porque pode subverter

⁷⁸ F. SCHULZ, *History*, op. cit., pp. 127-129.

⁷⁹ F. SCHULZ, *Prinzipien*, op. cit., p. 37; p. 39.

⁸⁰ CÍCERO, *De oratore* 2.25.108: [108] Atque in hoc genere causarum non nulli praecipiant ut verbum illud, quod causam facit, breviter uterque definiat, quod mihi quidem perquam puerile videri solet: alia est enim, cum inter doctos homines de eis ipsis rebus, quae versantur in artibus, disputatur, verborum definitio, ut cum quaeritur, quid sit ars, quid sit lex, quid sit civitas, in quibus hoc praecipit ratio et doctrina, ut vis eius rei, quam definias, sic exprimatur, ut neque absit quicquam neque supersit;

todo o direito. O autor efetua uma interpretação conjunta do fragmento de Javoleno e das palavras do Imperador (*Deo Auctore*, § 12) que proíbem comentários às *Pandectae*⁸¹.

O *ius civile*, leciona T. VIEHWEG, tem como objetivo fundamental a elaboração de uma coleção de *topoi*, *i.e.*, pontos de vista que não são dominados por um nexu dedutivo e podem, portanto, ser ampliados e completados sem dificuldade. O resultado desse esforço levado adiante pela jurisprudência romana são a construção de proposições diretivas que se empregam como tópicos, tendo esses uma maior concentração em algumas épocas do direito romano. Esses catálogos de *topoi* se apresentam sob a veste de *regulae* que foram particularmente utilizadas a partir da didática bizantina, mas que já existiam nos tempos mais antigos, as *regulae veterum*. Trata-se do fenômeno, como já vimos, da jurisprudência das regras, da qual procede, *e.g.*, a *Regula Catoniana* segundo a qual julga-se a validade de um legado condicional como se o testador fosse morto no momento da outorga do testamento, excluindo-se, assim, a sanção de vícios posteriores (D. 34.7.1pr; D. 30.41.2). Pode-se conhecer a conformação desses catálogos de *topoi*, de forma satisfatória, por meio de D. 50.17 *de diversis regulis iuris antiqui*; trata-se de um repertório já pronto para ser usado, de pontos de vista, muito importante e amplamente aceitos, em forma de citações jurisprudenciais, mas, no entender de T. VIEHWEG, sem nenhum intuito sistemático, com uma ordem não precisa⁸².

O *De oratore*, obra fundamental para a compreensão dos mecanismos adotados pelos juristas romanos para proceder à sistematização do *ius civile* é, segundo M. TALAMANCA, uma obra contra à aridez e à abstração dos manuais de retórica, sendo, por conseguinte, não um manual que pudesse servir para a aprendizagem da técnica oratória, mas, um texto que verte sobre a fundamentação teórica, com base na dialética, de uma nova diretriz para a própria oratória. Trata-se de uma obra em que a influência da grande retórica grega é evidente, assim como da filosofia acadêmica; mas o que é importante para o jus-romanista é o fato de que um importante representante da política e da praxe forense romana expõe, in modo dialético, qual era a relação do orador com a cultura em geral e, em particular, com a experiência jurídica. O diálogo se situa na vila M. Antônio no Túsculo, e tem início no dia 3 de setembro de 91 a.C., dezesseis dias antes da morte de um dos principais interlocutores do diálogo, L. Licínio Crasso, e conclui-se no dia seguinte, 4 de setembro. L. Licínio Crasso, que representa as posições de Cícero, foi o mais celebre orador romano, posto que ele foi o

⁸¹ A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, Jovene, 1966, pp. 1-4.

⁸² T. VIEHWEG, *Topik*, op. cit., pp.55-56; cf. M. KASER, *Unde Methode* op. cit., pp. 30-34.

orador na famosa *causa Curiana* contra Quinto Múcio Cévola, o *pontifex maximus*. A relação entre retórica e direito é um aspecto essencial da história da cultura no mundo antigo. Releve-se, ademais, que entre o III e o II século a.C. surge na experiência jurídica romana a ciência do direito positivo, que procede a uma construção científica das regras criadas, com base em casos concretos, pela jurisprudência dos pontífices, os quais acreditavam respaldá-las em valores decorrentes da ordem natural das relações humanas e das próprias coisas; a ciência do direito ou *ars iuris* tinha originariamente uma função essencialmente prática, essa característica permanecerá em todo o desenvolvimento da experiência jurídica romana, criando uma constante tensão entre teoria e prática. A *ars iuris* e a *téchnē rhetorikē* como alternativa àquela para o conseguimento de determinados resultados no âmbito do processo, era algo de bastante distante, embora se verificasse uma utilização por parte da *ars iuris*, de forma bastante inconsciente, de instrumentos teóricos tipicamente gregos. Salienta M. TALAMANCA que a *ars rhetorica* tinha que convencer grupos numerosos de pessoas que não podiam refletir sobre a objetiva validade dos argumentos aduzidos; a *scientia iuris*, por sua vez, constituía um conjunto de argumentos que tinha que convencer, prevalentemente, os juristas. A individualização e a manifestação dos motivos das próprias decisões por parte dos juristas laicos se tornaram, cada vez mais frequentes, com o desenvolvimento da *iuris prudentia*, de uma situação originária em que os juristas laicos ao emitir os seus *responsa* se adequavam à praxe dos pontífices que certamente não motivavam suas decisões, passou-se à produção vigorosa dos *responsa prudentium* que teriam uma grande importância não somente do ponto de vista científico, mas também prático⁸³. Destarte, a retórica ficava tendencialmente separada da *ars iuris* que desde o período republicano era reservada ao direito privado. Essa relação complementar ou conflituosa entre retórica e direito converte o *De oratore* em um texto fundamental para a compreensão do desenvolvimento da *scientia iuris* do *ius civile*.

Cícero no primeiro livro do *De oratore* reputava não efetuada a transformação do saber jurídico em uma *ars* como já ocorrera com a música, a geometria, a astronomia, a gramática e a retórica. A obra escrita em forma dialógica, confia às palavras de L. Licínio Crasso a ideia de que o perfeito orador deve ter um bom conhecimento do *ius civile*. Crasso observa que depois da divulgação do direito, através da publicação das formulas das ações, por Gneo Flávio, ninguém tinha reunido em *ars* o direito, organizando-o por *genera*; nada poderia transformar-se em uma *ars* se, antes, aquele que dominasse tal saber, que se quer transformar

⁸³ M. TALAMANCA, *Problemi*, op. cit., pp.4-8.

em uma *ars*, não possuísse a *scientia* necessária para que aquelas noções, ainda não constituídas em uma *ars*, pudessem sê-lo. Quase todos os elementos, continua Crasso, recolhidos em *ars*, inicialmente, eram elementos dispersos e divididos, como na música (ritmos, tons, melodias); na geometria (linhas, figuras, distâncias, tamanhos); na astronomia (os movimentos do céu, a aurora, o pôr do sol, o movimento das estrelas); na gramática (o estudo dos poetas, o conhecimento da história, a interpretação das palavras, algum som das palavras); na própria retórica (inventar, embelezar, dispor, lembrar, recitar) pareciam, de alguma forma, desconhecidos e difusamente dispersos. Utilizou-se, então, certa arte que os filósofos reivindicavam inteiramente a si, para coligar uma matéria dispersa e dividida, unindo-a, com algum critério racional. Seja, portanto, esse o fim no direito civil: a conservação nos negócios e nas controvérsias da igualdade dos cidadãos, sancionada pelas leis e pelo costume. Era necessário, então, distinguir os *genera* e reconduzi-los a um número exíguo. O gênero era aquilo que compreendia duas ou mais partes, semelhante entre elas por alguma comunhão, mas diferentes por *species*: tratava-se, porém, de partes que eram submetidas àqueles *genera* dos quais derivavam. E as definições tinham que indicar qual valor tivessem todos os nomes que pertenciam aos *genera* ou às partes. A *definitio* era, com efeito, uma explicação breve e sucinta das características próprias de cada coisa que se desejava definir. Crasso conclui o discurso afirmando que se fosse possível a ele fazer o que já vinha meditando, ou qualquer outro, sendo ele impossibilitado, ou morto, ser o primeiro em organizar todo o *ius civile* em *genera*, que eram pouquíssimos, e depois dividir os membros, por assim dizer, daqueles *genera* esclarecer, com uma definição, o valor, ter-se-ia realizado uma perfeita *ars iuris civilis*, rica e fecunda e não difícil e obscura. No entanto até que não se recolha os elementos dispersos e sem ordem, é lícito dotar-se de um conhecimento do direito civil, pegando e recuperando aqui e lá⁸⁴:

⁸⁴ CÍCERO, *De oratore* 1.41.186; 42.188-191: [XLI] [...] *deinde, postea quam est editum, expositis a Cn. Flavio primum actionibus, nulli fuerunt, qui illa artificiose digesta generatim componerent; nihil est enim, quod ad artem redigi possit, nisi ille prius, qui illa tenet, quorum artem instituere vult, habet illam scientiam, ut ex eis rebus, quarum ars nondum sit, artem efficere possit.* [187] *Hoc video, dum breviter voluerim dicere, dictum a me esse paulo obscurius; sed experiar et dicam, si potero, planius.* [XLII] *Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometria lineamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere, ignota quondam omnibus et diffusa late videbantur.* [188] *Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio.* [189] *Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communione quadam, specie autem differentis, duas aut pluris complectitur partis; partes autem sunt, quae generibus eis, ex quibus manant, subiciuntur; omniaque, quae*

<p><i>De oratore 1,42, 187-189</i></p> <p>[XLII] <i>Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometria lineamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere, ignota quondam omnibus et diffusa late videbantur. [188] Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret. Sit ergo in iure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio. [189] Tum sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda. Genus autem id est, quod sui similis communione quadam, specie autem differentis, duas aut pluras complectitur partis; partes autem sunt, quae generibus eis, ex quibus manant, subiciuntur; omniaque, quae sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum; est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam</i></p>	<p><i>De oratore 1,42, 187-189</i></p> <p>Quase todas as noções que agora estão incluídas nas artes, em outro tempo estiveram dispersas e separadas: assim na música, os números, as vozes e os modos; na geometria as linhas, as figuras, os intervalos, as dimensões; na astrologia as revoluções do céu, o surgir, o pôr do sol, o movimento das estrelas; na gramática o estudo dos poetas, o conhecimento da história, a interpretação das palavras e também o som na pronúncia; e portanto nesta mesma arte do dizer, o inventar, o ornamentar, o dispor, o recordar, o atuar pareciam verdadeiramente desconhecidos por todos e amplamente dispersos. Foi utilizada, então, uma arte de certo modo externa, retirada de outro gênero, que os filósofos assumem totalmente para si, que unia as partes dispersas e separadas e as compunha em uma certa ordem. Seja então esse o objetivo no direito civil: a conservação da legítima e usual equidade nos negócios e nas causas dos cidadãos. Sejam delimitados os gêneros e reduzidos a certo pequeno número. O gênero é, pois, aquilo que contém duas ou mais partes que possuem algo de semelhante em comum, mas são diferentes na espécie; mas, as partes se submetem àqueles gêneros dos quais emanam; deve-se exprimir através das definições, visto que temos a capacidade, todos os significados dos gêneros ou das partes; com efeito, a definição é uma breve e circunscrita explicação das qualidades que</p>
--	---

sunt vel generum vel partium nomina, definitionibus, quam vim habeant, est exprimendum; est enim definitio rerum earum, quae sunt eius rei propriae, quam definire volumus, brevis et circumscripita quaedam explicatio. [190] Hisce ego rebus exempla adiungerem, nisi apud quos haec haberetur oratio cernerem; nunc complectar, quod proposui, brevi: si enim aut mihi facere licuerit, quod iam diu cogito, aut alius quispiam aut me impedito occuparit aut mortuo effecerit, ut primum omne ius civile in genera digerat, quae perpauca sunt, deinde eorum generum quasi quaedam membra dispertiat, tum propriam cuiusque vim definitione declaret, perfectam artem iuris civilis habebitis, magis magnam atque uberem quam difficilem et obscuram. [191] Atque interea tamen, dum haec, quae dispersa sunt, coguntur, vel passim licet carpentem et conligentem undique repleri iusta iuris civilis scientia.

<i>definire volumus, brevis et circumscripta quaedam explicatio.</i>	são próprias daquela coisa que queremos definir [nossa tradução]
--	---

Ensina S. SCHIPANI, analisando esse texto do *De Oratore*, que para Cícero, seguidor dos modelos gregos, a organização, a classificação das noções particulares de uma disciplina em conceitos, é o que caracteriza uma *ars* (termo que se poderia traduzir como ‘ciência’ entre aspas, de modo que fique claro o sentido que se quer dar ao termo). Ademais, deve-se levar em conta que na base dessa concepção existe uma exigência pedagógica e uma perspectiva didática do saber científico, cujo objetivo é um melhor domínio das noções para ensiná-las e aprendê-las; deve-se, ainda, sublinhar que esta organização das matérias se obtém utilizando um método que parece algo externo a própria matéria; uma organização fundada, pois, na adoção de um critério ordenador proveniente de outra disciplina, a Filosofia, especificadamente, da dialética. A definição de direito que Cícero propõe no começo da descrição das operações que devem ser feitas para unificar e ordenar essa matéria tem uma importância significativa do ponto de vista formal, do método sugerido: tal definição fundamenta o conhecimento científico-sistemático do direito com base no isolamento e na delimitação do próprio objeto do objeto das demais ciências, através da individualização de seus elementos constitutivos essenciais⁸⁵.

Alerta V. SCARANO USSANI quanto à dificuldade de se traduzir a palavra *ars* que, por sua vez, é uma tradução da palavra grega τέχνη, já que a complexidade de seu significado faz com que se torne difícil a tradução, correndo-se o risco de imputar-se a Cícero conceitos e terminologias que refletem problemáticas e teorias da cultura jurídica moderna e contemporânea⁸⁶. Refere-se o autor à interpretação dada por A. SCHIAVONE ao texto do *De oratore*, caracterizada por certa tradição dos estudos romanísticos que tende a enfatizar o problema da pesquisa, da construção ou da rejeição do “sistema” na jurisprudência romana. Com efeito A. SCHIAVONE, na obra *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, traduz a palavra *ars* com ‘sistema’⁸⁷.

No entender de A. SCHIAVONE a reflexão crítica sobre as condições do saber jurídico romano inicia, desde o começo, sobre uma verdadeira doutrina da ciência, a partir do ponto

⁸⁵ S. SCHIPANI, *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho*, trad. Esp. Fernando Hiestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 34-37.

⁸⁶ V. SCARANO USSANI, *L'ars*, op. cit., pp. 10-11.

⁸⁷ A. SCHIAVONE, *Linee*, op. cit., p. 53: “Da quando furono pubblicate per primo da Gneo Flavio le formule delle azioni giudiziarie, non ci fu più nessuno che organizzasse tale materia secondo un ordine sistematico, e la costruisse per genera. Niente vi è, infatti, che possa essere ridotto in forma sistematica, se prima chi possiede quel sapere che vuole organizzare in sistema non padroneggi quella scienza attraverso la quale, da quel sapere non ancora ordinato, possa nascere il sistema [...]”

de vista da fundação teórica de cada conhecimento. Assim, o discurso sobre a forma do direito se transforma imediatamente em um raciocínio sobre a ciência em geral. Primeiramente, cada saber é observado somente do ponto de vista da fundação do sistema (*ars*); posteriormente, para a construção de qualquer saber sistemático, pressupõe-se indispensável um modelo teórico unitário, uma específica e resolutiva técnica analítica (*scientia*). O problema do desenvolvimento de cada conhecimento se restringe dessa forma à questão metodológica: a única chave para o sistema é possuir um método adequado, externo aos conteúdos cognitivos, mas capaz de transformá-los. Emerge, assim, uma drástica contraposição. De um lado, o desenvolvimento histórico do saber, em que as noções se sobrepõem umas às outras de maneira casual sem nexos e sem mediações, determinadas somente pela sequência progressiva da aprendizagem. Por outro lado, a ordem lógico-sistemática não as liga unicamente por uma relação cronológica, mas vem reproposta segundo uma ordem que abala o caminho histórico, sendo elaborada segundo um modelo lógico que é o único capaz de iluminar as potencialidades cognitivas de cada saber⁸⁸.

Deve-se registrar, também, que Aulo Gélío (123-165) nas *Noctes Atticae*⁸⁹ nos dá notícia de um livro de Cícero escrito para reduzir o *ius civile* a um sistema dialético (*de iure civili in artem redigendo*) que, infelizmente, não chegou até nós. Trata-se, provavelmente, da proposta de Cícero para a sistematização dialética do direito civil. Segundo F. SCHULZ, o objetivo de Cícero era um sistema construído com distinções elementares, definições e princípios, ao contrário, o objetivo dos juristas era dominar, através da aplicação sistemática do método dialético, a sempre maior diversidade dos casos concretos, uma busca da dialética constante, um sistema aberto⁹⁰.

A evolução do direito em Roma aponta a existência de uma pluralidade de complexos de normas, indicada como *iura populi Romani* (direito consuetudinário, *ius gentium*, *ius naturale*, *ius civile*, *ius pretório*). Vemos emergir, porém, nessa pluralidade uma tendência à recondução a uma ordem unitária que atingirá o seu ápice, e de certa forma, a sua completude, com a codificação do imperador Justiniano⁹¹.

⁸⁸ A. SCHIAVONE, *Linee*, op. cit., pp.53-54.

⁸⁹ GÉLIO, *Noctes Atticae* 1.22.7: *M. autem Cicero in libro, qui inscriptus est de iure civili in artem redigendo, verba haec posuit: "nec vero scientia iuris maioribus suis Q. Aelius Tubero defuit, doctrina etiam superfuit." In quo loco "superfuit" significare videtur "supra fuit et praestitit superavitque maiores suos doctrina sua superfluenti tamen et nimis abundanti": disciplinas enim Tubero stoicas dialecticas percalluerat.*

⁹⁰ F. SCHULZ, *History*, op. cit., pp. 133-134.

⁹¹ S. SCHIPANI, *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*, in *Revista Direito GV*, 5 [2], julho-dezembro 2009, pp. 492- 493.

S. RICCOBONO observa que o caráter universal do *Corpus Iuris Civilis* deriva daqueles costumes naturais das populações que se uniram com Roma, mesmo no período clássico. O *ius civile* perde lentamente o seu conteúdo típico, e o triunfo do *ius gentium* que atinge no direito clássico uma posição predominante, necessariamente irá formar o sistema da codificação de Justiniano⁹².

Uma expressão fundamental na compreensão da formação do sistema de direito romano é aquela de *ius Romanum commune* que indica uma harmonização dos vários *iura* existentes na primeira fase de desenvolvimento do sistema. O processo histórico que leva do plural da expressão *iura Populi Romani* ao singular *ius populi Romani* ou ‘direito romano comum’ tem seu ponto determinante com o reconhecimento da cidadania a todos os habitantes do Império (Edito de Caracalla de 212 d.C.), e a eliminação do conceito de *peregrinus*/estrangeiro comporta a consequência de que todos os homens, de qualquer nacionalidade, que se encontrem dentro do espaço do vasto império romano, sejam destinatários do direito romano, em consonância com o princípio *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* (Hermogeniano D. 1. 5. 2)⁹³.

Esse universalismo não elimina a pluralidade de ordens jurídicas que caracteriza a experiência jurídica romana, permanece a distinção entre *ius civile* e *ius gentium*, mas a partir da época tardo-antiga se afirma a expressão *ius Romanum et commune* que posteriormente se torna *ius Romanum commune*, indicadora de uma harmonização unificadora das diversas ordens jurídicas romanas. Essa nova concepção, harmonizadora e unificadora do direito romano, atinge uma conformação sistêmica com a codificação de Justiniano. S. SCHIPANI leciona que essa construção constitui um passo adiante no trabalho sistemático unitário da ciência jurídica que abre o caminho para a moderna explicitação da noção de ‘princípios gerais do direito’, e a reconstrução desses, oferecendo uma sistematização teórica a uma variedade de direitos civis de cada comunidade política⁹⁴.

⁹²S. RICCOBONO, *La universalità del diritto romano*, in *Studi in memoria di Paolo Koschaker*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 10-11: “Il carattere universale del *Corpus iuris civilis* deriva, possiamo ora riconoscerlo, da quelle consuetudini naturali delle popolazioni che si unirono a Roma e rimasero sempre attive e prevalenti, pure nel periodo classico di Roma. La disciplina tecnica dei Pontefici di Roma era stata per il diritto opera meravigliosa, bensì dura e artificiosa, ma si dissolvette gradualmente al calore costante della vita. Il *ius civile* si svuota del suo contenuto, divenendo un *nudum ius*; le conseguenze giuridiche di quel sistema vengono svalutate e rimosse come conseguite soltanto per *occasionem iuris civilis*. Era il trionfo del *ius gentium* che raggiunta nel diritto classico la sua posizione dominante, doveva poi necessariamente formare il sistema della codificazione di Giustiniano”

⁹³ *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 55.

⁹⁴ S. SCHIPANI, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n. 17, Modena, Mucchi, 2004, p. 37.

Sustenta, ainda, o romanista italiano que os Códigos justinianeus podem ser considerados o ponto de convergência das várias formas de produção do direito que se desenvolveram na história de Roma e do seu direito, da fundação da *Urbs* à obra de Justiniano, e não constituem uma mudança radical decorrente de uma concepção denominada de bizantina; ainda que com elementos de novidade os códigos não rompem com a tradição anterior, em particular com a tradição jurídica do período clássico, mas se põem na linha da *civitas augescens*, expressão usada pelo jurista Pompônio em D. 1.2.2.7⁹⁵, como algo que se acrescenta a ela; os códigos são o resultado de duas fontes de produção do sistema do direito romano e de dois princípios basilares dessas: 1. O poder do povo de ditar as leis e a competência e ciência dos juristas que fundamentam a *auctoritas* desses em constituir o direito; 2. Os códigos de Justiniano e de seus juristas harmonizam e projetam ao futuro o sistema jurídico do Direito romano com seus princípios fundamentais que estão no centro do sistema que, por sua vez, é aberto a todos os homens⁹⁶.

Será a codificação justinianeia, a partir dos séculos X e XI, o direito ‘*savant*’ que os doutos de Bolonha irão recuperar; direito este que constituirá um modelo de justiça para todos os homens.

A análise histórica do sistema romano, que atinge o seu ápice com a codificação do imperador Justiniano, indica que este é um sistema aberto que se adapta a realidades culturalmente diversas e distantes no tempo, através do labor incansável de jurisconsultos que interpretam e renovam os seus preceitos (*ius commune, usus modernus pandectarum*).

O sistema do direito romano justinianeus será a base e o ponto de partida (ou re-partida) da ciência jurídica nas terras que outrora tinham abrigado o Império Romano. Releve-se, de pronto, que a ciência jurídica irá adquirir uma consciência da sua função no processo de formação do direito somente com o advento da Escola Histórica, no século XVIII, já que, até então, essa olhava para o direito como um *quid* de pré-constituído, em relação ao qual essa operava a partir de uma posição externa; de um lado a ciência jurídica, do outro lado o seu objeto, o direito era considerado essencialmente na perspectiva da sua materialidade de norma escrita. Essa perspectiva decorria de vários elementos, entre eles, certamente, deve-se salientar a longa vigência da codificação justinianeia, o *Corpus Iuris* que da Idade Média, através da atividade da Escola de Bolonha dos Glosadores e da obra dos Comentadores, iria

⁹⁵ *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 26.

⁹⁶ S. SCHIPANI, *O nascimento*, op. cit., 47 ss.

formar a base do direito e da cultura jurídica da Europa continental, principalmente, no que concerne ao direito privado, essa originaria uma das criações mais significativa e característica da nossa civilização ocidental, o *ius commune*, ao qual em muitos países se tinha atribuído o valor de direito positivo. As várias exigências e ideais que foram se sucedendo no decorrer dos séculos se refletiam na forma de se interpretar o *Corpus Iuris*, assim sendo, pode-se vislumbrar o predomínio da compilação justinianeia no fato de que as ideias não eram postas e estudadas de forma autônoma, mas eram concebidas como uma forma de melhorar a interpretação do *Corpus Iuris*; mesmo quando o racionalismo e o jusnaturalismo, nos séculos XVII e XVIII, iniciaram a perseguir o ideal de um direito da natureza, racionalmente determinado, o ponto de partida veio a ser o material que o *Corpus Iuris* ofertava, sendo este considerado como *ratio scripta* e o problema da construção racional do direito natural foi posto como o problema de se inserir dentro de esquemas racionais o *Corpus Iuris* e os seus princípios. A ciência jurídica europeia por longo tempo se identificou com a ciência do *Corpus Iuris*, portanto, os procedimentos da ciência do direito correspondiam em definitiva aos problemas ligados à aplicação prática dos fragmentos da compilação justinianeia, considerados como norma vigente, surgindo, assim, os dois problemas sempre relevantes para a ciência jurídica europeia: o problema da interpretação e o problema da sistematização. O primeiro problema que se põe é aquele da *interpretaio*, que parte de um conjunto de regras e princípios com os quais os juristas romanos tinham já operado e, tendo sido conservados no Digesto de Justiniano, servirão de base para as primeiras elaborações dos Glosadores e Comentadores. Contudo, somente na segunda metade do século XV e nos inícios do século XVI alguns juristas italianos irão proceder às primeiras sistematizações orgânicas de uma teoria da interpretação, que será o prelúdio de amplas e aprofundadas análises de juristas italianos, franceses, holandeses, alemães e espanhóis que, no decorrer dos séculos XVI e XVII, irão produzir uma imponente literatura⁹⁷.

⁹⁷ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 28-33.

2.1.2 A redescoberta e a projeção *in omne aevum*⁹⁸ do *ius Romanum commune*

O Direito romano construído na época clássica pelos magistrados e *iurisprudentes* possui um caráter casuístico que exigia uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto, além disso, o momento da resolução podia ser muito criativo já que os magistrados não estavam vinculados a esquemas pré-estabelecidos, grande espaço se deixava à inventiva dos magistrados e juristas na busca da solução mais justa para cada caso concreto. Esse *modus operandi* explica uma vasta produção dos juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e do próprio pretor na busca da solução mais justa. Fora de Roma, observa A. M. HESPANHA, esse direito letrado e oficial é pouco aplicado, nas províncias pontificavam usos locais e formas tradicionais de resolver os conflitos. A derrocada do Império Romano a partir do século III d.C. põe em crise esse saber jurídico, cujo rigor exigia uma profunda formação linguística, cultural e jurídica. Levando-se em consideração a vastidão do império e o fato de que os *iurisprudentes* estavam essencialmente em Roma, nas partes mais longínquas do império foi o direito posto, *i.e.*, as constituições imperiais que foram, paulatinamente, adquirindo uma maior importância, o direito se burocratizou; um saber cultivado por uma elite culta passou a ser uma técnica burocrática de aplicação de ordens do poder. O direito, afirma o autor, “ganha em generalidade e automatismo aquilo que perde em fineza casuística e apuramento intelectual”; o direito se vulgariza, preponderantemente, nas mais afastadas províncias onde a influência dos direitos locais é bastante significativa. Nessas partes do império se forma o direito romano vulgar (*Vulgarrecht*). No Império Oriental, por sua vez, o direito romano clássico se contamina pelas influências helenísticas e pelas particularidades do direito local. Contudo, no Oriente, o gosto pela reflexão intelectual não se perdeu, continuando a ser estudada a produção doutrinal dos juristas clássicos⁹⁹.

A partição do Império, decorrente da reforma operada pelos imperadores Diocleciano e Constantino, teve reflexos significativos na vida do direito. A unidade legislativa permaneceu inviolada já que as constituições imperiais eram promulgadas com o nome dos dois Augustos, embora os destinos das duas partes do império, há muito tempo,

⁹⁸ JUSTINIANO, Const. Tanta, 23: *Leges autem nostras, quae in his codicibus, id est Institutionum seu Elementorum et Digestorum vel Pandectarum, possuímos, suum obtinere robur ex tertio nostro felicíssimo sancimus consulatu praesentis duodecimae indictionis, tertio Kalendas Ianuarias, in omne aevum valituras, [...] – Determinamos que as leis contidas nesta nossa coleção, isto é, nas Institutas ou Elementos e no Digesto ou Pandectas, comecem a vigorar do nosso 3º felicíssimo consulado, aos 3 das calendas de janeiro da presente 12ª indicação e, para todo e sempre, tenham autoridade [...].* Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo*, t. I, op. cit., p. 187. Cf. *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, trad. port. Manoel da Cunha Lopes e Vasconcellos, trad. complementar Eduardo C. Silveira Marchi; Bernardo B. Queiroz de Moraes; Dárcio R. Martins Rodrigues, vol. I, São Paulo, YK Editora, 2017, p. 54.

⁹⁹ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 118-120.

encaminhavam-se em diferentes direções. O edito de Antonino Caracala, em 212 d.C., tinha concedido a cidadania a todos os habitantes do Império¹⁰⁰ viabilizando, portanto, a aplicação do Direito romano em todas os territórios do vasto império romano; a concessão da cidadania não favoreceu o surgimento de uma unidade espiritual, mas, ao contrário, pôs em evidência o contraste entre Direito romano e direitos provinciais. Esse dissídio se agrava e já no começo do século IV, quando a reforma administrativa do império já estava consolidada, o imperador Constantino em uma constituição de 319 presente o problema da contaminação e fixa o princípio:

CI. 8.53 [52]. 2	CI. 8.53 [52]. 2
<i>Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem</i> ¹⁰¹	Não é desprezível a autoridade do costume ou do uso por longo tempo, porém, não há de ser válido até o ponto de que venha a prevalecer sobre a razão ou sobre a lei [nossa tradução]

Esse princípio contrastava com a teoria clássica das fontes do direito, no âmbito da qual o costume ocupava uma posição proeminente, mas tal concepção não podia prosperar com a concentração do poder normativo nas mãos do imperador que operou a unificação das fontes do direito, sendo inevitável que a *consuetudo* perdesse a sua posição e passasse a ficar subordinada a uma única fonte admitida: a vontade do imperador. Contudo, não obstante a concepção teórica, na realidade concreta do conturbado século terceiro se verificou um extraordinário florescimento de costumes locais que ameaçava a eficácia da lei escrita¹⁰².

Em 476, com deposição de Romulo Augústolo, por Odoacro, tem-se a derrubada da *pars occidentis* do Império Romano, este, porém, não desaparece totalmente, pois que a parte oriental permanece em Constantinopla, extinguindo-se a dignidade imperial somente no Ocidente. Observa, entretanto, F. CALASSO que a deposição do jovem imperador não foi o fruto de uma crise política, mas um episódio de vida militar, bastante comum naquele século, em que o mundo militar era efetivamente o dono dos destinos do trono imperial. Esse mundo militar romano do V século, todavia, não representava uma unidade já que as armadas romanas apresentavam uma grande fragmentação; existiam as *legiones* que compunham o

¹⁰⁰ O texto da constituição de Caracala não chegou até nós, porém, em 1902, foi descoberto um papiro egípcio com uma versão grega do texto antoniniano que na versão dada por F. Calasso reza: « ...Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem Romanorum, manente omni genere civitatum, exceptis dediticiis». Notícia dessa constituição imperial já tínhamos no texto de Ulpiano D. 1.5.17: «in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperator Antonini cives effecti sunt»

¹⁰¹ I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo*, t. V, op. cit., p. 397.

¹⁰² F. CALASSO, *Medioevo del diritto. Le fonti*, I, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 51-53

exercitus, propriamente dito, sendo constituídas originariamente pelos *cives*, no quadro das quais, todavia, inúmeros bárbaros tinham sido inseridos, e existiam os *foederati*, que eram inteiras populações barbáricas, que haviam estabelecido com o *Imperium* um *foedus* e militavam ao serviço do imperador romano. Eram dois mundos distintos, obrigados a conviver, sendo o segundo bem mais compacto que o primeiro visto que esse era composto de romanos e bárbaros. Destarte, quando Rômulo Augústolo foi deposto os *foederati* proclamaram um dos seus chefes *rex*, Odoacro, que, respeitando a norma do direito público romano, segundo a qual quando um dos tronos imperiais era vacante aquele que ocupava o outro trono se tornava *ipse iure* o titular, enviou ao Imperador do Oriente as insígnias imperiais, legitimando a própria posição em face dos Romanos com o título de *patricius*. Assim sendo, o fim inglório do Império do Ocidente não significou o fim daquela ideia que tinha regido o mundo civilizado por cinco séculos: a imperial *maiestas* era algo de muito diferente da deposição de um juvenzinho; a *maiestas* retornava ao seu titular legítimo sem que a ordem jurídica fosse violada¹⁰³. Vários foram os desenvolvimentos da crise constitucional no Ocidente, assim como diversas se apresentavam as condições das duas partes do Império nos séculos do III ao V. À retomada dos direitos provinciais na *pars* oriental do Império não correspondeu, no Ocidente, o mesmo fenômeno já que as províncias ocidentais ao serem conquistadas não apresentavam um grau de civilização superior àquela romana, portanto, a romanização no Ocidente foi bem mais profunda que no Oriente que, no momento da romanização, contrapôs à civilização romana, muitas vezes, civilizações, como no caso da Grécia, bem mais avançadas. Essas circunstâncias podem explicar, de um lado, os motivos pelos quais no Ocidente não houve uma reação dos direitos provinciais ao direito romano, por outro lado, compreende-se aquele processo de modificação ou alteração do Direito romano oficial entre os séculos III e V, *i.e.*, aquele fenômeno conhecido como a vulgarização do Direito romano¹⁰⁴.

As alterações dos textos clássicos não se apresentam como simples deformações operadas por estudiosos e práticos de baixo perfil cultural ou às tendências empíricas em conflito com a atividade das escolas, mas se revelam como alterações necessárias que os compiladores realizam para adaptar a novas realidades da vida, para os fins práticos que as compilações do V século perseguem. Grande influência tiveram tais compilações, em particular o Código Teodosiano, na feitura das leis barbáricas do VI século.

¹⁰³ F. CALASSO, *Medioevo*, op. cit., pp. 37-40.

¹⁰⁴ F. CALASSO, *Medioevo* op. cit., pp. 55-57.

Observa V. ARANGIO-RUIZ que assim como a obra das escolas pós-clássicas do Oriente vão desembocar na compilação justinianeia, da mesma forma a modesta atividade das escolas ocidentais irá embasar a elaboração das leis bárbaras, leis preparadas para o uso dos romanos, mas por iniciativa e com a sanção dos reis bárbaros que depois de 476 dominaram várias partes do império ocidental. A necessidade de tais leis decorre da aplicação do princípio da personalidade da lei, praticado pelos invasores. A enorme diferença entre os grosseiros costumes dos germanos e os complexos e refinados ordenamentos em vigor nas terras conquistadas, de um lado, impunha aos invasores o respeito pela antiga civilização, do outro lado, desaconselhava a compenetração de um sistema no outro, criando-se um sistema único. Além disso, os privilégios da Igreja, e dos eclesiásticos eram reconhecidos pelas leis romanas e, certamente, os bárbaros não saberiam regulamentá-los *ex novo*, enquadrando-os em um novo sistema. Deixou-se, portanto, que os privados e os entes romanos continuassem a viver segundo a disciplina estabelecida pelo Direito romano. Entretanto, o Código Teodosiano, acolhido no Ocidente, poderia satisfazer as exigências práticas, principalmente, no campo do direito público, não do direito privado, mas a aplicação do princípio da personalidade do direito atingia, precipuamente, a esfera do direito privado e parte do direito penal, conseqüentemente, tornou-se necessária a elaboração de compilações que pudessem conter as normas de aplicação cotidiana nos tribunais. Na Itália, Teodorico, rei dos Ostrogodos, promulgou um edito; o Edito de Teodorico, porém, apresentava aspectos peculiares, posto que Teodorico não se considerava soberano de um reino independente, mas sim um regente da Itália com base em uma investidura concedida pelo imperador Zenão; portanto, na península itálica o princípio da personalidade do direito ainda não tinha se imposto plenamente, assim sendo, o edito, publicado por volta do ano 500, continha algumas disposições do Direito romano que deveriam ser observadas por romanos e ostrogodos; no que concernia a matérias não apreciadas pelo edito as leis romanas e ostrogodas continuavam a ser aplicadas às respectivas populações. Destinada exclusivamente à parte romana da população foi a lei romana dos burgúndios, cujo reino se situava na parte oriental da França. É uma compilação em 46 títulos, promulgada nos primeiros anos do VI século. Bem mais importante é a *Lex Romana Wisigothorum* aplicada nos territórios conquistados pelos visigodos na França ocidental e na Espanha, segundo V. ARANGIO-RUIZ, essa compilação foi preparada por juristas de nacionalidade romana, sendo

aprovada em uma reunião de notáveis e bispos, em 506, e sancionada e publicada pelo rei Alarico¹⁰⁵.

Em 527 sobe ao trono Justiniano que em poucos anos irá realizar um sonho que já tinha sido de Teodósio, uma grande compilação de *leges* e *iura* que pudesse ser a expressão completa do direito vigente. O bom êxito da obra foi certamente possível devido ao fato de que na parte oriental do império, diferentemente que no ocidente, houve um notável desenvolvimento científico por parte das Escolas de Constantinopla e Berito que permitia, no entender de V. ARANGIO-RUIZ, desenhar com mão firme os contornos de um sistema no âmbito do qual pudessem conviver os velhos e os novos institutos¹⁰⁶.

Após assumir o poder, Justiniano, em 528 d.C., nomeou uma comissão para compilar as constituições imperiais vigentes. Em 529 d.C., a compilação estava pronta, sendo intitulada *Novus Iustinianus Codex*. Efetuada a compilação das *leges*, era necessário dar uma solução ao problema dos *iura* que ainda não tinham sido compilados e organizados, pois, entre os juristas antigos havia uma série de controvérsias a serem solucionadas. Nos fins do ano 530, Justiniano encarregou Triboniano, *quaestor sacri palatii*, de organizar uma comissão para compilar os *iura*. A Comissão de 16 membros, chefiada por Triboniano, depois de computar mais de 2000 obras clássicas, concluiu o trabalho em apenas 3 anos. Era o *Digesto*, também denominado *Pandectas*.

Concluída a elaboração do *Digesto*, mas antes da sua promulgação, Justiniano escolheu três membros (Triboniano, Teofilo e Doroteu) para a organização de um manual escolar que servisse aos estudantes de direito como Introdução ao direito compendiado no *Digesto*. Seguindo as *Institutiones* de Gaio, essa comissão elaborou as *Institutas*. Ambos *Digesto* e *Institutas* entraram em vigor na mesma data 30 de dezembro de 533 d.C. Com a publicação do *Digesto* surgiu o problema das contradições entre o *Novus Iustinianus Codex* e o *Digesto*. Assim sendo, o imperador nomeou uma outra comissão para atualizar o *Codex*. Em 534, a nova edição do *Codex* foi promulgada, revogando a primeira edição do Código, elaborada em 528; dessa segunda edição possuímos somente alguns fragmentos. Depois de elaboradas as várias compilações, o imperador introduziu algumas modificações na legislação mediante constituições imperiais que ele pretendia reunir em um único corpo, o que não foi atuado, tendo ele falecido. A compilação dessas constituições de Justiniano foi, posteriormente, feita por particulares. Essa coleção ficou conhecida como *Novellae* (Novelas)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, pp.373-375.

¹⁰⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia op. cit.*, p. 377 ss.

¹⁰⁷ J.C. MOREIRA ALVES, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1987, pp. 56-57.

Era Justiniano um fervido cultor da romanidade, como leciona F. CALASSO, e concluído o corpo central da sua obra legislativa, em 534, ele não podia considerar completa a restauração da romanidade com Roma, berço daquele direito milenário que ele havia codificado, ainda, nas mãos dos bárbaros. Deu início o imperador a retomada da Itália, guerra essa que terá uma longa duração, de 535 a 553, devastando a península. Reconquistada a Itália, Justiniano promulga a própria codificação com a constituição *pragmatica sanctio pro petitione Virgilii*, emanada em 13 de agosto de 554, satisfazendo um pedido do Papa Virgílio que invocava a ação imperial para pôr ordem na Itália, depois da devastação da guerra com os ostrogodos. Tornava-se, portanto, uma realidade o antigo sonho do imperador de unir as duas partes do império pelas armas e pelo direito. Somente a Itália em todo o Ocidente romanizado foi terra de direito justinianeu, as outras províncias ocupadas pelas milícias bárbaras federadas tinham rompido os vínculos com o império no decorrer do V século, permanecendo, por isso, terras de direito teodosiano. Foi esse evento, ensina F. CALASSO, que separou, na vida do direito, os destinos da Itália daqueles das outras nações europeias, posto que o direito justinianeu superava nitidamente o teodosiano, principalmente, pelo seu caráter de humanidade e universalidade que uma consciência mais amadurecida, uma mais profunda compenetração do ideal cristão, o equilíbrio estabelecido entre a robustez da concepção romana e a fineza daquela helênica, tinham logrado imprimir ao velho direito clássico, ainda, visivelmente ligado a tradições e tendências nacionais. A compilação de Justiniano continha não somente a codificação das *leges*, como o Código Teodosiano, mas também aquela dos *iura*, *i.e.*, da ciência do direito, na qual os juristas romanos tinham sido sublimes, e com incomparável arte tinham elaborado uma ciência do direito partindo do caso concreto aos princípios e na espontânea harmonia desses tinham criado o sistema. Não obstante Justiniano, na Const. *Summa rei publicae (de Iustiniano códice confirmando)*, determinasse a vigência eterna do *Codex*, de modo que os litigantes e os eloquentes advogados não pudessem, de forma alguma, invocar os três velhos códigos (Código Hermogeniano, Código Gregoriano e Código Teodosiano)¹⁰⁸, as circunstâncias que se

¹⁰⁸ Const. *Summa rei publicae (de Iustiniano códice confirmando)*, § 3: *Hunc igitur in aeternum valiturum iudicio tui culminis intimare prospeximus, ut sciant omnes tam litigatores, quam disertissimi advocati, nullatenus eis licere de cetero constitutiones ex veteribus tribus codicibus, quorum iam mentio facta est, vel ex iis, quae novellae constitutiones ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus recitare certaminibus, sed solum eidem nostro Codici insertis constitutionibus necesse esse uti* - Portanto, temos o cuidado de comunicar ao teu excelso tribunal que esse código será válido em eterno, para que saibam todos sejam os litigantes que os eloquentes advogados que de nenhuma maneira lhes será lícito citar nas controvérsias nos processos as constituições dos três antigos códigos, dos quais já se fez menção, ou daquelas que se denominam até o presente momento novelas constituições, mas é necessário usar somente as constituições inseridas nesse nosso código [nossa tradução]. Ver I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo*, t. IV, op. cit., p. 10.

criaram na Itália, após a reconquista, não favoreceram uma absorção profunda do direito justinianeu, já que somente 14 anos após a *pragmatica sanctio* os lombardos ocupavam a parte norte da península itálica; ademais, não era fácil eliminar, em pouco tempo, uma legislação que tinha vigorado por mais de um século, posto que o Código Teodosiano tinha sido acolhido, em 438, pelo Imperador Valentiniano III, colega de Teodosio II, no Ocidente, além disso os manuscritos da nova compilação, que circulavam na Itália, eram poucos e insuficientes para a prática; por fim, as escolas, naturalmente, resistiam a abandonar o velho sistema que tinha sido revitalizado através dos editos ostrogodos, principalmente, pelo Editio de Teodorico composto por 154 capítulos, retirados das fontes romanas, *leges e iura, in primis* do Código Teodosiano. Um outro fator que, certamente, contribuiu para que o direito teodosiano mantivesse a sua autoridade foi a ação da Igreja que, mesmo tendo acolhido o direito justinianeu, permaneceu tenazmente ligada ao Código Teodosiano posto que esse lhe garantia diversos privilégios, bem como continha diferentes disposições que lhe diziam respeito, assim sendo, a esse a Igreja se referia quando as mesmas normas não tivessem sido recepcionadas pela compilação de Justiniano; pode-se, ademais, observar que nas compilações canônicas elaboradas posteriormente, quando o direito justinianeu voltará a esplandecer, muito material, não acolhido pela legislação de Justiniano, será retirado da legislação teodosiana¹⁰⁹.

Somente três anos após a morte do imperador Justiniano, em 568, a Itália foi invadida pelos lombardos guiados pelo rei Alboíno. Vinham esses bárbaros do norte da Europa, chegaram às portas de Ravena e de Roma e, em 569, dominam Milão e, em 572, conquistam Pavia, cidade que será a capital do reino lombardo. A invasão dos lombardos dá início à Idade Média, no Ocidente; no Oriente, formalmente, o império prosseguirá e, paulatinamente, a compilação de Justiniano será traduzida e adaptada, pelas escolas de direito de Bérito e Constantinopla, às exigências de um mundo que é, essencialmente, grego. O imperador do Oriente, porém, irá manter sob seu domínio parte do território itálico, a Itália românica, constituída por Veneza, Ravena, Nápoles, Calabria, sendo que o imperador Maurício organiza militarmente, deixando uma ampla autonomia local, o exarcado de Ravena que constituiu um válido polo de resistência¹¹⁰.

A penetração da cultura germânica como uma cultura que se contrapunha àquela latina começa somente com a invasão dos lombardos já que os godos que haviam dominado a Itália

¹⁰⁹ F. CALASSO, *Medioevo*, op. cit., pp. 81-86.

¹¹⁰ A. GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, Jovane, 1998, pp. 529-530.

eram populações que há muito mantinham relações com o Império Romano, pois, militavam no exército imperial; o próprio Teodorico tinha ocupado a Itália em nome do imperador romano, com base em um regular tratado, considerando-se um *magistratus* do imperador. O Edito de Teodorico visava fundir romanos e bárbaros, sendo aplicável a ambas populações, além de ter como base os códigos teodosiano, gregoriano, hermogeniano e algumas novelas pós-teodosianas, era uma compilação de *leges* e *iura*. Diferentemente, os lombardos ocuparam as terras itálicas como conquistadores, rompendo, portanto, qualquer ligação com o império, instaurando, nos primeiros anos, um regime de força e terror. Quando o equilíbrio foi restabelecido elementos barbáricos preponderavam em muitos aspectos da vida. Superada uma primeira fase de turbulência social, surgem as primeiras compilações de costumes promulgadas pelos reis lombardos; a primeira delas, que F. CALASSO considera a mais completa, foi o Edito de Rotari, publicado em 643, que, não obstante seja intitulada *edictum*, do ponto de vista técnico possui unicamente o sentido de lei. Os compiladores do edito provavelmente eram romanos e eclesiásticos e tinham conhecimento das compilações de Justiniano, assim como, certamente, conheciam o código teodosiano; as matérias parecem estar organizadas segundo uma ordem preestabelecida em 388 capítulos. Ainda que os compiladores tivessem conhecimento das fontes romanas o Edito de Rotari apresenta uma sua individualidade que o diferencia das outras legislações bárbaricas. À obra legislativa de Rotari outras a sucederam, entre elas a legislação de Liutprando particularmente importante seja por que mais complexa e menos fragmentada, seja por que exhibe aspectos inovadores decorrentes, de um lado, de uma lenta influência da cultura latina que, aos poucos, vai se soerguendo, mas, principalmente, pela conversão dos lombardos ao catolicismo, iniciada já no pontificado do papa Gregório I (590-604). Quanto à aplicação dessa legislação lombarda, inicialmente, ela se aplica unicamente às populações bárbaras, mas, a partir do VIII século, a partir do reino de Liutprando (712-744) até o reino de Astolfo (749-756), tem-se a impressão, nota F. CALASSO, de uma paridade civil, certamente não política, entre as duas populações; pode-se, portanto, supor que os editos do VII século, em que os príncipes legisladores, Rotari e Grimoaldo, dirigem-se unicamente a *gens Langobardorum*, não sendo citado o povo romano, vinculassem somente o povo lombardo, enquanto os editos posteriores, nos quais o legislador tende a especificar quando uma norma é aplicável somente aos lombardos com a fórmula “*si quis langobardus*”, deviam ser aplicáveis a todos os súditos indistintamente. Apesar disso é lícito indagar qual era a lei que regulava as relações entre os romanos, segundo a doutrina mais recente, passado o primeiro trágico momento o povo vencido, embora sem direitos políticos, manteve a sua plena capacidade jurídica, regulando

as suas relações segundo a lei romana. A diversidade de leis aplicáveis aos súditos de um mesmo reino era algo comum no mundo germânico, *i.e.*, a atuação do princípio da personalidade do direito, segundo este princípio sujeitos de um mesmo ordenamento político-jurídico podiam conviver e regulamentar suas relações privadas segundo leis diferentes que eram as leis e a *natio* à qual o sujeito pertencia e que ele levava consigo onde quer que fosse. O que caracteriza o sistema da personalidade do direito não é a diversidade de leis aplicáveis em um determinado território, mas sim o fato de que sujeitos de um mesmo ordenamento político-jurídico possam viver com leis diversas¹¹¹. A restauração do Império romano do Ocidente irá impulsionar a aplicação do princípio da personalidade do direito, dando início a uma nova era.

A única grande realidade institucional dos tempos antigos que irá permanecer e fará a ligação entre as populações romanizadas e os povos bárbaros invasores será a Igreja, será essa que irá recolher o legado de Roma, sendo a ideia de *Imperium*, nos séculos medievais uma contínua aspiração da Cristandade. Destarte, no ano de 800, Leão III, invocando a negligência do imperador romano do Oriente na cura dos interesses da Igreja, promove a *translatio imperii*, coroando como imperador Carlos Magno, rei dos Francos; deste modo, consumava-se a restauração do império, a *renovatio imperii*¹¹². Pouco tempo depois da queda da *pars occidentis*, o Papa Gelásio I sobe ao trono pontifício em 492, e a sua atividade teve como escopo principal a recomposição das relações da Igreja de Roma com o Imperador romano do Oriente. Em 494, o Papa envia ao Imperador Anastácio I uma epístola em que expõe os motivos da sua posição em face da autoridade imperial, a famosa teoria das duas espadas. No mundo romano e cristão existem dois poderes: aquele espiritual e aquele temporal, sendo que o poder espiritual é mais importante que o poder temporal, visto que os titulares do poder espiritual devem responder perante o tribunal divino também da obra dos soberanos temporais¹¹³. Anota, ainda, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA que haverá tempos em que *catholicus* será sinônimo de *romanus*; do mesmo modo que a Igreja manteve viva a ideia de Império, promovendo a *translatio imperii*, assim também será ela que promoverá a aplicação do Direito romano nas coisas temporais, pois, esse direito é a sua *lex*

¹¹¹ F. CALASSO, *Medioevo* op. cit., p. 105 ss.

¹¹² N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., pp. 192-193.

¹¹³ R. BRATO, *Gelasio I, papa, santo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani. Treccani*, volume 52 (1999). Disponível [on-line] in [http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_(Dizionario-Biografico)/) [10-09-2018]

approbata, a sua *lex saeculi*. Há, portanto, na visão do historiador português, “este aspecto importantíssimo, uma primeira tutela do direito romano por parte da Igreja”¹¹⁴.

Para que se possa explicar a formação da ciência europeia continental se deve levar em consideração o papel da Igreja. A ideia de unidade do Império carolíngio repousa também no elemento confessional; o fato de que o Pontífice Romano fosse considerado o ápice da encarnação histórica da ideia de império, fornece-nos uma ideia da força política da Igreja; o poder temporal da Igreja dá um valor especial ao fenômeno que se desenvolveu no seu seio, no longo período em que a cultura antiga tramonta e surge a cultura medieval, *i.e.*, quando, paulatinamente, vai se delineando o sistema feudal. Nos séculos anteriores aos séculos XI e XII (período de renascimento dos estudos jurídicos) se verifica um empobrecimento da cultura em geral, em particular dos estudos jurídicos. Coube à Igreja, conforme salienta C. A. CANNATA, ser a depositária da cultura antiga:

A potência temporal da Igreja conferiu um particular valor ao mais saliente fenômeno cultural que se desenvolveu no seu âmbito nesse período: no longo lapso de tempo que intercorre entre o desaparecimento da cultura antiga e o surgimento da nova cultura medieval, ligada ao florescimento das cidades, nesse período, ou seja, durante o qual se delineia e se consolida o sistema feudal, a Igreja foi a única depositária da tradição cultural do mundo antigo; conventos e catedrais (por vezes a Capela régia) foram os lugares de uma continuidade nunca esmorecida no estudo e no ensino das *artes liberales* (gramática, dialética e retórica); [...] Foi assim que mesmo na idade feudal a Igreja conservou ideias e ensaios para a elaboração técnica de aparatos normativos, os quais tiveram uma importância capital nos fenômenos ligados, em particular, à Escola de Bolonha e às universidades francesas, seja no campo do direito canônico que naquele do direito civil [nossa tradução]¹¹⁵.

Ora, a Igreja ocidental, desde Constantino, tinha assumido diversas tarefas públicas, sociais e morais do antigo império, depois do colapso deste ela se tornou um abrigo para as populações romanas e no que concerne aos germanos, esses a aceitaram desde cedo, pois a igreja aparecia a esses povos como uma poderosa criação real, no seio da qual sobreviveriam ao mesmo tempo, Roma e o império romano. Os seus dignitários substituíram as autoridades

¹¹⁴ N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., pp. 214-215.

¹¹⁵ La potenza temporale della Chiesa conferisce particolare valore al più saliente fenomeno culturale svoltosi nel suo âmbito in questo período: nel lungo tratto di tempo che corse tra il tramonto della cultura antica e il sorgere della nuova cultura medioevale, legata al fiorire delle città, nel período, cioè, durante il quale si delinea e si afferma il sistema feudale, la Chiesa fu la sola depositaria della tradizione culturale del mondo antico; conventi e cattedrali (talora la Cappella regia) furono i luoghi di una continuità mai sopita dello studio e dell'insegnamento delle *artes liberales* (grammatica, dialettica e retórica); [...] Fu così che pure in età feudale la Chiesa conservò spunti e saggi di elaborazione tecnica di apparati normativi, i quali ebbero un'importanza capitale nei fenomeni legati in particolare alla Scuola di Bologna ed alle università francesi, sia nel campo del diritto canonico che in quello del diritto civile. Ver C.A.CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporânea*, v. 2, Torino, Giappichelli, 1976, p. 11.

seculares na administração, na cultura, na jurisdição e nas técnicas documentais, processuais e notariais. Os ideais culturais no mundo da antiguidade tardia mergulhavam principalmente no pensamento pedagógico grego da Paideia¹¹⁶ que iria sobreviver nas escolas romano-helenísticas, constituído pelo *trivium*, da gramática, da lógica e da retórica que, conjuntamente, com as disciplinas mais avançadas da aritmética, da geometria, da música e da astronomia, compunham as sete *artes liberales*. Observa F. WIEACKER que “a gramática garantia a hermenêutica dos textos clássicos, a retórica o discurso bem ordenado, a dialética ou arte da discussão, a argumentação lógica na teologia, na filosofia e na jurisprudência”. A educação escolar da antiguidade tardia, não obstante a crise externa das invasões bárbaras, sobreviveu com base na organização do *trivium*; inicialmente, nos estabelecimentos de ensino profanos, depois, apenas nas escolas conventuais que, desde a fundação da de Monte Cassino, confirmaram e alargaram, nos séculos VI e VII, na Europa ocidental o patrimônio escolar da antiguidade e o ensino tardo-antigo. Destarte, a prática do ler e escrever e da expressão literária escrita, condição imprescindível para a legislação, a administração, a jurisprudência e o tráfego jurídico, tornou-se monopólio da formação literária da antiguidade tardia e das escolas conventuais e catedrais da Alta Idade Média; cada redução a escrito de um processo jurídico, de uma lei, de uma minuta ou documento, estava ligado à linguagem da Igreja e da escola e às formas jurídico-negociais do Direito romano vulgar tardio que faziam parte da cultura jurídica alto-medieval¹¹⁷.

2.1.2.1 A Alta Idade Média

Os primórdios dos ordenamentos jurídicos da Europa devem ser buscados nas formas básicas de vida das sociedades romano-germânicas da Alta Idade Média e nos três poderes ordenadores que a antiguidade tardia tinha deixado, *i.e.*, aquilo que restava da estrutura do Império Romano do Ocidente, a Igreja Romana e a tradição escolar da antiguidade tardia; os novos povos e tribos se apropriaram desses elementos e cada um trouxe à cultura jurídica europeia e, assim, também à história do direito privado, contribuições que a influenciariam

¹¹⁶ Paideia é um termo grego, cujo significado originário equivalia à ‘educação’, posteriormente, foi adquirindo o valor de ‘formação humana’ para indicar, finalmente, ‘a cultura’. N. ABBAGNANO, no verbete ‘cultura’, esclarece: “No significado referente à formação da pessoa humana individual, essa palavra [cultura] corresponde ainda hoje ao que os gregos chamavam *paidéia* e que os latinos, na época de Cícero e Varrão, indicavam com a palavra *humanitas*: educação do homem como tal, ou seja, educação devida às “boas artes” peculiares do homem, que o distinguem de todos os outros animais (AULO GÉLIO, *Noct. Att.*, XIII, 17)”. Ver N. ABBAGNANO, *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 1971, trad. port. A. Bosi, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 225.

¹¹⁷ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1967, tradução port. A.M. Botelho Hespanha. *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 17-20.

ao longo dos tempos. O Império Romano legou aos novos povos a burocracia e a organização administrativa e financeira que sobreviveriam a queda do Império Romano do Ocidente. Para esses povos o direito se resumia à tradição das formas básicas de vida, foi com os romanos que aprenderam que o direito podia ser uma criação do poder político e uma tradição cultural, deparando-se com as duas formas do conceito romano de direito, *i.e.*, “a lei imperial que, como comando de poder, impunha a sua pretensão absoluta de vigência em relação a todos os membros da comunidade submetida [...] e o direito como criação intelectual de uma ciência especializada altamente diferenciada”, sendo que essa última forma somente na Alta Idade Média será completamente assimilada, nos primeiros tempos o que se destacou foi a eficácia do direito como técnica do exercício de poder¹¹⁸.

Com a queda do Império Romano do Ocidente, ter-se-á a constituição nas ex-províncias romanas, de vários reinos germânicos que irão se deparar com a necessidade de uma codificação. Note-se que, com exceção do Edito de Teodórico, as denominadas leis romano-barbáricas eram aplicadas somente aos súditos romanos, em virtude do princípio da personalidade do direito vigente entre os Germanos. Assim sendo, os povos germânicos, mesmo após entrada em vigor das leis romano-barbáricas, continuaram a viver segundo seus usos e costumes que lentamente serão influenciados pela civilização romana, dando origem à elaboração de várias compilações, as *leges barbarorum*. O Edito de Teodorico foi publicado na Itália por volta do ano 500 d.C., pelo rei Teodorico, rei dos Ostrogodos, que se considerava o administrador da Itália em nome do Imperador do Oriente, Zenão, por isso a compilação leva o nome de *edictum* e não *lex*; sempre pelo mesmo motivo, afirma G. CERVENCA, as normas do edito eram aplicáveis aos romanos e aos ostrogodos. Apesar disso, o Edito é uma compilação modesta de somente 154 artigos, as matérias não reguladas pelo Edito eram disciplinadas pelas leis pessoais. O texto do Edito não indica as fontes que foram utilizadas para a sua composição, todavia, está claro que foram utilizados os códigos Gregoriano e Hermogeniano, as Novelas posteriores ao Código Teodosiano, assim como algumas obras jurisprudenciais, tais como as *Pauli Sententiae*, as Institutas de Gaio e os *Libri de officio proconsulis* de Ulpiano. A *lex Romana Burgundionum* é uma compilação feita por ordem do rei bárbaro Gondebaldo, para ser aplicada a seus súditos da Borgonha, tendo sido promulgada no começo do IV século, destinada somente aos súditos romanos. A mais importante das leis romano-barbáricas é a *Lex Romana Wisigothorum*, sancionada no ano 506, e elaborada por ordem do rei bárbaro Alárico II, rei dos Visigodos, para ser aplicada a

¹¹⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 15-17.

seus súditos romanos da Espanha e da Aquitânia. A obra foi composta por trechos retirados de diversas fontes jurídicas romanas e diferentemente do Código de Teodórico e da *Lex Burgundionum*, o Breviário de Alárico reproduz os trechos de forma fiel, sem amalgamá-los com o texto, sistematizando-os segundo a ordem das fontes de proveniência, indicadas explicitamente; o Breviário contém uma parte significativa do Código Teodosiano e das Novelas posteriores ao Código; após, encontra-se, sucessivamente, a *Epitome Gai*, reproduzida por inteiro, uma considerável parte das *Pauli Sententiae*, algumas constituições retiradas dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano e, por fim, trechos dos *Responsa* de Papiniano. As leis romano-barbáricas não apresentam aspectos inovadores, os compiladores se limitaram a recepcionar as fontes romanas aportando algumas pequenas atualizações, mas isso não diminui a importâncias dessas leis como fontes de cognição. A *Lex Romana Wisigothorum*, em particular, foi comparada, do ponto de vista da sua estrutura, ao *Corpus Iuris de Justiniano*, pois que ela se subdivide em três partes: uma compilação de *leges*, um manual elementar para fins didáticos e um conjunto de *iura*, tais partes corresponderiam, grosso modo, ao *Codex*, *Institutiones* e *Digesta*; tal comparação, porém, evidencia os inegáveis limites da *lex* em relação a grande compilação oriental¹¹⁹. Todavia, o Breviário de Alárico teve o mérito de recepcionar um material jurídico que bem correspondia às exigências da época, já que os textos utilizados são da antiguidade tardia, como as constituições do Código Teodosiano, ou são reelaborações em época tardia de obras anteriores, tais como as *Pauli Sententiae* e a *Epitome Gai*, essa relativa ‘modernidade’, explicaria, segundo G. CERVENCA, a duradoura fortuna da obra¹²⁰.

As fontes do direito visigodo, observa M.J. DE ALMEIDA COSTA, além de contarem com o famoso Breviário de Alárico são compostas, também, pelo Código de Eurico (475-476), pela Lei de Teudis (546) e pelo Código Visigótico, nas suas versões de Recesvindo (654) e de Ervígio (681). O Código Euriciano, promulgado pelo rei Eurico, constituiu a primeira coleção sistemática do direito visigótico, trata-se de uma fonte tradicionalmente listada na categoria das leis barbáricas e de todas elas é a que mais se ocupa do direito privado. Depois do Breviário de Alarico se tem conhecimento de um diploma promulgado pelo rei Teudis, denominada de *Lei de Teudis*, destinada a coibir abusos cometidos na cobrança de custas judiciais. O *Código Revisto* de Leovigildo, porém, é a grande coletânea que sucede o Breviário de Alárico, parece que esse código foi uma atualização do Código

¹¹⁹ G. CERVENCA, *Le leggi romanoi-barbariche*, in M. TALAMANCA, *Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milano: Giuffrè, 1989, pp. 623-624.

¹²⁰ G. CERVENCA, *Le leggi*, op. cit., p. 626.

de Eurico elaborada, entre os anos 572 e 586, por iniciativa do rei Leovigildo; infelizmente, não dispomos do texto original e a sua reconstrução foi feita a partir dos preceitos que dele passaram ao Código Visigótico. A legislação dos reis visigodos desde o reinado de Leovigildo até Recesvindo, não é particularmente ampla e se revela de aplicação indistinta a toda a população. Chindasvindo (642-653) incrementou a atividade legislativa chegando a promulgar oitenta e nove leis, introduzindo reformas relevantes em vários setores da vida jurídica, tais como normas referentes ao sistema judiciário, ao processo, ao direito privado e ao direito penal. Esse monarca impulsionou para que o Código de Leovigildo fosse substituído por uma outra obra codificatória, objetivo esse que será atingido, somente, por seu filho Recesvindo (649-672), o primeiro rei católico visigodo, que promulgará o Código Visigótico, em 654, que irá receber várias denominações *Lex Wisigothorum Recesvindiana*, *Liber Iudiciorum*, *Liber Iudicium* e *Forum Iudicum*. Esse código incorporou muitas leis dos antigos reis visigodos, indicadas como *antique* e muitos fragmentos da *Lex Romana Wisigothorum* ou Breviário de Alarico, esses fragmentos constituem acerca de um sexto da obra; além da versão promulgada por Recesvindo temos também aquela elaborada, em 681, pelo rei Ervígio e, por fim, a forma vulgata, de iniciativa popular. O Código é um conjunto de manuscritos de épocas diversa que vão desde a última fase da dominação visigótica até à Reconquista; quanto à natureza jurídica do Código Visigótico pode considerar-se um produto decorrente de três tradições jurídicas: romana, germânica e canônica, em que a influência das fontes romanas é preponderante¹²¹.

Dignas de nota as palavras, em obra de 1879, de J.P. OLIVEIRA MARTINS sobre o *Forum Iudicum*:

Embora systematicamente organizado, o codigo visigothico reproduz as antigas leis, modificadas sim, e subordinadas a um plano geral e a idéas propriamente jurídicas; mas difere decerto dos modernos códigos que partindo da base primordial dos direitos naturaes obedecem mais ou menos submissamente á logica. O elemento histórico e o politico têm de facto um papel predominante, e os historiadores-juristas distinguem quatro espécies nas leis que compõem o *Forum Iudicum*: as que emanam do rei com ou sem, o concurso da aula regia ou conselho de Estado; as que sobre proposta do monarcha são votadas nos concílios nacionais de Toledo, onde o clero domina; as leis sem data nem nome de author e que parece terem pertencido ás antigas colecções godas; e finalmente as leis extraídas dos códigos romanos e adoptadas ás exigências actuaes, antiqua noviter emendata¹²².

¹²¹ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, 2012, pp. 142-148.

¹²² J.P. DE OLIVEIRA MARTINS, *História da civilização ibérica*, Lisboa, Livraria Bertrand, 1879, pp. 61-62. Disponível [on-line] in <http://sistemas.stf.jus.br/xmlui/handle/123456789/658>. [14/10/2019]

O *Forum Iudicum* entrou em vigor em 693 e regeu os destinos da Península Ibérica até a invasão sarracena, conseqüente à celebre batalha de Chryssus, com a ocupação de Córdoba. O rei Ferdinando III de Castela e Léon, após a libertação de boa parte da Espanha do domínio muçulmano, fez traduzir em castelhano o *Liber iudiciorum*, que tomou o nome de *Fuero de los jueces* ou de *Fuero Juzgo*, tornando-se uma das principais bases do direito espanhol. A.S. DA CUNHA LOBO considera o *Forum Iudicum* ou *Fuero Juzgo* um monumento de alto valor que constituiu uma fonte primitiva do Direito Ibero-Americano¹²³.

2.1.2.2 O renascimento dos estudos jurídicos: glosadores e comentadores

Na sociedade da Alta Idade Média se produz um acentuado particularismo jurídico, apropriado para uma sociedade simples, estática e fechada, mas absolutamente inapropriado, pelo seu caráter de fragmentação, para uma sociedade em que a dinâmica das relações econômicas e comerciais acarreta uma maior complexidade nas relações jurídicas negociais. Neste contexto, as normas costumeiras mostram a sua impotência em regulamentar a vida dos homens. Os fatos jurídicos necessitam de um arcabouço jurídico que não os sufoque, mas que os organize e os sistematize e que realize uma unidade das diversidades¹²⁴.

Nesse diapasão, o Direito romano, entendido como o direito codificado por Justiniano, que na primeira idade média tinha sobrevivido sob as vestes de Direito romano ‘vulgar’, absorvendo traços simples e fatuais dos direitos bárbaros; deixando-se, em segundo plano, a análise daquela refinada ciência jurídica que o havia moldado e aperfeiçoado no decorrer dos séculos, apresenta-se como um meio idôneo para fornecer as justas soluções aos problemas de uma sociedade medieval mais aberta e com uma maior complexidade das relações humanas. Este direito que já havia se tornado, na antiguidade, o sistema do *ius commune*, volta a propor-se como direito de todos os homens, ao lado das ordens particulares¹²⁵.

¹²³ A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., p. 557.

¹²⁴ P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 44-45.

¹²⁵ S. GASPARINI, *Appunti cit.*, p. 65 ss.: “*Il testo giustiniano appare dunque...idoneo a essere utilizzato in vista di due distinte funzioni, collegate l'una all'altra e in pari misura risolutive rispetto ai due problemi più ricorrenti nella pratica del diritto. [...] ...in funzione di diritto suppletivo, il diritto giustiniano può colmare le lacune dei singoli sistemi giuridici particolari, promananti dalle istituzioni corporative. [...] Il diritto giustiniano però offre inoltre, a fronte delle esigenze di disciplina giuridica urgentemente sentite dalla società del nuovo millennio, un ulteriore vantaggio insostituibile, rappresentato dall'attenzione dedicata...ai problemi dell'esperienza giuridica nel suo complesso. La struttura coordinata di definizioni e di concetti di valore generale che se ne ricava è infatti riconosciuta come idonea a fungere da chiave esplicativa rispetto a qualsiasi sistema particolare e al suo funzionamento.*”

A elaboração do direito comum medieval, releva S. SCHIPANI, tem como substrato imprescindível o Direito romano justinianeu e a sua vocação universalística. O direito comum da idade média utiliza a noção de *ius civile quasi ius proprium* e a dicotomia *ius proprium/ius commune*, dando origem, portanto, ao particularismo jurídico, no âmbito do qual o Direito romano comum constitui um ponto de referência primário para o direito privado, seja porque é considerado *ratione Imperii*, seja *imperio rationis*¹²⁶.

A sociedade da Alta Idade Média, na opinião de R. DAVID, teve um retrocesso, pois, embora possamos constatar a existência de um direito e de instituições que o afirmavam, o reinado do direito cessou. O ideal de uma sociedade que pudesse garantir ‘os direitos de cada um’ é abandonado. Essa perspectiva muda com o renascimento dos estudos jurídicos nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu, tal renascimento será o ponto de partida para a criação do sistema da família romano-germânica. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, retoma a consciência de que somente o direito poderia garantir a ordem e a segurança necessárias ao progresso; na realidade a ideia de que a sociedade tinha que ser regida pelo direito não era nova uma vez que já os romanos a tinham concebido, mas a volta a essa ideia foi uma verdadeira revolução no século XII. Os juristas e filósofos exigiram que as relações sociais estivessem baseadas no direito, um direito fundamentado na justiça que a razão permitisse conhecer, repudiando para as relações civis o apelo ao sobrenatural. O nascimento nos séculos XII e XIII do sistema romano-germânico não foi de modo algum devido à afirmação de um poder político ou à centralização efetuada por uma autoridade soberana, foi um direito criado pelos doutos. O comparatista francês afirma que “o sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura; ele surgiu e continuou a existir, independentemente, de qualquer intenção política”. O direito elaborado pelas universidades a partir do século XII não é o direito da prática, o professor se dedica a ensinar um método apto a ressaltar as regras consideradas mais justas, as mais conformes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade; ele não concebe a sua função como sendo aquela de descrever práticas existentes, nem de dizer como na prática poder-se-ia dar eficácia às regras que ele aponta como as mais justas. O direito nas universidades é considerado como um modelo de organização social, o direito é um *Sollen* e não um *Sein*. Nessa perspectiva o direito dos doutos irá além dos direitos locais, elevar-se-á acima dos

¹²⁶ S. SCHIPANI, *Armonizzazione*, op. cit., p. 37.

costumes, nenhuma universidade europeia irá tomar como base do seu ensino o direito consuetudinário, pois, este não exprimiria o ideal de justiça¹²⁷.

A formação da ciência jurídica em Bolonha ocorre nas últimas décadas do século XI com o surgimento de um movimento cultural que aprofunda os estudos dos textos clássicos, como por exemplo o *Organon* aristotélico ou os escritos de Platão; no campo do direito, os estudos jurídicos científicos, o *studium civile*, concentram-se na análise da literatura clássica, conservada nas *Pandectas*. No final do século XI, iniciou-se a recensão crítica do Digesto justiniano que, conhecido como *littera Bononiensis*, haveria de se transformar no texto básico do *ius civile* europeu. O reflorescimento das cidades e do comércio no norte da Itália, entre elas Bolonha, haveria de desencadear a necessidade de uma compreensão mais apurada das matérias jurídicas na administração da justiça, na atividade de consultoria, na prática da advocacia e do notariado. Salienta F. WIEACKER que é significativo que o ponto de partida dos estudos jurídicos de Bolonha tenha sido uma decisão da Comuna de Bolonha de criar uma escola de artes, com professores pagos pela cidade para a formação de funcionários públicos como síndicos, procuradores, notários e advogados¹²⁸.

Destarte, no século XII, paulatinamente, ter-se-á o reflorescimento da ciência do direito, com o renovamento do estudo do direito romano, especificadamente do direito justiniano, pela Escola de Bolonha, a partir do monge Irnério e seus discípulos, dando origem a Escola dos Glosadores. Os membros da escola se dispersaram primeiro pela Itália (*citramontani*) e depois pela França (*ultramontani*), onde, sob a influência da escolástica francesa foram elaboradas as primeiras sínteses¹²⁹. Os alunos que se dirigiam a Bolonha, inicialmente, provinham essencialmente das cidades italianas, posteriormente, também de outras cidades europeias e, ao chegar em Bolonha, foram se reunindo em associações para organizar a convivência em uma cidade estrangeira. Criam-se, portando duas *universitates*, uma dessas composta pelas quatro *nationes* dos *Citramontani* (Lombardia, Toscana, Roma, Campânia) e a outra pelas treze dos *Ultramontani*, cada uma presidida por um *rector* escolhido entre os próprios estudantes e auxiliado por *consilarii*, provindo das diversas *nationes*. Entre as tarefas do *rector* e dos *consilarii* se destaca o controle das *matriculae* (os registros das matrículas), a colheita das *collectae* (as taxas de inscrição), a negociação dos contratos de prestação de serviço intelectual com os docentes e a elaboração do calendário acadêmico. As aulas ordinárias ocorriam pela manhã e tinham por objeto o estudo do

¹²⁷ R. DAVID, *Les grands systèmes*, op. cit., pp. 39-42.

¹²⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 38-41.

¹²⁹ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., p. 189.

Digestum Vetus e do *Codex* no que concernia ao Direito romano e o estudo do direito canônico com a análise do *Decretum Gratiani* e il *Liber Extra*; à tarde, as *lectiones extraordinariae* que previam o estudo do *Digestum Novum*, do *Infortiatum* e o *Volumen parvum* e as *Decretales*¹³⁰.

As características do método bolonhês são a fidelidade ao texto justinianeus e o caráter analítico e, em geral, não sistemático dos textos. O primeiro aspecto se refere à ideia, comum entre os glosadores, de que os textos justinianeus tinham uma origem quase sagrada, conseqüentemente os juristas não podiam ir além de uma atividade puramente interpretativa, o método escolástico fundado na *auctoritas* do texto; a atividade dos juristas devia consistir numa interpretação cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras e, em progressão, o sentido que essas encerravam, como farão, preponderantemente, os ‘comentadores’; esse tipo de estudo se desenvolveu segundo um molde prevalentemente analítico, ou seja, os juristas faziam uma análise independente de cada texto jurídico, sem que houvesse a preocupação de se identificar a correlação dos textos entre si¹³¹.

A Escolástica, assim como ela se apresenta no ensino das escolas, não punha em primeiro plano a problematização, *i.e.*, aquele processo cognitivo através do qual cada pensador busca dar uma solução pessoal, possivelmente nova, aos problemas, mas, vislumbra-se, na atividade escolástica, a preocupação em se transmitir e em se elaborar as verdades já adquiridas, daí o processo de reconhecimento da ‘autoridade’ dos textos antigos. Os glosadores quando interpretam os seus textos e tentam ordená-los num edifício harmônico, afirma F. WIEACKER, “partilham na verdade, com as modernas teologia e jurisprudência, as intenções de uma dogmática, *i.e.*, de um processo cognitivo, cujas condições e princípios fundamentais estão predeterminados através de uma «autoridade»”. Esses procuram a comprovação com o instrumento da razão, que para eles era constituído pela lógica escolástica, da verdade irrefutável da autoridade. A autoridade do Direito romano se baseou, até o advento do historicismo moderno e do positivismo legal, na crença da *ratio scripta*, a fonte de legitimação da autoridade do *Corpus Iuris*, na realidade, modificou-se constantemente, pois na alta Idade Média se fundou na ideia de Roma, *i.e.*, na convicção de que, por força da identidade histórico-espiritual do *Corpus Christianum* com o império, o mundo era ainda o mesmo dos juristas romanos; posteriormente, com o desaparecimento dos poderes universais, essa veio a fundar-se na convicção do humanismo jurídico de que os

¹³⁰ S. GASPARINI, *Appunti minimi di storia del diritto. Documenti, testi, bibliografia*, Padova, Imprimerie, 2002, p. 26.

¹³¹ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 188-189.

modelos da civilização moderna tinham sido estabelecidos no mundo antigo; contudo, o caráter modular do Direito romano permaneceu como algo evidente nas duas épocas, somente, com o jusracionalismo radical se legitimou a autoridade do direito positivo a partir do comando do soberano e da vontade geral da nação, a partir desse momento o direito dos homens não teve mais que obedecer ao texto intemporal e racional da *ratio scripta*, em outras palavras, esclarece o jurista austríaco, “o racionalismo contemplativo e intelectual da Idade Média acabou por gerar o racionalismo atuante e prático do moderno legislador e foi, ao mesmo tempo, absorvido por ele”¹³².

O estudo dos primeiros juristas da Escola de Bolonha se desenvolveu, inicialmente, através das denominadas ‘glosas’ que podiam ser nas entrelinhas ou à margem do texto comentado, interpretações literais do texto, conforme às próprias prescrições de Justiniano que visavam a salvaguarda da compilação imperial, assim que a atividade dos juristas sobre o texto devia limitar-se a traduções literais, a elaborações de índices ou anotações, vedado qualquer tipo de comentário ao texto¹³³. Dessarte, nessa primeira fase a atividade desenvolvida pela ciência jurídica foi, principalmente, de cunho exegético, embora se tenha que salientar que a substância da interpretação já apresentasse aspectos inovadores, porém, esses aspectos eram indicados, do ponto de vista formal e externo, como absolutamente subordinados ao texto. A ordem do estudo foi aquela da própria obra examinada, *i.e.*, a ordem dada por Justiniano aos textos nas várias partes da compilação¹³⁴.

A glosa como instrumento de análise de um texto não foi utilizada, unicamente, no âmbito jurídico, obras teológicas, filosóficas e até mesmo as Sagradas Escrituras foram submetidas à análise através do método das glosas; contudo, foi no quadro dos estudos jurídicos que a glosa se tornou um verdadeiro instrumento de trabalho. As glosas são o resultado de um árduo trabalho dos juristas para que o texto justinianeu pudesse se tornar útil no presente; representam a releitura de fragmento por fragmento, que forma um mapa de anotações à margem que possibilita um direcionamento na compreensão de um texto amplo e extremamente difícil para os juristas medievais. As glosas não somente explicam o

¹³² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 47-50.

¹³³ O Imperador Justiniano confirmou o Digesto, dando-lhe força de lei, através da promulgação de duas constituições uma em latim, Constituição *Tanta*, e a outra em língua grega, a Constituição *Dedoken*. Nessas o imperador proíbe quaisquer formas de comentários, permitindo somente traduzir para o grego ao pé da letra e fazer algumas anotações, *Dedoken*, § 21. O que estatuímos quando ordenamos a composição deste corpo de direito, de novo, ao confirma-lo, igualmente proibimos, isto é, que nenhum dos presentes e futuros tenha a ousadia de escrever comentários sobre estas leis e apenas lhes permitimos traduzi-las para o grego, somente ao pé da letra, anotando os títulos para seu uso [...]. Ver *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*, op. cit., p. 60.

¹³⁴ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 45-46.

texto ao lado do qual aparecessem, mas desenvolvem também a função de coligar aquele texto com outros, esparsos alhures, ligando um texto ao outro por semelhança ou dessemelhança; essas fornecem uma utilíssima rede de reenvios que permitem uma primeira visão de conjunto do texto justinianeus, assim como uma primeira coordenação das dessemelhanças; o trabalho interpretativo dos Glosadores conduz à configuração de cada texto e de cada norma como elemento de um todo unitário¹³⁵.

Observa R. ORESTANO que embora nas *summae* os Glosadores se esforçassem em ter uma visão mais coordenada do material sobre o qual operavam e dos princípios que, paulatinamente, deduziam, eles ordenavam sempre o material dentro de uma ordem sistemática retirada do próprio *corpus legum*, na maioria das vezes, seguindo o esquema do código justinianeus, respeitando a sucessão dos livros e dos títulos; uma maior liberdade na elaboração do material se encontra somente internamente aos títulos. A atividade dos Glosadores terá o seu ápice com a Glosa de Acúrsio que, por volta do ano 1240, recolheu, selecionando, o imenso material exegético que gerações de juristas tinham acumulado sobre os textos romanos¹³⁶. O conhecimento da obra de Justiniano e da Magna Glosa acursiana se tornam o pressuposto indispensável para qualquer estudo ou elaboração de cunho jurídico.

A *summa* é um método que tem sempre por objeto o texto de Justiniano, mas o jurista não efetua uma exegese de um texto específico, mas de vários fragmentos que seguem uma ordem determinada pelo autor conforme ao raciocínio que ele deseja desenvolver em relação a uma determinada temática; a ordem vem explicitada através da divisão em capítulos e parágrafos, numerados e intitulados, em cada um dos quais é analisado um específico aspecto da matéria. A divisão da matéria feita pelo autor, por sua vez, constitui um trabalho de análise interpretativa que evidencia a lógica interna que ele reconhece no texto justinianeus, servindo para facilitar a busca do fragmento no qual se trata um determinado argumento que se deseja buscar, assim sendo, a divisão possui também um escopo prático. Famosa é a *Summa Azonis* em que se pode observar a existência de um *summarius* com parágrafos numerados, tendo cada um o seu título¹³⁷. O método da *summa* será utilizado, preponderantemente, pelos pós-glosadores, também conhecidos como os Comentadores.

Com o aparecimento da escola dos pós-glosadores se verifica a tendência a não se respeitar mais a sistemática tradicional; da segunda metade do XIII século a fisionomia da

¹³⁵ S. GASPARINI, *Appunti minimi di storia del diritto. Antichità e medioevo*, Padova, Imprimerie, 2002, pp. 74-75.

¹³⁶ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 46-47.

¹³⁷ S. GASPARINI, *Appunti minimi*, op. cit., pp. 36-37.

ciência jurídica muda e com a redescoberta de Aristóteles, a partir das fontes árabes, os estudos jurídicos irão ser influenciados mais uma vez pela ‘dialética’, como já havia ocorrido no último século da *Res publica*. A nova tendência irá se consolidar no sul da França, em Toulouse, onde os novos estudos aristotélicos tinham se desenvolvido¹³⁸, e os textos do *Corpus Iuris* passaram a ser examinados segundo o método dialético-escolástico, isso irá acentuar as tendências sistemáticas que já tinham se manifestado nos últimos glosadores, as quais consolidar-se-ão com o trabalho dos ‘Comentadores’ italianos, tais como Cino da Pistoia (1270-1336) e Bartolo da Saxoferrato (1314-1357)¹³⁹.

A abordagem que a Escola dos Comentadores utilizou na análise dos textos da compilação justinianeia foi nitidamente distinta daquela empregada pelos Glosadores, pois, esses nunca pretenderam haurir do *Corpus Iuris Civilis* um ‘sistema’. Com efeito, a diferença metodológica que se desenvolveu entre ‘glosadores’ e ‘comentadores’, no entender de E. LO RÉ POUSSADA, é de que os glosadores partiam da ideia do direito como “dado”; os comentadores, em uma perspectiva mais evoluída, compreendiam-no como um “construído”¹⁴⁰. Dois são os elementos que distinguem o método dos comentadores, que não é um método que se contrapõe ao método das glosas, mas sim um seu ulterior desenvolvimento, daquele dos glosadores; por um lado, a construção de uma grade sistemática que refletisse o sistema normativo do *Corpus Iuris Civilis*; do outro lado, a aplicação do método científico não somente ao direito justinianeu, mas também aos direitos locais. A busca da ligação entre diversos fragmentos do texto justinianeu leva, com o tempo, ao desenvolvimento de definições exaustivas e não contraditórias daquilo que hoje indicamos como institutos jurídicos, ou seja, uma série coordenada de normas que disciplinam específicas *fattispecie*. Tais ligações eram feitas de forma restrita através da utilização das glosas, após a Glosa de Acúrsio, surgem, pela primeira vez, obras autônomas sobre o texto dotado de glosas, cujo conhecimento se dá como já adquirido: o texto de Justiniano não é mais explicado fragmento por fragmento, mas se constrói uma interpretação coordenada de normas ligadas umas nas outras que disciplinam um determinado instituto jurídico. Adota-se na investigação jurídica, como em outras disciplinas, tais como a filosofia ou a teologia, o instrumento da *summa*, que pode ser definido como um conjunto de

¹³⁸ Anota R. ORESTANO que o papa Gregório IX tinha proibido que na Universidade de Paris se estudasse o ‘novo’ Aristóteles, i.e., o conjunto de textos (Metafísica, Ética a Nicômaco etc) que através das traduções do árabe ao latim tinham começado a circular na primeira metade do século XIII. R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 47, nota 2.

¹³⁹ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 45-48.

¹⁴⁰ E. LO RÉ POUSSADA, *A recepção do direito romano nas universidades: glosadores e comentadores*, in *Revista Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 106/107jan/dez 2011/2012, p. 113.

operações que visam à delimitação de um argumento objeto da investigação e à compilação de uma lista de unidade de exposição no quadro da qual se decide articular o raciocínio¹⁴¹.

Primeiramente, os comentadores procedem a uma interpretação inovadora, pois, eles contrapõem o texto da lei (*verba*) ao espírito (*mens*), dando um valor significativo a este último. Destarte, operam uma atualização normativa, mas, para além dessa atualização, realizam também um importante trabalho de sistematização, executando uma interpretação lógica dos preceitos. A interpretação lógica partia do texto, mas considerava-o como expressão de uma ideia geral (*ratio*) do seu autor, ideia essa que certamente estaria presente noutros passos, assim sendo, o texto só poderia ser entendido através da sua integração no contexto da obra que permitiria a extração das ideias informadoras (*dogmata*) de cada contexto normativo (diríamos, hoje, de cada instituto), essas ideias constituem a base indispensável para a interpretação de um preceito isolado. A busca da *ratio legis* era feita através dos procedimentos da dialética aristotélica-escolástica: definição, divisão e analogia. Por meio das três atividades se chegava ao conhecimento da essência (*substantia*) dos institutos; as instituições ou figuras jurídicas mais amplas em que esses se encaixavam (os *genera*; os caracteres específicos que continham em relação aos outros institutos enquadrados no mesmo gênero, as *differentiae*; as analogias formais ou materiais, as *similitudines*). Os comentadores por meio de uma interpretação lógica, executavam um trabalho inovador, posto que forçando o ‘texto’ com a ajuda de instrumentos lógicos-dialéticos iam construindo um sistema de conceitos jurídicos necessários para se dar respostas às necessidades da vida cotidiana; mantinham eles, contudo, a invocação do argumento da autoridade do texto, elemento característico do pensamento jurídico medieval. A principal função da invocação da *communis opinio* e do argumento de autoridade era a de introduzir uma disciplina na interpretação do direito, visto que a amplitude dos processos de interpretação e raciocínio utilizados pelos juristas ao executar a sua atividade de atualização e sistematização do direito poderia conduzir não à sistematização do direito, mas a pulverização do mesmo, dada a liberdade de interpretação de que gozavam, assim sendo, a invocação da autoridade visava canalizar a atividade teórica dos jurisconsultos naqueles sentidos mais aceitos pelos juristas mais influentes; a invocação direcionava a atividade daqueles que procediam a uma determinada interpretação¹⁴².

¹⁴¹ S. GASPARINI, *Appunti minimi*, op. cit., pp. 76-77.

¹⁴² A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 216-218; pp. 224-225.

A aplicação do método italiano do comentário ao texto normativo, não somente o texto de Justiniano, mas também textos estatutários, vem definido como *mos italicus*; esse se estruturava em fases sucessivas logicamente ligadas umas às outras, como afirma o jurista de quinhentos M. GRIBALDI MOFA: 1. *Praemitto*: enquadro a norma segundo a sua colocação por livro e título, considerando o instituto jurídico ao qual diz respeito e a *fattispecie* que disciplina, interpretação literal; 2. *Scindo*: divido a norma em partes, cada uma das quais disciplina um aspecto distinto da *fattispecie* à qual a norma se refere, concatenação lógica através das noções dialéticas de gênero, espécie etc; 3. *Summo*: redijo a lista ordenada das partes resultantes da divisão da norma, articulando a exposição dos resultados da interpretação segundo essa divisão, reelaboração sistemática do texto; 4. *Casum figuro*: enuncio exemplos hipotéticos que possam constituir o modelo típico para as principais aplicações da norma; 5. *Perlego*: reviso o inteiro texto da norma, salientando as conexões internas e a função geral; 6. *Do causas*: defino as quatro causas da norma, segundo a classificação aristotélica: causa material (indicação da natureza do instituto); causa formal (indicação das suas características distintivas); causa eficiente (a sua razão de ser) e causa final (as suas finalidades); 7. *Connoto*: relevo quais outros aspectos possam ser observados no que tange à aplicação da norma e saliento a relação com outras normas; 8. *Obiicio*: relevo quantas e quais diferentes interpretações possam ser dadas da mesma norma, adotando-se critérios diversos¹⁴³. Relevante, ainda, assinalar a técnica usada pelos comentadores dos *arbores* que eram esquemas gráficos, colocados fora do texto, no âmbito dos quais se construía, de forma gráfica, uma hierarquia dos conceitos, definições e termos técnicos. A tradição dos *arbores* se desenvolve, principalmente, devido à necessidade de elaborar-se, com base nos textos justinianeus, um sistema unitário e, possivelmente, sem contradições. Logo, porém, foram inseridos nos *arbores* elementos que provinham do direito feudal, operando-se, por conseguinte, uma mescla do direito romano justinianeus e das outras ordens jurídicas medievais, tais como o direito feudal, o direito estatutário e o direito consuetudinário, formando o *ius commune* dos povos europeus. Por fim, deve-se recordar a importante atividade de consultoria levada a cabo pelos comentadores, seja no contexto das atividades jurisdicionais nas diversas comunas, seja como suporte doutrinário a uma das partes em causa¹⁴⁴.

¹⁴³ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 226-227. Cf. S. GASPARINI, *Appunti minimi*, op. cit., p. 38.

¹⁴⁴ S. GASPARINI, *Appunti minimi*, op. cit., pp. 40-43.

A atividade doutrinal dos comentadores se desenvolve basicamente no século XIV, sendo caracterizada pela inserção, entre outros fatores, dos *iura propria* no direito romano-justiniano e pelo esforço de reduzir o saber jurídico a uma unidade. Contudo, deve-se observar que à medida que os reinos se reforçam em face do império o equilíbrio do sistema de fontes de direito muda, pois, verifica-se uma clara supremacia do direito próprio dos reinos e das cidades sobre o *ius commune* elaborado pelos juristas do século XIV, principalmente, naqueles ramos do direito em que o direito romano justiniano não podia oferecer uma significativa contribuição, tais como o criminal e o comercial. As políticas reais, a partir do século XV, visando à concentração do poder de estabelecer o direito operam uma submissão do direito comum aos novos direitos nacionais. São alguns exemplos a redação dos costumes ordenada, na França, sucessivamente por Carlos VII (1454), Luís XI (1481) e Henrique III (1587); na Espanha uma compilação dos costumes é ordenada por Isabel, a Católica, as *Ordenanzas Reales de Castela*, em 1484; nos Países Baixos a compilação do direito local é empreendida sob Carlos V (1531) e, na Bélgica, com o *Édit Perpétuel* (1611). Na Alemanha, o duque Guilherme IV da Baviera conclui a codificação das principais fontes do direito bávaro (*Gerichtsordnung*, 1520) e reúne a legislação ducal em matéria administrativa e econômica (*Buch de gemeinen Landpot-Landsordnung*, 1520); logo após, em 1532, surge a *Constitutio Criminalis Carolina* com a qual Carlos V unifica o direito penal alemão. Em Portugal, a compilação da legislação é realizada em 1446-1447 (*Ordenações Afonsinas*), retomada em 1512-1514 (*Ordenações Manuelinas*) e em 1603 (*Ordenações Filipinas*). O que se deve salientar é que a partir dessas compilações a tendência será que o direito compilado prevaleça, na aplicabilidade prática, em face do Direito romano, já que era mais acessível, menos incerto e menos sujeito a contradição ou controvérsia; diversas compilações estabelecem a supremacia sobre qualquer outro direito, que valeria apenas quando nelas não se encontrasse um preceito aplicável ao caso concreto, ou seja, como direito subsidiário¹⁴⁵. As *Ordenações Afonsinas*, v.g., no livro II, título 9 dispunha que diante do caso concreto, na falta de norma de direito nacional (leis do Reino, estilos da Corte ou os costumes antigamente usados), dever-se-ia utilizar em questões jurídicas temporais o direito romano (leis imperiais); em questões espirituais o direito canônico e se houvesse conflito entre os dois prevaleceria o direito canônico. Não se encontrando a norma aplicável

¹⁴⁵ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 232-234.

ao caso, nestas diversas ordens jurídicas, recorrer-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, por último, a opinião de Bártolo¹⁴⁶.

Os comentadores a partir de uma atividade teórica se dedicaram, cada vez mais, a uma atividade de consulta que gerou um aperfeiçoamento científico dos direitos estatutários, convertendo o seu cotidiano em objeto de investigação; essa mudança de perspectiva levará esses juristas a transformar, pela primeira vez, o direito justiniano num direito comum à Europa; ao mesmo tempo que uma multidão de direitos não romanos foram reduzidos a forma mental da sua ciência, somente, através deles a ideia de que o Direito romano era a *ratio scripta* da cristandade ocidental se torna uma realidade palpável. Afrontam o problema das relações entre *ius commune* e os direitos locais, *ius speciale*, em virtude da importância predominante das fontes do direito local; elabora-se uma teoria estatutária que rigorosamente classificava esta relação como sendo de pré-eminência, ou seja, atribui-se um caráter especial aos estatutos, exigindo-se, portanto, em consonância com este caráter especial, uma interpretação estrita, *i.e.*, restritiva dessas fontes. Nesse novo clima cultural os juristas, em virtude do seu monopólio intelectual e do prestígio do Direito romano, passam a atuar junto às cortes, como conselheiros nas grandes disputas políticas, sociais e econômicas¹⁴⁷ de tal modo que, como havia escrito o português João de Deus, é também costume aprovado que a sentença não se torne definitiva senão depois de conselho de peritos¹⁴⁸.

Se os glosadores tinham atuado, essencialmente, na Academia, os comentadores ou conciliadores, embora mantenham a atividade de ensino, direcionam a própria atividade para fins práticos, como consultores de privados e magistrados. Com efeito, A. M. HESPANHA, observa que a partir dos meados do século XIII, surge a doutrina, favorecida pelos juristas, de que os magistrados, pouco conhecedores do direito comum, deviam aconselhar-se com um especialista¹⁴⁹.

A atividade de aconselhamento dos comentadores irá produzir uma literatura conciliar imensa que irá adquirir grande prestígio, espacialmente e temporalmente, dominando a cultura jurídica do direito comum até às vésperas das codificações jusnaturalistas. Ao terem uma abordagem mais prática do direito, os comentadores irão interpretar os textos de forma cada vez mais livre, às vezes lançando mão de recursos dialéticos sempre mais ousados¹⁵⁰. Pode-se afirmar que a atividade dos glosadores era, antes de tudo, acadêmica, já a dos

¹⁴⁶ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., p. 341 ss.

¹⁴⁷ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 80-81.

¹⁴⁸ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., p. 201.

¹⁴⁹ *Ibidem*

¹⁵⁰ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., p. 83

comentadores foi direcionada para a prática, na qualidade de consultores de magistrados e particulares.

São exemplos conhecidos dessa nova técnica a teoria da pluralidade das situações reais, pois, ao contrário do que hoje acontece o direito medieval concebia o *dominium* como podendo não ser exclusivo, sendo possível a existência de outros direitos de outros titulares incidindo sobre a mesma coisa; pensava-se que se as coisa tinham uma única substância podiam ter diversas utilidades, assim com a leitura da natureza das coisas, a doutrina jurídica dos comentadores pôde construir a teoria do domínio dividido, domínio direto e domínio útil ou, ainda, a teoria espacial dos ordenamentos jurídicos, em que o direito medieval identificava o problema da aplicação espacial do direito com a pertinência a uma ‘nação’, assim o âmbito de aplicação coincidia com o âmbito de uma tribo ou de uma comunidade ligada por laços de sangue e tradição, ou seja, o direito tinha uma aplicação pessoal. Com o fortalecimento dos reinos, passou-se a entender que o direito era uma emanção do poder político que o tivesse editado, devendo a hierarquia das normas corresponder a hierarquia dos poderes políticos, tendendo-se, dessa forma, para uma concepção territorial do poder, devendo as normas serem aplicadas a todos os habitantes do território independentemente da sua naturalidade, da situação dos bens, do lugar de celebração dos negócios jurídicos ou do direito do foro que conhecia a causa. Ambas as concepções concernentes à aplicação do direito possuíam critérios rígidos o que naturalmente ocasionou, com a maior mobilidade das pessoas, uma infinidade de problemas, nesse diapasão, os comentadores ao perscrutar a variedade das situações concretas, formulam critérios casuísticos e desamarram a questão dos conflitos de leis dos critérios únicos da ‘nacionalidade’ e da sujeição política, pois, mesmo partindo do princípio de que a lei se aplicava somente aos súditos criaram limitações, tais como o princípio *locus regit actum* de modo que os contratos e testamentos reger-se-iam pelo local da celebração; o princípio da *lex fori*, o processo se desenvolveria segundo a lei do foro; o princípio *lei rei sitae*, os imóveis regem-se pela lei da sua localização¹⁵¹.

Os aspectos básicos da metodologia dos comentadores foram o uso de esquemas mentais dialéticos ou escolásticos, o distanciamento de uma análise da estrita letra dos textos do *Corpus Iuris Civilis*, que passam a ser interpretados de forma bem mais desenvolta, e, principalmente, uma ampliação das fontes de direito, tudo isso acarretou um decisivo avanço da ciência jurídica, assim como, criou-se os alicerces de instituições e disciplinas que não tinham raízes em categorias do Direito romano ou que este considerava de forma casuística.

¹⁵¹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 202-204.

Através de comentários e monografias esses juristas elaboraram uma literatura jurídica que teve uma grande ressonância em toda a Europa, dando-se, sem dúvida, um passo importante na construção da moderna ciência do direito, posto que o método escolástico tinha propiciado a individuação da *ratio* dos preceitos legais¹⁵².

A grande novidade do método dos comentadores, completamente imbuído de racionalismo, foi interpretar os textos da compilação justinianeia buscando o *sensum* e não mais os *verba*, submetendo-os a uma série de operações lógicas de decomposição e recomposição, a procura da *ratio legis* e, através dessa, da *medulla rationis*, já que se reputava que cada lei continha um fragmento da razão natural; substituiu-se a glosa com o *commentum*, porém, a ordem de exposição continua a ser o *ordo legum*. A aplicação do novo método na interpretação dos textos da compilação de Justiniano dará origem a reelaborações sistemáticas, o que irá propiciar a elaboração de uma série de pequenas obras monográficas, desvinculadas do esquema tradicional, em que vários institutos são apreciados e nas quais a ordem das matérias é determinada pela construção que se busca efetivar; o problema, portanto, da sistemática é posto concretamente pelos comentadores, porém, uma explicitação da sistemática como um problema do estudo do direito aparecerá somente na segunda metade do século XV e mais amplamente no século XVI, com o Humanismo Jurídico¹⁵³.

Do ponto de vista de uma perspectiva histórica, segundo A.M. HESPANHA, as escolas tardo-medievais irão efetuar uma construção daqueles princípios mais gerais do direito que, mais tarde, nos séculos XVII e XVIII, irão ser tomados pelas escolas jusracionalistas como axiomas jurídicos, a partir dos quais se possa proceder dedutivamente. Assim historicamente, diz o autor, o período compreendido entre os séculos XIV e XVII corresponde à formação 'indutiva' de princípios gerais, aptos a constituir pontos de suporte para um raciocínio jurídico dedutivo. O sistema estará perfeito, no século XVIII, com os seus axiomas bem definidos, portanto, o pensamento jurídico irá limitar-se a explicá-los dedutivamente; o farão as escolas jusracionalistas e, posteriormente, a Pandectística¹⁵⁴.

2.1.2.3 Humanismo Jurídico

O século XIV, historicamente, é um século de transição em que o velho se mistura com o novo, pois, surgem, paulatinamente, os germens de uma nova época caracterizada por ideias diretrizes do agir humano que preanunciam a era moderna. A consciência coletiva é levada a colocar em dúvida a velha ordem medieval e, lentamente, impõe-se a necessidade

¹⁵² M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., p. 270.

¹⁵³ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 48-50.

¹⁵⁴ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., p. 221.

de uma renovação profunda do velho equilíbrio sócio-político-jurídico; uma profunda reflexão teológica e filosófica busca desenhar uma nova antropologia que se concentra em libertar o indivíduo dos muitos vínculos sociais, em isolar o sujeito do mundo e no mundo, admitindo ser esse capaz de buscar e encontrar dentro de si as forças para dominar a realidade. O *homo novus* do século XIV, como salienta P. GROSSI, desenhado pela teologia e pela filosofia franciscana é um sujeito que entre todas as suas dimensões psicológicas fundamenta o seu agir na mais autônoma, a sua vontade. Tudo se subjetiva e se resolve no âmago do sujeito, em suma, a vontade como caráter essencial do sujeito e garantia da sua liberdade; nessa reflexão, encontra-se a origem daquela dimensão individualista que irá caracterizar a época moderna. Instaure-se um processo liberatório que começa no século XIV e tem como escopo a libertação de toda e qualquer individualidade anteriormente contida; o sujeito físico, psicologicamente libertado, não precisa mais, para se sentir seguro, estar inserido em estruturas comunitárias que ele sente como algo que o sufoca. A sociedade delineada pela velha ordem medieval é uma sociedade de sociedade um conjunto complexo e complicadíssimo de formações intermediárias que são um empecilho para a afirmação seja do micro-sujeito privado seja do macro-sujeito público. O processo de libertação da individualidade reconfigura a dimensão política e da fragmentada sociedade da Alta Idade Média surgem entidades políticas com uma específica individualidade, ainda não se pode vislumbrar o ‘Estado’, mas, certamente, formas embrionárias desse; estamos nas origens do Estado moderno, pois que no século XIV se constata o emergir e a consolidação de um poder autenticamente soberano. O rei justiceiro põe a produção do direito entre as suas prerrogativas principais e se verifica uma proliferação das *Ordennances*; esse é o início daquele longo caminho que terá o seu ápice e ponto final com Napoleão I, o soberano legislador, o codificador que irá encerrar todo o direito em um Código¹⁵⁵.

O surgimento de uma nova diretriz do pensamento jurídico, o Humanismo Jurídico, liga-se a vários fatores, entre eles, certamente, a decadência, na segunda metade do século XV da obra dos comentadores, pois, com o tempo a atividade desses juristas se tornou rotineira, conduzindo a uma estagnação, a uma mera repetição de argumentos e autores na execução da arte forense. O uso do princípio da autoridade dos textos se tornou abusivo; utiliza-se o instrumento da *communis opinio* para se corroborar a adoção de uma determinada solução. Observa M.J. ALMEIDA COSTA que as *Ordenações Manuelinas* atribuíam o *status* de fonte subsidiária à *communis opinio doctorum*, que se põe, como fonte, ao lado da Glosa

¹⁵⁵ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., p. 68 ss.

de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo. Os bartolistas, já na época da decadência, limitam-se a amontoar nos seus escritos uma série interminável de questões, distinções e subdistinções, ao lado de uma quase exclusiva citação das opiniões dos autores precedentes. O descaso pelos aspectos históricos por parte dos comentadores, desencadeiam críticas severas dos juristas cultos, assim como a deselegância do seu estilo para os juristas humanistas era chocante, evidenciava o completo desconhecimento das *bonae litterae*¹⁵⁶.

Os comentadores foram, na Itália, contemporâneos do primeiro Humanismo, pois, o movimento, inicialmente, é essencialmente italiano. Desse primeiro contato surgem contrastes significativos. Glosadores e comentadores constituíram a segunda camada culta que se tinha formado na Idade Média, ao lado dos clérigos, o seu grande prestígio tinha suas raízes no fato de que as suas concepções e métodos bem correspondiam ao espírito medieval. Quando o Humanismo põe em discussão os fundamentos dessas concepções e extrai da literatura e arte da antiguidade uma nova visão do homem e um novo ideal educativo o choque com a jurisprudência foi inevitável, já que os juristas interpretavam as fontes romanas antigas com um intento totalmente diverso, ou seja, com a intenção de afirmar a autoridade do texto, de um lado, de efetuar, do outro lado, uma interpretação que promovesse a utilização prática do direito justiniano¹⁵⁷. Costuma-se considerar o milanês A. ALCIATO (1492-1550) como o fundador da Escola Humanista, professor em Bruges; o movimento se difundiu pela Europa graças ao trabalho do francês BUDÉ (1467-1540) e do alemão ZASIO (1461-1535), pelos inícios do século XVI. Nasce a denominada Escola Culta que terá entre os seus membros juristas do quilate de HALOANDER na Alemanha; na França, J. CUJAS (1532-1590), professor em Toulouse, Paris e Bruges, autor de uma monumental obra de estudo histórico-filológico e dogmático dos textos romanos; F. HOTMAN (1524-1590), autor do famoso trabalho sobre as interpolações justinianeias (*Antitribonien*, versão latina publicada em 1567); H. DONEAU (1527-1559), jurista sistemático e dogmático, assim como, D. GODOFREDO, autor da expressão *Corpus Iuris Civilis*. Com as guerras de religião e a perseguição dos protestantes huguenotes na França, muitos juristas humanistas, que haviam aderido à nova confissão religiosa, refugiaram-se na Holanda e na Alemanha, ensinando nas universidades holandesas e alemãs deram início, nessas terras, a uma geração de humanistas, cuja ação irá prolongar-se até o século XVIII; juristas como VINNIUS, VOET, NOODT, além de H. VAN GROOT (*Grozius*, 1583-1645), famoso pelo seu tratado sobre a guerra e a paz (*De*

¹⁵⁶ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., p. 355.

¹⁵⁷ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp.87-88.

iure belli ac pacis, 1625), considerado precursor da ciência do direito internacional público e, em Portugal e na Espanha, muito conhecido pela sua defesa da liberdade dos mares, sustentada na obra *Mare liberum* (1609)¹⁵⁸.

O Humanismo Jurídico nasce, portanto, na Itália, mas terá a sua grande fortuna na França, com a denominada Escola Culta, cujo pensamento ficará conhecido como *mos gallicus* em contraposição ao *mos italicus* que indicava a concepção e método dos comentadores e a tradição de Bartolo. Do ponto de vista mais superficial o Humanismo Jurídico se caracteriza pela junção dos estudos do direito com o estudo das *humaniores literae*, principalmente a filologia e a história, que serão sempre mais levadas em conta na análise dos textos de Justiniano, viabilizando um conhecimento crítico do *Corpus Iuris Civilis*; a atividade dos humanistas procura reencontrar a pureza dos textos clássicos livres das manipulações operadas por Justiniano e seus compiladores, assim como pelas interpretações feitas pelos glosadores e comentadores dos séculos anteriores.

Na origem do comprometimento e método do Humanismo se tem um renascimento da obra de Platão, cujo centro de estudos mais importante foi a Academia florentina, no século XV. O renascimento de Platão foi acompanhado por uma busca de renovação religiosa, de modo que o Humanismo provocou a Reforma, através da procura do sentido literal das fontes hebraicas e gregas sem a mediação da *Vulgata* e do ensino da Igreja, da mesma forma o movimento provocou a volta dos juristas às fontes autênticas, dando origem a recusa da mediação do Direito romano através das autoridades medievais. Salienta F. WIEACKER que a crítica feroz dos humanistas acerca do trabalho dos glosadores e comentadores, na realidade, demonstra que eles mal compreenderam as tarefas sociais dos juristas anteriores, ao pretender substituir a autoridade prática pelo culto de um ideal literário. Prossegue o autor, ressaltando que o ataque foi mais profundo no que concerne ao ensino do direito, pois, uma vez que, com o decurso do tempo, as questões controversas se amontoavam e as figuras lógicas se multiplicavam, os comentadores foram se tornando cada vez mais conservadores e o seu ensino lento, moroso e inútil; em contrapartida, o modelo pedagógico dos humanistas, baseado no realismo idealista de Platão, nos moldes apresentado no diálogo Meno, concebia o ensino como uma preparação do aluno para reconhecer as ideias eternas e realmente existentes, e, portanto, também a ideia de direito, “o ensino do direito significava despertar no aluno a ideia inata de direito e as suas implicações mais próximas e orientá-lo, assim, do accidental-especial para o ideal-geral”. Surge a pretensão de uma concatenação sistemática

¹⁵⁸ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., p. 248.

dos princípios jurídicos, decorrentes das várias matérias, em substituição do tradicional *ordo legum*, servindo como potente incentivo o modelo ciceroniano, *i.e.*, o programa de Cícero contido na obra desaparecida, *De iure civili in artem redigendo*, de ordenar a matéria jurídica numa *ars*, ou seja, num saber material metodicamente ordenado¹⁵⁹.

O saber jurídico dos comentadores tinha desencadeado uma lógica de unificação e harmonização internas do ordenamento jurídico, essa lógica ia sendo construída através de específico processo lógico dialético; a complexidade desses processos refletia a dificuldade do trabalho de harmonizar o material extremamente heterogêneo que compunha o conglomerado do *ius commune*. Contudo, ao alvorecer do século XVI esse esforço de harmonização estava praticamente concluído, tendo-se construído um discurso jurídico que incorporava, coerentemente, soluções não coincidentes ou, pelo menos, que estabelecia as bases que iriam permitir que as diversas normas pudessem dialogar entre si. Aparecem obras que coligem as posições comumente aceitas que, estrategicamente, são apresentadas sob forma de axiomas que orientavam as discussões, *i.e.*, argumentos cuja validade era consensual, acompanhados das situações argumentativas em que podiam ser usados, os lugares comuns; os axiomas são significados para os conceitos jurídicos. Em Portugal, por exemplo, surgem obras como aquela de A. BARBOSA, *De axiomatibus. De significatione verborum. De locis communibus* (ed. 1699). Esse tipo de literatura indica que era possível se dar um passo adiante na tarefa de unificação e harmonização do saber jurídico, buscando-se construir “sistemas jurídicos” progressivamente mais gerais, estruturados a partir dos princípios “locais” que se iam obtendo; a reunião e a confrontação desses princípios permitiam efetivar uma síntese, de modo que o direito fosse organizado in um sistema teórico orgânico, submetido a axiomas e regras de largo alcance; substitui-se o modelo do Digesto, compilação de resoluções de casos isolados, ordenadas caoticamente, com o modelo das *Institutiones*, tratado mais sistemático em que o direito aparecia exposto de forma ordenada, segundo temáticas afins e convergência de conceitos. Fixados os axiomas fundamentais e organizados em um sistema coerente e sintético, cria-se as condições para que o sistema funcione autonomamente sem necessidade de se recorrer ao apoio constante dos textos da tradição romanística. A elaboração de um sistema jurídico, assim configurado, propicia a utilização de mecanismos do raciocínio dedutivo, *i.e.*, a possibilidade de se encontrar a solução mais adequada sem se lançar mão de complicadas interpretações dos textos, mas através de um raciocínio de tipo dedutivo, a partir de princípios jurídicos correntemente

¹⁵⁹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 90-92.

ordenados, de âmbito mais geral ou mais local. Prepara-se a época do direito natural racionalista, afirma A.M. HESPANHA, em que se acredita que princípios superiores do direito são um produto da razão que, ao elaborá-los, revela uma ordem universal¹⁶⁰.

Ressalte-se, ainda, que se do ponto de vista formal a crítica humanista começa com um ataque contra literatura jurídica dos glosadores e comentadores no que tange à rudeza do estilo ou aos erros de interpretação lexical ou histórica, o resultado será a rejeição total de toda uma tradição jurisprudencial de quatro séculos e quando se passará da crítica aos defensores de Acúrsio ou de Bártolo à exaltação da tradição clássica contra a obra dos compiladores do VI século, não era somente a destruição da *auctoritas* do *Corpus Iuris*, mas se desconhecia o valor deste como monumento legislativo unitário, porém, punha-se a possibilidade de uma consideração histórica do direito, de uma valorização das tradições jurídicas nacionais, individuando-se a necessidade de novas codificações, temática essa recorrente no pensamento de muitos humanistas; baste pensar, assevera R. ORESTANO, ao famoso *L'Antitribonien ou Discours sur l'étude des lois* de F. HOTMAN de 1567, em que, além de exaltar o direito clássico, F. HOTMAN tenta demonstrar a não atualidade do *Corpus Iuris*, considerado *miseria* e *infelicitas*, e defende a necessidade de uma codificação atual para a França¹⁶¹.

O novo clima cultural acarreta novas formas de interpretação e elaboração sistemática do direito justinianeu, mestre sumo dessa nova exegese filológica e histórica foi J. CUJAS, cuja obra será referência para qualquer estudo erudito do *Corpus Iuris* e servirá de base para a reflexão dos romanistas holandeses no século XVII, a denominada “jurisprudência elegante”, no âmbito da qual o pensamento jusnaturalista se conjugará com o estudo humanístico. Além das exigências exegéticas, o humanismo jurídico buscará, com uma renovada consciência, a sistematização do direito; embora esses partam, como observamos, do modelo ciceroniano, a construção do sistema, porém, se apoia em um interesse ‘atual’ de racionalização do material jurídico, como já haviam atuado, nesse sentido, os comentadores, a novidade é que ao lado do anseio de racionalização os humanistas acrescentam a perspectiva histórica que irá caracterizar, cada vez mais, o pensamento humanístico, de forma que dois são os elementos caracterizadores desse pensamento: a história e a racionalidade. Com eles se verifica uma plena consciência do problema da sistemática, desencadeando-se uma ampla discussão, principalmente, no que concerne ao ensino e ao

¹⁶⁰ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 239-242.

¹⁶¹ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 53, nt. 1.

estudo do direito. Diversos escritos programáticos da Escola Culta partem, no que concerne ao problema da sistemática, do problema relativo ao ensino do direito, buscam os juristas os requisitos de uma ordem sistemática mais fácil para o ensinamento e para aprendizagem do direito, põe-se em evidência a estreita correlação entre o ensino do direito e o problema da sistemática. A novidade será que as *Institutiones* de Justiniano e, conseqüentemente, as Institutas de Gaio irão fornecer o esquema de base de uma nova ordem das matérias; fator determinante dessa ‘redescoberta’ do texto de Gaio é certamente a simplicidade do esquema que não obstante as possíveis críticas se apresentava, entre todos os que já tinham sido elaborados, o mais apto a uma didática elementar, apresentando certa racionalidade. Ademais, outras razões podem ser apontadas como fatores dessa escolha, como o fato de que esse esquema proviesse de um modelo clássico ou o fato de que se deixava de lado as ordens sistemáticas do *Corpus Iuris* mais criticadas, mas se mantinha a tradição com a compilação de Justiniano e, por fim, não menos importante, a tripartição gaiana, *personae-res-actiones*, permitia uma ordem das matérias em que o argumento ‘persona’ (aquilo que posteriormente se indicará como sujeito de direito) assumia uma particular relevância que bem se harmonizava com a nascente construção do jusnaturalismo moderno e com a afirmação da ideia dos direitos subjetivos como atributos da personalidade. O interesse pela sistemática das *Institutiones* se manifesta em dois modos: primeiro, temos aqueles que com um procedimento análogo àquele das *summae* medievais aplicadas ao *Codex*, colocam no esquema das Instituições de Justiniano toda a matéria do *Corpus Iuris*; esse procedimento se torna corrente a partir do século XVI e irá se difundir seja sob a forma de comentários às Instituições, seja sob a forma de monografias segundo a ordem das Instituições; secundariamente, existem aqueles que, sem seguir a ordem das Instituições, recebem inspiração dessas para elaborar novas e mais articuladas sistemáticas, criadas de maneira livre, embora se possa vislumbrar como pano de fundo a tripartição de Gaio. Vale lembrar, nessa esteira, obras majestosas como os *Commentari iuris civilis*, em 10 livros de F. CONNAN, publicados em 1553, assim como os *Commentarii iuris civilis*, em 28 livros (1589-96), de H. DONEAU, obra que pode ser considerada como o primeiro grande tratado sistemático da idade moderna. É no íntimo do pensamento humanista que floresce a semente de uma exigência de renovação que produzirá os esforços posteriores para a criação de novas ordens sistemáticas¹⁶².

¹⁶² R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 54 ss.

O discurso jurídico do século XVI, deste modo, repudia a complicada dialética aristotélica-escolástica e adota uma dialética jurídica simplificada, natural, próxima ao senso comum. À medida que se verifica a estabilização do sistema conceitual e as complexas argumentações dos comentadores iam sendo substituídas por outras que reduziam a liberdade do interprete, tornava-se possível prescindir do papel disciplinador que a *opinio communis* tinha, até então, desempenhado, posto que a busca da solução jurídica era direcionada, com maior segurança, pelo conjunto de axiomas, logicamente concatenados. Destarte, punha-se da parte a invocação da *opinio communis*, substituindo-a pelos critérios da “boa razão”, *i.e.*, da lógica interna do sistema jurídico. Em síntese, sob a designação Escola Culta, humanista ou *mos gallicus iura docendi* estão agrupados os juristas que, no século XVI, principalmente, na França, daí a expressão *mos gallicus*, em contraposição ao *mos italicus iura docendi*, *i.e.*, o estilo de discurso e ensino jurídico tradicional, dominantes na Itália, miram reformar a metodologia jurídica tradicional dos comentadores no sentido de restaurar a pureza dos textos jurídicos da Antiguidade. O Humanismo Jurídico parte da oposição entre a escolástica medieval, submissa ao valor das autoridades mas atenta à realidade, e o neoplatonismo renascentista, caracterizado pela crença no poder livre e ilimitado da razão; a atividade doutrinal se realizava não objetivando fins práticos, mas sim a construção acadêmica de uma *scientia iuris*; essa atividade se caracterizava pelo seu anti-tradicionalismo, pela sua crítica das autoridades, pelo seu racionalismo e pelo seu academicismo. No plano jurídico, a orientação humanista é facilitada pela progressiva supremacia dos direitos nacionais, que, paulatinamente, libertava o estudo do Direito romano dos objetivos práticos, transformando-o numa atividade de tipo antiquarista, histórico-literário e teórico¹⁶³.

Na visão de P. GROSSI, o Humanismo é, antes de tudo, uma renovação antropológica baseada nesse ser soberano da sociedade e da natureza que é o indivíduo que, graças a sua vontade, dono de si mesmo, é capaz de submeter a sua vontade o mundo que o cerca; o Humanismo é essencialmente a novíssima interpretação do mundo realizada por uma sociedade decididamente antropocêntrica, esse é uma nova mistura das relações entre o sujeito e o mundo, é uma renovação antropológica que se irradia em cada esfera do conhecimento científico. Esse movimento de pensamento, ademais, expande-se e desencadeia a reforma religiosa, no XVI século, que para além das diferenças internas, tem um fio condutor, *i.e.*, a emancipação do indivíduo, do fiel, das correias que o ligam às

¹⁶³ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 243-246.

estruturas hierárquicas religiosas, pois, ele é capaz de dialogar diretamente com Deus, podendo ler, sozinho, as próprias escrituras sagradas; outro aspecto caracterizador do Humanismo é sem dúvida o aparecimento do *homo oeconomicus*, lentamente, delineia-se uma fase pré-capitalística, entendendo-se por capitalismo um sistema econômico que visa ao lucro. Se o mercante medieval acumulava riquezas, mas sempre com a preocupação de não ganhar o reino dos céus, o novo operador econômico do século XVI, libertado das amarras de velhas filosofias, e confiante na aquisição da sua liberdade individual, dono do seu destino, pode dedicar-se, serenamente, às suas atividades de acumulação de riquezas; por fim, ressalte-se, que com o Humanismo as ciências naturais buscam encontrar as verdades ínsitas no cosmo independentemente de visões moralísticas e de índole religiosa, exemplos evidentes desse novo *modus* são os estudos de Galileo GALILEI (1564-1642), ou, de René DESCARTES (1595-1650). Entre os séculos XVI e XVII, assistir-se-á a uma verdadeira revolução cultural, pois, as ciências jurídicas serão suplantadas pelas ciências físicas e matemáticas, em particular no que concerne às escolhas metodológicas. Até então a ciência jurídica tinha sido a única capaz de oferecer um saber suportado por uma sólida tradição de quase dois milênios, oferecendo uma linguagem e um conjunto de conceitos rigorosos que constituíram uma sólida base para uma sólida sistemática, mas a escolha medieval de fundir o direito civil com o direito canônico acarreta a sensação de que o edifício que vem a ser construído não é confiável do ponto de vista científico, enquanto confiáveis parecem ser as construções de físicos e matemáticos. Nesse diapasão, cada cientista, mesmo aquele que se ocupa de ciências morais, deverá nessas ciências encontrar um seguro modelo de método¹⁶⁴.

O Humanismo Jurídico, em definitiva, é a criação de um tesouro e a aplicação de específicas premissas, sendo o mais significativo laboratório de construção da época moderna, já que ele representa o momento de ruptura com as certezas medievais constituindo o ponto de início de uma nova experiência jurídica. Do ponto de vista metodológico sabemos que glosadores e comentadores nunca se preocuparam com o rigor de um método, analisaram e estudaram o *Corpus Iuris Civilis* com grande desenvoltura, dando interpretações do direito justinianeu que viabilizassem a sua aplicação; aos olhos dos juristas humanistas, porém, o Direito romano tinha que ser estudado, em particular o Direito romano clássico, para que se recuperasse a sua efetiva dimensão histórica. A historicização do Direito romano se torna um elemento caracterizador desse novo modo de se conceber os estudos jurídicos: o Direito

¹⁶⁴ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 84-87.

romano é expressão do seu tempo histórico. Tal programa, deveras ambicioso, exigia a inserção da dimensão jurídica no quadro de outras dimensões, tais como a religiosa, a filosófica e a linguística, uma perspectiva desse tipo comportava uma formação do jurista que ia muito além de conhecimentos jurídicos, era necessário um conhecimento pansófico, uma ciência ‘total’, uma unidade de diversos conhecimentos, pois o cientista não pode limitar-se a sua área de estudos; nessa perspectiva, os humanistas escolhem a filologia como instrumento cultural decisivo, sendo esta concebida não somente como análise gramatical de um texto, mas como uma ciência multiforme e aberta que permite encontrar elementos importantes de uma civilização histórica. O apporto de outras ciências pode ser determinante para a reorganização da massa caótica do direito romano. A metodologia adotada é, sem dúvida, inovadora em relação àquela adotada pelos glosadores e comentadores e irá tipificar os estudos do Direito romano por parte dos juristas humanistas; contudo, ressalta P. GROSSI, deve-se assinalar duas vertentes que tendem a sublinhar aspectos distintos, ambos importantíssimos para a construção do direito moderno: 1. A vertente historicista e 2. A vertente racionalista¹⁶⁵.

No que concerne à vertente racionalista, a crítica ao próprio Justiniano e aos juristas bizantinos por terem deturpado o pensamento dos juristas clássicos é bem conhecida; os juristas clássicos são considerados pelos humanistas como sábios que se valendo dos grandes lógicos e matemáticos gregos conseguiram construir um sistema rigoroso. O Direito romano clássico é visto como *ratio scripta*, manifestação de uma racionalidade pura que tem que ser descoberta como um modelo que pode ser proposto na Europa do século XVI, posto que não se trata de uma lógica formal, mas de formas de raciocínio aderentes ao processo real do pensamento; os elementos racionais devem ser descobertos, pois, são eles que sustentam toda a construção, deve-se descobrir o plano racional que embasa toda a construção sistemática e os princípios orientadores que possibilitam uma unificação dos elementos do sistema. Essa alma racionalista do Humanismo Jurídico, afirma P. GROSSI, será um suporte indispensável para a grande aventura do jusnaturalismo. A visão historicista desses juristas irá produzir dois resultados relevantes: 1. A diferenciação entre passado e presente; 2. A evidenciação das especificidades do presente. Da premissa de que o Direito romano é um produto histórico se extrai uma outra que tem um valor metodológico geral: cada direito é um produto histórico e como tal merece ser valorizado como sinal do seu próprio tempo, portanto, os direitos nacionais possuem um seu próprio valor como testemunho de uma

¹⁶⁵ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 90-92

determinada sociedade, de um determinado costume político-jurídico. Os juristas humanistas valorizam as ordens jurídicas locais, em particular na França, defendendo uma unificação dos *coutumes*, já que aquelas fontes exprimem a unidade espiritual do povo francês, insistindo, por vezes, sobre a necessidade de reforçar o poder legislativo do rei¹⁶⁶.

2.1.2.4 *Usus modernus pandectarum*

Se a Escola Culta encarou o Direito romano-justiniano com um interesse apenas histórico-filológico, negando, implicitamente, o seu caráter de direito vigente, outra corrente, forte naqueles domínios em que os direitos nacionais vinham se impondo de forma significativa, foi se afirmando, cujo pensamento jurídico consistia na inserção dos direitos locais nos quadros conceituais dos comentadores, usados até onde esses quadros fossem úteis à nova matéria e suprimidos no restante com a substituição por figuras dogmáticas novas¹⁶⁷. Trata-se do *usus modernus Pandectarum*, expressão que, na realidade será criada posteriormente, mas que se usa para designar a época da ciência do direito comum já consolidada, início da época moderna.

Ora, o Humanismo Jurídico vigorou, essencialmente, na França e na Holanda, o *usus modernus Pandectarum*, ou seja, a prática atualizada do Direito romano, é uma orientação que se desenvolveu, principalmente, na Alemanha, onde se verifica uma clara desvalorização do Direito romano, considerado como o direito do Império, em consequência da quebra da ideia de império e da desagregação do próprio Império alemão, após a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648). Esse evento histórico gerou o desprestígio de um direito cuja vigência estava fundamentada na continuidade existente entre o Império Romano e o Sacro Romano Império¹⁶⁸.

Observe-se, contudo, que a Alemanha, como a Inglaterra, tinha tido, na antiguidade, uma romanização efêmera, a verdadeira romanização alemã, no entender de C.A. CANNATA, é “um fruto tardio, mediado pela dominação franca e pela pregação cristã”, portanto, é compreensível que as instituições germânicas tenham se mantido em um primeiro momento, porém, com o amadurecimento cultural dos povos germânicos, mais tarde que os outros povos europeus, essas instituições locais não adquiriram uma estrutura durável no tempo; as antigas *leges barbarorum*, i.e., os *Stammesrechte* dos vários *Stämme*, foram quase que esquecidas; os capitulares francos com o tratado de Verdun, em 1 de agosto de 843, que determinava a divisão do império carolíngio entre os três netos de Carlos Magno,

¹⁶⁶ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 93-96.

¹⁶⁷ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., pp. 235-236.

¹⁶⁸ *Ibidem*

praticamente, perderam a vigência e, lentamente, foram olvidados. Destarte, as instituições de direito privado ficaram confiadas às decisões dos órgãos judiciários locais, desse modo, de um lado, favoreceu-se a formação de costumes locais de cada comunidade, rural ou citadina, do outro lado, dificultou-se a formação de um direito comum alemão; somente no século XIII ter-se-á uma nova redação escrita do direito alemão o *Sachsenspiegel*, elaborado entre o ano de 1215 e 1235 por Eike VON REPGOW, em alemão, redigido com base em uma precedente edição em latim; os países do sul da Alemanha o reformularam, fazendo os devidos ajustes no texto, e redigiram o *Schwabenspiegel* (1275)¹⁶⁹. O *Sachsenspiegel* pode ser inserido no quadro daquele movimento que sob a influência da ciência jurídica eclesiástica e profana, ocorrido na Europa, no século XIII, busca elaborar compilações jurídicas meditadas e sintetizadoras, desde Castela, com a elaboração das *Siete Partidas*, até à Escandinávia¹⁷⁰.

Essas compilações conseguiram perpetuar a lembrança e o uso das instituições alemães, mas não foram suficientes para a criação de um direito comum alemão, já que teria sido necessário, como para o *Common Law* inglês, um forte poder central, com uma jurisdição centralizada que propiciasse a formação de uma classe de juristas que cultivasse uma específica técnica e estivesse comprometida em defender a própria tradição. Na realidade, os operadores do direito alemães nunca constituíram uma classe de juristas assim configurada, esses eram essencialmente técnicos, práticos, a sua autoridade não provinha do domínio de uma técnica e de um saber específico, nem suas decisões se baseavam em procedimentos lógicos; as garantias de seus julgados estavam postas na experiência mundana e no prestígio da classe à qual pertenciam. Quando a cultura jurídica dos glosadores, comentadores e dos humanistas difunde, pela Europa, a figura do jurista culto a credibilidade dos praxistas fica comprometida, inviabilizando a criação de um direito comum alemão; em lugar deste se adota o Direito romano que tinha sido proposto pelos glosadores como o direito ideal do Império, sendo adotado pelos Hohenstauffen como o direito oficial do Império¹⁷¹.

O enfraquecimento do poder central, que caracterizou o Império a partir do fim do reino dos Hohenstauffen, contrariamente àquilo que se poderia imaginar favoreceu a penetração dos juristas letrados e do Direito romano na Alemanha. Com efeito, a luta dos Hohenstauffen com os guelfos só pôde ser prosseguida com grandes concessões aos maiores

¹⁶⁹ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 68-70

¹⁷⁰ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., p. 98

¹⁷¹ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 70-71.

feudatários, tais como a hereditariedade do feudo, o poder de sub-ensefudar e a aquisição duradoura de atribuições reais, já nos fins do século XII estes príncipes eram considerados senhores das terras, assim sendo, a Alemanha, paulatinamente, fragmentou-se em tantos pequenos estados territoriais, pequenos reinos¹⁷²; aquela relação pessoal de vassalagem entre o Imperador e os senhores feudais perdeu o seu significado prático, a aquisição duradoura de atribuições reais pelos príncipes constituiu a base para assegurar-lhes uma ampla esfera de poderes sobre os próprios súditos, praticamente exclusiva, sem qualquer interferência do Imperador. Ademais, note-se que um dos fatores da debilidade da monarquia alemã reside no fato de que esta não era hereditária, mas eletiva, e quando com a Bula de Ouro, de 1356¹⁷³, o sistema eleitoral foi aperfeiçoado com a constituição de um colégio dos príncipes eleitores, naturalmente o poder desses aumentou, em detrimento do poder central¹⁷⁴. Anota, ainda, F. WIEACKER que a consolidação dos senhores territoriais decorreu de uma racionalização do poder político através da recepção do Direito romano; no Estado caracterizado pelas ordens, dos séculos XV e XVI, o príncipe adquiriu, principalmente pela monopolização de uma técnica administrativa e jurídica, a supremacia sobre as ordens, tendo os juristas letrados assegurado este monopólio; o príncipe foi substituindo no Conselho de Corte os delegados das ordens por funcionários letrados. Destarte, o senhor feudal constituiu um órgão administrativo poderoso em que os juristas detinham um papel chave. Além disso, a partir do Conselho de Corte (*Hofrat*) e ao lado da chancelaria geral (*Allgemeine Kanzlei*) e da câmara de contas (*Rechenkammer*) foram também criados tribunais da corte que reforçaram significativamente a influência dos juristas, além de que a presença de membros das ordens no Conselho de Corte trouxe a necessidade de autonomizar um conselho secreto ou gabinete (*Geheime Kammer*), do qual, posteriormente, surgiriam os organismos administrativos centrais do absolutismo. Não há dúvida de que a criação do Estado territorial propiciou uma decisiva recepção do direito romano. A fragmentação da Alemanha em tantos estados nacionais impossibilitou a elaboração de um direito supranacional alemão, na medida em que cada estado monopolizou a criação do direito nos vários territórios, além do mais, a utilização dos juristas cultos, formados nas escolas de direito na Itália e na França, fomentou

¹⁷² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., p. 100-101.

¹⁷³ A Bula de Ouro ou Bula Dourada, de 1356, é um decreto emitido pela Dieta de Nuremberga e Metz, dirigida pelo Imperador Carlos IV, em 31 capítulos, que regulamentou a eleição imperial. O colégio dos eleitores era composto por três príncipes eclesiásticos: 1. O Arcebispo de Mainz; 2. O Arcebispo de Colônia; 3. O Arcebispo de Trier, e por quatro príncipes seculares: 1. O rei da Boemia; 2. O Conde Palatino do Reno; 3. O Duque de Saxe-Wittemberg; 4. Margrave de Brandeburgo. A eleição ocorria em Frankfurt do Meno e a coroação em Agrisgrana.

¹⁷⁴ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp.72-73.

a adoção do direito erudito criado pelos glosadores e comentadores¹⁷⁵. O enfraquecimento do poder central imperial, de um lado, o qual poderia ter favorecido a unificação do direito pátrio alemão, dando-lhe um tratamento científico, como ocorrera na Inglaterra com a *Chancery* régia e na França com os tribunais feudais do rei e com os tribunais do parlamento, em que as *Ordonnances* sistematizaram e classificaram, a partir do século XV, os *coutumes*, e o fortalecimento dos poderes locais, do outro lado, viabilizaram a recepção do Direito romano reelaborado pelas universidades¹⁷⁶.

Outrossim, a decadência do Império acarretou aquela das classes que o suportavam, a nobreza e o clero, a primeira mortificada pela decadência da cavalaria militar e a segunda devido às vicissitudes que opuseram a Igreja ao Reino da França e que tiveram o seu ápice durante o desastroso papado de Bonifácio VIII (1294-1303) e no período de Avinhão que se concluiu com o fim do Cisma do Ocidente (1378-1417). A classe que, paulatinamente, vai emergindo é a burguesia citadina. A vida se transfere para as cidades e o próprio príncipe estabelece nas cidades a sede do seu governo; a mentalidade burguesa e os homens da burguesia criam uma nova concepção de estado ligada, na França e na Inglaterra, às grandes monarquias centrais e, na Alemanha, aos pequenos Estados territoriais. É a concepção moderna de Estado com uma forte administração centralizada, baseada em uma técnica administrativa racional e, certamente, os homens que podem executar tal tarefa são os juristas educados nas universidades que tinham surgido graças a necessidades culturais da burguesia citadina. Os juristas letrados passam a ocupar cargos importantes na administração pública e como era inevitável ao desenvolver a função de juízes, esses utilizaram o direito assimilado nas universidades: o Direito romano. Os juristas de formação romanística foram os primeiros juízes profissionais na história alemã, a sua presença nas cortes ocasionou não somente a introdução de um novo direito substancial, mas também um novo processo. O tradicional processo alemão, baseado no processo legal pelos pares, não era condizente com a nova concepção que era essencialmente técnica, portanto, a partir do XIV século, difundiu-se o processo do direito comum que tinha algumas raízes no direito lombardo, sendo fundamentado, principalmente, no direito canônico, no direito estatutário das cidades da Itália setentrional e nas fontes romanas; nesse se superou o antigo sistema probatório (privilegio da prova; provas ordálicas) que foi substituído pelo sistema moderno do ônus da prova e efetivado com meios racionais. A recepção do Direito romano na Alemanha foi, por

¹⁷⁵ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp.102-103

¹⁷⁶ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 106-107.

um lado, um meio de se resolver o problema da adoção do direito comum, em um país em que a fragmentação do direito local impedia a utilização de um direito alemão, por outro lado, esse foi o caminho mais viável para se satisfazer a exigência de racionalização do direito e da sua praxe, em um ambiente em que os operadores tradicionais da justiça não possuíam uma verdadeira técnica, nem tinham condições de criá-la¹⁷⁷.

A primeira penetração do Direito romano na Alemanha foi veiculada pela Igreja e pela canonística, pois, decorre da competência dos tribunais eclesiásticos para as *causae saeculares*; a aplicação do Direito romano por parte desses tribunais resulta do intercâmbio constante entre *ius civile* e *ius canonicum*, fato este comprovado, assinala F. WIEACKER, pela presença significativa de estudantes alemães nas faculdades de direito francesas e italianas desde o século XIII e através da constatação contemporânea de que nove décimos dos estudantes da Suíça alemã aparecem em importantes cargos da administração da Igreja. Ademais, em virtude da competência do oficialato da Igreja para a elaboração de documentos públicos, em particular no que concerne à prática formular dos negócios jurídicos, ainda mesmo depois da criação de um notariado profano, na Alemanha a formação de notários permaneceu no âmbito da estrutura eclesiástica. Os documentos públicos se tornaram, por esta via, um eficaz instrumento de romanização, maiormente no domínio do direito obrigacional e sucessório. Fatores endógenos, portanto, favoreceram uma lenta difusão de elementos romanísticos na prática jurídica alemã do século XIII ao século XV, período conhecido como a *Frührezeption*, durante o qual a cultura romanística foi se acentuando cada vez mais¹⁷⁸.

O período da recepção do direito comum foi algo de muito importante na história do Direito romano em muitos países europeus e, principalmente, na Alemanha. A recepção gerou uma dogmática do direito comum, pois dela promanaram as codificações alemãs desde a época do direito natural até à atualidade. Designa-se esta época da ciência do direito comum já consolidada pelo título de uma das principais obras, embora mais tardia, desta linha de pensamento, *i.e.*, a obra de Samuel STRYK, a sua *Usus Modernus Pandectarum*, ou seja, a ‘a prática atualizada do direito romano’; os autores também falavam em *mores hodiernae* ou *nova practica*. Todas essas denominações já indicam uma nova relação com o Direito romano. A superação da chamada recepção teórica, entendendo-se com essa expressão a convicção de que o Direito romano tivesse uma vigência geral em virtude da

¹⁷⁷ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 74-78.

¹⁷⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 120-121; cf. C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., p. 80.

translatio imperii para o império germânico medieval, teve como seu maior defensor, na Alemanha, H. CONRING (1606-1681), político, historiador, diplomata e jurista. H. CONRING tentou esboçar, na sua celebre obra *De originis iuris germanici* (1643), a primeira história pragmática da recepção, sendo esse um fato particularmente significativo. Não há dúvida que, como leciona F. WIEACKER, a definitiva subversão da consciência jurídica universal pela Guerra dos Trinta Anos que destruiu, juntamente com os impérios, a consciência universal a que o Direito romano devia a sua legitimação metafísica, de modo que não foi por acaso que H. CONRING se tornou um acérrimo defensor do particularismo protestante e da liberdade dos príncipes contra a casa imperial dos Hasburgos. Na Alemanha o pensamento crítico de H. CONRING foi um fortalecimento da própria consciência jurídica alemã, a partir de então, a recepção podia ser vista como um acontecimento histórico e por isso, devida à vontade dos alemães, podendo até ser encarada como um fenômeno reversível. Cria-se uma relação mais livre com as fontes romanas e com as antigas autoridades do direito comum, posto que se até então a aplicação do texto glosado do *Corpus Iuris* era irrefutável na falta de norma estatutária em contrário, não carecendo de fundamentação, agora, a validade de cada texto podia ser posta em discussão ou podia-se atribuir ao texto um conteúdo que contradissesse as autoridades. Ademais, a vigência do antigo direito pátrio podia ser reivindicada mesmo nos casos em que a norma não estivesse reduzida a escrito, contrariamente ao entendimento da teoria estatutária que previa, nesse caso, a não aplicabilidade na prática. O direito privado vigente na Alemanha configurava-se, agora, como um conjunto de instituições jurídicas que ultrapassava a dispersão das fontes jurídicas particulares, criando-se novas instituições jurídicas sem recorrer aos textos romanos. Segundo H. CONRING o Direito romano só tinha vigência na Alemanha, norma por norma, por força de uma aplicação prática. Destarte, aquele que aprendera com H. CONRING que o Direito romano só vigorava na Alemanha, norma por norma, por força de uma aplicação prática tinha que comprovar, para cada princípio, a sua recepção prática no decorrer do tempo, admitindo-se a possibilidade de afastamento dos princípios já absorvidos por costumes que os derogassem; essas consequências práticas comprometiam a relação entre direito comum e territorial, e o seu equilíbrio meticulosamente construído pela teoria estatutária e imprescindível para a unidade da jurisprudência, mormente na *Reichskammergericht*. Os praxistas, portanto, ativeram-se, estritamente, à ideia de recepção global, entre várias posições discordantes prevaleceu o equilibrado ponto de vista da teoria da *fundata intentio* de SCHILTER, *i.e.*, aquele que invocasse um texto glosado do *Corpus Iuris*

deveria ter a seu favor a presunção da sua vigência enquanto o adversário não demonstrasse, caso por caso, a sua não recepção ou a sua derrogação¹⁷⁹.

A orientação de que o Direito romano devesse ser compatibilizado com os novos direitos comuns dos reinos não foi exclusiva da Alemanha. Nas grandes monarquias do Sul e Ocidente europeu bem como nos Estados italianos, fixa-se a ideia de que o direito da coroa, seja ele a legislação real, seja o conjunto de decisões dos altos tribunais palatinos, é o novo “direito comum” e que o Direito romano só tem vigência como direito recepcionado pelo príncipe. O *usus modernus*, portanto, não foi um fenômeno que se deu somente na Alemanha, naquelas regiões, como nas penínsulas itálica e ibérica ou no sul da França, em que o direito civil era, quase exclusivamente, baseado no *ius commune*, manteve-se e desenvolveu-se o saber jurídico dos comentadores, continuando-se a usar as técnicas típicas do *mos italicus* na construção dogmática. No entanto, a ascensão do absolutismo monárquico desencadeou uma intensa atividade legiferante dos reis e um aumento da consolidação do direito próprio, bem como a constituição duma burocracia jurídica e a estabilização da jurisprudência dos altos tribunais (*praxis curiae*) que passa a ter um grande peso na motivação de decisões futuras, aumenta significativamente a importância do direito culto local, embora integrado na construção doutrinária do *ius commune*, é o ‘bartolismo tardio’ (ou praxística) que dominará a doutrina civilística até o século XVIII. A nova orientação, segundo a qual o Direito romano deve ser compatibilizado com os novos direitos comuns dos reinos, consolida-se também nas grandes monarquias do Sul e Ocidente europeu, assim como nos Estados italianos; a ideia de que o direito da coroa, seja ele a legislação real, seja o conjunto das decisões dos altos tribunais palatinos, é o novo “direito comum” e de que o Direito romano pode ser considerado vigente somente na medida que for recepcionado pelo príncipe¹⁸⁰.

Superados os primeiros problemas que a *Rezeption* tinha posto nos séculos XV e XVI, a jurisprudência alemã adquiriu, nos séculos XVII e XVIII, uma sua própria configuração, atingindo um alto nível na sua produção científica. As vertentes que contribuíram para o amadurecimento da jurisprudência do *Usus Modernus* foram diversas e foram se delineando de forma crítica o que permitiu um amadurecimento e a aquisição de uma própria autonomia em relação à tradição da qual a nova orientação provinha. As tendências filológicas e históricas, assim como as sistemáticas da jurisprudência elegante se uniram às exigências

¹⁷⁹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 226-230.

¹⁸⁰ A.M. HESPANHA, *Cultura Jurídica*, op. cit., p. 236; p. 250.

práticas dos juristas alemães comprometidos em achar o ponto de equilíbrio entre o direito comum e os direitos locais, ocasionando a superação do *mos italicus*, mas não com a sua substituição com o *mos gallicus* ou com tomadas de posições humanísticas. O elemento caracterizador do *Usus modernus* reside em uma nova metodologia e, principalmente, em uma nova dogmática que superando as soluções e as elaborações dos glosadores e dos comentadores, criou os instrumentos para uma nova prática do direito vigente na Alemanha, composto por elementos romanos e alemães. A atividade que mais contribuiu para a formação das técnicas do *Usus modernus* foi aquela correlacionada com as decisões práticas, tais como a redação de pareceres; a jurisprudência do *Usus modernus* se apresenta como doutrinária e prática: aquela da Saxónia que tem o seu maior representante em B. CARPZOV (1595-1666), mestre das sumas e das sínteses, seguido por J. BRUNNEMANN (1608-1672). A geração posterior já parece estar influenciada pela cultura jus-naturalística e compreende juristas tais como S. STRYK (1640-1710), J. H. BÖHMER (1674-1749), A. LEYSER (1683-1752); com a influência da cultura da jurisprudência elegante holandesa surgiram juristas cujas tendências históricas e filológicas do humanismo no estudo do Direito romano tiveram um significativo peso, criando na Alemanha as premissas para o surgimento da Escola Histórica, tais como J. G. HEINECCIUS (1681-1741), mais tarde, J. Fr. HÖPFNER (1743-1797) e, por fim, Chr. Fr. GLÜCK (1755-1831), ambos exerceram uma grande influência na civilística da época: HÖPFNER com o seu *Theoretischpraktischen Commentar über de Heineccischen Institutionem* (Francoforte do Meno, 1773); GLÜCK, ainda mais, com a famosa *Ausführliche Erläuterung der Pandekten* (Erlangen: de 1790 a 1831, 34 volumes, até a metade do livro 28 do Digesto) e que, com os acréscimos feitos, posteriormente, por juristas da Escola Histórica chegou a totalizar 63 volumes, representando, ainda hoje, uma obra de consulta fundamental para qualquer romanista¹⁸¹.

A nova orientação acarretou as reformas do ensino que visavam à superação do *mos italicus*, dando à doutrina uma maior mobilidade e independência; em decorrência de uma diminuição da influência da cultura italiana em face daquela francesa, a partir do século XVII, o *mos gallicus*, mais sistemático, e a jurisprudência elegante francesa adquiriram uma maior influência, pois, o *mos italicus* que expunha os *loci* isolados do *Corpus Iuris*, acompanhados da glosa, estava cada vez mais depreciado, ocupando uma parte cada vez mais exígua do conjunto do direito. Os esforços reformadores do Humanismo, no começo do século XVI, são caracterizados pelos seus objetivos marcadamente práticos, logo, o

¹⁸¹ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 92-94; cf. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, p. 238 ss.

ensino se afasta da exegese de textos isolados, orientando-se para uma exposição prático-pedagógica, frequentemente compendiária, das próprias instituições. Relevante foi a reforma do plano tradicional das cátedras; a divisão tradicional das cadeiras das Faculdades de Direito, desde a Alta Idade Média, tinha sido caracterizada pela divisão do *Corpus Iuris*, então, havia um professor de Instituições e, pelo menos, um professor de *Pandectae* e de *Codex* e, ao lado destes, há muito tempo, nas Faculdades protestantes, pelo menos um canonista. Os novos Estatutos de Estrasburgo de 1634 determinavam que o professor de *Pandectae* devia ler as matérias concernentes às questões mais úteis na prática cotidiana, especialmente, as relativas ao direito mais recente e, outrossim, ler os textos na medida do possível acomodados *ad praesentis saeculi usum*, de modo que os alunos aprendessem o que cada título continha e o que tinha de ser observado, permitindo-se uma *generalem iuris cognitionem*. Os Estatutos substituíram as disciplinas tradicionais com novas matérias, mas, na universidade reformada de Heidelberg, em 1604, já se tinha confiado o direito feudal aos canonistas, planteando-se, neste momento, a sua substituição com o *ius germanicum antiquum*. Observe-se, ainda, que os próprios Estatutos de Heidelberg substituíram, na prática, as aulas sobre o código por aulas de processo e direito feudal. A grande relevância das novas espécies literárias, tais como os compêndios¹⁸², foi a forte ligação da ciência jurídica e da aplicação erudita do direito com as realidades da vida social e econômica do tempo, são obras que não se direcionam para os *loci* tradicionais do Digesto, mas para casos práticos, portanto, a ordem interna permanece casuística; apesar da inclinação do *Usus modernus* para exposições coerentes e para uma ordenação prática e compendiária das matérias, os grandes autores, salienta F. WIEACKER, “devem ser considerados como sintéticos ou sinópticos, mais do que sistemáticos”. O *Usus modernus* foi uma ampla e plurifacetada época entre, de um lado, a jurisprudência da Baixa Idade Média e a sua recepção na Alemanha e, por outro lado, a revolução cultural do jusracionalismo de modo que é uma época que não pode ser reduzida a um único denominador comum, pois, ela engloba formas mentais e interesses os mais diversificados, tais como a filologia histórico-jurídica e a sistemática da jurisprudência elegante; o poligrafismo histórico e a pesquisa de antiguidades; a construção autônoma de um direito do Estado e das igrejas estaduais e as grandes sumas e compêndios da infatigável praxe alemã. Ademais, na Alemanha em que o

¹⁸² Os compêndios começam a aparecer na Alemanha por volta do século XVII, trata-se de amplas exposições que reproduzem as obras de famosos praxistas italianos, adaptadas às necessidades de vida da sociedade alemã. Os compêndios introduziam os alunos à praxe, através de exposições coerentes direcionadas para finalidades de tipo prático-sistemático.

Humanismo Jurídico não criou raízes, competiu ao *Usus modernus* substituir o *ius commune* da Europa com uma dogmática jurídica positiva apropriada ao conjunto do direito vigente na região; o seu objeto não foi o *Corpus Iuris*, na elaboração científica que dele fora feita pela Magna Glosa e pelos comentadores, mas os componentes romanísticos e alemão dos direitos locais e dos direitos privado, processual, penal, constitucional e eclesiástico gerais e comuns a toda a Alemanha, assim como eram aplicados na praxe da época pelos tribunais superiores. Grande também foi a importância do *Usus modernus* em outros países europeus em que o Direito romano só chegou através de processos de recepção, nos Países Baixos, na Espanha, em Portugal¹⁸³ e mesmo na França, reduto do Humanismo Jurídico, pois, somente neste período se pôde construir uma dogmática jurídica, a partir da qual irão surgir os códigos da época napoleônica¹⁸⁴.

Com efeito, o *Usus modernus* se correlaciona com o jusracionalismo e, pode-se afirmar que essa orientação traduz o reflexo da penetração das ideias jusracionalistas no campo do direito. Essa influência se percebe em dois planos que correspondem a fases distintas. Na primeira fase, as ideias jusracionalistas repercutiram só indiretamente na vida jurídica, *i.e.*, observa-se uma ampliação da atividade legislativa proporcional ao intervencionismo que marcou o despotismo esclarecido que se esforçou em adaptar o Direito romano a novas exigências, verificando-se, porém, uma mudança no estilo de exposição e no método exegético-analítico herdados dos Comentadores. Somente no final do século XVII, pode-se constatar a influência do jusracionalismo ao nível da doutrina e da prática do direito; traço comum a ambas as fases foi, certamente, o trato do Direito romano com o olhar voltado para a realidade concreta. Os juristas buscavam distinguir no sistema do *Corpus Iuris Civilis* aquilo que ainda podia ser considerado direito vigente, devia-se separar as normas susceptíveis de uso moderno, ou seja, aquelas que podiam ser adaptadas às exigências do tempo, separando-as daquelas que correspondiam a circunstância tipicamente romanas. O direito pátrio que integrava o ordenamento vigente, ao lado das normas de Direito romano atualizadas, foi levado em consideração, a atenção prestada ao direito nacional e a sua história foi uma das maiores consequências do *Usus modernus*¹⁸⁵.

¹⁸³ A nova orientação constituiu a base orientadora das reformas pombalinas. As novas ideias influenciaram as grandes transformações relativas ao direito e à ciência jurídica realizadas sob o governo do Marquês de Pombal; essas transformações se produziram em três setores: o das modificações legislativas pontuais, o da atividade científico-prática dos juristas e o do ensino do direito. Veja-se M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., pp. 400-402.

¹⁸⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 230-233; p. 237.

¹⁸⁵ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., pp. 392-394.

2.1.2.5. Jusnaturalismo e Jusracionalismo

O *Usus Modernus Pandectarum* acentua o estudo do Direito romano visando, essencialmente, a sua utilização prática até o limiar do século XVIII. O desenvolvimento desses estudos em todas as partes da Europa se deve à atividade dos juristas romanistas, os quais na Alemanha e na Itália, a causa da fragmentação política e por falta de um centro político no âmbito do qual teriam podido agrupa-se, não conseguiram formar um grupo corporativo organizado, contudo, a jurisprudência influenciada pelo Direito romano oferece um caráter, sem dúvida, unitário. Na França, graças a condições políticas favoráveis, esses juristas logram constituir uma classe corporativa compacta, e na Inglaterra eles desempenham um papel muito importante e formam com o *Doctor's Commons* certa organização. Deve-se, sobretudo, destacar que esses juristas eram práticos, portanto, até os professores de direito, frequentemente, estavam comprometidos com atividades práticas, tendo um contínuo contato com a realidade. A orientação humanista não produziu na França nenhuma mudança quanto a esse aspecto e não pôde eliminar as atividades pragmáticas dos professores. Esses juristas praticavam o *mos italicus* criado pelos comentadores italianos; os práticos alemães do *usus modernus* perseguiram os mesmos objetivos e ao estudar o Direito romano conjuntamente com o direito local buscavam privilegiar este último, o que constitui um elemento caracterizador da sua postura. A Alemanha, como já vimos, entre os países europeus foi um país que teve o contato com o Direito romano muito mais tarde, o que ocorre em uma época em que os métodos fundamentais já haviam sido encontrados e desenvolvidos pelos italianos e franceses que seriam os mestres dos alemães, sendo professores nas universidades alemães; logo, na época da recepção a Alemanha podia oferecer um grande número de professores, imbuídos de romanismo que eram, principalmente, práticos; o país não dispunha de uma classe de juristas alemães com projeção europeia. Não se encontra, até o início do século XVIII, uma Escola de Direito à qual os juristas alemães pudessem fazer referência; tampouco existiu um centro judicial forte à sombra do qual pudesse se formar uma classe de juristas do império. Na Inglaterra, diversamente, assim que o *common law* triunfou definitivamente começou o declínio do Direito romano; na França os juristas continuam a estudar o Direito romano, mas com uma nova perspectiva, pois, eles têm uma nova finalidade, *i.e.*, criar sobre a base do Direito romano um *droit commun français*; realmente interessante a experiência jurídica na Holanda no século XVII, já que a Escola holandesa irá contribuir para a criação, nas colônias, de um *roman dutch law*. A ciência alemã, somente, terá um significativo impulso com o difundir-se das ideias jusnaturalistas e

jusracionalistas, assim como com surgimento, no século XIX, da Escola Histórica do Direito¹⁸⁶.

Se o Humanismo Jurídico foi o grande protagonista da ciência jurídica de quatrocentos e quinhentos em toda a Europa, particularmente na França, os séculos XVII e XVIII serão o palco da grande aventura do jusnaturalismo. O jusnaturalismo indica uma cultura jurídica que se fundamenta na noção de direito natural e que contém ao seu interno, como traço típico, a dialética entre os vários direitos positivos, historicamente determinados, produzidos pelas várias entidades políticas e um direito superior, o direito natural, que não é elaborado por essas entidades, mas é uma ordem que está além da ordem positiva, em uma realidade superior, universal, que pode ser denominada, simplesmente, ‘natureza’. A ideia de direito natural não é uma novidade moderna, já a civilização grego-romana, a medieval e até a nossa época contemporânea são influenciadas por esta constante dialética; inúmeras vezes se recorreu à ideia de direito natural para opor às escolhas contingentes e arbitrárias do poder um conjunto de princípios e regras que não remontam ao poder, que se fundam, pelo contrário, em algo de mais durável, de mais sólido. Contudo, assevera P. GROSSI, o jusnaturalismo moderno apresenta características novas; no século XVII, na Europa, constrói-se uma inteira ordem jurídica baseada na dialética ‘direito natural-direito positivo’ e “se confere um conteúdo absolutamente novo ao genérico recipiente ‘direito natural’, diversamente preenchível, diversamente preenchido pelas várias civilizações históricas”. A análise de TOMÁS DE AQUINO, quanto ao direito natural, parte não do indivíduo, mas do cosmos, uma grande realidade magnificamente ordenada graças aos princípios e regras que o próprio Deus generosamente estabeleceu em favor dos homens e as inscreveu, de forma indelével, nas coisas; aqui a razão natural é um dom divino e tem uma dimensão absolutamente objetiva. Entretanto, entre o final do século XIII e o começo do século XVII, temos o século XVI que traz consigo processos transformadores de grande relevância, tais como o humanismo, o pré-capitalismo, a revolução científica; eventos revolucionários que irão desencadear uma total mudança na visão do mundo natural e social, os quais devem ser considerados pressupostos do jusnaturalismo do século XVII, em que as ciências matemáticas e naturais oferecem uma nova metodologia que o jurista deverá aplicar e assim como o naturalista conseguiu individuar as leis universais que ordenam a natureza das coisas, ele deverá fixar as regras universais de conduta escritas na natureza do homem, sendo

¹⁸⁶ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Munich and Berlin, Biederstein Verlag, 1947, trad. esp. José Santa Cruz Teijeiro, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 351-353.

necessário, portanto, que se descubra a natureza genuína do homem, empresa não fácil porque a história, no seu devir, deformou-a. O jusnaturalismo procura, insistentemente, libertar-se das incrustações históricas e atingir o primitivo estado de natureza do homem, modelo incontaminado. A regra absoluta é o instinto de conservação individual que dá origem a um único dever existente, o da auto-conservação. O antropocentrismo humanista se torna um rígido individualismo¹⁸⁷.

Salienta, ainda, M.J. DE ALMEIDA COSTA que já a filosofia grega apresentava uma prefiguração ou imagem antecipada do ulterior desenvolvimento das ideias, sublinha, pois, o autor que dentro da evolução do pensamento filosófico as grandes construções cosmológicas e metafísicas do homem se alternam, invariavelmente, com as de sentido antropológico e experimentalista. O Iluminismo, que no campo do direito afirma a existência de um direito natural, expressão da natureza racional do homem, é um período voltado para o segundo tipo de compreensão do mundo e da vida, já que “no centro situa-se o homem ainda de todo não despido da ideia de transcendência, e contudo, julgando-se já plenamente senhor dos seus destinos”. O conhecimento se alicerça na natureza e a sua validade deve ser aferida pela razão do indivíduo humano, *i.e.*, por uma razão subjetiva e crítica¹⁸⁸.

O Iluminismo jurídico, no pensamento de P. GROSSI, é “uma prossecução, o completamento e também a traição daquela aventura durante o século XVIII”; assim como o jusnaturalismo é um movimento de pensamento e de ação de projeção europeia, aliás é o próprio jusnaturalismo que prosseguindo a sua tradição, acentua alguns caracteres e assume um semblante mais específico que, porém, atinge soluções que representam a desmentida das premissas jusnaturalísticas. Uma das vertentes características do movimento iluminista é a presença de uma ampla comunidade de intelectuais que libertos de velhos esquemas conceituais graças à revolução cultural humanista e jusnaturalista, tem a convicção de serem capazes de efetuar uma leitura verídica do mundo natural e social, convictos de possuir os lumes idôneos para adequar à realidade histórica as regras naturais, finalmente, individuadas. Nessa comunidade se encontram também soberanos e homens políticos, uma comunidade que tem um programa, e tenta uma reforma estrutural da sociedade e do aparato do Estado, tais como Frederico II da Prússia (1740-1786), Maria Teresa (1740-1780) e o seu ministro von Kaunitz no Império austríaco, José I (1750-1777) e o seu ministro o Marquês de Pombal em Portugal, são exemplos significativos que provam essa nova tendência. Cria-se um novo

¹⁸⁷ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 96-98.

¹⁸⁸ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., p. 396.

modelo de soberano que intervém nas disputas culturais e se apresenta como alguém que facilita a atuação do novo pensamento jurídico, um novo modelo de legislador que se sente comprometido em atuar a nova filosofia através da promulgação de normas inspiradas nela, assim, em 1789, o marques de Pombal elabora uma lei que, pontualmente, será denominada a *Lei da Boa Razão*, que atesta a penetração em Portugal dos princípios do jusnaturalismo. O Iluminismo jurídico é uma verdadeira política legislativa que aborda o problema da relação entre direito natural e o poder e o resolve fazendo uma radical re-sistematização das fontes do direito¹⁸⁹.

Destarte, o Iluminismo jurídico se caracteriza por dois elementos fundamentais, de um lado, uma atitude racionalista em relação ao direito natural, e por outro lado, por uma atitude voluntarista no que concerne ao direito positivo. O direito deve resultar de uma vontade a serviço da razão; no setecentos se olha para a Razão como a única fonte de direito, submetese o Direito romano ao crivo da Razão, com o fim de nele aproveitar o que mostre alguma utilidade, conquanto o sentimento difuso em relação ao Direito romano é de distância, na percepção da Europa setecentista. A filosofia dos tempos modernos não mais admitirá o conhecimento provável, baseado na *communis opinio*. A Razão será o único árbitro, deixa de fazer sentido a distinção entre *scientia* e *opinio*, entre verdade e probabilidade¹⁹⁰.

No entanto, deve-se notar que no plano das realizações concretas a maioria dos princípios que são individuados, como sendo de direito natural, são extraídos do Direito romano; os próprios jusnaturalistas reconhecem essa vinculação, pois, salienta R. ORESTANO que o próprio LEIBNIZ em uma carta endereçada a HOBBS, em julho de 1670, escrevia ter um projeto de reduzir o Direito romano a um pequeno número de princípios, afirmando que uma boa metade do Direito romano era direito natural. Com efeito, a tradição romanística incidia sobre a formação do pensamento jusnaturalista, já que mesmo quem quisesse se distanciar do Direito romano estava sempre condicionado pela problemática das fontes romanas e pelo seu valor de norma positiva, especialmente na Alemanha. A partir dessa perspectiva, individua-se como instrumento principal para que o pensamento jusnaturalista pudesse ser operante a sua introdução na elaboração das fontes romanas, portanto, um constante fluxo e refluxo de ideias; por um lado, o pensamento jusnaturalista se alimentava das fontes romanas e, por outro lado, aquele pensamento influía nos estudos e na visão das fontes romanas, daí o aparecimento de novos impulsos na busca de uma sistemática, seja no

¹⁸⁹ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 104-106.

¹⁹⁰ N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., p. 442; p. 447.

que concernia à construção do direito natural, seja, ao mesmo tempo, no que dizia respeito ao Direito romano e à reelaboração dos textos do *Corpus Iuris*. Releve-se, porém, que embora os juristas tenham uma maior consciência do valor criativo dos esquemas que produzem e elaboram, assim como da maior liberdade conquistada pela ciência jurídica, do ponto de vista prático as ‘novas’ sistemáticas não se distanciam das ordens tradicionais, principalmente, daquela das Instituições de Justiniano e, portanto, do esquema de Gaio *personae-res-actiones*. Observe-se, além disso, que essa liberdade, partindo do pressuposto de uma unidade, imutabilidade e autonomia da razão, postulava um valor de universalidade dos esquemas racionalmente criados e, mesmo parecendo paradoxal, foi exatamente essa inevitável atribuição de validade universal que constituiu o limite daquela liberdade, posto que qualquer esquema fosse adotado, este iria constituir um *quid* absoluto e como tal reputado necessariamente idôneo, na sua abstração e generalidade, a subsumir e enquadrar qualquer ‘direito’. Ora, tudo isso parece incrível, ressalta R. ORESTANO, posto que, como foi dito, eram os esquemas tradicionais que vinham sendo tomados como modelos das várias elaborações, assim no momento em que se buscava uma validade universal, na realidade o que se definia como absoluto eram esquemas historicamente condicionados, os quais historicamente condicionavam. Destarte, o problema da sistemática se apresentava como algo extrínseco à determinação do objeto e, portanto, considerado como um problema de disposição das matérias, como *methodus disponendi*¹⁹¹.

O jusracionalismo, por sua vez, constitui um capítulo histórico de uma mais vasta manifestação do jusnaturalismo. Na realidade, como leciona F. WIEACKER, o direito natural, por um lado, é uma questão constante do homem, que ele denomina ‘teórico’, acerca do seu lugar na sociedade, sendo, por conseguinte, uma filosofia social; por outro lado, trata-se de uma filosofia que tem a sua origem na filosofia helenística, e desde então essa tradição, em suas várias manifestações históricas, vem buscando as leis imutáveis e válidas da vida em comum dos homens, sobretudo dos seus direitos e deveres na sociedade. Arremata, ainda, o jurista alemão que:

“Se as épocas de ouro de uma cultura jurídica prática na plenitude das suas tarefas espirituais e práticas julgaram sempre poder acreditar que a razão jurídica por elas realizada não necessitaria da orientação ou mesmo da correção proveniente de uma ideia geral do direito, já a tradição do direito natural, por muito longe que esteja do dia-a-dia do direito (e também da ciência jurídica, em consequência das antigas fronteiras entre a jurisprudência técnica e as faculdades de direito) é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão, no plano do saber jurídico difuso na sociedade, e a sua

¹⁹¹ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 81, nt. 2; pp. 82-84.

plausibilidade espiritual em relação às elites do seu tempo, como aconteceu nas lutas religiosas do início da Idade Moderna...”¹⁹²

O jusracionalismo europeu foi uma verdadeira revolução cultural, mas, na verdade, determinada por uma coesa tradição que, através de formas diferentes, remonta à filosofia grego-helenístico-romana; a unidade dessa tradição é garantida, não somente pela continuidade histórica, mas também pela unidade de questões postas; por outro lado, a busca das soluções se processou por formas muito diversas. Na Idade Média as questões concernentes ao direito natural tinham sido tratadas pelos teólogos, estudando a relação entre o direito natural e a vontade divina. Já Platão em um dos seus primeiros diálogos, *Eutrífon*, tinha formulado a questão essencial para a determinação da essência do direito natural: “o justo é justo por que è estimado por Deus, ou é estimado por Deus por que é justo?”¹⁹³ Platão responde no segundo sentido: “O justo é estimado por Deus por que é justo, mas não justo por que é estimado por Deus”¹⁹⁴. Bom ou ruim, justo ou injusto não são decisões da vontade divina, Deus não é o legislador do mundo, ao contrário, bom ou ruim, justo e injusto são verdades eternas da razão, essências eternas, que, como as relações numéricas, estão sobreordenadas à vontade divina, às quais, portanto, também, Deus está vinculado. Logo, Platão põe, dessa forma, a tese fundamental para toda a doutrina idealística do direito natural até LEIBNIZ; em oposição à visão idealística, J. DUNS ESCOTO afirma, do ponto de vista cristão, que não existe nenhuma verdade eterna racional, mas somente a absoluta vontade de Deus, livre e insoldável, que determina os valores do bem e do mal no mundo¹⁹⁵. Nesse diapasão, surgiram duas vertentes, o idealismo e o nominalismo, que abordam a questão fundamental: as raízes do direito se encontram nas verdades racionais ou eternas ou residem em decisões criadoras e singulares da vontade divina? Deus sancionou o direito porque é direito, ou é direito porque Deus o sancionou? O idealismo de S. TOMÁS DE AQUINO afirma que Deus sancionou o direito natural porque neste direito existe uma verdade racional e eterna, diferentemente, o voluntarismo de J. DUNS ESCOTO e G. DE OCKHAM sustenta que o direito natural só existe por livre e arbitrária vontade de Deus; o nominalismo se liga radicalmente ao voluntarismo, implicando uma onipotência de Deus absoluta, pois, tudo depende exclusivamente da vontade de Deus¹⁹⁶.

¹⁹² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 280-281.

¹⁹³ PLATÃO, *Eutrífon*, 10a, in *Platone. Tutte le Opere*, vol. I, E. V. MALTESE (org.), trad. ital. Gino Giardini, Roma, 1997, pp. 46-47.

¹⁹⁴ PLATÃO, *Eutrífon*, 10e, in *Platone. Tutte*, op. cit., pp. 48-49.

¹⁹⁵ H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962 (19510), trad. ital. Giuseppe de Stefano, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 32-33.

¹⁹⁶ N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., p. 460.

Os temas mais significativos tratados pela Escolástica são a relação entre a fé e a razão, ou seja, a demonstração da existência de Deus em termos racionais, e a disputa sobre os universais. A doutrina de AGOSTINHO defende a posição de que entre a fé e a razão não há contraste, pois, a fé e a razão se complementam; a lei eterna e o seu reflexo na lei da natureza permanece, até o nominalismo, o fundamento da ética. Por outro lado, S. TOMÁS partindo do pensamento de AGOSTINHO, baste lembrar a famosa frase agostiniana *intelligere ut credam et credere ut intelligam*, irá defender a compatibilidade entre fé e razão, propondo uma gradação das verdades que podem ser conhecidas pela razão, existem dois tipos de verdades: a) “verdades referentes a Deus e que excedem toda a capacidade humana, como, por ex., Deus ser trino e uno”, e b) “outras, as quais toda capacidade humana pode admitir, como, por ex., Deus ser, Deus ser uno, e outras semelhantes”¹⁹⁷. Na *Introdução à Summa contra gentios*, TOMÁS DE AQUINO afirma existirem verdades acerca de Deus que transcendem a compreensão humana, como a Trindade e a encarnação e há outras que podem ser explicadas e compreendidas pelo esforço racional, estas últimas, assevera Tomás “os filósofos, conduzidos pela luz da razão natural, provaram por via demonstrativa, poderem ser, realmente, atribuídas a Deus”¹⁹⁸. O domenicano não hesitará em buscar uma harmonização entre fé e razão. Com efeito, no pensamento tomista as denominadas verdades da razão são também criadas pela fé, as verdades de fé, por sua vez, embora ultrapassem a razão não a contrariam, visto que as duas vertentes procedem da mesma fonte: a sabedoria divina¹⁹⁹. Outros membros da Escolástica, principalmente na Escolástica tardia, como G. DE OCKHAM, afirmam que não há nenhum vínculo entre fé e razão; essa tese fideísta que determina a separação entre a fé e a razão, é o motivo pelo qual G. DE OCKHAM é considerado o último pensador da Idade Média e o primeiro pensador moderno.

A disputa entre idealismo e realismo, de um lado, e nominalismo e voluntarismo, do outro, verifica-se no quadro da discussão sobre os universais, ou seja, as ideias platônicas e as formas aristotélicas: as ideias são transcendentais e possuem uma existência independente das coisas empíricas, enquanto as formas são imanentes, ou seja, existem nas próprias coisas. Mas os universais (isso é as ideias) existem? Eis a questão controvertida. Em face desse questionamento os idealistas ou realistas, admitem a existência dos universais; as ideias existem na medida em que são pensadas por Deus, essas existem *ab aeterno* em Deus e visto

¹⁹⁷ T. DE AQUINO, *Summa contra os gentios*, trad. port. Odilão Moura e D. Ludges Jaspers, Porto Alegre, Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1990, p. 22.

¹⁹⁸ *Ibidem*

¹⁹⁹ MARQUES, José da Cruz Lopes, *As verdades da razão e as verdades da fé em Tomás de Aquino*, in *Pensando. Revista de Filosofia*, v. 9. N. 18, 2018, p.218.

que tudo deriva de Deus, então, tudo está presente como ideia na mente de Deus; Deus tem um pensamento interno, ou seja as ideias. A diferença entre o pensamento de Deus e aquele do homem é que o homem pensando pode somente reconhecer a verdade, Deus pensando em uma verdade a cria. Contraposto ao realismo encontramos o nominalismo, para os nominalistas os universais não existem, são, na linguagem de ROSCELLINO DE COMPIÈGNE (falecido por volta de 1125), um *flautus vocis*, o universal é somente uma vibração sonora, e existe somente na palavra expressa. No período da pré-escolástica, G. ESCOTO ERIUGENA (810-877) fora um ultra-realista na doutrina dos universais que, segundo ele, possuem uma existência real nas coisas; no realismo extremo, com GUILHERME DE CHAMPEAUX (falecido em 1122), o conhecimento e a existência correspondem perfeitamente, assim ao universal se atribui a mesma maneira de ser das coisas. Na Escolástica tarda, de 1300 a 1500, diversamente, encontram-se duas figuras que bem representam o posicionamento voluntarista e nominalista: JOÃO DUNS ESCOTO (falecido em 1308) que afirma que o ato criador de Deus é o livre êxito de um ato de vontade divina que põe, de per si, as próprias condições; Deus não age de conformidade com ideias ou essências preexistentes, mas na sua liberdade cria cada ente com o ato efetivo que o traz para a existência do nada; a metafísica nominalista de G. DE OCKHAM (falecido em 1349 ou 1350), *i.e.*, somente os indivíduos existem, admite a universalidade somente como ‘suposição’ do conceito para muitas coisas, destruindo, dessa forma, a validade objetiva dos universais; G. DE OCKHAM se torna, assim, o pioneiro do subjetivismo moderno. Contudo, já na doutrina de J. DUNS ESCOTO, observa-se uma inversão em relação à concepção iniciada por Platão: a forma mais alta do ser não é o universal, mas o individual, assim sendo, é com o pensamento desse franciscano que inicia a marcha triunfal do individualismo moderno na consciência moderna²⁰⁰.

No XVI século a posição idealista trabalhada pela escola escolástica espanhola foi levada ao extremo na defesa das verdades universais, posto que a escola chegará a afirmar que o direito natural existiria ainda que, argumento *ab absurdum*, Deus não existisse. A consequência do idealismo escolástico espanhol, que opera a eliminação de Deus-*concesso impossibili*- no esquema de raciocínio é um argumento que irá favorecer a validade da posição voluntarista. Essa eliminação, assevera N.J. ESPINOSA GOMES DA SILVA “não é já o último argumento de uma polémica de caráter teológico, mas, sim, a premissa de todo um novo sistema que conduzirá à desvinculação do direito natural da teologia.”²⁰¹

²⁰⁰ H. WELZEL, *Naturrecht*, op. cit., p. 104.

²⁰¹ N. J. ESPINOZA GOMES DA SILVA, *História*, op. cit., p. 461.

O direito natural cristão, leciona F. WIEACKER, sempre renovado desde AGOSTINHO, acolheu a ideia de comunidade ecumênica, de Stoa, assim como acolheu as ideias platônicas e aristotélicas de justiça; na medida em que a separação do bem e do mal por Deus constitui um ato do seu livre arbítrio, sendo, portanto, uma opção histórica e não o resultado de valores gerais, todo o pensamento jurídico cristão se caracteriza pela relativização do direito natural em face da revelação divina, surgindo, assim, a problematização das relações entre o direito natural humano e a justiça divina. SANTO AGOSTINHO opõe à *civitate Dei* o contra-poder da *civitas terrena*, a qual só perde a sua natureza anti-divina quando é impregnada pela *civitate Dei*. Dessa forma, oferece-se à justiça humana uma legitimação metafísica, porém, somente com a alta escolástica o direito natural se tornou uma autêntica metafísica do direito. S. TOMÁS DE AQUINO ao recorrer à teoria aristotélica das ideias, concebe a existência contrária aos valores como um modo incompleto de existência, fixando a preeminência da razão em relação à vontade do Criador²⁰²; contra esse idealismo se insurge o nominalismo, pois, se já J. DUNS ESCOTO fundara a boa ação na vontade e a justiça de Deus num seu ato livre de vontade, G. DE OCKHAM acentua a correlação do juízo do bem e do mal, do justo e do injusto, não com relações axiológicas eternas, mas com uma decisão irracional de Deus sobre os deveres do homem quanto à ação e à omissão. Estabelece-se, nessa perspectiva, a preeminência da historicidade em relação às verdades eternas da razão, do individual em relação ao geral, da preeminência do saber jurídico em relação às ordens objetivas do ser e do valor. No que tange à subordinação do direito natural ao *ius divinum* revelado essa permanece em todas as concepções escolásticas, convergentes ou não, pois, o último fundamento ontológico do direito humano é o Criador, seja no caso em que a sua justiça se funde em verdades eternas da razão, seja se ela for determinada por um seu livre ato de vontade. Em todas as concepções jusnaturalísticas cristãs o antigo dualismo entre direito natural e direito legislado se transforma em uma tricotomia: *ius positivum*, *ius naturale* e *ius divinum voluntarium*. O jusracionalismo moderno traz em si todo o legado do jusnaturalismo antigo e daquele de tradição agostiniana-tomista; com essas premissas, pode-se afirmar que o jusracionalismo moderno compartilha com a pretensão de validade universal e intemporal, com a antropologia geral e abstrata e com um racionalismo formal dos seus processos de prova, salvo o caso dos primeiros racionalistas, como Grócio. Ademais, o jusracionalismo

²⁰² T. DE AQUINO, *Suma de Teología*, vol. II, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, pp. 728-729.

da época moderna abandona o *ius divinum* à teologia moral e retorna ao antigo dualismo entre *ius naturale* e *ius civile*²⁰³.

No primeiro período de atuação dos juristas jusnaturalistas da época moderna, que são teólogos morais e cultores do direito das gentes, tais como ALTHUSIUS e GRÓCIO, a construção do sistema ainda se liga, preponderantemente, à tradição escolástica e teológica; nesse período não se tenta combater uma concepção metafísica teocêntrica do direito, nem se criam os pressupostos metodológicos para um sistema autônomo. Somente uma segunda geração de juristas inicia a construção das bases metodológicas do sistema jusracionalista autônomo, combatendo a acentuada dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral. O sistema de ALTHUSIUS remonta à escolástica através da influência de PIERRE DE LA RAMÉE (1515-1572) e os princípios jurídicos de H. GRÓCIO não são elaborados através de dedução estrita de axiomas, mas através da invocação das autoridades teológicas e humanísticas que possuíam um caráter modelar para a ética do seu tempo. Esses juristas são os fundadores do moderno direito natural já que defronte a sua vontade de impor o direito nos conflitos do seu tempo vão construindo um novo sistema, um novo modo de se conceber o direito. Só uma segunda geração de juristas jusracionalistas logrou estabelecer as bases metodológicas de um sistema jusracionalista autônomo e não dependente da teologia moral. O método foi elaborado por HOBBS, influenciado por GALILEI e DESCARTES; S. PUFENDORF tentou racionalizar e matematizar o direito na tentativa de criar um sistema jusnaturalista geral, completando, ao mesmo tempo, a emancipação em relação à teologia moral da ortodoxia luterana; desta forma, liberava-se um espaço para que se construísse um sistema jusracionalista em que os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade. Expoente significativo dessa fase foi Chr. WOLFF que desdobrou e pormenorizou tanto o sistema que a partir dele, esse pôde ser adotado pela ciência jurídica positiva. Essa racionalização, porém, assolapou o núcleo do direito natural desde que THOMASIUS transformou as qualidades gerais da antropologia jusnaturalista (*socialitas, imbecillitas*) em ‘impulsos individuais’, pondo em confronto a moralidade e a positividade, os deveres morais e os deveres coativos do direito. A geração de THOMASIUS e dos seus discípulos procurou com veemência fazer valer as exigências do direito natural em relação à realidade da legislação e da jurisdição da época. Nesse sentido, verifica-se uma forte ligação desses juristas com o absolutismo iluminado; enquanto os fundadores do jusnaturalismo são pensadores isolados que influenciam uma pequena elite, os

²⁰³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 292-294; 297-298.

jusnaturalistas da segunda geração tiveram acesso às cortes e aos governantes como conselheiros da coroa, tornando-se educadores morais dos príncipes, dos funcionários e, finalmente, dos povos. À medida que o jusracionalismo foi se tornando um instrumento do absolutismo esclarecido, esses juristas entraram em estreita relação com as cortes, sendo considerados estadistas, *hommes d'affaires* ou historiadores à serviço dos príncipes; essa elite promoveu junto ao poder a criação das Academias que desde o final do século XVII começaram a aparecer por toda a Europa absolutista (Paris, Viena, Berlim, S. Petesburgo, Estocolmo) com a tarefa precípua de fomentar a pesquisa naturalista e a filosofia do Iluminismo²⁰⁴.

Embora os juristas jusnaturalistas tenham tido acesso às cortes, o direito por eles elaborado é um direito, no entender de P. KOSCHKER, professoral que implica a separação entre teoria e prática e uma diminuição da influência daquela nesta, a influência do direito professoral se verifica maiormente na elaboração da legislação, diversamente, do direito de juristas, criado por juristas práticos que atuam nos tribunais, que aparece de modo concomitante a toda integração política e que possui um caráter político posto que o jurista se encontra respaldado pela autoridade irradiada por um centro estatal de poder; o direito professoral, ao contrário, apresenta-se absolutamente como apolítico, sendo, portanto, perfeitamente compatível com sociedades em processo de dissolução ou desfazimento²⁰⁵.

No pensamento jurídico europeu o direito natural conquista um lugar de preeminência com a obra *De iure belli et pacis* (1625) de H. GROTIUS (1583-1645), considerado o fundador do moderno jusnaturalismo; ele foi teólogo e jurista. O interesse dessa obra para o jusnaturalismo reside no fato de que H. GROTIUS constrói um direito das gentes supra-nacional e supra-confessional deduzido da tradição da teologia moral visto que faltando autoridades espirituais ou positivas que vinculassem no plano do direito das gentes, esfera essa não submetida à disciplina do direito, o direito internacional público só podia ser obtido através da fixação das condições de existência e de conhecimento de um direito natural que vinculasse todos os homens. H. GRÓCIO, todavia, não baseava esse direito natural, como farão os jusracionalistas posteriores, em axiomas, mas no testemunho da experiência jurídica comum a toda humanidade, ou seja, a tradição teológica, humanista e romanística²⁰⁶.

S. PUFENDORF (1632-1694), que já faz parte da segunda geração de jusnaturalistas, opera totalmente a separação do direito natural da teologia, verifica-se, no seu sistema, a

²⁰⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 304-305; 341-342.

²⁰⁵ P. KOSCHKER, *Europa*, op. cit, pp. 353-354.

²⁰⁶ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 324-326.

emancipação de uma ética social autônoma, *i.e.*, desvinculada de princípios de fé. Para S. PUFENDORF e H. GROTIUS o direito natural é a base fundamental do pensamento jurídico, base sobre a qual descansa o ordenamento da vida em comum; note-se, ademais, que essa concepção social do direito se deve ao humanismo na medida em que foi o humanismo que preparou o conhecimento racional do universo e tornou possível descobrir de novo, na época do direito natural, o caráter social do homem e possibilitou uma explicação do direito como lei da convivência humana. Por este motivo S. PUFENDORF tenta estruturar o direito natural como um sistema homogêneo e fechado de verdades da razão. Do conhecimento de verdades filosóficas se extrai um conjunto de regras concernentes também ao direito privado, sendo a construção naturalística do direito privado uma peculiaridade da concepção alemã. C. THOMASIIUS continua a linha de pensamento de S. PUFENDORF, mas separa o direito natural da filosofia e o constrói como uma disciplina jurídica autônoma²⁰⁷.

No que concerne à contribuição de C. THOMASIIUS para a teoria do jusracionalismo se deve ressaltar que ele destrói a metafísica do jusracionalismo anterior. F. WIEACKER pontua que “se Hobbes utilizou a ética do desespero para dissolver o direito natural na legalidade positiva, já o arrebatamento religioso da interioridade leva THOMASIIUS pura e simplesmente à expulsão da ética para fora do domínio do direito”. O jurista de Leipzig reduz a Igreja, sempre prosseguindo o combate contra a ortodoxia, como já fizera S. PUFENDORF, a uma igreja espiritual interior o *ius divinum*, conseqüentemente, a uma crença individual e pessoal. Destarte, a ética se torna algo válido somente no foro íntimo, atacando a concepção do jusracionalismo como algo que está fundamentado em uma ética social que vincula no plano temporal. A base metodológica desse desenvolvimento é constituída pela concepção da *socialitas* e *dictamen rationis*, conceitos que o direito natural cristão e o precedente jusracionalismo haviam considerado como qualidades ideais da natureza humana, tendências individuais, ou seja, como realidades meramente psicológicas; contra a ideia unânime de um *homo animal rationale* de toda a tradição jusnaturalista até S. PUFENDORF, C. THOMASIIUS opõe uma concepção de que *voluntas semper movet intellectum*, nesse empirismo residem já elementos que proporcionaram uma nova experiência do direito. Assim sendo, elimina-se o caráter obrigatório do comando jusnaturalista, tornando-se impossível um sistema natural da ética social; os princípios de direito natural não são normas vigentes de evidência lógica, mas realidades psicológicas dos indivíduos isolados que podem ser observadas através da experiência. THOMASIIUS adquire uma plena consciência da infundável variedade e

²⁰⁷ P. KOSCHKER, *Europa*, op. cit, pp. 355-356

especificidades das situações históricas, conseqüentemente, a história se torna o ponto a partir do qual se observa a ciência jurídica. Nessa perspectiva, o jurista de Leipzig se aproxima já de novas concepções que levarão o pensamento jurídico europeu ao moderno historicismo, para muitos C. THOMASIIUS é um representante do primeiro historicismo. Com a fundamentação de um direito natural histórico se pode detectar algumas ‘virtualidades’ que compensam o empobrecimento do jusracionalismo no que tange aos seus efeitos práticos, pois, quem como C. THOMASIIUS concebe o direito natural como ‘direito histórico’, defenderá que o direito histórico é racional e, dessa forma, defenderá as exigências práticas no domínio da política do direito que venham a satisfazer a forma de ver e pensar das pessoas concretas: o aperfeiçoamento e humanização da jurisprudência; uma legislação racional, livre da crença das autoridades (até mesmo da autoridade do Direito romano). Desta forma, C. THOMASIIUS trouxe pela primeira vez a moral prática do jusracionalismo para a política do direito do absolutismo iluminado. Contudo, THOMASIIUS retira do direito natural a sua capacidade de ser um direito existente, válido em geral, eticamente vinculativo. Chr. WOLFF, sob a influência de S. PUFENDORF, recusa a separação operada por C. THOMASIIUS e reafirma que o direito natural é a teoria moral das boas e más ações²⁰⁸.

Chr. WOLFF, discípulo de LEIBNIZ que escreve, em 1667, uma obra de grande relevância, intitulada *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudencia ex artis didacticae principiis*, em 1748, encarrega-se de uma nova publicação dessa obra e a repropõe, com um seu prefácio, como texto fundamental para a investigação científica no século XVIII. Pode-se dizer que a primeira preocupação de LEIBNIZ, como se pode inferir do título, é didática, mas o tratado aborda inúmeros problemas da ciência jurídica da época. No que tange ao critério sistemático adotado este se baseia numa distinção entre ‘forma’ e ‘matéria’, sendo que a primeira é concebida como *forma seu methodus iuris disponendi*, visando a uma melhor ordem de exposição da Codificação de Justiniano, objeto de ásperas críticas. No que concerne à elaboração de uma nova sistemática, LEIBNIZ, após criticar duramente a distinção tradicional *personae-res-actiones*, adota uma distinção entre *subiectum* e o *obiectum iuris et obligationis* (o sujeito e o objeto do direito e da obrigação), nesta construção já se vislumbra o conceito de relação jurídica²⁰⁹. Essas novas tendências serão impulsionadas com o trabalho científico de Chr. WOLFF que retomando o propósito de S. PUFENDORF de fazer do direito natural uma verdadeira ciência e considerando o projeto

²⁰⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 358-361.

²⁰⁹ LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudencia ex artis didacticae principiis*, Pisis, 1771, p. 38 ss., § 7 ss.

de LEIBNIZ de construir uma ciência universal que unificasse todos os campos do saber e, portanto, também aquele da ciência jurídica, tenta aplicar ao conhecimento do direito natural as formas lógico-matemáticas; parte-se de um princípio fundamental e a partir desse toda a matéria tinha que ser dedutivamente subsumida, através de uma sucessão ininterrupta de demonstrações. As doutrinas de Chr. WOLFF foram transportadas do plano filosófico para a ciência do direito pelos seus discípulos juristas, especialmente, por D. NETTELBRADT (1719-1791) e por J. PÜTTER (1725-1807) e, por meio das escolas, difundiram-se por toda ciência jurídica alemã da segunda metade do século XVIII. Destarte, a mais abstrata das filosofias fornecerá à ciência jurídica alemã, e através desta a uma considerável parte da ciência jurídica europeia, não somente os conceitos fundamentais para a organização do saber jurídico, mas também a convicção de que o direito poderia ser uma ciência somente se construído por via dedutiva e demonstrativa. Note-se, ainda, que a construção de J. PÜTTER foi deveras importante para o direito positivo, posto que ele propunha que nos estudos das Pandectas fosse abandonado, definitivamente, a ordem legal, sendo essa substituída por uma ordem sistemática livremente construída. Ademais, seja NETTELBLADT que PÜTTER sustentaram, com vigor, a necessidade de que o estudo do direito positivo fosse precedido por aquele de uma ‘parte geral’, destinada a ordenar ‘os conceitos e os princípios’ informadores da ‘parte especial’ do sistema²¹⁰.

O aspecto significativo na contribuição de Chr. WOLFF para teoria moderna do direito natural, no entendimento de P. KOSCHAKER, reside no fato de que após ter observado que para GRÓCIO o direito natural não era uma espécie de código que contivesse preceitos aplicáveis a distintos casos, ele atribui ao direito natural esse caráter, mormente no que tange ao direito privado. Procede Chr. WOLFF a uma análise minuciosa da casuística romana, que ele conhece muito bem, e à solução dada pelo Direito romano, ele acrescenta uma solução baseada no direito natural, deste modo logra criar uma obra de inegável utilidade prática. A solução jusnaturalista é o resultado de uma rigorosa dedução lógico-matemática que parte de regras gerais e implica a aplicação de amplos princípios a casos concretos. Assim sendo, o direito natural se instala no âmbito do direito privado como um conjunto de princípios jurídicos que integram uma construção lógica rigorosa e que, induzidos de princípios menos gerais, compreensivos de uma multidão de casos, formam uma pirâmide cujo vértice é composto pelos princípios e normas de mais amplo alcance e generalidade²¹¹.

²¹⁰ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 84-89.

²¹¹ P. KOSCHKER, *Europa*, op. cit., pp. 356-357.

A influência do método de Chr. WOLFF foi bastante significativa, pois, o coerente sistema lógico do jurista alemão forneceu a base de vários códigos jusracionalistas e, através da ação dos seus discípulos juristas e da Pandectística, influenciou a feitura do Código Civil alemão, o BGB, assim como de todos os códigos que o adotaram como modelo; outrossim, com base na obra de Chr. WOLFF, admite-se uma dedução lógica da decisão jurídica a partir de princípios superiores e conceitos gerais com um valor previamente fixado. Salientando a novidade no pensamento de Chr. WOLFF, F. WIEACKER afirma que

“Se o instrumento metódico da anterior ciência jurídica era constituído pela dedução analítica a partir de textos isolados dotados de valor autoritário, agora o conceito jurídico sintético – ou seja, o conceito reconduzível aos últimos princípios superiores, de acordo com as regras de dedução do sistema, tornou-se no último fundamento científico da decisão”²¹²

Destarte, pode-se sustentar que Chr. WOLFF é o verdadeiro pai daquela “jurisprudência dos conceitos” ou “construtiva” que irá dominar a Pandectística do século XIX, de PUCHTA a WINDSCHEID.

A junção do jusracionalismo com o iluminismo teve, no século XVIII, como produto mais importante os primeiros códigos modernos nos estados absolutos esclarecidos no centro e no sul da Europa, posteriormente, na Europa ocidental como consequência da Revolução Francesa. Inobstante apresentem características bem diversas comungam do mesmo perfil espiritual; distinguem-se de todas as redações anteriores pelo fato de que esses não fixam, ordenam ou melhoram direito já existente, possuem a pretensão de complementá-lo, como ocorrera com as *Ordenances* francesas ou as *Reformationen* na Alemanha do século XVI, eles pretendem planificar globalmente a sociedade através de uma reordenação sistemática e ordenadora da matéria jurídica. O pressuposto, tipicamente iluminista, é a convicção de que a atuação dos governantes orientada por princípios racionais ou a vontade comunitária iria produzir, por si só, uma sociedade melhor, pois, o direito natural indicava um caminho seguro, fornecendo projetos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e a certeza de que se poderia descobrir os critérios de um direito justo do ponto de vista do seu conteúdo. Os códigos jusnaturalistas podem ser considerados como um produto revolucionário, um ato de transformação levado a cabo não necessariamente no quadro de uma revolução política, como ocorreu na França, pois, no resto da Europa foram obra do despotismo esclarecido²¹³.

²¹² F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 362-363.

²¹³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 365-367.

2.1.2.6. A Escola Histórica e a Pandectística

Na Alemanha, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, a vida do direito tinha sofrido uma forte decadência com uma prática ainda ligada aos epígonos do *Usus modernus*, sem uma doutrina que estivesse conectada com a prática, e a legislação, boa ou ruim, parecia destinada a ressuscitar o particularismo anterior à recepção. A tarefa de alavancar o nível da jurisprudência alemã foi assumida pela Escola Histórica; embora os fundadores da Escola tivessem como propósito serem uma antítese ao jusnaturalismo, C.A. CANNATA releva que mais parece ser um movimento que constitui um momento diverso da mesma experiência; ambas as escolas se concretizam a partir da elaboração de uma dogmática jurídica, fundamentada em uma sistemática e construída com método indutivo e dedutivo²¹⁴; ambas produziram um *Professorenrecht*, uma teoria sem uma casuística; uma boa parte do enquadramento sistemático e da elaboração conceitual são comuns, tais como as noções de direito subjetivo, direito objetivo, negócio jurídico; ambas partem de posições que consideram o Direito romano como elemento de valor igual aos outros, e acabaram por conferir ao direito romano uma posição de privilégio; por fim, ambas findaram com a elaboração de códigos. Entretanto uma contraposição entre as escolas existe e essa depende de uma intuição de F.C. von SAVIGNY, ou seja, ele entendeu que o problema da Alemanha dependia da inexistência de uma classe de juristas alemães, e, como jurista, entendeu que uma ciência do direito podia ser construída a partir de uma reflexão sobre o direito objetivo; com base nas fontes se cria uma forte ciência jurídica alemã; as Universidades se tornam escolas eficientes dessa ciência e aqueles que saírem dessas escolas serão os juristas alemães, aquela classe de juristas que faltava a Alemanha. Nota, porém, C.A. CANNATA que uma classe de juristas não se cria com a escola, mas essa é o fruto de um sistema político centralizado e de um certo tipo de relação entre advogados e cortes. Apesar disso, deve-se reconhecer o fato de que a Escola Histórica deu a Alemanha uma ciência jurídica não somente de grande perfeição técnica, mas soube elaborar, no século da grande expansão econômica liberal e do triunfo da revolução industrial os instrumentos conceituais que permitirão aos juristas da Europa continental enquadrar corretamente os problemas que as novas relações de produção engendraram, ainda que o resultado fosse um *Professorenrecht*²¹⁵.

O direito natural, portanto, começará a perder terreno quando, na primeira metade do século XIX, a filosofia jusnaturalista será profundamente criticada e suas concepções e

²¹⁴ C.A. CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., nt. 8, p. 154.

²¹⁵ C.A. CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 153-156.

mitos, tais como o estado de natureza, lei natural, contrato social, passam a não mais incidir nas reflexões dos doutos. Essas concepções estavam ligadas a filosofia racionalista, *i.e.*, a filosofia iluminista cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano. Foi no âmbito da crítica anti-racionalista, efetuada pelo historicismo, que se verifica a dessacralização do direito natural. No campo filosófico-jurídico, o historicismo teve sua origem com a Escola Histórica do Direito que surgiu e se difundiu na Alemanha entre o final do século XVIII e início do século XIX, tendo como maior expoente Friedrich Carl von SAVIGNY. A primeira obra que se pode considerar como ponto de partida da Escola Histórica é um escrito de Gustav Conrad von HUGO de 1798, cujo título já indica uma nova perspectiva: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts* (Tratado do direito natural como filosofia do direito positivo). Na visão de G. HUGO o direito natural não é mais concebido como um sistema normativo auto-suficiente, como um conjunto de regras distinto e separado do sistema do direito positivo, mas como um conjunto de considerações filosóficas sobre o próprio direito positivo, aliás o § 1 intitula-se *Filosofia do direito positivo*; aqui o autor afirma que a filosofia do direito positivo ou da jurisprudência é o conhecimento racional, por meio de conceitos, daquilo que pode ser direito no Estado²¹⁶. Entendendo esse jurista o direito natural como filosofia do direito positivo, resolve-o num conjunto de conceitos jurídicos gerais elaborados com base no direito positivo, não direito positivo de um Estado específico, mas naquele que existe, ou pode existir, em qualquer Estado. No que concerne ao historicismo, N. BOBBIO aponta alguns elementos específicos, ressaltando que aquilo que caracteriza o historicismo é o fato de que ele considera “o homem na sua individualidade e em todas as suas variedades, em oposição ao racionalismo que considera a humanidade abstrata”. Entre esses vale salientar: 1) O sentido da *variedade da história devida à variedade do próprio homem*: não existe o Homem (com H maiúsculo) com certos caracteres fundamentais sempre iguais e imutáveis, como pensavam os jusnaturalistas; existem homens, diversos entre si conforme a raça, o clima, o período histórico [...]; 2) O sentido do *irracional na história*, contraposto à interpretação racionalista da história própria dos iluministas: a mola fundamental da história não é a razão, o cálculo, a avaliação racional, mas sim a não-razão, o elemento passional e emotivo do homem, o impulso, a paixão, o sentimento. Os historicistas escarnecem assim das concepções jusnaturalistas, tais como a ideia de que o Estado tenha surgido após uma decisão racionalmente ponderada de dar origem a uma organização política que corrigisse os inconvenientes do estado de

²¹⁶ G. HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, A. Mylius, 1819, p. 4 ss.

natureza...[...]; 3) Estreitamente ligada à ideia da irracionalidade da história está a ideia da sua tragicidade (pessimismo antropológico): enquanto o iluminista é fundamentalmente otimista porque acredita que o homem com sua razão possa melhorar a sociedade e transformar o mundo, o historicista é pessimista porque não compartilha dessa crença, não crê nos “magníficos destinos e progressos” da humanidade [...]; 4) Um outro caráter do historicismo é *o elogio e o amor pelo passado*: não havendo crença no melhoramento futuro da humanidade, os historicistas têm, em compensação, grande admiração pelo passado que não pode mais voltar e que aos seus olhos parece idealizado. Também este ponto de vista está em nítido contraste com os iluministas, os quais, ao contrário, desprezam o passado e zombam da ingenuidade e da ignorância dos antigos, exaltando, em contrapartida, as “luzes” da Idade racionalista [...]; 5) Um traço ulterior do historicismo é o *amor pela tradição*, isto é, pelas instituições e costumes existentes na sociedade e formados através de um desenvolvimento lento, secular²¹⁷.

A Escola Histórica do Direito descobriu na historicidade do direito a historicidade do próprio povo, vendo no direito uma manifestação do espírito do povo. O historicismo, originariamente, foi uma filosofia da história universal que partia da vivência de um plano universal-histórico das culturas e das épocas históricas e, portanto, supra-nacional; o povo aparecia ao historicismo como protagonista das épocas e das culturas. O advento da consciência nacional na Europa central sugeria que os povos e as suas culturas nacionais fossem considerados como executores de uma missão histórica universal, destarte, as classes cultas, em ascensão, viram em si próprias o povo como nação cultural e interpretaram as criações culturais como manifestações do espírito do povo. Esta concepção teve uma grande influência em F.C. von SAVIGNY e com o despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência se abriu na ciência jurídica um processo que correlacionava o dever ser com o ser histórico, a norma jurídica com a realidade social, penetrando, pela primeira vez, na ciência jurídica. Todas as proposições do século XIX podem ser referidas a este processo que deve ser inserido no quadro de um processo mais amplo de conscientização do elemento ‘social’ dos juristas alemães. O espírito do povo de SAVIGNY, o direito dos juristas de PUCHTA, o direito popular de BESELER, a finalidade do direito de JHERING, o direito social de GIERKE, todas elas são tentativas de reatuação da identidade da consciência jurídica e

²¹⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, compiladas por Nello Morra, Torino, Giappichelli, 1996 [1961], trad. port. Márcio Pugliesi-Edson Bini-Carlos E. Rodrigues, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 2006, pp. 47-50.

jurídico-científica com o caráter histórico e, logo, social da existência; certamente, esta foi a mais duradoura contribuição do historicismo para o pensamento jurídico do século XIX²¹⁸.

Deve-se à Escola Histórica alemã uma maior consciência quanto à função da ciência jurídica no processo de formação do direito; a essa renovada consciência a Escola Histórica chega através um novo enquadramento do problema do direito, *i.e.*, o problema é enfrentado a partir de uma visão unitária, colocando-se as suas bases na atividade da ciência e no valor científico que devem ter seus procedimentos. Embora a Escola Histórica tenha sido fruto do seu tempo e do lugar em que se desenvolveu, pois, foi uma reação contra as correntes inovadoras que se difundiram pela Europa a partir da Revolução Francesa, sendo ela estimulada pela polêmica quanto à oportunidade ou não que a Alemanha viesse a ter uma própria codificação, segundo o modelo das codificações que se multiplicavam na Europa continental, nas quais o racionalismo dos séculos XVII e XVIII tinha encontrado a sua expressão ideal, o direito da razão, logicamente sistematizado e articulado, teve, todavia, entre os seus méritos aquele de ter deslocado o fulcro da reflexão jurídica, na busca abstrata de postulados racionais, para a investigação concreta da realidade histórica criticamente comprovada e de ter com isso estabelecido uma nova via que possibilitasse uma renovação das concepções do direito e da sua ciência. Se levarmos em consideração os elementos básicos do historicismo e os aplicarmos ao estudo do direito, pode-se atingir uma ideia bastante precisa da doutrina da Escola Histórica, consubstanciada no celebre trabalho de F.C. von SAVIGNY *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da Vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência), publicado em 1814, e escrito por ocasião da polêmica contra o projeto da codificação. Postulado fundamental da Escola Histórica alemã é a formação espontânea e coletiva do direito positivo, como um produto do *Volksgeist*, o espírito do povo, que vive e opera em todos aqueles que pertencem a um mesmo povo, a uma mesma nação²¹⁹. É o sentido da tradição que para a Escola Histórica significa uma reavaliação de uma forma particular de produção jurídica, *i.e.*, o costume, posto que as normas consuetudinárias são a expressão de uma tradição, elas se formam e se desenvolvem por lenta evolução da sociedade. O costume é um direito que nasce diretamente do povo, exprimindo o “espírito do povo”²²⁰. No capítulo I do *Beruf* F.C. SAVIGNY, tratando da origem do direito positivo, afirma:

En todas las naciones, cuya historia no ofrece duda, vemos el Derecho civil revestir um carácter determinado, peculiar de aquel pueblo, del proprio

²¹⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 407-409.

²¹⁹ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 204-207.

²²⁰ N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., p.52.

modo que su lengua, sus costumbres y su constitución política. Todas estas diferentes manifestaciones no tienen, em verdad, una existencia aparte, sino que son otras tantas fuerzas y atividades del Pueblo, indisolublemente ligadas, y que sólo aparentemente se revelan a nuestra observación como elementos separados. Lo que forma un solo todo es la creencia del Pueblo, el sentimiento uniforme de necesidades íntimas, que excluye toda idea de un origen meramente accidental y arbitrario²²¹.

Segundo F.C. von SAVIGNY é na consciência comum de um povo que reside o direito positivo, o qual criando raízes no tempo desenvolve aquilo que está *in fieri*. No *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema do Direito romano atual), publicado entre os anos 1840-1849 e, portanto, uma obra mais madura, em que o jurista alemão afirma que o sujeito em cujo seio reside a realidade do direito positivo é o povo; na consciência comum deste vive o direito positivo, logo, esse direito pode ser chamado de 'direito do povo', e acrescenta:

Se poi ci facciamo a cercare il soggetto, nel quale, e pel quale ha vita il Diritto positivo, noi lo troviamo nel popolo. Il Diritto positivo vive nella comune coscienza del popolo, e perciò noi il diremo pure Diritto del popolo. Queste nostre parole non debbonsi per altro prendere nel senso che i singoli individui, costituenti il popolo, abbiano creato a lor senno il diritto; imperciocchè codesto arbitrio degli individui avrebbe forse potuto stabilire uno stesso Diritto, ma più verisimilmente ne avrebbe prodotto molti, assai differenti fra loro. Quello che crea il Diritto positivo è invece lo spirito del popolo, che vive ed opera su tutti gli individui ad un tempo, e conseguentemente, non per caso, ma per necessità, è il medesimo nella coscienza di ciascun individuo. Ammettendo noi una origine invisibile del Diritto positivo, dobbiamo, per essere coerenti, rinunciare ad ogni prova scritta di esso²²².

Assim, o direito no decorrer do tempo vai surgindo da consciência do povo, mas o tempo modifica o direito, pois, podemos comparar a vida dos povos, e cada um dos seus elementos constitutivos, a vida humana que nunca é estacionária e oferece uma continua sucessão de desenvolvimentos orgânicos e tanto as línguas como o direito apresentam, no decorrer da sua existência, uma série de transformações nunca interrompidas, tais transformações procedem do mesmo princípio originário, estão submetidas a mesma necessidade e são igualmente independentes do acaso e das vontades individuais. F.C. SAVIGNY sublinhará a importância da legislação e da ciência do direito nesse contínuo e dificultoso desenvolvimento do direito:

²²¹ F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, trad. esp. José Díaz García, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Historia del Derecho, 38, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 18. Disponível [on-line] in https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21520/vocacion_savigny_hd38_2015.pdf [16- 09- 2019]

²²² F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849, trad. ital. Paride Zajotti, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. I, Venezia, 1856, pp. 13-14.

Ma per questa medesima via si modifica altresì il diritto. La vita dei popoli è come la vita dell'uomo; in questa noi non possiamo cogliere un momento, nel quale ella sia completamente stazionaria, ma la veggiamo sempre progredire nel suo organico sviluppamento; e così pur è della vita dei popoli, tanto se la vogliamo considerare nel suo insieme, quanto se ci fermiamo ai singoli suoi elementi. Questo continuo progresso e sviluppo ha luogo, come nella lingua, così pure nel Diritto, ed è soggetto alla medesima legge che presiede al suo primo nascere cioè, deriva da una forza e necessità interna, indipendente dal caso o dall'arbitrio degli individui, come l'origine primitiva del Diritto medesimo. La modificazione che sorge da questo naturale sviluppo non è però generica, ma segue un determinato e regolare ordine di condizioni, ognuna delle quali è in particolar relazione colle diverse manifestazioni dello spirito del popolo, dal quale viene generato il Diritto. Siffatto elemento ci appare più libero e più vigoroso nell'infanzia dei popoli, quando il legame che unisce la nazione è più intimo, più generalmente sentito, e meno celato dal vario sviluppo de singoli individui. Di mano in mano però che questo sviluppo degli individui si fa più ineguale, e più predominante; di mano in mano che si separano più sensibilmente le occupazioni, le cognizioni e le condizioni sociali da queste formate, anche lo sviluppo del diritto, il quale ebbe la sua origine nel sentimento comune del popolo, diventa ognora più difficile, anzi alla fine sparirebbe quasi del tutto, se, per effetto appunto di questa nuova condizione di cose, non sorgessero a tal uopo nuovi organi, la legislazione e la giurisprudenza [...]²²³

Dessas proposições fundamentais, nas quais, salienta R. ORESTANO, uma concepção metafísica e absoluta do direito vem substituída por uma eminentemente histórica e relativista, desenvolve-se uma teoria das fontes do direito e com esta uma visão da história jurídica em que três elementos adquirem uma função proeminente: o costume, a legislação e a ciência do direito²²⁴.

A ciência jurídica positiva da Escola Histórica se define como 'histórica', pois, ela se propõe a exploração da dimensão histórica do direito, se quisermos, porém, compreender esta nova posição científica, é necessário que se entenda que não apenas o direito tem uma dimensão histórica, mas a ciência jurídica também é 'histórica'. Nesse diapasão, o programa de uma renovação do direito positivo, só pode ter o sentido de que o objeto da ciência jurídica é pré-determinado pela historicidade do direito do presente e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas; ademais, o conhecimento histórico não deve substituir as tarefas dogmáticas da jurisprudência; a referência à historicidade do conteúdo do direito constitui apenas um dos aspectos no programa geral de uma renovação da ciência jurídica, principalmente, no que tange àqueles conteúdos que a ciência jurídica deve organizar numa totalidade espiritual²²⁵.

²²³ F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System*, op. cit., pp. 16-17.

²²⁴ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 209.

²²⁵ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 403-404.

O direito, na doutrina da Escola, não é um resultado, com valor universal, da natureza do Homem, mas sim da história de cada povo, ou melhor dizendo das forças latentes que tal história determina, *i.e.*, o *Volksgeist*. Na construção da Escola Histórica essas forças permanecem pouco delimitadas e não devem ser entendidas como base de uma atitude populista da própria escola, posto que ela surge e se desenvolve com um perfil decididamente aristocrático. Além disso, mesmo a reavaliação do costume não chega a determinar a atribuição ao povo de uma função criadora do direito. Isto se explica pelo fato de que para os autores da Escola Histórica o Povo e o seu Espírito não se exprimem diretamente, mas somente através dos juristas que o próprio povo produziu, os juristas cultos, sejam professores ou juízes. Compete ao jurista indagar sobre as vicissitudes do direito da nação, estudar a sua história, com o intuito de estabelecer e individuar o seu patrimônio jurídico, assim como rejuvenescê-lo. A mais relevante tarefa da ciência jurídica vem, assim, a coincidir com a historiografia do direito da Nação; e a historiografia jurídica passa, por sua vez, a coincidir com a história da jurisprudência culta, *i.e.*, com a literatura jurídica da própria Nação. Ademais, se a investigação histórica fornece o autêntico conteúdo do direito objetivo, esta não exaure a tarefa do jurista, no entender da Escola Histórica, posto que o jurista deve ser o artífice da atualidade do próprio direito²²⁶.

G. F. PUCHTA, discípulo e sucessor de Savigny, irá impor o formalismo conceitual rigorosamente pandectístico, completando de forma consequente o percurso do espírito do povo para o monopólio dos juristas, posto que, como leciona F. WIEACKER, ele “faz suceder na vida jurídica dos povos um período da ‘inocência’, um período da ‘multiplicidade’ (*i.e.* do empirismo prático) e um período redutor da multiplicidade a uma ‘unidade superior’, o da ‘cientificidade’. Neste último e actual período, apenas o jurista cientificamente formado é chamado para a criação do direito...”. A teoria das fontes do direito de G.F. PUCHTA tem uma significância específica na concepção de um sistema, *i.e.*, ele autoriza o jurista científico a criar novas normas jurídicas a partir de conceitos, e isso constitui um pressuposto necessário do seu método científico. G.F. PUCHTA é o fundador da jurisprudência dos conceitos do século XIX; as suas *Pandekten* e o seu *Cursus de Institutionen* fizeram, afirma F. WIEACKER, da herança jusracionalista um princípio metodológico próprio da pandectística, tendo tido uma influência mais duradoura e mesmo anterior que o *System* de Savigny. G.F. PUCHTA constrói a hierarquia dos conceitos a partir dos axiomas de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões concretas

²²⁶ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 156-159.

são possíveis, somente, seguindo-se um estrito rigor lógico. Assim sendo, é introduzido o procedimento de deduzir a norma e a decisão jurídica a partir do conceito e não de se elaborar o sistema e os conceitos através da indução a partir das normas jurídicas, das decisões judiciais e das valorações sociais²²⁷.

O discípulo de SAVIGNY defende o conhecimento sistemático do direito posto que somente esse tipo de conhecimento pode individuar a íntima ligação que une cada parte, tal conhecimento consegue englobar os elementos particulares como membro do conjunto e este como um corpo que se desdobra em órgãos especiais, acrescentando, ainda:

Ma anche internamente la conoscenza sistematica è la sola compiuta, giacché il dritto è in se stesso è un sistema, e soltanto colui che come tale lo concepisce comprende perfettamente la sua natura. Quegli possiede una tale conoscenza sistematica, che comprende la connessione dei principi, ne ha investigato l'intimo rapporto, potendone tracciare la genesi di ciascun concetto fra tutti i membri, che cooperarono allo sviluppo di esso [...] Io chiamo questa una genealogia di pensieri, nè potrebbersi considerarla come un semplice schema di definizioni. Ciascuno di questi pensieri è un membro organico, e non un muto strumento, o un semplice organo di comunicazione...[...]²²⁸

Destarte, o método utilizado pelos juristas alemães do século XIX para cumprir com a própria missão foi, essencialmente, o método sistemático. Com efeito, F.C. von SAVIGNY no Prefácio do *System* esclarece o que significa para ele método sistemático:

All'asseguimento di cotesti fini l'ordine più opportuno a tenere è il sistematico, il quale, non venendo da tutti compreso a una medesima guisa, giova fin dalle prime de terminarne precisamente l'idea. Io dunque intendo che il metodo sistematico consista nel trovare e dimostrare l'intima connessione od affinità, che raccoglie le singole idee e regole giuridiche in una grande unità. Or siccome i legami di questa unione rimangono sovente nascosti, lo scuoprirli arricchirà le nostre cognizioni; siccome inoltre sono molteplici, quanti più ne sapremo trovare e seguire, tanto più il nostro discernimento salirà a perfezione; finalmente siccome fallaci sembianze di affinità mostrano talvolta collegate insieme idee realmente disparatissime, sarà allora nostro assunto di sgomberare cotali apparenze²²⁹.

Método histórico e método sistemático, portanto, não se contrapõem no pensamento de SAVIGNY, mas se complementam, e se o primeiro tem que conduzir ao conhecimento científico do direito, o segundo permite realizar aquele conhecimento ordenado por princípios objetivo de toda e qualquer ciência. A mesma complementariedade entre

²²⁷ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 455-457.

²²⁸ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1841, trad. ital. Antonio Turchiarulo, *Corso delle Istituzioni*, vol. I, Napoli, 1854, § 3, p. 3.

²²⁹ F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System*, op. cit., p. XXI

sistemática e história se encontra na obra de G. F. PUCHTA (1798-1846) que na *Introdução* do seu famoso *Curso de Instituições* assim definia a essência da 'verdadeira' ciência:

Il diritto come formante um organismo vivo há: 1) una varietà simultânea, in quanto esso è diviso in altrettante parti organiche che si suppongono e compiono reciprocamente; 2) ed un'altra successiva, essendo soggetto a cambiamenti sì nel suo insieme come nelle sue parti. Così la scienza del diritto ha due lati, il sistematico e lo storico, nel concepimento compiuto dei quali consiste la vera scienza del diritto²³⁰.

Assim sendo, pode-se observar que a concepção sistemática de F.C. SAVIGNY e de seus discípulos bem se diferencia das construções dogmáticas racionalistas nas quais a partir de princípios construídos abstratamente e aprioristicamente se procedia dedutivamente na elaboração do sistema. Os princípios que informam o sistema de F.C. SAVIGNY são individuados indutivamente, partindo-se da concretude histórica e isso já é um elemento suficiente para diferenciá-la das construções anteriores. Ademais, a sistemática na visão SAVIGNY não é criada pela ciência, mas uma descoberta de uma ordem estrutural ínsita na própria realidade do direito, concebido como um organismo²³¹. Assim depois de discursar sobre as afinidades escondidas em cada conceito e em cada regra e da conexão de todos os elementos em uma grande unidade, F.C. SAVIGNY acrescenta:

Anche l'ordine esteriore di un' opera sistematica ritrae naturalmente da quell'intima connessione di cui dee render l'immagine; anzi ad esso unicamente suole non di rado essere volto il pensiero, quando di sistematica trattazione cade parola. Ma qui dobbiamo guardarci dal prendere abbaglio. Imperocchè, sebbene, considerate nel rigoglioso movimento dell'attualità, le relazioni giuridiche sommate formino un tutto organico, noi però siamo costretti di sceverarne le singole parti, per poterle successivamente raccogliere nella nostra mente e comunicare ad altri²³².

Entretanto, R. ORESTANO releva que esse organismo vivente continua sendo sempre e somente o direito privado, e que a Escola Histórica, na realidade, não elaborou uma sistemática nova, acabou utilizando, em linhas gerais, a sistemática que tinha sido, paulatinamente, elaborada pela Escola Filosófica racionalista a qual ela se contrapunha, em particular a sistemática de THIBAUT e HEISE. Com efeito, A. HEISE (1778-1851) escreve o *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Beruf von Pandekten Vorlesungen* (Compêndio de um sistema de direito civil comum para servir às aulas de Pandectas), no qual ele enfrentava o problema da sistemática do direito privado e efetuava uma nova

²³⁰ G.F. PUCHTA, *Cursus*, op. cit., § 3, p. 2.

²³¹ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp.218-220.

²³² F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System*, op. cit., pp. XXI-XXII.

construção que teria um grande sucesso. O sistema de A. HEISE se divide em seis partes: 1. Parte geral; 2. Direitos reais; 3. Obrigações; 4. Direito de Família; 5. Direito hereditário; 6. *In integrum restitutio*²³³, como meio de resolver as relações jurídicas de qualquer natureza. A ordem sistemática criada por A. HEISE será aceita por A. F. J. THIBAUT (1774-1840) que, em 1803, publica o seu *System des Pandektenrechts*, um dos mais elaborados tratados de Direito romano estruturado dentro de esquemas e nexos construídos através de considerações tipicamente racionalistas. Dessa forma, estabelece-se as bases daquela sistemática que irá se impor no plano científico, didático e legislativo no decorrer do século XIX, não somente no que concerne à ordem do “direito das pandectas”, mas também do próprio código civil alemão de 1900 e de todos os códigos que o tomaram como modelo²³⁴. O próprio F.C. von SAVIGNY põe o sistema de A. HEISE na base da construção do seu *Sistema do direito romano atual*, cujo plano completo iria se desenvolver através de uma parte geral, os direitos reais, as obrigações, o direito de família e o direito das sucessões; nem mesmo a Escola Histórica no plano da sistemática consegue se afastar das construções jus-racionalista, levando F.C. von SAVIGNY a compor, de alguma forma, aquilo que parecia uma contraposição:

La viva discussione delle opposte dottrine, servì certamente a vieppiù chiarirne e metterne in risalto le discrepanze; ma per effetto di parzialità trasse in pari tempo a disconoscere ciò che di vero elemento si conteneva nelle opinioni avversate. Accade, infatti, non di rado che in disquisizioni apparentemente circoscritte a particolari, si appalesi l'intelligenza del tutto, e una estimazione degli istituti di Diritto adeguata alla loro alta importanza, come d'altro canto in ricerche affatto generali può trovarsi un profondo apprezzamento delle condizioni di fatto dei popoli. Prescindendo dalle esagerazioni dello spirito di parte (cosa vana e peritura) e considerando alle tendenze scientifiche dei nostri tempi, potremmo nutrire il consolante pensiero che le opinioni opposte si andassero ravvicinando, cosicché l'età nostra s'incamminerebbe in una via di vero progresso²³⁵.

Dessa pacificação das duas escolas nasce definitivamente a Pandectística do século XIX, que se foi, prevalentemente, ‘histórica’ no modo de considerar a natureza e o processo de formação do direito, foi, essencialmente, ‘sistemática’ e, portanto, com uma tendência à abstração e à generalização no que concernia ao procedimento fundamental por meio do qual se pudesse chegar na sua realização. O ápice desse endereçamento será atingido, na segunda metade do século XIX, com as sucessivas edições da obra monumental de B. WINDSCHEID (1817-1892), o *Lehrbuch des Pandektenrechts*, em que ele vai progressivamente afinando a

²³³ *In integrum restitutio* era no direito romano um instrumento através do qual o magistrado eliminava um efeito jurídico que tivesse produzido um dano a uma pessoa, restaurando a situação anterior.

²³⁴ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 103-105; p. 222.

²³⁵ F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System*, op. cit., p. 49.

técnica sistemática e dogmática; essa será a obra mais representativa da elaboração pandectística, tanto que o seu autor será convidado para participar do projeto de elaboração do Código Civil do Império, cuja promulgação em 1900 marcará o fim da Pandectística²³⁶.

A obra desse jurista representou uma espécie de síntese equilibrada do trabalho de toda a Escola Histórica, tendo tido inúmeras edições com ele ainda em vida e tantas outras depois da morte, sendo, inclusive, traduzida para diversos idiomas. O princípio base da metodologia pandectística é aquele do positivismo jurídico²³⁷, ou seja, cada ordenamento jurídico constitui um sistema fechado e completo de institutos, conceitos, princípios e regras. O sistema se refere a uma realidade social, mas, embora ele sirva para regulamentar essa realidade, não é por ela influenciado, já que encontra em si mesmo a própria validade, posto que a sua lógica é garantia de justiça; a verdadeira realidade é aquela dos conceitos e das proposições dogmáticas. Muitas críticas foram levantadas contra o método e os resultados da Pandectística, entre essas aquela de que esses juristas trabalhando a partir do direito justinianeus, mas utilizando o seu conhecimento histórico do direito pre-justinianeus, harmonizam o Direito romano com a sua dogmática e produzem um sistema de Direito romano que jamais vigorou, na medida em que é composto de elementos com diversas proveniências, ficticiamente assemblados, em particular se criticava a obra prima da Pandectística, *i.e.*, a “Parte Geral”, lugar em que se expunha os conceitos-base de toda a construção sistemática do direito privado, desenvolvida muito além daquela elaborada pelos jusnaturalistas no ABGB – *Allgemeines Bürgerliche Gesetzbuch* austríaco de 1811²³⁸.

Outras correntes fundadas em razões de ordem ideológica se contrapuseram à Pandectística, todas censuraram o fato de que a ciência jurídica dominante tinha isolado a aplicação do direito da realidade, de que o direito formal tinha sido colocado adiante da vida, em vez de pôr o direito ao serviço da vida. A partir da segunda metade do século XIX lentamente se impôs a visão de que o direito era uma função da realidade. Na transição do positivismo científico para o naturalismo Rudolph von JHERING representa um momento importante e significativo. R. von JHERING amadurece na escola de G.F. PUCHTA, mas já se põe distante da necessidade de fundamentação metafísica do direito; na juventude, ainda, elogia e descreve a arte da construção jurídica como a ‘forma mais elevada da jurisprudência’, contudo, a partir dos anos cinquenta, ele inicia a sua áspera crítica quanto à

²³⁶ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 227-229.

²³⁷ Cf. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., § 23, p. 491 ss.

²³⁸ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 159-160.

progressiva abstração da Pandectística²³⁹. R. von JHERING qualifica de *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudência dos conceitos) a tendência à abstração que, na metade do século XIX, ia impondo no pensamento e nas construções da Pandectística, submetendo a uma áspera crítica o culto pela lógica, denunciando-o como um erro fundado no desconhecimento da verdadeira natureza do direito²⁴⁰, o jurista alemão salienta que

C'est méconnaître l'essence même du droit, c'est verser dans une erreur complète, que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence la mathématique du droit. La vie ne doit pas se plier aux principes; ce sont les principes qui doivent se modeler sur la vie. Ce n'est point la logique, c'est la vie, ce sont les relations, le sentiment juridique qui réclame ce qui doit être, et la nécessité ou l'impossibilité logique n'ont rien à voir ici²⁴¹.

O escopo prático, paulatinamente, torna-se no pensamento de R. von JHERING um elemento central de toda a sua concepção do direito; assim como o mundo físico seria regido pela lei da causalidade, o mundo moral, social e jurídico seria regido pela lei da finalidade, de modo que o fim seria o verdadeiro criador do direito. A pesquisa histórica e elaboração científica não devem nunca perder de vista essa lei finalística que determina o devir do direito e deve orientar, como critério de interpretação dos fatos históricos e como endereçamento prático da ciência, toda e qualquer atividade de especulação jurídica. O jurista alemão alerta a ciência jurídica da sua época quanto à necessidade de se levar em consideração as exigências de concretude que cada vez mais tinham sido ignoradas, com isso, porém, R. von JHERING não condena o 'conceitualismo' como procedimento da ciência do direito, a sua crítica não é quanto ao fato de que se operasse através dos conceitos, mas, quanto ao fato de que se verificasse um acentuado afastamento da realidade e do finalismo do direito, para se prestigiar construções lógicas vazias de conteúdo, as quais pretendiam sacrificar em nome de uma dialética da escola os interesses das vida. Ele não pretende abater o conceitualismo, mas aperfeiçoar a técnica de formação dos conceitos, a sua formulação rigorosa, e uma consciente utilização desses na elaboração da realidade concreta do direito, cujo degrau mais alto é a construção de um sistema orgânico ao qual ele dá o nome de dogmática. Com efeito, em 1857, ele funda uma revista que se intitula *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (Anais para a

²³⁹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 514-517.

²⁴⁰ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., p. 234.

²⁴¹ R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 4 ed., 1878-1883, trad. fr. O. De Meulenaere, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 2 ed., 1880, p. 310.

Dogmática do direito privado romano hodierno e alemão), destinada a efetivar essa nova orientação²⁴².

A ideia de que o sistema era fixo conjugada com a teoria da produção espontânea do direito que podia conduzir a uma espécie de imobilismo do legislativo, desencadeia, a partir de R. von JHERING, continuando com O. von GIERKE (1841-1921), uma corrente de pensamento que irá desembocar na “Jurisprudência dos interesses”, contraposta a “Jurisprudência dos conceitos”, e, em geral, no naturalismo jurídico²⁴³.

A dogmática da Escola Histórica, *i.e.*, uma combinação dos princípios jurídicos romanos com o direito natural alemão, impregnada do espírito característico dos professores alemães, assevera P. KOSCHAKER, constitui um valiosíssimo instrumento de precisão que não pode ser menosprezado pela simples consideração do mal uso que se possa fazer dele, os efeitos que esse produziu foram extremamente significativos, principalmente, no que concerne à influência que a dogmática pandectística teve na feitura do Código civil alemão de 1900. O legado da Escola Histórica e da Pandectística foi a criação de uma ciência alemã do Direito, e com ela a elaboração de uma teoria jurídica sumamente desenvolvida que constituirá um pressuposto para a codificação civil alemã²⁴⁴. A dogmática e o método dos juristas alemães irão ser recepcionados por outros códigos que se inspiraram no modelo do *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch*, o Código civil do Império alemão, aprovado em 18 de agosto de 1896, entrando em vigor em 1 de janeiro de 1900.

O processo de codificação alemão, contudo, foi lento e repleto de grandes discussões. A singular situação da Alemanha, na primeira metade do século XIX, acarretou um longo e controvertido processo de codificação em que se contrapuseram dois grandes juristas Anton Friedrich Justus THIBAUT (1772-1840), professor de direito civil na Universidade de Heidelberg, e o fundador da Escola Histórica, professor de direito romano na recém fundada Universidade de Berlin, Friedrich Carl von SAVIGNY.

A Alemanha ao alvorecer da Restauração, após a queda de Napoleão, estava politicamente fragmentada, os estados soberanos que o Congresso de Viena (1814-1815) congregara no *Deutscher Bund* eram quarenta: 35 principados e 4 cidades livres, sem qualquer coesão entre eles e até contrastes entre os dois estados mais poderosos, a Áustria e a Prússia. Destarte, o fenômeno do particularismo jurídico que a Recepção e o *Usus modernus pandectarum* tinham de alguma forma superado, volta a propor-se, posto que a

²⁴² R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 235-236.

²⁴³ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., p. 161.

²⁴⁴ P. KOSCHKER, *Europa*, op. cit., pp. 406-407.

Prússia tinha o ALR (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, publicado em 5 de fevereiro de 1794), a Áustria tinha publicado, em 1 de junho de 1811, o ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblande*), alguns territórios tinham adotado o *Code Civil*, e outros tinham mantido o Direito romano, embora esse passasse a ser considerado como um direito territorial²⁴⁵.

Por outro lado, deve-se salientar que quando os exércitos franceses revolucionários ocuparam uma parte dos territórios alemães a difusão do *Code Napoléon* foi inevitável, ora, esse código adotando o princípio da ‘igualdade formal’ de todos os cidadãos constituía uma novidade, autenticamente, revolucionária num país semifeudal, em que a própria codificação prussiana ainda conservava a distinção da população em três estados: nobreza, burguesia e campesinato. Certo é que entre os muitos fenômenos provocados pela ocupação napoleônica, digno de nota foi aquele que deu origem a um movimento nacional que defendia a ideia da criação de um direito único e codificado para toda a Alemanha, seja estendendo a todo o país a aplicação do *Code civil*, seja redigindo-se um código alemão segundo o modelo do código francês; a parte conservadora da sociedade alemã, naturalmente, não viu de bons olhos tais propósitos e ao defender as características nacionais da civilização alemã, na realidade, buscava preservar os seus privilégios que uma codificação de tipo francês ameaçava²⁴⁶; porém, o movimento nacionalista alemão cresceu e foi se fortificando cada vez mais e é nesse quadro que se deve inserir a polêmica entre THIBAUT e SAVIGNY.

Ademais, do ponto de vista da construção de um direito alemão, leciona P. GROSSI, que na Alemanha do início do século XIX se pode observar duas vertentes, de um lado, o predomínio de um jusnaturalismo exasperado com as suas construções geométricas e suas abstrações, totalmente desligado da experiência concreta, do outro lado, a persistência do *Usus Modernus Pandectarum* que em nome da praxe, desvirtuava o Direito romano mesclando-o, com desenvoltura, com as fontes locais alemães. Contra essas duas vertentes se posiciona a Escola Histórica no final do século XVIII e início do século XIX; como vimos, na visão dessa escola a máxima expressão jurídica é o costume que nasce do espírito do povo e, portanto, é um direito plástico que adere fielmente ao contínuo devir da sociedade²⁴⁷.

A polêmica entre SAVIGNY e THIBAUT, desencadeia-se a partir de um libelo publicado por este último, em 1814, intitulado *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha) que

²⁴⁵ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 166-167.

²⁴⁶ N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., pp. 55-56.

²⁴⁷ P. GROSSI, *L'Europa*, op. cit., pp. 160-161.

ele escreve em resposta às críticas veementes feitas por A. W. REHBERG (1757-1836) ao Código de Napoleão, reclamando um retorno ao velho direito alemão. Esse ensaio traz a posição da Escola Filosófica no que concerne à necessidade de uma codificação para a Alemanha. A escola, fundada por THIBAUT, cujas ideias cardeais estão explanadas em um escrito de 1798, intitulado *Sobre o influxo da filosofia na interpretação das leis positivas*, o qual fundamenta a denominação da escola como 'filosófica', poderia muito bem chamar-se, observa N. BOBBIO, de 'positivista' visto que o autor não pretende fazer sobreviver as ideias do jusnaturalismo nos velhos moldes, *i.e.*, a contraposição do verdadeiro direito, aquele imutável porque fundado na razão, ao direito mutável produzido pelo desenvolvimento histórico, mas, ao contrário, ele rejeita a ideia de que se possa deduzir um inteiro sistema jurídico de alguns princípios racionais *a priori*, na realidade, por influxo da filosofia o jurista alemão entendia pôr em evidência a necessidade de utilização de um raciocínio lógico-sistemático na interpretação do direito: para conhecer uma norma não basta conhecer como ela é formada, é necessário relacioná-la com o conteúdo de outras normas; é preciso analisá-la logicamente e enquadrá-la dentro do sistema. Ademais, THIBAUT não tinha uma posição extremista posto que para ele a interpretação filosófica não se contrapõe à interpretação histórica, mas a complementa, assumindo, assim, uma posição moderada e conciliatória. No seu libelo o jurista de Heidelberg afirmava ter a opinião de que o direito civil alemão necessitava de uma transformação rápida e completa e que os alemães não poderiam alcançar a felicidade nas suas relações civis a não ser que todos os príncipes alemães, reunindo suas forças, procurassem redigir um código válido para toda a Alemanha, escapando-se, assim, da arbitrariedade dos Estados independentes²⁴⁸.

O texto de THIBAUT se tornou a expressão, no campo da política legislativa, do movimento nacionalista e progressista, ligado, portanto, à ideia de unidade nacional e liberdades civis, sendo, de certa forma, filho da revolução francesa; ele propunha uma codificação comum que promovesse o crescimento de um sentimento cívico unitário e que pudesse conter e contrastar as forças centrífugas ligadas aos interesses das várias dinastias, um instrumento que pudesse favorecer o renascimento do direito como expressão viva da vida política nacional, desvinculando-o de uma tradição doutrinária que não tinha mais nada a dizer, senão em função de um desenho de pura conservação²⁴⁹.

²⁴⁸ N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., pp. 56-58.

²⁴⁹ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 167-168.

A replica de SAVIGNY se encontra no seu famoso texto *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência, 1814), em que o professor da Universidade de Berlin além de se posicionar contra a codificação na Alemanha, ou melhor dizendo, a codificação do direito alemão naquele momento em que ainda não se tinha um corpo de juristas bem preparados, com efeito afirma SAVIGNY em sua conclusão:

Resumiré una vez más en breves palabras dónde coincide mi opinión con la de los partidarios de un código y dónde se separan ambas opiniones. En el fin, estamos de acuerdo: queremos el fundamento de un Derecho seguro, seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos; queremos la misma comunidad de la nación y la concentración de sus esfuerzos científicos en el mismo objeto. Para este fin, ellos piden un código, el cual solo traería la deseada unidad para la mitad de Alemania, y la otra mitad quedaría, en cambio, aún más separada que antes. Yo considero que el medio apropiado está en una ciencia del Derecho en progreso orgánico, que puede ser común a toda la nación. También estamos de acuerdo en cuanto a la manera de enjuiciar la situación actual, porque ambos reconocemos que es defectuosa. Pero ellos ven la causa del mal en las fuentes del Derecho y creen que su remedio está en un código, y yo encuentro la causa de este mal más bien en nosotros mismos y precisamente por esto creo que no estamos llamados a hacer un código²⁵⁰.

A codificação, portanto, tem que ser evitada, por outro lado, deve-se, ao longo do itinerário histórico de uma civilização, promover um processo de refinamento das manifestações do direito, pois, é natural que o ordenamento dos fatos espontâneos e consuetudinários seja efetuado por um corpo de expertos, os juristas, os quais, todavia, ao enquadrar os fatos em categorias científicas não são outra coisa que os representantes qualificados do povo que garantem a plasticidade e espontaneidade da produção jurídica. Nessa vertente, o próprio Direito romano, presente na consciência coletiva do povo alemão graças à Recepção e ao *usus modernus*, deve ser considerado como sendo o próprio direito consuetudinário. A posição de SAVIGNY irá se impor posto que as suas perplexidades iam de encontro ao nacionalismo alemão à medida que rejeitavam o Código emblema da ação invasora de Bonaparte. Assim sendo, para que se tenha um Código civil na Alemanha dever-se-á aguardar o final do século XIX.

O *Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*, que entrará em vigor somente em 1 de janeiro de 1900, foi influenciado profundamente pela Pandectística alemã e apresenta um aspecto de abstração bastante saliente. Releva F. WIEACKER que a obra codificatória não teve na Alemanha grande ressonância, o BGB foi aceito sem grandes entusiasmos, sem muita

²⁵⁰ F. C. VON SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Vom Beruf*, op. cit., pp. 94-95.

participação da cidadania. Diferentemente, o Código civil alemão exerceu grande influência no plano externo; se o *Code Civil* até então tinha sido o modelo de codificação mais ilustre, não somente nos países românicos da Europa, mas também na Europa Central e Meridional, nas Américas Central e do Sul, assim como no Próximo Oriente, o BGB entrou em forte concorrência com o modelo francês nos países que ainda estavam elaborando uma codificação civil; nesse sentido muito contribuiu o prestígio que a Pandectística alemã tinha alcançado. Na Europa, a Áustria foi o primeiro estado a se aproximar do direito civil alemão na doutrina, na jurisprudência e na legislação²⁵¹.

A Hungria, que após o Compromisso (*Ausgleich*), em 1867, entre a Áustria e a Hungria que transformou o Império dos Habsburgo em Império Austro-Húngaro, composto por duas monarquias independentes, deu início a elaboração do seu código civil. Vale ressaltar que a ciência jurídica e a prática judicial húngara sofreram uma forte influência do direito civil alemão, em particular a partir da metade do século XIX, da Pandectística; por outro lado, as ideias da Escola Histórica, já haviam influenciado a formação de grandes juristas húngaros, na primeira metade do século, como Ignác FRANK (1788-1850), que nas pegadas de F. C. von SAVIGNY (1779-1861), era contra a codificação do direito civil. Foram os jusprivatistas húngaros discípulos dos pandectistas alemães que deram início ao movimento codificador na Húngria, tais como László SZALAY (1813-1864) que propôs a adoção do *Code Civil*, proposta não aceita por razões políticas e ideológicas. Os cinco projetos surgidos entre 1900 e 1928, que não foram sancionados, deram origem a algumas leis especiais de direito privado, sendo influenciados pelo BGB. O primeiro Código civil húngaro foi sancionado em 1959 e reflete uma forte influência da teoria marxista²⁵².

A Grécia influenciada diretamente pelas *Pandekten* de B. WINDSCHEID se aproximou do Código civil alemão na sua legislação civil de 1940-1946. Os estados surgidos após a dissolução do Império austríaco levaram-no em consideração, assim como ao ABGB, nos trabalhos preparatórios de suas codificações até a segunda guerra mundial, o mesmo ocorreu com o Código polonês sobre o direito das obrigações de 1927 e com os projetos jugoslavos. Significativa foi a influência do BGB em parte da América Latina e nos países do Extremo Oriente asiático. Na América do Sul é notória a influência que o Código civil alemão exerceu sobre o Código civil brasileiro de 1916, sendo o modelo alemão também recepcionado pelo Código civil do Perú de 1936. No Oriente serviu de modelo para o Código civil do Japão em

²⁵¹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 554-555.

²⁵² G. HAMZA, *Historia de la codificación del derecho civil en Hungría*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 104, jan/dez. 2009, pp. 25-37.

1898 e, também, para o Código tailandês de 1925. A legislação civil da China de 1929 também seguiu o modelo do BGB²⁵³.

²⁵³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 555-557.

3. A CODIFICAÇÃO

O termo código na língua portuguesa certamente deriva do termo latino *codex* que desde o século XV foi amplamente utilizado, inclusive para indicar uma coleção de leis, não se pode, contudo, confundir o sentido atual com o mais antigo. A etimologia da palavra mostra que originariamente houve certa confusão entre os termos *codex* e *caudex*, ambos indicando o caule de uma árvore ou um livro; presumivelmente, foi o primeiro sentido aquele usado, tornando-se o segundo, posteriormente, o mais utilizado nas fontes jurídicas. Havia, em Roma, três suportes para a escrita: o papiro, de baixo custo e bem difundido; a madeira empregado para documentos que necessitavam de uma maior conservação no tempo, tais como testamentos e livros contábeis; o terceiro, o pergaminho, o melhor visto que era mais maleável e durável, mas também o mais caro. Leciona B.B. QUEIROZ DE MORAES que entre os séculos II e IV d.C. ocorreu uma importante mudança nesses processos, visando-se economizar material se procedeu a uma organização das folhas de papiro (ou de pergaminho) em fascículos bastante parecidos com as hodiernas brochuras, unidos pela parte esquerda, ou seja, ao invés de se unirem as folhas em rolos, eram essas unidas em pequenos cadernos, denominados volumes; as obras continham diversos volumes, com o tempo se pensou em unir os vários volumes em um todo único, utilizando-se uma folha de madeira para uma maior sustentação do conjunto, uma espécie de capa. Esse tipo de organização do material de escrita, algo que hoje denominaríamos ‘livro’, foi com facilidade denominado ‘código’, sendo este a união de diversos volumes. Os sentidos de ‘volume’ e ‘código’, relewa o romanista paulista, eram comuns entre os juristas, mas não havia por eles uma ‘apropriação’ do último termo até o início do período pós-clássico; somente, a partir desse período, em face da decadência dos estudos jurídicos e da maior quantidade de constituições promulgadas pelos imperadores, surgiu a necessidade de se reunir os mais importantes textos jurídicos em conjuntos ordenados para se facilitar a aplicação e o estudos das regras jurídicas, a partir daí os novos textos foram denominados ‘códigos’, tais como o Código Gregoriano e o Código Hermogeniano, contudo, vale frisar, o sentido do termo difere completamente daquele que esse possui hodiernamente²⁵⁴.

O renascimento dos estudos do Direito romano, a partir dos séculos XI-XII, não abordou o problema da sistemática, e o modelo das *Institutiones* não teve um papel particularmente significativo, somente, com o Humanismo Jurídico o estudo das

²⁵⁴ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*, São Paulo, YK, 2018, pp. 12-14.

Institutiones irá adquirir uma maior importância, na medida em que fornecia uma ordem sistemática clara e simples. A ordem sistemática, oferecida pelas *Institutiones* de Gaio e Justiniano, revisitada pelo racionalismo da Escola do Direito Natural, pelo *Usus modernus Pandectarum*, constituirá um modelo sistemático decisivo no amadurecimento da codificação moderna. Vários são os motivos, primeiramente, o modelo propiciava a difusão do método axiomático na elaboração do direito, bem mais presente nas *Institutiones* que em outras partes do *Corpus Iuris*; ademais, a obra institucional oferecia macro-categorias sistemáticas, através das quais se reelaborava e se apresentava todo o ordenamento, procedendo-se a uma desconstituição e renovação das precedentes estabilizações do direito; por fim, as *Institutiones* constituíam um momento de encontro entre direito romano comum e direitos dos Estados territoriais em formação. Típico exemplo dessa última vertente é caso do direito francês que desembocará no *Code Napoléon*, já que o direito consuetudinário francês será organizado na forma escrita através de exposições feitas dentro dos esquemas e do sistema das *Institutiones*, tal como a obra de G. COQUILLE, *Institution au droit français* (1605) ou das *Institutes coutumières* (1605) de A. LOISEL. Leciona S. SCHIPANI que as *Institutiones* que tiveram um papel importante, não somente na França, no que concerne à codificação moderna, apresentam, de forma esquemática, três tipos de transformação: 1. Com base nelas foram redigidas obras que, na forma de comentários ou tratados, seguiam a ordem sistemática institucional, aglutinando, paulatinamente, uma quantidade cada vez maior de dados normativos, retirados do *Corpus Iuris* ou de obras plasmadas sobre este, ou seja, obras que tendiam a absorver, dentro do próprio esquema e método institucional, outras partes da compilação justinianeia, realizando uma mais completa representação do ordenamento; 2. Com base nas *Institutiones* foram redigidas obras nas quais a exposição do Direito romano vinha integrada com a anotação das coincidências, das diferenças e variantes em relação às normas do direito pátrio em formação, essa comparação comportava que essas últimas eram expostas conforme ao sistema conceitual das *Institutiones*; 3. Sempre com base nas *Institutiones*, foram redigidas obras em que se expunha, diretamente, o direito pátrio, seguindo-se a ordem sistemática daquelas. Segundo a doutrina, nesse terceiro tipo se pode vislumbrar o início da ciência civilista moderna, contudo, salienta-se que no campo da docência permaneceu o ensino do primeiro tipo, ou seja, aquele mais aderente a uma dimensão comum, supranacional, como resulta da ampla adoção em muitas universidades dos *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* de HEINECCIUS. Todo esse

desenvolvimento influenciará a elaboração dos códigos, a sua redação e interpretação, no quadro de umnexo estrutural entre o trabalho dos institucionalistas e a codificação civil²⁵⁵.

A expressão “codificação do direito” deve ser inserida no âmbito do fenômeno da codificação que é um movimento bastante recente, cujo início se situa no final do século XVIII. Codificar o direito é algo de diverso que “fixar o direito”; a expressão “codificação do direito”, quando empregada no sentido técnico, designa um fenômeno histórico moderno, que se inicia nos meados do século XVIII, embora tenha sido preparado desde os séculos anteriores, antes desse século não se teve codificações já que essa palavra, do ponto de vista técnico, não se refere ao processo de fazer códigos, mas de fazê-los de uma determinada maneira. A codificação, por outro lado, pertence a um gênero mais amplo que denominamos de “fixação do direito” que consiste na reunião sistemática formal ou material de um conjunto de fontes dispersas em um corpo único, o código, que as substitui completamente²⁵⁶. Codificar é a busca de uma sistematização de uma grande massa de normas diversas, seguindo-se um plano pré-estabelecido, fundamentado em um conjunto de princípios sistemáticos.

No que tange ao movimento da codificação, segundo a análise de R. DAVID, a escola do direito natural, conseguiu dois sucessos espetaculares. Primeiramente, o reconhecimento de que o Direito devia ser estendido à esfera das relações entre os governantes e os governados, entre a Administração e os particulares. O segundo extraordinário sucesso da escola de direito natural foi, sem dúvida, a codificação que, embora sendo um evento histórico absolutamente revolucionário, constitui a consequência natural da concepção doutrinária do racionalismo jusnaturalista e de todo o operar levado a efeito, durante séculos, nas universidades. As universidades elaboram um direito que se apresenta como um modelo de justiça. O *Corpus Iuris* chega a ser considerado a própria *ratio scripta*. Nesse diapasão, os jusnaturalistas concebem a ideia de enfeixar o *droit savant*, *ratio scripta*, modelo de justiça construído durante séculos, num conjunto de normas positivas; pela primeira vez, manifesta-se a vontade de tornar aplicável o direito ideal. A codificação é a técnica que irá permitir a aplicação obrigatória do direito natural, realizando a fusão do direito teórico e do direito prático e com essa finalidade a escola se mostra disposta a promover outra inovação, a de que o soberano é competente para dizer o direito e para reformar o seu conjunto; com efeito, é reconhecido ao soberano o poder de expor os princípios do direito natural, de

²⁵⁵ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 279-283.

²⁵⁶ A. GUZMAN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX-XXI*, Lima, Juristas Editores, 2017, p. 29.

estabelecer um código da natureza sancionado pela razão e garantido pela liberdade, contudo, o legislador irá se afastar desses propósitos e através do código buscará a transformação das bases da sociedade. A codificação liquidará os arcaísmos, pondo fim a fragmentação do direito e a multiplicidade dos costumes que, muitas vezes, na prática, impedem a efetivação da certeza do direito; distingui-se, portanto, a codificação das compilações, oficiais ou privadas, dos séculos anteriores, que lograram realizar reformas úteis, mas não conseguiram concretizar a ambição dos juristas da escola do direito natural²⁵⁷.

Na segunda metade do século XVIII ter-se-á a primeira codificação, esse fenômeno foi preparado cuidadosamente pelos doutos e o pensamento jurídico de G. W. LEIBNIZ, primeiramente, e a construção teórica de Chr. WOLFF, posteriormente, constituíram pressupostos metodológicos da primeira codificação.

A escola que decorre do pensamento desses dois doutos sugestionará a cultura alemã de oitocentos, desde a Escola Filosófica até a Pandectística, e interessa o movimento da codificação na medida em que elabora uma concepção do direito como um sistema de proposições; proposições que correlacionam sujeitos jurídicos com predicados jurídicos; proposições consideradas verdadeiras, a partir das quais com regras de transformação das proposições, provindas da lógica, pode-se achar outras proposições jurídicas verdadeiras, incluindo-as no sistema. Essa concepção das normas jurídicas como proposições exercitou uma profunda influência na técnica da codificação nos séculos XVIII e XIX.

G. W. LEIBNIZ, inicialmente, é dominado pelo problema da certeza do direito; certeza do raciocínio e certeza dos fundamentos do raciocínio jurídico. Nas obras de juventude, LEIBNIZ considera o direito vigente como um dado indiscutível que não precisa ser demonstrado, este é um fato; mesmo quando nas obras da maturidade ele busca o fundamento do direito, a investigação aparece como a pesquisa de uma realidade natural. O problema para LEIBNIZ não é o direito no seu conjunto mas as dificuldades e as dúvidas que o direito pode apresentar e a originalidade da sua concepção reside no tipo de solução proposta, pois, ele rejeita a ideia de que as dúvidas tenham que ser solucionadas por expedientes práticos, na sua opinião cada questão duvidosa admite uma e uma só solução e essa solução terá que ser demonstrada; a solução, portanto, é uma proposição jurídica verdadeira que pode ser descoberta se argumentando a partir de outras proposições jurídicas verdadeiras e já conhecidas; o programa proposto pode ser considerado como a primeira expressão da ideologia profissional dos juristas da Europa continental que irá dominar do

²⁵⁷ R. DAVID, *Les grands systems*, op. cit., pp. 65-66.

final do século XVIII a todo o século XIX, este se traduz na afirmação de que “*Nos speramus ex mero iure decidi omnes casus posse* -Nós esperamos que cada caso possa ser decidido com base somente no direito”²⁵⁸, *i.e.*, o trabalho do jurista se fundamenta na hipótese da completude do sistema jurídico vigente. O que é relevante nessa construção é que o direito vigente se apresenta como um conjunto de proposições que viabiliza uma argumentação lógica; as proposições, segundo a tradição lógico-dialética, são uma junção de um predicado a um ente através de uma copula, sendo a conclusão demonstrada também uma proposição que LEIBNIZ apresenta como uma predicação que conjunge um direito a um ente. Este ente é o sujeito, seja no sentido jurídico que gramatical, que tem um direito, *i.e.*, do qual é verdadeira a predicação; o vocábulo *subjectum*, no sentido jurídico, indicava “estar submetido” a alguém, com LEIBNIZ o termo adquire um novo significado, ou seja, “sujeito” de uma proposição jurídica. Com esse embasamento se forma uma nova concepção, segundo a qual as proposições jurídicas, *i.e.*, as normas, são um sistema, potencialmente completo, porque cada caso tem uma sua regra que pode sempre ser demonstrada com fundamento nas proposições jurídicas já conhecidas como verdadeiras. O modo para que se possa conhecer o direito é a construção de um sistema de proposições jurídicas verdadeiras vigentes, colocando-as em ordem. Essa ordem é aquela da lógica e da matemática, ou seja, aquela em que, primeiramente, expõe-se as definições dos termos, posteriormente, ter-se-á as regras gerais ou os princípios, e, enfim, as proposições mais particulares, chegando-se nas exceções²⁵⁹.

Na esteira do pensamento jurídico de LEIBNIZ se posiciona Chr. WOLFF, que assume como dado incontroverso o direito vigente e busca esquemas conceituais idôneos a produzir uma racionalização esclarecedora, predispondo esquemas para um desenvolvimento lógico-dedutivo. O sistema científico do direito natural, a partir do qual se fundamenta o direito positivo, é construído por Chr. WOLFF com base em um modelo subjetivista que tem por sujeito o homem natural; esse homem natural é, nas páginas de Chr. WOLFF, algo de bastante abstrato que funciona, essencialmente, como sujeito lógico-gramatical de um feixe de “obrigações naturais”. Os direitos naturais, *i.e.*, as posições subjetivas favoráveis ao sujeito homem não são definidas como zonas não alcançadas por obrigações, ou seja, comandos de Deus ou de uma autoridade, são, ao contrário, definidas como momentos necessários do processo de adimplemento das obrigações naturais; não se trata de um mundo natural de

²⁵⁸ G.W. von LEIBNIZ, *Specimen difficultatis in iure. Seu dissertatio de casibus perplexis*, Altdorf, 1669, § XI, p. 6.

²⁵⁹ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 133-139.

direitos e faculdades, mas de um mundo de obrigações que para serem adimplidas é necessário que sejam configurados alguns direitos. Segundo Chr. WOLFF, com efeito, o sujeito jurídico tem um direito natural sobre tudo aquilo que é necessário para adimplir as obrigações; existe uma correlação entre direito e dever e cada posição de direito determina uma situação de igualdade nos sujeitos de direito. Os teoremas do jurista alemão procedem da seguinte forma: a) as obrigações naturais são iguais para todos; b) assim sendo, os direitos naturais também são iguais para todos; c) portanto, aquilo que é lícito para um sujeito, também é lícito para cada sujeito em conformidade com o seu direito natural; d) a extensão dos direitos encontra o seu limite no igual direito do outro e, conseqüentemente, quando se estende um direito se determina um dever ou sujeição para os outros. É um esquema de direito natural que partindo da ideia da existência de obrigações iguais para todos os homens, inclui a ideia de que os direitos naturais sejam também iguais para todos e que direitos e obrigações, ligados por uma relação de instrumentalidade em relação ao mesmo sujeito, estão também coligados por relações de correlação no que tange a sujeitos diferentes; o esquema se caracteriza como um sistema regido pelas leis da igualdade e da simetria, em função do adimplemento das obrigações inerentes à essência humana. Das leis fundamentais do sistema de direito natural, *i.e.*, a lei da igualdade e da reciprocidade, descende cada direito natural de liberdade, a faculdade de fazer, e de segurança, a proibição de não turbar, que permitem em uma sociedade natural a subsistência material e espiritual do homem. Na trilha do pensamento de LEIBNIZ, Chr. WOLFF, acolhendo a teoria contratualística da origem da sociedade estatal, concebe o estado como uma sociedade natural mais aperfeiçoada para satisfazer, eficazmente, as exigências da vida física através de uma organização de poder que promove o bem comum e a segurança de todos, posto que o dever de perseguir a própria felicidade não pode ser adimplido de forma individual, já que o indivíduo sozinho não consegue tudo aquilo de que necessita para o próprio bem-estar, de modo que o indivíduo para encontrar a felicidade e adimplir ao próprio dever natural se torna súdito. O direito positivo é um prolongamento do direito natural, através de novas leis que visem ao bem e à segurança. A construção teórica de Chr. WOLFF se torna um útil instrumento do regime prussiano e entre os seus discípulos foram recrutados os artífices da codificação prussiana e da codificação austríaca do final do século XVIII²⁶⁰.

²⁶⁰ G. TARELLO, *Storia*, op. cit., pp. 146-150.

3.1 As primeiras codificações

Após a dissolução do poder central do Sagrado Romano Império, ocorrido com a Paz de Vestfália (1648), formaram-se na Alemanha dois grandes centros de poder: a Áustria, que se constituiu pela união dos feudos sob o domínio dos Hasburgo com os territórios da Hungria, e a Prússia que se formou graças à expansão do Eleitorado de Brandeburgo. As codificações prussiana e austríaca, sendo a primeira a mais ampla, foram os produtos mais genuínos do jusnaturalismo iluminado alemão que, diferentemente, do jusnaturalismo francês, não se limitou a perseguir, no plano legislativo, os seus escopos políticos através de oportunas codificações esclarecedoras, em função da certeza de um direito que tinha suas raízes no passado; especialmente, na Prússia o espírito paternalístico empurrou o legislador a assumir o dever de realizar a felicidade do súdito, conduzindo-o no caminho da ética racionalista²⁶¹.

Por volta da metade do século XVIII se pode considerar concluída a época da projeção de ‘códigos’ no velho sentido, ou seja, coleções de *leges* elaboradas com a finalidade de simplificar o direito na busca da certeza e da fácil reperibilidade das fontes do direito. Tais coleções continuaram a ser projetadas e elaboradas mesmo depois da metade do século, porém, começa-se, também, a a projetar códigos orgânicos, caracterizados por técnicas específicas, com conteúdos determinados e produzidos segundo políticas do direito específicas. A reformulação e a codificação do direito se originam da necessidade de uma reforma política, portanto, não é expressão de uma exigência técnico-jurídica, mas de particulares políticas do direito, ou até de particulares políticas conduzidas através do direito. A política do direito levada a cabo na segunda metade do século XVIII, que irá inspirar o movimento da codificação, é denominada, via de regra, de ‘iluminista’ e se caracteriza por algumas ideias fundamentais, tais como: a) os homens, enquanto tais, nascem com direito subjetivos naturais e imprescritíveis; b) as leis devem reconhecer tais direitos naturais imprescritíveis; c) os direitos naturais e imprescritíveis podem ser reconhecidos pela razão; d) para que se possa reconhecer tais direitos a lei deve ser expressão da razão; e) a lei para ser expressão da razão deverá ser simples e de fácil compreensão; f) a lei, sendo, por um lado, expressão da razão e, por outro lado, simples e clara, será certa; g) para ser certa a lei deverá ser expressão da vontade geral, ou formulada por pessoas diferentes daquelas que a aplicam. A ideia de uma lei simples, compreensível e certa constitui o legado de toda a experiência doutrinária da primeira metade do século, contudo, essa ideia pode ser

²⁶¹ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 125-126.

qualificada diversamente segundo se repute que para ser clara ela tenha que ter algumas características formais ou alguns conteúdos; se a clareza decorre de uma forma, como no caso das proposições interligadas, nos termos das doutrinas jurídicas de LEIBNIZ e WOLFF, então temos a concepção da clareza que preside a codificação prussiana; se a clareza é vista no fato de que a lei reflete, sem distinção dos sujeitos, os direitos naturais com os quais os sujeitos nascem, aí, então, temos a concepção de clareza que preside a redação das cartas de direitos da América do Norte e a feitura dos projetos de códigos, especialmente, do código civil, que irão ser elaborados no decorrer da Revolução Francesa²⁶².

Os códigos jusnaturalistas, porém, não produziram os frutos desejados, visto que quer a ciência jurídica técnica, quer a jurisprudência não se deixaram arrastar senão com a força, pelo ímpeto reformador; por outro lado, esses códigos refletem a opção dos legisladores absolutistas por soluções que restringissem o desenvolvimento científico do direito, na medida em que se vinculava a interpretação do texto codificado a comissões ministeriais, no caso da Prússia, ou a comissões legislativas, na França²⁶³.

Destarte, releva P. KOSCHAKER que se observa uma certa atitude hostil do direito legal contra o direito dos juristas. As codificações têm a pretensão de que o Direito nelas formulado constitui uma ordem nova e definitiva, e para se conseguir a inalterabilidade de tal ordem se proíbe, ou pelo menos se limita, a interpretação das mesmas pelos juristas; hoje, pode-se afirmar que essa foi uma efêmera ilusão dos legisladores, já que não é possível que uma lei possa abarcar de forma completa e sem lacunas toda a matéria que pretende regulamentar, constituindo um grande erro a ideia de que todo o conteúdo de uma codificação é direito vigente; ainda que se prescindia da constatação de que o código contenha preceitos que na prática são letra morta, precisa-se admitir que os códigos, na melhor das hipóteses, refletem somente o direito existente no momento da sua vigência. A vida humana se transforma, constantemente, exigindo dos juristas a busca de soluções a problemas que incessantemente surgem na realidade dos homens e esses somente através de uma interpretação do Código, realmente criadora, podem encontrar as soluções apropriadas. Não existem legisladores que possam impedir que os preceitos de uma lei, de um código, logo após a sua entrada em vigor, resultem fossilizados em relação ao direito mais dúctil e flexível criado pelos juristas²⁶⁴. Os autores do *Code civil* bem conheciam essa verdade, pois, J. E. PORTALIS, no *Discours préliminaire* do projeto do *Code civil*, afirmava:

²⁶² G. TARELLO, *Storia*, op. cit., pp. 223-225.

²⁶³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, p.397.

²⁶⁴ P. KOSCHKER, *Europa*, op. cit, pp. 279-270.

Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille question inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours: et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau²⁶⁵.

À causa da vinculação da interpretação a comissões ministeriais ou legislativas, o domínio do jusracionalismo na legislação determinou uma quebra da ciência do direito comum, ocasionando um sentimento de decadência da jurisprudência e dessa falta de objetivos surge na Alemanha o colapso do jusnaturalismo iluminado, no mesmo momento em que o sentimento cívico e a renovação cultural se juntaram para reagir contra a legislação mecanicista do Estado autoritário. As críticas, paulatinamente, comprometeram a radiosa imagem do direito da época heroica do jusracionalismo que, de GRÓCIO até PUFENDORF, ofereciam postulados evidentes e necessários ao direito que influenciavam a ciência prática deste, posto que incidiam na produção legislativa com a pretensão de que se tinha encontrado o direito certo para um Estado concreto. O caráter ingênuo do jusracionalismo teórico não prejudicava esse objetivo, pois, ele sempre admitia a sua própria modificação, no entanto, impondo-se a razão autoritária aos povos, essa auto-correção se tornou impossível e a razão se tornou, verdadeiramente, “um contra-senso e o benefício um castigo”²⁶⁶.

O movimento do jusnaturalismo, entretanto, teve consequências práticas bastante diferentes na França e na Alemanha; não somente por que na França, estado unitário e em fase de expansão, uma única codificação vigorou em todo o país, enquanto os códigos da Prússia e da Áustria, além de serem dois e muito diversos, produziram efeitos em parte dos territórios alemães, permanecendo na outra parte a aplicação do direito comum ou verificou-se uma influência do *Code civil*. Na França a construção do jusnaturalismo foi efetuada pelos filósofos, mas também por juristas ligados a um sistema jurisdicional centralizado, portanto, práticos e com uma forte relevância política; na Alemanha, ao contrário, o jusnaturalismo foi um *affair* de professores e governantes, de modo que o discurso teórico e a influência na legislação constituíram dois momentos distintos, de modo que o seu processo de desenvolvimento não encontrou um equilíbrio por falta de uma ação coordenadora das duas vertentes. Com a Revolução os franceses adequaram o seu direito vigente ao direito natural dos seus filósofos, mas isso só foi possível porque a ciência do direito estava nas mãos dos

²⁶⁵ J.E. PORTALIS, *Discours Préliminaires du premier Projet de Code civil (21 de janeiro de 1801)*, Bourdeaux, Édition Confluences, 2004, p. 17.

²⁶⁶ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 398-399.

práticos; os próprios DOMAT e POTHIER são exemplos disso, posto que os ideais de justiça do jusnaturalismo foram para eles um instrumento de interpretação, o método sistemático um instrumento de certeza do direito ou a explicitação técnica da equidade, contudo, a mentalidade positivística do jurista, não permitiu que esses pensassem que para se ter um direito justo fosse necessário inventá-lo novamente, ou deduzi-lo da natureza do homem; para o filósofo jusnaturalista o dado importante é o homem, e, para a justiça, é necessário deduzir o direito do homem; para o jurista os dados são o homem e o direito; para a justiça se deve operar bem com o segundo em relação ao primeiro²⁶⁷.

A junção do jusracionalismo com o iluminismo produziu, após a Revolução Francesa, uma primeira onda de codificações modernas. Essas obras legislativas se distinguem das anteriores, pois que não buscam fixar, ordenar ou melhorar direito já existente, mas visam uma planificação global da sociedade por meio de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica; o pressuposto do projeto global de renovação do direito é a convicção de que a atuação moralizadora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria, de per si, uma sociedade melhor. Os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação, sendo levados a cabo na França e nas áreas de sua influência pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa foram um produto do despotismo esclarecido, portanto, não são via de regra projetados pelos juristas especializados, pelos professores de direito ou pelos colégios de juízes, mas por pessoas de confiança dos soberanos, com formação filosófica e política²⁶⁸.

3.1.1 O *Landrecht*

A história do *Allgemeines Landrecht*, a codificação prussiana, possibilita constatar a influência crescente do jusracionalismo. Nos territórios do Brandenburgo, no início do século XVIII, vigoravam múltiplos direitos de acordo com as tradições de cada região. Frederico Guilherme I, ao subir ao trono, inicia uma organização unitária desses territórios, a qual correspondeu a vontade de uma legislação do direito privado também única; as diretrizes desse plano, contidas no edito de 21 de junho de 1713, § 156, e no *Cabinetsordre* de 1714, dirigidas à Faculdade de Halle, já manifestavam, com as referências à ‘recta razão’ e à ‘natureza do país’, a influência do Iluminismo e do direito natural histórico. O projeto, inicialmente, foi confiado a C. THOMASIIUS, mas não foi concluído exitosamente. Em uma segunda fase, Frederico II, discípulo de Voltaire e Montesquieu, atuou a plena transição do

²⁶⁷ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 151-153.

²⁶⁸ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 365-367.

plano iluminista, mas com a colaboração de S. COCCEJI (1679-1755) que era, por sua vez, um discípulo do *usus modernus* tardio. Pelo *Cabinetsordre* de 30 de dezembro de 1746 foi comunicada a S. COCCEJI a exigência, no plano formal, de uma racionalização e clarificação da lei e, no plano material, de uma sua fundamentação no direito da razão. O Projeto do *Corpus Iuris Fridericiani*, ou seja, do direito territorial baseado na razão e nas constituições do país, em que o Direito romano fosse ordenado segundo uma ordem natural, criando-se um sistema segundo os três *objectis iuris*, demonstrou ser simplesmente direito comum exposto segundo a ordem das instituições; felizmente, a Guerra dos Sete Anos e as suas consequências acarretaram uma interrupção do projeto, o que irá possibilitar o aparecimento de homens cujas ideias tinham sido formadas pela filosofia do Iluminismo, tais como C. CARMER, C.G. SVAREZ e E.F. KLEIN, que irão prosseguir o projeto de Frederico, o Grande. Com a nomeação a grande-chanceler de CARMER, a codificação retoma o seu curso, em 1780. As mais importantes contribuições para o código geral foram de SVAREZ e KLEIN que desde logo estabeleceram como ponto fundamental a mudança na ordem do *Corpus Iuris* para outra de caráter sistemático, posteriormente, foram compilados os direitos provinciais e a jurisprudência e, nesta base, KLEIN elaborou um ante-projeto legislativo que, aperfeiçoado por SVAREZ, foi apresentado ao velho rei, em 1786, como Projeto de um código geral para os Estados da Prússia (*Entwurf eines allgemeinen Gesetzbuch für die preußischen Staaten*), com entrada em vigor prevista para 1792. O projeto foi, em 1787, submetido à apreciação da opinião pública alemã e europeia com um convite à discussão, dirigido aos juristas filósofos e aos governos e estados de todas as províncias. Recebeu-se amplo material que foi, nos anos de 1787 a 1790, apreciado por SVAREZ e utilizado para a elaboração do último projeto. Na forma definitiva, com o título de *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preußischen Staaten*, foi publicado em 5 de fevereiro de 1794, entrando em vigor no dia 1 de junho do mesmo ano. O *Landrecht* irá vigorar nas antigas províncias prussianas até 1 de janeiro de 1900, constituindo a expressão do direito natural prussiano; este é um documento que atesta a arte política fredericiana, *i.e.*, a versão prussiana do absolutismo esclarecido²⁶⁹.

A codificação prussiana de 1794 apresenta características que permitem colocá-la entre as compilações de leis de setecentos, assim como características que sugerem o inserimento do código prussiano, como o primeiro exemplo, de codificação moderna. Com efeito, considerando-se a relação entre a reforma jurídica, direito comum e direitos

²⁶⁹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit, pp. 371-376

particulares, geralmente, as reformulações do século XVIII de materiais jurídicos já existentes buscavam reformular os direitos particulares, ou seja, não tinham o propósito de substituir o direito comum, ao contrário, o *Landrecht* prussiano se propunha de substituir não o direito particular, mas sim o direito comum, constituído pelo uso germânico do Direito romano recepcionado, em todas as regiões do reino prussiano, nesse sentido, pode-se afirmar que o código prussiano foi um código da modernidade, enquanto código para um único Estado, substituindo o direito comum. No que concerne aos estados prussianos o direito comum, após a publicação do *Landrecht*, é o próprio código que não pode ser integrado por qualquer outro corpo jurídico, já que se apresenta como completo e não admite a herointegração, este aspecto também possibilita a inserção do código prussiano entre as codificações modernas. Contudo, o *Landrecht*, embora substitua o direito comum preexistente, não elimina a relação entre direito comum e direitos particulares posto que ele próprio é considerado como direito comum. O código prussiano não tolera ser integrado, em caso de lacunas, por outro direito comum, mas se apresenta como um direito supletivo dos direitos particulares, os quais, portanto, são integrados, no caso de lacunas ou de conflito, pelo *Landrecht*. Destarte, o código prussiano não elimina o particularismo jurídico, ao contrário o consagra, nessa perspectiva, certamente, esse código não é um código moderno. Do ponto de vista da disposição das suas matérias o *Landrecht* prevê uma *Introdução* (*Einleitung*) e duas partes dedicadas, respectivamente: a primeira às matérias que hoje indicariamos como de direito civil e uma segunda parte que nas partições de oitocentos ainda são consideradas como de direito civil, mas que podem ser reputadas de direito público, como a organização política do Estado, disciplinando os estados pessoais, as corporações, as relações feudais, as relações entre o cidadão e o Estado e uma parte do direito penal, isto posto, poder-se-ia inserir o código entre as compilações de setecentos e não entre as codificações modernas que, geralmente, tratam somente do direito civil ou somente de direito penal, nunca o direito civil é tratado conjuntamente com o direito público²⁷⁰.

O conteúdo do código é, essencialmente, jusracionalista, o sistema, que remonta a Chr. WOLFF e a S. PUFENDORF, consta de duas partes: I. **Direitos das coisas**: 1. Formas de aquisição direta da propriedade; 2. Formas de aquisição indireta da propriedade; 3. Aquisição da propriedade *mortis causa*; 4. Manutenção e perda da propriedade; 5. Propriedade comum; 6. Direitos pessoais e reais sobre coisas. II. **Sociedades**: 1. Direitos que

²⁷⁰ G. TARELLO, *Storia*, op. cit., pp. 489-492.

estão na base do estado doméstico; 2. Direito das várias ordens no Estado; 3. Direitos e deveres do Estado em relação aos seus cidadãos²⁷¹.

No que tange à formulação dos artigos ou parágrafos, o *Landrecht* se apresenta como uma típica codificação moderna; os parágrafos são breves e bem formulados, convenientemente ligados um ao outro, os enunciados apresentam a disciplina jurídica como um conjunto de proposições, em que direitos e deveres se mostram como predicados de sujeitos determinados, nos moldes da doutrina de Chr. WOLFF e dos seus discípulos; no que diz respeito às relações entre o código e o juiz esse é, sem dúvida, uma codificação moderna haja vista que já no Projeto (*Entwurf*) se estabelecia a proibição para o juiz de interpretar a lei e a obrigação de recorrer, em caso de dúvidas, à Comissão Legislativa para obter uma interpretação autêntica, correspondendo esse mecanismo, do ponto de vista funcional, ao *referé legislatif*, elaborado no decorrer da Revolução Francesa; na redação definitiva do *Landrecht* se permite ao juiz o uso da *analogia legis* e da *analogia iuris*, limitando-se, assim, o recurso à Comissão Legislativa²⁷². O Código prussiano apresenta um plano global de construção do Estado a partir dos fundamentos de base da sociedade, tal arquitetura só foi viável pela antropologia jusracionalista, observando F. WIEACKER que tal orientação irá “perder-se no *Code Civil*, como código de uma nação já não mais estamental e no ABGB austríaco, como código de um império forjado apenas pela sucessão hereditária e constituído por vários povos, com mútiplas situações constitucionais”. Os limites do ALR residem na opção, historicamente determinada, que a política do Iluminismo individua para a ordenação da sociedade, ou seja, na crença acrítica na razão, na desconfiança quanto à auto-responsabilidade dos cidadãos e na visão antiquada da sociedade; a crença jusracionalista vislumbra a possibilidade de um direito justo absoluto que leva o legislador a acreditar que é possível regular definitivamente todas as situações. Esses posicionamentos explicam por que o impacto do código não alcançou o efeito desejado, inicialmente, os contemporâneos o celebraram, propiciando a feitura de códigos semelhantes, mas, logo, ele perde prestígio, visto que no ALR está, ainda, demasiadamente presente o espírito do absolutismo iluminado, do Estado autoritário, em tempos em que se verifica uma significativa ascensão da burguesia²⁷³.

²⁷¹ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., p. 377.

²⁷² G. TARELLO, *Storia*, op. cit., pp. 492-493.

²⁷³ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 378-380.

3.1.2 A codificação austríaca: o ABGB

O processo de codificação civil austríaca se desenvolve paralelamente aquele da codificação prussiana, mas se conclui após a codificação francesa, sendo influenciado por essa. Uma primeira comissão foi nomeada por José I em 1709, mas não teve êxito; o primeiro resultado concreto ter-se-á com a iniciativa da imperatriz Maria Teresa (1740-1780), a qual com o intuito de unificar o direito dos territórios sob o domínio dos Habsburgo nomeou uma comissão, com sede em Brünn, dando-lhe o encargo de redigir um *Codex Theresianus iuris civilis*, código geral de direito privado, com base no *Usus modernus*, complementado e corrigido com o direito da Razão, tendo-se, assim, um direito mais certo e igual e um processo judicial mais uniforme. Do trabalho dessa comissão surgiu um primeiro projeto que foi reduzido por uma Comissão sediada em Viena e presidida pelo jurista Azzoni, o qual o redigiu em alemão e não em latim; esse segundo projeto que, seguindo a ordem das instituições justinianeias, constava de bem oito livros não foi aprovado pela soberana em virtude da sua falta de clareza e da sua extensão. A imperatriz nomeou uma terceira comissão, em 1772, com a tarefa de reduzi-lo e simplificá-lo, *i.e.*, construir um sistema que desse preferência às regras de princípios, segundo o espírito da ética social do jusnaturalismo, ao invés, de um sistema construído casuisticamente, seguindo-se a tradição do direito comum; dever-se-ia fazer o possível para que a lei fosse curta, inequívoca e conforme à justiça natural. Um novo projeto foi elaborado por Horten, sendo sucedido por Kees, sendo publicada uma primeira parte, em 1 de novembro de 1786, com a denominação de *Josephinisches Gesetzbuch*, do nome de José II que então reinava (1780-1790). Leopoldo II (1790-1792) criou outra comissão, dirigida pelo jurista jusnaturalista von MARTINI, que elaborou um novo projeto dividido em três partes, significativamente reduzido, que entrou em vigor, a título de prova, na Galícia Ocidental, em 1797, com a denominação de *Westgalizisches Gesetzbuch* (WGGB); o projeto foi submetido a discussão pública das províncias, das faculdades e de comissões de juízes. A revisão final, em 1801, foi confiada a uma *Hofkammer* da qual foi relator Franz von ZEILLER (1755-1828), discípulo de von MARTINI e magistrado. Consegue-se, assim, a redação final do *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erblände* (ABGB) que será publicado em 1 de junho de 1811. O ABGB ainda está em vigor na Áustria profundamente modificado, principalmente pela denominadas *Teilnovellen* (1914-1916), fruto da influência que a Pandectística teve na jurisprudência austríaca²⁷⁴.

²⁷⁴ C.A.CANNATA, *Lineamenti*, op. cit., pp. 134-136.

O Projeto Martini foi, por alguns aspectos, um código moderno e, por outros, poderia ser considerado como uma compilação típica de setecentos. Antes de tudo, segundo a tendência que se manifestou na Áustria desde os tempos da imperatriz Maria Teresa, trata-se de um código que visa substituir, e não integrar, a legislação precedente, posto que as leis provinciais e os estatutos citadinos perdem a vigência, salvo nos casos em que o próprio código faça referência a esses; em definitiva, trata-se de uma codificação de direito comum, mas, diferentemente, do *Landrecht* prussiano, que se punha como uma legislação ao lado dos direitos particulares, dos estatutos e dos costumes locais, segundo o Projeto Martini o código é sim de direito comum porque constitui uma lei ordinária que poderá ser derogada por futuras leis particulares por força dos princípios *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*. Destarte, Martini projetava um código que representasse uma reforma do velho sistema jurídico de modo que qualquer problema relativo às relações entre direito comum e direitos particulares fosse afastado²⁷⁵.

No que concerne à organização das matérias o ABGB segue o sistema jusnaturalista, sem a grande arquitetura política do ALR, posto que não contém normas de direito público, tais como normas processuais, normas penais e de processo penal, todas consideradas de direito público; verifica-se no Projeto Martini, uma tendência, diversamente do que se verifica no *Landrecht* prussiano, de individuação de um campo específico como objeto da codificação. O código austríaco é um código meramente de direito privado. Contando com 1502 parágrafos, o código se divide em três partes: I. **Direitos das pessoas**; II. **Direitos das coisas**: 1. Posse, propriedade, direito de garantia, servidões, direito sucessório. 2. Contratos, convenções nupciais e indenização por danos. III. **Disposições de caráter comum**: 1. Constituição dos direitos e das obrigações; 2. Alteração dos direitos e das obrigações; 3. Resolução dos direitos e das obrigações; 4. Prescrição extintiva e usucapião. Vislumbra-se, claramente, nessa relação a estrutura de uma “Parte geral”, introduzida na jurisprudência técnica pelos discípulos de C. WOLFF que remonta à tripartição gaiana, *personae*, *res*, *actiones*, e que irá se impor a partir do projeto de MARTINI. O Código se apresenta mais conciso e enxuto, portanto, mais ‘moderno’, as suas disposições têm uma redação clara e fácil, tendo servido, segundo F. WIEACKER, de modelo ao *Code Napoléon*, sem, contudo, atingir a grandeza estilística do código francês²⁷⁶.

²⁷⁵ G. TARELLO, *Storia*, op. cit., p. 525.

²⁷⁶ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, op. cit., pp. 383-384.

O que constitui uma novidade no Projeto Martini é o fato de que nele se realiza a unificação do sujeito de direito, *i.e.*, a pessoa do súdito austríaco; embora o projeto contenha normas concernentes à nobreza ou relativas aos camponeses, tais disposições particulares não configuram tecnicamente uma pluralidade de tipos de sujeitos, como ocorre no *Landrecht* prussiano, mas se apresentam como institutos de um direito especial ou excepcional ou normas que disciplinam, não sujeitos particulares, mas bens particulares; esse resultado talvez tenha sido obtido devido ao fato de que com a eliminação das normas de direito público, as disposições relativas à nobreza que permaneceram no projeto se tornaram muito poucas, parecendo, portanto, excepcionais. Salienta, ainda, G. TARELLO, que no que tange aos fundos rurais foi adotada uma técnica legislativa que elimina a pluralidade subjetiva, posto que a ‘ pluralidade ’ dos regimes jurídicos é considerada não mais a partir de uma classificação dos sujeitos nas proposições jurídicas, mas a partir de uma pluralidade dos objetos ou bens que formam o conteúdo dos predicados jurídicos. Não obstante o Projeto Martini tenha elementos que justificam uma colocação dessa obra codificatória no sulco de uma tradição prestes a ser superada, pense-se ao fato de que o projeto contém expressões vagamente filosóficas e, ainda, admite processos de heterointegração, ele pode ser inserido na linha de tendência que se encaminha para a grande codificação burguesa, o *Code Napoléon*²⁷⁷.

3.2 A codificação francesa revolucionária e o *Code Napoléon*

3.2.1 Os projetos revolucionários

Já no século XVI os juristas humanistas, principalmente na França, avançavam inúmeras críticas ao sistema do *ius commune* e solicitavam uma maior certeza no sistema, requerendo uma intervenção do príncipe que deveria proceder a uma nova compilação que permitisse superar as frequentes obscuridades do *ius commune* e da interpretação, decorrente de uma pluralidade enorme de opiniões dos juristas. Nos séculos XVII-XVIII alguns soberanos providenciaram compilações, mais ou menos amplas, da normativa vigente, legislando por setores ou por argumento, celebres as *Ordennances* de Luis XIV; tais compilações, contudo, não eliminavam o sistema do *ius commune*, mas se inseriam neste como fontes primárias. No século XVIII os intelectuais iluministas, por um lado, e os práticos, por outro lado, pediam com insistência que o velho sistema fosse abandonado, dada a sua obscuridade e injustiça; era o empurrão que iria conduzir aos códigos: o príncipe iluminado tinha que dar ao seu povo um novo direito, mais justo, mais certo, mais uniforme.

²⁷⁷ G. TARELLO, *Storia*, op. cit., p. 528.

Os códigos de setecentos, porém, não foram verdadeiros códigos modernos, ao verdadeiro código, nos moldes do pensamento jusracionalista, chegar-se-á somente com o código francês de 1804. A França após ter dado início, no século XVI, a crítica ao sistema do direito comum, desinteressou-se pelos pedidos de codificação do direito, o rei sempre se furtava de proceder às reformas que os intelectuais insistentemente solicitavam e que os soberanos alemães iluminados estavam prestes a atuar. As críticas contra a administração da justiça contidas nos *cahiers de doléances* levados, em 1789, para a reunião dos Três Estados, em Versailles, eram radicais e numerosas: o sistema tinha que ser mudado; reforma da justiça, porém, significava também reforma do direito substancial: unidade do direito, paridade de todos os cidadãos perante a lei, abolição da caótica pluralidade de fontes do direito, típica do sistema do direito comum, formação de um corpo de leis claro, simples, homogêneo que todo e qualquer cidadão pudesse conhecer e compreender sem necessitar da intermediação dos juristas, em relação aos quais o rancor e a desconfiança eram cada vez maior.

Um dos objetivos primários que foi se delineando na França, desde a primeira fase da Revolução, foi a realização de uma legislação civil breve, compacta e unitária que substituísse a multiplicidade jurisprudencial das fontes e o particularismo jurídico do *Ancien Régime*, criando-se, assim, uma direito uniforme e comum a toda a nação, fundamentado na razão e no direito natural. A França pré-revolucionária apresentava uma acentuada fragmentação jurídica que dividia o país em duas áreas distintas, na parte norte-ocidental, o *Droit coutumier* e, na parte centro-sul, o *Droit écrit*, compilados desde a época medieval através de várias *Ordennances*, elaboradas pelos reis a partir do século XV. As fontes consuetudinárias, as fontes reais e as fontes do direito romano-canônico operavam sob a poderosa influência da praxe jurisprudencial das instituições judiciárias, em particular a jurisprudência dos *Parlements* regionais, *in primis*, o *Parlement* de Paris, dotado de uma considerável autoridade e autonomia. Ao lado da praxe que se desenvolvia nos *Parlements*, a partir do final do século XV, floresceu a atividade da grande escola jurídica francesa, primeiramente com F. HOTMAN, J. CUJAS e H. DONEAU, prestigiosos representantes do *mos galicus*, posteriormente, com as obras de J. DOMAT, F. BOURJON e R.J. POTHIER. A atividade uniformizadora e de parcial reordenamento lógico-sistemático desenvolvida pelos parlamentos e pela melhor doutrina, cujos resultados frequentemente podem ser vislumbrados no *Code Napoléon*, bem como os anseios de unidade do direito, difundidos desde o século XVI, não impediram, porém, que persistissem normas, institutos e princípios obsoletos e anacrônicos, além de uma incontrolável proliferação de interpretações jurisprudenciais no interior do sistema, uma sobreposição e desigualdade objetiva e subjetiva

na normativa, assim como, uma concorrência ou falta de coordenação dos diversos foros jurisdicionais regidos por regras de competência por nada uniformes e por normas processuais muito diversificadas; tudo isso comportava uma crônica incerteza na disciplina jurídica. Tal situação indicava uma profunda crise das instituições do *Ancien Régime*, denunciada nas obras dos autores do século XVIII; destarte, através de seus escritos os autores de setecentos elaboraram uma verdadeira ideologia da reforma, denominada comumente ‘iluminismo jurídico’. O Iluminismo jurídico defende a elaboração de um direito novo, geral e uniforme, produzido pelos soberanos, ou seja, uma produção estatal, que seja certo, simples, compreensível e acessível, além de racional na sua estrutura, expressão dos postulados jusnaturalísticos, capaz de excluir não somente a necessidade de integração por parte de fontes externas ao sistema, mas também a exclusão de toda e qualquer intervenção interpretativa da jurisprudência das cortes e da doutrina. A obra de renovação legislativa e de codificação, iniciada depois de 1789, pela Revolução se encaminha nessa direção buscando atuar os princípios da legalidade, da liberdade e da igualdade²⁷⁸.

A divisão do direito por setores, lentamente, vinha sendo atuada e, certamente, constituía uma premissa para se ter códigos distintos nos diversos ramos do direito: direito substancial separado do processual, direito público separado do privado, direito civil distinto do penal. O sistema do direito codificado foi, progressivamente, delineando-se, primeiramente, na França revolucionária, posteriormente, na França consular e imperial. Contudo, o movimento codificatório francês irá produzir seus resultados globais, posto que seus códigos irão influenciar a codificação em várias partes do mundo, somente, na época napoleônica, quando ter-se-á a emanação dos cinco códigos, no lapso de tempo de seis anos: código civil (1804); código de processo civil (1806); código comercial (1807); código penal (1810); código de processo penal (1808)²⁷⁹.

A renovação do direito civil foi prevista, a nível normativo e constitucional, desde o alvorecer da Revolução, sendo considerada como um instrumento apto a fomentar a unidade da nação, mas também a regenerar, com base nos novos princípios, a sociedade que os *Philosophes* almejavam construir; em 5 de julho de 1790, uma deliberação da Assembleia Constituinte, inserida, posteriormente, como art. 19 do título II no *Décret sur l'organisation juridique* de agosto de 1790, estabelecia que as leis civis seriam revistas e reformadas pelos

²⁷⁸ E. DEZZA, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l' Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 5-7.

²⁷⁹ G.S. PENE VIDARI, *Elementi di Storia del diritto. L'età contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 49-52.

legisladores e seria feito um código geral de leis simples, claro e em consonância com a Constituição. Com efeito, a Constituição monárquica de 1791 prescrevia no título I, dedicado às disposições fundamentais garantidas pela Constituição que se faria um código de leis civis comuns a todo o reino; a Constituição jacobina de 1793 reafirmava, no seu art. 85, a relevância do princípio da codificação: *art. 85. Le code des lois civiles et criminelles est uniforme pour tout la République*. Apesar disso, ao contrário do que ocorrerá no campo do direito penal, a renovação da legislação civil se demonstrou bem mais difícil e laboriosa, posto que a matéria era bem mais extensa e dispersa que em outros ramos do direito²⁸⁰.

Por conseguinte, uma legislação setorial foi preparada e promulgada nos anos 1789-1792, posto que a Assembleia Nacional Constituinte, ativa desde junho de 1789 a setembro de 1791, tinha plena consciência da dificuldade que a codificação civil comportava, em particular no que concernia à matéria das sucessões; a contraposição das diferentes posições, no seio da Assembleia Nacional, determinava um bloqueio da atividade legislativa, levando a aprovação de um texto normativo, um decreto de abril de 1791, com nove artigos de alcance limitado, que visava, essencialmente, a suprimir a desigualdade entre os herdeiros nas sucessões *ab intestato*. Essa legislação setorial se caracteriza por ser uma aplicação rigorosa e dogmática dos princípios de igualdade, de laicização da sociedade e de intervenção estatal; dignos de nota dois decretos do príncipe que fixavam critérios gerais destinados a ser aplicados na legislação posterior: 1. O decreto de 25 de agosto de 1792 que proclamava, em matéria sucessória, a abolição das substituições fideicomissárias; 2. O decreto de 28 de agosto de 1792 que proibia o exercício da *patria potestas* sobre os maiores de 21 anos, cujos efeitos foram particularmente significativos nas regiões de *droit civil écrit* do sul da França, já que nessas a *patria potestas* tinha caráter vitalício, segundo o modelo do Direito romano. Mais importantes, ainda, os decretos de 20 de setembro de 1792: 1. *Décret qui détermine les causes, le mode et les effets du divorce*; 2. *Décret qui détermine le mode de constater l'état civil des citoyens*. Os dois providimentos são consequências da aplicação do princípio contido no art. 7 da Constituição de 1791:

Art. 7. La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes

O decreto que trata das causas e dos modos, assim como dos efeitos, do divórcio atua a concepção já consignada na Carta constitucional, ou seja, a rejeição de uma concepção

²⁸⁰ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., pp. 8-9.

sacramental do casamento, afirmando que o matrimônio é um contrato civil. Tais ideias se tornam operativas, principalmente, com a introdução do divórcio, nos seguintes casos: 1. Em caso de mútuo consenso dos cônjuges; 2. Em caso de demência, condenação a pena aflictiva ou infamante, crimes, tortura ou injúria grave, notório desrespeito dos costumes, abandono do domicílio, ausência e falta de notícias pelo período de cinco anos, emigração política; 3. Em caso de mera incompatibilidade de caráter entre os cônjuges, constituindo essa cláusula uma total liberalização do instituto. O decreto relativo ao modo de se constatar o estado civil dos cidadãos institui, por sua vez, nos municípios, as repartições do registro de estado civil, competentes para manter e atualizar os registros de nascimento, casamento e óbito, o providimento marca a assunção por parte do Estado de competência que eram das autoridades eclesiásticas que até aquele momento tinham mantido os *libri baptizatorum, matrimoniorum e defunctorum*, inicialmente, de forma esporádica e a partir do Concílio de Trento de forma obrigatória. As reformas setoriais atingem também, entre 1789 e 1793, os direitos reais, em particular no que concernia à disciplina da propriedade, que a corrente mais radical do Iluminismo tinha inserido entre os direitos naturais do homem. A concepção do homem como livre proprietário da própria vida, da própria pessoa e dos próprios bens já constava no art. 2 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

Art. 2. Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. C'est droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.

Acrescentando, ainda, o art. 17 da Declaração:

Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Essa disposição é retomada pela Constituição revolucionária de 3 de setembro de 1791 e constituirá o ponto de partida de uma nova disciplina da propriedade e dos direitos reais que assumirá a sua forma definitiva com a entrada em vigor do *Code Civil*.

O primeiro projeto de código civil é preparado pelo Comitado de Legislação da Convenção Nacional, entre junho e julho de 1793, *i.e.*, logo após a tomada do poder por parte dos jacobinos. Essa primeira comissão de juristas foi presidida por J.J. Régis de CAMBACÉRÈS e os trabalhos foram divididos em quatro seções pelo Comitado de Legislação: 1. Estado civil, família e matrimônio; 2. Sucessão, filhos naturais e adoção; 3. Doações, substituições e testamentos; 4. Convenções, hipotecas e feudos. O texto definitivo foi submetido à Convenção, em 9 de agosto de 1793, com um *Rapport* redigido por J.J. R.

CAMBACÉRÈS. O Projeto contém 719 artigos distribuídos em três livros, dedicados, respectivamente, ao estado civil das pessoas, às coisas e aos contratos, estava previsto um quarto livro, dedicado às ações que nunca foi elaborado; a sistemática é aquela das Institutas de Gaio (*personae, res, actiones*), retomada nas *Institutiones* de Justiniano. O texto se apresenta tecnicamente bem estruturado e busca concretizar os princípios da igualdade dos cidadãos perante a lei e o princípio da autonomia negocial, irá, por isso, influenciar a elaboração do *Code Napoléon*. O projeto corresponde perfeitamente aos princípios da razão e do direito natural, atuando a unidade e a simplicidade do direito, na busca de uma regeneração das leis e dos costumes existentes, não tendo, porém, a pretensão de ser completo. O texto proposto constitui uma verdadeira revolução, pois, no livro I, que trata dos direitos da pessoa e da família, ele prevê a abolição da *patria potestas* e da *potestas maritalis*, introduzindo a administração conjunta dos bens; libera o divórcio de qualquer vínculo que não seja a vontade comum de conviver, já que para se obter o divórcio é suficiente o requerimento de um dos cônjuges sem necessidade de justificação; em matéria de adoção o projeto estabelece regras menos rígidas e no que concerne à sucessão se verifica o triunfo da sucessão legítima; os filhos naturais, e não adulterinos, são equiparados aos filhos legítimos. No que tange à disciplina dos bens e das obrigações, contida nos livros II e III, impõe-se a perspectiva individualista²⁸¹.

Não obstante o alinhamento do projeto às ideias revolucionárias, ele foi rejeitado, em 1793, por que considerado prolixo e demasiadamente ‘jurídico’; esse era o momento em que o rancor contra os práticos e suas ambiguidades estava no ápice e a crença de que era possível a elaboração de uma legislação simples, composta por poucos princípios de direito natural, apresentava-se como possível e necessária. Uma segunda comissão, sempre presidida por J. J. R. CAMBACÉRÈS, preparou um segundo projeto que se caracteriza por ser um texto bem conciso e simples com somente 297 artigos, divididos sempre em três livros, segundo a tradicional divisão pessoas-bens-obrigações; o segundo projeto foi concebido como um conjunto de princípios e de prescrições gerais que deveriam orientar a ação do legislador, contudo, a obra codificatória foi reputada insuficiente para disciplinar a matéria civilística, sendo uma espécie de introdução filosófica ao direito civil com proposições mais morais do que jurídicas. Considerado excessivamente conciso e genérico, foi duramente criticado pelas inúmeras comissões e rejeitado pela abstração exagerada, sendo arquivado em 1794. O

²⁸¹ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., pp. 19-20.

próprio J. J. R. CAMBACÉRÈS, em 1797, nota E. DEZZA, descreverá o segundo projeto como um índice de matérias e não um código de leis civis²⁸².

Em aplicação ao disposto na Carta constitucional de 1795, a Convenção Nacional foi substituída por um Diretório e por dois Conselhos Legislativos, o Conselho dos Quinhentos e o Conselho dos Anciãos; no âmbito da Seção Civil do Conselho dos Quinhentos, entre janeiro e junho de 1796, sob a direção de J.J. R. CAMBACÉRÈS, foi elaborado o terceiro projeto de código civil da época revolucionária. Entretanto, novos tempos se delineavam, pois, a onda revolucionária ia sumindo e o ataque aos juristas e ao mundo do direito ia diminuindo. O projeto foi apresentado ao Conselho dos Quinhentos em 12 de junho de 1796, acompanhado por um *Discours préliminaire* em que se pode encontrar elementos de continuidade e de ruptura com as precedentes experiências legislativas; nesse terceiro projeto J. J. R. CAMBACÉRÈS recupera a tradição romanística e consuetudinária, abandonando as posições extremas dos anos anteriores, busca-se o ponto de equilíbrio entre a experiência e a reforma, o dialogo entre a tradição e a inovação que constituirá um elemento inspirador do *Code Napoléon*. O projeto contém 1104 artigos organizados, conforme a tradição romanística já consolidada, em três livros, pessoas, coisas e obrigações; essa estrutura, porém, é aperfeiçoada com uma formulação dos artigos extremamente clara e de grande precisão técnica, com a volta a uma linguagem, essencialmente, jurídica; do ponto de vista substancial, o texto é inspirado pela doutrina jusnaturalista, mas acolhe princípios e institutos provenientes da tradição jurisprudencial e consuetudinária nacional, em particular do *coutume* de Paris, assim como da plurissecular experiência doutrinária, representada, principalmente, pela síntese racionalista de Robert-Joseph POTHIER. No campo do direito de família o matrimônio é colocado como instituto primordial da sociedade, mas, mantém-se o divórcio; ao marido se restitui uma posição de proeminência na administração dos bens do casal e se reintroduz formas parciais de incapacidade da mulher casada; a adoção é proibida para aqueles que tenham filhos; em matéria sucessória, nota-se uma menor hostilidade quanto à sucessão testamentária e uma tendência em se distinguir os direitos dos filhos legítimos daqueles dos filhos naturais e adotivos. Permanece a centralidade da vontade individual no exercício dos direitos reais e das obrigações. Essa obra codificatória foi um trabalho detalhado e coerente, servindo, próprio por esse motivo, de inspiração aos redatores do Código de Napoleão. O projeto, porém, aos olhos dos membros do Conselho dos Quinhentos pareceu, ainda, muito ligado às escolhas ideológicas do período jacobino,

²⁸² E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., p. 25.

escolhas que a França do período do Diretório, lentamente, começa a rejeitar; nas discussões sobre o projeto, travadas no Conselho dos Quinhentos, emerge com clareza o dissenso sobre alguns pontos nodais da nova legislação revolucionária, especialmente, no que concerne ao divórcio, aos direitos dos filhos naturais e à disciplina das sucessões, surgindo, paulatinamente, dúvidas quanto à oportunidade de se proceder, em tempos breves, à codificação civil. Em 14 de agosto de 1797, o deputado Jean-Étienne-Marie PORTALIS questiona seriamente a possibilidade de realização de um código civil, o que é deveras singular visto que esse jurista será o maior artífice da redação do *Code Civil*. Em 1798, o deputado Jean-Ignace JACQUEMINOT apresenta uma proposta para a criação de uma comissão especial que redija uma série de leis gerais relativas aos principais ramos do direito civil, iniciando um trabalho preparatório sobre o direito das pessoas. Em 1799, ter-se-á aquele evento histórico que constituiu uma linha de separação entre a experiência da França revolucionária e aquela da França napoleônica: a tomada do poder por parte do general Napoleão Bonaparte, após o golpe de estado de 9 de novembro de 1799. Já no final desse ano, Jean-Ignace JACQUEMINOT, membro de uma nova Comissão Legislativa, criada após a subida ao poder de Napoleão Bonaparte, agora primeiro consul, prepara um quarto projeto parcial de código civil, muito detalhado e bem estruturado que terá, conjuntamente com o terceiro projeto de CAMBACÉRÈS, uma significativa influência na elaboração do *Code Civil*; com efeito, este retoma inteiras secções do projeto e as reproduz de forma quase literal, motivo pelo qual esse jurista também é considerado um artífice da codificação napoleônica²⁸³.

3.2.2 O *Code Napoléon*

Um dos fatores que haviam impedido a realização da legislação civil, certamente, foi a falta de uma vontade política firme que com a instituição do Consulado em 1799 se impõe de maneira decisa, já em agosto de 1800 o Primeiro Cônsul institui, junto ao Ministério da Justiça, uma comissão composta por quatro juristas que, com base nos projetos precedentes, foi encarregada de elaborar, até novembro do mesmo ano, um projeto de código civil que deveria ser discutido e aprovado em tempos breves. A transformação, paulatina, da República em um estado centralizador irá ocasionar um redimensionamento das ideias revolucionárias, mantendo, contudo, as conquistas jurídicas desencadeadas pelos fatos de 1789 e já penetradas na consciência jurídica da nação, tais como o princípio inderrogável da liberdade concedida a cada cidadão, limitada somente pelo interesse público, conforme o

²⁸³ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., pp. 26-31.

disposto no art. 6 do *Code civil*: art. 6. *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*. A comissão foi composta por juristas provenientes da tradição do *droit coutumier* e do *droit écrit*, sendo eles quatro juristas de diferentes mentalidades e de distintas orientações culturais, mas todos ligados por um espírito de moderação e partícipes de uma visão liberal moderada, são eles: François Tronchet, Presidente do Tribunal de Cassação; Jean-Etienne-Marie Portalis; Felix Bigot de Préameneu; Jacques Maleville. Todos advogados nos *Parlements* do *Ancien Régime* e com experiência direta no direito e na justiça revolucionária, tendo sido, porém, todos aprisionados, no período do Terror, por suas brandas posições liberais. A presidência da comissão foi confiada à F. TRONCHET, o que não impedirá o protagonismo de J.E.M. PORTALIS, o verdadeiro artífice da redação do *Code Civil*²⁸⁴.

Do ponto de vista político parece claro o desejo de Napoleão de conseguir dar aos franceses um código civil que representasse um instrumento de unidade jurídica, há muito tempo clamado e jamais realizado; aos juristas escolhidos o Primeiro Cônsul deu somente seis meses para a feitura do projeto e com dois meses de atraso a comissão apresenta o projeto, em 1801, que é enviado à Tipografia Nacional e a versão impressa, pronta em 21 de janeiro de 1801, é transmitida ao Tribunal de Cassação e a todos os 28 Tribunais de Apelação da República para que exprimessem um parecer sobre o texto; uma cópia também foi transmitida ao Conselho de Estado onde será travada uma ampla discussão sobre o texto durante bem 102 sessões, de 1801 a 1804, dessas 57 serão presididas pelo próprio Napoleão. Após o exame minucioso levado a cabo pelo Conselho de Estado, o projeto seguiu para apreciação e aprovação das duas Assembleias Legislativas; o Tribunato, que podia discutir, mas não podia votar, e o Corpo Legislativo que podia votar, mas não discutir o texto. Na realidade, concluída a discussão no Conselho de Estado não se transmitiu às assembleias legislativas o texto completo do projeto, pois, foram enviadas partes do código que foram aprovadas como leis distintas, 36 leis emanadas de 5 de março de 1803 a 15 de março de 1804, que foram, posteriormente, reunidas e promulgadas como um único código, com a lei de 21 de março de 1804, denominado *Code Civil des Français*. O texto final do código, não obstante a promulgação fragmentada de suas partes, apresenta-se coordenado e compacto, com ele se elabora um novo modelo, no campo da legislação, que irá transpor as fronteiras da França²⁸⁵.

²⁸⁴ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., pp. 33-35.

²⁸⁵ G.S. PENE VIDARI, *Elementi*, op. cit., pp.52-54.

O projeto é precedido pelo famoso *Discours Préliminaire*, assinado pelos quatro juristas membros da comissão, mas, na realidade, obra de J.E.M. PORTALIS, em que se estabelecem as concepções principais do trabalho. A obra codificatória busca harmonizar a tradição jurídica do *droit coutumier* e do *droit écrit* à luz dos novos princípios jusnaturalistas, as escolhas da comissão seguem a máxima de J.E.M PORTALIS de que “*Il est utile de conserver tout ce qu’il n’est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices*”; defende, ainda, o jurista de Aix-en-Provence a tradição do Direito romano quando afirma que *La plupart des auteurs que censurent le droit romain avec autant d’amertume que de légèreté, blasphème ce qu’ils ignorent*²⁸⁶.

Esse posicionamento tem como pressuposto as ideias de J.E.M PORTALIS expressas na obra *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique au XVIIIe siècle*, escrita durante o exílio, em 1797, e publicada póstuma pelos filhos em 1820; o espírito filosófico ao qual o autor se refere é o espírito iluminista, pois, os racionalistas no século XVIII eram considerados os *philosophes* por antonomásia. Nesse escrito, o jurista provençal releva que o abuso do espírito filosófico, *i.e.*, a crítica indiscriminada feita pelo racionalismo contra a cultura do passado acarretou a destruição da tradição, o ateísmo e o materialismo, constituindo a parte mais nefasta da Revolução. Na opinião de N. BOBBIO, essa obra tem um significado na história das ideias, pois, representa a passagem da filosofia iluminista da Revolução para aquela de inspiração espiritualista e romântica da Restauração²⁸⁷.

J.E.M. PORTALIS, contudo, é um jurista do seu tempo e concebe o direito “jusracionalisticamente”, fundamentado no direito natural que pode, e talvez deve, ser positivado: *Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers*²⁸⁸. O jurista provençal, no dizer de E. DEZZA, sublinha que a realização de uma legislação o uniforme e geral deve ser considerada um dos grandes méritos da Revolução e, ainda, demonstrando uma confiança tipicamente iluminista na existência de uma superior justiça natural e na possibilidade de positivá-la, reputa que tal atividade de positivização tenha que ser sempre considerada de natureza revolucionária, em relação às instituições anteriores, posto que é expressão da razão²⁸⁹.

²⁸⁶ J.E.M PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Édition électronique, p. 28-29. Disponível [on-line] in http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. [14-05-2019].

²⁸⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., pp. 71-72

²⁸⁸ J.E.M PORTALIS, *Discours*, op. cit., p. 24.

²⁸⁹ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., p. 38.

O *Discours Préliminaire* indica, por conseguinte, uma vinculação com o direito natural e seus postulados, mas, o projeto definitivo se afasta do jusnaturalismo, pois, o último resíduo de jusnaturalismo, representado pelo art. 1 do título I foi eliminado depois de uma áspera discussão no Conselho de Estado; rezava esse artigo que existe um direito universal e imutável, fonte de todas as leis positivas: não é outro senão a razão natural, visto esta governar todos os homens. Destarte, o *Code Napoléon*, na visão de N. BOBBIO, é a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum, visto que foi elaborado com base no *Tratado de direito civil* de POTHIER²⁹⁰. Importante, ainda, notar que na concepção de J.E.M. PORTALIS o *Code* não é um sistema fechado, pois que ele afirma que *Tout simplifier, est une opération sur laquelle on a besoin de s'entendre. Tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre*, e continua, *Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir*, assim sendo, estima J.E.M. PORTALIS que *C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit general des lois, à en diriger l'application*²⁹¹. Compete, então, ao juiz decidir quanto a detalhes, aplicando os critérios fixados pelas próprias leis, nesse sentido deve ser interpretado o art. 4, Título Preliminar, do *Code Civil*:

Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

O positivismo jurídico, diferentemente, irá interpretar esse artigo 4 do *Code Civil* no sentido de que o juiz quando tiver que integrar a lei deverá buscar dentro do próprio sistema, a auto-integração, a regra que supre a lei; ao contrário, daquilo que vislumbravam os redatores do art. 4 que admitiam uma hetero-integração do sistema, dando ao magistrado a possibilidade de deduzir a regra de um juízo pessoal de equidade, recorrendo a um sistema normativo distinto do sistema positivo²⁹².

Os artigos 4 e 5 do Título Preliminar, em tema de interpretação da lei, irão atenuar as rígidas construções ante-jurisprudenciais, elaboradas no período revolucionário, e, conseqüentemente, embora implicitamente, irão abolir o instituto do *référé législatif*. O artigo 4 restitui ao juiz, embora não incondicionado, um poder de interpretação, na medida em que lhe impõe o dever de decidir, sob pena de sanções, todo e qualquer caso, sem poder alegar o silêncio, a obscuridade ou o defeito da lei; contudo, o *Code Civil* não restitui ao juiz

²⁹⁰ N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., p. 72.

²⁹¹ J.E.M PORTALIS, *Discours*, op. cit., pp. 15-16; p.17.

²⁹² N. BOBBIO, *Il positivismo*, op. cit., pp.73-77.

o papel normativo que ele tinha no *Ancien Régime*, posto que o artigo 5 proíbe os magistrados de elaborar decisões de caráter geral e regulamentar:

Art. 5. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises

O *Code Civil des Français* se caracteriza por sua linguagem clara que viabiliza uma compreensão imediata de suas normas, ele é composto por 2281 artigos distribuídos em três livros precedidos por um Título Preliminar, *De la publications, des effets et de l'application des lois en général* (arts 1-6). Os onze títulos do Livro I, *Des Personnes* (arts 7-515), disciplinam o estado civil, o casamento, o divórcio, a paternidade, a filiação, a adoção, a *patria potestas* e a tutela. Os quatro títulos do Livro II, *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (arts. 516-710), tratam do regime dos bens, da propriedade, dos direitos reais sobre bens de terceiros (usufruto, uso, habitação e servidões prediais). O Livro III, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (arts 711-2281), dispõe em vinte títulos a complexa e, muitas vezes, heterogênea matéria das sucessões, das doações e dos testamentos, dos contratos, e das obrigações convencionais em geral, assim como das obrigações decorrentes dos quase-contratos, do delito ou quase-delito, das relações patrimoniais entre cônjuges, dos contratos típicos, da *fideiussio*, das transações, da prisão pessoal em matéria civil, do penhor, da antecrese, dos privilégios e das hipotecas, da expropriação forçada e do concurso de credores e, por fim, da prescrição. A estrutura não difere muito daquela utilizada nos projetos de CAMBACÉRÈS e remonta a clássica tripartição de Gaio e Justiniano, porém, utilizada à luz da ideologia individualista de matriz iluminista que coloca em evidência os direitos e as prerrogativas de cada homem enquanto membro do corpo social, dando, assim, origem a um verdadeiro sistema jusnaturalístico. O sistema, observa E. DEZZA, é inspirado não somente no que concerne à forma, mas também no que tange ao conteúdo, na elaboração doutrinária de Robert-Joseph POTHIER nos seus tratados de direito civil, reconduzíveis ao seguinte esquema: I. Direitos das pessoas; II. Direitos reais: 1. Propriedade; 2. Outros direitos reais; III. Aquisição da Propriedade: 1. Sucessões e testamentos; 2. Obrigações. A antiga tripartição do Direito romano bem se adapta às concepções elaboradas em setecentos, o próprio CAMBACÉRÈS ilustrando o *Rapport* apresentado, conjuntamente, com o seu segundo projeto, em 1794, relevava que²⁹³:

Trois choses sont nécessaires et suffisantes à l'homme en société: être maître de sa personne; avoir des biens pour remplir ses besoins; pouvoir disposer, pour son plus grand intérêt, de sa propre personne et de ses biens.

²⁹³ E. DEZZA, *Lezioni*, op. cit., pp. 45-46.

Tous les droits civils se réduissent donc aux droits de liberté, de propriété et de contracter. Ainsi, les personnes, les propriétés e les conventions sont les trois objets de la législation civile

Não há dúvida de que a tricotomia gaiana influenciou a estrutura sistemática do código civil francês, como se nota da leitura dos títulos dos três principais livros, e de que a experiência romanística, filtrada através da construção teórica de DOMAT e POTHIER está presente no momento de formação do *Code Civil*. Na realidade o sistema já vinha sendo construído desde os projetos de J.J.R. CAMBACÉRÈS, ele se inspira, em parte, na obra de POTHIER, portanto, justamente considerado um dos pais do *Code*, e, em parte, no trabalho de DOMAT, também considerado um dos pais da codificação francesa. Observa B.B. QUEIROZ DE MORAES que “à Pothier deve-se mais o sistema que fundou a codificação e à Domat o método de absorver o espírito e a substância dos textos para extrair deles princípios gerais (assim, atendia-se a um dos problemas centrais das codificações – a questão da unificação das fontes do direito)”. As *Pandectae Justinianae in novum ordine digestae* é, sem dúvida, a obra mais famosa de POTHIER, em três volumes foi publicada entre 1748 e 1753, nela o autor procede a uma reorganização de todos os fragmentos do Digesto de Justiniano, visando à coordenação e à apresentação em uma ordem lógica das máximas do direito romano; no século XVIII, na França, estava consolidada a tradição do estudo das Instituições de Justiniano que continha, para fins didáticos, os conceitos básicos do direito romano, reconhecia-se, assim, a utilidade das Institutas de Justiniano como um repositório dos conceitos mais importantes da ciência do direito, embora essas fossem um repositório limitado. A reorganização feita por POTHIER indica que ele tinha uma concepção do direito como um sistema²⁹⁴.

O primeiro livro do *Code Napoléon*, dedicado ao direito das pessoas, contém normas sobre o estado civil e prevê o registro dos nascimentos, dos casamentos, das mortes, redigidos e mantidos pela autoridade pública; o matrimônio civil é configurado com a prevalência do marido sobre a mulher, volta o marido a exercer, embora de forma mais limitada, a *potestas maritalis*; o divórcio, que Napoleão manteve, mas em forma mais restritiva que nos projetos revolucionários; a paternidade com a redução dos poderes do pai; a filiação parifica machos e fêmeas, reconhece alguns direitos aos filhos naturais, embora de maneira mais limitada que a legislação revolucionária; adoção, *patria potestas*, com a determinação dos poderes do pai, mas persiste a sujeição dos filhos até a maioridade que ocorre aos 21 anos; admite-se a tutela materna, em falta do pai. As conquistas essenciais da

²⁹⁴ B. B. QUEIROZ DE MORAES, *Parte geral*, op. cit., pp. 52-54.

Revolução são mantidas, ainda que reduzidas, tais como a igualdade civil; a parificação entre filhos e filhas legítimos; admissão de alguns direitos aos filhos ilegítimos; redução da diferença entre homem e mulher; uma contenção e definição da posição do *pater familias* em relação à autonomia dos filhos maiores de idade; laicização do direito de família, pela primeira vez disciplinado organicamente pelo Estado, com um controle capilar dos registros de estado civil; casamento civil e divórcio, embora este seja concedido com maior cautela, principalmente nos casos de divórcio consensual. O segundo livro sobre a propriedade e os bens, estabelece a grande vitória da Revolução, *i.e.*, a possibilidade de se adquirir quase todos os bens. Eliminado o sistema feudal e desaparecidos os vínculos que este acarretava sobre a propriedade, plenitude e exclusividade são as características da nova propriedade burguesa e fazem do código o protótipo dos códigos de oitocentos, o art. 544 contém uma definição que servirá de modelo para muitos outros códigos:

Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglemens.

O segundo livro trata, também, da posse, enquanto o penhor e a hipoteca, revitalizada com a introdução de um sistema de inscrição hipotecária em registros próprios, foram inseridos no livro terceiro, seguindo-se mais o critério da tutela dos direitos do que dos direitos reais. O Livro III, composto por 20 títulos disciplina as diferentes maneiras de se adquirir a propriedade, a sistemática do livro terceiro oferece um forte argumento para aqueles que reputam que os redatores do *Code Civil* raciocinaram, unicamente, segundo uma visão burguesa e proprietária, visto que esse livro assim como trata da matéria sucessória trata das obrigações e dos contratos, operando um acorpamento muitas vezes, do ponto de vista sistemático, discutível e passível de muitas críticas. No que concerne às sucessões se deve recordar a equiparação entre homens e mulheres, a rejeição do fideicomisso e dos privilégios em favor de algum filho, o reconhecimento de quotas consistentes de legítima para ascendentes e descendentes na linha reta, não para o cônjuge considerado somente como parte no contrato de casamento; significativa a amplitude concedida à vontade testamentária, em contraposição a algumas escolhas revolucionárias, e a validade do testamento hológrafo, ao lado, do testamento público. No campo das obrigações o art. 1134, representa uma característica do código, posto que reconhece plenamente a força da vontade das partes, em consonância com um dos mais fundamentais postulados da Revolução, *i.e.*, a liberdade do cidadão de dispor de si e de seus bens sem a ingerência do Estado, postulado que fundamenta

o princípio da autonomia da vontade privada que mais do que qualquer outro representa a visão burguesa e liberal que a alguns parecerá uma imagem excessiva do individualismo burguês:

Art. 1134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

O *Code* disciplina várias espécies de contratos, tais como o contrato de compra e venda (arts. 1582-1685), o contrato de troca (arts 1702-1707), o contrato de locação (arts 1708-1831), o contrato de sociedade (arts. 1832-1873), o contrato de empréstimo (arts. 1874-1909), o contrato de depósito (arts. 1915-1948), o contrato de mandato (arts. 1984-2006), mas permite também que o privado faça contratos atípicos e que estabeleça cláusulas não previstas pelo legislador. O legislador estabelece o regime legal para o casamento que é o primeiro contrato a ser disciplinado pelo *Code*, deixando certa liberdade aos cônjuges, na linha geral de enquadramento favorável à autonomia privada que encontra o seu pressuposto na confiança de que o privado com a sua vontade e capacidade sabe se auto-governar, nos termos do art. 1134; o art. 1108, por sua vez, nos moldes daquilo que a doutrina moderna vinha afirmando ao analisar os textos do *Corpus Iuris Cvilis*, põe quatro requisitos para a validade das livres contratações: a) a capacidade contratual; b) o consenso daquele que se obriga; c) certeza do objeto da convenção; d) causa lícita. Em definitiva no livro terceiro se encontram todas aquelas normas e aqueles institutos que regulamentam, no respeito da autonomia privada, a apropriação individual dos bens, a sua circulação e o seu gozo por parte do cidadão. Os princípios gerais de base do código eram aqueles já indicados por CAMBACÉRÈS no *Rapport*: a liberdade e a autonomia individual, o direito de todo cidadão de satisfazer as suas necessidades, a expectativa de poder expressar e realizar na medida mais ampla possível a própria vontade. Os 2281 artigos do *Code Civil*, posteriormente denominado *Code Napoléon*, reconheciam a autonomia de cada cidadão, mas ao mesmo tempo determinavam, pela primeira vez, a estatualidade do direito privado: o sistema do direito comum estava abolido e com esse se abolia também o particularismo local ou pessoal. A uniformidade e homogeneidade do sistema era uma garantia para todos os cidadãos e exprimia o princípio da igualdade civil, mas também efetivava a criação de um direito positivo desejado pelo legislador, válido somente para os cidadãos dentro das fronteiras do Estado. O particularismo jurídico interno estava superado, mas era substituído pelo

particularismo estatal, inicia-se aquele período em que se consolidará o positivismo jurídico e a vigência em cada Estado de um ordenamento jurídico próprio²⁹⁵.

Os cinco códigos promulgados por Napoleão dão início a uma nova era dos sistemas jurídicos, posto que serão modelo para diversos países na Europa continental, assim como na América Latina. Com o surgimento dos códigos de Napoleão, abandona-se o sistema do *ius commune*, caracterizado por uma pluralidade de fontes jurídicas, em particular pela interpretação dada pelos juristas aos textos do *Corpus Iuris Civilis* e do *Corpus Iuris Canonici*, pela legislação dos príncipes, pelos estatutos locais e pelos privilégios dos vários estamentos; o sistema era de tal forma complexo que nem o juristas conseguiam aplicá-lo com segurança. O sistema codificado, por sua vez, oferecia um texto normativo preciso e claro, tecnicamente simples na sua formulação, possibilitando a compreensão de suas normas por parte de quaisquer cidadãos. O código ambicionava ser completo quanto à matéria nele contida, portanto, rejeitava a heterointegração de suas normas. O sistema do direito codificado, porém, significou o monopólio da produção do direito por parte do Estado, ou seja, a completa estatização do direito; a confiança no código (e na lei) era tamanha que chegava a condicionar a ciência jurídica, especialmente na França, onde se desenvolveu a famosa Escola da Exegese, cujo pensamento era norteado pelo princípio de que a única atividade a ser atuada era o comentário ao código, excluindo-se quaisquer outros percursos culturais. Os juristas franceses da primeira metade de oitocentos seguiram metodologicamente a sistemática do *Code Napoléon*, construindo seus Comentários através a exegese de seus artigos. A Escola da Exegese predominou na primeira metade do século XIX, mormente na França, e seguindo, rigorosamente, a sua sistemática aprofundou e integrou muitas de suas disposições; embora de forma velada os juristas tiveram uma ação criadora, muito mais daquilo que se poderia pressupor pela denominação da escola. Contudo, buscou-se minimizar a função do jurista. Pediu-se ao jurista e ao juiz, no cumprimento do princípio da divisão dos três poderes, de somente aplicar a norma codificada, resultado da vontade do Legislativo, *i.e.*, da vontade do Povo²⁹⁶.

3.3 A codificação civil, no século XIX, na América Latina

As grandes descobertas geográficas e a configuração de uma sociedade sobre qual ‘o sol jamais se põe’ dão início a uma fase do devir do sistema romanista em que se supera a formação social feudal e a correlata contraposição entre o Direito romano imperial e as

²⁹⁵ G.S. PENE VIDARI, *Elementi*, op. cit., pp. 55-57.

²⁹⁶ *Ibidem*, pp. 61-64.

instituições feudais, chega-se, assim, à Revolução Francesa, à Revolução pela Independência na América Latina, à Revolução de Outubro, ao começo de um período caracterizado pela busca de novos instrumentos que possam estabilizar o direito, ou seja, constituições e códigos. Na Europa continental, o sistema do Direito romano comum que harmonizou os resultados da ciência jurídica e do direito canônico, dos usos e das leis locais e setoriais, expande-se, novamente, contra o particularismo jurídico e outros resíduos do feudalismo²⁹⁷. Com efeito, entre as condições que contribuíram para o início dos processos de codificação, deve-se lembrar aquela particular situação que os séculos XVII e XVIII herdaram dos séculos precedentes indicada como ‘particularismo jurídico’, situação que apresentava inúmeros inconvenientes que a cultura jurídica e política do século XVIII, logo, tentou eliminar adotando programas de reforma jurídica e programas de codificação. A expressão ‘particularismo jurídico’ foi inventada pelos juristas positivistas de oitocentos para contrapor a feliz situação do direito codificado àquela, infeliz, do direito anterior; a expressão circulou com maior frequência na literatura jurídica francesa e italiana do que na alemã, posto que, como vimos, as ideias e posturas da Escola Histórica irão retardar o processo de codificação na Alemanha²⁹⁸.

A realidade, porém, do sistema do Direito romano irá enfrentar o ‘particularismo’ dos Estados-Nações que afirmam, restringindo ao próprio território, a unidade jurídica, a igualdade, a liberdade e a propriedade, ‘fingindo’, assevera S. SCHIPANI, tantos direitos nacionais; Estados que tendem a apropriar-se de forma exclusiva das pessoas-homens para transformá-los em ‘sujeitos’ juridicamente existentes graças somente ‘ao seu direito próprio’, graças a um direito monopolizado pelo Estado-Nação para uma determinada população sobre um específico território. Dessa perspectiva ‘estatal-legalista’ os códigos civis se tornam expressão, embora não decorressem dela, e não obstante as características dos códigos pouco tivessem em comum com a perspectiva ‘estatal-legalista’, tornam-se uma espécie de bandeira dessa e são utilizados como um instrumento definitivo de estatização, de nacionalização do Direito romano e de separação desse do seu ‘espaço-tempo’, de ruptura da unidade-continuidade do sistema. Esses ordenamentos mais do que se contrapor utilizam deformando o material do Direito romano, cujos elementos fundamentais resistem. Na América Latina, ao contrário, o sistema do Direito romano se era expandido, mui rapidamente, deixando para trás o conjunto das instituições feudais e o seu característico

²⁹⁷ S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 32

²⁹⁸ G. TARELLO, *Storia*, op. cit, pp. 28-29.

‘particularismo’, as categorias do sistema constituíram uma base dogmática e normativa para se enfrentar problemáticas novas concernentes aos homens, às gentes, ao espaço e regulamentá-las. Na América Latina a divisão entre livres e escravos possuía um conteúdo social com um desenvolvimento próprio em que se afirma a unidade do homem, operando, outrossim, em relação aos índios e a correlata divisão entre os múltiplos costumes e formas de viver desses e o direito dos homens livres que continuava a se desenvolver através de *leyes*, interpretações dos juristas, muitas vezes funcionários, formados nas Universidades. A América é uma só nação que se identifica e se organiza em uma pluralidade de formas, sendo o modelo europeu um elemento de desestabilização da visão americana; uma só nação não dominada pelo estatal-legalismo, mas que resiste a processos de isolamento, que deixa com a própria revolução de ser uma prossecução ou uma variante do direito europeu²⁹⁹.

A América Ibérica, as Índias e o Brasil, proclamam a Independência no século XIX, a primeira das quais foi de Haiti em 1804, por meio de uma série de atos, como constituições, projetos e mensagens dos governos aos congressos, nestes se encontra a previsão da redação de códigos que deveriam efetivar e salvaguardar os direitos individuais, a liberdade, a igualdade, a segurança das próprias coisas, das coisas dos indivíduos; assim consta, entre outros, no Ato de Federação das Províncias Unidas da Nova Granada (1811), art. 7, n. 7; no Pacto solene de sociedade e união das Províncias do Estado de Quito (1812), Seção I, art. 6; na Constituição do Haiti (1816), art. 37; na Constituição política do Perú (1823), art. 106 e 121; na Constituição política do Império do Brasil (1824), art. 179, n. 18; na Constituição política do Estado de Honduras (1825), art. 32, n. 2; na Constituição política da Bolívia (1826), art. 46³⁰⁰.

A referência à redação de códigos também estava presente na Constituição de Cádiz de 1812, no seu art. 258. A Constituição de Cádiz foi um significativo avanço no constitucionalismo e influenciou outros povos na elaboração de suas cartas constitucionais, especialmente, as dos territórios coloniais espanhóis ao buscarem em suas Constituições a consagração de sua independência e soberania e a tutela e proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Com efeito, a partir do início do século XIX as ideias de soberania, legitimidade do governo e respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana passaram a ser matéria constitucional, procurando o constitucionalismo implementar organizações sociais e sistemas de governo legítimos e democráticos. A normalidade política e jurídica dos Estados

²⁹⁹ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 31-35.

³⁰⁰ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 290.

passa a ser avaliada a partir da sua Carta Magna que pode ter como referência certo modelo, mas evolui levando em consideração as peculiaridades de cada povo. Quanto aos efeitos concretos da Constituição de Cádiz é necessário reconhecer que não obstante a sua inegável qualidade, essa Constituição não conseguiu assegurar a boa convivência entre os espanhóis e o desenvolvimento pacífico da Espanha; entretanto, ela contribuiu para apontar a direção e a forma para a construção de uma sociedade justa e respeitosa dos direitos fundamentais da pessoa humana, servindo de inspiração para diversos países. Releva, porém, D. DE ABREU DALLARI que “é preciso, também, avaliar na justa medida sua influência, não lhe atribuindo efeitos que realmente ela não produziu. Assim é equivocado afirmar, como fazem alguns comentadores, que a Constituição de Cádiz foi o ponto de partida para que a Espanha concedesse a independência às suas colônias da América”³⁰¹.

3.3.1 O sistema de fontes preexistente

Ao alvorecer da Independência dos povos latino-americanos, o sistema de fontes seja da América Hispânica, seja da América Lusitana era bastante complexo e multiforme. Nas Índias vigorava o direito de Castela posto que esses territórios eram uma extensão do território do reino, sendo que esta extensão territorial se renovava sempre que novas terras eram descobertas. A estrutura do direito de Castela no momento da descoberta das terras americanas estava baseada no *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348) que, posteriormente, em 1505, foi revisado pela *ley I de Toro* que foi acomodada, com outras 82 leis, na *Nueva Compilación*, de 1567; em 1530, Carlos V determinou, expressamente, a aplicação do direito de Castela nas Índias conforme a ordem estabelecida na *ley de Toro*, *Rec. Ind.* 2,1,2:

Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido ni declarado lo que se debe proveer por las leyes [de esta Recopilación], o por cédulas, provisiones, y ordenanzas dadas y no revocadas para las Índias, y las que por nuestra orden se despacharen, se guarden las leyes de nuestro Reino de Castilla, conforme a la de Toro, así em cuanto a la substancia, resolución y decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar ³⁰²

A *Ley de Toro* estabelecia uma hierarquia das fontes, primeiramente, dever-se-ia aplicar os ordenamentos, ou seja, as leis reais promulgadas pelas Cortes, e as pragmáticas, atuais ou futuras, *i.e.*, as leis promulgadas pelo próprio rei; a partir de 1487, essa legislação tinha sido organizada em uma compilação de autoria de Alonso Díaz de Montalvo, e embora

³⁰¹ D. DE ABREU DALLARI, *A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual*, in *REB-Revista de Estudios Brasileños*, 2 (2014), vol. 1- n. 1, USP-Universidad de Salamanca, 2014, p. 81 passim

³⁰² *Recopilación*, op. cit., t. I, p. 126.

tivesse sido encomendada pelos reis católicos, não foi sancionada, mas teve uma grande difusão e foi muito utilizada na prática. Em 1567, promulgou-se uma *Recopilación de las leyes destos Reynos* conhecida como *Nueva Recopilación*, bem mais completa que o *Ordenamiento de Montalvo*, tendo-o absorvido completamente; a partir desse momento a referência à hierarquia das fontes devia entender-se a essa nova legislação; no final de 1805, uma nova compilação foi feita, a *Novíssima Recopilación de las Leyes de España*, que substituiu e absorveu a *Nueva Recopilación*, a esse novo corpo legislativo dever-se-ia aplicar a hierarquia das fontes prevista na *Ley de Toro*. A *ley I de Toro* mandava aplicar, secundariamente, *las leyes de los fueros, así del fuero de las leyes como las de los fueros municipales*³⁰³, entendendo-se por *fuero de las leyes*, o *Fuero Real*, do século XIII, e as *Leyes del Estilo*, da mesma época, que eram uma coleção de sentenças basedas no *Fuero Real*, assim como, dever-se-ia aplicar os *fueros municipales* que incluíam o *Fuero Juzgo*, já que este vigorava em várias localidades do reino; a lei, ademais, exigia que eles estivessem em uso e não fossem contrários à legislação real. Por último, a *ley I de Toro* prescrevia que se recorresse às leis das *Siete Partidas* que representam a tradição do *ius commune*, posto que o direito contido nas *Partidas* é o Direito romano na versão elaborada pelos glosadores. No caso de dúvidas na interpretação ou choque entre normas a serem aplicadas ao caso concreto, segundo a hierarquia estabelecida, a própria Lei de Toro ordenava que se fizesse recurso ao rei para se obter um esclarecimento, o denominado *referimiento al legislador*³⁰⁴.

A unidade jurídica das Índias com o Reino de Castela, decorrente da incorporação dessas terras à Coroa, sofreu duas limitações: 1. Em 1614, estabeleceu-se que a nova legislação aprovada para Castela somente seria aplicada nas Índias se fosse especialmente autorizada por uma cédula real³⁰⁵; este foi, no entender de A. GUZMAN BRITO um ato de realismo visto que as circunstâncias indianas eram bastante diferentes das peninsulares, sendo, portanto, imprudente aplicar, indiscriminadamente, uma legislação concebida para as terras da península ibérica, sem previamente se verificar a sua viabilidade nas terras americanas; a partir de então, pôde-se ter uma nova legislação para Castela que não necessariamente vigoraria nas Índias. A segunda limitação decorreu da ratificação da

³⁰³ *Ley I de Toro, Transcripción de las Leyes de Toro según el original que se conserva em el Archivo de la Real Chancillería de Valladolid.*

Disponível [on-line] in http://faculty.georgetown.edu/sallesrv/courses/SPAN-59/span459/pdfs/leyes_toro/leyes_96.pdf. [06-01-2019].

³⁰⁴ A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 196-198.

³⁰⁵ *Rec. Ind.* 2,1, 40: *Otrosi mandamos a los Virreyes, Presidentes, Audiencias, Gobernadores y otras qualquier Iusticias de todas nuestras Indias, Islas y Tierra firme de el Mar Oceano, que no permitan se execute ninguna pragmatica de las que se promulgaren em estos Reynos, si por especial Cedula nuestra, despachada por el Consejo de Indias no se mandare guardar em aquellas Provincias.*

validade e da vigência dos direitos consuetudinários indígenas, desde que não fossem contrários à Fé e à legislação real (*Rec. Ind.* 2,1,4); os direitos indígenas adquiriram o caráter de direitos especiais, conseqüentemente, muitos direitos consuetudinários vigoraram nas terras americanas. Assim sendo, quando se fala de unidade jurídica esta noção deve ficar restrita à sociedade não indígena, *i.e.*, à república dos espanhóis, como se dizia naquela época, em contraposição à república dos índios. Por outro lado, com o passar do tempo, foi necessária uma legislação específica para os territórios americanos que levasse em consideração as suas peculiaridades, o resultado da promulgação dessas normas especiais, aplicáveis somente nas Índias, foi a criação do denominado ‘direito indiano’; com o surgimento e desenvolvimento desse direito, o direito de Castela se tornou um direito supletivo que se aplicava na falta da norma de direito indiano. A legislação indiana foi compilada, em 1680, com a denominação de *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*³⁰⁶.

O direito civil que vigorou na América Lusitana tem suas raízes no antigo direito civil português, tendo o Brasil e Portugal uma história jurídica comum, sendo o direito civil brasileiro bem mais próximo da velha tradição jurídica portuguesa do que o direito civil lusitano dos tempos modernos. Ressalta G. BRAGA DA CRUZ que a penetração das ideias liberais no Brasil foi menos acentuada que em Portugal, conseqüentemente, a febre de inovações precipitadas, em terras brasileiras, foi bem menor que em terras lusitanas “oferecendo-nos, ainda hoje, a nação brasileira um sistema jurídico-privado muito mais próximo da velha tradição portuguesa, muito mais liberto de influências estrangeiras, que o próprio sistema jurídico vigente em Portugal!”³⁰⁷. Destarte, a formação do direito civil brasileiro foi profundamente romanística.

Após a proclamação da independência política do Brasil, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das *Ordenações Filipinas*, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I “enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alteradas”³⁰⁸.

³⁰⁶ A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 199-202.

³⁰⁷ G. BRAGA DA CRUZ, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 50 (1955), p. 65.

³⁰⁸ Lei 20 de outubro de 1823, art. 1: “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que

Tratava-se do direito civil português disciplinado especialmente no livro IV da *Ordenações Filipinas*, de 1603. Eram elas o resultado de um longo desenvolvimento que teve o seu início no período da Reconquista da Península Ibérica aos mouros, quando na península se tinha como fontes do direito, de um lado, o Código Visigótico, também denominado *Forum Iudicum*, designação essa que na tradução feita por ordem de Fernando III, se verterá por *Fuero Juzgo*, por outro lado, direito costumeiro composto, principalmente, por usos de origem romana vulgar, germânica, canônica e muçulmana, consubstanciados nos estatutos municipais, os forais, a partir dos fins do século XIII. O Código Visigótico, na sua terceira e última versão, a forma vulgata³⁰⁹, foi, na legislação bárbara o que mais recebeu influência do Direito romano pós-clássico; no direito costumeiro ao lado dos elementos canônicos e germânicos, destacavam-se os elementos romanos, provenientes do direito romano vulgar. No século XIII, ocorre em Portugal a recepção do Direito romano na forma em que ele vinha sendo estudado e analisado pelos doutos de Bolonha, os glosadores; essa recepção no meio português se dá através dos portugueses que tinham estudado nas universidades italianas. A difusão do Direito romano se deve, mormente, à universidade fundada, em 1290, por D. Diniz, em Lisboa, e, mais tarde, transferida para Coimbra. A recepção do Direito romano e os reflexos da renovação do direito canônico acarretaram o fortalecimento da autoridade do rei, visto que este é consequência de princípios evidenciados no estudo do *Corpus Iuris Civilis*, que passou a editar leis gerais que seriam acomodadas, posteriormente, nas *Ordenações Afonsinas*, as quais tiveram sua elaboração concluída em 1446, reunindo não somente as leis gerais mas também resoluções régias, concordatas e costumes nacionais ou de determinada cidade. Essas Ordenações foram atualizadas e substituídas pelas *Ordenações Manuelinas*, no século XVI, as quais foram trocadas pelas *Ordenações Filipinas*, a causas das inúmeras leis extravagantes que as sucederam. Leciona J.C. MOREIRA ALVES que a romanização do direito português se deu por meio desses três monumentos legislativos quer pelo seu conteúdo, quer por suas extensas lacunas, pois, se uma grande parte dos princípios neles inseridos foram retirados do Direito romano, ou, pelo menos, neste inspirados, as suas lacunas foram decisivas para a incorporação das regras

Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

³⁰⁹ Leciona M.J. de Almeida Costa que se dá o nome de forma vulgata do Código Visigótico a um conjunto de manuscritos de épocas diversas que vão desde a última fase da dominação visigótica até a Reconquista. Trata-se de revisões não oficiais, mas de origem privada que tomam por base a forma ervingiana, introduzindo modificações e acréscimos diversos. M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História*, op. cit., p. 148.

romanas ao direito luso, posto que o Direito romano foi utilizado como fonte subsidiária para o preenchimento dessas lacunas. Com efeito, já as *Ordenações Afonsinas* determinavam que nos casos não disciplinados pelas leis do Reino, pelos estilos da Corte, ou pelos costumes, aplicar-se-iam as leis imperiais, ou seja, o Direito romano e em matéria de pecado dever-se-ia recorrer ao direito canônico; faltando, ainda, a norma romana ou canônica era mister se observar a Glosa de Acúrsio, na insuficiência dessa, as opiniões de Bártolo, ainda que dela dissentissem os demais doutores. As *Ordenações Manuelinas* introduziram duas alterações nesse sistema de fontes: 1. As leis imperiais somente dever-se-iam guardar pela boa-razão em que eram fundamentadas, e as glosas de Acúrsio e as opiniões de Bártolo não deveriam ser seguidas se fossem contrárias ao entendimento comum dos doutores. Esse foi o sistema de fontes que foi acolhido pelas *Ordenações Filipinas*³¹⁰.

Promulgadas em 1603, durante o domínio espanhol em Portugal, e confirmadas por D. João IV em 1643, depois de restaurada a independência portuguesa, essas Ordenações se apresentavam antiquadas e defeituosas. Antiquadas porque querendo os seus compiladores permanecer fiéis à tradição jurídica portuguesa para evitar estremecimentos nasceram elas, no dizer de G. BRAGA DA CRUZ, já envelhecidas, pois, “em vez duma codificação progressiva e totalmente refundida, como as necessidades da época exigiam, as Ordenações Filipinas surgiram para a história como uma simples versão atualizada das Manuelinas”. Ademais, além de antiquadas eram as Ordenações defeituosas posto que à linguagem faltava clareza, as contradições eram frequentes e os preceitos legislativos eram prolixos, contudo, esses não eram os maiores defeitos, já que o caráter lacunoso de suas disposições era o aspecto mais grave, estando presente tal defeito nos cinco livros do Código Filipino, em particular no campo do direito civil, como assevera o mestre português “há capítulos inteiros do direito civil em que as Ordenações são totalmente omissas, e outros em que, só através de alguma disposição esporádica, pode-se vislumbrar quais as idéias mestras que o legislador teve em mente”; as leis extravagantes complementares às Ordenações padeciam dos mesmos defeitos da legislação codificada, assim sendo, grande foi a necessidade de se recorrer às fontes subsidiárias, *i.e.*, ao sistema do Direito romano, para se solucionar o problema das lacunas, assim como, para o entendimento das defeituosas disposições das leis portuguesas³¹¹.

A formação do direito moderno português inicia a partir de meados do século XVIII quando em Portugal começam a se difundir amplamente as novas ideias do jusnaturalismo e

³¹⁰ J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88 (1993), pp. 185-188.

³¹¹ G. BRAGA DA CRUZ, *A formação*, op. cit., pp. 35-36.

do *usus modernus pandectarum* que irão influenciar significativamente a ação legisladora do Marquês de Pombal e que irão afastar o direito privado português da sua velha tradição jurídica. A essas correntes jurisprudenciais se deve acrescentar, a partir do final do século XVIII e início do século XIX, o individualismo crítico expressão, no campo jurídico, do liberalismo político e do liberalismo econômico, ideias difundidas, por toda Europa, pela Revolução Francesa; o individualismo liberal representou uma espécie de segunda camada de inovação que veio a sobrepor-se ao jusnaturalismo propiciando a formação do direito privado moderno. Destarte, pode-se vislumbrar dois períodos distintos no desenvolvimento do direito privado moderno português: um primeiro período caracterizado pelas ideias do jusnaturalismo, que vai de meados do século XVIII até o início do século XIX; um segundo período caracterizado pela penetração das ideias liberais em Portugal que se tornará vultoso a partir de 1830, após a primeira vitoriosa revolta liberal. O primeiro período é comum à história jurídica do Brasil e de Portugal, mas o segundo corresponde à separação política das duas nações e à determinação de direções diversas na respectiva construção de suas instituições jurídico-privadas. O período do jusnaturalismo, comum à história jurídica das duas nações foi tipificado pela introdução em Portugal das correntes doutrinárias do direito natural e do *usus modernus pandectarum* que estavam interligadas posto que se a escola do direito natural defendia a existência de um direito eterno e imutável, fundado na razão humana e igual para todos os homens e válido para todas as épocas, a escola do *usus modernus pandectarum* propunha o estudo do Direito romano à luz do direito natural de cunho racionalista. O direito justinianeu só deveria ser aproveitado como direito subsidiário do direito nacional ou como elemento de interpretação das normas pátrias, ou seja, deveriam ser levados em conta aqueles princípios, fixados pelo Direito romano, conforme à razão e, portanto, imutáveis e eternos. O Direito romano deixava de ter uma autoridade intrínseca, já que essa autoridade personificar-se-ia no direito natural, na *recta ratio*, onde o intérprete das leis ou o julgador deveriam se inspirar para a resolução dos casos duvidosos ou omissos; o *Corpus Iuris* seria um simples recurso posto à disposição do intérprete para a individuação da *recta ratio*, mas desprovido de uma maior autoridade. O desenvolvimento do direito privado português será norteadado, a partir da segunda metade do século XVIII, por essa linha de pensamento: hostilidade e desconfiança perante o Direito romano; sua utilização somente como elemento de interpretação e integração das leis nacionais, nos moldes restritos preconizados pela escola do *usus modernus*; exaltação e proeminência das tradições jurídicas locais e recurso constante à lição dos direitos estrangeiros, mormente, nas matérias que exigiam uma regulamentação nova. Foi sob a influência dessas novas ideias que, durante o

reinado de D. José I, o Marquês de Pombal, secretário de Estado e representante do despotismo esclarecido, elaborou leis inovadoras dominadas pelo espírito do século³¹². Entre elas se destaca a Lei de 18 de agosto de 1769, a denominada *Lei da Boa Razão*, que representa uma firme reação em favor do direito lusitano.

A *Lei da Boa Razão*, no parágrafo 9, alterou as normas de utilização das fontes subsidiárias o que influenciou bastante o desenvolvimento do direito privado, pois que era nesse âmbito que se verificava uma maior necessidade de suprir as lacunas. Três são as determinações: a primeira proíbe, nas alegações e decisões, a utilização de textos de Direito romano ou outros textos doutrinários se a matéria estiver disciplinada nas Ordenações, nas Leis do Reino, nos Estylos ou nos costumes com força de lei, busca-se coibir o abuso de textos romanos e doutrinários nos julgamentos; a segunda determinação fixa o princípio de que os textos de direito civil não possuem autoridade extrínseca, mas somente autoridade intrínseca que lhe provém de ser essa fundada na boa razão, sendo essa boa razão aquela

“[...] que consiste nos primitivos Princípios, que conteem verdades essenciaes, intrínsecas, e inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e que os Direitos Divino e Natural formalizarm para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras, que de unanime consentimento estabeleceu o direito das Gentes para a direção, e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Economicas, Mercantis, e Marítimas, que as mesmas Nações Christãs teem promulgado com manifestas utilidades do socego publico, do estabelecimento da reputação, e do aumento dos cabedais dos Povos, que com as disciplinas d'estas sábias, e proveitosas Leis vivem felizes á sombra dos Thronos, e debaixo dos auspícios dos seus respectivos Monarchas, e Principes Soberanos [...]”³¹³

A terceira determinação estabelece que, na falta de leis pátrias, em matérias políticas, econômicas, mercantis, e marítimas, deve-se recorrer às leis das Nações civilizadas da Europa, e não às leis romanas³¹⁴.

A *Lei da Boa Razão* põe no mesmo plano o Direito romano e as leis estrangeiras, como expressões da *recta ratio*, afastando, segundo alguns intérpretes a possibilidade de utilização das leis romanas nas matérias políticas, econômicas, mercantis e marítimas. Complementando essas normas a Lei de 18 de agosto de 1769 dispõe que o direito canônico deixa de ser fonte subsidiária nos tribunais civis, revogando, dessa forma, as disposições das

³¹² G. BRAGA DA CRUZ, *A formação*, op. cit., pp. 36-39.

³¹³ J. H. CORRÊA TELLES, *Commentario Critico à Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*, Lisboa, Tip. de Maria da Madre de Deus, 1865, pp. 28-29; cf. *Auxiliar Jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*, vol. II, edição «fac-simile» da edição feita por Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 454.

³¹⁴ J. H. CORRÊA TELLES, *Commentario*, op. cit., pp. 30-31.

Ordenações que impunha a aplicação do direito canônico quando a matéria dissesse respeito ao pecado, assim como a aplicação da Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo. A grande reforma no campo jurídico será completada, no que concerne à interpretação da lei e à integração das suas lacunas, com a reforma dos estudos universitários, pois que os Novos Estatutos da Universidade, publicados em 1772 e inspirados pelo Marquês de Pombal, são, do ponto de vista de uma reforma verdadeiramente inovadora, o natural complemento da lei de 18 de agosto de 1769, haja vista que os Estatutos introduziram no ensino universitário as ideias do jusnaturalismo e do *usus modernus pandectarum*, tornando possível, o que a Lei da Boa Razão por si só não possibilitaria, a criação de uma nova mentalidade nas novas gerações de juristas, *i.e.*, como releva G. BRAGA DA CRUZ “duma mentalidade devidamente adaptada à compreensão do novo espírito que dominava a legislação portuguesa, e, sobretudo, adaptada aos novos métodos de interpretação e integração das lacunas da lei”³¹⁵.

Os novos Estatutos da Universidade de Coimbra, portanto, operaram uma radical reforma do ensino jurídico, fornecendo critérios práticos para se estimar a conformidade das leis romanas com a boa-razão, critério esse que era o adotado pelos mais ilustres representantes do *usus modernus pandectarum*, tais como HEINECCIUS, CARPZOV, THOMASIVS, STRYCK. Essa revolução no ensino do direito acarretou profundas mudanças no direito privado português através da interpretação e da promulgação de leis novas, *v.g.*, em matéria sucessória as leis pombalidas editadas nos meados do século XVIII, irão privilegiar a sucessão legítima em detrimento da sucessão testamentária posto que aquela é considerada mais compatível com a razão humana, estabelecendo-se, portanto, diversas restrições à sucessão testamentária; com o Alvará de 9 de novembro de 1754, introduzia-se uma significativa inovação de que a posse civil dos bens hereditários passaria automaticamente aos herdeiros, quando da morte do *de cuius*, e independentemente de aceitação, tratava-se da introdução do instituto da *saisine*, consubstanciado na notíssima regra *le mort saisit le vif*, instituto do direito francês, mas de origem germânica, pelo qual a posse dos bens hereditários se transmitia automaticamente aos herdeiros, subvertendo-se o princípio romano de que o herdeiro para entrar na posse dos bens do *de cuius*, tinha que deles se apossar. Esse movimento inovador irá se exasperar no primeiro quartel do século XIX, quando o liberalismo será implantado em Portugal; essa exacerbação decorria de várias causas: a

³¹⁵ G. BRAGA DA CRUZ, *A formação*, op. cit., pp. 44-45.

difusão das ideias liberais, a exaltação do individualismo, a adoção de princípios jurídicos inspirados nessa nova ordem de coisas e constantes das primeiras codificações³¹⁶.

O Brasil, porém, nesse momento proclamava a sua independência, separando-se de Portugal e iniciando a trilhar novos caminhos na busca da sua identidade jurídica, partindo do legado jurídico de Portugal.

3.3.2 Os códigos civis latino-americanos do século XIX

Os processos de independência na América Latina tiveram como vertente indispensável, na construção dos novos estados, a promulgação de códigos que pudessem dar início a um direito nacional, desvinculado do direito das metrópoles; almeja-se a construção de uma identidade jurídica própria. Nessa perspectiva, a primeira metade do século XIX verá o surgimento dos primeiros códigos civis da América Latina.

Consumada a independência a ideia de codificar surge desde os primeiros momentos, as próprias cartas constitucionais já previam a feitura de códigos que criassem sistemas jurídicos verdadeiramente nacionais. Nesse diapasão, havia duas vertentes possíveis. A primeira consistia em elaborar um sistema jurídico tomando como base o direito até então vigente, ou seja, o direito herdado das metrópoles, o direito indiano e o direito local, para reformulá-lo segundo os cânones da moderna ciência da legislação, já cristalizados nos códigos europeus; a outra vertente consistia em adotar em bloco, adaptando às várias realidades locais, os códigos já existentes, em particular os códigos franceses. É cediço que logo após ter conquistado a independência, as recém criadas repúblicas se encontravam em situações de grande turbulência, pois, era necessário organizar o governo e a administração dos novos Estados, de forma que a via mais rápida era a adoção dos códigos napoleônicos, justificando-se essa adoção com a alegação de que a empresa da codificação já havia sido consumada e não era mister repeti-la, posto que esses modelos estavam à disposição³¹⁷.

A história da codificação latino-americana, portanto, pode ser dividida em períodos relacionados com a maior ou menor influência do *Code Civil*, sendo dividida: 1. O primeiro período, de 1808 a 1845, caracteriza-se por que todos os códigos promulgados na região foram uma imitação desse corpo legal: Luisiana (1808); Haiti (1825); Oaxaca (1827-1829); Bolívia (1830-1831), recepção deste código no Perú em 1836 e na Costa Rica em 1841; República Dominicana (1845); 2. O segundo período que se inicia com o Projeto de Código civil do Perú de 1847, convertido em lei em 1852, atinge o seu ápice com a promulgação do

³¹⁶ J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama*, op. cit., pp. 189-190.

³¹⁷ A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 265-266.

Código chileno em 1855, caracteriza-se pela utilização do direito pátrio na composição dos códigos, ou seja, o direito castelhano-indiano ou o direito luso, adotando-se ordens sistemáticas distintas daquela do código francês que, contudo, entre outras fontes, constituiu uma fonte de inspiração de normas específicas, esses códigos irão exercer certa influência sobre outros países que os adotaram; 3. Um terceiro período que se inicia com a codificação do Uruguay de 1868 e a Argentina de 1869, em que o código francês não ocupa um lugar de destaque entre as fontes utilizadas, podendo-se incluir nesse período o *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS; 4. Um quarto período, já no século XX, de quase total declínio do *Code Civil* e início da influência do Código civil alemão, o *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch*, entrado em vigor em 1 de janeiro de 1900³¹⁸.

3.3.2.1 A recepção do *Code Napoléon*

Com efeito, o primeiro código civil da América Latina que seguiu o modelo do *Code Napoléon* de 1804 foi aquele da República do Haiti, cujo território englobava, até 1844, a futura República Dominicana. O código do Haiti aprovado em 1825 e entrado em vigor em 1826, foi uma reprodução do código francês, que já era utilizado como fonte subsidiária há dez anos, com poucas simplificações; este segue, portanto, o sistema expositivo do código francês nas suas divisões e rubricas, tendo, porém, 2047 artigos. A República Dominicana, depois da independência do Haiti, foi pelo mesmo caminho, adotando em 1845 diretamente o código civil francês, no idioma original, já com as modificações feitas na França em decorrência da Restauração de 1816; posteriormente, após a anexação à Espanha, em 1861, com a aprovação do código civil de Santo Domingo, em 1862, adotou-o de forma estável, na tradução para o espanhol, mas com as modificações aportadas ao texto até 1876. Um outro caso de recepção quase total do *Code Napoléon* ocorreu no México, o triunfo do federalismo acarretou que os estados da federação mexicana adquirissem a faculdade de elaborar seus códigos; entre as entidades federativas se deve assinalar Oaxaca, pois, mesmo incompleto logrou promulgar, por partes, seu Código civil, entre 1827 e 1829, o qual vigorou até 1837, posto que em 1836 o federalismo foi abolido no México, sendo repristinado em 1846. Esse código reflete, fortemente, a sua fonte, salvo algumas modificações, como por exemplo o fato de que neste se admite o pleno gozo dos direitos de liberdade, de segurança, de propriedade e de igualdade por parte dos estrangeiros, sem quaisquer condições. A

³¹⁸ Cf. A. GUZMAN BRITO, *La influencia del Código Civil Francés en las codificaciones americanas*, in *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855: influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés*, I. HENRÍQUEZ HERRERA-H. CORRAL TALCIANI (editores), *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 9 (2004), Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2004, pp. 49-50.

Bolívia, por sua vez, codificou logo após a independência, em 1825, adotando o modelo do código francês; o código civil boliviano foi promulgado em outubro de 1830 e entrou em vigor em abril de 1831, denominado de Código de Santa Cruz, nome do general Andrés Santa Cruz que presidiu a Bolívia depois da sua libertação da Metrópole. O código foi concebido como um instrumento que deveria retirar dos códigos vigentes tudo que fosse justo e adaptável a nova condição de liberdade da nação, este recepcionou do código francês de 1804 a trama, o estilo, cerca de dois terços dos artigos, tendo um total de 1571 disposições. As adaptações efetuadas concernem, v.g., ao matrimônio (art. 99), em relação ao qual se acolhe o direito canônico; às exigências dos indígenas (art. 455), disciplinados, conjuntamente, com os militares no que concernia aos testamentos privilegiados; mas, permanece fiel ao código francês quanto à necessidade de reciprocidade para a concessão do gozo dos direitos civis aos estrangeiros (art. 7), assim como admite que as obrigações de dar se aperfeiçoam com o simples consenso (art. 729); faz referência ao legislador em caso de lacuna das leis ou fundada dúvida sobre seu significado (art. 1570), em consonância com o disposto para o *casus dubius* na Constituição de Cádiz de 1812 (arts 131-1; 261-10), e à hierarquia tradicional das fontes. O Código Civil Santa Cruz vigorou por um pequeno lapso de tempo, com algumas modificações, nos Estados Norte-Peruano e Sul-Peruano, durante uma parte do período da Confederação Perú-Bolívia (1836-1839), tendo sido, primeiramente, suspenso e, após, revogado no espaço de apenas um ano, antes até da própria dissolução da Confederação. O Código Santa Cruz, na versão promulgada pelo Estado Norte-Peruano, foi adotado na Costa Rica, como Código Geral, depois da independência da Espanha, em 1821, e a sucessiva incorporação pelo México, em 1822, e a independência deste em 1823, e no quadro da superveniente dissolução da República Federal da América Central, ocorrida em 1848; estava o código dividido em três partes: civil, penal e processo, correspondendo a três códigos justapostos em que a unidade do 'sistema dos códigos' franceses se traduzia pela material justaposição, não era este um código geral nos moldes do ALR, este, na realidade, mais se assemelha ao Código do Reino das duas Sicílias de 1819 que, notoriamente, estava articulado em seis partes: 1. As leis civis; 2. As leis penais; 3. O processo civil; 4. O processo penal; 5. As leis especiais para o comércio; 6. O Estatuto Penal Militar para a Armada do Mar. Interessante notar que as primeiras cinco partes continham ao final um glossário da matéria tratada. No que tange a esses primeiros códigos, já foi, corretamente, observado que existe uma diferença entre a adoção do código francês de 1804 nos primeiros códigos daquela efetuada pelo Código civil da Bolívia, pois, neste se verifica uma primeira adaptação às exigências locais. A utilização do *Code Napoléon*, de forma

direta ou mediante a adaptação operada pelo código boliviano de 1831, foi proposta outras vezes, mas não logrou êxito. A contribuição do código civil francês no que concerne à formulação das normas, ao sistema dos códigos, aos institutos ou a normas singulares, mesmo que por intermédio de outros códigos ou projetos, foi bastante ampla, porém, após os primeiros decênios, é mais a base de que é portador, caracterizada pelo papel hegemônico das Institutas, que irá assumir um papel primário, vindo a constituir o direito sobre o qual as recentes repúblicas independentes realizam uma nova leitura na construção dos próprios ordenamentos e no desenvolvimento de um sistema comum que será reconhecido como um sub-sistema do sistema romanístico, com suas especificidades e peculiaridades. Em 1882, constituiu-se uma comissão para a revisão do Código geral de 1841, o novo texto foi aprovado em abril de 1885, e entrou em vigor em janeiro de 1888. O novo código modificou a estrutura do anterior com opções que, embora não alterem a sequência geral, modificam a organização das matérias nos diversos livros³¹⁹.

3.3.2.2 Codificação civil endógena

A primeira fase da codificação latino-americana, definida pela adoção e adaptação do modelo francês, pode-se considerar concluída em 1852, por ocasião da promulgação do Código civil peruano, embora, salienta A. GUZMAN BRITO, a data pudesse retroagir à 1847 quando foi editado o projeto desse código ou, até mesmo, aos anos 1841-1847 em que foram publicados os primeiros projetos chilenos de A. BELLO. Certamente, a partir de 1847, durante a década dos anos cinquenta, houve uma explosão do movimento codificador em toda a América Latina. Em 1847, publicam-se os projetos chileno e peruano, sendo promulgado este último como código em 1852, ano em que surge o projeto uruguaio de E. ACEVEDO e, em 1853, o projeto granadino de J. AROSEMENA, do mesmo ano o projeto chileno de A. BELLO e o projeto venezuelano de J. VISO, republicado em 1854; em 1855, promulgação do código chileno; publicação do projeto parcial, em 1858, do argentino M. UGARTE, bem como a publicação da *Consolidação das Leis Civis* de A. TEIXEIRA DE FREITAS; no final de 1859 o mexicano J. SIERRA entregou o projeto do primeiro livro de um código ao Governo, ao qual acrescentou o livro II e os três primeiros títulos do livro III em janeiro de 1860 e, em 1861, foram editados como *Projeto de um Código civil mexicano*, sendo promulgado como Código de Vera-Cruz, em dezembro de 1861. Nesse mesmo ano, começa-se a publicar o *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS. Contudo, o momento mais significativo dessa produção

³¹⁹ S. SCHIPANI, *Sistema jurídico latino-americano e códigos civis*, trad. port. Sérgio Tuthill Stanicia, in SCHIPANI, Sandro - BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.), *Sistema jurídico*, op. cit., pp. 270-273; pp. 285-286; cf. S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., pp. 291-293; p. 300.

codificatória foi, sem dúvida, o processo de codificação peruano, entre 1847 e 1852, já que essa codificação não foi nem uma adoção do Código civil francês, nem tampouco uma adaptação deste, mas, diferentemente, uma redação original com um conteúdo de direito pátrio, na feitura da qual o código francês serviu somente como pano de fundo. A codificação peruana, conseqüentemente, foi a primeira endógena na América Latina³²⁰.

O corpo legal elaborado no Perú, sancionado em 1852, composto por 2301 artigos, deu um novo direcionamento à codificação no continente, o Código francês não seria mais objeto de adoção ou adaptação, o que não significou abandoná-lo, totalmente, como fonte, mas este concorreria com outras fontes; a nova orientação consistiu na utilização do direito pátrio remodulando-o à luz das experiências europeias, entre as quais a francesa, acrescentando-se, ainda, doutrinas de diversos países; além dessa ampliação das fontes o código peruano abandonou o sistema de disposição das matérias do *Code Civil*, vejamos:

<i>Code Civil</i>	Código civil de Perú
Titre préliminaire De la publication, des effects et de l'application des lois en général	Título preliminar
Liv. I: Des personnes	Lib. I: De las personas y sus derechos
Liv. II: Des biens et des différents modifications de la propriété	Lib. II: De las cosas, de modo de adquirirlas, y de los derechos que las personas tienen sobre ellas Sec. Primeira: De las cosas Sec. Segunda: De los modos naturales de adquirir el dominio Sec. Tercera: Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación o donación Sec. Cuarta: Del modo de adquirir el dominio por herencia
Liv. III: Différentes manières dont on acquiert la propriété Tit. 1: Des successions Tit. 2: Des donations entre-vifs et des testaments Tit. 3: Des contrats ou des obligations conventionnelles em général	Lib. III: De las obligaciones y contratos

Elemento chave do sistema do código civil francês é a abolição da diferença entre o título e o modo de adquirir a propriedade, ou seja, de um contrato com efeitos meramente obrigacionais sem efeito translático, e a tradição como modo de transferir, entre vivos, a

³²⁰ A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 268-269.

propriedade; como é notório, o sistema do Código francês prevê que o simples contrato transfira a propriedade, por efeito das obrigações³²¹, portanto, os contratos precedidos pela sucessão, pelos testamentos e doações, integram o livro III sobre os diferentes modos de se adquirir a propriedade. O Código civil peruano se distancia do sistema do *Code Civil*, posto que adota o princípio romano-castelhano de que a propriedade, entre vivos, não se transfere com o contrato gerador de obrigações, mas sim pela tradição sucessiva a este; o Código operou um nítida separação da doutrina concernente aos modos de adquirir, que inclui a sucessão, disciplinada no livro II, daquela relativa às obrigações e contratos que aparece isolada no livro III³²².

O Código civil do Perú se distancia seja do *Code Civil*, seja das precedentes codificações latino-americanas, posto que ele se inspira nas obras dos praxistas espanhóis de oitocentos, haja vista que no que concerne à ordem das matérias em cada livro, o Código peruano parece inspirar-se na sistemática que os praxistas espanhóis costumavam adotar, como D. Eugenio de Tapia no seu *Febrero novísimo* (1828) e no seu *Febrero novísimamente redactado* (1845)³²³, vejamos:

Código Civil de 1852	<i>Febrero novísimamente redactado</i> por D. Eugenio de Tapia, t. 1, Madrid, 1845
Lib. I: De las personas y sus derechos	Lib Primero: De las personas
Sección primera: De las personas según su estado natural	Tit. I: Del estado natural y civil de las personas
Tit. 1: De los nacidos y por nacer	Cap. Primero: Del estado natural de las mismas
Tit. 2: De los varones y mujeres	Párr. 1. [...]Llaman los autores estado natural al que dimana de la misma naturaleza, y bajo este concepto se dividen las personas
Tit. 3: De los mayores y menores de edad	1. En nacidas, y por nacer ó existentes aun en el vientre de su madre
Tit. 4: De los capaces e incapaces	2. En varones y hembras
Sección segunda: De las personas según el estado civil	3. En mayores y menores
Tit. 1. De la dependência e independência de las personas en el ejercicio de sus derechos civiles	Cap. Segundo: Del estado civil de las personas
Tit. 2: De los peruanos y extranjeros	

³²¹ *Code Napoléon*, Édition originale et seule officielle, A Paris, de l'Imprimerie Impériale, 1807, Liv. III, *Dispositions Générales*, art. 711: *La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.*

³²² A. GUZMAN BRITO, *La influencia*, op. cit., pp. 44-46.

³²³ A. GUZMAN BRITO, *El tradicionalismo del código civil peruano 1852*, in *Revista de estudios histórico-jurídico*, n. 23, Valparaiso, 2001, pp. 547-565. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552001002300016&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 13 nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552001002300016>.

Tit. 3: De los vecinos y ausentes	<p>Párr. 1 Classificamos las personas según su estado civil del modo siguiente</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Naturales de España, y estrangeiros naturalizados ó avecindados 2. Estrangerosque no tienen carta de naturaliza ni vecindad 3. Vecinos domiciliados, ó transeutes
Tit. 4: De los clérigos	<p>Nel <i>Febrero novíssimo o librería de jueces, escribanos y abogados</i> (1828) existia disposição correspondente no Párr. 1, mas no <i>Febrero novísimamente redactado</i> desaparece devido aos efeitos do art. 4 da Constituição de 1837, conforme explica D. Eugenio de Tapia no Párr. 6 e na nt 2, p. 15</p>
Tit. 5: De los ingenuos, siervos y libertos	
Tit. 6: De la manumisión	

O Código civil peruano, por vezes, manifesta uma forte ligação conservadora com a sociedade tradicional e a sua divisão das pessoas, conservando a normativa relativa à escravidão, embora a Constituição de 1823 já dispusesse que ninguém nasceria escravo no Perú (art. 95 ss), cria normas especiais para os clérigos (arts 83 ss.), codifica a capelanía e o patronato (arts. 1189 ss.); no entanto, acolhe contribuições mais recentes, tais como a adoção, pela primeira vez na América Latina, do reenvio aos princípios gerais do direito em caso de lacuna da lei, acentuando dessa forma a sua ligação com o sistema. Esse código, com a ab-rogação de títulos inteiros, como por ex., aqueles concernentes aos ingênuos, aos escravos e libertos, permaneceu em vigor até 1936. Esse corpo legal, também, foi recepcionado na Guatemala, aprovado em março de 1877, entrou em vigor em setembro do mesmo ano, foram aportadas, em relação ao Código civil de 1852, algumas modificações e foram integradas algumas lacunas, mas, substancialmente, permaneceu fiel ao seu modelo, vigorando até 1933. Por fim, o projeto de 1847 do Código civil peruano, com relevantes modificações, a eliminação dos títulos relativos aos clérigos e à escravidão, foi adotado, em 1857, no Estado de Madalena da Confederação Granadina, restando em vigor até o final de 1866³²⁴.

A codificação peruana inaugurou um processo evolutivo que atingirá o seu ápice com o Código civil da República do Chile que foi promulgado em 1855, entrando em vigor em 1857. O código chileno constitui um dos grandes códigos próprios da América Latina. O

³²⁴ S. SCHIPANI, *Sistema*, op. cit., p.p. 274-275.

Chile, que fazia parte do Vice-Reinado do Perú, inicia a sua vida independente em 1818, e já em 1822, Bernardo O'Higgins, Diretor Supremo da Nação, em um discurso ao Congresso Constituinte, de julho de 1822, enaltecia o valor dos modelos franceses e propunha a adoção dos cinco códigos napoleônicos, mas não foi esse o entendimento predominante, pois que se optou pela posição contrária, *i.e.*, a elaboração de uma codificação com base na própria tradição castelhana, ou seja, códigos fundados no direito nacional, aquele produzido após a independência, assim como o direito anterior reformulado e consolidado, pondo-se no final de todas as disposições a fonte da qual elas derivassem; somente, posteriormente, far-se-iam as verdadeiras reformas. Na primeira fase, em 1833, procedeu-se ao diagnóstico da situação da legislação herdada da Espanha, propondo-se códigos nacionais; vários foram os projetos, mas entre eles se destaca o projeto de M. VIAL. Segundo esse projeto dever-se-ia compilar o direito pátrio e castelhano vigentes, apresentando as disposições normativas de forma concisa, acrescentando-se, no caso de lacunas, o que se pudesse extrair dos glosadores e de outros juristas renomados, com a citação da respectiva fonte ao final de cada artigo³²⁵. M. VIAL, porém, pleiteava, também, que finda a elaboração desse código, uma nova comissão deveria propor todas as reformas necessárias para adaptá-lo aos novos tempos, combinando, assim, as ideias de formulação e reformulação dos códigos. Por ocasião da discussão desse projeto, pela primeira vez, A. BELLO, jurista venezuelano que tinha sido convidado a se transferir para o Chile de Londres, onde residira há cerca de 20 anos, pôde manifestar as suas ideias acerca da fixação do direito. Com efeito, em um artigo publicado no *El Araucano* n. 146, de 28 de junho de 1833, defendeu o projeto Vial, colocando em evidência, de um lado, a necessidade de se substituir os velhos códigos espanhóis, do outro lado, a existência, no projeto, de dois objetos que denominou 'codificação' e 'reforma do direito', afirmando que:

El plan de codificación debe em nuestro concepto separarse cuidadosamente del plan de reforma. Amalgamar desde el principio uno y otro, sería luchar de frente con todas las dificultades a un tiempo y engolfarnos desde luego en el vasto piélagó de las especulaciones en que son tantos y tan temibles los escollos³²⁶

Passando, em seguida, a definir o que entendia por 'codificación':

Reducidas las leyes civiles a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y de frases redundantes, sin la multitud de vocablos o de

³²⁵ C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nova série, ano XLVI, n. 136, janeiro-abril de 2013, pp. 134-35.

³²⁶ A. BELLO, *Codificación del Derecho Civil*, in *O.C., Opúsculos Jurídicos*, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885, p. 36.; cf. *El Araucano*, 28 de junho de 1833, reproduzido por A. Guzman Brito, *La codificación*, op. cit., p. 465.

locuciones desusadas, que ahora las embrollan y oscurecen, descartadas las materias que no han tenido nunca o que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos³²⁷

Dessarte, a codificação para A. BELLO deveria estar baseada no direito vigente, consistindo em uma operação técnica de depurá-lo de todas as imperfeições externas e de organizá-lo, ou seja, uma consolidação de todas as fontes existentes, assim, continua A. BELLO, “La reforma de nuestras leyes civiles, será infinitamente mas fácil i obvia, teniéndolas todas a la vista em una colección ordenada i metódica³²⁸”, poder-se-á simplificar partes da legislação, preenchendo suas lacunas e introduzindo inovações exigidas pela nova formação política. Nessa primeira fase, A. BELLO considerava não ser possível executar, conjuntamente, as tarefas de codificar e de reformar, dever-se-ia primeiro codificar para posteriormente reformar. Contudo, após receber o encargo do ministro Diego Portales para ordenar a legislação vigente e redigir um projeto de código civil, o jurista chileno-venezuelano irá mudar de posicionamento, posto que embora teoricamente as tarefas de consolidação e de reforma tivessem que produzir dois corpos diferenciados, ele executará a sua obra codificatória integrando as duas tarefas, consolidar e reformar, em uma única operação, dando origem a uma nova concepção de ‘codificação’. Assim sendo, para A. BELLO, inegavelmente, o código deveria ser edificado sobre a base do direito vigente consolidado e, por vezes, reformado; o novo código para o Chile deveria estar baseado, principalmente, no direito castelhano vigente, em particular nas *Siete Partidas*, cuja consolidação se levaria a cabo com a ajuda dos comentaristas do direito espanhol, sem se desprezar a doutrina francesa e as inovações trazidas pelo *Code Civil*. Em artigo publicado no *El Araucano*, de 6 de dezembro de 1839, explica o codificador chileno:

[...] ¿Y por qué empeñarnos en innovaciones más extensas? Nuestra legislación civil, sobre todo la de las *Siete Partidas*, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan ilustrada parte de Europa atestiga su excelencia [...] En matéria de legislación civil, casi todo está hecho; y para lo que falta o lo que necessita de enmienda, tenemos abundantes materiales em la obras de los expositores;³²⁹

Salienta, ainda, A. BELLO que os legisladores franceses se serviram dos trabalhos de Dumoulin, Domat e, sobretudo, de Pothier para redigir o seu precioso código, portanto, os trabalhos de Gómez, Acevedo, Matienzo, Cobarruvias, meditados, convenientemente, e comparados entre si, poderiam de igual forma auxiliar na redação do Código civil chileno.

³²⁷ *Idem*, p. 37

³²⁸ A. BELLO, *Codificación*, op. cit., p. 38.

³²⁹ A. BELLO, *Crónica Judicial*, in *O.C.*, *Opúsculos Jurídicos*, vol IX, Santiago de Chile, 1885, pp. 298-299.

Em suma, para A. BELLO o primeiro Código civil do Chile seria mais uma consolidação do que uma verdadeira reforma³³⁰.

Nesse contexto, em 1840, o primeiro projeto é submetido à análise de uma Comissão criada pelo Congresso, cujos resultados foram publicados, em duas fases, e constituem o Projeto de 1841-1845 e o Projeto de 1846-1847; entre 1848 e 1853, A. BELLO redige um Projeto completo, vindo a ser publicado e examinado por uma Comissão Revisora, composta por magistrados e juristas, sendo, também, o seu texto objeto de análise por parte dos tribunais. Esse texto modificado foi apresentado ao Congresso Nacional, em 1855, que em dezembro do mesmo ano o sancionou como Código civil do Chile, entrando o texto em vigor em 1 de janeiro de 1857³³¹.

Promulgado o código chileno houve na América Latina um novo modelo que poderia ser adotado pelos países que ainda não tinham codificado o velho direito ainda vigente. Destarte, o corpo legislativo do Chile, logo, foi recepcionado por outras repúblicas; em 1859, o El Salvador o adotou; em 1860, o Equador; sucessivamente os estados da Confederação Granadina o recepcionaram entre 1858 e 1866; a Venezuela em 1862; a Nicaragua em 1867; Honduras em 1880 y novamente, após um intervalo, em 1906; a República da Colômbia o introduziu em 1887; influenciou, ademais, na redação do código do Uruguay³³². A. TEIXEIRA DE FREITAS, na *Consolidação das Leis Civis*, afirma que “O Código Civil Chileno é um belo trabalho”³³³.

O Equador se emancipou da Espanha em 1822 e passou a fazer parte da República da Grande Colômbia, que compreendia o departamento da Venezuela e da Nova Granada, participando das iniciativas para a elaboração de códigos, possivelmente, recepcionando-se o modelo francês. O Equador se constituiu em República independente em 1830, e o seu texto constitucional já previa a codificação. Destarte, foi elaborado um Projeto que recepcionava o *Code Civil*, este foi submetido à avaliação do Congresso em 1831, mas não foi aprovado; posteriormente, houve a proposta de que fosse acolhido o Código Santa Cruz de 1831, submetido o Projeto ao Congresso, em 1837, não obteve a aprovação; em 1855, a própria Corte Suprema de Justiça foi encarregada de redactar um projeto de código, esta iniciou os trabalhos tomando como texto base o Código civil boliviano de 1831, mas quando já havia desenvolvido cerca de metade do trabalho, em 1857, decidiu substituir o texto base

³³⁰ A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 466-471.

³³¹ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 295.

³³² A. GUZMAN BRITO, *La codificación*, op. cit., pp. 271-272.

³³³ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 200. LVII.

com o Código civil de autoria de A. BELLO, que acabava de entrar em vigor, o texto foi analisado e poucas mudanças foram feitas, publicado, o Projeto revisado tramitou em pouco tempo pelo Congresso, sendo aprovado em setembro de 1857, mas só foi promulgado em 1860, entrando em vigor em janeiro de 1861.

Santa Fé de Bogotá, capital da Nova Granada, declarou a sua independência em julho de 1810, mas o período imediatamente sucessivo foi uma era caótica, posto que os dirigentes de Santa Fé se, de um lado, viam, corretamente, que era necessária a união para enfretar os perigos comuns e estabilizar o novo estado de coisas, por outro lado, pretendiam conservar para a capital o seu lugar de destaque, causando nas províncias, que já alimentavam os anelos de autonomia, um acirramento dos ciúmes regionais que havia de conduzir, inevitavelmente, à reconquista espanhola e à ruína de todas. Há início a luta entre centralistas e federalistas, ao mesmo tempo em que se combatia a guerra pela independência da Metrópole, entre monarquistas e republicanos; finalmente, em 7 de agosto de 1819, decidiu-se a sorte de todo o Vice-Reinado de Nova Granada, pois, o Libertador Simon Bolívar desbaratou, na Puente de Boyacá, o exército espanhol que caiu prisioneiro do vencedor. Bolívar propõe a fusão da Nova Granada e da Venezuela em uma única e potente República que será efetuada no Congresso de Angostura, no decorrer do qual Francisco Antônio Zea irá redigir, em 17 de dezembro de 1819, a lei fundamental da Grã-Colômbia³³⁴. Dissolvida a Grã-Colômbia, o Estado de Nova Granada, em 1832, aprova a sua primeira Constituição, em seguida será elaborada a Constituição de 1843, e por fim aquela de 1853; as cartas constitucionais concediam ampla autonomia às Províncias que, sucessivamente, tornar-se-ão estados federados da República, essa transformação resultará na Constituição da Confederação Granadina que se transformará, em 1863, nos Estados Unidos da Colômbia, surgindo, finalmente, em 1886, o estado unitário da República da Colômbia, com uma nova constituição. O primeiro projeto de código civil foi o de J. AROSEMENA, em 1853, tendo esse como texto base o Código civil peruano de 1847, que foi aprovado, em 1857, como Código civil do Estado de Madalena, esse foi o primeiro texto codificado que vigorará no território que formaria a República da Colômbia. Contudo, os outros estados não acolheram o código peruano, preferiram adotar o modelo chileno. O primeiro passo foi dado pelo Estado de Santander que, em 1858, recepcionou o código de A. BELLO, seguido pelo Estado de Cundinamarca que aprovou o código chileno em janeiro de 1859, no mesmo ano o Estado de Cauca o acolheu; o Estado de Tolima, em 1861, sancionou o código de Cundinamarca,

³³⁴ R. RIVAS, *Emancipação e organização constitucional da Colômbia, 1810-1932*, in P. CALMON (coord.) *História das Américas*, v. 6, São Paulo, W.M. Jackson, 1947, p. 240; pp. 254-255; pp. 299-302.

recepcionando, indiretamente, o código de A. BELLO. O Distrito Federal de Bogotá, criado em 1861, determinou que a matéria relativa à sucessão intestada fosse regulada pelo livro pertinente do código do Estado de Cundinamarca; no Estado de Bolívar foi editado um primeiro código em 1852, não fiel ao código chileno, mas, em 1883, sancionou-se um novo código que se adequava ao modelo do código de Santander. O Estado de Panamá recebeu o código de Cundinamarca que entrou em vigor em março de 1862, da mesma forma o acolheram o Estado de Boyacá, entrando em vigor em 1864, e o Estado de Antioquia, vigorando a partir de janeiro de 1865. O processo de recepção do modelo de A. BELLO nos estados confederados se concluiu quando o Estado de Magdalena determinou a adoção do código de Cundinamarca em 1866, e o Distrito Federal, em 1873, e o Estado de Bolívar, em 1883, adotaram o modelo do código de Santander. Quando, em 1886, abandonou-se a forma federal de estado, sanciona-se um código civil para toda a nação baseado naquele de Santander, por conseguinte, a República da Colômbia adotou um código segundo o modelo do código chileno, com algumas modificações, entre elas, a reintrodução do princípio francês da reciprocidade internacional como pressuposto para o gozo de direitos concedidos aos estrangeiros, posto que a experiência do México que havia perdido grande parte do território adquirido por estrangeiros, provocou certo temor e, logo, justificou-se a medida porque “por exemplo, os norte-americanos não poderão adquirir terrenos na Colômbia, na medida que isso é proibido aos colombianos nos Estados Unidos”; o código adquiriu vigência em julho de 1887 e permanece em vigor até os dias atuais³³⁵.

A Venezuela fazia parte da Grã-Colômbia, criada no Congresso de Angostura, em 1819, participando, portanto, das iniciativas codificatórias que aí ocorreram; em 1830, a Venezuela se separa da Grã-Colômbia, a sua primeira Constituição, deste mesmo ano, previa no seu art. 36 n. 22, a criação de códigos, tal disposição foi reiterada nas constituições de 1858, art. 64 n. 1; na de 1864, art. 43 n. 6; e naquela de 1874, art. 43 n. 6. O Congresso Nacional em 1840 constituiu uma Comissão Codificadora designando Francisco Díaz e os licenciados Francisco Aranda e Juan José Romero para proceder à elaboração dos códigos. Nos anos 1842 e 1843, essa Comissão apresentou os projetos dos códigos civil, criminal e do comércio, mas nenhum deles foi promulgado; em 1853, um Decreto de 23 de abril, com base em uma solicitação ao Congresso Nacional do jurista Julián VISO, que havia iniciado um projeto de código civil, ordenava que o Dr. Julian VISO fosse auxiliado com a quantia de duzentos pesos mensais pelo Tesouro público, durante dois anos, para que ele pudesse

³³⁵ C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación*, op. cit., pp. 138-139.

continuar a sua obra dos códigos civil e penal e os dos respectivos procedimentos. O resultado desse auxílio foi que em 20 de janeiro de 1854 o jurista J. VISO apresentou ao Presidente da República, general José Gregorio Monagas, um Projeto de Código civil, assinalando na sua Nota de apresentação que tinham servido de base ao trabalho a legislação de Justiniano; a espanhola; os códigos civis da França, o do Reino das duas Sicílias, o *Code Napoléon*, o da Sardenha, aquele da Holanda e os da Luisiana; ademais, a jurisprudência firmada por vários decretos da Corte de Cassação da França e do Tribunal Supremo da Venezuela; e da doutrina de Pothier, Merlin, Favard de Laglande, Portalis, Pardessus, Zaharie, Savigny, de alguns praxistas espanhóis e de M. L. de Vidaurre, jurista peruano, acrescentando que o texto base adotado fora o Código civil francês. Considerando o fato de que esse Projeto, ainda, regulava o estado das pessoas em livres e escravos, não se deu prosseguimento a ele, sendo totalmente esquecido, principalmente, após a abolição da escravidão pela lei de 24 de abril de 1854. Em 1862, J. VISO apresentou um novo projeto de código civil, totalmente diferente do precedente, já que, dessa vez, ele elegeu como fontes o Código de A. BELLO de 1855, as leis espanholas e o *Code Napoléon*. O novo Projeto foi promulgado como Código civil da Venezuela em 28 de outubro de 1862, com a previsão de entrar em vigor a partir de 1 de janeiro de 1863, porém, por Resolução do Departamento do Interior e da Justiça, de 2 de janeiro de 1863, o Código civil entrou em vigor, somente, em 9 de abril de 1863, porque o texto do mesmo não tinha sido distribuído em todo o território da República. Este primeiro Código civil da Venezuela teve uma vida efêmera de três meses e vinte dias, já que por Decreto de 8 de agosto de 1863 o general Juan Crisóstomo Falcón, que derrubou o governo do general José Antonio Páez, estabeleceu na República o sistema federal, sendo suspendida a vigência do código e restabelecidas as leis civis vigentes na data de 15 de março de 1858, exceto o Código de Comércio. Três dias depois do mencionado Decreto o general J. Crisóstomo Falcón criou uma comissão revisora da legislação do país, cujas funções seriam formular os códigos nacionais e apresentar projetos de leis que adequassem a legislação ao sistema federal. Faziam parte dessa Comissão J. VISO, D. BAUTISTA BARRIOS e A. FERMÍN RAMÍREZ, sendo-lhes concedido o prazo de quarenta dias para apresentar o projeto; a Comissão não adotou o modelo do *Code Civil*, mas optou pelo Projeto espanhol de F. García Goyena que não fora aprovado pelas Cortes espanholas. Este Código civil foi sancionado em maio de 1867, entrando em vigor em outubro do mesmo ano³³⁶. O Código civil de 1867 era, praticamente, uma reprodução fiel do Projeto de F.

³³⁶ O. E. OCHOA G., *Derecho Civil I: personas*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 158-160.

García Goyena que, como se sabe, era inspirado no modelo francês de 1804; em 1873, editou-se um novo código inspirado no Código civil italiano de 1865, que foi reformado pelo Código civil de 1896.

Até o final da década dos anos cinquenta e início da seguinte, vários países já haviam produzido seus códigos civis; tinham esses países três possibilidades: a) adotar ou adaptar o código francês (Haiti, República Dominicana, Oaxaca, Bolívia) ou elaborar um código que fosse dependente do modelo francês, mas feito na América (Costa Rica); b) formular um código próprio (Perú e Chile); c) e por fim, mais uma nova possibilidade, adotar o Código do Perú (Estado grandinho de Madalena) ou aquele do Chile (Equador, El Salvador, os Estados da Colômbia e da Venezuela).

No que concerne aos estados da América Central, o El Salvador depois da independência da Espanha, em 1821, após a incorporação e, posterior, independência do México, depois da participação na República Federal da América Central, da qual se separou em 1841, e a participação na Confederação, em 1842, com Nicaragua e Honduras, inicia o seu processo de codificação com a codificação da matéria mercantil em 1855, seguida pela matéria processual em 1857; em matéria civil e penal, por pressão do Presidente da República o Congresso decretou, em 1858, a formação de comissões encarregadas de elaborar os projetos do código civil e do código penal. No que se refere ao projeto de código civil os trabalhos das comissões findaram em 1859, e o Código civil foi promulgado no mesmo ano, entrando em vigor em maio de 1960; o conteúdo do código coincide quase completamente com o modelo oferecido pelo código de A. BELLO. No que tange à codificação civil na Nicarágua e em Honduras, ambas recepcionaram o modelo chileno. O Código civil da República da Nicarágua foi aprovado em março de 1867, permanecendo em vigor até 1904, segue o modelo do Código civil chileno, como aquele de El Salvador. A República de Honduras, também, seguiu a estrutura e o conteúdo do código de A. BELLO no primeiro corpo legislativo promulgado em 1880 que vigorou até 1898, quando foi substituído por um novo código elaborado a partir do código espanhol de 1889, porém, esse foi substituído por um terceiro código, em 1906, baseado novamente no Código civil chileno, mas com modificações mais significativas daquelas feitas no Código de 1880. Por fim, o Panamá, depois da separação da Colômbia em 1903, continuou adotando o Código civil colombiano de 1887 que tinha como modelo o Código civil de A. BELLO³³⁷.

³³⁷ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 297.

A codificação civil argentina, que constitui um dos grandes códigos próprios da América Latina, amalgamou as mais diversas influências para produzir um corpo normativo muito representativo e emblemático do continente latino-americano. À eleição da primeira Junta de Governo independente em Buenos Aires, em 22 de maio de 1810, que dava início ao processo de independência do Vice-Reino do Rio de la Plata, seguiu, em 9 de julho de 1816, a proclamação da Independência, na cidade de San Miguel de Tucumán, em 22 de abril de 1819, e o Congresso das Províncias Unidas promulgou, em Buenos Aires, a primeira Constituição argentina, que foi jurada em 25 de maio do mesmo ano. Os conflitos entre os partidários da forma unitária de estado e daqueles que defendiam a forma federal se concluíram, a partir de 1829, com a vitória desses últimos, aos quais se deve a constituição da Confederação das Províncias Unidas de 1853, não tendo Buenos Aires feito parte desta até 1862³³⁸. O texto constitucional de 1853 é aquele que corresponde, no sentido estrito, à denominada “constituição histórica”, devido ao fracasso da Constituição de 1819 e da Constituição de 1826, no primeiro caso ainda não se tinha as condições necessárias para se promulgar uma constituição, no segundo houve a rejeição do texto constitucional por parte das províncias no que concernia à forma unitária de estado³³⁹. O texto constitucional de 1853 fixava como competência do Congresso, em seu art. 64, n.11, a edição dos códigos civil, penal e de mineração. A elaboração de um projeto de código civil foi confiada, em 1857, a M. UGARTE e M. GAMBOA, que a iniciaram tendo como texto base o projeto espanhol de F. García Goyena, mas os trabalhos não superaram uma fase inicial. Buenos Aires, por sua vez, em razão da sua independência aprovou, em 1859, um Código comercial, elaborado com base em um projeto feito, privadamente, pelo jurista uruguaiano E. ACEVEDO em colaboração com o argentino D. VÉLEZ SANSFIELD, que foi sancionado para toda a Argentina em 1862.

A Argentina, em 1852, formou uma Comissão Geral de Codificação, dividindo o trabalho em quatro sub-comissões, a saber, civil, penal, mercantil e processo, sendo que a primeira teve como redator o jurista D. VÉLEZ SANSFIELD, que, porém, não apresentou resultados. Em 1863, o Executivo obteve uma autorização para formar novas comissões que pudessem redigir os códigos civil, penal, militar e de mineração, confiando-se, através de um Decreto de 1864, mais uma vez a D. VÉLEZ SANSFIELD a feitura do código civil argentino, o encargo previa além da elaboração do código propriamente dito, a redação de *Notas* em

³³⁸ *Ibidem*, p. 298

³³⁹ A. R. DALLA VÍA, *Constitución Nacional de 1853*, in *Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2015, p.123.

que se daria conta de qual fosse o direito vigente, bem como quais códigos modernos seriam utilizados e as justificativas de cada disposição. O presidente D. F. Sarmiento remitiu ao Congresso em setembro de 1869 a iniciativa de lei para que o projeto fosse aprovado, o que ocorreu em poucos dias, sendo este aprovado em 25 de setembro de 1869, entrando em vigor em janeiro de 1871³⁴⁰. O Código argentino compreende mais de quatro mil artigos, repartidos em quatro livros precedido por dois títulos preliminares: Título I: *De las Leyes*; Título II: *Del modo de contar los intervalos del Derecho*. O Primeiro Livro, *De las personas*, trata das pessoas, na seção primeira encontram-se as normas relativas às pessoas em geral; a seção segunda disciplina os direitos pessoais nas relações familiares. O livro II, *De los derechos personales en las relaciones civiles*, contém a disciplina dos direitos pessoais nas relações civis, a seção primeira deste livro contempla a normativa concernente às obrigações em geral; a seção segunda disciplina os fatos e atos jurídicos que produzem a aquisição, a modificação, a transferência ou a extinção dos direitos e obrigações; a terceira seção dispõe sobre as obrigações que nascem dos contratos. O livro III, *De los derechos reales*, é dedicado aos direitos reais e o livro IV, *De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes*, contém a normativa relativa às disposições comuns aos direitos pessoais e aos direitos reais, incluindo a matéria sucessória na seção primeira, a seção segunda, por sua vez, trata do concurso de credores e a terceira da prescrição.

Em uma carta de 21 de junho de 1865 com a qual enviava ao Ministro da Justiça o livro primeiro do seu projeto D. VÉLEZ SARSFIELD tece várias considerações que atestam o grau de amadurecimento da *iurisprudencia* latino-americana, pois, o código civil argentino é fruto de uma ampla reflexão em que o jurista argentino não só examina os códigos e projetos mais modernos, assim como estuda e analisa a doutrina para *legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes*, sublinhando que

Para este trabajo, he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América [...] Me he servido principalmente del Proyecto de Código Civil para España del Sr. Goyena, del Código de Chile, que tanto ventaja á los códigos europeos, y sobre todo, del Proyecto del Código Civil que está trabajando para el Brasil el Sr. Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos. Respecto à las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariae [...]³⁴¹

³⁴⁰ C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación*, op. cit., p. 147.

³⁴¹ Carta de D. Vélez Sarsfield, ao Ministro da Justiça, de 21 de junho de 1865, ao apresentar o primeiro livro do código civil argentino, in D. VÉLEZ SARSFIELD, *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Pablo E. Coni, 1874, pp. V-VI.

Quanto ao método utilizado D. VÉLEZ SARFIELD afirma que o sistema das Instituições de Justiniano é defeituoso, assim como critica o código francês de 1804, declarando, finalmente, que tinha seguido o método do jurista brasileiro A. TEIXEIRA DE FREITAS, exposto na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*³⁴².

O Código civil argentino é fruto de uma ampla releitura do sistema, das fontes romanas àquelas da tradição ibérica, aos códigos modernos europeus e latino-americanos e à doutrina, e de uma reflexão livre de condicionamentos em relação aos códigos e doutrinas europeias, embora alimentada pela cultura espanhola e europeia. A comunicação com a elaboração jurídica latino-americana mais amadurecida fornece subsídios para a edificação do código civil, em particular, o diálogo com o Código de A. BELLO e com a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, do qual, como o próprio jurista argentino declara, retirou muitos artigos e adotou a estrutura sistemática, sem acolher, porém, a parte geral do *Esboço*; enfim, a ligação com o sistema romanístico é assegurada pelo reenvio aos princípios gerais do direito no casos duvidosos (art. 16), como no Código do Perú de 1852, assim como pela concessão de direitos a qualquer pessoa, independentemente da sua condição de cidadão (art. 53), princípio esse que a partir da metade do século XIX irá se impor na codificação latino-americana, a despeito do disposto no célebre código francês³⁴³.

O Paraguai, no início do processo de independência da América Latina, fazia parte do Vice-Reinado do Rio de la Plata, quando se teve conhecimento dos acontecimentos ocorridos em Buenos Aires, em 1810, o Paraguai não aderiu à Junta de Governo ali criada e, em setembro de 1813, surge a República do Paraguai. Naquele ano foi aprovado um Regulamento de Governo que, porém, não traz nenhuma referência à necessidade de se proceder à codificação. O modelo seguido pela nova república foi aquele das antigas repúblicas, pois, optou ela pela ditadura. A escolha de um modelo tão peculiar, completamente diferente dos modelos das repúblicas modernas, atrasou, decididamente, o processo de codificação paraguaio. Após a morte do ditador José Gaspar Francia, verificou-se um primeiro interesse pela codificação das leis; em 1842 e em 1846, foram aprovadas algumas leis sobre a administração da justiça, adotando-se, ainda, uma parte do código de

³⁴² *El método que debía observar en la composición de la obra há sido para mí lo mas dificultoso y me ha exigido los mayores estudios. El método de las instituciones de Justiniano seguido en las escuelas por tanto siglos, y en muchos de los códigos, hasta el de Chile, es absolutamente defectuoso, y no podrá servir para formar sobre él libros elementales de enseñanza, que de toda necesidad deben seguir el órden del código que le sirva de base[...] Yo he seguido el método tan discutido por el sábio jurisconsulto brasileiro en su extensa y doctísima introducción á la recopilacion de las leyes de Brasil [...]*, in D. VÉLEZ SARFIELD, *Código Civil*, op. cit., pp. VIII-IX.

³⁴³ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 298

comércio espanhol. Em 1844, o Paraguai abandonou o modelo político da antiguidade e adotou o presidencialismo moderno; após a derrota militar na guerra contra a Triplice Aliança, composta por Argentina, Brasil e Uruguai, foi redigida uma Constituição semelhante àquela argentina de 1853, e, com a lei de 19 de agosto de 1876, entrou em vigor o código civil argentino que foi adotado com as modificações aportadas pela lei de 27 de julho de 1889. A introdução do Código civil argentino acarretou a privatização das terras que, precedentemente, eram quase que inteiramente públicas, assim como uma mudança radical da organização social e econômica. O Código civil de 1876 vigorou até 1985³⁴⁴. O Uruguai, como o Paraguai, fazia parte do Vice-Reinado do Rio do Prata, criado em 1776, mas, diferentemente, deste aderiu ao programa político traçado pela Junta de Governo de Buenos Aires, instalada-se em 1810. As pretensões expansionísticas luso-brasileiras desembocaram na invasão do território uruguaio, em 1816, sendo este anexado, em 1821, ao Brasil como Província Cisplatina; a guerra se concluiu, em 1825, com a independência do Uruguai do Brasil, sendo incorporado às Províncias Unidas do Rio do Prata, com lei de 25 de outubro de 1825. A resolução foi comunicada ao Imperador do Brasil, em 4 de dezembro de 1825, fazendo-o saber da disposição em que se achava o Governo das Províncias Unidas, no sentido de prover a segurança e a defesa da Banda Oriental. O Brasil respondeu com uma declaração de guerra e igual determinação adotou o Congresso das Províncias Unidas, em 1 de janeiro de 1826. Essa guerra irá findar somente com a Convenção de Paz entre o Brasil e as Províncias Unidas do Rio da Prata, de 27 de agosto de 1828, assinada no Rio de Janeiro, mediada pelo Ministro britânico Ponsonby, que pôs fim à Guerra Cisplatina e formalizou a independência do Uruguai, posto que o Brasil declarava separada do seu território a Província Cisplatina, cuja independência reconhecia, assim como o fazia o Governo das Províncias Unidas³⁴⁵. A Constituição do Uruguai foi jurada em 18 de julho de 1830 e previa no art. 17 n. 1, a elaboração e publicação de códigos, tendo a Câmara discutido o assunto nos anos de 1836 e 1837, mas sem êxito positivo. O jurista E. ACEVEDO tinha, nos meados, do século, elaborado, privadamente, um Projeto de código civil, enriquecido de *Notas*, que foi publicado em 1852, sendo apresentado à Câmara dos Deputados em 1853; após ter sido analisado por uma comissão, foi aprovado em 1856, passando para o Senado onde parou; a influência do modelo francês, de 1804, nesse projeto é mínima, tendo em vista uma reflexão

³⁴⁴ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 299.

³⁴⁵ C. HERAS, *O processo de independência no Uruguai*, in R. LEVENE-P. CALMON (org.), *História das Américas*, v. 5, Rio de Janeiro-São Paulo-Porto Alegre, W.M. Jackson, 1959, pp. 282-290.

bem mais articulada que leva em consideração, provavelmente, o projeto de código civil peruano de 1847, embora com significativas adaptações; evidente foi a intenção em alicerçar o código no *Fuero Juzgo*, nas *Siete Partidas*, no Direito romano e, mesmo que se tenha utilizado a literatura francesa, deve-se sublinhar a preferência por aquela espanhola. Em 1866 foi instituída uma comissão revisora do projeto de E. ACEVEDO, dela fazia parte T. NARVAJA, jurista argentino, que tinha estado, por um longo tempo, no Chile onde tinha acompanhado o processo de codificação chileno, este jurista foi o principal autor do trabalho no seio da comissão; o novo texto do código foi promulgado em 23 de janeiro de 1868, entrando em vigor em 1 de janeiro de 1869, já que a data fixada pelo decreto de 4 de fevereiro, ou seja 18 de julho de 1868, foi remarcada pelo decreto de 29 de julho de 1868. Na carta de transmissão do projeto ao Governador D. Fernando Flores, lê-se que o Código Civil Oriental foi extraído dos diversos corpos de direito herdados da Espanha, assim como de todos os Códigos vigentes ou em projeto dos povos cultos, e “mantiene la unidad y lógica e su sistema y bastante claridad en su método”, escrevem os autores do projeto. Ademais, informam que os antecedentes sobre os quais se elaborou a obra foram os códigos europeus, os da América, especialmente aquele, justamente, elogiado do Chile, os mais sábios comentaristas do *Code Napoléon*, o projeto do Dr. Acevedo, aquele do Sr. Goyena, o do Sr. Freitas, e aquele do Dr. Vélez Sarsfiel³⁴⁶. O código do Uruguai, baseado no Projeto Acevedo, dele conserva a formulação dos artigos e a estrutura, em que se observa o tratamento das coisas e os direitos sobre elas (livro II) separados da disciplina relativa aos modos de adquirir a propriedade incluídos no livro III, conjuntamente, com a sucessão testamentária; no livro IV, encontra-se a regulamentação das obrigações e das suas fontes³⁴⁷.

No México, devida à forma federal de estado, a elaboração de códigos competia aos estados, mas, em um primeiro momento, somente, o Estado de Oaxaca teve um Código civil, ainda que incompleto. Em 1836 o país se tornou um estado unitário que é estruturado conforme às disposições das Bases orgânicas da República mexicana de 1843, as quais previam no art. 187 novos códigos unitários. Contudo, as tendências federalistas prevaleceram e, em 1846, a forma federal de estado foi ripristinada, e a Constituição de 1824 voltou a vigorar, passando, portanto, a codificação civil a ser de competência dos estados federados. Os anos subsequentes foram bastante turbulentos para o México, principalmente, a causa da invasão dos Estados Unidos da América que acarretou uma significativa perda de

³⁴⁶ *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay*, Montevideo, Imprenta de La Tribuna, 1868, pp. I-II

³⁴⁷S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., pp. 299-300.

território no norte do país. Os acontecimentos que determinaram a queda de António López de Santa Anna, conduziram a promulgação de uma nova Constituição Federal em 1857, os agitados fatos que México enfrentou durante o século XIX, certamente, atrasaram o processo de codificação mexicano, além disso, em 1838, o jurista Juan Nepomuceno y Rodríguez de San Miguel havia publicado as suas *Pandectas hispano-mexicanas* com o intuito de suprir a falta dos códigos, mas, também, com uma clara intenção de postergar a feitura dos códigos que só foi retomada no começo da segunda metade do século XIX. Com efeito, em 1858, conferiu-se a J. SIERRA o encargo de redigir um código civil, o qual tomando como modelo o projeto de García Goyena, completou a obra em dois anos, enviando-se o texto aos tribunais e aos advogados para que fizessem observações, no entanto, o projeto era promulgado como Código civil do Estado de Veracruz. O Projeto de J. SIERRA foi submetido a várias comissões, entre os anos de 1862 e 1866, sendo promulgado, como Código civil do Império mexicano em 1866; esse código dependendo do modelo de García Goyena, indiretamente, liga-se ao *Code Napoléon*, mas com integrações significativas advindas do Código civil português de 1867 de A. L. de SEABRA; posteriormente, uma nova comissão, nos anos 1867 e 1870, revisou e analisou o Projeto Sierra, sendo o novo texto aprovado em 13 de dezembro de 1870, entrando em vigor 1 de março de 1871, como Código civil do Distrito Federal e da Baixa Califórnia. Quase todos os estados da federação recepcionaram esse código, alguns de forma literal outros com pequenas modificações³⁴⁸.

O Brasil no século XIX não logrou promulgar um Código civil não obstante a Constituição imperial de 1824, em seu art. 179, XVIII, tivesse, expressamente, previsto a codificação do direito brasileiro³⁴⁹, entretanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS, jurista baiano, irá produzir duas obras monumentais, a *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço*, que condensam um pensamento inovador e perfeccionista que influenciará vários codificadores latino-americanos, *in primis*, D. VÉLEZ SANSFIELD, autor do Código civil argentino. As obras de A. TEIXEIRA DE FREITAS podem, sem dúvida, ser consideradas como a contribuição brasileira para a codificação latino-americana, já que o Código civil brasileiro far-se-á somente em 1916, tendo sido a *Consolidação das Leis Civis* a legislação civil vigente no Brasil até a promulgação e entrada em vigor do Código civil de C. BEVILAQUA, que S.

³⁴⁸ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 301; cf. C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación*, op. cit., pp. 143-145.

³⁴⁹ O. NOGUEIRA, 1824, *Coleção Constituições*, op. cit., p. 86.

SCHIPANI considera um dos grandes códigos da América Latina, graças à estreita ligação entre o Código e a *Consolidação* e, em particular, com o *Esboço*³⁵⁰.

³⁵⁰ S. SCHIPANI, *Codici civili*, op. cit., p. 302-303.

4. OS MODELOS DE SISTEMAS CODIFICATÓRIOS DE A. BELLO E A. TEIXEIRA DE FREITAS

4.1 Andrés Bello, o jurista do Pacífico

Em Conferência, como delegado do Brasil, no Colegio de Abogados de Caracas, Venezuela, a 24 de novembro de 1955, na sessão conjunta do Colégio e da Academia de Ciências Políticas e Sociais, em encerramento das comemorações do centenário do Projeto de A. BELLO do Código Civil, H. VALLADÃO se referia ao codificador do Chile afirmando que no direito privado tinha grande apreciação, no Brasil, a obra de A. BELLO, esse verdadeiro jurista panamericano, ligado perenemente por seus trabalhos e por seu famoso Código civil ao direito das nações latino-americanas dos Andes, concluindo ser ele o Teixeira de Freitas do Pacífico, no sentido de que o codificador chileno gozaria da ‘glória suprema’ no Direito brasileiro e no Direito dos países do Atlântico Sul, e mais adiante, o internacionalista brasileiro o indica como “Don Andrés Bello, Jurista da América”³⁵¹. Essas poucas palavras proferidas por H. VALLADÃO nos dão a dimensão continental da obra de A. BELLO; ele não foi importante, somente, para o Chile, mas sim para os povos da América Latina, no decorrer do seu longo e sofrido processo de busca da liberdade, de busca de uma própria identidade jurídica, de estabilização do seu próprio direito através da codificação.

4.1.1 Alguns dados biográficos

Andrés BELLO nasceu, em Caracas, no dia 29 de novembro de 1781, filho do advogado Bartolomé Bello e de Ana Antonia López Delgado. Era o mais velho de oito irmãos, quatro varões e quatro mulheres. Seu avô materno Juan Pedro López, era um pintor venezuelano bastante conhecido na época. Em 1788, com sete anos, começou a estudar gramática e latim no Convento La Mercedes, sob a direção do Frei Cristóbal de Quesada. Em 1796, com quinze anos, iniciou seus estudos na Real e Pontifícia Universidade de Caracas, sendo aluno do presbítero doutor José Antonio Montenegro, na quarta classe de latim. Nesta mesma universidade A. BELLO foi promovido para o Curso de Filosofia, cujo professor era o doutor Rafael Escalona, estudando a doutrina escolástica, lógica, aritmética, álgebra e geometria, como matérias obrigatórias, antes de passar para o estudo da física experimental. Em 14 de junho de 1800, com 18 anos de idade, graduou-se Bacharel em Artes, na Real e Pontificia Universidad de Caracas. Esse primeiro título constituía um primeiro bacharelado preparatório que treinava o aluno para que ele pudesse aceder a um segundo bacharelado em Teologia, Leyes ou Medicina. Matriculou-se no primeiro ano de

³⁵¹ H. VALLADÃO, *Paz*, op. cit., p. 302; p. 304.

medicina, mas não concluiu o curso. Segundo alguns autores A. BELLO chegou a estudar direito em Caracas, mas o certo é que o codificador chileno era graduado em filosofia, conseqüentemente, possuía um excelente domínio do latim e uma boa formação em Filosofia, Ciência e Letras³⁵².

Com efeito, estando A. BELLO já no Chile, e querendo o governo legitimá-lo como o “literato de reconocida experiencia”, conforme previa a mensagem para promover a redação de um projeto de lei que estabelecesse um procedimento para a codificação do direito civil, endereçada ao Senado pelo governo de Fernando Errázuriz, do qual fazia parte Diego Portales grande admirador de A. Bello, decidiu-se conceder-lhe a cidadania chilena e o bacharelado em direito, posto que não era admissível que A. Bello elaborasse o código civil sendo estrangeiro e não sendo um bacharel em direito. Destarte, em 1836, o governo fez aprovar uma lei que concedeu a nacionalidade chilena a A. BELLO; e em 1836, a Universidad de San Felipe lhe conferiu o título de bacharel em Cânones e Leis, após ter-se verificado um conhecimento suficiente exigido para esse grau³⁵³.

Antes de se transferir para o Chile A. BELLO viveu muitos anos em Londres, onde havia chegado em 10 de julho de 1810, integrando uma delegação diplomática composta também por Simón Bolívar e Luís López Méndez; de 1810 a 1812 foi secretario da missão diplomática venezuelana; de 1822 a 1824, secretário da missão chilena; de 1825 a 1829 secretário e encarregado de negócios da delegação da Colômbia. Durante a sua permanência em Londres estudou a legislação e as instituições inglesas; estudou na biblioteca de Francisco de Miranda, na *London Library* e, principalmente na biblioteca do *British Museum*. No campo jurídico foi muito importante a estada em Londres, pois que A. BELLO toma conhecimento, de forma profunda, do direito internacional somando aos conhecimentos tradicionais as novidades produzidas no direito marítimo pelas guerras napoleônicas e pela independência da América e, no campo diplomático, pelo Congresso de Viena de 1815; de grande importância para a formação jurídica de A. BELLO foi, ainda, a sua adesão às ideias da Escola Utilitarista de J. BENTHAM. A. BELLO estudou, em Londres, toda a obra de J. BENTHAM e será nos *Traité de législation civile et pénale* e na *Théorie des preuves judiciaires* de J. BENTHAM que ele irá buscar subsídios para construir o seu Curso de Legislação universal, quando, em 1830, nomeado diretor do Colégio de Santiago, deu

³⁵² M. PACHECO GÓMEZ, *Don Andrés Bello y la formación del jurista*, in *Andrés Bello y el derecho latino-americano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 185-186.

³⁵³ A. GUZMÁN BRITO, *Vida y obra de Andrés Bello*, Santiago, Globo editores, 2009, p. 43.

aulas na instituição; o curso estava dividido em quatro seções: uma de introdução geral e as outras dedicadas ao direito público, ao direito privado e ao direito penal. Preparou para os alunos um texto composto, essencialmente, com trechos dos *Traité de législation* de J. BENTHAM³⁵⁴.

Fundamental para o futuro de A. BELLO foi a amizade, travada em Londres, com Mariano Egaña, representante diplomático do Chile na Inglaterra, que irá durar a vida toda, já que será ele que o convidará a se mudar para o Chile. Em 14 de fevereiro de 1829, A. BELLO, com sua mulher e seus seis filhos, zarpa, dirigindo-se para o Chile, onde chega em 25 de junho, precisamente, em Valparaíso.

Desde o primeiro momento A. BELLO foi incorporado na Administração Pública chilena, em 13 de julho de 1829, foi nomeado oficial maior do Ministério da Fazenda, para logo passar, em 1830, para o Ministério das Relações Exteriores, Justiça e Culto, como consultor e secretário e, já em 1834, foi nomeado oficial maior desse ministério, uma espécie de vice-ministro ou, melhor, sub-secretário, aposentando-se, em 1855, do cargo; a partir dessa função, no Ministério das Relações Exteriores, A. BELLO pode inspirar a política internacional do Chile. Além do cargo no Ministério das Relações Exteriores o jurista venezuelano-chileno recebeu o encargo, em 1 de fevereiro de 1830, de dirigir o Colégio de Santiago que sob o patrocínio de Diego Portales, ministro das Relações Exteriores, tinha começado a funcionar no início de 1829. Foi no Colégio de Santiago que A. BELLO principiou a sua atividade docente, dando aulas de direito natural e das gentes e de legislação universal. Em 1831, o Colégio de Santiago fechou suas portas, extinto o colégio, A. BELLO continuou suas aulas de direito natural e de gentes, assim como de legislação universal, na sua casa e, a partir de 1832, deu início, sempre privadamente, às aulas de Direito romano; em 1834, estendeu a sua atividade docente, dando aulas de latim, gramática e literatura castelhana; a partir dos apontamentos das aulas de Direito romano ele escreveu e publicou, em 1843, de forma anônima, um livro intitulado *Instituciones de Derecho romano*, quanto ao direito das gentes, inicialmente, A. BELLO utilizou apontamentos redigidos no período londrino, os quais deram origem, em 1833, ao volume *Principios de Derecho de gentes*, publicado mais duas vezes no Chile, com a intitulação *Principios de Derecho internacional*. Ademais, em setembro de 1830, por inspiração de Diego Portales, foi criado o periódico do Estado, denominado *El Araucano*, a sua função era propagar a ação do governo, publicando, inclusive, os decretos, leis e projetos; em 17 de setembro A. BELLO foi designado redator e

³⁵⁴ M. PACHECO GÓMEZ, *Don Andrés*, op. cit., pp. 186-187.

permaneceu na função até 1853. Das colunas do *El Araucano* A. BELLO agitou os temas que queria debater, tais como a codificação do direito e a reforma da administração da justiça; a obrigação dos juízes fundamentarem suas sentenças; a reforma do sistema hipotecário, assim como difundia os últimos avanços científicos e técnicos; fazia crítica literária; promovia o teatro e a música; ensinava como se devia falar e escrever o idioma castelhano. O periódico do Estado era um instrumento que ele utilizava para ensinar ao povo a cidadania³⁵⁵.

A docência privada de A. BELLO findou quando foi criada a Universidad de Chile, em 1839, que substituiu a Real Universidad de San Felipe que havia sido fundada por uma cédula do rei Felipe V, em 1738, a qual era composta pelas faculdades de Teologia, Cânones e Leis, Artes e Medicina. A lei orgânica da nova universidade, redigida por A. BELLO, previa que esta iria ser governada por um Reitor, assistido por um Conselho Universitário, composto pelo secretário geral e os decanos das faculdades. A Universidad de Chile foi instalada em 17 de setembro de 1843, ocasião em que A. BELLO pronunciou um discurso traçando as atividades e objetivos da universidade, um programa que ele irá seguir nos muitos anos em que será Reitor da Universidad de Chile, pois, A. BELLO irá manter o cargo de Reitor até o final dos seus dias, em 1865³⁵⁶.

A. BELLO toma parte na elaboração de várias leis, algumas delas preparatórias do código civil, o conjunto dessas leis é conhecido como direito intermédio, por terem sido adotadas no período que vai da Independência até a total derrogação das leis espanholas. A primeira delas é a lei de 24 de julho de 1834 sobre a propriedade literária, à qual iria fazer referência o Código civil no seu art. 584. Neste mesmo ano ele redige o texto de lei, proposto pelo presidente Prieto, sobre a faculdade dos estrangeiros de fazer testamento no Chile, sendo ela promulgada em 25 de julho de 1834. Em 1836 ele é consultado quanto à redação da lei sobre navegação em que constam diversas normas atinentes ao direito internacional, algumas das quais seriam abrigadas no Título IV, *De la ocupación*; participa ativamente da feitura da lei de 6 de setembro de 1844 sobre o matrimônio dos não católicos no Chile, antecipando-se matéria típica do Código civil. Uma autêntica lei civil foi aquela, de 8 de agosto de 1849, relativa à propriedade e a destinação dos terrenos abandonados, boa parte dessa lei passaria para o Código civil; preparatórias também foram as leis sobre privilégios, hipotecas e prelação dos créditos, de 31 de outubro de 1845 e 25 de outubro de 1854, que simplificaram, notavelmente, a confusão que existia na velha legislação, sendo a segunda

³⁵⁵ A. GUZMÁN BRITO, *Vida y obra*, op. cit., pp. 37-41.

³⁵⁶ *Ibidem*, pp. 47-49.

um antecedente direto do Código civil concernente à matéria. Foram também de sua autoria a lei de 14 de julho de 1852 sobre a desvinculação dos morgados³⁵⁷. Seu foi o projeto sobre o efeito retroativo das leis que influenciou a lei de 7 de outubro de 1861 sobre essa matéria; a ele se deve, também, o *Reglamento del registro conservatorio de bienes raíces*, de 24 de junho de 1857, que na realidade é um decreto com força de lei, com base no disposto no art. 695 do Código civil³⁵⁸, emanado pelo Presidente da República³⁵⁹.

No ano de 1845, A. BELLO começou a sofrer diversas enfermidades e, em 1853, quando já tinha setenta e dois anos, retirou-se da direção do *El Araucano* e, em 1855, aposentou-se do seu cargo no Ministério das Relações Exteriores, conservou a sua poltrona de senador até 1864 e a Reitoria até a sua morte, em 1865. O grande jurista do Pacífico morre em 15 de outubro de 1865.

4.1.2 O estudioso eclético

De todas as disciplinas cultivadas por A. BELLO a Filologia e a Gramática castelhana foram aquelas que mais diziam respeito a sua formação profissional, às quais ele se dedicou a vida toda. No campo da filologia castelhana aderiu ao romanticismo cultural, interessando-se pelo mundo medieval, em particular pela épica espanhola que tem como principal obra *El cantar del Mío Cid*, do século XII, do qual A. BELLO, em Londres, já havia concebido a ideia de fazer uma edição crítica que restituisse ao texto a sua forma original, liberando-o das glosas e das interpolações acumuladas no decorrer dos séculos. Trabalhou toda a sua vida nesta edição, mas nunca a reputou concluída, contudo, essa pesquisa originou alguns trabalhos que atestam a sua competência como filólogo. Publicou na *Revista La Biblioteca Americana* um comentário crítico à obra de Sismond de Sismondi intitulada *Literatura del Mediodía de Europa*, um estudo sobre os acentos e quantidades de sílabas no grego e no latim, assim como sobre a prosódia da língua castelhana; no *El Repertorio Americano* publicou outro texto sobre o uso antigo da rima assonante na poesia latina da Idade Média. Em 1852, publicou nos *Anales de la Universidad de Chile* uma resenha à *Historia de la literatura española* do norte-americano George Ticknor, fundador dos estudos hispânicos nos Estados Unidos. O interesse de A. BELLO pela gramática não foi somente determinado pelo afã de conhecimento, foi, essencialmente, determinado por um aspecto prático, pois,

³⁵⁷ Conjunto de bens indivisível e inalienável que se transmitia, numa família, de primogênito em primogênito, mas em linha reta varonil.

³⁵⁸ Art. 695. Un reglamento especial determina en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones

³⁵⁹ P. LIRA URQUIETA, *Introduccion*, in *Código Civil de la República de Chile, O.C.*, vol. XIV, Caracas, La Casa de Bello, 1981, pp. XXIII-XXIV; cf. A. GUZMÁN BRITO, *Vida y obra*, op. cit., pp. 46-47.

ele se apercebia que a língua comum dos vários povos que haviam surgido do desmembramento da Monarquia espanhola era um potente instrumento de união que poderia desaparecer se cada um desenvolvesse formas idiomáticas próprias, o que comportaria uma corrupção das formas originais, tal como havia ocorrido com o latim nas províncias romanas, no discurso de instalação da Universidad de Chile, ele afirma que o estudo do castelhano é de suma importância, e mesmo não sendo ele um purista exagerado que chega a condenar tudo aquilo que é novo, assinala que se pode

[...] ensanchar el lenguaje, se puede enriquecerlo, se puede acomodarlo a todas las exigências de la sociedade, y aún a las de la moda, que ejerce un império incontestable sobre la literatura, sin adulterar-lo, sin viciar sus construcciones, sin hacer violência a su genio[...]³⁶⁰

No entanto, adverte que não se deve dar espaço para neologismos extravagantes, do contrário:

[...] nuestra América reproducirá dentro de poco la confusión de idiomas, de dialectos y jerigonzas, el caos babilónico de la Edad Media; y diez pueblos perderán uno de sus vínculos más poderosos de fraternidad, uno de sus más preciosos instrumentos de correspondencia y comercio³⁶¹.

Em 1832, A. BELLO publicou um artigo sobre a necessidade de ensinar a língua materna às crianças; entre 1833 e 1834 apareceu uma série de trabalhos intitulados *Advertencias sobre el uso de la lengua castellana dirigidas a los padres de familia, profesores de los colegios y maestros de escuela*, nos quais ele denunciava o uso de barbarismos por parte dos chilenos e explicava o uso correto das palavras. Em 1834, publicou os *Principios de la Ortología y Métrica de la lengua castellana*, obra reeditada em 1850 e 1859; em 1841, editou, em Valparaíso, um opúsculo com o título de *Análisis ideológica de los tempos de la conjugación castellana*. Entretanto, a sua obra prima, nesses temas, foi a *Gramática de la lengua castellana destinada al uso de los americanos*, editada em Santiago, em 1847, e reeditada pelo autor, em 1853, em Valparaíso; sucessivamente, em 1854 em Santiago, novamente, em Valparaíso, nos anos 1857 e 1860. Essa quinta edição foi republicada várias vezes na segunda metade do século XIX, seja em Santiago que em Valparaíso. A *Gramática* de A. BELLO também foi publicada em Caracas e em Bogotá. Na Europa a primeira edição de 1847 foi reimpressa em Madri, no ano de 1853. A preocupação de A. BELLO relativa ao ensino do idioma fez com que ele publicasse, em 1851, uma

³⁶⁰ A. BELLO, *Discurso pronunciado em la instalación de la Universidad de Chile el día 17 de setiembre de 1843*, in *Anales de la Universidad de Chile*, 1843, t. I, p. 149; cf. ID., *Discurso*, op. cit., in *O.C., Opúscolos Literarios y Criticos*, vol. VIII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885, p. 315.

³⁶¹ *Ibidem*

Gramática para las escuelas. Os interesses linguísticos de A. BELLO se complementavam com aqueles relativos à bela literatura, à narrativa e à poesia. Em 1850, publicou, em Santiago um *Compendio de historia de la Literatura*, destinado ao ensino no Instituto Nacional; no que concerne à poesia A. BELLO se dedicou a ela desde a juventude, nas suas *Obras Completas*, editadas em Santiago, o volume III é dedicado à sua obra poética. Por fim, deve-se observar que, formalmente, A. BELLO era um filósofo, portanto, cultivou essa matéria no decorrer da vida; póstuma foi publicada, em 1881, uma obra intitulada *Filosofia del entendimiento*, na qual ele trabalhou durante 40 anos, e que consta do volume I, das *Obras Completas*, editadas em Santiago de Chile³⁶².

4.1.3 Andrés Bello jurista, docente, codificador

Em A. BELLO coincidem dois papéis: aquele de docente que desenvolve ou promove o ensino institucional-romanístico, e aquele de autor, para a República do Chile, do Código civil; a atividade docente se correlaciona, dinamicamente, com a atividade codificatória.

A primeira contribuição significativa para a cultura jurídica, no Chile, de A. BELLO é de 1830 e corresponde a proposta de instituição, no Colégio de Santiago, de uma cátedra de *Principios de legislación universal*; a mesma cátedra foi, também, instituída no Instituto Nacional, por ocasião da reforma do plano de estudos do instituto em 1832, permanecendo na configuração dada por A. BELLO até 1846, para ser, posteriormente, reduzida somente ao direito penal. Para o Colégio A. BELLO dispôs um programa impresso intitulado *Programa para los exámenes de los alumnos de la clase de Principios generales de legislación*, tendo ele próprio ministrado o curso em 1830; o programa se articulava em quatro libros e revela o profundo conhecimento que A. BELLO tinha da obra de J. BENTHAM, posto que resulta amplamente utilizada nos livros I, III e IV, enquanto o livro II estava baseado na obra de B. CONSTANT³⁶³.

Observa C. GHISALBERTI que nos anos em que como revolucionário liberal, defensor da independência das nações latino-americanas das Métopoles, A. BELLO viveu em Londres, certamente, frequentou ambientes culturais favoráveis às ideias professadas pelos latino-americanos refugiados na Inglaterra, ambientes culturais, imbuídos de doutrinas racionalísticas, reuniões em que se debatiam temas relativos às reformas legislativas e às codificações; sabemos, também, que o codificador do Chile trabalhou para J. BENTHAM, passando a limpo alguns manuscritos do filósofo inglês. Entretanto, é difícil sustentar a e

³⁶² A. GUZMÁN BRITO, *Vida y obra*, op. cit., pp. 59-63.

³⁶³ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 292-294.

xistência de uma ligação ideológica, ou uma segura derivação teórica entre as concepções de J. BENTHAM e as ideias de A. BELLO, não somente pelo fato de que eles pertenciam a mundos culturais e intelectuais tão diversos, mas, principalmente, pela quantidade enorme de estímulos aos quais o patriota latino-americano estava sujeito. Sabe-se que nos anos em que A. BELLO residiu em Londres o filósofo inglês estava dando os últimos retoques à sua teoria sobre a codificação do direito que ele havia iniciado a elaborar às vésperas da Revolução Francesa. No pensamento do escritor inglês o discurso codificatório não estava fundamentado em uma visão abstrata da realidade social, muito menos em uma visão de uma cosmogonia universal de marca iluminista, ao contrário, ligava-se à história concreta da Inglaterra e dos povos de língua inglesa residentes além do oceano, uma visão impregnada de saudável empirismo que tinha, no decorrer do tempo, caracterizado a abordagem do pensamento filosófico britânico às ciências sociais. O fato de que no pensamento de J. BENTHAM a ideia de um código de leis fosse elaborada a partir de uma tradição normativa de matriz medieval e de observância secular era objeto de particular interesse, assim como motivo de reflexão para aqueles que se apercebiam da necessidade que nos novos Estados dever-se-ia elaborar novos, ou ao menos, renovados sistemas jurídicos sem ruptura da continuidade das instituições civis fundadas na história e na cultura dos diferentes povos. A doutrina de J. BENTHAM, portanto, apresentava-se susceptível de uma interpretação mais dúctil; a causa do empirismo que a inspirava e a elasticidade que a caracterizava, a doutrina relativa à codificação de J. BENTHAM era bem aceita por aqueles que almejavam a elaboração de códigos, mas não segundo modelos pré-determinados, elaborados em outros países com sociedades com grau de desenvolvimento diferente e com exigências diversas, porém, muitas vezes, esses códigos eram aclamados e, logo, indicados como modelos a serem copiados. A partir disso se pode bem compreender os motivos que levaram A. BELLO a aderir às teses mais gerais do filósofo inglês³⁶⁴.

A. BELLO bem conhecia as peculiaridades da situação latino-americana, as raízes históricas do direito que regulava a vida social dos diversos países da América Latina, as tradições institucionais de profundas raízes, por isso, ele podia acolher, a partir da empírica filosofia do pensador inglês, a ideia de uma necessária codificação do direito, cuja realização concreta deveria aderir às exigências da sociedade à qual era dirigida. Não há dúvida, afirma C. GHISALBERTI, que acostumado às teses do humanismo historicista de A. VINNIUS e de J.

³⁶⁴ C. GHISALBERTI, *Il Codice Civile di Andrés Bello, Codice Latinoamericano*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 307-309.

G. HEINECCIUS e alimentado por uma visão, essencialmente, historicista da realidade política e social, A. BELLO deve ter acolhido do ensinamento de F. C. von SAVIGNY a lição de que uma legislação e uma jurisprudência devem permanecer aderentes à história e à cultura de um povo, sob pena de que se incorra na mais absoluta abstração. Isso explicaria a cautela com a qual A. BELLO irá atuar o seu programa codificatório, essa postura, porém, não contrasta com a sua defesa do Direito romano, aquele direito que no momento em que é celebrado pela sua completude, pela sua perfeição e pela sua universalidade, parece adquirir uma dimensão para além da história, transcendente, ou seja, a concretude dos diferentes sistemas positivos que, em diversos lugares e em diversa épocas, regulamentaram a vida social. A exemplaridade desse direito se deve ao fato de que o conjunto dos seus preceitos, de seus institutos, de seus conceitos fundamentais, cujo entendimento é indispensável na formação do jurista moderno³⁶⁵, representa a base sobre a qual se desenvolveu a legislação civil no mundo ocidental³⁶⁶.

4.1.3.1 Andrés Bello e o direito romano

A *Univeridad San Felipe* havia sido fundada em 1738, mas começou a funcionar somente em 1758, a sua *Facultad de Cánones y Leyes* contemplava uma cátedra de “Instituta” e outra “Prima de Leyes” para o Direito civil, ou seja, Direito romano. Em 1813, o governo criou o *Instituto Literario, Económico, Civil y Eclesiástico del Estado* que incorporava quatro instituições existentes: o *Convictorio Caroli*, a *Real Univeridad de San Felipe*, a *Academia de San Luis* e o *Seminario Conciliar de Santiago*. O Instituto Nacional oferecia o ensino primário, médio e superior. O plano de estudos de direito do Instituto Nacional se desenvolvia durante quatro anos, porém, não contemplava o estudo do Direito romano. O estudo do Direito romano reapareceu em 1828 no Liceo de Chile, um estabelecimento educacional privado; depois do desaparecimento do Liceo do Chile e do Colegio de Santiago, dirigido por A. BELLO, no começo do ano de 1832, este decidiu dar aulas privadas aos alunos em seu domicílio, e entre as matérias oferecidas estava o Direito romano. O curso estava baseado nas *Institutiones* de Justiniano, ilustradas por meio dos *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* (1725) de J. G. HEINECCIUS e dos

³⁶⁵ Em um discurso como Reitor, em 1848, assim se expressava A. Bello: *Yo desearia, señores, que el estudio de la jurisprudência romana fuese algo más extenso y profundo. Lo miro como fundamental. Para alcanzar su fin, no basta que se aprenda la nomenclatura de la ciencia y que se adquiera una tintura de reglas y prescripciones inaplicables muchas veces a nuestra práctica. El objeto de que se trata es la formación del jurisconsulto; el aprendizaje de aquella lógica especial, tan necesaria para la interpretación de las leyes, y que forma el carácter que distingue eminentemente la jurisprudencia de los romanos.* Ver A. BELLO, *Discurso pronunciado por el Rector de la Universidad de Chile en el Aniversario Solemne de 29 de octubre de 1848*, in *O.C., Opúsculos literarios*, vol. VIII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885, pp. 387-388.

³⁶⁶ C. GHISALBERTI, *Il Codice Civile*, op. cit., pp. 310-311.

Comentarius academicus et forenses Institutionum imperialium (1642) de A. VINNIUS. Anota A. GUZMAN BRITO que A. BELLO não se improvisou professor de Direito romano, pois, ele o havia estudado profundamente através de seus estudos sobre a linguagem das *Siete Partidas*, por ocasião das suas pesquisas relativas ao *Cantar del Mío Cid*, com certeza, para entender o conteúdo jurídico das *Siete Partidas*. A. BELLO teve que ler alguns tratados modernos sobre as *Institutiones* como os *Elementa* de HEINECCIUS e o *Comentarius* de VINNIUS, obras consideradas prestigiosas em toda a Europa, principalmente, na Espanha. Pouco antes do início da sua docência privada, o governo decidiu modificar o plano de estudo da carreira do direito vigente no Instituto Nacional; em outubro de 1831, foi designada uma comissão para estudar a reforma e, por influência de A. BELLO, a comissão concordou em reintroduzir o estudo do Direito romano, ainda que reduzido a uma única cátedra denominada *Historia y elementos de Derecho romano*, inserida no terceiro ano; posteriormente, pelo menos a partir de 1835, os professores dessa matéria adotaram como texto base a tradução dos *Elementa* de HEINECCIUS feita por A. BELLO³⁶⁷.

Em 1834, A. BELLO, a pedido de Diego Portales, começa a elaborar o articulado do código civil, passando da reflexão e discussão sobre a codificação à concreta elaboração do articulado, estava, portanto, dando início à reconstrução sistemática do direito civil e, quando, em 1843, ele publica as *Instituciones de Derecho Romano*, já se encontrava totalmente comprometido com os trabalhos da *Comisión de legislación* do Congresso Nacional que preparava o Projeto de 1841-1845 do Código civil. Ele inaugurava, também, em 17 de setembro de 1843, como primeiro Reitor, a *Universidad de Chile* na qual punha, ao lado da centralidade dos estudos jurídicos, “el estudio de nuestra lengua”, como um dos “vinculos más poderosos de fraternidad” daquela que ele qualifica como “nuestra América”³⁶⁸.

As *Instituciones de Derecho Romano* de A. BELLO são, em primeiro lugar, a base e o fruto de uma atividade docente destinada, especificadamente, à preparação do jurista. Essas nascem para o ensino e o estudo como atividade distinta da prática do foro, diferentemente, dos *Principios de derecho de gentes* que foram logo imprimidos e colocados a disposição de qualquer operador do direito; as *Instituciones* não parecem ser destinadas ao uso do jurista na sua atividade prática posterior à sua formação, sendo publicadas, pelo seu autor, quando este, assumindo a Reitoria, deixará de ter contato direto com os alunos. Além disso, elas se

³⁶⁷ A. GUZMÁN BRITO, *Vida y obra*, op. cit., pp. 81-85.

³⁶⁸ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 297-299; cf. nt. 343.

ligam a um preciso método de ensino, constituindo o seu instrumento de base; o texto, contudo, representa uma parte do trabalho que vinha sendo feito, pois, A. BELLO oralmente ampliava, aprofundava, discutia, fazendo ligações e combinações de caráter construtivo e dogmático que partiam de um texto base, prevalentemente axiomático. Importante relevar que, em 1832, quando se reformou os planos de estudos do Instituto Nacional, A. BELLO criticou o inserimento da *Historia y elementos de Derecho Romano* no terceiro ano sustentando a tese que o Direito romano tinha que ser estudado no primeiro ano, posto que ele é a origem de todos os direitos, logo, primeiramente, deve-se estudar os princípios gerais do direito para, depois, passar-se às deduções particulares³⁶⁹. S. SCHIPANI individua nessas palavras duas dimensões: aquela da dedução a partir dos princípios e a da origem e fonte dos ordenamentos de um sistema. Destarte, para A. BELLO o Direito romano é propedêutico ao estudo de outras matérias, já que neste estão contidos os princípios gerais a partir dos quais se deduzem as várias soluções particulares, os princípios de um todo que tem um caráter sistemático, acarretando, portanto, esse tipo de ensino; ao comprometer-se, pessoalmente, com o ensino do Direito romano na forma das *Institutiones*, ele faz uma escolha específica, por um consolidado conjunto de conceitos e axiomas, que já é parte da realidade analisada, em perfeita conexão com a totalidade do sistema, na sua histórica realidade³⁷⁰.

O Poder Executivo, mediante um ofício, datado de 8 de julho de 1831, redigido por Juan e Mariano Engaña, enviou ao Senado uma solicitação para que esse corpo legislativo compusesse um projeto de lei destinado a promover a redação de códigos de leis que deveriam tratar as matérias civil e penal, processual civil e processual penal, excluía-se a ideia de recompilação das leis de Castela e Índias, propondo-se que os novos códigos se conformassem ao modelo daqueles já vigentes nas nações mais ilustres da Europa. Esse plano repudiava totalmente a legislação castelhana-indiana e não foi aceito pela Câmara dos Deputados, a qual adotou a posição de que se deveria compilar as leis existentes, vertendo as suas disposições em uma linguagem clara e simples, acrescentando-se, em caso de lacuna, as disposições criadas pelos glosadores e comentadores, colocando-se, ao final de cada enunciado normativo a fonte de proveniência do dispositivo. O Projeto de Manuel C. VIAL,

³⁶⁹ A. BELLO, *Observaciones sobre el plan de estudio de la enseñanza superior, elaborado por Montt, Marín y Godoy. Año de 1832*, in *O.C., Temas educacionales*, vol. XXII, Caracas, La Casa de Bello, 1981-1984, pp. 619-634. Continuava, ainda, A. Bello: *El curso principal de esta profesión es el Derecho Romano y, por mucho tiempo que se le consagre, nunca será demasiado, por que em él se encuentran cuantas ideas puedan apetecerse para adquirir un conocimiento radical de los demás, que son sus ramos subalternos. Cuanto menos se necesitan dos años para recibir una instrucción regular en esa ciencia reguladora de los actos de la vida social.*

³⁷⁰ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 294-300

apresentado em 1833, seguia essa estrutura que levava em conta o direito existente, sem ocasionar rupturas com a tradição castelhana e indiana: primeiro, dever-se-ia compilar e, somente, depois reformar para adequar o corpo legislativo às exigências modernas³⁷¹. Essa será a estratégia adotada, no Brasil, pelo governo imperial que irá contratar A. TEIXEIRA DE FREITAS para começar o ‘trabalho de simplificação, que destinado à grande obra do Código civil Brasileiro...’, dirá o jurista baiano na *Introdução da Consolidação das Leis Civis*³⁷².

A. BELLO apoiou o modelo do Projeto VIAL, pois, ele critica a perspectiva de formar um novo sistema de leis, corrigindo todas as partes do sistema que não estejam de acordo com os princípios teóricos adotados pela pessoa incumbida dessa obra, em definitiva, ele se opõe à ideia de um ‘legislador filósofo’; reputa ser necessário manter a distinção entre codificação e reforma sob pena de se ter que lutar, frontalmente, contra todas as adversidades e a referência às fontes tornará mais fácil o recurso às leis; trata-se, para ele, de reduzir as leis a um corpo bem ordenado “sin la hojasca de preâmbulos i de frases redundantes, sin la multitud de vocabulos i locuciones desusadas, que ahora las embrollan i oscurecen”, então os jovens estudantes de direito teriam um livro das leis de fácil consulta³⁷³. A exigência de ordem passa de um plano abstrato, ideal, externo ao ordenamento que o amputaria, a um plano em que se organiza o conhecimento do ordenamento, adquirindo-se a consciência de que a atividade reformadora do próprio ordenamento pode ser o fruto de uma atividade crítica, de uma ação metódica que ordena, permanecendo aderente ao sistema. A escolha do esquema das *Institutiones* exprime a passagem de uma pura exigência abstrata a uma concreta individuação de um núcleo central sistemático a partir do qual se possa ordenar e organizar aquele “laberinto de una legislación como la nuestra” e iluminar aquela “obscuridade i complicación de las leyes”³⁷⁴ que, todavia, regulam concretamente a vida social. A forma das *Institutiones* satisfaz a exigência de fixar uma série de regras, claramente formuladas, com uma ordem determinada que tem suas raízes no passado, sendo fruto do trabalho de muitos. A exigência sistemática de A. BELLO se concretiza identificando-se com o trabalho dos ‘institucionistas’, acolhendo e propondo um específico sistema. Leciona S. SCHIPANI que o discurso institucional não é somente um método, mas um modelo concreto, criado sobre o *ius civile*, que se correlaciona de modo específico com a totalidade do sistema

³⁷¹ A. GUZMAN BRITO, *La codificación civil*, op. cit., 463-464.

³⁷² A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, in *Consolidação das Leis Civis*, Coleção *História do Direito Brasileiro*, Brasília, Senado Federal, 2003, p. XXIX.

³⁷³ A. BELLO, *Codificación*, op. cit., pp. 36-38.

³⁷⁴ A. BELLO, *Administración de Justicia*, in *O.C., Opúsculos Jurídicos*, vol. IX, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885, p. 222.

e da sociedade; a escolha desse modelo significa a acolhida de um modelo existente e consolidado de um sistema de conceitos, princípios e regras que derivam de uma experiência jurídica determinada. Contudo, o modelo das *Institutiones* não é imutável, no decorrer do tempo, ele foi analisado e utilizado dando origem a três diferentes tipos de obras institucionais: a) obras que eram comentários das *Institutiones*, mas acrescentavam dados normativos provenientes de outras partes do *Corpus Iuris*; b) obras que expunham o Direito romano sublinhando a coincidências ou diferenças com as normas dos direitos locais; c) obras que seguindo o esquema das *Institutiones* expunham, diretamente, o direito nacional, como os *Elementa* de HEINECIUS; esse terceiro tipo de obra mantinha os dados substanciais do Direito romano, mas operava uma série de mudanças conceituais e problemáticas que decorriam do próprio modelo posto em correlação com outros conjuntos de normas, tais como o direito natural ou o direito germânico. Tais mudanças, porém, não alteram, radicalmente, o modelo institucional originário, portanto, pode-se afirmar que na obra de A. BELLO se vislumbra, claramente, a versão antiga do modelo, assim como do seu conteúdo normativo, embora alguns conceitos sejam remodulados. Ressalte-se, porém, que as mudanças operadas devem ser inseridas no âmbito de uma precisa escolha, ou seja, as *Institutiones* compostas por A. BELLO são de ‘derecho romano’; a obra não tem como finalidade precípua analisar a combinação entre direito romano e direito chileno, ou, exclusivamente, o direito chileno; ainda que se leve em consideração que todas as obras institucionais são, de certo modo, romanísticas, deve-se relevar a consciente escolha por um modelo, declaradamente, romano com todas as implicações do ponto de vista da história do sistema romanista³⁷⁵.

A. BELLO, a propósito do estudo da história, escreve e publica no *El Araucano* um artigo sobre o *Modo de esudiar la historia* no qual sublinha que a nação chilena não é a humanidade em abstrato; é a humanidade submetida a certas formas especiais; essas são especiais como os montes, os vales e os rios do Chile, como suas plantas e seus animais, como as raças de seus habitantes, como as circunstâncias morais e políticas em que “nuestra sociedad ha nacido i se desarrolla”³⁷⁶, ele aplica à história, a essa disciplina unificadora a busca da identidade de cada homem, de cada povo, propondo mais uma vez, como já havia feito no Discurso de instalação da Universidade do Chile, em 1843, a dimensão da “pátria”, afirmando que todas as direções elegidas pela Universidade para as investigações dos seus

³⁷⁵ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 302-307.

³⁷⁶ A. BELLO, *Modo de estudiar la historia*, in *O.C.o, Opúsculos Literarios y Críticos*, vol. VII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1884, p. 123.

membros e os estudos dos alunos convergiram para um centro: a Pátria. Essa pátria, esse nós, porém, para A. BELLO não é somente o Chile, pois, ao tratar da necessidade de se preservar o castelhano da barbarismos, ele se preocupa que os dez povos que habitam a ‘nuestra América’ percam aquele vínculo poderoso de fraternidade que é o idioma comum; e ainda, no *Prólogo à Gramática de la lengua castelhana* ele reforça essa preocupação declarando que não tem a pretensão de escrever [a gramática] para os ‘castellanos’; as aulas são dirigidas a “mis hermanos, los habitantes de Hispano-América”; ele julga importante a conservação da língua como um meio providencial de comunicação e vínculo de fraternidade entre as várias nações de origem espanhola³⁷⁷. A abordagem histórica do jurista chileno é aderente à realidade concreta, na qual ele opera, levando-o a discernir vários planos na identificação daquele ‘nós’, os atores da história, comunidades dotadas de um próprio passado, preocupadas em não ignorá-lo para não serem estranhas a si mesmas, atentas a própria origem e à construção de si mesmas, conscientes de uma unidade superior; usuários de um código comum de comunicação, ou seja, esses planos são as comunidades de cada um daqueles ‘diez pueblos’ que constituem a ‘hispanidad’ de ‘nuestra América’. A não aceitação de uma humanidade abstrata, da obra de um legislador filósofo, em matéria de codificação, e a escolha de um modelo inserido na realidade analisada, não conduz A. BELLO, no que concerne ao direito, à busca do espírito peculiar da dimensão chilena, ou daquela hispano-americana, mas a individuar o âmbito concreto e amplo do Direito romano e comum e da sua projeção universalística³⁷⁸.

No artigo *Latín y derecho*, publicado no *El Araucano*, em 21 de março de 1834, o codificador chileno ressalta a importância do estudo do latim, mormente, pelo fato de que ele é indispensável para os estudos jurídicos, posto que a consulta da jurisprudência romana é necessária e porque muitos glosadores e tratadistas escreveram em latim. Ademais, A. BELLO afirma que o Direito romano é fonte da legislação espanhola, sendo o seu melhor comentário; nele beberam os comentadores e glosadores; e a ele recorrem para elucidar o obscuro, e para restringir uma disposição ou ampliar outra, e estabelecer entre todas a devida harmonia, concluindo que “Los que lo miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra”. Essas considerações constituem uma proposta interpretativa do ordenamento das repúblicas independentes latino-americanas que era consituído pelo direito indiano e o direito de Castela e que não incluía o Direito romano

³⁷⁷ A. BELLO, *Prólogo*, in *O.C., Gramática de la lngua castellana*, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1883, p. 8.

como fonte subsidiária, mas, observa A. BELLO que mesmo a legislação mais clara e metódica precisa ser comentada porque o mais difícil não é entender as leis, mas penetrar o seu espírito e aplicá-las acertadamente e “el derecho romano, fuente de la legislación que nos rige, es su mejor comentario”³⁷⁹. O Direito romano, portanto, é aquele conjunto de termos, conceitos, princípios do qual necessita o jurisconsulto para uma exata classificação de todos os atos da vida, ou seja, para individuar as uniformidades relevantes para a justiça na variedade da vida³⁸⁰.

Destarte, no que concerne ao direito, aos valores e à organização da sociedade, a identificação daquele ‘nós’ na comum participação ao Direito romano, ao sistema romanista terá notáveis consequências na elaboração do código civil, começando pela escolha da ordem sistemática que será aquela das *Institutiones* de Gaio e Justiniano.

4.1.3.2 Andrés Bello e o seu sistema codificatório

A ordem seguida por A. BELLO na composição das várias partes que irão integrar o Código civil não foi aquela que constará no Projeto de 1853. Ele começou redigindo o livro “Da sucessão por causa de morte” e em seguida o livro “Dos contratos e obrigações convencionais”, tudo entre os anos de 1833 e 1840, nesse mesmo lapso de tempo redigiu também o “Título Preliminar”; entre 1841 e 1842 foi publicado o livro sobre as sucessões, reeditado em 1846. Entre 1842 e 1845 publicou o livro sobre contratos, reeditado em 1847; findou, entre 1848 e 1852, o livro “Das coisas e do seu domínio, posse, uso e gozo”, redigiu o livro “Das pessoas” e refez o “Título Preliminar”, todo esse trabalho deu origem ao Projeto de 1853, que foi o primeiro Projeto completo e unitário. A ordem desse projeto foi a seguinte: a) *Título Preliminar*; b) Livro I *De las persona*; c) Livro II *De las cosas y de su dominio, posesión y goce*; d) Livro III *De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos*; e) Livro IV *De los contratos y obligaciones convencionales*, com um total de 2524 artigos mais um, não numerado, sobre a observância do código; o texto codificado foi enriquecido por *Notas* com a indicação das fontes usadas, citando-se aí diversos fragmentos do *Corpus iuris civilis*. Em relação aos projetos anteriores, no Projeto de 1853, só houve mudanças na rubrica do livro III, pois, acrescentou-se as doações entre vivos, que, anteriormente, estava prevista no livro relativo aos contratos, ao livro das sucessões; note-se, ainda, que essa ordem foi mantida no *Proyecto Inédito*, naquele de 1855 e no Código civil; porém, no *Proyecto Inédito* a rubrica do livro IV mudou passando a ser *De las*

³⁷⁹ A. BELLO, *Latín y Derecho romano*, in *O.C.*, *Gramática de la lengua Latina*, vol. VIII, Caracas, La Casa de Bello, 1958-1981, pp. 492-493.

³⁸⁰ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 310-311; p. 314.

obligaciones em general y de los contratos que se conservou em 1855 e no Código civil³⁸¹. Essa ordem correspondia ao sistema institucional das *Institutiones* de Gaio e, posteriormente, daquelas de Justiniano, através das quais foi transmitida à Idade Média e às épocas sucessivas. O sistema das *Institutiones* continha uma parte introdutória concernente ao direito em geral e as suas fontes; uma parte sobre pessoas; outra sobre as coisas, no âmbito da qual se tratava, primeiramente, das coisas corpóreas, incluindo-se o domínio e a sua aquisição; em seguida as disposições relativas às coisas incorpóreas: servidões, usufruto, herança e obrigações; e finalmente, uma terceira parte concernente às ações judiciais e os procedimentos; tudo distribuído em quatro livros. O Código civil de A. BELLO, romanista e autor de uma obra de *Instituciones de Derecho romano*, adotou o sistema institucional, sendo dividido em uma parte inicial dedicada ao direito em geral e as suas fontes, o Título Preliminar; outra consagrada às pessoas e mais três partes, a primeira relativa à disciplina concernente às coisas corporais e a sua aquisição e às coisas incorporais, estreitamente ligadas ao domínio: servidões e usufruto; a segunda sobre as sucessões; e a terceira relativa às obrigações. Vale destacar que no sistema de Gaio a distinção entre *res corporales* e *res incorporales* tem uma função fundamental já que, no quadro da tripartição do direito objetivo em *ius* que *vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*, permite inserir na categoria das *res* todas as relações jurídicas patrimoniais; da propriedade aos outros direitos reais, às sucessões e às obrigações. Isto é possível porque a *res corporalis*, a coisa em sentido jurídico, é considerada como objeto não de qualquer direito, mas somente do direito de propriedade que se identifica com a própria coisa. Em contraposição à propriedade, concebida como *res corporalis*, colocam-se todos os outros direitos reais, os direitos decorrentes das obrigações e das sucessões, que são considerados *res incorporalis*³⁸². Destarte, o esquema essencial da ordem institucional estava basicamente absorvido, da seguinte forma:

<i>Institutiones</i>	Código Civil
De iustitia et iure De iure naturali, gentium et civili	Título Preliminar
Personae	Lib. I: De las personas
Res Corporales Incorporales Usufructus Servitutes	Lib. II: De los bienes, y de su dominio, posesión, uso y goce

³⁸¹ A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática del Código Civil de Andrés Bello*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 317-318.

³⁸² M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 383.

Hereditas	Lib. III: De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos
Obligaciones	Lib. IV: De los contratos y obligaciones convencionales

Algumas mudanças, porém, foram aportadas se levando em consideração o desenvolvimento do sistema institucional de Justiniano nos séculos posteriores, tal como o caso do domínio que considerado coisa corporal pelos antigos tinha passado para a categoria das coisas incorporais, como um direito a mais. Outra mudança foi o caso da prescrição que no esquema institucional estava incluída na parte das coisas como modo de adquirir, mas o *Code Napoléon* a tinha trasladado para o final do livro sobre as obrigações, nisso A. BELLO seguiu o Código civil francês, pondo a prescrição no último título do código. Uma outra mudança foi a posição das doações que nas *Institutiones* de Justiniano estavam no livro II, título VII, pouco antes dos testamentos, portanto, A. BELLO deveria colocá-las no livro sobre os bens, mas, inicialmente, seguindo a ordem sistemática das *Siete Partidas*, posicionou-as no livro sobre obrigações e contratos, antes da compra e venda³⁸³, pois, essa era a tradição que tinha predominado nas obras institucionais espanholas, nos séculos XVIII e XIX; posteriormente, o codificador chileno optou pelo critério do código francês, posicionando a doação no livro sobre as sucessões, Título XIII *De las donaciones entre vivos*, último título do livro III, assim aparecem sistematizadas no *Proyecto* de 1853³⁸⁴. |As ações foram excluídas do Código civil. Do ponto de vista da distribuição das matérias em cada livro A. BELLO seguiu, mais uma vez, a tradição institucional dos quatro livros, com uma mudança: unificou em um só livro a matéria sucessória que nas *Institutiones* era tratada em dois livros, seguindo nisso os prontuários espanhóis, concretamente o *Febrero* de Tapia³⁸⁵; dessa forma, a parte sobre obrigações passou a ocupar outro livro completo e o mesmo ocorreu com a parte das coisas corporais, domínio, modos de adquirir e direitos reais. No que tange ao livro primeiro, A. BELLO, diversamente do primeiro livro das *Institutiones*, também procedeu à separação das matérias, pois, reservou esse livro somente às pessoas e criou o *Título Preliminar* dedicado ao direito em geral e as suas fontes, nisso seguiu o modelo do código civil francês. Deve-se, entretanto, salientar que A. BELLO adotou do sistema institucional

³⁸³ A. BELLO, *Proyecto de Código Civil 1841-1845*, in *O.C., Proyectos de Código Civil*, vol. XI, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1887, p. 620.

³⁸⁴ A. BELLO, *Proyecto de Código Civil 1853*, in *O.C., Proyectos de Código Civil*, vol. XII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1888, p. 643.

³⁸⁵ E. TAPIA, *Febrero Novissimo*, vol. II, Madrid, 1828, 316 ss

somente a ordem externa, já que não seguiu as conexões internas. Com efeito, no anteprojetado de 1843, por exemplo, lia-se no art. 1 do livro sobre os bens que as coisas que constituíam os bens e o patrimônio de qualquer pessoa se dividiam em corporais e incorporais, mas em seguida o projeto não contemplava a herança entre os direitos reais que conjuntamente com os direitos pessoais constituem a categoria das coisas incorporais, tratada no art. 4 do Título I; por outro lado, o art. 1 do Título IV só mencionava entre os modos de adquirir a ocupação, a acessão e a tradição. Desse modo a herança, no anteprojetado, não resultava inserida entre as coisas incorporais, nem, tampouco, entre os modos de se adquirir; nas *Institutiones* a *herencia* estava disciplinada parte no livro II e parte no livro III. Destarte, A. BELLO não utilizou as conexões sistemáticas internas do plano institucional, mesmo sendo a ordenação externa aquela institucional. No Projeto de 1853 ele incluiu a herança entre os direitos reais, no art. 681, e a sucessão por morte entre os modos de adquirir, no art. 727, esses critérios foram conservados no projeto de 1855 e no código³⁸⁶.

O Código civil chileno não recepcionou o modelo do *Code Napoléon*, e em algumas matérias se afasta decididamente do modelo francês, tal como ocorre na matéria relativa aos modos de adquirir a propriedade, posto que o Código civil chileno adota a concepção romana que exige para a aquisição dominical um prévio ato jurídico, segundo a teoria do título e do modo; nessa matéria A. BELLO se inspira, expressamente, no direito das *Institutiones* e naquele das *Siete Partidas*. No *Code Napoléon*, como é notório, os próprios atos jurídicos permitem a aquisição do domínio, sem que seja necessário um ato posterior de caráter dispositivo, assim sendo, o código civil francês eliminou a tradição da lista dos modos de adquirir o domínio, com o que ficou eliminada a distinção romana entre modo e título que se aplicava na relação entre certos tipos de contratos e a tradição, conseqüentemente, tais contratos passaram a ser considerados no código francês como modo de adquirir o domínio. O *Code Civil* dedicou o Livro III às diferentes formas de se adquirir a propriedade, resultando, inevitavelmente, que as sucessões, consideradas como um modo de adquirir o domínio, também, fossem incluídas neste livro conjuntamente com os contratos e com as doações que produziam o mesmo efeito. O codificador chileno, diferentemente, manteve no seu código a tradição como modo e os contratos como títulos, de modo que a sucessão não podia ser colocada no mesmo livro que os contratos; no *Proyecto* de 1853, todavia, adotou o critério de unir as doações com as sucessões, não porque ambas fossem consideradas como modos de adquirir, como ocorria no código civil francês, mas, provavelmente, como salienta

³⁸⁶ A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática*, op. cit., pp. 326-328.

A. GUZMÁN BRITO, pelo fato de que A. BELLO se dera conta de certa analogia entre as regras disciplinadoras da doação e alguns institutos do direito sucessório³⁸⁷.

No que concerne à ordem dos livros, o primeiro “Das pessoas”, não parece ter seguido nenhum modelo de código específico, a referência à ordem institucional, talvez, possa ser vislumbrada pela localização dos temas da tutela e da curatela que, como nas *Institutiones*, foram tratados conjuntamente no final do livro I, título XIX, diversamente, do *Code Civil* em que estavam posicionados em títulos distintos, a tutela no título X, e a curatela no título XI. A ordem do livro II relativo aos bens constituiu um específico desenvolvimento do sistema institucional, excluindo-se, aqui, toda e qualquer influência da sistemática do *Code Civil* que não tratou da posse, da ocupação, da propriedade fiduciária, da reivindicação e das ações possessórias, matérias tratadas em títulos específicos no Código civil chileno. A adesão à sistemática institucional está evidente, v.g., pela escolha da classificação das coisas em *corporales e incorporales*, a qual não foi, geralmente, seguida pelos primeiros códigos modernos e, também, pela recepção, já no ante-projeto de 1843, da dicotomia entre direitos reais e direitos pessoais, que o código francês já havia abandonado, mas, A. BELLO a conhecia bem, tendo-a tratado nas suas *Institutiones*. No Livro III, “Das sucessões por causa morte e das doações entre vivos”, pode-se observar uma influência do código francês em dois pontos: primeiramente, pela inversão da ordem da sucessão testamentária e *ab intestato*, já que o sistema institucional tratava antes daquela e depois desta, o *Code Civil* inverteu essa ordem tratando no título I, do Livro III, da sucessão legítima, e no título II, dos testamentos, da mesma forma procedeu o codificador chileno; seguiu, ainda, o código francês ao colocar a doação no livro do direito sucessório, embora por motivos diversos, pois que no *Code Civil* sucessões e doações estavam posicionadas no mesmo lugar porque eram modos de adquirir o domínio, no Código civil chileno por uma aproximação das regras. A influência do código francês no livro sobre as obrigações em geral e os contratos é conhecida; a disposição das matérias obedeceu ao seguinte esquema: a divisão básica foi entre fontes principais e acessórias; dentro das principais se distinguem as convencionais das não-convencionais, e entre as convencionais, os contratos comutativos dos aleatórios. Assim sendo, tratava-se, inicialmente, dos contratos comutativos que se sucediam na seguinte ordem: contratos solenes (*capitulaciones matrimoniales*); consensuais (compra e venda, permuta, arrendamento, sociedade e mandato, atraindo a compra e venda a cessão de direitos e o arrendamento a constituição de renda); e os contratos reais (comodato, mútuo e depósito);

³⁸⁷ A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática*, op. cit., p. 328.

em seguida os contratos aleatórios, e com eles se concluíam as fontes convencionais, passando-se para as fontes não-convencionais, quase-contratos e quase-delitos, com os quais se finalizava a exposição das fontes principais, dando-se início as disposições concernentes às fontes acessórias (fiança, penhor, hipoteca e antecrese); o livro terminava com disposições relativas à transação, prelação de créditos e prescrição³⁸⁸.

4.2 Augusto Teixeira de Freitas, o jurista do Atlântico Sul

O Brasil independente adotou o Direito Civil português disciplinado no livro IV das *Ordenações Filipinas*, de 1603, com enormes lacunas e sem qualquer sistematização, ademais havia as leis extravagantes. Em virtude da deficiência de tais normas, papel importante era desempenhado pelas fontes subsidiárias, em particular o Direito romano e o Direito canônico. A legislação pombalina, filha do Iluminismo, caracterizava-se por ter limitado o uso abusivo do Direito romano que dominava a praxe forense com citações intermináveis de autores do Direito romano, devido à necessidade da demonstração da *communis opinio*, privilegiando a aplicação do Direito luso³⁸⁹.

A *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, privilegiou, por conseguinte, o Direito luso em caso de integração de lacunas, pois, proibiu o uso de texto ou de autores se houvesse preceitos das Ordenações, das leis extravagantes ou de usos do Reino, e determinou a aplicabilidade do Direito romano só quando fosse conforme a boa razão, a *recta ratio* do jusnaturalismo. É evidente a influência da nova metodologia de estudo e da aplicação do Direito romano conhecida por *usus modernus pandectarum*. A metodologia se caracteriza pelo fato de se encarar o Direito romano “com os olhos postos na realidade”. Os juristas tentavam individuar no *Corpus Iuris Civilis* as normas ainda aplicáveis (direito vivo) daquelas inaplicáveis por corresponderem a circunstâncias romanas peculiares³⁹⁰. A lei do Marquês de Pombal foi complementada pelos novos Estatutos da Universidade de Coimbra que estabeleceram critérios práticos para se individuar a conformidade do Direito romano à boa razão, *i.e.*, “apresentar-se conforme a boa razão equivalia a corresponder aos princípios do direito natural ou do direito das gentes”³⁹¹.

Em 1770, fora nomeada uma comissão, denominada Junta de Providência Literária, para emitir parecer sobre as causas da decadência do ensino universitário português. A

³⁸⁸ A. GUZMÁN BRITO, *La sistemática*, op. cit., pp. 330-331.

³⁸⁹ J.C. MOREIRA ALVES, *Formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, vol. I, *Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, Padova, Cedam, 1988, pp. 17-18.

³⁹⁰ M.J. DE ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 393.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 407.

Comissão apresentou um relatório, o *Compendio Histórico da Universidade de Coimbra*, em que, no que concernia aos estudos jurídicos, indicava-se como grave defeito a preferência absoluta dada ao ensino do Direito romano e do Direito canônico, desconhecendo-se, totalmente, o direito nacional, assim como, o abuso que se fazia do método bartolista e o respeito incondicional da *opinio communis*, com o completo desprezo pelo Direito natural e pela História do Direito; os Estatutos Novos consagraram um novo método e uma nova orientação do ensino, pois, determinou-se a utilização do método sintético-demonstrativo-compêndiário, inspirado no sistema das universidades alemãs. No que tange ao Direito romano e ao Direito canônico, o método tradicional (escolástico ou bartolista) foi substituído pelas diretrizes histórico – críticas e, levando-se em consideração a aplicação subsidiária do Direito romano (determinada pela *Lei da Boa Razão*), adotou-se os princípios do *usus modernus pandectarum*, sob a influência da literatura jurídica alemã³⁹². Não obstante a reforma, o Direito romano permaneceu como fonte subsidiária, chegando, portanto, através do direito português, ao Brasil.

A Constituição Política de 1824, consagrando os princípios liberais, em seu art. 179, XVIII (título 8 - *Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*) dispunha: Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade³⁹³. Promulgou-se em 1830, o Código Criminal; em 1832, o Código do Processo Criminal; em 1850, o Código Comercial e o Código do Processo Comercial. A codificação, porém, do direito civil se apresentava bem mais difícil. O Código civil só viria a ser promulgado em 1916.

Segundo PONTES DE MIRANDA duas soluções foram propostas para se harmonizar a legislação civil então vigente, esparsa, desordenada e numerosíssima³⁹⁴: a) A adoção, como código, do Digesto português de Correia Telles, “o que seria a solução mais conservadora possível e não atenderia à legislação posterior à feitura do livro. Compreende-se que o Instituto dos Advogados se opusesse, consultado, a tal medida. Seria parar e mais do que parar: retroceder”; b) A elaboração de trabalho preliminar para a codificação, a consolidação do direito vigente.

³⁹² *Ibidem*, pp. 409-412.

³⁹³ O. NOGUEIRA, 1824, *Coleção Constituições*, op. cit., p. 86.

³⁹⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro. Bibliotheca Scientifica Brasileira. V Collecção Economica e Juridica*, vol. CCXIV, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello, 1928, pp.103-104.

Prevaleceu a segunda solução, confiando-se a missão, em 1855, ao bacharel Augusto TEIXEIRA DE FREITAS.

À Declaração de Independência política do Brasil dever-se-ia seguir aquela da independência intelectual, mas, diversamente, do que ocorrera na América Espanhola, a conquista da Universidade na América Portuguesa foi longa e laboriosa. No Brasil-Colônia para a instrução primária e secundária, e até mesmo para o ensino de matérias do *trivium* e do *quadrivium*, deve-se à ação dos padres jesuítas, que chegaram a manter no Rio de Janeiro os Cursos de Humanidades e Artes, a criação de um verdadeiro curso superior equiparado ao que tinham em Coimbra; contudo, com a supressão, a partir de meados do século XVIII, dos Colégios jesuítas, esse foco cultural do Brasil-Colônia veio a desaparecer. As aulas dadas, no final do século XVIII e início do século XIX, nos Seminários de São José, no Rio de Janeiro, de Mariana em Minas Gerais e Olinda, e nos Conventos, em particular dos Franciscanos, que chegaram a constituir um embrião de faculdade, modelados pelos novos estatutos de Coimbra, não representaram, nem podiam devido às restrições impostas pela monarquia portuguesa, um estabelecimento de ensino superior. Na verdade, no Brasil-Colônia nunca existiu um *Studium Generale*, firmamente obstado pela Métropole, que fomentasse a formação e o desenvolvimento cultural na América portuguesa. Destarte, a cultura superior, ou seja, a instalação de universidades, constituiria uma reivindicação revolucionária, logo, na Assembléia Constituinte de 1823, um dos assuntos mais debatidos foi o da criação de Universidades e cursos superiores no Brasil. Fernandes Pinheiro, relata H. VALLADÃO, propõe que se crie quanto antes uma Universidade, sugerindo que na Faculdade de Direito Civil em vez de se multiplicar as cadeiras de Direito romano, sejam instituídas uma de Direito Público Constitucional e outra de Economia Política. A Assembléia Constituinte, pouco antes de ser dissolvida, sancionou um projeto, não promulgado nem publicado, estabelecendo a criação futura de duas Univesidades, e imediata de dois Cursos Jurídicos, em São Paulo e em Olinda. A Constituição do Império confirma a importância e o caráter reivindicatório do direito à instrução e à Universidade, prescrevendo no art. 179, XXXII-XXXIII: 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: [...] XXXII. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos. XXXIII. Colégios, e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-letas e artes³⁹⁵. Instalada a Assembléia Legislativa, em 1826,

³⁹⁵ O. NOGUEIRA, 1824, *Coleção Constituições*, op. cit., p. 87.

o projeto aprovado pela Assembleia Constituinte volta a ser debatido, sendo editada, por fim, a Lei de 11 de agosto de 1827 criadora dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda³⁹⁶.

Os cursos jurídicos no Brasil, portanto, foram criados simultaneamente em São Paulo e Olinda, em 1827, por isso, antes da independência todo estudo de direito era feito na Universidade de Coimbra. O grande florescer da cultura jurídica nacional ocorrerá somente no Segundo Reinado (1840-1889), depois de formadas as primeiras turmas de juristas brasileiros. Grande influência advirá do direito francês e do *Code Napoléon*, alguns autores, porém, distanciam-se dessa tendência, pois, consideram a doutrina alemã, tais como AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, TOBIAS BARRETO e SÍLVIO ROMERO. Observa J. C. MOREIRA ALVES que a lei que fundou os cursos jurídicos no Brasil não colocou no currículo o ensino das Institutas de Direito Romano, disciplina que seria incluída somente em 1854 no currículo, após ter sido criada pelo Decreto Legislativo de 16 de agosto de 1851. Não foi, portanto, nos bancos da Academia de Direito de São Paulo ou da Escola de Olinda, onde A. TEIXEIRA DE FREITAS veio a formar-se em 1837, que o jurisconsulto do Império adquiriu a sólida base romanística que transparece na *Consolidação das Leis Cíveis*³⁹⁷.

O pensamento jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS se formará em um ambiente cultural em que se valoriza o estudo da história do direito português; privilegia-se o método sintético-compendiário (em detrimento do método analítico); estuda-se o Direito romano nos moldes do *usus modernus pandectarum*; valoriza-se os postulados empiristas e racionalistas absorvidos do Iluminismo português. A obra do jurisconsulto do império irá caracterizar-se por esses elementos típicos da cultura brasileira da época³⁹⁸.

4.2.1 Alguns dados biográficos

Nasceu AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, em 19 de agosto de 1816, em Cachoeira, na província da Bahia, filho de Felicidade de Santa Rosa de Lima e de Antônio Teixeira de Freitas Barbosa, Barões de Itaparica; seu pai, em 1822, foi nomeado para compor a Junta de Defesa na Cidade de Cachoeira, juntamente com Antônio José Alves Bastos e Antônio Pereira Rebouças, criada logo depois da aclamação do povo e da tropa que reconheceram o Príncipe Regente como defensor perpétuo do Brasil.

³⁹⁶ H. VALLADÃO, *Paz Direito*, op. cit., pp. 150-154.

³⁹⁷ J.C. MOREIRA ALVES, *Formação romanística*, op. cit., p. 19.

³⁹⁸ E. LO RÉ POUSADA, *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à consolidação das leis cíveis*, Dissertação (Mestrado em Direito Civil)-Faculdade de Direito da USP, São Paulo, São Paulo, 2006, pp. 10-12.

Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-31102006-172941/>>. Acesso em: 2017-09-05.

Formou-se em Direito na Academia de Ciências Sociais e Jurídicas de Olinda, tendo cursado, durante dois anos, o 2 e o 3 anos, na Academia de Direito de São Paulo. Os motivos que levaram o jovem A. TEIXEIRA DE FREITAS a voltar para a Academia de Olinda foram os desentendimentos com a banca examinadora, integrada pelos professores Clemente Falcão de Sousa e Francisco José Ferreira Batista, que deram origem a impugnação dos nomes dos professores, alegando o jovem serem eles suspeitos e, conseqüentemente, solicitando ser examinado por outros lentes, porém, o pedido foi indeferido pelo Governo, conforme ofício de 22 de agosto de 1835. Desgostoso A. TEIXEIRA DE FREITAS se transfere para Olinda, bacharelando-se, em 1837, após ter perdido o pai, em 1836, e casado com sua prima Matilde Teixeira de Lima em 9 de maio de 1836³⁹⁹.

Nomeado juiz de direito por um dos chefes da “Sabinada” - revolta que tira o seu nome do médico baiano Francisco Sabino Alves da Costa Vieira, fundador do jornal ‘O Investidor’, onde atacava a política da Regência, defendendo abertamente o regime republicano - foi processado como participante desse movimento e foi absolvido. Transfere-se, aos vinte e sete anos, para o Rio de Janeiro em 1843, onde com Josino do Nascimento Silva e outros funda o Instituto dos Advogados Brasileiros, cuja presidência assumiria quatorze anos depois. Não permanecerá muito tempo na presidência do Instituto devido aos desentendimentos com Caetano Alberto Soares a propósito do *status* dos filhos de escrava que o senhor libertava no testamento com cláusula de servir a um herdeiro do *de cujus* enquanto este vivesse⁴⁰⁰. Os filhos da escrava nasceriam livres? O parecer de Caetano Alberto Soares ia na direção de que seriam livres, porém, tendo sido A. TEIXEIRA DE FREITAS consultado sobre o assunto e fiel a sua sólida formação romanista, respondeu em sentido contrário. Diante do parecer contrário do Presidente, Caetano Alberto Soares sugeriu que a questão fosse submetida ao Instituto dos Advogados e, na sessão de 15 de outubro de 1857, surgiram os famosos “desagradáveis incidentes”⁴⁰¹ que tanto aborreceram A. TEIXEIRA DE FREITAS e que o levaram a abandonar a presidência do Instituto dos Advogados⁴⁰².

Em 1845, com apenas 29 anos, é nomeado para um dos lugares de Advogado do Conselho de Estado. Dez anos depois, em 15 de fevereiro de 1855, firma um contrato com

³⁹⁹ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979, pp. 32-34; p. 40.

⁴⁰⁰ L. CARNEIRO, *Estudo crítico – biográfico*, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores-Serviço de Documentação, 1952, pp. VIII-IX; cf. M. DUARTE SEGURADO, *O direito no Brasil*, São Paulo, José Bushatsky, 1973, pp. 386-387.

⁴⁰¹ A carta de 22 de outubro de 1857, contendo o detalhado e erudito parecer de A. Teixeira de Freitas, está reproduzida na íntegra em S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 151-161.

⁴⁰² A. J. DA SILVA SANTOS, *Teixeira de Freitas Jurista inolvidável*, in A. Gasquez Ruffino-J. de Camargo Penteado (orgs.), *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 363-364.

o Governo Imperial, em virtude do qual elaborará a *Consolidação das Leis Civis*, no prazo de três anos, não obstante o contrato firmado previsse o prazo de cinco anos. Espírito genial e criador, conhecedor profundo do direito vivo através da sua prática na advocacia, o jurista baiano aceitou a incumbência de classificar e consolidar toda a legislação civil do Brasil para apresentá-la no seu último estágio; era uma obra ingente, aquela de pôr ordem no caos representado pelas *Ordenações Filipinas*, dos princípios do século XVII, alteradas por uma confusíssima legislação portuguesa extravagante, de dois séculos, até 1822, suplementada com o Direito romano e o Direito canônico, com os estilos e costumes, e as leis das nações cultas, além dos preceitos da Carta de 1824 e das novas leis brasileiras⁴⁰³. No entanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS consolidou a legislação civil existente em 1333 artigos, enriquecidos de anotações e de uma ampla introdução. A legislação concernente aos escravos foi excluída da *Consolidação*, justificando o autor tratar-se de uma exceção destinada a desaparecer; opta o jurisconsulto em não macular a reforma das Leis Civis com tais disposições vergonhosas que não iriam servir para a posteridade.

A obra tinha como escopo “coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil”⁴⁰⁴, sendo a publicação “a ultima parte dos trabalhos preparatórios, que para a reforma da Legislação Civil compreendêra o Governo Imperial”, dirá o autor nas primeiras linhas da *Introdução à Consolidação*⁴⁰⁵.

O trabalho concluído foi entregue e submetido à análise de uma Comissão encarregada, por Aviso de 9 de fevereiro de 1858, de examinar e de aprovar a obra do jurisconsulto baiano. O parecer ressalta a erudição do autor e o seu método didático, recomendando-o para a elaboração do Projeto de Código Civil, do qual a *Consolidação* constituía um trabalho preparatório. Contudo, a Comissão aponta defeitos, divergências e omissões, embora tais falhas não cheguem a comprometer o valor da obra. A obra é considerada digna de aprovação e louvor pela fidelidade e clareza do texto, pela ilustração das notas, sendo que, relata o parecer, “a Consolidação, além do fim especial à que se destina, presta um serviço importante ao fôro, desvairado pela incerteza e diversidade de

⁴⁰³ H. VALLADÃO, *Novas Dimensões. Justiça Social, Desenvolvimento, Integração*, São Paulo, RT, 1970, pp. 362-363.

⁴⁰⁴ O contrato para coligir e classificar a legislação pátria dispunha na cláusula 1ª) *Coligir e classificar toda a Legislação Pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as Leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das Portuguesas, que forem peculiares àquele Reino, e não contiverem alguma disposição geral, que estabeleça regra de Direito*. O texto do contrato está reproduzido na íntegra em S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 101.

⁴⁰⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. XXIX.

opiniões”⁴⁰⁶. O texto da *Consolidação* foi aprovado pelo Decreto n. 2318 de 22 de dezembro de 1858 e, o Governo atendendo à recomendação da Comissão, pouco depois, em 1859, confere a A. TEIXEIRA DE FREITAS a incumbência de preparar o Projeto de Código Civil.

A primeira edição da *Consolidação* foi impressa por ordem do próprio Governo imperial; a segunda edição, em 1865, foi impressa a custa do próprio autor que reputando necessárias correções e uma complementação das notas, solicitou ao Governo a autorização para imprimir uma segunda edição, autorização essa que lhe foi concedida em 12 de janeiro de 1859. Decorridos dez anos, A. TEIXEIRA DE FREITAS, constatando o progresso da legislação e da doutrina, volta a solicitar uma autorização para proceder a uma 3ª edição da obra; em 30 de agosto de 1875, o Ministério dos Negócios da Justiça autoriza a 3ª edição, sempre a custa do autor⁴⁰⁷. Em 1877, publica-se o primeiro volume dos aditamentos à *Consolidação* que A. TEIXEIRA DE FREITAS pretendia publicar anualmente.

Em 1860, o jurista de Cachoeira começou a publicar o ante-projeto de Código civil com o título de *Esboço*. Na primeira página do primeiro fascículo consta o apelo ao Público de A. TEIXEIRA DE FREITAS, “Expor-me a censura de todos, facilitar minha própria censura, que acharia embaraço na combinação de páginas manuscritas: eis o fruto que pretendo colher desta primeira tentativa” e ainda, “Em um Código Civil há matéria vastíssima, assuntos variados, ao quilate de todas as inteligências, e todos portanto podem auxiliar-me na feliz execução desta empresa patriótica”. Considera essencial que cada um o faça de boa-fé e acrescenta: “de tudo careço, a crítica deve ser severa” e prevê “o tempo é veloz, e eu receio de sua escassez para o pontual desempenho de uma tarefa, que deve estar terminada em dezembro do ano próximo futuro”⁴⁰⁸. Os seus receios se tornaram realidade, pois, o ano de 1861 findou sem que o projeto ficasse pronto, sendo o prazo prorrogado até junho de 1864.

Busca A. TEIXEIRA DE FREITAS apoio para execução da empresa patriótica, mas o seu sentimento é de desalento, pois, em 1859, havia publicado a *Nova Apostilla* onde felicita o sr. Seabra por ter tido censuras tão pertinentes por parte do sr. Moraes de Carvalho e arremata,

Publicado o primeiro fructo de nossas tenazes lucubrações (falamos da *Consolidação das Leis Civis*), a sua única censura foi a mudez do silencio, quebrado apenas pelas vozes perdidas de dous artiguitos, que inserio o

⁴⁰⁶ Ver *Relatorio da Comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis*, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, Coleção *História do Direito Brasileiro*, Brasília, Senado Federal, maio/2003, pp. XVIII-XXVI.

⁴⁰⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, op. cit., p. V ss.; cf. S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 114-118.

⁴⁰⁸ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço de Código Civil*, vol. I, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, pp. LXI-LXII.

Diario do Rio de Janeiro, onde se nos fallou de uns direitos mixtos que até hoje não conhecemos, e se nos disse que as leis devião ser escriptas em estylo bíblico⁴⁰⁹

Sem embargo, o *Esboço* vinha sendo publicado em tomos ou fascículos, numeradas as páginas seguidamente. O primeiro fascículo, publicado em 1860, com 211 páginas, abrangendo os primeiros 316 artigos relativos à parte geral e às pessoas; o segundo, ainda em 1860, com as págs 213 a 391, arts. 317 a 866, contendo o resto da parte geral, *i.e.*, coisas e fatos; o terceiro, em 1861, págs 393 a 537, arts 867 a 1.236, relativo as direitos pessoais em geral; o quarto, também em 1861, págs 539 a 746, arts 1.237 a 1.829, concernente aos direitos pessoais nas relações de família; o quinto, em 1864, págs 747 a 1.103, arts 1.830 a 3.042, dedicado aos direitos pessoais nas relações civis; o sexto, em 1865, págs. 1.105 a 1.305, arts. 3.043 a 3.702, continuação da matéria anterior; o sétimo, sempre em 1865, págs 1307 a 1.674, arts 3.703 a 4.908, dedicado aos direitos reais. Cada tomo continha um índice das matérias⁴¹⁰.

O Governo imperial, em 1863, estando os trabalhos já avançados, nomeia uma Comissão Revisora do *Esboço*, sendo presidente da mesma o Visconde do Uruguai, Paulino Soares de Sousa. A Comissão fora prevista no Decreto n. 2.118 de 22 de dezembro de 1858. Esta, contudo, mostrou-se incapaz de cumprir com a tarefa, não apreciando mais do que poucos artigos; o último trabalho crítico apresentado-lhe, de autoria de José Carlos de Almeida Areas, está datado de 12 de agosto de 1865; a comissão suspende os seus trabalhos em 31 de agosto do mesmo ano. Em 3 de agosto de 1866, Nabuco de Araújo, amigo do jurista baiano, deixa o Ministério da Justiça, sendo substituído por Martim Francisco Ribeiro de Andrada que assume o Ministério, em 27 de outubro de 1866; no mesmo ano, em carta datada de 20 de novembro, A. TEIXEIRA DE FREITAS expressa ao novo ministro o seu desalento e manifesta o propósito de desistir da empreitada: “Tenho resolvido abrir mão dos trabalhos do Projeto do Código Civil...”, justificando que “Em um País, onde almas nobres não acham estímulos para abnegações, não posso por mais tempo resistir ao meu desalento”⁴¹¹. Na carta o autor do *Esboço* acentuava que já publicara 3.702 artigos e que 1.314 estavam no prelo, ao todo 5.016 artigos, além de mais de 200 em manuscritos quase concluídos sobre hipoteca, anticrese e penhor, carecendo, ainda, de aperfeiçoamento a legislação sobre herança, concurso de credores e prescrição.

⁴⁰⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova Apostilla*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1859, pp. 8-9.

⁴¹⁰ L. CARNEIRO, *Estudo crítico*, op. cit., pp. XII-XIII.

⁴¹¹ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 228; p. 258; pp. 362-363.

A tarefa estava praticamente concluída, mas, como se depreende da carta de 20 de novembro de 1866, A. TEIXEIRA DE FREITAS não mais avançou, pondo a disposição do Governo todos os manuscritos, acrescentando “Entendendo-se que o trabalho feito nada vale; ou não compensa as mensalidades que recebi [...] reconheço desde já a obrigação de restituí-las [...] e para cumpri-la aí está à disposição do Governo o resto dos bens, que possuo”⁴¹².

O novo ministro, em resposta datada de 13 de dezembro de 1866, apela para o sentimento patriótico de A. TEIXEIRA DE FREITAS e não aceita a renúncia “[...] e confiado não só na fé do referido contrato, como principalmente no civismo de V. Exa, que por certo lhe não permitirá o arrefecimento do zelo, com que tão eficazmente contribui para o bem comum da Pátria [...]”. Relata S. MEIRA que nos primeiros seis meses de 1867 não se sabe com exatidão quais tenham sido os deslocamentos de A. TEIXEIRA DE FREITAS, várias evidências mostram que ele teria feito uma viagem para o Rio da Prata, algumas datas nas correspondências analisadas por S. MEIRA dão a entender que o jurista baiano pudesse estar em lugares diversos nas mesmas datas, o que não seria possível, a suposição do autor é de que A. TEIXEIRA DE FREITAS viajou para o Prata em dezembro de 1866, mas, nos primeiros meses de 1867, regressou ao Rio de Janeiro retomando os estudos para ultimar a obra. A famosa carta de 20 de setembro de 1867, endereçada ao Ministro Martim Francisco, revela novas ideias, novos planos, como se o autor do *Esboço* emergisse de uma profunda reflexão com a verdade científica; novas ideias que o levaram a refundir tudo que havia produzido até então, para conceber um novo plano, a realização de dois Códigos, um Geral e outro Civil, com a unificação do Direito Privado, aproveitando o material do *Esboço* que seria desdobrado nesses dois códigos. Entretanto, a ideia dos dois códigos não encontrou uma boa aceitação pelas altas esferas do Governo que, na verdade, queria um código civil de linhas simples, objetivo, autônomo, de aplicação imediata, ao lado do Código comercial, Lei n. 566 de 25 de junho de 1850, que já se encontrava em vigor. No entanto, A. TEIXEIRA DE FREITAS, na sua busca de perfeição e de efetivação da verdade jurídica, desejava ir mais longe. Insurgia-se contra a duplicação das leis civis e comerciais⁴¹³.

No ofício de 20 de setembro de 1867 que é um verdadeiro modelo de técnica e, no entender de A. S. DA CUNHA LOBO, “a mais completa e robusta prova do altíssimo valor intelectual do sábio jurista, cujo nome ultrapassou os limites da pátria”, ao ‘sábio jurista’

⁴¹² *Ibidem*, p. 363.

⁴¹³ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 362-364; p. 367; p. 388.

cumpra o ‘dever de consciência’ de comunicar, enviando a exposição de motivos, ao Ministro da Justiça as razões que “obstam ao completamento dos trabalhos do Projeto de Código Civil”. Salienta A. TEIXEIRA DE FREITAS que no Relatório do Ministério, concernente à justiça civil, lamenta-se “que tanto se tenha espaçado o termo daquele meu contrato”, mas que não há motivo para se deixar de confiar ‘no remate da empresa’ e, ao se tratar da justiça comercial, reconhece-se as “excrecências do nosso Código do Comércio, a necessidade de revê-lo”, após a aprovação do Projeto do Código Civil, eis aí a “desarmonia profunda” entre o pensamento do autor do *Esboço* e a visão do Governo Imperial⁴¹⁴:

Está satisfeito o Governo com os trabalhos, de que já tem conhecimento, e o autor mal contente. Deseja o Governo a terminação do trabalho impresso, como se fora o contratado Projeto de Código Civil; e jamais passou pela intenção do autor, nem é do seu caráter, dar por Projeto do Código Civil, o que ele só compusera como ensaio, e lealmente publicara sob o título de *Esboço*. O Governo espera por um Projeto do Código Civil no sistema desse Esboço, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido, como estou, de que a empresa quer diverso modo de execução. O Governo quer um Projeto de Código Civil para reger como subsídio ao complemento de um Código do Comércio; intenta conservar o Código Comercial existente com a revisão, que lhe destina: e hoje minhas ideias são outras, resistem invencivelmente a essa calamitosa duplicação de leis civis, não distinguem no todo das leis desta classe algum ramo, que exija um Código do Comércio⁴¹⁵.

O codificador A. TEIXEIRA DE FREITAS explica, detalhadamente, no ofício de 1867, as razões que o conduziram a remodelar o plano previsto no contrato de 1859, asseverando que, no que concerne à legislação,

O meio de sair de tais embaraços, de sanar tantos inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar os conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação civil, só o acharemos na composição de dois códigos, cujas divisões capitais vêm a ser: a) Código Geral: Livro I, *Das causas jurídicas*: Seção 1. *Das pessoas*; Seção 2. *Dos bens*; Seção 3. *Dos fatos*. Livro II, *Dos efeitos jurídicos*; b) Código Civil: Livro I, *Dos efeitos civis*; Livro II, *Dos efeitos pessoais*; Livro III, *Dos direitos reais*⁴¹⁶

O parecer da Seção de Justiça do Conselho de Estado, datado de 1 de julho de 1868 e firmado por José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Sales Torres Homem e o Visconde de Jequitinhonha, Francisco Jê Acaiaba de Montezuma, era no sentido de que se aceitasse o

⁴¹⁴ A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. 592-595.

⁴¹⁵ O ofício é reproduzido na íntegra em A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. 593-603; cf, também, em S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 373-378.

⁴¹⁶ A. S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., p. 597.

plano remodelado, embora importasse em nova perda de tempo na sua execução, o que seria recompensado pela possibilidade de uma invenção que poderia dar glória ao autor e ao país.

O parecer da Seção de Justiça deveria ter sido submetido à aprovação do Imperador, mas não foi apreciado por Sua Majestade; tendo José de Alencar assumido o Ministério da Justiça, no Relatório de 1869 à Assembléia-Geral Legislativa, este procura justificar o não envio da proposta ao Imperador pelo fato de que se considerava rescindido o contrato de A. TEIXEIRA DE FREITAS, por não ter ele apresentado o projeto no prazo, fixado inicialmente em dezembro de 1861 e depois prorrogado até junho de 1864. Ademais, o novo ministro não admitia a criação de um novo ramo de despesa e entendia que:

o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira e Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, frutos muito prematuros, embora como trabalhos científicos revelem as altas faculdades do autor, e sua opulenta literatura jurídica⁴¹⁷.

José de Alencar condenava não somente o novo plano de trabalho, mas, também, o *Esboço*; recusava nova prorrogação, acentuando que, se se aceitasse tal proposta, se inutilizaria a despesa, já realizada, com a publicação do *Esboço*, mas, recomendava que se tomasse por base a *Consolidação* para, com alguns desenvolvimentos necessários, se organizasse um projeto de Código Civil⁴¹⁸.

S. MEIRA levanta a hipótese de que o ‘engavetamento’ da proposta de A. TEIXEIRA DE FREITAS, que nunca chegou às mãos do Imperador, foi um ato proposital do Ministro da Justiça, já que, assevera o jurista paraense, os *Esboços Jurídicos*, obra de José de Alencar, publicada póstuma pela editora B.L. Garnier, em 1883, nada mais são “do que um precário projeto de Código Civil Brasileiro, em que ataca frontalmente o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, embora sem citar-lhe o nome”⁴¹⁹.

Em 18 de novembro de 1872, o Ministro da Justiça Cons. Manuel Antônio Duarte de Azevedo rescindiu, formalmente, o contrato de A. TEIXEIRA DE FREITAS, de 10 de janeiro de 1859, e, com isso, fracassou, definitivamente, a primeira tentativa para a codificação do Direito Civil Brasileiro, perdendo-se, de vez, aquela possibilidade de que “uma invenção pudesse dar glória ao autor e ao país”.

A. TEIXEIRA DE FREITAS foi um autêntico advogado e um jurista puro; advogado, codificador, autor de obras jurídicas, não ocupou cargos políticos, não frequentou a sociedade; foi ele um espírito retraído, modesto, viveu dedicando-se ao direito e à família,

⁴¹⁷ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 383.

⁴¹⁸ L. CARNEIRO, *Estudo crítico*, op. cit., pp. XVII-XVIII.

⁴¹⁹ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 381-384.

na meditação de seus livros. H. VALLADÃO declara que “o seu clima foi de trabalhos, indiferenças, lutas, incompreensões, desde os bancos acadêmicos até depois da sua morte”⁴²⁰.

O jurista baiano morre demente em Niterói, no dia 12 de dezembro de 1883. C. BEVILAQUA, em obra clássica, afirma que a rescisão do contrato de A. TEIXEIRA DE FREITAS, em 1872, “é uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da história intellectual da jurisprudência brasileira, essa, em que o sabio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com heroica abnegação de um estoico, ao que ele julgava a verdade scientifica”, acrescentando que se o *Esboço* não pôde ser transformado em lei, entou para o acervo da jurisprudência brasileira como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade de ideias⁴²¹.

4.2.2 A *Consolidação das Leis Civis* e o *Esboço*

4.2.2.1 A obra consolidatória

Observa J. BAPTISTA VILLELA que o conceito de ordem é conatural à ideia de direito, a atividade de regulação normativa objetiva atuar uma ordenada convivência dos homens em sociedade, eliminando o caos, a obscuridade e a imprecisão. Trata-se da necessidade de construir um ordenamento jurídico em formulações límpidas e articuladas, porém, a ânsia de uma ordem externa leva o Estado a multiplicar os instrumentos de controle social, gerando o indesejável efeito de comprometer a ordem interna do sistema de comandos, cuja vulnerabilidade aumenta em função do volume e da complexidade de seus componentes. Assim sendo, o saneamento formal da legislação converteu-se, por esse motivo, em fenômeno típico do Estado moderno⁴²².

A codificação civil brasileira, como ocorrera com a maioria das novas repúblicas latino-americanas, já estava prevista na Constituição Imperial de 1824, no art. 179, XVIII, portanto, a discussão sobre como fazê-la, praticamente, nasce com o Brasil independente. A nomeação de A. TEIXEIRA DE FREITAS no Conselho de Estado remonta ao ano de 1844 e sua atividade no órgão foi marcada pela apresentação de inúmeros pareceres eruditos, fazendo crescer o seu prestígio como advogado. Destarte, dez anos depois, em 1854, ele é consultado pelo Ministro da Justiça, José Tomás Nabuco de Araújo, seu amigo, quanto à reforma da legislação civil, envia A. TEIXEIRA DE FREITAS, em 10 de junho de 1854, uma longa

⁴²⁰ H. VALLADÃO, *Novas Dimensões*, op. cit., p. 357.

⁴²¹ C. BEVILAQUA, *Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1906, p. 23.

⁴²² J. BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação das Leis Civis à Teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos*, in S. CHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 241 ss.

exposição de motivos ao Ministro da Justiça. Esse documento contém um plano de trabalho detalhado e claro, em que se pode perceber que A. TEIXEIRA DE FREITAS já tinha definido as fases do seu trabalho, escolhendo, diferentemente daquilo que efetivamente fará A. BELLO, primeiro, consolidar, e depois codificar. Saliencia o advogado do Conselho de Estado que a reforma da legislação civil deve ser precedida por um trabalho de conhecimento profundo do direito positivo vigente “A legislação existente deve ser bem conhecida, quando se quer fazer uma lei nova. A legislação Civil acha-se envolvida e dispersa em um imenso caos de leis compiladas e extravagantes, que remonta a épocas desviadas”⁴²³. O trabalho de revisão de toda a legislação para ‘conhecer’ o direito civil vigente, é o primeiro passo; conhecido o direito civil vigente, “dele deve resultar uma classificação geral e sistemática de todos os ramos da Legislação”, arrematando o nosso jurista que “o que no futuro servirá de base a outros melhoramentos e reformas”, concluindo, enfim, que “Será, pois, a primeira parte de nossa tarefa, como meio preparatório, a classificação sistemática das Leis”⁴²⁴, então, as tarefas são: 1. Conhecer o direito civil positivo; 2. Classificar e sistematizar o ‘direito conhecido’. A finalidade maior é a codificação sistemática das leis civis, sendo a ‘consolidação delas’ o meio preparatório. Mas como executar a tarefa? Primeiramente, deduzir-se-á o sistema dessa classificação “das naturais divisões do Direito Público, e Administrativo, e do Direito Privado, e guardará sempre a ordem cronológica; e se bem que em uma só classe, divisão, ou subdivisão, nem sempre essa ordem possa ser consecutiva, por não acomodar-se à transição do novo regime político”. Depois de classificada toda a legislação civil, na segunda parte, explica A. TEIXEIRA DE FREITAS, ainda como meio preparatório, proceder-se-á à simplificação ou consolidação dela, de modo que se apresente o último estágio da legislação vigente, organizando todo o material colhido “por títulos, e em artigos, onde as disposições em vigor serão reduzidas a proposições simples e concisas, quando for possível”⁴²⁵.

Com efeito, o Brasil adotando a legislação portuguesa, *Ordenações Filipinas* e leis extravagantes, veio a encontrar-se enredado em uma “imensa teia de leis”, como registra o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS, na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, ao dizer que “nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das Ordenações Filipinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contratos e sucessões, estaríamos ainda

⁴²³ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 98.

⁴²⁴ *Idem*

⁴²⁵ A exposição de motivos de 10 de junho de 1854 consta, na íntegra, em S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 98-100.

assim envolvidos na imensa teia de leis extravagantes, que se tem acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio”⁴²⁶. Escopo primeiro, portanto, da *Consolidação* é um trabalho de simplificação, trabalho preliminar à elaboração do Código Civil brasileiro, não aspirando sequer a ser uma codificação provisória.

Imprescindível na execução da tarefa de ‘conhecer’ a legislação civil é a determinação de quais sejam as disposições em vigor, quais os limites do direito civil, empresa essa hercúlea posto que como salienta A. TEIXEIRA DE FREITAS “aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso suplemento”⁴²⁷. Assim sendo, as *Ordenações* tiveram que ser supridas com as normas de Direito romano e de Direito canônico, além da boa razão e dos estilos e dos costumes. Tudo contribuiu para que as coisas chegassem num ponto “que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem; do que pelo Praxistas que as invadiram”⁴²⁸.

A *Consolidação das Leis Civis* consta de duas partes uma *Introdução*, com mais de duzentas páginas, em que o jurista baiano distinchará às questões teóricas relativas ao método, à seleção dos materiais e à classificação, e a parte dos dispositivos sistematizados e consolidados, tendo um total de 1333 artigos, com preciosíssimas notas explicativas. A *Introdução*, por seu turno, compreendia uma parte preliminar, seguindo-se cinco capítulos: 1. *Actual Sistema do Direito Civil*; 2. *Noções Fundamentais*; 3. *Aplicação dos Princípios*; 4. *Importancia Prática*; 5. *Relações Econômicas*.

A *Introdução* que é a parte científica diz respeito aos limites do Direito Civil:

Para achar, porém, os limites do Direito Civil e a norma da exposição das matérias que lhe pertencem, recorreremos a estudos de outra natureza, consultamos os monumentos legislativos, revimos e meditamos as tradições da ciência, e com toda liberdade de espírito procuramos essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso ⁴²⁹.

A parte prática é a consolidação do direito vigente. Nas palavras de A. TEIXEIRA DE FREITAS “consiste a consolidação em mostrar o “último estado da Legislação”, explicando, mais detalhadamente, o autor:

A parte prática, e, por assim dizer, material do trabalho, terá em si mesma a prova de sua boa ou infeliz execução, já quanto às disposições adotadas e substanciadas, já quanto à fidelidade e exatidão do transunto, já quanto às qualidades do estilo. Os legistas limitar-se-ão a comparar o texto de cada um dos artigos com a lei ou leis que o abonam em suas respectivas notas. Os jurisperitos irão mais longe, e nessas mesmas notas acharão fecundos

⁴²⁶ *Introdução*, op. cit., p. XXXII.

⁴²⁷ *Ibidem*

⁴²⁸ *Introdução*, op. cit., pp. XXXII-XXXIII.

⁴²⁹ *Ibidem*, pp. XXXVI-XXXVII.

traços, proposições susceptíveis dos mais ricos desenvolvimentos. A natureza do trabalho não consentia demonstrações⁴³⁰.

A parte prática, por seu turno, desdobra-se em duas partes: 1. A *Parte Geral* que compreende dois títulos, o primeiro “das pessoas”, e o segundo “das coisas”; 2. A *Parte Especial*, em dois livros, o primeiro “dos direitos pessoais”, e o segundo “dos direitos reais”. Anota F. AMARAL:

Manifesta-se, desse modo, a opção metodológica de Freitas quanto à classificação dos direitos; tomando por base a pessoa dos titulares e a eficácia de que se revista; os direitos dividem-se em pessoais e reais. Os primeiros só afetam certas e determinadas pessoas enquanto os segundos afetam a massa inteira das personalidades com as quais o agente de direito possa estar em contato.

[...]

A apresentação formal do sistema de Freitas é extremamente lógica e coerente. Partindo da dicotomia básica fundamental para ele, dos direitos pessoais e dos direitos reais, ele faz uma construção dogmática extremamente harmoniosa e racional, agrupando as relações jurídicas em institutos conforme o predomínio de tais direitos.”⁴³¹

A natureza do trabalho, assim como comissionado pelo Governo imperial, é exposta pelo autor na *Introdução*, seguindo as linhas já fixadas na exposição de motivos, tratava-se de consolidar toda a legislação civil pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, incluindo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das leis peculiares ao Reino de Portugal, sempre que não contivessem norma de carácter geral; posteriormente, devia-se proceder à classificação levando-se em conta as divisões do Direito Público e Administrativo, e do Direito Privado, tal classificação tinha que ser feita por ordem cronológica, contendo, porém, um índice alfabético por matérias⁴³².

Na realidade, A. TEIXEIRA DE FREITAS foi muito além de uma simples classificação cronológica, ele já na nota 1 da *Introdução* o diz com clareza “Essa classificação científica, mais que as cronológicas, e as alfabéticas, facilitará o estudo de cada um dos ramos da legislação; sua utilidade tem de ser permanente, entretanto que a da parte ora impressa não passa de transitória”⁴³³. A *Consolidação* foi elaborada em títulos e artigos, como já programado em 1854, em que o autor busca formular proposições claras e sucintas das disposições em vigor; importantíssimas as notas, correspondentes aos artigos, nas quais

⁴³⁰ *Introdução*, op. cit., p. XXXVII; p. XXXI; p. XXXVIII; p. XXXIX.

⁴³¹ F. DOS SANTOS AMARAL NETO, *A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani “Roma e America”*, vol. 1, Padova, Cedam, 1988, pp. 160-161.

⁴³² A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. XXXI nt. 2.

⁴³³ *Ibidem*, p. XXIX nt. 1.

encontramos a citação das leis que autorizam a disposição ou a indicação do costume que estiver se firmado contra ou além do texto; as notas explicativas são o elo entre o direito caótico, herdado de Portugal, e o sistema que vinha sendo criado. A técnica de A. TEIXEIRA DE FREITAS de integrar os artigos com notas explicativas será copiada por Dalmacio Vélez Sarsfield autor do código argentino de 1869, vigente até 2015.

As *Ordenações Filipinas* não faziam grandes distinções entre os vários ramos do direito, continham, indistintamente, normas de direito civil, público, criminal, processual, nesse cipoal de normas, A. TEIXEIRA DE FREITAS busca a compreensão dos verdadeiros limites da legislação civil, qual o teor da sua coordenação interna. Isto posto, procura ele coordenar as disposições que vinham sendo elaboradas com os preceitos da Constituição de 1824, pois que

A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma Monarquia absoluta sob o predomínio de outras ideias, deve em muitos casos repugnar às condições do systema representativo. Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por ser tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effectadas leis novas? A força do habito, entretanto, as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatorias⁴³⁴.

Embora não aborde a questão do juízo de constitucionalidade de forma sistemática ou principiológica, é notável que o jurista do Império analise a legislação civil de forma sistêmica, submetendo as disposições elaboradas a uma hermenêutica constitucional. Concluía, por isso, que os hereges e os apóstatas não estavam inibidos de fazer testamento, já que a Constituição do Império estabelecia no art. 179, V, “Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública”⁴³⁵.

Coerentemente, A. TEIXEIRA DE FREITAS não inclui no texto consolidado a disposição contida em Ord. 4, 81, 4⁴³⁶ e na nota explicativa do art. 993, § 5º releva que a exclusão dos hereges e apóstatas de testar está prejudicada porque ninguém pode ser perseguido por motivo de religião⁴³⁷. Anota, ainda, o consolidador que o Código de Comércio, no art. 157,

⁴³⁴ *Introdução*, op. cit., p. XXXIII.

⁴³⁵ O. NOGUEIRA, 1824, *Coleção Constituições*, op. cit., p. 85.

⁴³⁶ *Ordenações Filipinas*, L. IV, título LXXXI “Das pessoas a que não he permitido fazer testamento, § 4, op. cit., pp. 909-910 nt. 1.

⁴³⁷ J. BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação*, op. cit., pp. 242-244.

de 1850, trata da morte civil⁴³⁸, imitando o art. 818 do Código de Comércio português⁴³⁹, de 1833, que, por sua vez, copiou, sem discernimento, o art. 2003 do *Code Civil* francês⁴⁴⁰. Na nota 6, lê-se que a Comissão havia ponderado que talvez fosse cabível assinalar no Título 1 da Parte Geral, *Das pessoas*, o estado religioso regular do qual resulta privação de direitos civis, observando que o ‘moderno’ Código do Chile considera esse estado como morte civil, responde A. TEIXEIRA DE FREITAS que

[,,] de proposito evitei esta expressão metafórica, de quem tem brotado tantos erros de legislação, e de doutrina, sem nada ter de exacto. Ainda bem que a douta Commisão reconhece, qua a profissão monástica, suposto prive de muitos direitos civis, não induz a privação de todos. Della não resulta senão uma *incapacidade civil*, que nem é absoluta como a dos menores impúberes, e dementes declarados por taes em Juizo [...] Não se pode dizer, que o religioso está *civilmente morto*⁴⁴¹

Adverte, ainda, que em nenhum lugar do texto se trata dos escravos, admite a existência de escravos na sociedade brasileira de então, mas arremata:

[...] se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das Leis Civis; não a maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o estado de liberdade sem seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão serão pois classificadas à parte, e formarão nosso *Codigo Negro*⁴⁴².

Excluído o estado de escravidão, oposto ao de liberdade, é mister, afirma A. TEIXEIRA DE FREITAS, excluir o estado de estrangeiro, em oposição ao de cidadão, permanecendo, somente, o estado de família, e os resultantes das incapacidades de obrar, naturais ou legais, acrescentando que:

não há entre nós caso possível de privação dos direitos civis, ou seja pela perda da qualidade de cidadão Brasileiro, ou seja por efeito de condenações judiciais. Suppôr actualmente um Direito Civil de pura nacionalidade, negar direitos civis aos estrangeiros, falar em morte civil, é conceber um chimerico estado de cousas que evoca tradições do Direito

⁴³⁸ Art. 157. O mandato acaba: 1. Pela revogação do commettente; 2. Quando o mandatario demitte de si o mandato; 3. Pela morte natural ou civil, inhabilitação para contractar, ou fallimento, quer do commettente, quer do mandatario; 4. Pelo casamento da mulher commerciante que deo ou recebeo o mandato, quando o marido negar a sua autorisação pela fórmula determinada no artigo 29.

⁴³⁹ Art. 818°. O mandato termina: pela revogação do mandatário; pela renuncia d’este ao mandato; pela morte natural ou civil, interdicção, ou declaração de insolvência, quer do comitente, quer do comissário; pelo casamento da mulher, que deu ou recebeu o mandato.

⁴⁴⁰ Art. 2003. Le mandat finit. Par la révocation du mandataire; Par la renonciation de celui-ci au mandat; Par la mort naturelle ou civile, l’interdiction ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire.

⁴⁴¹ *Introdução*, op. cit., pp. XXXIII-XXXIV, nt 6.

⁴⁴² *Ibidem*, p. XXXVII

Romano; reproduz más teorias do Direito Francez; mas que nada tem de semelhante com a realidade de nossa vida⁴⁴³.

Observe-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS exerce aqui, de um lado, uma absoluta independência intelectual em relação ao famoso *Code Civil*, criticando explicitamente aquele modelo, do outro lado, mantém a disposição normativa ancorada na tradição dos povos da América Latina, como já havia feito A. BELLO no Código Civil do Chile ao elaborar o art. 57 do Código chileno⁴⁴⁴.

Na busca dos limites da legislação civil, o nosso consolidador além de examinar as leis em seus próprios textos, sem influência de alheias opiniões, e de comparar, atentamente, as leis novas com as antigas, medindo com precisão o alcance e as consequências de umas e outras, utiliza estudos de outra natureza, consulta os monumentos legislativos, revê e medita as tradições da Ciência; com espírito livre o jurisconsulto tenta estabelecer uma unidade superior que “concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas reações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso”⁴⁴⁵. Nesse diapasão, A. TEIXEIRA DE FREITAS estuda, reflete e utiliza os resultados da doutrina mais abalizada do seu tempo, assim como leva em consideração os códigos modernos já promulgados, mas com espírito livre, às vezes, aceita teses e modelos codificatórios, outras vezes, os rejeita, v.g., quando critica, como também A. BELLO fizera, o *Code Napoléon* pelo fato de que este não mantém a diferença romana entre título e modo de adquirir o domínio e criticamente comenta “Não obstante seu methodo artificial, e com o maó principio da transferênciã do domínio só por efeito dos contratos, o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia”⁴⁴⁶. Na construção de A. TEIXEIRA DE FREITAS dois são os instrumentos fundamentais utilizados, de um lado, o exame detalhado dos elementos internos do sistema (os próprios textos de leis), do outro lado, a inserção do sistema na tradição jurídica que o caracteriza (a *iurisprudencia*)⁴⁴⁷.

Individuado o quadro geral da legislação civil, preocupa-se o A. TEIXEIRA DE FREITAS com a escolha dos critérios que irão orientar a classificação das normas; rejeita o autor a classificação contida nas *Pandectas: Omne ius vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad*

⁴⁴³ *Introdução*, op. cit., pp. CXXVII-CXXXVII.

⁴⁴⁴ Art. 57. La Lei no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código. Ver *Código Civil de Chile*, in *O.C.*, vol. XIV, Caracas, Fundación La Casa de Bello, 1981, p. 65.

⁴⁴⁵ *Introdução*, op. cit., pp. XXXVI-XXXVII.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. LV.

⁴⁴⁷ S. SCHIPANI, *Il 'Méthodo Didáctico di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit. pp. 542-544.

actiones (Gai 1.8; D. 1.5.1) – Todo direito que usamos ou se refere às pessoas, ou às coisas, ou às ações⁴⁴⁸, pois, embora o enunciado tenha sido aceito pelos Comentadores como uma regra de divisão para as matérias do Direito Civil e tenha sido considerado um princípio classificador das Leis Romanas, essas próprias leis não o aplicaram: “O Código e o Digesto tratam do Direito Privado, e também do Direito Público; e a série de seus livros é tão destituída de nexos, que não denota observância de método algum”⁴⁴⁹. Valoriza A. TEIXEIRA DE FREITAS a proposta classificatória de LEIBNIZ, o qual criticando as *Institutas* de Gaio afirma que a divisão que pode servir para uma classificação é a diferença que se observa entre direitos e obrigações; não são as pessoas e as coisas que se deve distinguir, mas as suas obrigações e seus direitos, sendo as ações nada mais que consequências dos direitos⁴⁵⁰.

A diferença mestra adotada na *Consolidação* é entre ‘direitos pessoais’ e ‘direitos reais’, posto que os *direitos personae* “são os que affectão uma, ou mais pessoas obrigadas, e só por intermédio destas recaem sobre as cousas”⁴⁵¹ e *direitos reaes* “são todos os que immediatamente recaem sobre as cousas, ou em unidade verdadeira, formando o direito de domínio, ou propriedade corpórea; ou em unidade artificial, distribuídos por dois ou mais agentes”⁴⁵².

Seguindo a doutrina alemã, em particular F. C. SAVIGNY, e a teoria das relações jurídicas, A. TEIXEIRA DE FREITAS divide, primeiramente, a matéria em duas grandes categorias: 1) a *Parte Geral* trata, em dois títulos, ‘das pessoas’ e ‘das coisas’ que são os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas na esfera do Direito Civil; 2) a *Parte Especial* que se compõe de dois livros. O livro primeiro tem por objeto os direitos pessoais e o livro segundo os direitos reais. Explica A. TEIXEIRA DE FREITAS que o valor das locuções jurídicas já está determinado, sendo a distinção o produto da análise de todos os direitos possíveis do ponto de vista da sua extensão e do seu objeto⁴⁵³.

Quanto à *Parte Geral*, anota o autor da *Consolidação* que a entidade ativa e passiva do direito, e o seu objeto, não são suficientes para engendrará-lo, sendo necessária uma causa eficiente, ou seja, aquela que o faz nascer, modificar, transmitir e extinguir, motivo pelo qual alguns autores acrescentam um terceiro elemento constitutivo do direito: os fatos jurídicos, atos jurídicos, que, solitamente, são tratados na parte preliminar das matérias do Direito

⁴⁴⁸ *Digesto de Justiniano*, p. 55.

⁴⁴⁹ *Introdução*, op. cit., p. XL.

⁴⁵⁰ *Introdução*, op. cit., pp. XXIII-XXIV.

⁴⁵¹ *Introdução*, op. cit., pp. CXIII-CXIV.

⁴⁵² *Ibidem*, p. CXIII.

⁴⁵³ *Ibidem*

Civil, conclui, porém, não estar de acordo com esse método⁴⁵⁴. Interessante notar que A. TEIXEIRA DE FREITAS, quando da elaboração do *Esboço*, irá mudar de opinião e inserirá na *Parte Geral*, Seção III, o terceiro elemento, os fatos.

O Título I da *Parte Geral* dispõe preliminarmente sobre o homem antes do nascimento (*nasciturus, venter, qui in utero est*); regula os atos do seu nascimento e óbito; distingue as pessoas pelos seguintes estados: 1) a idade; 2) a família; 3) as alterações mentais e 4) a ausência. O Título II regulamenta as coisas dividindo-as, relativamente ao domínio, em a) coisas do domínio nacional (art. 52 ao art. 59); b) coisas do domínio particular (art. 62 ao art. 75)⁴⁵⁵.

O Livro I da *Parte Especial*, sobre direitos pessoais, encontra-se dividido em 2 seções: a) a primeira seção trata dos direitos pessoais nas relações de família, cujas partes são o casamento, o pátrio poder e o parentesco, completando-se com os institutos da tutela e da curatela; b) a segunda seção trata dos direitos pessoais nas relações civis, aborda-se suas causas produtoras, que são os contratos e os delitos, e as causas de sua extinção. O Livro II da *Parte Especial* sobre os direitos reais contém quatro títulos: 1) domínio; 2) servidão; 3) herança e 4) hipoteca; e um título final que trata da prescrição aquisitiva (*usucapio*).

No que concerne à *Parte Geral* A. TEIXEIRA DE FREITAS salienta que se confunde a parte geral ou elementar do Direito Civil com a parte especial e orgânica. Os direitos, ressalta o jurista baiano, existem por causa das pessoas, e onde não há pessoas, não pode haver questão de direito. Deve-se tratar primeiro e separadamente dos dois elementos do direito, pessoas e coisas, já que a sua existência deve ser suposta para todo o direito⁴⁵⁶.

Quanto ao critério de divisão dos direitos em ‘pessoais’ e ‘reais’, afirma A. TEIXEIRA DE FREITAS que o próprio F. C. SAVIGNY já havia justificado o método por ele adotado, pois, o jurista alemão quanto à posição da pessoa investida de um direito para com outras pessoas, observa que, por vezes, o direito liga todas pessoas estranhas, ou vincula somente indivíduos determinados. Assim sendo, os direitos devem ser classificados⁴⁵⁷: 1. Para com todos os homens, os direitos reais e o direito de sucessão; 2. Para com indivíduos determinados, as relações de família e as obrigações. Eis aí a justificativa, relativa à escolha do nosso consolidador, da divisão da *Parte Especial* em ‘direitos pessoais’ e ‘direitos reais’.

⁴⁵⁴ *Introdução*, op. cit., p. CXIX.

⁴⁵⁵ *Ibidem*. p. CXXVI;

⁴⁵⁶ *Introdução*, op. cit., p. CXLVI.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, pp. CXLIX-CL.

Na sistemática da *Consolidação* A. TEIXEIRA DE FREITAS mostra o seu espírito inovador. Alicerçando o seu raciocínio não somente na sua sólida formação romanista, mas também no seu profundo conhecimento das doutrinas em voga, principalmente, a francesa e a alemã, ele reflete minuciosamente sobre as tradições da ciência jurídica e submete as posições existentes a uma crítica construtiva, buscando uma perfeição inatingível que, de certa forma, será o óbice à realização do seu sonho maior, ser o autor do primeiro Código Civil Brasileiro.

O sistema construído por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação* tem como fulcro a ideia de pessoa. Para ele, em primeiro lugar, há o homem segue o jurisconsulto do Império os princípios das *Institutas* de Justiniano: *Nam parum est ius nosse, si personae, quarum causa statutum est, ignorentur* (J. 1.2.12) – Mas primeiro tratemos das pessoas; pois, de pouco vale conhecer o direito, se se ignoram as pessoas por causa das quais foi ele estatuído⁴⁵⁸.

A classificação, como questão metodológica, foi uma constante preocupação de A. TEIXEIRA DE FREITAS, assim como a sua obsessiva procura de um sistema que atingisse a perfeição e fosse imune à reparos; o longo e metucioso exame do método de ordenação é uma pura reflexão doutrinária que não encontra, supostamente, algum limite imposto pela legislação vigente. Tendo considerado a diferença entre ‘direitos pessoais’ e ‘direitos reais’ ‘a chave de todas as relações civis’⁴⁵⁹, fá-la dominar toda a *Parte Especial* e, reputando necessário que as normas comuns tivessem um espaço próprio, cria o *allgemeiner Teil*, a *Parte Geral*, antecipando de meio século o *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch*⁴⁶⁰. Contudo, A. TEIXEIRA DE FREITAS com certeza conhecia o condicionamento topográfico das normas, ou seja, a determinação do seu alcance em função do seu compartimento ou classe em que são colocadas; a sua absoluta liberdade parece estar em contraste com a metuciosa observância da positividade das normas, talvez, isso possa ser explicado pelo fato de que, observa J. BAPTISTA VILLELA, a *Consolidação* não representava somente o direito vigente, era, também, um trabalho preparatório do Código civil, portanto, essa não era somente fonte de cognição, mas, em certa medida, possuía o caráter de fonte de produção, reiteradamente, A. TEIXEIRA DE FREITAS frisa essa função propedêutica da *Consolidação*; ela exprime a

⁴⁵⁸ A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de Direito Romano, Institutas de Gaio e de Justiniano*, vertidas para o português, vol. II, São Paulo, Saraiva, 1951, pp. 306-307.

⁴⁵⁹ *Introdução*, op. cit., p. XLVII

⁴⁶⁰ R. DAVID, *Les grands systèmes*, op. cit., p. 96. Anota Rene David que “a ideia de uma “parte geral” foi apresentada sob forma legislativa pela primeira vez no Brasil na *Consolidação das Leis Civis*, de Augusto Teixeira de Freitas, em 1858. O código civil brasileiro de 1916 a consagrou, talvez mais em razão deste precedente, que por imitação do BGB.

ordem jurídica vigente mas, contemporaneamente, põe *ex tunc* as bases da sua transcendência, como assevera J. BAPTISTA VILLELA “um antigo testamento que também prefigurasse uma nova aliança e que, por isso mesmo, não se contivesse na visão do passado”⁴⁶¹.

Registra A. TEIXEIRA DE FREITAS que essa divisão das matérias não é no seu entender a mais perfeita e certamente a melhoraria se na elaboração de uma legislação nova pudesse “escolher matérias à vontade”⁴⁶². J. NABUCO DE ARAÚJO, confrontando a empresa de A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação* com a que teria, depois, redigindo o *Esboço* observa que:

Na *Consolidação* o seu gênio tinha tido que se sofrer, que se curvar à lei escrita, à rotina dos tribunais, à estreiteza da velha jurisprudência, às vezes obsoleta; fora apenas chamado a repetir, não a reformar, a lei existente, a renová-la com maior clareza e individualização, qualquer que fosse o seu defeito intrínseco, a sua incongruência e insuficiência perante a nossa época; no *Código Civil*, podia, porém, exercitar as suas faculdades criadoras”, dar a sua medida;⁴⁶³.

Não há dúvida que entre a *Consolidação* e o *Código* havia uma conexão histórica, a partir daquela se instaurou um regime de trocas, pois, o fevor criativo peculiar deste fecundava aquela, o empenho de ordem e método, inerente à *Consolidação*, iria se refletir na elaboração do *Código civil*⁴⁶⁴.

4.2.2.2 A obra codificatória

Na reflexão de A. TEIXEIRA DE FREITAS, relativa ao melhor método para se organizar a matéria jurídica, uma das questões que mais o empolgaram foi, certamente, o problema da classificação que ele começara a enfrentar no decorrer da elaboração da *Consolidação das Leis Civis*. Em 1859, ano em que assina o contrato com o Governo Imperial para compor o Projeto de Código civil, A. TEIXEIRA DE FREITAS publica a *Nova Apostilla* em que afirma:

Para a exposição e conhecimento das leis positivas vários meios se têm empregado, diferentes na forma e denominações, mas sempre executados pelo mesmo instrumento. Em todas as aplicações do espírito humano, sobre qualquer ramo de Sciencia, acontece exactamente o mesmo; pois que a razão do homem é só uma, e trabalha por invariável processo. O instrumento vem á ser a divisão e a classificação, sempre de uma necessidade absoluta, base de todas as Sciencias; visto que sem divisões e classificações não há systema de conhecimentos. Em dividir está o grande recurso da nossa débil inteligência, sem a qual a observação e comparação

⁴⁶¹ J. BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação*, op. cit., pp. 244-245.

⁴⁶² *Introdução*, op. cit., p. CXV.

⁴⁶³ J. NABUCO, *Um Estadista do Império*, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1975, p. 906.

⁴⁶⁴ J. BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação*, op. cit., p. 245.

serião impossíveis, e a memoria sucumbiria ao peso de um prodigioso numero de ideas⁴⁶⁵

A concepção jusnaturalista, no que concerne ao método, de A. TEIXEIRA DE FREITAS, anota A. FERRAZ PEREIRA, parece derivada da teoria aristotélica, haurida nos textos romanos, retomada na tradição de S. Tomás e consagrada nas *Ordenações* portuguesas, assim se exprime o jurista baiano:

Tem-se negado a possibilidade de um methodo natural, e costuma-se dizer que todas as classificações são *artificiais*, por não existirem na natureza as noções de classe, gênero, e espécie, por serem criações do nosso espirito. Mas, essas noções correspondem aos caracteres próprios e differencias dos objetos, suas qualidades distinctivas, suas semelhanças e analogias; certamente não são pura formas do pensamento, e tem sem duvida uma realidade objectiva, tão incontestável como a variedade dos entes⁴⁶⁶

No extremo oposto, assevera, ainda, o jurista na *Nova Apostilla*, “como se homem não tivesse atividade” ter-se-ia entendido que todas as classificações são naturais já que as impressões que recebemos não estão a nossa disposição, e têm o seu fundamento nas leis naturais. Existe, porém, um critério para se distinguir as classificações naturais das artificiais, e conclui que “o que se observa nos entes da História Natural acha-se, com variedade de objetos e de destino, nos entes da Ciência do Direito, isto é, nos homens considerados em sua vida jurídica e nas relações e fatos que a constituem e manifestam”⁴⁶⁷, e ainda, “No mundo moral as leis naturaes (do mesmo modo que no mundo physico) são o princípio das relações; as leis positivas seu resultado necessario”⁴⁶⁸.

O nosso consolidador e codificador justifica, do ponto de vista teórico, em muitas páginas da *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, a validade dos seus critérios classificatórios, mas ele é também um prático, portanto, para ele a teoria sem um olhar na realidade dos homens, que no sistema freitiano são elementos centrais, é algo que ele não leva em consideração, pois os direitos existem por causa das pessoas⁴⁶⁹, ele próprio no último paragrafo da parte *Aplicação de Princípios* afirma “Dados estes esclarecimentos, resta-nos ainda demonstrar, que a divisão cardeal dos direitos pessoaes e direitos reaes é de valor pratico...”⁴⁷⁰, significativo o fato de que a parte que segue imediatamente a *Aplicação de Princípios* se denomina *Importancia Pratica*, A. TEIXEIRA DE FREITAS tem plena consciência

⁴⁶⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Nova*, op. cit., pp. 51-52.

⁴⁶⁶ *Nova*, op. cit., p. 53; cf. A. FERRAZ PEREIRA, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 95-96.

⁴⁶⁷ *Nova*, op. cit., p. 54.

⁴⁶⁸ *Idem*

⁴⁶⁹ *Introdução*, op. cit., p. CXLVI.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. CLXV.

do vínculo imprescindível, no Direito, entre teoria e prática; a própria Comissão Revisora da *Consolidação*, no Parecer de 4 de dezembro de 1858, assinalava que o autor:

Meditando essa diferença de direitos pessoas e reaes, em que se funda o methodo adoptado para a consolidação, e predisposto para a projetada reforma da legislação civil; sente-se, que essa diferença não é uma questão metaphysica sem utilidade pratica, porém muito importante ás relações civis e economicas⁴⁷¹

N. SALDANHA considera, por um lado, A. TEIXEIRA DE FREITAS um espírito bastante dotado para a especulação, sem prejuízo de uma vocação prática, assim como, por outro lado, ele possui uma formação filosófica mínima, “o pouco contato que teve com a filosofia foi porém suficiente para definir em Freitas uma nítida tendência positivista e antimetafísica, que teria sido fundamento de um consequente juspositivismo se o autor do *Esboço* tivesse tido maiores preocupações e maiores leituras neste campo”, acrescenta, ainda, o autor que apesar de uma formação filosófica não profunda A. TEIXEIRA DE FREITAS teve um considerável gosto pela teoria, e um rigoroso instinto sistematizador, conjugando uma capacidade de síntese com a paciência analítica que o levavam, obsessivamente, a rever as conceituações⁴⁷². Note-se que a atividade sistematizadora é suportada por elementos que caracterizam o pensamento freitiano: o romanismo, o humanismo, o realismo acompanhado pela sensibilidade histórica, nesse sentido, baste lembrar da análise e crítica do sistema classificatório de Gaio, a rejeição do sistema gaiano por ser incoerente e a busca de novos critérios mais verdadeiros para disciplinar, com equidade e justiça, a vida dos homens; passado, presente e o homem.

O problema da classificação dos dispositivos já tinha sido enfrentado por A. TEIXEIRA DE FREITAS na *Consolidação das Leis Civis*, na famosa *Introdução*, texto teórico fundamental, onde se encontram os princípios, o método, e a substância da sua experiência de jurista e advogado; nela ele havia justificado, detalhadamente, uma nova solução do problema. A classificação das matérias do Código permaneceu fiel à ideia fundamental exposta na *Consolidação*: os direitos civis são direitos pessoais ou direitos reais, existindo, entretanto, institutos de natureza comum que abrangem direitos reais e pessoais, tais como a herança, o concurso de credores e a prescrição.

⁴⁷¹ *Relatório da Comissão incumbida de rever a Consolidação das Leis Civis*, de 4 de dezembro de 1858, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, op. cit., p. XXIV.

⁴⁷² N. SALDANHA, *História e Sistema em Teixeira de Freitas*, in *Revista Informação Legislativa*, Brasília a. 22 n. 85 jan./mar., 1985, pp. 245-246; p. 247; cf. ID., in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 60-61.

C. BEVILAQUA considera a classificação adotada por A. TEIXEIRA DE FREITAS “uma feliz novidade, com que se enriqueceu a técnica jurídica”⁴⁷³, assim como reputa correto o ponto de partida e as deduções exatas, no entanto, nota que não é assinalado, nessa classificação, “com a necessária nitidez, o caráter próprio dos direitos familiares, de modo a constituírem um grupo distinto de relações”, ademais, “o direito hereditário, aparecendo entre as disposições comuns aos direitos reais e pessoais, perde a individuação e o relevo, que lhe são próprios”⁴⁷⁴.

No *Esboço*, a segunda grande obra do jurista baiano, ele pôde expressar o seu espírito inovador, pois, não estava adstrito aos vínculos ínsitos à *Consolidação*, as ideias se robustecem e aprimoram. O plano do *Esboço* é um aprimoramento da sistemática da *Consolidação*, na *Parte Geral*, acrescentou às pessoas e às coisas, os fatos, mudando, dessa forma, o posicionamento tido quando da feitura da *Consolidação*. Na nota ao artigo 431 do *Esboço*, ele justifica a nova posição:

Esta Secção 3ª, que trata dos fatos, um dos elementos dos direitos regulados no Código Civil, não estava em meu primitivo plano, como se pode ver na *Consolid. Das Leis Civ. Introd.*, págs. 106, 107 e 108. Ali eu disse “alguns Escritores adicionam este terceiro elemento sob a denominação de fatos, fatos jurídicos, atos jurídicos, de que também tratam na parte geral das matérias do Direito Civil. Não nos conformamos com este método”. Hoje, ao contrário, estou convencido de que sem este método será impossível expor com verdade a síntese das relações do Direito privado, e fugir a um defeito gravíssimo de que se ressentem todos os Códigos, com exceção unicamente do da Prússia. Eles têm legislado sobre matérias de aplicação geral a quase todos os assuntos do Código Civil, do Código de Comércio e do Código do Processo, como se fôssem exclusivamente aplicáveis só aos *contratos* e *testamentos*; e com êste sistema embaraçam o exato conhecimento do Direito Privado, isolando fenômenos que são efeitos da mesma causa, e contribuindo destarte para que muitas espécies escapem à influência de seus princípios diretores.”⁴⁷⁵

A versão final do *Esboço* apresenta, antes da *Parte Geral*, um Título Preliminar *Do lugar e do tempo* que estabelece os princípios concernentes ao âmbito de aplicação das normas no espaço e no tempo. O sistema do *Esboço* está estruturado segundo a diferença entre direitos pessoais e direitos reais, cuja definição está contida no art. 19: “São direitos pessoais os que têm por objeto imediato as pessoas, posto que mediamente possam ter por objeto as coisas. São direitos reais os que têm por objeto mediato as coisas, posto que mediamente tenham por objeto as pessoas”. A conformação sistêmica é a seguinte:

⁴⁷³ C. BEVILAQUA, *Linhas e perfis jurídicos*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 121; cf. L. CARNEIRO, *Estudo crítico*, op. cit., pp. XX-XXII.

⁴⁷⁴ C. BEVILAQUA, *Linhas*, op. cit., p. 125

⁴⁷⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, op. cit., p. 143.

Título Preliminar: Do lugar e Do tempo
 Cap. I: do lugar – Cap. II: do tempo

PARTE GERAL
 Livro Primeiro
 Dos elementos dos direitos

Seção I
 Das Pessoas

- Título I – Das pessoas em geral
- Título II – Das pessoas de existência visível
 - Cap. 1. Dos modos de existência visível
 - Cap. 2. Do lugar da existência visível das pessoas
 - Cap. 3. Do tempo da existência visível das pessoas
- Título III.- Das pessoas de existência ideal
 - Cap. 1. Dos modos de existência ideal das pessoas
 - Cap. Do lugar da existência das pessoas
 - Cap. 3. Do tempo da existência ideal das pessoas

Seção II
 Das coisas

- Título I - Das coisas em geral
- Título II – Dos modos de existência das coisas
 - Cap. 1. Das coisas em relação às pessoas
 - Cap. 2. Das coisas e relação aos direitos
- Título III – Do lugar de existência das coisas
- Título IV – Do tempo da existência das coisas

Seção III
 Dos fatos

- Título I – Dos fatos em geral
- Título II – Dos modos da existência dos fatos
 - Cap. 1. Dos fatos voluntários
 - Cap. 2. Dos atos jurídicos
 - Cap. 3. Dos atos ilícitos
- Título III – Do lugar da existência dos fatos
- Título IV - Do tempo da existência dos fatos

PARTE ESPECIAL
 Dos direitos
 Livro Segundo
 Dos direitos pessoais

Seção I
 Dos direitos pessoais em geral

- Título I - Das obrigações
- Título II – Das obrigações em relação ao seu objeto
 - Cap. 1. Das obrigações de dar
 - Cap. 2. Das obrigações de fazer e não fazer
- Título III – Das obrigações em relação às pessoas
 - Cap. Único. Das obrigações solidárias
- Título IV. Da extinção das obrigações
 - Cap. 1. Do pagamento
 - Cap. 2. Da novação
 - Cap. 3. Da compensação

- Cap. 4. Da confusão
- Cap. 5. Da transação
- Cap. 6. Da resolução

Seção II

Dos direitos pessoais nas relações de família

Título I – Do casamento

- Cap. 1. Dos contratos de casamento
- Cap. 2. Da celebração do casamento
- Cap. 3. Dos direitos e obrigações dos cônjuges
- Cap. 4. Do divórcio, e da separação judicial de bens
- Cap. 5. Da dissolução do casamento
- Cap. 6. Da nulidade do casamento
- Cap. 7. Da viuvez, e do segundo casamento

Título II – Da paternidade, maternidade e filiação

- Cap. 1. Dos filhos legítimos
- Cap. 2. Dos filhos legitimados
- Cap. 3. Dos filhos ilegítimos

Título III – Dos direitos e obrigações dos parentes

Título IV – Da adoção

Título V – Da tutela, e curatela

- Cap. 1. Da tutela
- Cap. 2. Da curatela

Seção III

Dos direitos pessoais nas relações civis

Título I – Das obrigações derivadas dos contratos

- Cap. 1. Dos contratos em geral
- Cap. 2. Da compra e venda
- Cap. 3. Da troca
- Cap. 4. Da doação
- Cap. 5. Cessão de créditos
- Cap. 6. Do mútuo ou empréstimo de consumo
- Cap. 7. Dos contratos aleatórios
- Cap. 8. Da locação
- Cap. 9. Do comodato ou empréstimo de uso
- Cap. 10. Do contrato de depósito
- Cap. 11. Da locação de serviços
- Cap. 12. Do mandato
- Cap. 13. Do contrato de sociedade
- Cap. 14. Da fiança

Título II – Das obrigações derivadas de atos lícitos que não são contratos

- Cap. 1. Da fiança legal e da fiança judicial
- Cap. 2. Da gestão oficiosa
- Cap. Do emprego útil

Título III – Das obrigações derivadas de atos involuntários

- Cap. 1. Do dano causado em discernimento
- Cap. 2. Do dano causado por erro

Título IV – Das obrigações derivadas de fatos que não são atos

- Cap. 1. Da evicção
- Cap. 2. Dos vícios redibitórios
- Cap. 3. Da simples detenção

Título V – Das obrigações derivadas de atos ilícitos

- Cap. 1. Das obrigações derivadas de delito
- Cap. 2. Das obrigações derivadas de ofensas que não são delitos
- Cap. 3. Das obrigações derivadas das faltas

Livro Terceiro
Dos direitos reais

Seção I
Dos direitos reais em geral

- Título I – Da natureza dos direitos reais
 - Capítulo único. Da posse
- Título II – Da aquisição dos direitos reais
 - Cap. 1. Da tradição
 - Cap. 2. Da aquisição da posse
- Título III – Dos efeitos da aquisição dos direitos reais
 - Cap. 1. Das obrigações e dos direitos inerentes à posse
 - Cap. 2. Das ações reais
 - Cap. 3. Dos remédios possessórios
 - Parágrafo único. Das ações possessórias
- Título IV – Da extinção dos direitos reais
 - Capítulo único. Da perda da posse

Seção II
Dos direitos reais sobre as coisas próprias

- Título I – Do domínio
 - Cap. 1. Do domínio perfeito
 - Cap. 2. Do domínio imperfeito
- Título II - Do condomínio
 - Cap. 1. Do condomínio em geral
 - Cap. 2. Do condomínio por meação de paredes e muros
 - Cap. 3. Do condomínio por confusão de limites

Seção III
Dos direitos reais sobre as coisas alheias

- Título I – Do enfiteuse
 - Cap. 1. Da aquisição do enfiteuse
 - Cap. 2. Dos efeitos da aquisição do enfiteuse
 - Cap. Da extinção do enfiteuse
- Título II – Do usufruto
 - Cap. 1. Da aquisição do usufruto
 - Cap. 2. Dos efeitos da aquisição do usufruto
 - Cap. 3. Da extinção do usufruto
- Título III – Do uso e da habitação
 - Cap. 1. Da aquisição do uso e da habitação
 - Cap. 2. Dos efeitos da aquisição do uso e da habitação
 - Cap. 3. Da extinção do uso e da habitação
- Título IV – Das servidões
 - Cap. 1. Das servidões em geral
 - Cap. 2. Das Servidões em particular.

Livro IV: Das disposições comuns dos direitos reais e pessoais: herança, concurso de credores, prescrição.

O *Esboço* se abre dispondo no seu art. 1 que “As leis deste Código não serão aplicadas fora de seus limites locais e nem com efeito retroativo”⁴⁷⁶, na nota o autor explica que a

⁴⁷⁶ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, op. cit., p. 1.

determinação dos limites não significa que se queira legislar para países estrangeiros, mas porque as leis do Código devem somente ser aplicadas pelas autoridades do país às pessoas, coisas, fatos e direitos que se encontrem no território nacional; quanto ao efeito retroativo adverte que apenas repete o art. 179, III, da Constituição de 1824. O art. 5 trata da proibição de se aplicar as leis estrangeiras contrárias ao direito público e criminal do Império, à religião do Estado, à tolerância dos cultos, à moral e aos bons costumes, exemplifica A. TEIXEIRA DE FREITAS esses casos: a) Criminal: como a legislação dos países onde a poligamia é permitida; b) Religião do Estado: leis em ódio ao culto católico; casamento entre irmãos, o que seria incesto, também proibido pela Igreja Católica; c) Tolerância dos cultos: como as leis que, à semelhança da antiga legislação portuguesa, fulminassem incapacidades contra hereges, apóstatas, judeus, cristão novos. Vale lembrar que na *Consolidação* A. TEIXEIRA DE FREITAS já tinha afirmado, com fundamento na Constituição, que no sistema jurídico de então, os hereges e apóstatas podiam testar, afastando-se, assim, a disposição das *Ordenações* que o proibia; ademais, o art. 179, V, da Carta Magna proibia que alguém fosse perseguido por motivos de religião. Importante a crítica construtiva feita às leis francesas “que iniquamente consideravam as faculdades da capacidade civil, que chamam de direitos civis, como inerentes à qualidade de nacional”, negando, portanto, direito civis aos estrangeiros, outro foi, diz o codificador, “o espírito da nossa Carta, à semelhança da lei inglesa, encerrando uma grande ideia de futuro para um país sem povo, e que só o podia ter por colonização”, assim no art. 38 do *Esboço* consta: “São aptos para adquirir-los [os direitos] todos os cidadãos brasileiros designados no art. 6 da Constituição do Império, e todos os estrangeiros, tenham ou não domicílio ou residência no Império”⁴⁷⁷.

No art. 26 apresenta o jurista baiano mais uma arrojada inovação, pois, em decorrência do exposto na nota ao art. 5, que a capacidade ou incapacidade de todas as pessoas domiciliadas no território brasileiro, nacionais ou estrangeiros, serão regidas pelas leis do código, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro, a concepção do *Code Civil* fica totalmente excluída; quanto às pessoas domiciliadas no estrangeiro se deve observar a lei de seu domicílio “ainda que se trate de atos praticados no Império”, afasta aqui o princípio da nacionalidade, que vigorava no direito brasileiro, e que a Lei de Introdução do Código civil de 1916 manteve no seu art. 8º: “A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei

⁴⁷⁷ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, op. cit., p. 3; p. 27

brasileira”, só derogado com a Lei de Introdução de 1942⁴⁷⁸. A. WALD entre as inovações implementadas por A. TEIXEIRA DE FREITAS lista a defesa do universalismo do direito, em oposição à legislação francesa que demonstrava uma certa desconfiança em relação aos estrangeiros⁴⁷⁹.

No que concerne, ainda, à disciplina da capacidade, A. TEIXEIRA DE FREITAS distingue a capacidade de direito da capacidade de fato e em relação àquela observa, na nota ao art. 21⁴⁸⁰, que a capacidade de direito não se traduz na aptidão de adquirir direitos, mas pelo grau dessa aptidão, posto que:

[...] não há pessoa sem capacidade de direito, por maior que fosse o número de proibições do Código. Desta maneira a capacidade de direito envolve sempre uma ideia relativa, mesmo em cada pessoa dada, visto que todas as pessoas são capazes de direito quanto ao que o Código não lhes proíbe, e ao mesmo tempo incapazes de direito quanto ao que se lhes proíbe⁴⁸¹

J.C. MOREIRA ALVES ressalta que é com base nisso que os civilistas modernos costumam diferenciar a personalidade jurídica da capacidade de direito: aquela é conceito absoluto, existe ou não existe; esta, conceito relativo, existe em maior ou em menor grau, é a medida da personalidade jurídica; por outro lado, A. TEIXEIRA DE FREITAS divide as pessoas em pessoas de existência visível, o homem, e pessoas de existência ideal, as pessoas jurídicas, e, no que tange às primeiras, reconhece-lhes a aptidão de adquirir todos os direitos civis, independentemente da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política⁴⁸²; atribui-lhe existência desde a concepção⁴⁸³; quanto à comoriência se afasta do direito anterior, que se alinhava aos preceitos do *Corpus Iuris Civilis*⁴⁸⁴. Quanto à pessoa de existência ideal, pela primeira vez uma codificação apresentava uma disciplina completa desse instituto, anotando o autor do *Esboço* na nota ao art. 272⁴⁸⁵:

⁴⁷⁸ Lei de Introdução, Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de dezembro de 1942, art. 7: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

⁴⁷⁹ A. WALD, *A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano*, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul/set. 2004, p. 252.

⁴⁸⁰ Art. 21. A capacidade civil é de direito, ou de fato. Consiste a capacidade de direito no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem atos que não lhe são proibidos.

⁴⁸¹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, op. cit., p. 15.

⁴⁸² Art. 37. Os direitos que elas [as pessoas] podem adquirir, de que trata este Código, são independentes da qualidade de cidadão brasileiro e da capacidade política.

⁴⁸³ Art. 53. São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas, no ventre materno; art. 54. Tem lugar a representação necessária das pessoas por nascer, sempre que competir-lhe, a aquisição de bens de alguma herança, ou doação.

⁴⁸⁴ No direito justinianeu se as pessoas mortas fossem pai e filho se pressupunha pré-morto o filho se impúbere, pré-morto o pai se púbere. Ver V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006, p. 48.

⁴⁸⁵ J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama*, op. cit., pp. 198-199.

Com algum receio apresento este Tít. 3º sobre as pessoas de existência ideal, não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, aliás meramente exterior, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito, e sem a qual entretanto não se pode conhecer a teoria das pessoas, e toda a beleza e majestade do Direito Civil. Pela primeira vez tenta-se, e, o que é mais, em um Código, a temerária empresa de reunir em um todo o que há de mais metafísico em jurisprudência⁴⁸⁶

Na Seção II, *Das coisas*, no art. 317 A. TEIXEIRA DE FREITAS dispõe que todos os objetos materiais susceptíveis de uma medida de valor são coisas e na nota releva que no Direito romano as coisas podem ser corpóreas e incorpóreas, mas para ele as coisas só podem ser corpóreas, distancia-se da concepção de A. BELLO, enquanto os objetos do direito podem ser corpóreos ou incorpóreos; são corpóreos quando são coisas, ou se trate de direito de domínio, ou se trate de outros direitos reais; são incorpóreos quando são fatos⁴⁸⁷. Com efeito, o art. 319 dispõe “Os objetos que, sendo suscetíveis de uma medida de valor, não forem objetos materiais, também não se reputam coisas no sentido desse Código”; exclui, afastando-se do Direito romano, a categoria das coisas as *res communes omnium* e anota que no Direito romano quando se considera as coisas em sua existência natural, tudo o que existe corporalmente, não sendo pessoas, são coisas, ora, existem coisas que não são passíveis de apropriação, essas no Direito romano são coisas comuns, e daí resulta a diferença entre coisas e bens, porém, “Neste Projeto essas duas palavras são sinônimas, as coisas comuns ficam fora da linha das coisas”⁴⁸⁸.

A *Parte Especial* consta de dois livros que disciplinam, especificadamente, as relações jurídicas dicotomicamente consideradas: ‘direitos pessoais’ e ‘direitos reais’. O Livro II-*Dos direitos pessoais*, é composto por duas Seções: Seção I - *Dos direitos pessoais em geral*; Seção II - *Dos direitos pessoais nas relações de família*. Na primeira seção estão disciplinadas as obrigações em geral e na segunda estão regulados, nos artigos 1.237 a 1.253, os sponsais e os pactos antenupciais, admitidos também no direito anterior; nos artigos 1.254 a 1.298, disciplina-se a celebração do casamento em face da Igreja Católica, assim como os casamentos mistos autorizados ou não por esta; regulamenta-se os direitos e obrigações dos cônjuges quanto a suas pessoas e quanto a seus bens, o regime legal é o da comunhão universal de bens que vem do direito português; regula-se também os regimes da separação e o dotal. O divórcio, regulado no art. 1.379, não é o romano, mas o canônico, ou

⁴⁸⁶ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, op. cit., p. 96.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 115.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 122.

seja, a separação de pessoas e de bens, sem dissolução do vínculo matrimonial, permite-se, contudo, a dissolução do casamento celebrado sem autorização da Igreja Católica, se o cônjuge não cristão ou não católico se converter para a religião católica e casar novamente perante a Igreja Católica (art. 1.420, § 2); o art. 1.455 traz a proibição à viúva de contrair segundas núpcias antes de decorridos dez meses, contados da dissolução do casamento anterior; proíbe-se o reconhecimento dos filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos, art. 1.601. Disciplina-se a adoção, também, admitida na legislação anterior e regula-se, largamente, a tutela e a curatela. Na Seção III – *Dos direitos pessoais nas relações civis* do Livro II, estão disciplinadas as obrigações decorrentes dos contratos, dos atos lícitos que não são contratos, dos atos involuntários, dos fatos que não são atos e dos atos ilícitos. No último livro do *Esboço*, referente aos direitos reais, A. TEIXEIRA DE FREITAS segue, geralmente, os preceitos do Direito romano; adota, no art. 3.703, o *numerus clausus*; distingue os direitos reais sobre coisas próprias, domínio e condomínio, daqueles sobre coisas alheias: enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidões; na regulamentação da posse é perceptível a influência da doutrina de F. C. SAVIGNY⁴⁸⁹. No que diz respeito à transferência do domínio, na mesma linha de A. BELLO, mantém a tradição do Direito romano, ou seja, a distinção entre título e modo de adquirir, contra o espírito das leis francesas; quanto aos bens imóveis determina no art. 3.742 que os direitos reais sobre imóveis se adquirem unicamente pela inscrição no Registro Conservatório.

Por fim, o Livro IV - *Das disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais*, que tinha sido autorizado pelo Governo por aditamento ao contrato de 10 de janeiro de 1859, já que não constava do plano da *Consolidação*, aprovado em 4 de dezembro de 1858, dedicado à herança, ao concurso de credores e à prescrição, não chegou a ser elaborado por A. TEIXEIRA DE FREITAS devido à sua renúncia ao projeto de Código civil por divergências insuperáveis com o Governo que não aceitou o novo plano sistemático proposto na Carta de 20 de setembro de 1867⁴⁹⁰. Em 1872, Manuel Antonio Duarte de Azevedo, Ministro da Justiça, declarava inaceitável a proposta de A. TEIXEIRA DE FREITAS, em que se previa a elaboração de dois códigos, o Código Geral e o Código Civil, operando-se também a unificação do direito comercial e do direito civil, embora reconhecesse o Ministro que tinha fundamento razoável a ideia de um Código Geral contendo matérias de direito comercial e de direito civil. Expedia-se o ofício pelo qual o contrato de 1859 estava rescindido, A. TEIXEIRA DE FREITAS não seria o autor do primeiro Código civil brasileiro.

⁴⁸⁹ J. C. MOREIRA ALVES, *Panorama*, pp. 201-203.

⁴⁹⁰ A.S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. 593-603.

L. CARNEIRO no “Estudo Crítico-Biográfico” do grande jurisconsulto, na edição do *Esboço*, publicada pelo Ministério da Justiça e Negócios Interiores, de 1952, escreve:

Desamparado, senão hostilizado surdamente, por misoneísmo e por incompreensão – Teixeira de Freitas aceita a rescisão do contrato de 1859. Não havia mais quem o animasse a concluir o ante projeto, ou antes, como ele mesmo dissera, o “esboço”, já quase pronto por completo. Ficava apenas como obra doutrinária, documento de uma tentativa malograda – que não se pode recordar sem surpresa e emoção.⁴⁹¹

A. WALD reputa a obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS da maior importância, tanto no campo legislativo quanto no científico, posto que esta se caracteriza pela sua reação construtiva aos Códigos anteriores, e pela sua originalidade. Constitui, no continente latino-americano, a primeira crítica construtiva ao *Code Civil*, numa época na qual ele era adotado quase integralmente em vários países da Europa e da América Latina⁴⁹². R. DAVID dirá que A. TEIXEIRA DE FREITAS foi o único espírito realmente original que tentou se libertar da tendência que havia no continente de recepcionar-se o código civil francês, mas, acrescenta o comparatista francês, essa originalidade atrasou de sessenta anos a codificação no Brasil⁴⁹³.

4.2.3 O romanismo, humanismo e realismo de A. Teixeira de Freitas

Era o jurista baiano um profundo conhecedor do Direito romano, a leitura e análise de suas obras comprovam uma sólida formação romanística. Era, contudo, um autodidata, pois, como observa J. C. MOREIRA ALVES, não foi no curso de direito de Olinda ou de São Paulo que ele estudou o Direito romano, pois, a lei que criou, em 11 de agosto de 1827, os cursos jurídicos não colocou no currículo o ensino de Instituições de Direito Romano; somente mais tarde, em 1854, a disciplina será criada pelo Decreto Legislativo de 16 de agosto de 1851. A. TEIXEIRA DE FREITAS se gradua bacharel em direito no dia 6 de outubro de 1837, logo, não foi durante o bacharelado que aprendeu o Direito romano⁴⁹⁴.

No embate travado com Caetano Alberto Soares, no Instituto dos Advogados Brasileiros, quanto ao *status* dos filhos de escrava que, em testamento, havia sido liberta, mas com cláusula de servir a um herdeiro ou legatário enquanto vivesse, A. TEIXEIRA DE FREITAS, fundamentando o seu parecer no Direito romano, direito aplicado no Brasil subsidiariamente, afirma serem esses escravos. A divergência entre os dois juristas teve como desfecho a renúncia de A. TEIXEIRA DE FREITAS à presidência do Instituto. Na carta de renúncia, de 22 de outubro de 1857, encontramos a sua profissão de fé como romanista:

⁴⁹¹ L. CARNEIRO, *Estudo Crítico*, op. cit., p. XIX

⁴⁹² A. WALD, *A obra*, op. cit., p. 252.

⁴⁹³ R. DAVID, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, 1950, p. 266

⁴⁹⁴ J. C. MOREIRA ALVES, *A formação*, op. cit., p. 19.

E demais, não podeis fazer maior honra, do que chamando-me romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano está depositada toda a filosofia do direito.

[...]

Por que desdenhais esse precioso legado, sem o qual as noções jurídicas, fruto de tantas meditações, de tantos sacrifícios, de tantas tradições históricas, ficam à mercê dos negócios, que temerariamente decidem de tudo com os seus relâmpagos de inspiração”⁴⁹⁵.

Para o nosso consolidador o Direito romano era um instrumento de trabalho indispensável para o jurista, visto que servia como direito subsidiário para suprir as lacunas das *Ordenações* no campo do direito civil, respeitadas, naturalmente, as normas, pertinentes ao tema, estabelecidas pela *Lei da Boa Razão* e pelos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, ambos em vigor no Brasil por força da Lei de 20 de outubro de 1823⁴⁹⁶; além dessa utilidade prática A. TEIXEIRA DE FREITAS considerava, também, o inestimável valor teórico por ser o Direito romano, dizia ele na carta de 22 de outubro de 1857, “ponto de partida de tudo quanto se tem escrito. E se tem de escrever em matéria de jurisprudência”⁴⁹⁷. A execução da *Consolidação das Leis Civis*, na visão de J.C. MOREIRA ALVES, permitiu a preservação no direito brasileiro da tradição jurídica portuguesa, construída, mormente, a partir das fontes romanas. A *Consolidação* ordenou o caos dos princípios civis constantes das *Ordenações Filipinas* e das Leis extravagantes, permitindo saber quais as normas vigentes no Brasil; ademais, ela serviu de obstáculo à utilização de elementos estranhos para o preenchimento de lacunas⁴⁹⁸, pois, vale lembrar que a *Lei da Boa Razão* autorizava, no seu § 9, a utilização de leis das Nações Cristãs “iluminadas, e polidas, que com ellas [as leis] estão resplandecendo na boa, depurada, e são jurisprudência”⁴⁹⁹. A obra de A. TEIXEIRA DE FREITAS, assim como a obra de A. BELLO no direito chileno, possibilitou que o direito civil brasileiro permanecesse ancorado, saldamente, na tradição do Direito romano mediada pelo antigo direito português. G. BRAGA DA CRUZ assinala que o próprio A. TEIXEIRA DE FREITAS critica severamente o abuso a que tantos juristas se tinham acostumado de se desviar dos textos legislativos, pondo a culpa na Lei de 18 de agosto de 1769, visto que ela deu “largas

⁴⁹⁵ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 160.

⁴⁹⁶ Dispunha a lei no seu primeiro artigo: Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.

⁴⁹⁷ S. MEIRA, op. cit., loc. cit.

⁴⁹⁸ J. C. MOREIRA ALVES, *A formação*, op. cit., pp. 21-23.

⁴⁹⁹ J. H. CORRÊA TELLES, *Commentario*, op. cit., p. 30.

ao arbítrio com o título de boa razão” e acrescenta, depois, estas palavras significativas: “Tudo concorreu para que os nossos juristas carregassem suas obras de matérias estranhas, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos”⁵⁰⁰; o jurista português observa, ainda, que falidas as tentativas, da segunda metade do século XIX, para a promulgação de um Código civil, a *Consolidação* de A. TEIXEIRA DE FREITAS passou a ser, até o início do século XX, a expressão mais autorizada do direito vigente no Brasil; respeitada quase como um verdadeiro código, a *Consolidação* impôs, na jurisprudência e na doutrina, “o prestígio da corrente conservadora, fazendo cair em desgraça, duma vez para sempre, várias inovações preconizadas pela corrente progressista, que o direito brasileiro, ao contrário do direito português, nunca mais aceitaria”⁵⁰¹.

O jurisconsulto do Império professou o seu romanismo até o final da vida, em 1882, um ano antes da sua morte, publicou o volume *Regras do Direito* que contém uma seleção de regras retiradas das obras de Simão Vaz Barbosa, Felipe José Nogueira Coelho, José Homem Correa Telles e Dupin. Em face da afirmação de Nogueira Coelho de que há Nações polidas, Governo feliz, justo, e acertado sem a dependência das leis romanas, A. TEIXEIRA DE FREITAS responde, na nota 2, “Em que foram mais felizes estas Nações? Que importa não terem legalmente autorizado o Direito Romano, se de fato o seguiram e imitaram?” e, mais adiante, lembrando que o Senador Zacharias de Goes e Vasconcellos tinha manifestado, no Senado, desejos de extinguir o Direito Romano, ele rebate “Sobre tudo isso limito-se a dizer por ora, que a nossa Religião d’Estado é a *Romana*, e que *Romano* é coerentemente nosso Direito Civil. Saibam entender este salutar adjetivo”⁵⁰².

M. REALE tratando do humanismo e realismo jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS põe em evidência a importância do Direito romano na construção sistêmica do jurisconsulto baiano, relevando que o fator que assegura unidade sistemática do pensamento jurídico de A. TEIXEIRA DE FREITAS é o Direito romano, como se pode verificar das suas incisivas afirmações relativas à importância do Direito romano na famosa Carta de Renúncia à Presidência do Instituto dos Advogados do Brasil⁵⁰³.

O jus-filósofo brasileiro, ademais, evidencia o fato de que no espírito do jurisconsulto baiano se casam elementos da Escola Histórica e do Direito Natural, exigência ideal da razão,

⁵⁰⁰ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. XXXII.

⁵⁰¹ G. BRAGA DA CRUZ, *A formação*, op. cit., pp. 67-68.

⁵⁰² A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de Direito*, São Paulo, Lejus, 2000, pp. 217-218; cf. J.C. MOREIRA ALVES, *A formação*, op. cit., pp. 24-25.

⁵⁰³ M. REALE, *Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas*, op. cit., 1988, p. 42.

em função da realidade, numa compreensão individual e social do direito, como resulta da lição que acolhe de H. AHRENS sobre a propriedade⁵⁰⁴, concebida como composição de dois elementos, um voltado para o indivíduo e outro voltado para a sociedade, não devendo um ser absorvido pelo outro⁵⁰⁵, e volta a sublinhar a função do Direito romano na construção freitiana, afirmando que não se pode negar um certo ecletismo na posição de A. TEIXEIRA DE FREITAS, o qual, no entanto, mantém a unidade de suas ideias, dada a sua formação romanista, pois, é a constante referência ao Direito romano “como uma espécie de pedra de toque ou de aferição dos diagnósticos jurídicos, que assegura unidade às concepções de Teixeira de Freitas, o qual alia poderosa capacidade inovadora a múltiplos valores tradicionais”⁵⁰⁶. Quanto à formação do Direito A. TEIXEIRA DE FREITAS é contra qualquer modalidade de ‘criacionismo’ jurídico, mostrando-se adverso a todas as soluções regulativas decorrentes de puro intelectualismo constitutivo, à margem da experiência de cada povo, ou seja, que desconsidere as suas peculiares circunstâncias históricas e sociais, nisso convergindo às posições de A. BELLO; ele não se refere ao *Volksgeist* de F. C. SAVIGNY, prefere referir-se ao liame concreto que une “a obra do Direito Positivo, sobre a qual o tempo, os costumes, o gênio particular dos diferentes povos, o estado mais ou menos avançado, e sobretudo a forma de organização política, e social, exercem a mais profunda influencia”⁵⁰⁷, a natureza comunitária do Direito conduz A. TEIXEIRA DE FREITAS a contestar possa existir direito para um só homem, abstratamente considerado:

Logo que o gênero humano desaparecesse, ficando reduzido à um só homem, o direito de propriedade, e todos os mais direitos, ficariam sem razão de existência. O direito quer a vida real: quer a possibilidade de relações do indivíduo inteligente e livre com entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino⁵⁰⁸.

No entanto, o elemento de referência do sistema jurídico freitiano é a ideia de pessoa, concebida como um ente ao mesmo tempo individual e social; em primeiro lugar, há o homem, pois, os direitos existem por causa das pessoas, onde não há pessoas não haverá questão de direito, o jurista romanista tem plena consciência de que *hominum causa omne*

⁵⁰⁴ H. AHRENS, *Cours de Droit Naturel*, vol. I, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1892, p. 154: *Mais, de même que la personnalité ne doit pas être absorbée par la société, de même le droit individuel de propriété ne se perd pas dans le droit social.*

⁵⁰⁵ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. CXCII, nt. 353: “Do mesmo modo que o indivíduo não deve ser absorvido pela sociedade, também o direito individual de propriedade não se perde no direito social”.

⁵⁰⁶ M. REALE, *Humanismo*, op. cit, p. 43.

⁵⁰⁷ *Introdução*, op. cit., p. LXXXVII, nt. 130.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. XLIII, nt. 19.

ius constitutum sit (Hermogenianus, D. 1.5.2.)⁵⁰⁹, tendo ele, como os jurisconsultos romanos, a missão de, com paciência e olhos no futuro, adaptar o *ius* à realidade mutável dos homens.

Nessa perspectiva A. TEIXEIRA DE FREITAS entende por Direito Natural as exigências normativas da razão, decorrentes da natureza humana, e, portanto, anteriores ao Direito Positivo; são, principalmente, os direitos de liberdade, segurança, personalidade e propriedade, *i.e.*, os denominados direitos absolutos. Se, todavia, ele declara a anterioridade racional do Direito Natural, como base de uma compreensão humanística do Direito, não deduz dele as disposições do Direito Positivo. Não se ilude o nosso consolidador e codificador com a possibilidade de inferir-se o Direito Positivo de puras exigências de razão, já que ele nunca esquece os fatores operantes na experiência jurídica, desde o ‘estado da civilização’ à ‘forma de organização política’, sem olvidar os costumes e o ‘gênio do povo’; não se deixa seduzir por ideias abstratas, visto que ‘o Direito quer a vida real’, e assim ele dirá no *Esboço* na nota ao art. 26, relativa à capacidade dos estrangeiros, “Como a vida real não existe para os sistemas, e pelo contrário os sistemas devem ser feitos para a vida real”⁵¹⁰. Assim sendo, A. TEIXEIRA DE FREITAS conclui que não se pode haver verdadeira classificação do Direito sem que se a derive das diferenças e conformidades, que constituem a natureza das coisas⁵¹¹, daí o seu critério dicotômico para classificar todos os direitos em pessoais e reais, no *Esboço*, aos elementos pessoas e coisas, ele irá acrescentar os fatos⁵¹².

C. BEVILAQUA negava ao jurista de Cachoeira uma cultura filosófica, observando, porém, que se ele “não teve vôos de pensamento, que a visão filosófica inspira, compensou, todavia, pela profundidade, o que, acaso, lhe faltou em altitude, e substituiu a orientação sociológica, por uma excepcional acuidade do senso jurídico”⁵¹³.

4.2.4 Sistema e método didático no pensamento freitiano

O Relatório da Comissão incumbida de rever a *Consolidação das Leis Civis* ao apreciar o texto elogia o estudo profundo, a erudição vasta e o ‘método didático’ da obra, aprecia a fidelidade e clareza do texto, bem como as notas que o fundamentam e ilustram e, ao mesmo tempo, “regeneram dos erros e abusos da praxe”⁵¹⁴; a Comissão aprecia, outrossim, a conformidade do trabalho com o objetivo estabelecidos no Contrato de 15 de

⁵⁰⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. CXXI, nt. 205. Tradução de D. 1.5.2, in *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 55.

⁵¹⁰ *Esboço*, op. cit., p. 20.

⁵¹¹ *Introdução*, op. cit., p. XLIX.

⁵¹² M. REALE, *Humanismo*, op. cit., pp. 44-45.

⁵¹³ C. BEVILAQUA, *Linhas*, op. cit., p. 131.

⁵¹⁴ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., pp. 105-106.

fevereiro de 1855, ou seja, “coligir e classificar toda a legislação pátria”⁵¹⁵, mostrando o último estágio da legislação. O elogio ao ‘método didático’ que inspira à obra legislativa tem particular significado e sublinha um específico aspecto desta, *i.e.*, que se pode inseri-la no quadro das codificações modernas. Esse ‘método didático’, leciona S. SCHIPANI, inspira também a *Nova Apostilla*, o *Esboço*, a concepção de um Código Geral, contida na proposta feita ao Governo em carta datada de 20 de setembro de 1867, esse método está presente, do mesmo modo, em obras como o *Promptuario das Leis Civis*, as *Regras de Direito*, em que na *Introdução* A. TEIXEIRA DE FREITAS afirma que a seleção de regras escolhida é aquela que ele reputa “mais próprias para vulgarizar entre nós as Regras de Direito”⁵¹⁶, sendo essa a finalidade da obra, e o *Vocabulário Jurídico*, o método didático constitui, portanto, um elemento constante na obra freitiana⁵¹⁷. Na edição comemorativa do *Vocabulário Jurídico*, por ocasião do centenário da morte do juriconsulto baiano, em 1983, S. MEIRA, no *Prefácio*, anota que A. TEIXEIRA DE FREITAS “Na fase final da vida, de 1880 a 1883, projeta-se o didata, o mestre de Direito, sem jamais ter exercido a cátedra, com os livros *Regras de Direito* e o *Vocabulário Jurídicos*”⁵¹⁸.

A relação entre a codificação moderna e as *Institutiones* de Justiniano, obra didática por excelência, passa através do trabalho dos ‘institucionistas’. Nas *Institutiones* de Justiniano confluem duas perspectivas presentes na experiência jurídica romana: aquela do *ius civile generatim constitutum* – o direito civil constituído por categorias (Pompônio D. 1.2.2.41), *i.e.*, uma reinterpretação constitutiva de uma nova estabilização do direito civil, realizada com a elaboração de coerências construtivas de um todo por Quinto Múcio; e aquela do de *iure civili in artem redigendo*, proposta por Cícero para a formação do perfeito orador, a qual se fundamentava na concepção grega da ciência; após ter-se definido o objeto da ciência a ser estudada, buscava-se os gêneros em que essa se articulava, distinguindo-se, posteriormente, os gêneros em espécies, para, enfim, designar e definir cada um deles, criando-se, assim, um sistema⁵¹⁹. Nas *Institutiones*, portanto, realizou-se a síntese de um método que se pode esquematicamente qualificar de ‘sistemático-constitutivo’ do direito, e de uma exigência ‘sistemático-didática’ que deu início, em Roma, à produção de um específico tipo de obra destinada à formação inicial do jurista, elaborada por meio da

⁵¹⁵ S. MEIRA, *Teixeira de Freitas*, op. cit., p. 101.

⁵¹⁶ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras*, p. 4.

⁵¹⁷ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., p. 320.

⁵¹⁸ S. MEIRA, *Prefacio*, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Vocabulário Jurídico*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1983, n.p.

⁵¹⁹ Ver pp. 32-34 desse trabalho.

reconstrução sistemática de um núcleo central do direito, definido pela individuação dos vários conjuntos de normas que o compõem; das fontes que o produzem; de algumas macro-categorias e macro-sequências, definições e normas especificadamente agrupadas segundo a tripartição *personae, res, actiones*; normas orientadas pela primeira categoria, as pessoas, na sua histórica concretude, tendo o núcleo a capacidade de unir entorno a si, de forma ordenada e hierárquica, um conjunto de princípios e normas. Na Europa, o trabalho dos institucionalistas se demonstrou capaz de unificar, em novos tipos de obras, seja o resultado obtido pelos Comentadores em face de suas exigências de sistematização e inovação, seja os resultados decorrentes da ânsia de inovação e exposição sistemática da Escola Culta, do *Usus Modernus Pandectarum*, da Escola do Direito Natural, assim como, unificou-se normas provenientes de outras fontes, tais como o direito consuetudinário e direito canônico. Destarte, o trabalho executato, a partir da *Institutiones*, preparou o *Code Napoléon* e o ABGB⁵²⁰.

Na América Hispânica, pode-se salientar que todos os estudiosos da obra de A. BELLO, apontam a influência que HEINECCIUS teve na obra do codificador chileno, em particular a relação existente entre os *Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum* de HEINECCIUS e as *Institutiones de derecho romano* de A. BELLO, livro que ele compôs para os alunos de Direito romano. A posição de HEINECCIUS em relação ao Direito romano, como a parte mais importante do direito privado vigente na Alemanha, baseava-se na convicção da sua superioridade cultural e da exemplaridade da antiga Roma para todas as nações europeias; esse é o aspecto das ideias de HEINECCIUS que o tornam membro do movimento humanista estendido da Holanda à Alemanha. Essa característica do pensamento de HEINECCIUS trazia consigo a consequência de que as suas obras sobre o Direito romano tinham um caráter europeu e universal, mas também abstrato. Quanto ao método ele rejeita o método analítico dos Glossadores e Pós-Glossadores, prefere reduzir todas as conclusões às suas origens e aos seus princípios. Impera a convicção de que a existência de um sistema bem ordenado permita dar uma solução a todos os casos emergentes sem necessidade de se referir às opiniões de Bartolo e Baldo. Enfim, segundo HEINECCIUS a essência de qualquer ciência tem o seu fundamento primário na compreensão dos princípios e, posteriormente, na conexão destes com as conclusões e deduções⁵²¹. A. BELLO escreve uma obra institucional, fortemente, influenciada por essas ideias, obra esta que constitui um pressuposto à obra

⁵²⁰ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 321-322.

⁵²¹ K. LUIG, *Gli 'Elementa Iuris Civilis' di J.G. Heineccius come modello per le 'Institutiones de Derecho Romano' di Andres Bello*, in *Don Andrés*, op. cit., p. 264.

codificatória, formando com esta uma unidade de pensamento, que expressa uma unidade estrutural entre o trabalho de A. BELLO como institucionista e aquele como codificador. A relação na América Latina entre *Institutiones* e codificação moderna foi constante, Dalmacio Vélez Sarsfiel, o autor do Código Civil da Argentina, publicou, em 1834, uma obra institucional intitulada *Institutiones de Derecho Real de España*, e o guatemalteco José Maria Alvarez, editou, em 1818-1820, as *Institutiones de Derecho Real de Castilla y de Indias*, que foi reeditada em 1829 e 1839, em Buenos Aires, em 1834, em Paris, em Nova York, no México e novamente na Guatemala em 1854⁵²².

No que concerne à área lusitana, a Reforma pombalina da Universidade de Coimbra, em 1772, ao lado de um interesse pela história, pela variedade das situações que essa pode explicar e pela atenção aos textos originais, ela exprime um programa consubstanciado em um discurso interpretativo, sistemático e didático que tem caracteres específicos pelo papel que atribui à *ratio* em relação ao Direito romano, no sentido de direito imperial, no quadro das diferentes perspectivas de trabalho ecleticamente harmonizadas. Nos *Estatutos* da Universidade de Coimbra de 1772, com efeito, na linha de pensamento da Escola Culta e da Escola do Direito Natural, estava previsto o estudo das *Institutiones* de Justiniano, no Livro III, Capítulo X, *Das instituições de Direito Civil Romano que se hão de ensinar no Primeiro anno do Curso dos Legistas*, nos parágrafos 2 e 3: § 2 “Aprenderão pois os estudantes legistas neste Primeiro anno os Elementos do Direito Civil Romano [...] e no § 3 “Estas lições elementares lhes serão sempre dadas pelas Instituições do Direito Civil do Imperador Justiniano [...]”⁵²³; as *Institutiones* justinianeias, certamente, constituem a parte mais ligada às exigências doutrinárias da Escola Culta que se propunha aplicar procedimentos que definissem, dividissem e operassem deduções no que concernia ao estudo do Direito Civil Romano, assim como do Direito Pátrio; com base no método sintético-compendiário-demonstrativo, preconizavam os *Estatutos*, no § 18, Livro II, Tít. III, Cap. I, que o professor deveria partir, seguindo o método sintético, da definição da matéria, passava às suas divisões, e, por fim, à individuação dos primeiros princípios e preceitos gerais mais simples e mais fáceis de se entender, e, posteriormente, “procedendo-se deles para as conclusões mais particulares, formadas da combinação de maior numero de ideias, e por isso mais

⁵²² B. BRAVO LIRA, *Difusion del Código Civil de Bello en los países de derecho castella y portugués*, in *Don Andrés*, op. cit., p. 345; cf. S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 322-323.

⁵²³ *Estatutos da Universidade de Coimbra do anno de 1772, Os Cursos Jurídicos das Faculdades de Canones e de Leis*, Liv. II, Lisboa, Regia Officina Typografica, 1773, pp. 168-169; cf. A. VENANCIO FILHO, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1982, p. 6.; também, S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 325-326.

complicadas, e sublimes, e de inteligência mais dificultosa [...]”; no § 19 “Que na prática, e execução do mesmo Methodo Syntetico se siga, e abraçe tão somente o Caminho Compendiario” e no § 20 “Deverão pois os Professores ensinar tão somente a Jurisprudencia por Compendios breves, claros, e bem ordenados”, prosseguindo no § 21 “Que os referidos Compendios, que hão de servir para as Lições das Escolas, não só sejam ordenados pelo Methodo Syntetico, mas também pelo Methodo Demonstrativo, e Scientifico” e, por fim no § 22 “Que o sobredito Methodo Syntetico-Demonstrativo-Compendiario se guarde, e se observe [...]”. Ao lado do método sintético-compendiário-demonstrativo, dever-se-ia aplicar, também, o método analítico, pois, o § 25 determina “que a analyse acompanhada dos referidos princípios, e subsídios, foi o único meio de restituir, e depurar a Jurisprudencia das ditas falsas opiniões, e erros dos Glossadores, e Bartholistas”⁵²⁴. Observa R. ORESTANO que o problema da sistematização do direito surge, de forma consciente, somente com os humanistas, os quais começam a discutir o problema a partir da didática, produzindo uma série de escritos programáticos em que se busca determinar os requisitos de uma ordem sistemática que tornasse mais fácil o ensino e a aprendizagem do direito. Nesse esforço o esquema das *Intstitutiones* de Gaio, e de Justiniano, pela sua simplicidade, não obstante as críticas que pudessem ser feitas, apresentava-se como o mais apropriado à exigência de uma didática elementar e que, bem ou mal, fornecia uma aparência de certa racionalidade, daí a sua fortuna no período da Escola Culta⁵²⁵.

Os *Estatutos* não pretendiam limitar a exposição sistemática e geral às *Institutiones*, eventualmente, poder-se-ia enriquecê-las, mas já estabilizadas e fixas, pretendia-se, no entender de S. SCHIPANI, reconstruir com o método sintético, seguido pela aplicação do método analítico, o sistema racional dos princípios e preceitos do Direito romano, colocando-se ao lado deste o Direito Pátrio, de modo que tudo ficasse englobado no mesmo sistema. Nos *Estatutos*, além desse programa de trabalho sistemático, constava a prescrição de verificar o uso moderno das Leis Romanas entre as Nações civilizadas (Livro II, Tit. III, Cap. III, § 7⁵²⁶)⁵²⁷.

A Lei de 11 de agosto de 1827 que instituiu os cursos jurídicos no Brasil, mandou, no seu artigo 10, que se adotassem os *Estatutos* do Visconde da Cachoeira, aprovados por Decreto de 25 de janeiro de 1825, “naquilo em que forem aplicáveis; e se não oppuzerem à

⁵²⁴ *Estatutos da Universidade*, op. cit., pp. 75-78; p. 81.

⁵²⁵ R. ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 56-59. Aprovados p

⁵²⁶ *Estatutos*, op. cit., pp. 97-98.

⁵²⁷ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 326-327.

presente Lei”; escopo dos cursos jurídicos era a formação de juriscultores nacionais. Nesse contexto, os *Estatutos* afirmam que o Direito romano é uma parte importante da jurisprudência civil, pois,

Como este [o Direito romano] tem servido de base à 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” (*Estatuto*, Cap. III, § 11); “[...]convem estudar as doutrinas geraes, que vem ditas institutas, e fazer nos lugares paralelos menção do que se acha decidido no referido código, digesto e novelas, explicando com clareza os princípios geraes das decisões romanas” (*Estatutos*, Cap. § 12)

Os *Estatutos*, portanto, previam o ensino do Direito romano que, inicialmente, não será incluído nos cursos jurídicos, tendo sido inserido o estudo das Instituições de Direito Romano somente em 1854.

Ora, qual foi a contribuição de A. TEIXEIRA DE FREITAS, que nunca foi professor, para o estudo do direito, e conjuntamente para a codificação, e amadurecimento da ciência jurídica latino-americana? Qual é o método didático vislumbrado pela Comissão Revisora da *Consolidação* no Relatório de 1858?

O jurista baiano na *Introdução* à *Consolidação* distingue três pontos programáticos para o seu trabalho, partindo de uma consideração de caráter concreto, ou seja, se a *Consolidação* tem que ser o ‘extracto fiel’ da ‘legislação civil’ no seu último estágio, o método para realizar esse objetivo é examinar as leis segundo os seus próprios textos sem a influência de opiniões alheias; comparar atentamente as novas com as antigas; medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras⁵²⁸. Os textos legislativos são a base e devem ser examinados sem a interferência de alheias interpretações e da praxe. Esse primeiro ponto programático não o conduz, porém, a ser prisioneiro da própria legislação, quase isolada da interpretação, ao contrário, é a conquista de um amplo espaço para a *iurisprudencia* do próprio jurista. O segundo ponto programático é a mensuração rigorosa das leis, do seu alcance e projeção para que se possa achar os limites do Direito Civil, para se conhecer a substância da legislação, ou seja, a definição do objeto exato do trabalho a ser efetuado, fixando-se o modo através do qual se possa individuar a norma de exposição das matérias, individuando-se nesta a relevância interna ao direito, seja para a determinação do alcance das normas, seja para um trabalho de simplificação, em relação aos quais as notas, a memória do caminho percorrido, constituem uma base permanente onde os juriscultores poderão encontrar fecundos traços, proposições susceptíveis dos mais ricos

⁵²⁸ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. XXXVI.

desenvolvimentos⁵²⁹. O terceiro ponto programático é a individuação de como executar os primeiros dois pontos programáticos: recorre-se a estudos de outra natureza; consulta-se os monumentos legislativos; revê-se e medita-se as tradições da ciência; procura-se livremente a unidade superior que concentra as verdades isoladas, que penetra as mais recônditas relações, e dá a esperança de que seja feito um trabalho consciencioso. Em suma, comparação interna ao sistema e tradição científica a ele atinente são os pilares metodológicos para uma fiel interpretação sistemático-constitutiva do Direito Civil, a partir das leis. As contribuições sedimentadas no espaço e no tempo, em lugares ou momentos longínquos, têm um valor atual para o jurista que se apropria da totalidade do sistema para extrair do seu interno, de forma crítica e construtiva, os cânones da exposição da matéria, os critérios da composição unitária desta que guiam a interpretação das normas, a seleção e a hierarquização destas na determinação dos respectivos âmbitos de atuação. O resultado da revisão crítica é a sistemática do Direito Civil elaborada na *Consolidação* que se caracteriza pelas divisões dicotômicas: uma *Parte Geral* e uma *Parte Especial*, a primeira dividida em pessoas e coisas, e a segunda em direitos pessoais e direitos reais. O binômio da *Parte Geral*, pessoas e coisas, conserva traços do original institucional, se se prescinde da eliminação do discurso inicial sobre a justiça, sobre o direito e as suas fontes⁵³⁰.

Elemento de referência da ordem sistemática, profundamente, renovado, é a pessoa, e no que concerne à normativa a ela pertinente é interessante sublinhar a relevância do método, pois, este é o instrumento através do qual o autor opera inovações substanciais, valorizando perfis da tradição, com uma obra historicamente constitutiva do direito, através da ordem das normas ele conserva a concretude da pessoa-homem, e o Título I da *Parte Geral* começa pelo homem em sua vida preparatória, *nasciturus, venter, qui in utero est*⁵³¹.

Nessa perspectiva, releva P. CATALANO que a codificação proposta por A. TEIXEIRA DE FREITAS para o Império do Brasil tem raízes profundas na tradição romana justinianeia e na tradição lusitana; ele leva às extremas consequências lógicas o universalismo do Direito romano, embora dentro dos limites insuperáveis, naquele contexto histórico, da existência de Estados soberanos. Pode-se apontar os princípios e as normas concernentes à condição jurídica dos estrangeiros, a aquisição da cidadania e a aplicação das leis estrangeiras, instrumento conceitual desse universalismo é a noção de lugar. No que concerne à posição jurídica dos estrangeiros se deve considerar, primeiramente, a *Introdução*, e suas respectivas

⁵²⁹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. XXXVII.

⁵³⁰ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 330-333.

⁵³¹ *Ibidem*, p. CXXXVI.

notas, à *Consolidação*. Pontua P. CATALANO que o imperador Justiniano I, considerando os resultados obtidos em mais de três séculos de extensão da cidadania a todos aqueles que *in orbe Romano sunt*, predisposta pela *Constitutio Antoniniana* de 212 d.C., sancionou o desaparecimento do conceito de estrangeiro (Ulp. lib. *sexto disputationum*, D. 1.5.17⁵³²); pois bem, A. TEIXEIRA DE FREITAS anota, abrindo uma polêmica contra o *Code civil* do imperador Napoleão⁵³³, que

a diferença entre estrangeiros e cidadão foi sucessivamente desaparecendo [...] até que foi abolida [...] a distinção entre *ius civile* e o *ius gentium* [...] Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a diferença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto não existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros⁵³⁴.

Na mesma nota A. TEIXEIRA DE FREITAS toma uma nítida posição contra a escravidão “Excluído o estado de escravidão oposto ao de liberdade, também é mister excluir o estado de estrangeiro em oposição ao de cidadão”⁵³⁵. O *Code Civil* exclue o homem, enquanto a *Consolidação* só considera o homem, a partir daqueles *qui in utero sunt*⁵³⁶; quanto à condição jurídica do estrangeiro a *Consolidação* e o *Esboço*, contrariamente ao Código civil da Áustria, afirmam o princípio da igualdade de todos os homens e rejeitam o “princípio da reciprocidade diplomática”, seguindo a tradição hispano-americana codificada (art. 57 do Código de A. BELLO), formando-se, assim, um elemento caracterizador do direito civil latino-americano⁵³⁷. H. VALLADÃO, ilustre internacionalista, escreveu “a reciprocidade é a forma jurídica do esgoísmo, é anticristã, é guerra fria”⁵³⁸.

Na *Introdução à Consolidação* de A. TEIXEIRA DE FREITAS, a herança da Escola Culta, do *Usus Modernus Pandectarum*, da Escola do Direito Natural, que a Universidade de Coimbra tinha filtrado e projetado na cultura jurídica do Brasil, prossegue na mesma linha de uma declarada racionalização do direito existente, aprofundando os encadeamentos e fazendo emergir do interno uma força inovadora que alimenta a convicção da possibilidade

⁵³² Ulp. liber sexto disputationum, D. 1.5.17: *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatori Antonini cives Romani effecti sunt* – Os que estiverem no Império Romano por uma constituição do imperador Antonino forma feitos cidadãos romanos. Ver *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 60.

⁵³³ P. CATALANO, *XIV Seminário “Roma-Brasília”*. *Intervento*, in *Revista Notícia do Direito*, Nova Série n. 16, Brasília, Universidade de Brasília, 2011, pp. 110-111.

⁵³⁴ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Introdução*, op. cit., p. CXXXV nt. 213.

⁵³⁵ *Ibidem*, pp. CXXXIV-CXXXV.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. CXXXVI; Id., *Esboço*, op. cit., p. 37 ss.

⁵³⁷ P. CATALANO, *XIV Seminário*, op. cit., p.112.

⁵³⁸ H. VALLADÃO, *Novas Dimensões*, op. cit., p. 375.

de dissolver os vínculos de uma determinada ordem de conceitos, princípios, institutos e normas, para propor uma outra mais aderente às exigências do sistema⁵³⁹.

O sistema que se apoia em uma tradição, espacialmente e temporalmente, consolidada no tempo, retira de si mesmo, ao ser inserido em novas realidades sociais e humanas, elementos que remodulados o rejuvenescem, tornando-o algo de diverso e novo.

⁵³⁹ S. SCHIPANI, *La codificazione*, op. cit., pp. 334-335.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Necessário se faz, para que passemos às nossas conclusões, salientar alguns pressupostos ao nosso discurso, ou seja, algumas considerações concernentes à ideia de sistema jurídico.

A correlação entre a História, que é uma ciência social, portanto, dialoga com ciências a ela complementares, tais como a Geografia e a Economia determina, segundo uma certa linha de pensamento, a criação de grandes regiões continentais sócio-culturais. H.A. STEGER, filósofo e sociólogo alemão, criou a expressão “continentes sócio-culturais”, nessa linha de raciocínio, os historiadores do direito e os juristas comparatistas utilizam, cada vez mais, o conceito de sistema jurídico⁵⁴⁰; os juristas buscam individualizar, além dos ordenamentos estatais e nacionais, grandes sistemas jurídicos, que os englobam e os superam, fundamentados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e, naturalmente, em características jurídico-formais comuns. Expressões conceituais como *Rechtskreise* e *Kulturkreise* são utilizadas no estudo das relações que intercorrem entre áreas jurídicas e áreas culturais⁵⁴¹. Nesse diapasão, os comparatistas e historiadores logram individualizar realidades históricas bem mais amplas daquelas internas dos Estados nacionais, relevando P. CATALANO que o conceito de ‘sistema’ viabiliza a compreensão de um Direito, absolutamente distinto dos fatos que o aplicam ou violam⁵⁴².

O conjunto desses valores e elementos subjacentes às normas, que o jurista deverá individualizar, caracterizam um determinado direito que se constitui em um sistema. Ressalta R. DAVID que cada direito é, de fato, um sistema, que emprega um certo vocabulário, corresponde a certos conceitos, agrupa as regras em certas categorias, usa certas técnicas para formular regras e certos métodos para as interpretar, tendo uma ligação com uma determinada ordem social, que determina o modo de aplicação e a própria função do direito. A diversidade dos ordenamentos estatais é significativa se considerarmos o conteúdo de suas normas, torna-se, porém, bem menor quando consideramos os elementos mais estáveis e

⁵⁴⁰P. CATALANO, *Sistema jurídico, sistema jurídico latino-americano e direito romano*, in *Direito e integração*, Brasília, Centro de Estudos de Direito Romano e Sistemas Jurídicos da Faculdade de Direito da UnB, 2006, p. 24; cf. H.A. STEGER, *Discussione. Diritto romano e università nell'America Latina*, in *Revista Index*, 4, 1973, p. 104.

⁵⁴¹P. CATALANO, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 98-99.

⁵⁴² Afirma o romanista italiano: “Um dos aspectos mais significativos do estudo jurídico contemporâneo é a caracterização, além dos direitos estatais e nacionais, de sistemas jurídicos (*Rechtskreise*) que os incluam e superem, baseados em realidades étnicas, ideológicas, econômicas e também, como é óbvio, numa comunidade de caracteres jurídico-formais e doutrinários”. Ver P. CATALANO, *Sistema jurídico latino-americano*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 69 (1982), p. 253.

duradouros, através dos quais podemos descobrir regras ínsitas no sistema, interpretá-las e determinar o seu valor⁵⁴³. Devemos buscar o quadro no âmbito do qual as regras são ordenadas, a significação dos termos que elas utilizam, os métodos usados para fixar o seu sentido e para harmonizá-las. As normas podem mudar segundo a vontade do legislador, mas alguns elementos não deixam de subsistir, não podem ser arbitrariamente modificados já que estão intimamente ligados à nossa civilização, aos nossos critérios de raciocínio.

No começo do século passado, J. BRYCE, professor de Civil Law, em Oxford, já evidenciava dois grandes sistemas jurídicos, que R. DAVID denomina ‘famílias’: o direito romano (família romano-germânica) e o direito inglês (família do *commow Law*). P. CATALANO, em 1980, assinalava a existência de quatro sistemas jurídicos de importância mundial: 1. O sistema romanista, do qual o sistema latino-americano constitui um subsistema; 2. O sistema anglo-saxônico, do qual o sistema norte-americano, constitui um subsistema; 3. O sistema socialista; 4. O sistema muçulmano⁵⁴⁴.

A família romano-germânica, ou sistema romanista, liga-se ao Direito romano que como vimos, no decorrer do presente trabalho, vai sendo remodelado para que seja adaptado a novas realidades espacialmente e temporalmente consideradas; os direitos da família romano-germânica são os continuadores, leciona R. DAVID, do Direito romano, não são, porém uma cópia, pois, muitos de seus elementos derivam de fontes diversas do Direito romano, mas, certamente, o sistema do *ius Romanum* caracteriza esses ordenamentos. A família de direito romano-germânica, prossegue o comparatista francês, dispersou-se pelo mundo inteiro, ultrapassando, amplamente, as fronteiras do Império Romano, ela conquistou, particularmente, toda a América Latina, uma parte da África, os países do Oriente próximo, o Japão e a Indonésia. Esta expansão decorre em parte da colonização, em parte da facilidade de recepção dos modelos codificatórios do século XIX. A dispersão do sistema e a própria técnica de codificação, que tende a causar uma certa confusão entre direito e lei, dificultam individuar o elemento de unidade que une direitos muito diversos, aparecendo, à primeira vista como direitos nacionais inteiramente distintos uns dos outros. Salienta, porém, o autor que a unidade do sistema não exclui uma certa diversidade e se não seria o caso, para se pôr ordem nessa diversidade, reconhecer a existência, no seio da família romano-germanica, de certos agrupamentos secundários: direitos latinos, direitos germânicos e direitos da América Latina.⁵⁴⁵

⁵⁴³ R. DAVID, *Les grands systems*, op. cit., p. 20-21.

⁵⁴⁴ P. CATALANO, *Diritto e Persone*, op. cit., p. 101-102.

⁵⁴⁵ R. DAVID, *Les grands systems*, op. cit., pp. 33-34.

Destarte, através da elaboração, por parte de historiadores do direito e comparatistas, de conceitos tais como “difusão”, “penetração” e “recepção”, podemos compreender a expansão do sistema romano-germânico e do sistema do *commow Law*, bem como a relação que intercorre entre os ordenamentos e os sistemas; processos de colonização, assim como o movimento de codificação, no mundo, propiciaram, portanto, a expansão do sistema romano-germânico e do *common Law*⁵⁴⁶. Instrumento imprescindível da expansão do sistema romano-germânico foi o *Code Civil des Français* (1804), modelo inspirador para inúmeras codificações, seja na área cultural latina como em contextos culturais totalmente alheios à cultura latina, tais como o Japão e, não por último, a China⁵⁴⁷. Posterior de um século, o código alemão, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), entrado em vigor em 1900, será, também, um instrumento de difusão dos valores elaborados pela ciência do direito romano⁵⁴⁸. Ademais, no que concerne ao sistema romanista, deve-se ressaltar a advertência de P. CATALANO de que não se pode compreender a amplitude do Direito romano se os representarmos como um ‘ordenamento’, no sentido de ‘efetivo’ ou até mesmo estatal; devemos considerá-lo como um conjunto de realidades e valores que deverão ser identificadas pelos juristas, naturalmente, a continuidade e resistência do Direito romano acarreta a utilização de novos instrumentos conceituais em permanente confronto e conexão com a *potissima pars* do conjunto, ou seja, o seu *principium* (cf. Gai lib. I *ad legem XII Tabularum* D. 1.2.1)⁵⁴⁹.

A família romano-germânica ou sistema romanista, cujos ordenamentos afundam suas raízes na ciência do direito romano, dispersou-se, mormente, em toda a América Latina. É possível, portanto, individuarmos, no quadro de cada sistema, subsistemas definidos por elementos caracterizadores do sistema e elementos ligados a realidades próprias. C. BEVILÁQUA, em obra de direito comparado, publicada em 1853, seguindo o pensamento do comparatista francês E. GLASSON, distingue três grupos de legislações: 1) aquelas em que a influência do direito romano e do direito canônico são “quase nullas”; 2) as que receberam o direito romano “de um modo mais ou menos radical”; 3) aquelas em que os componentes germânico e romano se fundiram “por quantidades quase eguaes”, a esses o nosso codificador acrescenta um quarto grupo a legislação dos “povos latino-americanos”,

⁵⁴⁶ P. CATALANO, *Diritto e Persone*, op. cit., p. 103.

⁵⁴⁷ S. SCHIPANI, *Diritto Romano in Cina*, in *Treccani. Enciclopedia Italiana* Disponível [on-line] in [http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_\(XXI-Secolo\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_(XXI-Secolo)/) [10-12-2019]

⁵⁴⁸ P. CATALANO, *Diritto e Persone*, op. cit., pp. 102-103.

⁵⁴⁹ P. CATALANO, *Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988), p. 10; cf. *Digesto de Justiniano*, op. cit., p. 21.

reconhecendo, assim, características específicas dessa legislação que não se confunde com a legislação dos povos europeus⁵⁵⁰. Significativo o fato de que será a maior ou menor presença do Direito romano o critério escolhido pelo jurista brasileiro para a determinação dos diversos grupos de legislações, escolha essa que bem se compreende se tivermos presente a formação do eminente jurista, cujo perfil foi, magistralmente, delineado por S. MEIRA: “Quem lê seus estudos em defesa do projeto de Código Civil ou a edição anotada do mesmo código, depois de promulgado, as suas conferências, pareceres e escritos de toda ordem, sempre encontra, como pano de fundo, o Direito Romano”⁵⁵¹.

No início do século XX, o romanista brasileiro A.S. DA CUNHA LOBO, publica em 1931, uma grande obra de Direito romano, no volume III, *Influência universal do Direito Romano*, o Título I é dedicado à *Influência do Direito Romano na formação de várias legislações*, neste título o autor desenvolve o seu pensamento utilizando a classificação elaborada por E. GLASSON, retomada por C. BEVILAQUA, e que já é uma visão dos ordenamentos inseridos dentro de sistemas jurídicos. Notável o Título IV, inteiramente, dedicado ao *Direito Ibero-Americano*, o direito das nações latino-americanas, concebido como um subsistema do sistema romanista⁵⁵². Pode-se, logo, afirmar que a unidade e especificidade do subsistema jurídico latino-americano, no quadro do sistema jurídico romanista, foram individuadas já no final do século XIX e, ulteriormente, assentadas no início do século XX.

Não há dúvida que até a independência das nações latino-americanas não podemos falar de um Direito próprio da América Latina; a partir dos processos de separação das colônias das Metrôpoles os jovens Estados latino-americanos começam a construir uma própria identidade jurídica. Na maioria dos casos as próprias Cartas Constitucionais previam a feitura de códigos, os primeiros códigos civis na América Latina adotaram o modelo do *Code Civil*, de 1804, que era expressão do sistema do direito romano sobre o qual a arquitetura do *Code* se apoiava, o próprio J.E.M PORTALIS no *Discours Préliminaire* havia

⁵⁵⁰ Pontua Clovis Bevilaqua: “Necessário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de paízes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga”. Ver C. BEVILAQUA, *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, 2 ed., Bahia, 1897 (I ed. 1893), p. 73 ss.

⁵⁵¹ S. MEIRA, *Clóvis Bevilaqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, 1990, p. 345 ss.

⁵⁵² A.S. DA CUNHA LOBO, *Curso*, op. cit., pp. 414-422; pp. 552 ss.

escrito que a maioria dos autores que censuram o Direito romano tanto com acidez que com leviandade, blasfemam aquilo que não conhecem⁵⁵³. Passada a fase da recepção pura e simples do código francês, com o Código civil do Perú de 1852, tem início a codificação endógena, ou seja, códigos que não recepcionam simplesmente o modelo francês, mas levam em consideração as tradições jurídicas locais. Dentre eles merece destaque o Código civil de A. BELLO que servirá de modelo para muitos outros códigos. A difusão do Código civil chileno, aponta B. BRAVO LIRA, foi uma etapa significativa na história da codificação do direito castelhano e português na América Latina; de fato essa difusão é um elemento caracterizador dos sessenta anos que intercorrem entre a entrada em vigor do Código chileno (1857) e aquela do Código civil brasileiro (1917), que marca o fim do processo de codificação na América Latina. É necessário distinguir dentro do processo de difusão do Código de A. BELLO três formas fundamentais: 1. A adoção global do texto de A. BELLO, como ocorreu na Colômbia, no Ecuador, em El Salvador, no Panamá, em Honduras e na Nicarágua; 2. Uma dependência parcial do Código chileno na elaboração de um novo código, tal foi o caso do Uruguai, da Argentina e do Paraguai, que recepcionou o Código civil de D. VÉLEZ SANSFIELD, e, logo, o *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS; 3. Uma influência do Código de A. BELLO sobre outros códigos elaborados de forma independente, mas que tomam do texto de A. BELLO elementos isolados para incorporá-los dentro de um texto elaborado de forma autônoma, como se verificou no México com os códigos de 1871 e 1884, na Venezuela com os de 1873 e de 1916, na Guatemala com o código de 1877, na Costa Rica com a legislação civil de 1888⁵⁵⁴. No que concerne à difusão do *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS é notória a influência que exerceu na codificação argentina, e através dela a codificação do Paraguai e do Uruguai.

Registre-se que A. TEIXEIRA DE FREITAS, por volta de 1859, toma conhecimento do texto do Código Civil chileno e o qualifica de ‘belo trabalho’; na nota ao artigo 272, sobre as pessoas de existência ideal, menciona o Código do Chile como ‘o mais moderno’, pois, contém um título sobre o ‘assunto’; ele diverge, contudo, do método de A. BELLO na distribuição das matérias, mas adota, no *Esboço*, com referência expressa, vários preceitos do Código Civil chileno, tais como: Esb. Art. 290 – Cch. 552; Esb. Art. 292-Cch. Art. 553/554; Esb. Art. 293 – Cch. Art. 550; Esb. Art. 296 -Cch. 549; Esb. Art. 297 – Cch. 549; Esb. Art. 306 – Cch. Art. 548; Esb. Art. 307 – Cch. 546; Esb. Art. 311 – Cch. 562; Esb. Art.

⁵⁵³ J.E.M PORTALIS, *Discours*, op. cit., p. 28.

⁵⁵⁴ B. BRAVO LIRA, *Difusion*, op. cit., pp. 362-363.

312 – Cch. Art. 559-560; Esb. 314-Cch. 561; Esb. Art. 315-Cch. Art. 563-564. A difusão e recepção dos modelos de códigos ou projetos, *in itinere*, propiciou a circulação de ideias que se reproduziram, até mesmo remoduladas, em vários pontos do continente latino-americano, o que foi possível, no nosso entender, porque as nações latino-americanas que se formaram na América Latina no século XIX, possuíam uma mesma tradição jurídica, a ibérica; de um lado, o antigo direito castelhano, do outro, o antigo direito português, ambos com suas raízes no Direito romano, mediado pelo *ius commune* e pelo direito costumeiro, paulatinamente, positivado pelos reis. Além disso, é digno de nota o constante intercâmbio intelectual entre os primeiros juristas latino-americanos, creio no afã de construir a *Nuestra América*.

Deve-se salientar que as codificações latino-americanas, como na Europa, foram o fruto do trabalho incessante dos juristas, dos *iurisprudentes*, tentando harmonizar as exigências da ciência com as necessidades da praxe, ressaltando, ainda, que a formação e atuação dos três grandes codificadores latino-americanos, A. BELLO, A. TEIXEIRA DE FREITAS e D. VÉLEZ SANSFIEL, jamais pôde prescindir da ciência do Direito romano. Criaram sistemas codificatórios diversos, mas com alicerces profundos no Direito romano, convergência essa que tem como consequência uma unidade de fundo que os caracteriza e que permite inseri-los dentro de um mesmo sistema, *i.e.*, o sistema romanista. Necessário, porém, ressaltar que o direito civil que vinha sendo elaborado apresentava caracteres próprios, não era uma simples cópia de legislações europeias, ou de modelos codificatórios europeus⁵⁵⁵; pensemos, *v.g.*, no princípio da igualdade civil dos nacionais e estrangeiros, firmado, ousadamente, pelo Código de A. BELLO, e reafirmado no *Esboço* de A. TEIXEIRA DE FREITAS, ou, ainda, ao acolhimento da teoria das pessoas jurídicas, seja por A. BELLO que por A. TEIXEIRA DE FREITAS. São sistemas diversos entre eles, convergentes do ponto de vista da ciência do direito e, principalmente, inovadores em relação àquilo que se elaborava na Europa. Eles possuem uma identidade própria, por conseguinte, pode-se concordar com C. BEVILAQUA quanto à existência concreta de um sistema jurídico “dos povos latino-americanos”, construído no que concerne ao Direito civil a partir dos sistemas codificatórios elaborados pelos grandes juristas latino-americanos do século XIX, em particular A. BELLO e A. TEIXEIRA DE FREITAS. Podemos, então, falar de um Direito civil latino-americano? Considero que sim.

⁵⁵⁵ René David sublinha que “Les droits des pays d’Amérique, faits pour s’appliquer dans un milieu différent du milieu américain, se distinguent des droits de l’Europe continentale et constituent, au sein du groupe du droit français, une catégorie dont les traits spécifiques apparaissent de plus en plus clairement au fur et à mesure que le divorce s’atténue entre des textes jadis théoriques et les réalités de la vie” R. DAVID, *Traité*, op. cit., p. 267.

6. BIBLIOGRAFIA FINAL

LIVROS

- ABBAGNANO, Nicola, *Dizionario di Filosofia*, Torino, Utet, 1971, trad. port. A. Bosi, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- AHRENS, Henri, *Cours de Droit Naturel*, vol. I, Leipzig, F.A. Brockhaus, 1892.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960.
- _____, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, Jovene, 2006.
- BELLO, Andrés, *Proyecto de Código Civil 1841-1845*, in *Obras Completas de Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, vol. XI, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1887.
- _____, A. BELLO, *Proyecto de Código Civil 1853*, in *Obras Completas de Andrés Bello, Proyectos de Código Civil*, vol. XII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1888.
- BEVILAQUA, Clovis, *Linhas e perfis jurídicos*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930.
- _____, *Resumo das Licções de legislação comparada sobre o direito privado*, 2 ed., Bahia 1897 (1 ed. 1893).
- BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, compiladas por Nello Morra, Torino, Giappichelli, 1996 [1961], trad. port. Márcio Pugliesi-Edson Bini-Carlos E. Rodrigues, *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito*, São Paulo, Ícone, 2006.
- CALASSO, Francesco, *Medioevo del diritto. Le fonti*, I, Milano, Giuffrè, 1954.
- CANNATA, Carlo Augusto, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporânea*, II, Torino, Giappichelli, 1976.
- CARCATERRA, Antonio, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, Jovene, 1966.
- CATALANO, Pierangelo, *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, Giappichelli, 1990.
- DA CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva, *Curso de Direito Romano*, Brasília, Edições do Senado Federal, v. 78, 2006.

- DAVID, Rene, *Traité Élémentaire de Droit Civil Comparé*, Paris, 1950.
_____, *Les grands systems du droit contemporains. Droit Comparé*, Paris, 1964, trad. port. Hermínio A. Carvalho, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *História do Direito Português*, Coimbra, 2012.
- DEZZA, Ettore, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l' Allgemeines Bürgerliches Gestsbuch (ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 1998.
- DUARTE SEGURADO, Milton, *O direito no Brasil*, São Paulo, José Bushatsky, 1973.
- ESPINOZA GOMES DA SILVA, Nuno Júlio, *História do Direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- GAMBARO, Antonio-SACCO, Rodolfo, *Sistemi Giuridici Comparati*, 2 ed., Torino, UTET, 2005.
- GASPARINI, Silvia, *Appunti minimi di storia del diritto. Documenti, testi, bibliografia*, Padova, Imprimerie, 2002
_____, *Appunti minimi di storia del diritto. Antichità e medioevo*, Padova, Imprimerie, 2002.
- GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif*, Paris, Recueil Sirey, 1913.
- GROSSI, Paolo, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, Napoli, Jovene, 2001.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Vida y obra de Andrés Bello*, Santiago, Globo Editores, 2009.
_____, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX-XXI*, Lima, Juristas Editores, 2017.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra, Almedina, 2012.
- JHERING, Rudolph von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 4 ed., 1878-1883, trad. fr. O. De

Meulenaere, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, Paris, 2 ed., 1880.

- KASER, Max, *Unde Methode der römischen Juristen*, trad. esp. Juan Miguel, *En torno al método de los juristas romanos*, Colección Derecho y Sociedad, México-D.F., Coyacán ed., 2013.

- KOSCHAKER, Paul, *Europa und das römische Recht*, Munich and Berlin, Biederstain Verlag, 1947, trad. esp. José Santa Cruz Teijeiro, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm von, *Specimen difficultatis in iure. Seu disserttio de casibus perplexis*, Altdorf, 1669.

- MEIRA, Silvio, *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*, Rio de Janeiro, J. Olympio, 1979.

_____, *Clóvis Bevilacqua. Sua vida. Sua obra*, Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, 1990.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

- NOGUEIRA, Octaciano, *1824, Coleção Constituições brasileiras*, vol. I, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

- OCHOA G., Oscar E., *Derecho Civil I: personas*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006.

OLIVEIRA MARTINS, Joaquim Pedro de, *História da civilização ibérica*, Lisboa, Livraria Bertrand, 1879, pp. 61-62.

- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2 ed. Torino, Giappichelli, 1963.

- PENE VIDARI, Gian Savino, *Elementi di Storia del diritto. L'età contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2010.

- PUCHTA, Georg Friedrich, *Cursus der Institutionem*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1841, trad. ital. Antonio Turchiarulo, *Corso delle Istituzioni*, vol. I, Napoli, 1854.

- QUEIROZ DE MORAES, Bernardo B., *Parte geral: código civil: gênese, difusão e conveniência de uma ideia*, São Paulo, YK, 2018.

- SANTOS JUSTO, António, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, trad. esp. José Díaz García, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Historia del Derecho, 38, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

_____, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849, trad. ital. Paride Zajotti, *Sistema del Diritto Romano Attuale*, vol. I, Venezia, 1856.

- SCARANO USSANI, Vincenzo, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino Giappichelli, 1997.

- SCHIAVONE, Aldo, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, Giappichelli, 1994.

- SCHIPANI, Sandro, *Derecho Romano. Codificación y unificación del derecho*, trad. esp. Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.

_____, *Armonizzazione e unificazione del diritto comune in materia di obbligazioni e contratti in America Latina*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, n. 17, Modena, Mucchi, 2004.

_____, *Reconhecimento do sistema, interpretação sistemática, harmonização e unificação do direito*, in *Revista Direito GV*, 5 [2], julho-dezembro 2009.

_____, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Digesto. Discipline Privatistiche. Sezione Civile. Aggiornamento*, Milano, UTET, 2010.

_____, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 2011.

- SCHIPANI, Sandro - BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAÚJO, Danilo (org.), *Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano*, São Paulo, FGV Direito SP, 2015.

- SCHULZ, Fritz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, Clarendon Press, 1953, trad. ital. de Guglielmo Nocera, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Firenze, Sansoni, 1968.

_____, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, Duncker & Hum, 1934, trad. ital. Vincenzo Arangio-Ruiz, Sansoni, Firenze, 1946; reimpressão, Firenze, Casa Editrice Le Lettere, 1995.

- TAPIA, Eugenio, *Febrero Novissimo*, vol. II, Madrid, 1828

_____, *Febrero novísimamente redactado*, vol. 1, Madrid, 1845.

- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976.

- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto, *Consolidação das Leis Civis*, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

_____, *Esboço do Código Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

_____, *Nova Apostilla*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1859.

_____, *Regras de Direito*, São Paulo, Lejus, 2000.

- VALLADÃO, Haroldo, *Paz Direito Técnica*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1959.

_____, *Novas Dimensões. Justiça Social, Desenvolvimento, Integração*, São Paulo, RT, 1970.

_____, *História do Direito. Especialmente do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1977.

- VENANCIO FILHO, Alberto, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1982.

- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, trad. port. Kelly Susane Alflen da Silva, *Tópica e Jurisprudencia. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

- WELZEL, Hans, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962 (1951), trad. ital. Giuseppe de Stefano, *Diritto naturale e giustizia materiale*, Milano, Giuffrè, 1965.

- WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck e Ruprecht, 1967,

tradução port. A.M. Botelho Hespanha. *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

- ZWEIGERT, Konrad-KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, band 1: *Gründlagen*, 1984, trad. ital. por B. Pozzo, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 1: *Principi fondamentali*, aos cuidados de A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano, Giuffrè, 1998.

ARTIGOS

- BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 50, 1 jan 1955.

- CAMPOS DUTRA, Deo, *Métodos em Direito Comparado*, in *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, vol. 61, n. 3 set/dez, 2016.

- CATALANO, Pierangelo, *Sistema jurídico latino-americano*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito* 69 (1982).

_____, *Direito romano atual, sistemas jurídicos e direito latino-americano*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial* 44 (junho/1988).

_____, *XIV Seminário "Roma-Brasília". Intervento*, in *Revista Notícia do Direito*, Nova Série n. 16, Brasília, Universidade de Brasília, 2011.

- DE ABREU DALLARI, Dalmo, *A Constituição de Cádiz: valor histórico e atual*, in *Revista de Estudios Brasileños*, 2, vol. 1- n. 1, 2014.

- HAMZA, Gabor, *Historia de la codificación del derecho civil en Hungría*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 104, jan/dez. 2009.

- LIRA URQUIETA, Pedro, *Introducción*, in *Código Civil de la República de Chile, Obras Completas de Don Andrés Bello*, vol. XIV, Caracas, La Casa de Bello, 1981.

- LO RÉ POUSADA, Estevan, *A recepção do direito romano nas universidades: glosadores e comentadores*, in *Revista Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 106/107jan/dez 2011/2012.

- MARQUES, José da Cruz Lopes, *As verdades da razão e as verdades da fé em Tomás de Aquino*, in *Pensando. Revista de Filosofia*, v. 9. N. 18, 2018.

- MEIRA, Silvio, *Prefacio*, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Vocabulário Jurídico*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1983.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais*, in *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 88, 1 jan 1993.

- SALDANHA, Nelson, *História e Sistema em Teixeira de Freitas*, in *Revista Informação Legislativa*, Brasília a. 22 n. 85 jan./mar., 1985.

- SORIANO CIENFUEGOS, Carlos, *Circulación de modelos y centralidad de los códigos civiles en el derecho privado latinoamericano*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nova série, ano XLVI, n. 136, janeiro-abril de 2013.

- TALAMANCA, Mario, *Problemi del "De oratore"*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina*, 17/2004, Modena, Mucchi, 2004.

- WALD, Arnold, *A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano*, in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 41 n. 163 jul/set. 2004.

- WIEACKER, Franz, *Fundamentos de la formación del sistema en la jurisprudência romana*, trad. esp. José Luis Linares in *Derecho romano y ciência jurídica europea. Sección Libra*, v. 4, Granada, 1998.

- ZIMMERMANN, Reinhard, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. Il diritto private europeo e le sue basi storiche*, in *Rivista di diritto civile*, vol. 47 (2001), n. 6.

CAPÍTULO DE LIVRO

- BAPTISTA VILLELA, João, *Da Consolidação das Leis Civis à Teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, vol. I, Padova, Cedam, 1988.

- BELLO, Andrés, *Discurso pronunciado em la instalación de la Universidad de Chile el día 17 de setiembre de 1843*, in *Anales de la Universidad de Chile*, t. I, 1843.

_____, *Modo de estudiar la historia*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Literarios y Críticos*, vol. VII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1884.

_____, *Discurso pronunciado em la instalación de la Universidad de Chile el día 17 de setiembre de 1843*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Literarios y Criticos*, vol. VIII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885.

_____, *Discurso pronunciado por el Rector de la Universidad de Chile en el Aniversario Solemne de 29 de octubre de 1848*, in *Obras Completas, Opúsculos literarios*, vol. VIII, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885.

_____, *Codificación del Derecho Civil*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Jurídicos*, vol. IX, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885.

_____, *Crónica Judicial*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Jurídicos*, vol IX, Santiago de Chile, 1885.

_____, *Administración de Justicia*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Opúsculos Jurídicos*, vol. IX, Santiago de Chile, Pedro G. Ramirez, 1885.

_____, *Latín y Derecho romano*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Gramática de la lengua Latina*, vol. VIII, Caracas, La Casa de Bello, 1958-1981.

_____, *Observaciones sobre el plan de estudio de la enseñanza superior, elaborado por Montt, Marín y Godoy. Año de 1832*, in *Obras Completas de Don Andrés Bello, Temas educacionales*, vol. XXII, Caracas, La Casa de Bello, 1981-1984.

- BRAVO LIRA, Bernardino, *Difusion del Código Civil de Bello en los países de derecho castellano y português*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

- BRUTTI, Massimo, *La giurisprudenza romana*, in M. TALAMANCA (coord.), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989.

- CARNEIRO, Levi, *Estudo crítico – biográfico*, in A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil. Esbôço*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores-Serviço de Documentação, 1952.

- CERVENCA, Giuliano, *Le leggi romano-barbariche*, in M. TALAMANCA, *Lineamenti di Storia del diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1989.

- DA SILVA SANTOS, Antonio Jeová, *Teixeira de Freitas Jurista inolvidável*, in A. GASQUEZ RUFFINO-J. DE CAMARGO PENTEADO (orgs.), *Grandes Juristas Brasileiros*, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

- DOS SANTOS AMARAL NETO, Francisco, *A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di studi giuridici latinoamericani "Roma e America"*, vol. 1, Padova, Cedam, 1988.

- FERRAZ PEREIRA, Aloysio, *O uso brasileiro do direito romano no século XIX. Papel de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, vol. I, Padova, Cedam, 1998.

- GHISALBERTI, Carlo, *Il Codice Civile di Andrés Bello, Codice Latinoamericano*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

- GUZMAN BRITO, Alejandro, *La sistemática del Código Civil de Andrés Bello*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

_____ *La influencia del Código Civil Francés en las codificaciones americanas*, in I. HENRÍQUEZ HERRERA-H. CORRAL TALCIANI (editores), *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855: influencias, confluencias y divergencias: escritos en conmemoración del bicentenario del Código Civil francés*, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, 9 (2004), Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2004.

- LUIG, Klaus, *Gli 'Elementa Iuris Civilis' di J.G. Heineccius come modello per le 'Instituciones de Derecho Romano' di Andres Bello*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

- MOREIRA ALVES, José Carlos, *Formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in S. SCHIPANI (coord), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, vol. I, Padova, Cedam, 1988.

- PACHECO GÓMEZ, Máximo, *Don Andrés Bello y la formación del jurista*, in *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Congreso internacional, Roma, 10-12 diciembre 1981, Caracas, La Casa de Bello, 1987.

- REALE, Miguel, *Humanismo e Realismo Jurídicos de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, vol. I, Padova, Cedam, 1988.

- RIVAS, Raimundo, *Emancipação e organização constitucional da Colômbia, 1810-1932*, in P. CALMON (coord.), *História das Américas*, v. 6, São Paulo, W.M. Jackson, 1947.

- SALDANHA, Nelson, *História e Sistema em Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (coord.), *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano, Roma e America. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani*, vol. I, Padova, Cedam, 1988.

TEXTO EM MEIO ELETRÔNICO

- BRATO, Raiko, *Gelasio I, papa, santo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani. Treccani*, volume 52 (1999). Disponível em [http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_(Dizionario-Biografico)/). Acesso em 20-02-2019.

- EPPRECHT DOUVERNY, Felipe, *Agere, cavere, respondere: a atividade consultiva dos juristas romanos como fonte do direito* - Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2013, p. 104 ss.

Disponível em

file:///D:/users/MYRIAM/Downloads/DISSERTACAO_FINAL_Felipe_Epprecht_Douverny.pdf. Acesso em 19-01-2019.

- FRANCHINI, Lorenzo, *Il diritto casistico: esperienza romana arcaica e 'common law'*, in Revista on-line *Diritto @ Storia. Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana*, n. 10, 2011-2012- Tradizione Romana.

Disponível em <http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Franchini-Esperienza-romana-arcaica-common-law.htm>. Acesso em 14-01-2019.

- NOCERA, Laura Alessandra, *Diritto dei colonizzatori e diritto indigeno nella storia latino-americana*, Tricase (LE), Youcanprint, 2017, ePub file.

- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier project de Code civil*, Édition életronique.

Disponível [on-line] in http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf. [14-05-2019].

FONTES ROMANAS

DIGESTO

D. 1.2.2.41

D. 50.17.1

CODEX

CI. 8.53 [52]. 2

FONTES NÃO JURÍDICAS

PLATÃO, *Eutífron*, 10a

CÍCERO

De oratore 1.48.212; 2.25.108; 1.41.186; 42.188-191

Brutus 41.152-42.153

Topica 6; 7; 8; 11.

TÁCITO

Dialogus de oratoribus 34

GÉLIO

Noctes Atticae 1.22.7