

RENATO SEDANO ONOFRI

**A CONSTRUÇÃO DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA: MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E
A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo-SP
Janeiro de 2017**

RENATO SEDANO ONOFRI

**A CONSTRUÇÃO DE UMA TRADIÇÃO JURÍDICA: MEMÓRIA, ESQUECIMENTO E
A CODIFICAÇÃO CIVIL BRASILEIRA**

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências, na área de concentração Direito Civil (2131), subárea História do Direito, sob orientação do Professor Titular Dr. Ignacio Maria Poveda Velasco.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

São Paulo
Janeiro de 2017

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

Onofri, Renato Sedano

A construção de uma tradição jurídica: memória, esquecimento e a codificação civil brasileira / Renato Sedano Onofri ; orientador Ignácio Maria Poveda Velasco -- São Paulo, 2017.

266

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

1. História da Codificação. 2. Código Civil. 3. Civil Law. 4. Common Law. 5. Tradição jurídica. I. Poveda Velasco, Ignácio Maria , orient. II. Título.

Banca Examinadora

Professor Titular Ignácio Maria Poveda Velasco (Professor orientador)

Professor Doutor Eduardo Tomasevicius Filho

Professora Doutora Maria Cristina da Silva Carmignani

Professor Doutor Estevan Lo Ré Pousada (examinador externo)

Professor Doutor Ivan Nogueira Pinheiro (examinador externo)

*Despiciendo seria dedicar-te este trabalho:
a casa compartilhada, o auxílio em cada etapa e a alegria de estar contigo,
tudo mostra que este texto, como eu, é também um pouco teu.*

In the walls of the cubicle there were three orifices. To the right of the speakwrite, a small pneumatic tube for written messages; to the left, a larger one for newspaper; and in the side wall, within easy reach of Winston's arm, a large oblong slit protected by a wire grating. Similar slits existed in thousands or tens of thousands throughout the building, not only in every room but at short intervals in every corridor. For some reason they were nicknamed memory roles. When one knew that one document was due for destruction, or even when one saw a scrap of waste paper lying about, it was an automatic action to lift the flap of the nearest memory role and drop it in (...).
(GEORGE ORWELL, 1984)

Tais considerações sugerirão, inevitavelmente, que o membro de uma comunidade científica amadurecida é, como o personagem típico do livro 1984 de Orwell, a vítima de uma história reescrita pelos poderes constituídos – sugestão aliás não totalmente inadequada. Um balanço das revoluções científicas revela a existência tanto de perdas como de ganhos e os cientistas tendem a ser particularmente cegos para as primeiras.
(THOMAS S. KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*)

Então deu-se a revelação. Marino viu a rosa, como Adão pode vê-la no Paraíso, e sentiu que ela estava em sua eternidade e não em suas palavras e que podemos mencionar ou aludir mas não expressar e que os altos e soberbos tomos que formavam num ângulo da sala uma penumbra de ouro não eram (como sua vaidade sonhou) um espelho do mundo, mas uma coisa a mais acrescentada no mundo.
(JORGE LUIS BORGES, *Uma rosa amarela*)

AGRADECIMENTOS

As inquietações acadêmicas que constituem as causas remotas do presente trabalho estão em duas ordens de eventos pouco relacionados entre si, mas que se entrelaçam no campo teórico para uma tentativa de compreensão do amoldamento do passado pelo discurso jurídico contemporâneo.

Há anos, ainda ao longo do curso de mestrado, em uma boa conversa de café com dois grandes amigos, levantou-se uma questão acerca de eventual semelhança entre as fontes de direito na tradição do *Civil Law* e do *Common Law* no momento anterior à codificação. A inquirição ficou, para o momento, sem resposta – e não é nesta tese que se poderá encontrá-la.

Contudo, uma segunda pergunta – tão simples que soa até pueril – foi formulada como corolário daquela primeira: qual o impacto da codificação na *tradição* do *Civil Law*? Tratar-se-ia de uma solução de *continuidade* ou *ruptura*?

Em um segundo momento, já longe daquele café, os trabalhos em um curso de pós-graduação *lato sensu* em direito civil começaram a chamar minha atenção para um ponto: nas avaliações, os alunos faziam suas *resenhas históricas* qualificando como *antigo* o tempo em que fora promulgado do Código Civil de 1916; a Constituição Federal de 1988 era frequentemente tomada como o marco da *evolução*, especialmente do direito de família, *rompendo* com o passado *patriarcalista* e *patrimonialista*, em que o direito civil teria como centro não a *pessoa*, mas o *patrimônio*. O espanto vinha menos do que se dizia que do modo como se dizia. As fórmulas breves e fáceis resumiam um amontoado de informações sobre o passado em um *sistema* bem montado de relações de causalidade que, por sua vez, não resiste a uma aprofundada investigação.

A preocupação voltou-se para o modo como se *lia* a história, não apenas nesse curso, mas nos *manuals* de modo geral. O que os alunos escreviam nas provas, certamente, teria ligação com o que aprendiam com seus professores e respectivos *compêndios*.

As duas inquietações cruzaram-se, então, no campo da *preservação* do passado jurídico. A *lei* e o *Código* são experiências do direito no *tempo*; não é por acaso que reconhecemos, em regra, os diplomas legislativos por sua numeração acompanhada da data

de publicação; a *memória jurídica* pode, assim, ficar depositada nesses arranjos normativos.

Por outro lado, o modo como a *leitura* do passado integra a *visão de mundo* do jurista – do praticante da *ciência jurídica normal* – é altamente influenciado pelas apresentações acadêmicas contidas nos *manuals*. A história, ali, em regra, não é *investigação histórica*, mas uma *narrativa* de eventos *memorizados*, em que outros são *esquecidos*; tal narrativa *dá sentido* ao direito contemporâneo e amolda ao presente a própria experiência da codificação.

Essas questões permearam tudo o que fiz ao longo dos últimos quatro anos: a *preservação* ou o *apagamento* do passado estiveram *presentificados* nos livros, filmes, viagens, conversas, em tudo que experimentei desde antes do início formal do curso de doutoramento.

Assim, meu primeiro agradecimento é direcionado ao meu orientador, Professor Titular Ignácio Maria Poveda Velasco, que, mesmo sabedor de meus *esquecimentos*, apoiou-me e concedeu-me a oportunidade de continuar a minha formação acadêmica junto à Faculdade de Direito do Largo São Francisco.

Agradeço, também, em nome do amigo Ivan Nogueira Pinheiro – nosso “decano” –, ao Grupo de Monitoria e Pesquisa em História do Direito pela convivência e pelo estímulo intelectual durante os últimos dez anos.

A convivência constante no seio desse grupo me fez nutrir grande estima pela Professora Maria Cristina da Silva Carmignani, a quem também agradeço pela constante presença e auxílio.

Alguns professores, de modo direto ou indireto, também contribuíram enormemente para a confecção deste trabalho. Agradeço ao Professor Eduardo Tomasevicius Filho, a quem devo a minha primeira experiência como profissional na docência, o que, certamente, contribuiu não apenas para a minha carreira, mas para o amadurecimento pessoal.

Agradeço ao Professor Norberto Luiz Guarinello, com quem convivi apenas ao longo da curta duração de um curso semestral na Faculdade de História da FFLCH/USP, mas cujas indicações de leituras e os textos que escreveu contribuíram para que pudesse adentrar no campo da teoria e filosofia da história.

Gostaria de endereçar meus agradecimentos aos Professores Ival de Assis Cripta, Luiz Eduardo Alves de Siqueira e, especialmente, ao amigo Professor Hécio Ribeiro e à sua esposa, Janaína, com quem pude debater aspectos do trabalho ao longo de sua elaboração e que tiveram *muita paciência* para ouvir, sugerir os acréscimos e as leituras necessárias para aperfeiçoamento da pesquisa.

Sou grato pelo auxílio que tive desde os tempos de graduação àqueles que dão vida às bibliotecas da *alma mater* Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em especial os bibliotecários Célia, Aurélio e Ângela.

Diretamente envolvido na seleção de materiais que compõem parte do argumento abaixo exposto, está o bibliotecário Guy Holborn, da *Honourable Society of the Lincoln's Inn*, que muito colaborou com as pesquisas acerca do *Common Law* e da cultura jurídica inglesa – e que me fez aprender muito sobre a cordialidade britânica.

Agradeço também à minha amiga, Professora Denise de Paula Andrade, por me ajudar a trilhar caminhos diferentes.

Não poderia ter concluído esta tese sem o acompanhamento atento que me foi prestado pelo Dr. Rogério Coelho de Souza e pela Dra. Lena Nabuco de Abreu.

Também agradeço a atentíssima e cuidadosa revisão que a sempre gentil Paula Brito Araújo fez deste texto.

Meus interlocutores *naquela* conversa de café mencionada no primeiro parágrafo eram duas das pessoas mais brilhantes que já conheci. Tenho o enorme privilégio de contar com as amigas de Estevan Lo Ré Pousada e Rodrigo Sérgio Meirelles Marchini, a quem muito estimo e admiro.

No lapso de três anos entre a matrícula e o depósito da tese, é muito provável que, em um momento ou outro, necessite-se de um algum amparo. Então, há aqueles amigos que sempre estão, cada um à sua maneira, próximos e dispostos a tanto. No meu caso, são eles: Rafael Tavares Bassoli, Mariana e seus filhos, Pedro e Maria Teresa (esta, ainda por chegar); Ricardo Monier, meu grande amigo e “parceiro” para tudo o que der e vier; Jadiel William Tiago, que “está lá, mas está aqui”; Maria Cláudia Pardo Tenório; Paulo Henrique Signori Pinese e Lídia.

Agradeço meus amigos de longuíssima data Paulo Cesar Cardozo da Silva Filho e Daniela; Tiago Zanella e Mariana; Juliana Miashiro e Alexandre; Renato Pierallini Leon; e

Fernando Vieira Seixas; também agradeço ao Alexandre e à Vera Liquidato, à Lilian Domingues, à Marina e ao Murilo, à Carol e ao Maurício, ao Felipe e à Nildete.

Por fim, gostaria de agradecer aos meus familiares. Em primeiro lugar, à minha avó Albertina que, aos 98 anos, tão pequenininha, continua serelepe, e a quem devo parte dos meus estímulos para os estudos durante a infância; aos meus avós Homero (*in memoriam*) e Alzira (*in memoriam*), à minha tia Ana, ao tio “Pan” e ao Cauê pelas gostosas lembranças; à minha tia Vânia, especialmente pela acolhida quando cheguei a São Paulo; aos meus tios Vanderlei e Conceição, à minha madrinha Vera e ao Padrinho Carlito (*in memoriam*) pela presença marcante ao longo de toda minha existência; à “madrinha” Márcia e ao Vander, que com sua gentileza e estímulo me fizeram perseverar.

Agradeço ao Sr. Mário, à Dona Rose e ao Ramom por me acolherem como se filho fosse e me agraciarem com a dádiva de ser bem-vindo (e com as divertidíssimas conversas à mesa, ou fora dela).

Agradeço aos meus pais, Luiz e Valéria, à minha irmã, Mariana, e ao meu sobrinho, Henrique: este trabalho não deixa de ser uma singela tentativa de fazê-los orgulhosos.

À Daniela, devo mais que agradecer. Devo tudo.

RESUMO

Este trabalho investiga o modo como o Código Civil é acomodado, do ponto de vista histórico, na tradição jurídica denominada *Civil Law*. O propósito é demonstrar que o discurso jurídico – em especial, o *manualístico* – utiliza-se de mecanismos de *memorização, seleção, adequação e apagamentos* para que o passado possa ser *moldado* a determinada *visão de mundo*. A hipótese é de que a configuração contemporânea do *Civil Law* passa, necessariamente, pelo Código – pela sua *presença* ou *apresentação* –, compondo-se, a partir dele, a *memória* e a *identidade* dos juristas vinculados a essa *tradição*. Para confirmar a hipótese, formula-se, em primeiro lugar, uma estipulação das noções de tradição, informando-se, então, que *Civil* e *Common Law* serão tratados, ao longo do texto, como *tradições*; a seguir-se, estipula-se, igualmente, a noção de *memória* e o modo como ela se relaciona com a *tradição jurídica*. Em um segundo momento, investigar-se-á como diversas manifestações do discurso jurídico brasileiro na primeira metade do século XIX *apresentaram* e, com isso, *presentificaram* a noção de Código, alinhando, desde então, o ordenamento brasileiro com a *tradição* Codificada. Demonstra-se, ainda, a partir do caso acerca da eficácia do contrato de compra e venda, como o discurso se aproveita do Código para fazer *submergir* em *esquecimento* determinados setores do passado inconvenientes ao paradigma teórico da ciência jurídica contemporânea.

Palavras-chave: *Civil Law*; *Common Law*, tradição jurídica; memória; esquecimento; Código Civil.

ABSTRACT

This dissertation investigates how the Civil Code is accommodated, from a historical point of view, in the legal tradition called *Civil Law*. The purpose is to demonstrate that the legal discourse – especially that contained in the *manual* – uses mechanisms of memorization, adequacy and erasure so that the past can be shaped to a given worldview. The hypothesis is that the contemporary configuration of the *Civil Law* necessarily makes use of the Code – through its *presence* or *presentation* – and by it the *memory* and *identity* of the jurists who are engaged in that *tradition* are formed. In order to confirm the hypothesis, first, a stipulation of the notions of tradition is formulated, being informed, then, that both *Civil* and *Common Law* will be addressed throughout the dissertation as legal traditions; the notion of memory and the way in which it is related to the legal tradition is also stipulated. In a second moment, it will be investigated how different manifestations of the Brazilian legal discourse in the first half of the XIXth century *presented* and *presentified* the notion of Code, aligning, since then, the Brazilian legal system to the Codified tradition. It is also demonstrated through the case about the effects of the contract of sale, how the discourse takes advantage of the Code to *submerge* in *forgetfulness* certain sectors of the past that are inconvenient to the theoretical paradigm of contemporary legal science.

Keywords: *Civil Law*; *Common Law*; legal tradition; memory; forgetfulness; Civil Code.

RIASSUNTO

Questo lavoro indaga su come il Codice Civile è ospitato, dal punto di vista storico, dentro la tradizione giuridica denominata *Civil Law*. Lo scopo è quello di dimostrare che il discorso giuridico – in particolare, quello *manualistico* – si utilizza di meccanismi di *memorizzazione, selezione, adeguatezza ed eliminazioni* affinché il passato possa essere *adeguato* ad una particolare *visione di mondo*. L'ipotesi è che la contemporanea impostazione del *Civil Law* passi necessariamente dal Codice – dalla sua *presenza o presentazione* – creandosi, dal Codice, la *memoria* e l'*identità* dei giuristi vincolati a questa tradizione. Per confermare l'ipotesi, si stabilisce, in primo luogo, una formulazione del concetto di tradizione, con la successiva informazione che i concetti di *Civil* e *Common Law* saranno entrambi trattati nel corso di questo lavoro come delle *tradizioni*; si stabilisce ugualmente il concetto di *memoria* e il rapporto tra questo concetto e la *tradizione giuridica*. In una seconda fase, questo lavoro indagherà sul modo tramite il quale diverse manifestazioni del discorso giuridico brasiliano nel corso della prima metà del secolo XIX presentarono e così *presentificarono* il concetto di Codice, allineando, da allora, il sistema giuridico brasiliano con la *tradizione* Codificata. Ci si dimostra anche, a partire dal caso sull'efficacia del contratto di compravendita, come il discorso approfitta del Codice per far *sommergere* nell'*oblio* determinati settori del passato considerati scomodi al paradigma teorico della scienza giuridica contemporanea.

Parole chiave: *Civil Law*; *Common Law*; tradizione giuridica; memoria; oblio; Codice Civile.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
§ 1º Um caso de criação normativa realizada por um juiz italiano quando a Itália ainda não existia.	16
§ 2º Duas dificuldades iniciais.	18
§ 3º Alguns apontamentos sobre os critérios de diferenciação entre <i>Common Law</i> e <i>Civil Law</i>	22
§ 4º Continuidade e tradição no discurso acadêmico-científico: algumas notas sobre metodologia	25
§ 5º Hipótese científica do presente trabalho.	30
§ 6º Sobre o arco temporal abordado na tese.	32
§ 7º Plano de texto.	33
§ 8º Duas linhas sobre estilo.	34
I – SOBRE <i>COMMON LAW</i> , <i>CIVIL LAW</i> E <i>TRADIÇÃO</i> : APONTAMENTOS PARA ESTIPULAÇÃO DE LINGUAGEM	36
<i>Plano do capítulo</i>	36
1.1. Ainda há sentido em se opor <i>Civil</i> e <i>Common Law</i> ?	38
1.2. A oposição entre tradições e identidade.	49
1.3. <i>Civil</i> e <i>Common Law</i> como tradições jurídicas	55
II – DIREITO E MEMÓRIA	64
<i>Plano do capítulo</i>	64
2.1. Memória, monumentos e lugares de memória	65
2.1.1. A tumba de Napoleão I	65
2.1.2. Os contornos fluidos da memória	71
2.1.2.1. Lembrar, rememorar, imaginar, inventar, constituir, perpetuar: apontamentos para estipulação de uma noção de memória.	73
§ 1º Memória mítica.	74
§ 2º Dessacralização da memória, memória escrita.	78
§ 3º O tempo e os templos da memória.	81
§ 4º Imprensa e superação da arte mnemônica.	84
§ 5º Memória de agora.	88
2.1.2.2. Estipulação da noção de memória	91
§ 1º Inserção da memória no tempo.	92
§ 2º Memória e memória coletiva.	93
§ 3º A maleabilidade da memória coletiva.	99
§ 4º Sentido da relação entre direito e memória	103
2.1.3. Monumento e lugar de memória	108

2.1.3.1. O discurso acadêmico-científico e a formação de memória	111
2.1.3.2. Os manuais acadêmicos e a construção da memória	118
2.1.4. O Código Civil como elemento integrante da visão de mundo do jurista	128
2.1.4.1. <i>Esquecimento</i> sob o Código Civil	139
III – A PRESENÇA NA AUSÊNCIA: O CÓDIGO QUE PAIRAVA SOBRE NÓS – UM SISTEMA DE DIREITO CIVIL CODIFICADO SEM CÓDIGO CIVIL?	148
<i>Plano do capítulo</i>	148
3.1. Estado, proscricção e a formação do ambiente intelectual luso-brasileiro no período pombalino	152
§ 1º A propaganda antijesuítica	154
§ 2º As reformas no ensino primário e secundário em Portugal e no Brasil	157
§ 3º O <i>Verdadeiro método de estudar</i> e as críticas ao ensino jurídico na Universidade de Coimbra	165
§ 4º O <i>Compêndio histórico da Universidade de Coimbra</i>	169
3.1.1. O “ <i>caminho compendário</i> ” e seu efeito na composição da memória coletiva no ambiente acadêmico luso-brasileiro	174
3.1.1.1. A visão de história no <i>Compêndio histórico da Universidade de Coimbra</i> e nos <i>Estatutos da Universidade</i> de 1772	174
3.1.1.2. O <i>compêndio</i> como instrumento de procura pelo amoldamento da memória	180
3.2. O Código como novo elemento de identidade e a aderência do direito brasileiro ao sistema codificado	188
3.2.1. A construção da identidade jurídica nacional em torno da figura do Código	190
§ 1º As primeiras vozes	190
§ 2º Indicações sobre o Código Civil no âmbito parlamentar	194
§ 3º A presença do Código Civil francês	201
3.2.2. Código, memória e presentificação no Império brasileiro	207
IV – MEMÓRIA E APAGAMENTO A PARTIR DE UM CASO CONCRETO: A EFICÁCIA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA	212
<i>Plano do capítulo</i>	212
4.1. A construção da teoria da transmissão consensual de direitos reais	216
4.1.1. A doutrina consolidada pelos <i>ius commune</i>	216
4.1.2. O jusracionalismo e a eficácia real do contrato de compra e venda	217
4.1.2.1. A formulação da eficácia real do consenso em PUFENDORF	217

4.1.2.2. A eficácia do contrato de compra e venda em DOMAT e POTHIER	219
4.1.2.3. O regramento da transferência da propriedade móvel no <i>Code Civil</i>	222
4.2. A eficácia real do contrato de compra e venda nos direitos português e brasileiro	225
4.2.1. A eficácia do contrato de compra e venda na privatística portuguesa da primeira metade do século XIX	225
4.2.1.1. A doutrina de PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE	225
4.2.1.2. JOSÉ HOMEM CORREA TELLES	228
4.2.1.3. MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA	230
4.2.1.4. O <i>Dicionário Jurídico-Comercial</i> de JOSÉ FERREIRA BORGES ..	234
4.2.2. A eficácia do contrato de compra e venda entre autores privatistas brasileiros	236
4.2.2.1. JOSÉ DA SILVA LISBOA	236
4.2.2.2. Breve apontamento sobre o regramento do Código Comercial brasileiro (1850)	240
4.2.2.3. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	240
Uma conclusão parcial	242
CONCLUSÃO	246
REFERÊNCIAS	250

INTRODUÇÃO

§ 1º *Um caso de criação normativa realizada por um juiz italiano quando a Itália ainda não existia.* Giuseppe Vernaccini, auditor da *Rota Fiorentina*, no Grão-Ducado da Toscana, nasceu, viveu e desempenhou uma notável carreira assistindo ao Grão-Duque Pietro Leopold de Lorena – futuramente, imperador austríaco – em uma parte do mundo que, hoje, chamamos *Itália*; por essa razão, denominamo-lo *italiano*. Não há, nisso, nenhum erro, desde que se tenha em conta que Vernaccini não atribuía à palavra *Itália*, ou à palavra *italiano*, o mesmo sentido que nós o fazemos contemporaneamente.

Em 1780, Vernaccini debruçou-se sobre um interessante caso, concernente à disciplina jurídica afeita àquilo que hoje chamamos *responsabilidade civil*: um grupo de jogadores amadores organizava, anualmente, um torneio de bola em uma praça pública na cidade de Marradi. Os moradores do entorno da praça eram comunicados com antecedência para que protegessem suas casas das avarias que, eventualmente, resultassem do certame, que visava, afinal, a diversão dos próprios munícipes.

Entretanto, a casa da família Fabroni acabara de passar por uma reforma e tinha tinta fresca em sua fachada. Para evitar danos à pintura, intentaram uma medida judicial para ou impedir que os jogos se realizassem, ou para obterem *cautionem de damno infecto*.

Para judicar, Vernaccini, como qualquer outro juiz das *Rotas*, estava compelido pelo *estilo rotal* a apresentar as *razões* de seu julgamento¹ – assim como os juízes ingleses –, encontráveis entre *auctoritates et rationes*. As *auctoritates* disponíveis para que nelas Vernaccini fundamentasse sua decisão eram, em ordem de importância, os *textos romanos*; os *precedentes judiciais* da corte suprema do Grão-Ducado da Toscana; os *precedentes judiciais* de outras cortes italianas ou europeias, especialmente a *Rota Romana*; por fim, o juiz poderia lastrear suas decisões nas opiniões dos *Doctores*, aproveitando-se da *Glosa*, de comentários e tratados; dos *Consilia* (pareceres); além das *Allegationes* (razões de advogados publicadas).

¹ Em princípio, os auditores das *Rotas* não estavam adstritos a apresentar o fundamento de suas decisões, mas formou-se costume entre eles de apontar as razões de seus julgamentos. Este costume – o de fundamentar as decisões no âmbito das *Rotas* – compõe o *estilo Rotal*. Veja-se, a esse respeito, GORLA, Gino. *Civilian judicial decisions – an historical account of italian style*. *Tulane Law Review*, New Orleans: Tulane University, vol. 44, 1969-1970.

A decisão final de Vernaccini concluiu que não haveria responsabilidade do grupo de jogadores amadores pelos eventuais danos causados, já que o jogo é lícito em si mesmo e fora praticado em um local em que o desempenho daquela atividade é, igualmente, lícito. Além disso, os donos da residência no entorno foram devidamente notificados, e qualquer dano causado a essas mesmas residências derivaria de um “defeito” intrínseco e natural ao próprio jogo de bola.

O preceito jurídico enunciado pelo juiz não foi encontrado em nenhuma autoridade de direito local, romano ou canônico; ao contrário, por não haver autoridade diretamente aplicável, procedeu-se por meio de *argumentibus a similibus*, fixando-se por meio deles o preceito a ser aplicado em função da singularidade do caso sob análise. Tal método era característico do *estilo das Rotas*, ligadas à tradição do *ius commune*².

Ao contrário do que se costuma conceber no ambiente conhecido como *Civil Law* a partir do século XIX e ao longo do século XX, o método empregado para decidir, no âmbito das *Rotas*, era casuístico – nas palavras de GINO GORLA, “tão casuístico quanto o inglês” –, não se empregando, em regra, a formação de princípios gerais e conceitos para deduzir a solução para o caso³.

Não é necessário avaliar a precisão do juízo de GORLA sobre o nível de casuismo nas *Rotas*. E tal juízo, ainda que tão correto e acurado quanto possível, não nos autorizaria, como é evidente, a derrubar, por completo, as claras diferenças entre o desenvolvimento histórico do direito italiano e o direito inglês quanto às suas fontes de direito, ou a abandonar, de modo mais extremo, a dicotomia *Civil-Common Law*.

O propósito desta narrativa inicial é bastante mais modesto. Quero, com ela, apresentar o tema que constitui o pano de fundo desta tese, lançando, desde já, os elementos que são postos sob problematização; parte-se da premissa, já contida no título do trabalho, de que a *tradição* está em permanente construção e que, como extensão, dá-se o mesmo com a *tradição jurídica*.

O argumento que lanço desde já, em vista dos elementos postos sob tensão a partir da narrativa sobre o julgado de Vernaccini é o seguinte: se, em um ambiente associado à

² A respeito desse caso e suas peculiaridades, veja-se o comentário de GINO GORLA. A decision of the Rota fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “ball games”. *Tulane Law Review*, New Orleans: Tulane University, vol. 49, 1975.

³ GORLA, Gino. Civilian judicial decisions – an historical account of italian style. *Tulane Law Review*, New Orleans: Tulane University, vol. 44, págs. 742-743, nota nº 12, 1969-1970.

predominância do *Civil Law*, era possível ao julgador socorrer-se de expedientes casuísticos para determinação da regra jurídica aplicável ao caso, então, até o advento da *codificação*, não há diferença significativa quanto às fontes de direito e à metodologia entre o chamado *direito continental* e o *direito inglês*.

Exagero, deliberadamente, a afirmação acima; mas o faço com o propósito de enfatizar que a *hipótese de pesquisa* desta tesa versa, justamente, sobre o papel *fundante* – ou *refundante* – que tem a *codificação civil* na *tradição jurídica* que se chama, por vezes, *Civil Law*, *tradição romano-germano-canônica*, *romano-germânica*, simplesmente, *romana* ou *continental*.

Se a temática não é, propriamente, uma novidade no campo da historiografia⁴, ela pode parecer pouco usual entre juristas-historiadores, campo em que ainda predominam análises *tradicionais* do passado do fenômeno jurídico. Trata-se, assim, de um tema delicado, que pode se esfacelar sob o olhar incauto do estudioso. Como se se tratasse de um objeto microscópico, foi necessário conceber um aparelho ótico razoavelmente sofisticado para focalizar com alguma precisão aquilo que pretendo estudar. Tal aparelho foi composto por três “lentes teóricas”, todas elas apontadas para o passado, mas com funções e perspectivas bastante diversas entre si: a *história*, amplamente considerada para abarcar a *historiografia* e a *historiografia jurídica*, a *teoria da história* e a *história das ciências*; as noções de *memória* e *monumento*; além, é claro, da noção de *tradição*, especialmente no que se refere às tradições *científica* e *jurídica*.

§ 2º Duas dificuldades iniciais. O receio que, expressamente, aduzi no parágrafo acima – de ver esfacelado meu objeto de estudo e, conseqüentemente, ver frustrada a empreitada da pesquisa – tem lastro na sensação de que tal objeto esteja *escondido* em local inacessível; talvez, nem sequer exista. Daí, a primeira dificuldade a ser enfrentada para articulação dos resultados desta pesquisa.

Ora, que o *Código Civil* é elemento da *tradição* de direito ocidental que conhecemos como *romano-germano-canônica*, que se identifica, em língua inglesa, com o *Civil Law*, é um dado evidente, assumido sem problematização desde as primeiras semanas

⁴ Veja-se, por exemplo, o volume que ERIC HOBSBAWN e TERENCE RANGER dedicaram à *invenção das tradições* (HOBSBAWN, Eric J.; RANGER, Terence. *The invention of tradition*. Cambridge: University Press, 2012 (trad. port. CAVALCANTE, Celina Cardim. *A invenção das tradições*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015).

em que sentamos nos bancos das escolas de direito. Isso é tão *presente e familiar*, está posto de maneira tão arraigada no modo de ver o mundo do jurista – ou, pelo menos, do jurista brasileiro contemporâneo –, que passa *despercebido*.

Esta é uma angústia que se coloca, imediatamente, diante do pesquisador: se o objeto não é comumente visto, o que há, então, para ser estudado? Ao enfrentar este tema, não se estaria a procurar um problema de pesquisa onde ele, a rigor, não existiria?

Já foi dito que, “quando nada acontece, há um milagre que não estamos vendo”⁵. Não que esta tese vise a lidar com qualquer aspecto transcendental ou místico da fenomenologia jurídica – bem ao contrário –, mas, mesmo voltando ao ponto pragmático de onde parto, é possível recordar que MARTIN KRYGIER toma por empréstimo de Wittgenstein a ideia de que “os aspectos dos objetos que nos são mais importantes estão escondidos por causa de sua simplicidade e familiaridade (não se está apto a perceber algo que está sempre diante dos olhos)”⁶.

Poder-se-ia argumentar, então, que haveria uma zona de nossa estrutura de pensamento a que acessamos de modo aproblemático, por se tratar de dados que julgamos *naturais, necessários e inalteráveis*⁷; posso enunciar como exemplo próximo à temática deste trabalho a percepção de que o direito civil brasileiro *é codificado*, como se não

⁵ Refiro-me, obviamente, ao conto “O Espelho”, de JOÃO GUIMARÃES ROSA (*Primeiras estórias*. 15ª ed. 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001, pág. 119).

⁶ Veja-se KRYGIER, Martin. *Law as tradition. Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 238, ago. 1986.

A formulação de LUDWIG WITTGENSTEIN está no parágrafo 129 das *Investigações filosóficas*. Na tradução de JOSÉ CARLOS BRUNI para o português lê-se: “os aspectos para nós mais importantes das coisas estão ocultos pela sua simplicidade e trivialidade. (Podemos não notá-los por tê-los sempre diante dos nossos olhos.) Os homens não se dão conta dos verdadeiros fundamentos de sua pesquisa. A menos que uma vez tenham se dado conta *disto*. – E isto significa: não nos damos conta daquilo que, uma vez visto, é o mais marcante o mais forte” (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. port. BRUNI, José Carlos. São Paulo: Nova Cultural: 1999, pág. 68).

A invisibilidade de estruturas de pensamento muito familiares também é referida por MAURICE HALBWACHS: “uma ‘corrente de pensamento’ social é ordinariamente tão invisível quanto a atmosfera que respiramos. Só reconhecemos sua existência na vida normal, quando a ela resistimos; (...)”. Mais adiante, o autor acrescenta, referindo-se à confusão de se atribuir a si próprio ideias e pensamentos que, na realidade, teriam sua gênese no grupo: “estamos tão bem afinados com aqueles que nos cercam, que vibramos em unísono, e não sabemos mais onde está o ponto de partida, em nós ou nos outros. (...) na medida que cedemos sem resistência a uma sugestão de fora, acreditamos pensar e sentir livremente. É assim que a maioria das influências sociais que obedecemos com mais frequência nos passam despercebidas” (*La mémoire collective*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968 (trad. port. SCHAFFTE, Laurent Léon. *A memória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), págs. 40 e 47).

⁷ Parece-me necessária, a respeito das questões referentes às estruturas inarticuladas de pensamento e tomadas de decisão, a leitura da profunda obra de CHARLES TAYLOR. *Sources of the self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989. Agradeço ao professor José Reinaldo de Lima Lopes pela indicação da leitura desse livro ao longo de seu curso sobre a “História do Conceito de Direito no Pensamento Jurídico Moderno”, cursado no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo do Largo São Francisco, no primeiro semestre de 2014.

tivesse havido outra forma de organização das fontes de direito que não fosse preparação para a codificação, ou uma forma de *protocodificação*.

Convido o leitor, entretanto, a promover uma pequena alteração no tempo verbal da frase acima: o direito civil brasileiro *foi codificado*. No pretérito perfeito, a frase ganha um novo sentido, muito diferente daquele que advém da mera assunção de que *há um Código Civil*. A sentença demanda, então, algumas complementações: *quando* foi codificado; *por que* o foi; *quem* o codificou; e *para qual finalidade* o teria feito? Tratar-se-ia, assim, de *localizar* a codificação como fato histórico, ou melhor, como evento do passado que é *lido e rescrito* sob a perspectiva da *história*, da *memória* e da *tradição*, fomentando, por um lado, a formação de *identidades* e, por outro, servindo de *instrumento* para a formação e articulação delas.

A ambição deste texto é a de propor uma visão alternativa à *tradicional* historiografia escolar que versa sobre codificação civil brasileira, procurando oferecer um panorama que não enxerga nesse processo algo de natural e necessário, como *continuidade* de uma tradição; muito pelo contrário, busca-se focalizá-lo como *ruptura e reconstrução* de uma identidade a partir de paradigmas diversos.

Codificar qualquer ramo do direito integra uma tomada de decisão política que, no limite, está integrada em aspectos da vida cultural de um agrupamento social e se reflete, portanto, em sua identidade.

E aqui chego, então, à segunda dificuldade inicial deste trabalho. Se o Código decorre de ruptura e negação do passado, como poderia pretender associá-lo à tradição? Trata-se de um ponto central desta tese e que será, afinal, enfrentado como parte do próprio problema de pesquisa. Cumpre, todavia, fazer algumas considerações iniciais.

MARTIN KRYGIER aponta que a legislação – incluída a codificação –, da maneira como é encarada contemporaneamente, é elemento jurídico deliberadamente “fabricado” em um dado local, em um dado tempo e expressa aquilo que deseja uma pessoa ou um grupo de pessoas identificáveis. Sua autoridade é formal, e não histórica⁸.

MAX WEBER aponta, referindo-se ao *Code Civil* francês de 1804, que, como “filho” da revolução, é uma manifestação de um tipo específico de racionalidade, que o coloca

⁸ KRYGIER, Martin. The traditionality of statutes. *Ratio Iuris*, vol. 01, nº 01, pág. 23, *in fine*, mar. 1988.

como lei puramente racional, livre de qualquer “preconceito” histórico; o Código receberia, assim, seu conteúdo puramente do “sadio bom senso” e da razão de Estado⁹.

Para resolver essa dificuldade, indico – ainda de maneira provisória – que *tradição* implica, necessariamente, referência ao passado. *Tradição* e *passado* andam sempre acompanhados. Todavia, o passado que lastreia a tradição não é, necessariamente, remoto: observou-se, por exemplo, em França, o estabelecimento de um “processo de ritualização, caracterizado por referir-se ao passado, mesmo que apenas pela imposição da repetição”, como a invenção das cerimônias públicas, entre as quais o Dia da Bastilha – 14 de julho, em referência à data tomada da Bastilha, em 1789, data tomada como marco inicial da Revolução Francesa –, imposta, definitivamente, apenas em 1880¹⁰.

Um segundo ponto é que, para a formação da tradição, uma referência *artificial* ao passado bastaria, ou seja, a tradição contenta-se com a escrita – ou *reescrita* – da história a partir e para as finalidades do presente, sem se preocupar – ou preocupando-se minimamente – com seu substrato *real*.

Obviamente, não pretendo insinuar que qualquer tradição sirva-se, sempre e necessariamente, de um falseamento do passado subserviente aos propósitos do presente. Entretanto, releituras do passado, a partir de um determinado conjunto de compromissos, podem-lhe ser úteis – e assim o é quando se trata de tradições jurídicas.

Todavia, mais até do que qualquer escrita da história, a noção de *memória* serve muito bem à referência ao passado exigida pela tradição. A *memória coletiva*, ou seja, aquela compartilhada por um grupo social, é uma *bagagem* de lembranças *tomada por empréstimo* pelo indivíduo que não necessariamente presenciou os acontecimentos referidos, mas que deles toma conhecimento como fundamentos da *tradição* e como dados de um passado compartilhado com os demais membros do grupo. O indivíduo, portanto, pode apreender os acontecimentos que compõem a memória coletiva como *símbolos* de um passado – *real* ou *mitológico* – que informa a *tradição*¹¹.

⁹ WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (trad. port. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004. vol. II), págs. 134-135.

¹⁰ HOBBSBAWN, Eric J.; RANGER, Terence. *The invention of tradition*. Cambridge: University Press, 2012 (trad. port. CAVALCANTE, Celina Cardim. *A invenção das tradições*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015), págs. 11 e 342.

¹¹ HALBWACHS, Maurice. *La mémoire collective*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968 (trad. port. SCHAFFTE, Laurent Léon. *A memória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), pág. 54. As palavras grafadas em itálico são empregadas pelo autor no excerto original.

Nesse sentido, tanto MAURICE HALBWACHS quanto JACQUES LE GOFF apontam certo grau de negação entre *história* e *memória*. Sem dúvidas ambas compartilham o objeto; porém, o passado dos historiadores divergiria daquele da *memória coletiva*, sendo esta deformada, dominada por caracteres míticos e pelo anacronismo; ainda assim, é aquela que revela o “vivido desta relação nunca acabada entre o presente e o passado”; seria papel, então, dos historiadores, *retificar* a memória, livrando-a de erros e seleções arbitrárias em torno do que preservar e do que esquecer¹².

Meu argumento é de que a figura do Código é inserta em um conjunto de compromissos para a leitura do passado, constituindo um *documento* ao redor de que se constrói o discurso historiográfico, e compondo, por isso, um *lugar de memória* apto a gerar identidade das tradições jurídicas: o que *é* e que papel *tem* o Código no presente pode ser projetado às experiências jurídicas do passado, como se sempre tivesse havido um diploma legislativo que esgotasse, ou pretendesse esgotar, determinado ramo ou sub-ramo do direito.

Acostumado ao tratamento dogmático de questões jurídicas, a ler livros didáticos organizados conforme à sistemática do Código, o estudante é surpreendido e vê distorção, por exemplo, quando aprende que até o século XVIII o direito nacional português não era mais prestigiado que o direito romano nos bancos da Universidade de Coimbra; ou quando, como vimos logo acima, no início do § 1º, detecta em um ambiente que hoje é também dominado pelo sistema codificado, o método casuístico era operado às claras.

§ 3º *Alguns apontamentos sobre os critérios de diferenciação entre Common Law e Civil Law.* Nessa perspectiva, poderíamos questionar – e creio que seja essencial

¹² LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 32. O autor expressamente aduz que “há pelo menos duas histórias (...): a da memória coletiva e a dos historiadores. A primeira é essencialmente mítica, deformada, anacrônica, mas constitui o vivido desta relação nunca acabada entre o presente e o passado. É desejável que a informação histórica, fornecida pelos historiadores de ofício, vulgarizada pela escola (ou pelo menos deveria sê-lo) e pelos *mass media*, corrija esta história tradicional falseada. A história deve esclarecer a memória e ajudá-la a retificar os seus erros”. LE GOFF previne, no entanto, que o próprio historiador possa estar *contaminado*, se não pelo passado, pelo presente e por uma “imagem inconsciente de um futuro sonhado”.

Sobre a imprecisão da memória coletiva, HALBWACHS: “nomes próprios, datas, fórmulas que resumem uma longa sequência de detalhes, algumas vezes uma anedota ou uma citação: é o epitáfio dos acontecimentos de outrora, tão curto, geral e pobre de sentido como a maioria das inscrições que lemos sobre os túmulos. É que a história, com efeito, assemelha-se a um cemitério onde o espaço é medido e onde é preciso, a cada instante, achar lugar para novas sepulturas” (HALBWACHS, Maurice. *La mémoire collective*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968 (trad. port. SCHAFFTE, Laurent Léon. *A memória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), pág. 55).

fazê-lo –, a partir do exemplo fornecido pelo auditor Vernaccini, se o binômio *Civil-Common Law* se sustenta historicamente se aplicarmos, para diferenciar as duas tradições, os critérios que o discurso escolar contemporaneamente geralmente utiliza. O auditor não mostrava constrangimento em invocar precedentes judiciais ao expor os fundamentos de suas decisões; são constantes as invocações de julgados da *Rota nostra* – no caso, a Florentina – ou da *Rota Romana*, dado que pode ser apontado como indício de que decidir por precedentes não seria considerado um desvio em relação aos preceitos do sistema¹³.

Essa constatação, no entanto, pode deixar perplexo o iniciante nos estudos jurídicos. Desde as primeiras lições, familiarizamo-nos com os elementos que divorciam ambas as tradições, alocando-se, com frequência, o sistema de fontes na base da distinção; *precedente vinculante*, nos ordenamentos de raízes anglo-americanas, não significa o mesmo que *jurisprudência* – entendida como *conjunto de decisões das cortes judiciárias de dada organização política*¹⁴, não arrolada entre as *fontes normativas autônomas* – ou *primárias* – em sistemas identificados com o *Civil Law*¹⁵.

No entanto, parece impossível afastar o papel do precedente enquanto fonte de direito como parte da história de certas ordens jurídicas identificadas como o *Civil Law* –

¹³ Apenas a título de ilustração, veja-se VERNACCINI, Giuseppe. *Collezione completa delle decisioni*, tomo II. Firenze: 1824, especialmente págs. 06, 90, 376 e 478.

¹⁴ A definição de *jurisprudência*, enunciada no corpo de texto, faz eco, com pequenas variações, às definições *manualísticas*, sempre a incluindo entre as *fontes indiretas* ou *mediatas* de direito. Arrolamos, a seguir, em caráter exemplificativo, algumas delas.

ORLANDO GOMES aduz que “por jurisprudência entende-se o conjunto de decisões dos tribunais sobre as matérias de sua competência ou uma série de julgados similares sobre a mesma matéria (...)” (*Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, pág. 47).

MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES aponta que o conceito mais restrito de jurisprudência indica “a interpretação dada ao Direito vigente pelos tribunais; um Direito objetivo que surge dos julgados proferidos pelos tribunais: *rerum perpetuo similiter iudicantium auctoritas*”. Mais adiante, o autor faz expressa menção de que a jurisprudência tem papel *declarativo* e não *criativo*, limitando-se, portanto, a aplicar o direito preexistente, e não inovar na ordem jurídica (*Curso de direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. I. págs. 92-93).

¹⁵ Com efeito, alguns textos introdutórios de grande circulação nos cursos de graduação valem-se do recuso às fontes de direito para caracterizar uma e outra tradição. SÍLVIO DE SALVO VENOSA, por exemplo, afirma que o *Common Law* é o *direito da Inglaterra* e dos países que seguiram seu modelo. “Foi elaborado com base no direito costumeiro e hoje é baseado em decisões judiciais. A norma só tem valor nesse sistema à medida que juiz a emprega”. Mais adiante, tratando especificamente do direito inglês, o autor aduz que “é engano dizer que o direito inglês é um direito costumeiro. Hoje, é essencialmente de precedentes judiciais. (...)” (*Direito civil*: parte geral. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 73).

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO caracterizam o *Common Law* como o *sistema do caso*, em que a construção jurídica é formada especialmente pelas decisões de juízes e tribunais. Seriam traços fundamentais desse sistema o *efeito vinculativo das decisões*; a *importância da decisão judicial por si só*; a *construção jurisprudencial da doutrina jurídica*; e a *perpetuidade do precedente* (*Novo curso de direito civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013, págs. 73-75).

Esse dado interessa para os propósitos desta tese, pois revela o *paradigma* então observado no campo jurídico para abordar o problema que proponho, uma vez que os manuais e o exercício da *ciência jurídica normal* contribuem para a formação de uma visão de história e, conseqüentemente, para a da própria tradição.

viu-se, logo acima, o caso italiano, no exemplo de Vernaccini, mas no direito português são bem conhecidos os chamados *estilos* da Corte e, sobretudo, os *assentos da Casa da Suplicação*¹⁶; também o direito francês conheceu figura análoga nos chamados *arrêts de réglément*, emanados dos *Parlements*.

Hoje, para buscar a explicação da relevância dos tribunais brasileiros na fixação da regra jurídica, pode-se socorrer da história do direito português para inserir o precedente em nossa tradição jurídica¹⁷. Por outro lado, tal movimento é explicado por alguns autores sob o viés da aproximação com o *Common Law*, chegando-se a ponto de apontar que vivenciamos um fenômeno de *commonlawlização* do direito brasileiro. SÉRGIO PORTO, com efeito, aduz que

Da *common law* para *civil law*, há, digamos assim, uma crescente simpatia por algo que pode ser definido como uma verdadeira “*commonlawlização*” no comportamento dos operadores nacionais, modo especial, em face das já destacadas facilidades de comunicação e pesquisa postas, na atualidade, a disposição da comunidade jurídica. Realmente, a chamada “*commonlawlização*” do direito nacional é o que se pode perceber, com facilidade, a partir da constatação da importância que a jurisprudência, ou seja, as decisões jurisdicionais vêm adquirindo no sistema pátrio, particularmente através do crescente prestigiamento da corrente de pensamento que destaca a função criadora do juiz¹⁸.

A ideia de que entre *Civil* e *Common Law* não haveria diferenças que não meramente formais foi expressa por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, para quem a identidade substancial de soluções jurídicas justificaria que se falasse “de um único sistema ocidental de direito”; tanto os juristas anglo-americanos como os do mundo romanístico mover-se-iam em uma mesma civilização, calcada na herança greco-romana, o cristianismo e o capitalismo¹⁹.

¹⁶ Para um breve panorama a esse respeito, veja-se GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006; TUCCI, José Rogério Cruz e. Tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro – leituras da ordem jurídica nacional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 106-121.

¹⁷ Em certa medida, é o expediente que realiza TUCCI, José Rogério Cruz e. *Op. cit.*

¹⁸ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial, disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>, último acesso em 17/10/2013.

¹⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1974, pág. 10.

A despeito dessa *identidade substancial*, prossegue ASCENSÃO, haveria diferenças técnicas tão marcantes entre uma e outra tradição que não seria possível tratar o *direito ocidental* sem falar nos *subsistemas romanístico e anglo-americano*²⁰.

§ 4º Continuidade e tradição no discurso acadêmico-científico: algumas notas sobre metodologia. É inegável, todavia, como já afirmei no parágrafo anterior, que as noções de *Civil-Common Law* estão ainda arraigadas no *modo de ver o mundo* do jurista brasileiro. Recorre-se à dicotomia ainda que seja para afirmar a aproximação ou a eliminação das diferenças substanciais entre seus termos.

Com a mesma naturalidade, apresentam-se as formações de tais sistemas como decorrentes de uma *continuidade histórica*. Conceber a configuração contemporânea do *Civil Law* como um processo de *ruptura* não é a visão hegemônica – pelo menos, não o é nos limites das apresentações históricas que antecedem as abordagens dogmáticas dos textos didáticos, ou mesmo nos programas da disciplina de história do direito para o curso de graduação. Quando se trata de *contar a história* da própria disciplina acadêmica, o escritor ou professor tende a enunciá-la de modo *linear*, fazendo suas origens repousarem em um passado remoto com que o presente teria ligação direta. O historiador da ciência tende a enxergar sua disciplina como contínua acumulação de sensibilidade e conhecimento²¹.

O jurista preocupado com a história de seu ramo de conhecimento não é exceção à regra, frequentemente retratando a história a partir de uma perspectiva que se pode chamar *positivista*, ou seja, uma visão de história que releva a problemática relação entre sujeito cognoscente e objeto, propugnando o conhecimento direto do *fato histórico*. Esses pressupostos propiciariam uma abordagem dotada de certa dose de *dogmatismo* e *neutralidade*, pois o objeto do conhecimento seria um dado autoevidente, pronto a ser apreendido de modo *não problemático* pelo sujeito. O aparato pessoal do historiador seria,

²⁰ PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law, civil law* e o precedente judicial, disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>, último acesso em 17/10/2013.

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1974, págs. 10-11. Ideia semelhante é também apresentada por SÍLVIO DE SALVO VENOSA, para quem ambas as famílias têm mostrado “certa tendência de aproximação”, de modo a cogitar-se de uma “grande família de direito ocidental” (*Direito civil: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, págs. 77-78).

²¹ Confira-se, *infra*, o Capítulo II.

então, dispensável, já que sua análise estaria centrada em fatos, considerados estes eventos inquestionáveis e passíveis de análise independentemente de qualquer valoração²².

A história, contada e recontada nos limites dos compromissos para apreensão do modo de ver o mundo ensinado no ambiente acadêmico-científico, passa a integrar o repertório do cultor de determinado ramo do saber. Definidos tais compromissos para o grupo científico, o sujeito não precisa mais lançar, em seus escritos, as premissas de seu campo de estudo, ou justificar o uso de cada conceito introduzido. Essa passa a ser a tarefa do *manual*, que já contém as linhas gerais dos pressupostos daquele ramo da ciência. O manual acadêmico de um campo bem estabelecido contém uma série de informações que não são mais debatidas – ou, ainda que o sejam, são apresentadas aproblematicamente ao iniciante²³.

Educado o jurista em um ambiente que vê a história como um dado pronto, é natural que se perpetue a ideia de que sua ciência é uma tradição muito antiga. Tais *continuidades* são traçadas em diversas vertentes dos estudos jurídicos e, especialmente, no direito privado. No direito dos contratos, por exemplo, nota-se a tendência a projetar à Roma antiga a noção de contrato que teria *evoluído* até chegar aos contornos que conhecemos hoje; uma leitura semelhante se passa com outras figuras jurídicas, tais como o casamento, o direito real de propriedade, a causa do negócio jurídico etc.²⁴.

²² A respeito dessa visão da história no campo da história do direito, veja-se o texto de RICARDO MARCELO FONSECA. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, especialmente págs. 60-61.

²³ KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 40-41. MICHEL FOUCAULT, embora partindo de premissas teóricas e metodológicas significativamente diversas daquelas de KUHN, aponta para a mesma direção, aduzindo que em um dado campo enunciativo, há um conjunto de enunciados que “não são mais nem admitidos nem discutidos”, constituindo um *domínio de memória* em torno de que se estabelecem laços de filiação, gênese, transformação, continuidade e descontinuidade história (*L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969 (trad. port. NEVES, Luiz Felipe Baeta. *A arqueologia do saber*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014), pág. 69).

²⁴ Apenas a título de ilustração, colho de VENOSA a afirmação de que no “Direito Romano Primitivo, os contratos, como todos os atos jurídicos tinha caráter rigoroso e sacramental. As formas deviam ser obedecidas, ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 398). As noções a nós contemporâneas de *contrato*, *ato jurídico*, *forma* e *vontade* estão dispostas no período, como se fizessem sentido para os romanos como fazem para nós.

O mesmo VENOSA nos oferece outro exemplo interessante: para realizar um lineamento histórico sobre a noção de casamento, o autor aproveita o excerto atribuído a Modestino, colhido no Digesto (D. 23, 2, 1.), em que se lê *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*; VENOSA, então, talvez prevenido sobre a imagem do desenrolar histórico da figura do casamento, traduz o trecho como *as núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio para toda a vida, pelo direito humano e pelo direito divino* (*Direito civil: direito de família*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 27, nota de rodapé nº 01). Ora, o vocábulo *omnis*, grafado no Digesto, não pode significar *finalidade*, *atribuição* ou *duração*, pois encontra-se no caso *genitivo*, transmitindo a ideia de *especificação*. Trata-se, então, de consórcio *de* e não *para* toda a vida.

A historiografia jurídica já há algum tempo chama a atenção para esse problema. Historiadores do direito preocupados com a teoria da história alertam para o perigo das *continuidades*. No Brasil, em que o restabelecimento da história do direito como disciplina acadêmica é bastante recente²⁵, há premente necessidade de se estabelecerem e determinarem suas premissas teóricas e metodológicas, e o caminho muitas vezes encontrado é debater eventuais efeitos deletérios resultantes pelo modo *manualístico* de ver a história jurídica.

Nesse sentido, RICARDO MARCELO DA FONSECA, por exemplo, aponta que, normalmente, os juristas – e ele se refere aos juristas brasileiros em particular – não estariam acostumados a perceber o fenômeno jurídico em perspectiva temporal. Efeito disso seria a perpetuação da ideia de que o direito moderno seria o resultado final de uma evolução histórica, como o último passo de um processo de acumulação em que “tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabiamente assimilado e decantado”, moldando o direito contemporâneo como o mais sofisticado quanto possível²⁶.

Mas uma história verdadeiramente crítica, assevera JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, e que não se presta a um papel legitimador do poder e do *status quo* – ou a um discurso ideologicamente orientado no sentido de sua derrubada – *suspeita das continuidades* e mostra que a vida foi diferente do que é, e pode também variar no futuro, assumindo formas muito diversas daquelas por nós, hoje, conhecidas; o desenrolar histórico não tem nenhum compromisso com o que concebemos em termos de *progresso*²⁷.

Ao lançar mão da continuidade, quem escreve a história imprime no direito de seu tempo um *selo de legitimidade*, atribuído, justamente, pela pretensa relação sucessória entre o presente e o passado. O historiador jurídico português ANTÓNIO MANUEL HESPANHA aponta que a chave do sucesso da *tradição romanística* foi exatamente a

Não é objeto deste estudo – e não estaria ao alcance deste candidato – identificar *desvios* na leitura histórica comumente feita nos manuais e nos currículos acadêmicos. As ilustrações têm como único objeto apontar que o modo de aproximação aos fenômenos do passado, posicionando-os linearmente em relação ao presente, efetivamente tem lugar no discurso acadêmico nacional.

Para outros exemplos, veja-se LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, págs. 05 e 06.

²⁵ Para alguns apontamentos a respeito da história do direito como disciplina curricular no Brasil, veja-se AZEVEDO, Luiz Carlos. História do direito, ciência e disciplina. In: *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. págs. 20-41.

²⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 23.

²⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Op. cit.*, págs. 05-07.

“reivindicação de continuidade” do saber sobre direito romano, o que escondeu as inovações e reinvenções do próprio direito romano que cada época experimentou²⁸.

Entretanto, um olhar atento, como o de ALDO SCHIAVONE, nota que *continuidade e unidade* não estão presentes nem sequer no próprio *Digesto*, que, antes de tudo, é *fragmentação, descontinuidade* e – o que é muito significativo – ausência de historicidade, já que os excertos que o compõem estão dispostos conforme critérios que prescindem do contexto histórico – e, até, do contexto da própria obra de que foram originalmente extraídos. O frio mosaico do *Digesto* encobre a “ordem de superfície fluida, mutável e em contínuo movimento” que era o direito jurisprudencial romano²⁹.

Essas críticas direcionadas ao modo de se fazer a história do direito, apontando as *miopias* com que se tende a enxergá-la, estão relacionadas com o movimento de renovação teórico-metodológica da ciência histórica promovida ao longo do século XX. Todavia, tal tratamento da história é compartilhado no ambiente acadêmico entre diversos ramos do saber; não se trata de uma peculiaridade do jurista, mas do *cientista* cultor de um ramo do conhecimento já bem estabelecido, como é o caso do direito³⁰.

Pretendo, assim, propor uma abordagem em que a história do direito é enquadrada como um dos compromissos que compõem *a visão de mundo* dos cultores dos diversos ramos e sub-ramos do direito, assumindo, com algumas reservas, a postura *relativista* da filosofia da ciência. Nesse sentido, nega-se a linearidade da história, bem como a noção de que a sucessão de teorias implica necessário progresso, uma vez que a alteração de paradigmas não implica sempre acúmulo de conhecimento.

Situar a história do direito nos quadros da *história da ciência* e da formação das *tradições científicas* proporciona um ganho teórico à *disciplina*, pois possibilita articular problemas que são compartilhados com outros setores do saber, dando a correta localização e dimensão das questões metodológicas enfrentadas. Além disso, esse enfoque pode trazer para o plano consciente os mecanismos *invisíveis* de que lançam mão os historiadores jurídicos ao escreverem suas históricas.

²⁸ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, pág. 51.

²⁹ SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, 2005 (trad. esp. PRÓSPERI, Germán. *Ius: la invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012), pág. 57.

³⁰ Veja-se KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011). Uma abordagem mais acurada a esse respeito será apresentada ao longo do Capítulo II.

Volto, então, a apontar que certos aspectos da história do direito são apresentados como integrantes do *domínio de memória*, como *compromissos* tacitamente assumidos por todos, que compõem uma zona de dados inquestionáveis dentro do paradigma teórico em que opera o jurista³¹. Esse domínio inclui, para o jurista brasileiro contemporâneo, a filiação de nosso sistema à tradição ocidental; à *subfiliação*, no âmbito da tradição ocidental, ao ramo conhecido como *Civil Law*, em oposição ao *Common Law*; a ideia de que a gênese dessa tradição está no direito romano, especialmente em suas reelaborações medievais; e essa cadeia de filiações explicaria o apego ao *direito escrito e sistematizado*, que remete à própria compilação justiniana e às grandes *ordenações*, culminando com a *codificação*, expressão máxima da racionalização dos enunciados jurídicos.

As ordens *genética* e de *continuidade* são apresentadas como naturais e inevitáveis; o direito brasileiro contemporâneo configurou-se desse modo não por uma sequência de atos decisórios, mas em função do próprio *curso da história*.

Tal organização do discurso histórico-jurídico tem como consequência a criação de um conjunto de referências ao passado constantemente *presentificadas*; o paradigma jurídico contemporâneo contém dados do passado que são sempre tornados presentes para o jurista, como porção significativa de seu ramo de conhecimento, o que gera, por sua vez, a noção de *continuidade* a que aludi logo acima.

A *presentificação* de determinado evento, ou conjunto de eventos, é viabilizada por meios diversos, conforme a finalidade e o alcance pretendidos. É fenômeno típico do discurso científico, mas, evidentemente, compartilhado com outras atividades humanas: as artes, de um modo geral, servem por excelência à constituição de *memória* oriunda de referências *tornadas presentes* a quem quer que dirija o olhar à obra. Pode-se encontrar um exemplo banal, mas não pouco importante, na cidade de São Paulo: todos que guiam seus veículos automotores a partir da região central da cidade rumo à porção sul, por meio da Avenida 23 de maio, avistarão o obelisco que se ergue em meio ao verde do Parque do Ibirapuera. O *monumento* está ali – não por acaso, repousando em local que o torna privilegiadamente visível a partir da avenida cuja denominação, 23 de maio, é também uma data expressiva daquilo que se quer rememorar – integrando um conjunto de referências para remeter o paulistano, paulista ou visitante, a evento do passado, qual seja a Revolução Constitucionalista de 1932; ostentá-lo a todos é uma tentativa de projetar o

³¹ Despiciendo alertar que a qualidade de inquestionáveis desses dados não é atributo que deflui de sua *verdade* intrínseca, mas do compromisso existente entre os juristas de não questioná-los.

evento em questão – a Revolução Constitucionalista –, fazendo dele um *elemento do passado* compartilhado pela comunidade. Ora, compartilhar o passado é compartilhar, ao mesmo tempo, a *identidade*.

Assumindo que o direito tem um passado próprio, autônomo em relação ao de outros ramos do saber, admite-se que há *monumentos jurídicos* com a função – ou a que se atribui a função – de preservar a memória e constituir a identidade do jurista, ou de um grupo específico de juristas (os *Common Lawyers*, os *Civil Lawyers*; os *civilistas*, os *tributaristas*, os *penalistas* etc.). Quero dizer, com isso, que a história do direito – ou melhor, a *historiografia jurídica*³² – não é *vítima*, mas, ao contrário, tem controle sobre a apresentação de seu próprio passado, utilizando-o, inclusive, conforme os seus propósitos.

Monumentos públicos *volíveis* – utilizando, aqui, a expressão em seu sentido mais usual – versando sobre o direito e a memória jurídica, embora existam³³, não esgotam toda a *monumentalização* do passado do direito: também determinados documentos são *monumentalizados*, fazendo-se deles *lugares de memória*, ponto de referência para formação de *identidade*.

§ 5º Hipótese científica do presente trabalho. Com vistas às premissas expostas, temos como hipótese de pesquisa que a codificação importa não apenas para o quadro de fontes e para a metodologia de determinado sistema jurídico, mas constitui um monumento

³² Um possível sentido para a distinção entre os termos *história* e *historiografia* foi sintetizado por JULIO ARÓSTEGUI. ARÓSTEGUI defende que *historiografia* cumpre bem o papel de indicar a *escrita da história* sem gerar confusão com seu próprio objeto, a *história* sobre que recai a pesquisa do historiador. Cfr. ARÓSTEGUI, Julio. *La investigación histórica: teoría y método*. Barcelona: Critica, 1995 (trad. port. DORE, Andréa. *A pesquisa histórica: teoria e método*. Bauru: Edusc, 2006), págs. 23-37.

Neste ponto do texto, estou utilizando a palavra *historiografia* no sentido apresentado por ARÓSTEGUI, isto é, como o resultado da pesquisa histórica.

Advirta-se, no entanto, que esse emprego do vocábulo não é uniforme nos textos de teoria da história. LE GOFF, por exemplo, emprega o termo significando *história da história* (veja-se LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 12-13).

³³ Entre estes, ainda que não constitua um monumento *volível*, pode-se apontar o edifício onde funciona a Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, tombado “como bem cultural de interesse histórico, arquitetônico e urbanístico” por meio da Resolução nº 185 do Condephaat, publicada no *Diário Oficial do Estado* aos 12 de dezembro de 2002. A resolução destaca, no art. 2º, item a.3, a salvaguarda da estátua de José Bonifácio, o Moço, disposto no *hall* de entrada do edifício, e das “placas comemorativas afixadas no Pátio das Arcadas” que, como cediço, celebram a memória de personalidades ilustres que inscreveram seus nomes junto à Faculdade de Direito. A celebração dessas personalidades não deixa de constituir memória entorno de suas atuações no campo jurídico.

O monumento mortuário de Napoleão, este, sim, propriamente *volível*, contém uma significativa referência ao campo jurídico, pois nele foi inserto o baixo-relevo ostentando a promulgação do Código Civil. Voltarei a tratar deste monumento no segundo capítulo, *infra*.

não volível, feito um lugar de memória ideal que se torna referência para determinada tradição jurídica.

Assim, teríamos que, após o movimento codificador, a identidade das tradições jurídicas ocidentais passa, necessariamente, pela adesão ou não à codificação; esta, por sua vez, substitui-se no discurso jurídico, especialmente dos juristas atuantes na ciência jurídica normal, ao próprio passado, constituindo o fim da história. As soluções que o Código visa são projetadas a outros documentos jurídicos do passado que são tomados como análogos a ele, como se respondessem à mesma ordem de problemas.

O Brasil, na formação de seu sistema jurídico, construiu sua identidade em torno da noção moderna de Código. Construção da identidade, pois codificar o sistema jurídico não era a única solução possível e, quem sabe, não fosse nem sequer a mais óbvia, já que, no início do século XIX, o Código como o conhecemos contemporaneamente era uma novidade e um rompimento com a ordem progressiva³⁴.

Além disso, Portugal e Brasil foram estrategicamente importantes no conflito entre a França napoleônica e a Inglaterra. Essa última, inclusive, fez do território brasileiro uma zona de influência política quando da transferência da família real portuguesa para a colônia em 1808.

No entanto, a despeito disso, desde o início da formação da ordem jurídica nacional são constantes as referências ao Código. O direito penal foi codificado já em 1830, mas é muito conhecido o inciso XVIII ao art. 179 da Carta Constitucional de 1824, em que o governo imperial prometia a organização de um Código Civil e um Código Criminal. Antes mesmo da Carta, em 1823, o Projeto Antônio Carlos tinha dispositivo análogo ao da Carta outorgada, e o tema da codificação foi discutido pela assembleia constituinte então reunida. Do mesmo modo, a lei de 20 de outubro de 1823 dispunha que o conjunto da legislação portuguesa vigente até o dia 25 de abril de 1821 permaneceria vigente até que se organizasse “um novo Código”.

Vê-se, com isso, que, mesmo antes de que se tivesse uma codificação completa – não é preciso relembrar que o Código Comercial brasileiro data de 1850 e que o Código Civil apenas entra em vigência no ano de 1917 –, já éramos identificados como um sistema codificado de direito privado. Essa identificação, segundo a hipótese aqui exposta, é construída por meio da *presentificação* do Código no discurso jurídico, apresentando-o,

³⁴ Veja-se, a esse respeito, *infra*, Capítulo III.

assim, como *lugar de memória*. Pretende-se, então, demonstrar que os textos jurídicos, pelos mecanismos de *adequações* e *apagamentos*, determinaram, a partir da referência à Codificação como monumento, a identidade da ordem jurídica brasileira com as ordens codificadas, o que, em última instância, implicou aderir à identidade do *Civil Law*.

§ 6º Sobre o arco temporal abordado na tese. Cumpre esclarecer um ponto importante do ponto de vista metodológico: o arco temporal sobre que desenvolverei a análise.

No caso deste texto, esta observação preliminar é de grande relevância, pois, como se notará, elementos de épocas diversas serão abordados com vistas à construção de uma tradição jurídica que *teria* sua origem na Antiguidade. Entretanto, como já esclarecido, o objeto do trabalho não é retratar a construção da tradição de *trás para frente*, ou seja, do *passado ao presente*, verificando como se amalgamaram historicamente os diferentes elementos que a compõem; ao contrário, a intenção é verificar como a visão histórica da época moderna e contemporânea *remonta* à construção de uma tradição jurídica; pretende-se, desta feita, efetivar a análise da *frente para trás*, isto é, sobre o modo como o discurso histórico-jurídico moderno ou contemporâneo invoca os elementos do passado como componentes da tradição jurídica a que nos filiamos.

A partir dessa linha de ideias, observo que as fontes históricas *pré-modernas* não serão objeto direto de análise³⁵, servindo para compor o campo de abordagem apenas na medida e no modo como são *lidas* pelas fontes modernas e contemporâneas³⁶.

³⁵ Sem dúvida, na expressão *pré-moderna* compreende-se uma infindável quantidade de realidades históricas muito diversas entre si, o que poderia gerar dúvidas quanto à alocação em conjunto sob um qualificativo dotado de certo grau de vagueza.

Por *pré-moderno* designamos, acompanhando ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, uma visão de mundo classificada pelos modernos como *selvagem, primitiva, arcaica*, que seria avessa a qualquer forma de engenharia social, pois os “equilíbrios sociais manter-se-iam espontaneamente se se cuidasse em que eles não fossem alterados artificialmente por um facto externo ou pelo comportamento *contra natura* de um elemento”. Nesse contexto, atividades como a do médico ou juiz teriam como objeto não a alteração de uma dada realidade que se lhes apresente, mas a observação do que existe e na restauração do que se afastou do que se viu estar estabelecido (*Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, especialmente págs. 93-95).

Trata-se da estrutura que foi rompida pela Modernidade, quando o papel do intelectual passou a ser visto, na metáfora jurídica de BAUMAN, colhida por HESPANHA, como a de um legislador que forja um plano de natureza humana tendente ao *progresso* (Idem, *ibidem*, págs. 92-93).

Pré-moderno tem, simultaneamente, o sentido *a)* indicativo, de modo geral, da estrutura mental abandonada na Modernidade; *b)* cronológico, referindo-se a toda a realidade histórica anterior à época moderna.

³⁶ Prefiro utilizar o termo *contemporâneo* no lugar de *pós-moderno* para prestigiar o aspecto cronológico da referência. Utilizo, assim, *contemporâneo* no seu sentido lexical mais comum, qual seja o *que é do mesmo*

A hipótese de pesquisa lançada no parágrafo anterior indica que confrontarei a formação da *memória* jurídica e os *apagamentos* por ela provocados. A alusão à memória implica que estou interessado naquilo que foi conservado do passado no discurso histórico-jurídico contemporâneo, isto é, naqueles dados do passado que *ficaram* ou *são aproveitados* em nosso tempo, e no modo pelo qual o discurso acadêmico-jurídico sobre a história possibilitou tal conservação.

Desse modo, a minha atenção estará dividida entre as formas de discurso jurídico que realizam a conservação da memória, no campo da história do direito ou da dogmática jurídica, e as fontes históricas que permitem traçar o caminho através de que se formou a visão de história que hoje permite a efetivação da conservação, de um lado, e dos cancelamentos, de outro.

Em vista destas premissas, nota-se que a seleção das fontes para a composição do texto que inicio logo abaixo não segue um critério cronológico rígido ou uniforme de seção para seção do texto. Apesar disso, é possível indicar que as fontes que respondem ao problema de pesquisa que me proponho a enfrentar – reitero, o modo como se deu a *construção* da aderência do direito brasileiro ao *Civil Law* por meio da utilização da *figura* do *Código Civil* como *lugar de memória* – estão datadas entre 1746, ano da publicação do *Verdadeiro método de estudar*, de LUIS ANTÓNIO VERNEY, quando se pode verificar um dos primeiros passos da penetração, em Portugal, do método *sintético-demonstrativo-compêndiário* de estudos, que atribui à história uma função explícita na formação acadêmica; o termo final do período analisado é marcado pela publicação da *Consolidação das Leis Civis*, de AUGUSTO DE TEIXEIRA DE FREITAS, em 1855.

§ 7º *Plano de texto.* Para empreender a análise proposta, organizarei o texto em quatro capítulos.

No primeiro deles, procederei a uma estipulação de linguagem a respeito dos termos *Common Law* e *Civil Law* como *tradições jurídicas*; tal estipulação faz-se

tempo; coevo; que vive ou viveu na mesma época (CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa – verbete* “contemporâneo”. 4ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1958, pág. 1.115); *contemporâneo*, nesse contexto, indica o discurso histórico-jurídico em voga ao tempo em que escrevo este trabalho. Por *contemporâneo* também indico os eventos e as fontes posteriores à Revolução Francesa, conforme a tradicional cronologia dos estudos históricos. Quero, com isso, escapar da carga que a expressão *pós-moderno* traz em termos de configuração de estrutura mental como superação da Modernidade. Na medida em que a referida superação não é objeto desta tese, prefiro, então, a adoção do critério cronológico.

necessária para precisar o modo como utilizo os termos centrais deste texto, além de procurar relacioná-los entre si e com a noção de tradição.

No segundo capítulo, proponho o modelo teórico de análise do problema de pesquisa, aproximado e traçando as relações entre *história*, *direito*, *memória*, *lugar de memória* e *monumento*.

No terceiro capítulo, explorarei a aderência do direito brasileiro ao sistema codificado por meio do discurso, procurando indicar como e por que construímos uma imagem de direito codificado sem que tivéssemos elaborado e promulgado o Código Civil.

O quarto e último capítulo explorará o comportamento do discurso jurídico entorno da codificação a partir de uma questão concreta: a eficácia do contrato de compra e venda. O objetivo desse capítulo será demonstrar como o texto legal codificado substitui-se às referências ao passado anterior, provocando seu cancelamento. O Código se torna, no discurso jurídico, a linha divisória entre o *velho* e o *novo*, o *antigo* e o *moderno*.

§ 8º *Duas linhas sobre estilo.* Já se percebeu, certamente, que não utilizo as primeiras pessoas do singular ou do plural a partir de critérios rígidos. Procuro utilizar o singular quando assumo um argumento, e o plural quando se trata de uma referência que efetivamente envolva o coletivo.

Cada capítulo será acompanhado por um tópico inicial, intitulado *plano do capítulo*, em que procurarei, além de apresentar sumariamente o objeto sobre que versará aquela seção do texto, realizar a ligação com o tópico antecedente, bem como com a problemática geral da tese.

Seccionarei o texto em parágrafos, como na *introdução*, quando o procedimento for conveniente à articulação das ideias e à facilitação da compreensão do objeto. Os parágrafos aparecerão para articular o argumento de um dado tópico, sem que, para tanto, seja necessária a abertura de uma nova subseção. O propósito, reitero, é facilitar a apresentação, especialmente quando determinado argumento se alonga por diversas páginas; julgo que o seccionamento auxilia não apenas a redação, mas também a leitura. Todavia, quando a articulação não carecer desse nível de repartição, os subtópicos de cada capítulo não estarão a ela sujeitos.

As referências bibliográficas serão realizadas em nota de rodapé, sempre completas na primeira vez em que aparecerem. Nas referências subsequentes da mesma obra ou fonte, serão indicados o autor e parte do título que permita sua identificação na lista de referências apresentada ao final da tese.

Por fim, os nomes dos autores serão grafados, no corpo de texto, em versalete; personagens históricos ou referências indiretas serão grafadas em fonte normal.

I – SOBRE *COMMON LAW*, *CIVIL LAW* E TRADIÇÃO: APONTAMENTOS PARA ESTIPULAÇÃO DE LINGUAGEM

Plano do capítulo

Como já assentado na *introdução*, esta tese lida com o papel do Código Civil, feito *lugar de memória*, na construção de uma tradição jurídica, bem como com a alocação de um dado sistema jurídico como participante da tradição do *Civil Law*. Este, por sua vez, coloca-se, ao lado do *Common Law*, como uma das tradições do direito ocidental³⁷.

Anotei, também, ao longo da *introdução*, que há quem entenda estarem essas duas tradições *fundindo-se*, ou melhor, que estariam ambas relativizando as diferenças entre si, a ponto de ser possível falar, por exemplo, em *commonlawlização* do direito brasileiro³⁸.

Veja-se que *Civil Law* é uma expressão cunhada em inglês, cuja versão para as línguas neolatinas em geral, e para o português especificamente, de nada serve para compreensão de seu sentido para se referir à tradição jurídica, já que a tradução literal indicaria, para nós, falantes da língua portuguesa, antes um dos ramos do direito privado³⁹.

O próprio termo *Common Law* também não é unívoco, sendo empregado em sentidos diversos caso se refira à oposição com o *Civil Law* ou à oposição com a *Equity* do sistema inglês.

Os sentidos dessas expressões, então, carecem de esclarecimentos em função da plurivocidade que comportam.

Em vista dessas observações, este primeiro capítulo tem um propósito pouco ambicioso: apenas clarificar o sentido em que serão, doravante, utilizadas as expressões *Common Law*, *Civil Law* e *tradição romano-germano-canônica*.

³⁷ Observe-se que MERRYMAN, nas primeiras linhas de seu livro a respeito da tradição do *Civil Law*, aponta que, ao seu tempo, havia três grandes tradições jurídicas no mundo: o *Civil Law*, o *Common Law* e o direito socialista.

Ainda, segundo o mesmo autor, o *Civil Law* seria a mais velha, mais vastamente disseminada e mais influente entre as tradições apontadas. Ainda que a afirmação seja questionável, ela nos diz algo a respeito de como o autor e o seu tempo viam a distribuição das tradições jurídicas pelo globo (MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: University Press, 1969, pág. 01).

³⁸ Refiro-me ao texto acompanhando a nota de rodapé nº 08, *supra*.

³⁹ Tanto assim que o texto de MERRYMAN mencionado na nota de rodapé nº 37, logo acima, por exemplo, tem tradução para o espanhol com o título *La tradición jurídica romano-canónica* (trad. esp. SIERRA, Carlos. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2ª ed. México D.F.: FCE, 2011).

Poder-se-ia objetar com a desnecessidade de se organizar um capítulo específico para propósito tão modesto. Entretanto, parece-me um expediente de prudência, em vista da centralidade dessas noções nesta tese, passar em revista os sentidos mais comuns atribuídos pelos juristas, sejam comparatistas ou historiadores, às expressões.

Além disso, observa-se que o emprego de um ou outro designativo para tradição jurídica não é uma escolha de todo neutra. Se se escreve *Civil Law*, no lugar de *tradição romano-germano-canônica*, ou, ainda, *tradição romano-canônica*, *tradição romanista*, *direito continental* etc., enfatiza-se um aspecto da composição dessa tradição sobre outros, o que pode ser reflexo, inclusive, no modo como estão dispostas as forças criadoras do direito em um ordenamento jurídico⁴⁰.

Em vista dessas questões, o capítulo versará, em primeiro lugar, sobre a necessidade de ainda hoje separar *Common Law* de *Civil Law*; a seguir, será proposta uma breve reflexão sobre a relação entre as tradições jurídicas e identidade da comunidade jurídica no âmbito de um determinado ordenamento; por fim, estipularei uma definição de tradição jurídica, procurando demonstrar como a ela se alinha a dicotomia *Civil-Common Law*.

O resultado que espero com a redação deste capítulo é indicar a) como já está claro, o sentido em que emprego as expressões *Civil-Common Law* e *tradição romano-germano-canônica*; b) a razão dessa escolha; e c) a não neutralidade do emprego de outra expressão para designar determinada tradição jurídica.

⁴⁰ Com efeito, LUIGI MOCCIA afirma que “è fin troppo evidente, tuttavia, che il problema (storico e storiografico insieme delle) della definizione dell’identità propria di ciascuna delle due maggiori tradizioni giuridiche europee, nonché quello – per parecchi aspetti connesso – del loro rapporti, vanno al di là delle dispute nominalistiche, se è vero che la scelta di qualsiasi denominazione porta con sé, in modo più o meno scoperto e consapevole, una determinata concezione (e soluzione) di quegli stessi problemi”. (“é por demais evidente que o problema (ao mesmo tempo histórico e historiográfico) da definição da identidade de cada uma das duas maiores tradições jurídicas europeias, bem como aquele – por diversos aspectos conexo – das suas relações, vão além das disputas nominalistas, pois é verdade que a escolha de qualquer designação traz consigo, de modo mais ou menos aberto e consciente, uma determinada concepção (e solução) daqueles mesmos problemas” – tradução livre) (Sull’uso del termini “civil law”: contributo ad un programma di ricerche sul “diritto comune europeo”. *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta, pág. 256, 1980).

1.1. Ainda há sentido em se opor *Civil e Common Law*?

O termo *globalização*, vago como é, não deixa de indicar um dado relevante no mundo contemporâneo: há sujeitos em interação espalhados por todo o globo e o contato entre eles é fomentado por mecanismos eficientes de comunicação e transporte.

Nesse contexto, observa-se a ocorrência de algumas importantes tentativas de integração do ponto de vista aduaneiro, econômico e jurídico. O mais destacado entre os exemplos possíveis é o da União Europeia.

O direito, então, serve como mecanismo de fomento à integração; regras jurídicas assumem o papel de *meio de direcionamento* no que concerne à adoção, em Estados nacionais diversos, de regimes normativos uniformes ou harmônicos entre si⁴¹.

H. PATRICK GLENN identifica, nas reformas sofridas pelo direito inglês ao longo do século XIX, fatores de aproximação com o *Civil Law*, fenômeno que ele denomina *civilização do Common Law*. Segundo o autor, uma vez que o direito inglês teria se formado e evoluído a partir de um método de julgamento, para a articulação do direito material teriam os *common lawyers* se socorrido do direito substancial acessível no continente, especialmente na França. Com isso, POTHIER teria exercido, no campo do direito das obrigações, grande influência no direito além-Mancha; começar-se-ia a referir *direito das obrigações* de modo abstrato e geral, obliterando-se a particularidade dos remédios do *Common Law*; a técnica legislativa, típica do *Civil Law*, teria sido largamente utilizada como meio de reforma, introduzindo-se, por exemplo, regime normativo dos *regimes matrimoniais* na maior parte dos países que comungam a tradição do *Common Law*⁴².

Observar-se-ia, então, uma aproximação constante entre as duas tradições, fomentada pela ideia de *direito comum europeu*.

Forma-se, com isso, a noção de um direito *supranacional*, que guarda com os sistemas nacionais uma relação recíproca de compatibilidade, desenvolvendo-se uma

⁴¹ A expressão *meio de direcionamento* é tradução livre de *steering medium* que PIERRE LEGRAND colhe de JÜRGEN HABERMAS. Cf. LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, pág. 52, 1996.

⁴² GLENN, H. Patrick. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, nº 03, págs. 565-567, jul.-set. 1993.

extensa rede de conexões que, por fim, faz levantar a questão: estaríamos conhecendo um *direito comum* que transpõe a barreira do Estado nacional?⁴³

Esse sistema jurídico uniforme pairaria não apenas sobre os ordenamentos nacionais, mas sobre tradições jurídicas diversas. Ou seja, estar-se-ia diante de um fenômeno da seguinte ordem: a criação de regimes normativos uniformes faria com que as mesmas regras de direito tivessem aplicabilidade em sistemas jurídicos filiados a tradições diversas. Como exemplo, poder-se-ia tomar a Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que estabelece entre os signatários o regime jurídico uniforme para as relações oriundas de contrato de compra e venda que tenham sujeitos estabelecidos em Estados diferentes⁴⁴.

Desse modo, diante da constatação de que as normas jurídicas tenderiam, em vista do processo de integração, a se uniformizar, tanto em âmbito regional quanto em âmbito global, questionar-se-ia, naturalmente, se ainda seria possível – ou *útil* – a referência à

⁴³ A questão é proposta, em relação à Europa, por LEGRAND, Pierre. *Op. cit.*, pág. 52, 1996; respondendo, afirmativamente, que “l’idée d’un nouveau *ius commune* européen va accélérer cette tendance vers le rapprochement”, veja-se GLENN, H. Patrick. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, nº 03, pág. 567, jul.-set. 1993. Mais adiante, no texto, GLENN aduz que “le rapprochement du droit substantiel de la common law au droit civil semble ainsi indiscutable aujourd’hui (...)” (Idem, ibidem, pág. 568). Segundo o autor, a “civilização” do *Common Law* seria visível não apenas no corpo de normas de direito material, mas também em reformas institucionais, especialmente na redistribuição dos papéis atribuídos aos juizes das cortes superiores de primeira instância e das cortes de apelação – o que teria acarretado, inclusive, o declínio do prestígio da doutrina do *stare decisis*, na mesma medida da restrição da influência do juiz de primeira instância: em vista do aumento do número dos de juízos nos quadros de primeira instância, a *tendência* da jurisprudência seria sempre ditada pelas cortes ordenadoras; com isso, os precedentes perderiam sua estabilidade, deixando espaços abertos ao influxo do legislador no sistema jurídico (GLENN, H. Patrick. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, nº 03, págs. 572-573, jul.-set. 1993).

⁴⁴ A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a CISG (Convention for International Sales of Goods) na sigla em inglês, foi firmada em 1980 no âmbito da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral). Pretende-se um corpo uniforme de regras para o comércio internacional de mercadorias, lastreado no compromisso entre tradições jurídicas diversas. Disso decorre que a aplicação uniforme do texto convencional deve prescindir das peculiaridades inerentes a cada ordenamento. A *internacionalidade* da Convenção deve prevalecer, formando-se, a respeito de sua aplicação, um corpo jurisprudencial verdadeiramente internacional.

A CISG foi ratificada pelo Brasil em 2014, entrando em vigência aos 10 de outubro daquele ano. Ao lado da vasta literatura internacional, podemos apontar, na literatura brasileira, as seguintes obras a respeito da Convenção: FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (org.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011; KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Saraiva, 2015; VENOSA, Sílvio de Salvo *et alii* (org.). *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015; destaca-se, também, a tradução dos vastos comentários de PETER SCHLECHTRIEM e INGEBORG SCHWENZER para o português, coordenada por VÉRA FRADERA, CÉSAR GUIMARÃES e EDUARDO GREBLER (*Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014); é necessário, por fim, enfatizar que, pela internacionalidade da aplicação da convenção, as fontes eletrônicas *on-line* têm bastante relevo na estruturação das bases de dados sobre a CISG; o sítio eletrônico brasileiro sobre a convenção está acessível pelo endereço <<http://www.cisg-brasil.net/>>. Último acesso aos 04 de junho de 2016.

dicotomia *Civil-Common Law*; por que, afinal, preocupar-nos-íamos em diferenciar tradições jurídicas se elas não determinassem regimes normativos diversos entre si? Além de que as noções de *Common Law* e *Civil Law* seriam generalizações que comportariam, em seus seios, sistemas jurídicos muito diversos, a ponto de ser legítimo questionar a suficiência ou a utilidade mesma da bipartição⁴⁵.

Raciocinar em termos de *aproximação* entre as duas principais tradições jurídicas ocidentais é corolário do modo *estranque* de pensá-las, como se, entre *Common Law* e *Civil Law*, nunca se tivesse assistido a um movimento convergente em tempos passados; como se não tivesse havido nenhum passado comum a elas, o que não é de todo verdadeiro.

Com enfoque nesta perspectiva – das possibilidades de interpenetrações entre diferentes tradições jurídicas –, H. PATRICK GLENN aduz que a incomensurabilidade entre tradições jurídicas tornaria impossível, efetivamente, influências recíprocas entre elas. No entanto, tais tradições seriam constituídas pela transmissão de informações, e, por isso mesmo, as grandes tradições não existem hoje – e, talvez, jamais tenham existido – isoladamente umas das outras⁴⁶.

GLENN ainda afirma que a interpenetração e eventuais origens remotas comuns são “camufladas” pelo prestígio contemporâneo das fontes jurídicas domésticas. GLENN menciona, como exemplo, a influência do Pandectismo no *U.S. Uniform Commercial Code*, além do largo uso que as cortes inglesas fizeram dos escritos de POTHIER a respeito do direito das obrigações ao longo do século XIX. Esses aspectos, hoje, encontrar-se-iam *esquecidos*, mas sublinhariam a comensurabilidade entre as tradições, de modo tal que, conclui o autor, a preocupação contemporânea com o direito estatal não pode aniquilar prévias transferências de informação. Tradições jurídicas, conclui GLENN, comportam *diversidade interna* – caso contrário, elas não teriam sido tão bem sucedidas, como são, em termos de abrangência⁴⁷.

⁴⁵ Com efeito, MATHIAS REIMAN, em seu panorama crítico a respeito do direito comparado, aduz que todas as classificações são meras aproximações e não reflexos precisos da realidade. Ainda de acordo com o autor, nós continuamos a dividir o mundo entre *Common Law*, *Civil Law* e diversos outros sistemas, mas com a consciência de que são apenas *tipos ideais* que servem para mantermos uma visão geral sobre os sistemas jurídicos do mundo. Além disso, reconhece-se, hoje, não apenas a existência de jurisdições mistas, como também o fato de que a maioria dos sistemas mescla variados “ingredientes”, como, por exemplo, codificação e *caselaw* lado a lado; mais importante, talvez, seja a observação de que o agrupamento de tradições jurídicas depende da perspectiva e do contexto e está sujeito a alterações ao longo do tempo (The progress and failure of comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, nº 50, pág. 677, 2002).

⁴⁶ GLENN, H. Patrick. Are legal traditions incommensurable? *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIX, nº 01, pág. 140, 2001.

⁴⁷ Idem, *ibidem*, págs. 141-142.

Devo deter-me nessa observação de GLENN por alguns instantes. Com efeito, as tradições jurídicas comportam divergências internas, a ponto de JEAN-LOUIS HALPÉRIN, em obra a respeito da história dos *sistemas jurídicos europeus* contemporâneos, apontar, a respeito do *ius commune*, que pensar em um direito europeu *comum* na época moderna habitaria o campo do sonho⁴⁸, tantas as divergências entre direitos locais que o comporiam.

Nesse sentido, ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, sem, de modo algum, abandonar a ideia de um *direito comum europeu* – ideia que ele, aliás, expressamente reputa correta –, observa que a unificação (ou *comunicação*) tem lugar nos círculos da cultura jurídica universitária, atenuando-se quando se trata da cultura jurídica popular ou leiga; além disso, HESPANHA igualmente adverte que não se confunda *comunidade* com *homogeneidade*, já que, mesmo em nível de alta cultura, a ideia de um direito comum compatibilizava-se com peculiaridades regionais⁴⁹.

A diversidade de elementos apontada nas raízes da tradição do *Civil Law* pode, efetivamente, ser localizada no sistema jurídico brasileiro contemporâneo ou em seu passado, em práticas que o estudioso, à primeira vista, poderia identificar como mais afeitas ao *Common Law*. Tais elementos desafiarão o enquadramento de nosso direito nacional como pertencente à grande tradição *romano-germano-canônica*. Enxerga-se nesse dado, no entanto, sinal de penetração e influência do direito estrangeiro, e não a existência de *peças* diferentes constituindo elementos de nosso sistema.

A constatação de que estas *peças* diferentes – ou seja, de que elementos pretensamente estranhos a determinada tradição, inclusive, e especialmente, no que se refere às fontes de direito – estão presentes em um ordenamento nacional faz indagar se é possível afirmar que elas constituem elementos suficientes para a caracterização da dada tradição⁵⁰. Trabalharei, em uma primeira abordagem, com uma resposta provisória: *não*, o

⁴⁸ HALPERIN, Jean-Louis. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*. 2ª ed. Paris: Flammarion, 2006, pág. 22.

⁴⁹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, pág. 115.

⁵⁰ Classicamente, na literatura comparatista, as fontes de direito têm lugar de destaque entre os elementos diferenciadores de tradições jurídicas. RENE DAVID aduz que “un rôle très différent est assigné dans les divers systèmes à la loi, à la coutume, à la jurisprudence, à la doctrine, à l’équité. Il faut, lorsque l’on étudie un droit étranger, savoir que les idées chez nous reçues, touchant les rapports qui existent entre ces différentes sources possibles des règles juridiques, ne sont pas en tout pays les mêmes, et que les méthodes de raisonnement, appliquées par les juristes pour la découverte des règles de droit et le développement du corps du droit, peuvent être en conséquence variées. (...)”

Il faut, en droit comparé, savoir tout cela, en relation avec les systèmes de droit que l’on entend considérer”. (“um papel muito diferente é assinalado, nos diversos sistemas, à lei, ao costume, à jurisprudência, à doutrina, à equidade. É necessário, ao se estudar um direito estrangeiro, saber que as ideias concernentes às

sistema de fontes de uma dada ordem jurídica – ou de um conjunto de ordens jurídicas nacionais caracterizadas como pertencentes ao *Common Law* ou *Civil Law* – não é suficiente, por si só, para caracterizar uma dada tradição. Fosse assim, talvez não pudéssemos isolar tradição alguma, pois, em regra, um quadro similar de fontes de direito é operado em sistemas diversos de equilíbrio entre elas.

Embora a afirmação do último parágrafo beire a obviedade, trata-se de uma obviedade cuja articulação é necessária para as finalidades propostas. Com base nela, posso enunciar que *Common Law* e *Civil Law* não se diferenciam “naturalmente” a partir de suas raízes históricas; ao contrário, são *identidades* criadas a partir de certos *compromissos* quanto à operacionalidade das regras e princípio jurídicos, quanto ao papel das instituições e, é claro, quanto ao *passado* da própria tradição.

Em relação a este último ponto – o papel dos compromissos acerca do *passado* –, ganham relevo os *lugares de memória* e *monumentos* existentes no contexto de uma cultura jurídica, que forjam e sustentam a dicotomia *Civil-Common Law*.

A distinção entre as tradições não é criação contemporânea, ou mesmo moderna; como veremos *infra*, sua gênese pode ser remontada ao final da Idade Média. No entanto, apenas o paradigma contemporâneo no campo jurídico permite que façamos a distinção nos termos em que a conhecemos hoje. A partir da Modernidade, com a aceitação de direito nacional moldável por meio de atos estatais – em especial, a *lei* e o *Código* –, tem-se uma *refundação* das identidades e das distinções entre uma e outra tradição.

Assim, ao contrário do que se quer fazer parecer, o que hoje chamamos de *Civil Law* – ou de *tradição romano-canônica*; ou, ainda, de *tradição romano-germano-canônica* – não é resultado de uma continuidade histórica; é, ao contrário, resultado de uma ruptura – ou de uma alteração de paradigma que permitiu a sua construção.

relações entre as diferentes fontes possíveis de regras jurídicas não são as mesmas em todos os países, e que os métodos de raciocínio aplicados pelos juristas para a descoberta das normas jurídicas e o desenvolvimento do corpo de leis são, em consequência, variáveis. (...).

Deve-se, no direito comparado, saber tudo aquilo, em relação aos sistemas jurídicos, que se pretende considerar” – tradução livre) (DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1988, pág. 15).

O autor, no entanto, reconhece que o problema inerente a esse método, uma vez que pode haver incoerência entre níveis diferentes do discurso jurídico dentro de determinado sistema e, embora determinados elementos de criação jurídica não sejam reconhecidos como fonte pelo *discurso oficial*, terminam por ser *de fato* reputados assim. Tal incoerência reconhecida por DAVID é semelhante àquela explorada por MITCHEL LASSER em sua excelente monografia (veja-se LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. *Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system*. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016).

A partir destas noções preliminares até aqui apresentadas, faz-se já possível apontar qual a questão que servirá de pano de fundo de todo o texto: o que faz de *nós civil lawyers*; o que faz *d'elles common lawyers*?

Os pronomes pessoais do caso reto *nós* e *elles* são empregados, aqui, como recurso estilístico, procurando sublinhar o papel de *identidade* que há nessas expressões. Podem ser entendidos, os pronomes, em duas acepções: *nós*, todos os *civil lawyers* e, em sentido mais restrito, *nós*, os *civil lawyers* brasileiros. Por *elles*, do mesmo modo, todos os *common lawyers* ou os *common lawyers* ingleses, estadunidenses etc.

Autores que constatarem a aproximação entre ambas as tradições já tantas vezes mencionada o fazem, segundo PIERRE LEGRAND, a partir da observação de que em diferentes ordenamentos nacionais são adotadas regras e conceitos comuns – ou com conteúdo semelhante – de direito substantivo ou processual; de que há instituições com caracteres similares; e de que, por fim, o quadro de fontes tanto do *Common Law* quanto do *Civil Law* tende, ainda que não *de iure*, pelo menos *de facto*, a considerar o *case law* componente do quadro de fontes de direito. Com isso, estaríamos a assistir à formação de novo *ius commune* no âmbito europeu⁵¹.

Para LEGRAND, no entanto, esses elementos revelam apenas a camada mais superficial da estrutura de um dado ordenamento jurídico: regras e conceitos, por sua *fragilidade, efemeridade e subjetividade*, poderiam revelar o que *aparentemente* está acontecendo, mas nada informam sobre as estruturas mais profundas do sistema; a análise que se atenha a essa perspectiva deixaria de estar apta a desvendar que regras, conceitos, instituições etc. são manifestações de *cultura jurídica* e da *cultura tout court*⁵².

As regras seriam, assim, as manifestações aparentes de uma estrutura implícita; são o reflexo de uma *cultura jurídica*, de uma dimensão sociocultural que, embora permaneça, em grande medida, encoberta, é inerente às normas. O direito é constituído por muito mais que as normas. Embora esta constatação revele uma obviedade, ela não deixa de informar um dado relevante sobre o objeto da atividade do jurista: conhecer as regras é conhecer apenas uma parte do direito, a sua dimensão mais evidente⁵³.

⁵¹ LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, págs. 54-55, 1996.

⁵² Idem, *ibidem*, pág. 56.

⁵³ Idem, *ibidem*, pág. 59. LEGRAND, mais adiante em seu artigo, faz uma relevante observação a respeito das diferentes maneiras de conceber a norma jurídica no *Civil* e no *Common Law*. Segundo o autor, caracterizar o *Common Law* como um conjunto de *regras* é incutir nele uma *concepção alienígena*. O *Common Law* não

Do mesmo modo, assim, o estudo comparatista que se limite às normas será necessariamente incompleto. Conforme LEGRAND, o estudo de uma dada cultura jurídica deve procurar apreender sua *mentalité*, ou seja, deve-se ter em vista as *fundações epistemológicas* da estrutura cognitiva que a comunidade jurídica se utiliza para a percepção e compreensão do fenômeno *direito*⁵⁴.

Assim, um aparato privilegiado para fomentar a apreensão da *mentalité*, no sentido proposto por LEGRAND, é aproximar-se do *mito*. A *mitologia* cultivada por uma comunidade jurídica é mediadora entre a situação objetiva em que tal comunidade vive e a maneira pela qual ela *conta* a ela própria e aos outros sobre o modo como vive; é também a mitologia que captura atributos simbólicos com que uma comunidade descreve a si mesma⁵⁵.

MITCHEL LASSER oferece um excelente exemplo de funcionamento da *mitologia* no discurso jurídico, nos termos sugeridos por LEGRAND, ao realizar uma profunda análise do funcionamento da *Cour de Cassation*, em França. Aponta o autor que permanece hegemônica a visão oficial de que o juiz, nem mesmo na corte suprema do sistema judiciário francês, está apto a criar normas gerais e abstratas, tarefa reservada ao legislador. Em função disso, o resultado do julgamento levado a efeito pelo tribunal aparece para as partes e para o público na forma *silogística*, sem um extrato dos debates entre juízes e pareceres dos advogados-gerais. A decisão é apresentada como um texto acético e

gera textos “canônicos” ou formulações – pelo menos, não no mesmo sentido que se faz no *Civil Law*. Com isso, LEGRAND enfatiza a impossibilidade da análise comparatista entre os sistemas a partir da perspectiva puramente normativista. O *common lawyer* está preocupado, antes, com a apreensão de regularidades, que com o conhecimento de normas. A ênfase está, então, na leitura dos fatos, e não das regras. Veja-se LEGRAND, Pierre. *Op. cit.*, págs. 67-70.

⁵⁴ “The aim must be to try to define the frame of perception and understanding of a legal community so as to explicate how a community thinks about the law and why it thinks about the law in the way it does. The comparatist must, therefore, focus on the cognitive structure of a given legal culture and, more specifically, on the epistemological foundations of that cognitive structure. It is this epistemological substratum which best epitomises what I wish to refer to as the legal *mentalité* (the collective mental programme).” (“O objetivo deve ser tentar definir o quadro de percepção e compreensão de uma comunidade jurídica para explicar como uma comunidade pensa sobre o direito e por que pensa o direito da maneira como o faz. O comparatista deve, portanto, enfocar a estrutura cognitiva de uma dada cultura jurídica e, mais especificamente, nas fundações epistemológicas daquela estrutura cognitiva. É esse substrato epistemológico que melhor constitui a epítome que eu gostaria de referir por *mentalidade* jurídica (o programa mental coletivo)” – tradução livre) (LEGRAND, Pierre. *European legal systems are not converging. International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, pág. 60, 1996).

A noção de *mentalité*, proposta por LEGRAND, assemelha-se à noção de *paradigma*, como enunciada por THOMAS KUHN. Os autores não estão, como é evidente, preocupados com a explicação da mesma fenomenologia, mas tanto *mentalité* quanto *paradigma* são noções que se referem a um conjunto de atitudes teóricas e metodológicas que compõem a visão de mundo do cientista, permitindo-lhe a *criação/identificação* de objetos teóricos. Veja-se, *infra*, Capítulo II, especialmente item 2.1.3.1.

⁵⁵ LEGRAND, Pierre. *Op. cit.*, pág. 61.

apessoal, em que a norma “fala” por meio do judiciário, sem que este interfira na constituição de seu conteúdo.

LASSER, no entanto, a partir de documentos não publicados pela corte, demonstra que o discurso dos próprios juízes, em seus debates, bem como o dos pareceres dos advogados-gerais, tende a considerar o papel da jurisprudência como muito mais abrangente e criativo do que se faz crer por meio da imagem oficial da atuação judiciária. Se a teoria das fontes exclui os julgados da produção normativa, a abordagem prática do cotidiano dos julgamentos não apontaria para essa pureza. Conforme o autor, a jurisprudência, em algumas oportunidades, constitui o principal foro de atenção de advogados-gerais e juízes em seus pareceres e relatórios; em alguns casos analisados por ele, o juiz-relator apresenta um dado julgado como tendo *pacificado* uma controvérsia doutrinária. Com isso, é possível detectar um deslocamento do Código para a jurisprudência como centro normativo a que se volta o magistrado, e o estabelecimento, segundo LASSER, da força normativa das decisões judiciais⁵⁶.

Entre todos os aspectos que compõem a noção de *mentalité* ou *paradigma* – quais sejam a natureza do raciocínio jurídico, o significado de sistematização, o caráter das normas, o papel dos fatos e o significado dos direitos – o que mais de perto me interessa para este estudo é *a presença do passado* no modo de ver o direito atual⁵⁷. Existe uma íntima relação entre o modo de contar a história jurídica e a sua inserção em uma outra tradição. Essa *presença do passado* compõe um domínio inerente ao discurso científico que, a cada estabelecimento de um paradigma, deve recontar a história de seu passado.

LEGRAND aponta que, para o jurista do *Common Law*, sua tradição jurídica não comporta um *ato de criação*, um termo inicial de sua história. O *Common Law* sempre teria estado ali, apenas para ser descoberto. Como consequência disso, o *Common Law* seria um conjunto de conhecimentos tácitos, estabelecidos e imutáveis, esperando apenas para serem descobertos.

O juiz, então, apenas apreenderia do direito consuetudinário comunitário para a solução para a disputa que se lhe coloca. O desenvolvimento do *Common Law* contou,

⁵⁶ LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744, págs. 1.376-1.377. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016.

⁵⁷ PIERRE LEGRAND aponta esse como um dos principais pontos de atenção do comparatista que, preocupado com a diferença entre a *mentalité* do *Civil Law* e a do *Common Law* em nível epistemológico deve ter em vista, “perhaps most fundamentally, the presence of the past” (European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, pág. 63, 1996).

após a invasão normanda às ilhas, com a preservação dos direitos locais, oferecendo-se não um novo direito material, mas um modo de acesso ao tribunal e às possibilidades de efetivação da decisão lastreada no direito preexistente, agora com a chancela da coroa⁵⁸.

O *Common Law*, portanto, posta-se como lastreado em costumes, e não em um conjunto de textos escritos, como a compilação justinianeia, que pode ser identificada com um momento histórico passado bem definido. Para o *common lawyer*, não haveria a necessidade de “construir um presente”; a permanência do costume como fonte de direito tornaria despicienda qualquer *invenção* do presente. Como resultado, o *Common Law* contemporâneo seria o mesmo que sempre foi, o que repele a necessidade de afastamento do próprio passado sentida entre os *civil lawyers*⁵⁹.

Os historiadores do direito inglês, com efeito, projetam-no como *trama inconsútil*⁶⁰. Se os cultores do *Civil Law* estão habituados a pensar em permanências através de algumas grandes rupturas em sua história – a queda do Império Romano, a passagem do direito do *antigo regime* ao da *idade contemporânea* –, o jurista inglês não estabelece, entre o passado e o presente, uma linha divisória. A história jurídica inglesa não é uma narrativa de estagnação, já que, ao longo dos séculos, inúmeras reformas podem ser vistas; entretanto, nenhuma delas teria tido a intenção de isolar o presente do passado⁶¹.

Common Law e *Civil Law* podem ter regras jurídicas semelhantes e até comungar formas de revelação do direito; ainda assim, poder-se-ia acompanhar a conclusão de LEGRAND no sentido de que não haveria convergência entre as duas tradições, já que *civil* e *common lawyers* não compartilham o mesmo *paradigma*; o pano de fundo de suas experiências determina que seus objetos de conhecimento, mesmo que compartilhem o qualificativo de *jurídico*, não sejam os mesmos. LEGRAND afirma que o vocábulo *paradigma*, a despeito de sua polissemia, captura o sentido de um corpo de crenças,

⁵⁸ GLEEN, H. Patrick. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Compare*, vol. 45, n° 03, págs. 561-562, jul.-set. 1993.

⁵⁹ LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, n° 01, pág. 72, 1996.

⁶⁰ A expressão está em CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), pág. 05.

⁶¹ Idem, *ibidem*, págs. 06-07.

valores, assunções, práticas e técnicas amplamente comuns aos membros de uma dada comunidade – no nosso caso, comunidade de *civil e common lawyers*⁶².

A formação acadêmica tem papel relevante na composição do *paradigma*, pois é ela que prepara a visão de mundo, não apenas do jurista, mas do cultor de qualquer ramo do saber. O indivíduo educado a ver na legislação a fonte normativa exclusiva – ou, pelo menos, preponderante – no sistema jurídico em que se insere apenas aceitará que o *precedente* tenha a mesma posição no ordenamento por meio de *conversão*.

O termo *conversão* tem uma carga semântica que não pode ser desprezada, mas a sua utilização por THOMAS KUHN, nesse contexto, não foi fortuita. O rompimento com um paradigma implica *ver o mundo de uma nova forma* pela criação de *novos objetos* pela ciência⁶³: os compromissos compartilhados entre os *civil lawyers* permitem a identificação do *precedente* como instrumento de persuasão, ou o reconhecimento do método casuístico do estilo rotal; *enxergam*, todavia, os *civil lawyers*, tais objetos de modo diverso dos *common lawyers*, não os enquadrando como fonte de direito. Deixar de se ver os objetos de conhecimento do modo como o sujeito foi *conformado* por uma vida toda a vê-los é, com efeito, matéria de *conversão*.

É possível que as obras de JOHN P. DAWSON ou MITCHEL LASSER, a que aludi logo acima, não pudessem obter os mesmos resultados se fossem escritas por autores franceses. Quem sabe, *ver*, nos procedimentos da *Cour de Cassation*, o deslocamento da matriz das decisões do Código para a jurisprudência apenas seja possível a quem não compartilha os compromissos do *direito continental*.

EUGENE LERMINIER oferece um exemplo interessante de alteração de paradigma e do modo de ver o mundo. No prefácio à primeira edição de sua *Introduction générale a l'histoire du droit*, o autor pede licença aos leitores para narrar como cogitou que a ciência

⁶² LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, págs. 71-72, 1996. A noção de *paradigma* será mais bem explorada no Capítulo II.

⁶³ KUHN chega a aduzir que os cientistas que comungam paradigmas diferentes habitam, conseqüentemente, mundos diferentes: “as mudanças de paradigma realmente levam os cientistas a ver o mundo definido por seus compromissos de pesquisa de uma maneira diferente. Na medida em que seu único acesso a esse mundo dá-se através do que veem e fazem, poderemos ser tentados a dizer que, após uma revolução [científica], os cientistas reagem a um mundo diferente”. Daí a ideia de *incomensurabilidade* entre compromissos teóricos diversos, impossibilitando a comunicação eficiente entre os grupos. KUHN prossegue aduzindo que “as bem conhecidas demonstrações relativas a uma alteração na forma (*Gestalt*) visual evidenciam-se muito sugestivas como protótipos elementares para essas transformações”. Veja-se, KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 147-148.

jurídica francesa de seu tempo, mais que de qualquer outro, necessitaria de um exame da própria história. Aos 19 anos, narra LERMINIER, após terminar os estudos de retórica e filosofia, passara aos estudos jurídicos sem vida ou entusiasmo, com base exclusivamente nos cinco Códigos Napoleônicos. Contudo, a situação alterou-se – surgindo, então, o gosto pelo passado jurídico – pela leitura do opúsculo *Da vocação de nossos tempos para a legislação e a jurisprudência*, de SAVIGNY. Em função desse texto, LERMINIER passaria a enxergar a distinção entre direito e lei. Para o autor, portanto, seu objeto de estudo fora trocado: “les cinq codes ne constituaient donc pas la jurisprudence!”⁶⁴.

Essa transição, recebida com entusiasmo por LERMINIER, pode ser fonte de profunda *angústia* no estudioso. A tendência é *resistir* à alteração de paradigma, especialmente por parte daqueles que desenvolveram toda uma carreira produtiva dentro dos quadrantes de uma tradição mais antiga. E, caso se converta o cientista, não há modo de se esquivar da desconfortável experiência de relativizar tudo o que se soube⁶⁵.

HENRI LEFEBVRE, em carta endereçada – mas jamais remetida – a Octavio Paz, redigida em um voo de retorno do México à França, relatava a “angústia com que iria voltar a se encontrar”. Teria havido um tempo em que LEFEBVRE cria quase cegamente no vínculo social; atribuía essa confiança, esse otimismo, ao marxismo e às análises marxistas da prática social. Fechava os olhos aos intermediários – espontaneidades e coações, afetos e dependências, proibições e liberdades – e, especialmente, quando via esse vínculo reduzido a gestos de mando, olhava para o outro lado. Essa ingenuidade, segundo ele, ter-se-ia acabado: a Europa daria mostras, a todo tempo e por todos os lados, de que o vínculo social, na medida em que houvesse existido, dissolvia-se; ter-se-ia demonstrado que, onde houvesse relações, linguagem, discurso, haveria falsidade, dependência e poderes ocultos sob as palavras e os gestos. LEFEBVRE comunicava ao amigo a angústia de habitar seu *novo mundo*⁶⁶.

Constatar a aproximação entre as duas tradições, a ponto de se reputar sem sentido a dicotomia, passa por zonas muito mais remotas que os regimes normativos e das fontes de direito de cada uma delas; trata-se, efetivamente, de formas diversas de ver o mundo

⁶⁴ “Os cinco códigos não constituíam, portanto, a ciência do direito” (LERMINIER, Eugene. *Introduction générale a l’histoire du droit*. 2ª ed. Paris: Chanerot, 1835, pág. III).

⁶⁵ Cf. KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), pág. 192.

⁶⁶ LEFEBVRE, Henri. *La présence et l’absence: contribution à la theorie des représentations*. Paris: Caterman, 1980 (trad. esp. BARAHONA, Óscar; DOYHAMBOURE, Uxo. *La presencia y la ausencia: contribución a la teoría de las representaciones*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006), págs. 11-12.

com implicações culturais e identitárias que não podem ser negligenciadas. Passo, então, no parágrafo seguinte, a tratar da relação entre tradição jurídica e identidade.

1.2. A oposição entre tradições e identidade

Inserir-se em uma ou outra tradição jurídica ocidental significa mais do que constatar que as raízes históricas de um dado ordenamento jurídico o *levaram* a ser um sistema filiado ao *Civil* ou ao *Common Law*: parto da premissa de que, ao se afirmar que o direito brasileiro filia-se ao *Civil Law*, está-se a *construir* uma identidade compartilhada com outras nações, e afastando-nos de *outras*.

Um dos usos consagrados da expressão *Civil Law* – obviamente, cunhada em vernáculo inglês – designa uma tradição jurídica que poderíamos igualmente identificar por *romano-germano-canônica* ou de *direito continental*. É notório, entretanto, que há sentidos diversos, como na oposição entre *civil* e *criminal law*, que, para os propósitos desta tese, podem ser descartados.

LUIGI MOCCIA aponta que, como designativo de uma tradição jurídica, teriam sido os ingleses os primeiros a cunhar a expressão *Civil Law*; ela seria sobretudo utilizada com o propósito de demarcar os limites do direito nacional (*Common Law, Law of the land*) e do direito continental (outra expressão de origem inglesa)⁶⁷.

Nesse sentido, observa-se que, ao longo da história, há um uso comum da expressão entre autores ingleses: *Civil Law* frequentemente é grafada para marcar *oposição* a tudo o que não é direito inglês ou que não compartilha das origens inglesas, sem levar em conta as peculiaridades nacionais, regionais ou locais dos diversos *direitos continentais*.

Na clássica obra sobre a história do direito inglês, MAITLAND e POLLOCK referem-se a *Civil Law* como equivalente ao direito romano, opondo-o não apenas ao direito inglês, mas ao direito canônico. Os autores, no entanto, não negam a penetração do direito romano em território inglês – especialmente pelas mãos de Lanfrancus, Ivo de Chartre, Bracton e

⁶⁷ MOCCIA, Luigi. Sull'uso del termini "civil law": contributo ad un programma di ricerche sul "diritto comune europeo". *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta, pág. 254, 1980.

Vacarius –, ainda que, segundo eles, em pouco ou nada tenha resultado, para o direito inglês, essa influência⁶⁸.

Entretanto, já no final da Idade Média, especialmente com a obra de JOHN FORTESCUE, a expressão aparece carregada de caracteres ideológicos, significando também *Imperial Law*.

FORTESCUE propõe, no diálogo imaginado entre um *príncipe* e o respectivo *chanceler*, a questão de se o direito inglês (*law of England* ou *Lex Angliae*, no original latino) estaria tão bem adaptado para o governo do reino quanto o *Civil Law* – expressão que é tradução literal de *Lex Civilis*, significando, no texto, conforme o próprio autor, o direito por que o *Sacro Império Romano* (*Holy Roman Empire*, *Sacrum Imperium*) é regulado –, supostamente, estaria para o resto do mundo (*ad Orbis universi*)⁶⁹.

⁶⁸ MAITLAND, Frederic William; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, 2ª ed. (ed. digital *fac. sim.* Indianapolis: Liberty Fund, 2010. vol. I), págs. 84-88.

A respeito de Bracton, lembram os autores ter sido ele discípulo do célebre glosador Azo (págs. 84 e 89). Nesse mister, é interessante anotar que o próprio MAITLAND organizou para o periódico da Selden Society um volume comparativo entre as obras dos mencionados juristas medievais em 1895. (MAITLAND, Frederic William (org.). *Selected passages from the works of Bracton and Azo*. Selden Society. London, 1895).

Sobre o balanço da penetração do direito romano na Inglaterra, MAITLAND e POLLOCK são categóricos: “it led to nothing” (“não levou a nada” – tradução livre) (MAITLAND, Frederic William; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, 2ª ed. (ed. digital *fac. sim.* Indianapolis: Liberty Fund, 2010. vol. I), pág. 90).

⁶⁹ FORTESCUE, John. *De laudibus legum angliae*. Trad. ing. AMOS, Andrew. London: Butterworth & Son, 1825, pág. 42, *in fine*; a versão latina do texto encontra-se na página 223 do mesmo volume.

JOHN FORTESCUE teria nascido entre 1394 e 1396, tendo sido admitido ao *bar* junto à *Honorable Society of the Lincoln's Inn*. Há poucos dados sobre sua biografia profissional até o ano de 1430, quando fora nomeado *sergeant*; a partir de então, seu nome é constantemente referido nos *Year's Books* (veja-se, a respeito AMOS, Andrew. Introduction. In: FORTESCUE, John. *De laudibus Legum Angliae*. London: Butterworth, 1825, pág. XI).

FORTESCUE chegou a *Chief Justice* sob o reinado de Henrique VI, tendo permanecido nessa posição até dois meses após o destronamento da casa de Lancaster pelos York, em 1461, quando Eduardo IV o substituiu por *Sir John Markham*.

Esse evento determinou como seria a continuidade da carreira e obra de FORTESCUE. Fiel a Henrique VI, acompanhou a rainha e seu filho para o exílio na França, enquanto Henrique VI permaneceu aprisionado na Torre de Londres até a breve restauração de 1470. FORTESCUE, no entanto, apenas reentrou na posse de seus bens imóveis após a execução de Henrique VI e seu filho Eduardo; ao jurista teria sido atribuído esse direito em 1475, quando implementou a condição, imposta por Eduardo IV, de atestar o direito dos York ao trono inglês, contradizendo seus escritos anteriores.

Foi nesse período do exílio que escreveu *De laudibus legum Angliae*, com o propósito por ele declarado de educar o príncipe sobre o modo de governar a Inglaterra e sobre o direito nacional inglês.

Interessante notar que, ao longo do século XIX, *De laudibus legum Angliae* foi reeditada duas vezes, sendo a primeira delas na Inglaterra e a segunda, nos Estados Unidos da América. Ambas contaram com abundantes notas e comentários de ANDREW AMOS; além disso, a edição estadunidense, de 1874, também recebeu uma introdução biográfica escrita por Lord Clermont (THOMAS FORTESCUE).

Cogito, em linha de hipótese, que o interesse, ao longo daquele século, pela obra de FORTESCUE esteja ligado ao movimento mais amplo de resgate da cultura medieval por que passou a Inglaterra em vista das angústias e incertezas da Revolução Industrial. Revela-se, tal movimento, por exemplo, no resgate da arquitetura gótica no período vitoriano, o que se vê em prédios icônicos de Londres, como o Parlamento e o conjunto do *Lincoln's Inn*.

O autor, então, procede procurando provar que o direito inglês é tão bom ou melhor ao Estado que regula quanto o é o *Civil Law*. Em primeiro lugar, FORTESCUE faz notar que, na medida em que o direito inglês está em conformidade e é deduzido da *lei da natureza*, não pode ser nem melhor nem pior que o direito de qualquer outro reino, pois o direito natural seria o mesmo e teria a mesma aplicabilidade por todo o mundo⁷⁰.

FORTESCUE argumenta que, a despeito de ter sofrido o reino da Inglaterra diversas e sucessivas invasões, seu direito continuou formado pelos mesmos costumes, que não tiveram seus preceitos alterados nem mesmo pelos romanos. Notar-se-ia, com isso, que os costumes jurídicos ingleses não seriam apenas *bons*, mas os *melhores* entre todos⁷¹.

A instituição do *júri* contribuiria para essa qualificação; segundo o autor, no *Civil Law*, a matéria fática deveria ser provada, perante o juiz, por meio do depoimento de testemunhas, e, em regra, duas seriam tidas como suficientes. Uma vez que as testemunhas poderiam vacilar na demonstração dos fatos, as decisões seriam tendenciosamente tomadas em prejuízo de uma das partes. A desconfiança quanto às testemunhas levaria determinados reinos, como a França, a praticar a tortura e fazer o acusado – culpado ou não – confessar. Uma prática tão desumana não deveria, de acordo com FORTESCUE, ser considerada *direito*, mas uma *via para o inferno*⁷².

A inferioridade do *Civil Law* seria, ainda, reforçada pela grande quantidade de casos que ficariam sem solução – metade deles, segundo FORTESCUE – em razão de o pleiteante não ter meios de prova suficientes para demonstrar a titularidade do direito alegado. Falharia, então, direito continental ao *tribuendo quod suum est*⁷³.

Com efeito, LE GOFF aponta que a “Revolução Francesa consagrou o gosto pela antiguidade. (...) O gosto romântico pelo passado, que alimenta os movimentos nacionalistas europeus do século XIX e foi, por sua vez, desenvolvido pelo nacionalismo, incidiu também sobre a antiguidade jurídica e filosófica e a cultura popular. (...) O século XIX continuou a fazer reviver o passado medieval para além do Romantismo” (cfr. LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 208-209).

⁷⁰ FORTESCUE, John. *De laudibus legum angliae*. Trad. ing. AMOS, Andrew. London: Butterworth & Son, 1825, pág. 48.

⁷¹ Idem, *ibidem*, pág. 52. A respeito da ideia de continuidade dos costumes que compõem o direito inglês, veja-se, *supra*, o texto que acompanha a nota de rodapé nº 59.

⁷² Idem, *ibidem*, págs. 63, 68, 70, 72.

⁷³ Idem, *ibidem*, págs. 76 e 230, para a versão em latim.

Em nota de rodapé indicada página 76 do texto de FORTESCUE, ANDREW AMOS comenta que Henrique VIII, em preâmbulo a um ato normativo, enumerou os inconvenientes dos julgamentos na *Admiralty Court*, conduzidos de acordo com o *Civil Law*. O preâmbulo indica a iniquidade advinda de casos de pirataria em que os ofensores poderiam safar-se sem punição de toda a sorte de crimes, pois raramente os confessariam e, igualmente, no meio do oceano, não haveria dificuldade em obter testemunhas a respeito destes eventos (Idem, *ibidem*, págs. 76-77, nota a).

No direito inglês, ao contrário, a matéria fática deveria ser demonstrada perante doze homens insuspeitos da localidade onde o fato ter-se-ia passado, desinteressados em relação ao resultado do julgamento, com patrimônio suficiente para dele extrair a subsistência e nomeados por *writ* pelo xerife do condado a mando do juiz⁷⁴.

Após detalhar o procedimento de júri, em suas diversas nuances, observa FORTESCUE que nem a morte, nem a falha de qualquer testemunha, prejudicariam a causa ou o direito de qualquer das partes. Questiona, então, o autor: não seria este método de encontrar a verdade melhor e mais efetivo que o modo prescrito pelo *Civil Law*?

A resposta a essa pergunta está fora da esfera de preocupação desta tese. Interessante, no entanto, apontar que a expressão *Civil Law (Lex Civilis)*, como cunhada por FORTESCUE, expressa oposição consciente à sua antagonista insular (*Laws of England, Leges Angliae*), aproveitando-se da figura do júri, tão típica do direito inglês e estadunidense, para demarcar a diferença em face do direito imperial.

Já no final do século XVIII, BLACKSTONE definia *Civil Law* como o direito civil ou municipal do império Romano, como contido nas *Institutas*, no *Codex*, no *Digestum* e *Novellas* do imperador Justiniano.

O autor procurava deixar claro que o direito romano e o direito canônico, ainda que fossem direitos *escritos* e comumente aceitos como direito vigente no continente europeu, não tinham, na Inglaterra, nenhuma autoridade⁷⁵.

BLACKSTONE apontou que os direitos romano e canônico não teriam nenhuma autoridade intrínseca que os tornasse eficazes em território inglês; eles não vinculariam os súditos ingleses por serem materiais coletados de papas e imperadores ou por terem sido compilados por Justiniano ou declarados autênticos por Gregório; segundo o autor, tais

Seria possível, então, cogitar que a visão de FORTESCUE a respeito do *Civil Law* está, na verdade, mediada pela experiência inglesa com o direito romano, que se deu especialmente nas cortes eclesiásticas, da *Admiralty*, e da *Equity*, até o final do século XVII. Em alguma medida, essa experiência se deu pelas mãos dos *Doctors' Commons*, uma corporação de *civil lawyers*, educados em Oxford e Cambridge, cultora do direito romano e canônico, com o monopólio da atuação nas cortes mencionadas. A esse respeito, veja-se COUILLETTE, Daniel R. *The civilian writers of Doctors' commons, London: 3 centuries of jurist innovation in comparative, commercial, and international law*. Berlin: Duncker und Humblot, 1988; LEVACK, Brian P. *The civil lawyers in England (1603-1641): a political study*. Oxford: Clarendon, 1973; SQUIBB, G. D. *Doctors' commons: a history of the college of advocates and doctors of law*. Oxford: Clarendon, 1977.

⁷⁴ FORTESCUE, John. *De laudibus legum angliae*. Trad. ing. AMOS, Andrew. London: Butterworth & Son, 1825, pág. 85; a correspondente versão latina está nas págs. 231 e 232 do volume.

Obviamente, FORTESCUE refere-se ao procedimento do júri antes das reformas do século XIX e sem referência à experiência norte-americana.

⁷⁵ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, Livro I. Oxford: Clarendon, 1765, págs. 79-80.

considerações não dão a eles autoridade na Inglaterra, pois tratar-se-ia de direito estrangeiro, como o direito de qualquer outro reino⁷⁶.

Seriam, assim, *leges non scriptae*, pois a força que obteriam na Inglaterra e em outros reinos europeus lhes foi atribuída por uso imemorial e aplicação costumeira em casos particulares e em cortes determinadas⁷⁷.

O que os exemplos acima recolhidos revelam, a despeito da distância temporal e contextual entre as obras recolhidas, é que há, pelo menos desde o século XV, entre os autores de língua inglesa, o uso recorrente da expressão *Civil Law* para designar o direito continental de origem romanística; esse uso permanece ainda em voga na contemporânea literatura jurídica anglo-americana⁷⁸.

Exemplo desse uso contemporâneo da expressão *Civil Law* encontra-se na amplamente divulgada obra de JOHN HENRY MERRYMAN⁷⁹; também MARTIN VRANKEN, analisando o *Civil Law* do ponto de vista do *common lawyer* – embora sua formação acadêmica tenha se passado majoritariamente na Bélgica –, identifica-o com *direito continental* e opõe-no a *Common Law*⁸⁰; e, para encerrar esta breve lista exemplificativa, ALAN WATSON, igualmente, faz o mesmo indicado uso da já tão repetida expressão⁸¹.

Já está claro, parece-me, que o par dicotômico *Civil-Common Law* apenas existe em função de questões de identidade. Inclusive, segundo MOCCIA, mesmo com os movimentos de aproximação, instrumentalizados por regulamentos uniformes e harmônicos, a ideia de contraposição entre as duas tradições permanece intacta. A concepção de isolamento e

⁷⁶ Nas palavras do autor, “these considerations give them no authority here; for the legislature of England doth not, nor ever did, recognize any foreign power, as superior or equal to it in this kingdom (...)” (“tais considerações não lhes [ao direito romano e canônico] atribuem nenhuma autoridade aqui; pois a legislatura da Inglaterra não reconhece, nem nunca reconheceu, nenhum poder estrangeiro como superior ou igual neste reino”) (tradução livre) (Idem, ibidem, pág. 79, *in fine*).

⁷⁷ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*, Livro I. Oxford: Clarendon, 1765, pág. 80. THEODORE F. T. PLUCKNETT, em seu relativamente recente manual de história do direito inglês, afirma, no mesmo sentido de BLACKSTONE, que, após a queda do Império, a continuidade da existência do direito romano passou a depender do costume, e foi sobre essa base que ele teria continuado a ser aplicado ao longo da Idade Média (PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas. *A concise history of the Common Law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown & Co., 1956 (ed. *fac. sim.* Indianapolis: Liberty Fund, 2010), pág. 243).

⁷⁸ Veja-se MOCCIA, Luigi. Sull’uso del termini “civil law”: contributo ad un programma di ricerche sul “diritto comune europeo”. *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta, pág. 255, 1980.

⁷⁹ MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969.

⁸⁰ VRANKEN, Martin. *Fundamentals of European civil law and impact of the European Community*. Leichhardt: Federation Press, 1997.

⁸¹ WATSON, Alan. *The making of the civil law*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1981.

desenvolvimento autóctone do direito inglês mantém, segundo o autor, uma *dose de misticismo quase religioso*, como se fosse um ambiente impenetrável para o *civil lawyer*⁸².

O termo *Civil Law*, quando indica uma determinada *tradição jurídica* que se opõe ao *Common Law*, carece de uma ontologia bem definida, já que, na literatura histórico-comparatista, é referido em função do outro, e não em si mesmo.

Daí, talvez, poder-se cogitar da inadequação da expressão, que guarda na noção a que se refere um sem-número de *tradições menores*, ou *localizadas*, com peculiaridades históricas, teóricas e práticas tão relevantes quanto aquelas do *Common Law*. É justamente a esse ponto que chamei atenção logo no primeiro parágrafo deste texto, quando me referi ao caso do auditor Vernaccini, da *Rota Florentina*: ora, se isolamos uma *tradição* a partir do direito inglês, não seria legítimo também isolar outra a partir do *estilo rotal*?

Com efeito, MOCCIA, chamando atenção para obra de GINO GORLA – de que extraí a referência ao julgado de Vernaccini – põe em relevo certos aspectos do desenvolvimento do direito italiano entre os séculos XVI e XVIII que seriam comuns ao do direito inglês no mesmo período. Essa percepção levaria ao redimensionamento do antagonismo entre *Civil* e *Common Law* ao papel que sempre teria tido, qual seja o de um fenômeno interno do direito inglês, reflexo de duas ordens de jurisdições e corpos forenses distintos⁸³.

No entanto, reitero, a literatura jurídica contemporânea mantém a referência à dicotomia *Civil-Common Law* como componente da visão de mundo do jurista e, conseqüentemente, de sua identidade. É com vista a isso que as expressões serão utilizadas ao longo do texto, ou seja, *Civil-Common Law* referirão, doravante, sempre as duas tradições jurídicas que se opõem no vocabulário histórico-comparatista.

Gostaria, então, de discutir, no tópico seguinte, uma noção estipulativa de *tradição jurídica*, por se tratar de uma ideia central desta tese.

⁸² MOCCIA, Luigi. *Op. cit.*, págs. 256-257. Acrescento à observação de MOCCIA que não apenas a literatura inglesa cultiva esse *misticismo*, mas, igualmente, em alguns casos, comparatistas e historiadores do direito com formação “continental” o corroboram. Com efeito, CAENEGEM abre o livro *Juízes, legisladores e professores* aduzindo que, “se o assombro é a mãe da ciência, o assombro do jurista continental ao ser confrontado com o *common law* inglês deve ser um dos mais poderosos fatores no estudo científico do Direito (...)” (CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), pág. 01).

⁸³ MOCCIA, Luigi. Sull’uso del termini “civil law”: contributo ad un programma di ricerche sul “diritto comune europeo”. *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta, pág. 258, 1980. Os dois corpos forenses mencionados no texto são o dos *common lawyers* e dos *civil lawyers*, representados pelos *Doctors’ Commons*, já mencionados na nota de rodapé nº 73.

1.3. *Civil e Common Law* como tradições jurídicas

Tradição, no campo jurídico, assume diversas conotações. O termo é constantemente invocado pelo discurso histórico-comparatista, mas também ocupa posição central no jargão técnico-profissional do jurista ocupado com questões cotidianas: sem forçar em demasia o sentido da palavra, é possível empregá-la em três acepções diversas, em um mesmo parágrafo, cujo significado é tremendamente familiar a qualquer estudante, ainda que pouco experimentado: o art. 1.267 do Código Civil, ao enunciar normativamente que os negócios jurídicos não implicam transmissão da propriedade antes da *tradição*, posiciona o sistema de direito privado brasileiro mais próximo da *tradição* lusitana que o próprio direito português contemporâneo, já que este afastou-se, com a codificação de 1867, seguida pela de 1966, da *tradicional* distinção de origem romana entre *título e modo* de aquisição⁸⁴.

Quem pratica o discurso jurídico está, certamente, bastante habituado, portanto, a deparar-se com o mencionado vocábulo – tão habituado, quem sabe, a ponto de não *perceber* a marcante presença dessa noção como parte importante do seu campo de saber.

MARTIN KRYGIER, nesse sentido, argumenta que o direito seria uma prática social em que a ideia de tradição apresenta-se como elemento central; o aspecto tradicional do direito, então, seria tão presente que escaparia à percepção.

Se aceitamos esta hipótese – de que a noção de tradição é *central* e tão *familiar* no campo do saber jurídico que pode passar *sem ser percebida* –, então, pode-se aduzir uma consequência: acostumamo-nos a utilizar o vocábulo de modo *não articulado*. Ou seja, trabalha-se com a noção de tradição como parte do esquema mental de abordagem do direito sem, contudo, teorizá-la e articulá-la.

Não me cabe, neste espaço, discutir amplamente e precisar a ideia de tradição; contento-me em apresentar *uma* noção possível que servirá para concatenar o discurso ao longo do texto.

⁸⁴ Sobre esse ponto muito já se escreveu; veja-se, especialmente, BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 50, 1955; POUSSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Cíveis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, esse último com enfoque, no Capítulo IV, à eficácia do contrato de compra e venda; veja-se, por fim, o Capítulo IV desta tese.

Nota-se que, especialmente na literatura comparatista, nem sempre teve hegemonia o vocábulo *tradição*. A obra de RENÉ DAVID, por exemplo, refere-se sempre a *famílias jurídicas*, e não a *tradições*. DAVID organiza uma *taxinomia* levando em conta que cada ordenamento jurídico é um sistema composto por elementos *variáveis*, como as regras, e elementos *estáveis*, que não estão sob controle do legislador, tais como as técnicas para criar regras e as interpretar, os conceitos que estas empregam etc. Os elementos estáveis é que devem constituir, segundo o autor, objeto de estudo e pesquisa⁸⁵.

Os elementos estáveis dos diferentes sistemas poderiam ser reduzidos a determinados tipos que existem em número limitado; assim, seria possível classificar didaticamente os sistemas em algumas *famílias*, negligenciando-se diferenças secundárias entre os ordenamentos que as compõem⁸⁶.

O vocábulo *tradição* ganha preponderância na literatura comparatista em momento posterior. A razão dessa transição seria, de acordo com MATHIAS REIMAN, a percepção de que sistemas e famílias jurídicas não seriam entidades isoladas e estáticas, mas contingentes e em constante desenvolvimento. Assim, agrupar *tradições*, e não *famílias*, seria mais adequado⁸⁷.

A preferência de *tradição* jurídica sobre *família* ou *sistema* justificar-se-ia pela aproximação sugerida pelo termo entre ordenamento jurídico e cultura, condensando-se nele a ideia de que não se está diante, apenas, de um conjunto de regras, mas de atitudes profundamente enraizadas sobre a natureza do direito, sobre seu papel na sociedade e na política, sobre a mais apropriada organização e operação de um sistema normativo etc.⁸⁸.

A intenção dos comparatistas e historiadores com a *troca* dos vocábulos seria a de colocar ênfase no aspecto dinâmico do direito, já que a tradição jurídica estaria aberta às oscilações socioculturais a que acompanharia. Conforme MARTIN KRYGIER, a ideia de *mudança* seria inerente à de *tradição*⁸⁹.

⁸⁵ DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 9ª ed. Paris: Dalloz, 1988, págs. 20-21.

⁸⁶ Idem, *ibidem*, págs. 21-22.

⁸⁷ Cfr. The progress and failure of comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, nº 50, págs. 677-678, 2002.

⁸⁸ Desse modo se expressa MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, pág. 02. Conforme REIMAN, citado na nota anterior, MERRYMAN seria exemplo de um dos primeiros comparatistas a propor a utilização do termo *tradição* para se referir aos grandes grupos de sistemas jurídicos (Idem, *ibidem*, *loc. cit.*).

⁸⁹ KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 239, ago. 1986.

H. PATRICK GLENN, certamente, é um dos teóricos que enfatiza esse aspecto dinâmico. O autor define *tradição* não por meio do processo de transmissão ou pela referência ao passado, como se poderia supor, mas por meio de seu conteúdo e pelo fluxo de grande corpo de informações normativas pelo tempo e pelo espaço. A tradição operaria, segundo o autor, por meio da captura e perpetuação de dados acerca do passado que serão, posteriormente, utilizados ou aplicados em contexto diverso⁹⁰.

A passagem dos dados apreendidos ao campo da aplicação é, por si mesma, sujeita à captura e é, por sua vez, igualmente acrescentada à base de dados que corresponde, na linguagem de GLENN, à tradição. Essa constante operação de captura, aplicação, recaptura faz da tradição alvo *vivo*, diferente de uma mera acumulação de informação sobre práticas do passado⁹¹.

O funcionamento da tradição, como crivo de *informações normativas*, permitiria aproximá-la do que Hart e, posteriormente, Bobbio nomearam normas secundárias. É de se notar, todavia, que a tradição não está sujeita aos atos estatais de aprovação e promulgação, escapando, portanto, da concepção puramente positivista do direito⁹².

Assim, a concepção de tradição permitiria trabalhar com uma noção fluida de direito, incluindo em seus quadrantes de *informação normativa* aquilo que pertence ao discurso jurídico não estatal, sem enfraquecer, todavia, a sua autoridade, além de permitir a conciliação, em vez do conflito, entre ordens jurídicas distintas⁹³.

Portanto, para GLENN, a tradição jurídica seria um quadrante em que se amoldaria um constante fluxo de *informação normativa*; há informações que se “encaixam” nesse quadrante, outras, não, e as últimas devem ser excluídas pela sua não conformação.

⁹⁰ GLENN, H. Patrick. A concept of legal tradition. 34 *Queen's Law Journal*, págs. 431-432, 2008-2009. Segundo o autor, o *Common Law* “perfectly exemplifies the general process: old cases are accessed and applied to new circumstances, yielding new cases that are themselves captured and can be applied to subsequent circumstances. The civil law also captures cases, though it gives them less importance, and the ongoing life of legislation and codes is also consistent with the motions of capture, access and reform or supplementation of the original base of information” (“exemplifica perfeitamente o processo geral: velhos casos são acessados e aplicados a novas circunstâncias, produzindo novos casos que são, eles próprios, capturados e podem ser aplicados a circunstâncias subsequentes. O *civil law* também captura casos, embora ele dê a eles menos importância, e a contínua existência da legislação e dos códigos é também consistente com os movimentos de captura, acesso e reforma ou suplementação da base original de informações” – tradução livre) (GLENN, H. Patrick. A concept of legal tradition. 34 *Queen's Law Journal*, pág. 435, 2008-2009).

⁹¹ Idem, *ibidem*, págs. 432-433.

⁹² Idem, *ibidem*, págs. 433-434.

⁹³ Idem, *ibidem*, págs. 438-441.

O destaque dado por GLENN ao aspecto transcendente em relação ao direito estatal, bem como à seletividade da tradição como crivo por que passam as informações normativas, pode ser aspecto útil à compreensão da dicotomia *Civil-Common Law*. Todavia, os contornos dados à noção de *tradição* são excessivamente amplos e não dão conta da diferença específica entre ela e outros aspectos da cultura jurídica – que, aliás, também poderia ser sumariamente definida a partir da ideia de captura e perpetuação de dados normativos.

O próprio GLENN oferece um dado de grande relevância para a caracterização mais precisa: qualquer tradição, jurídica ou não, tem um *ponto canônico de origem*, capturado por qualquer método disponível, ainda que seja apenas a *memória* de seus cultores⁹⁴.

É preciso retornar ao ponto inicial para reconhecer que a tradição tem como marca essencial a referência ao passado por qualquer meio acessível: a memória, a história ou um passado *imaginado* transmitido, deliberadamente, de geração para geração. Além disso, supõe-se que a ligação entre presente e passado não seja de uma natureza qualquer; deve haver uma relação de vinculação autoritária do passado sobre o presente⁹⁵.

O direito tem formas complexas e bem organizadas de referências ao passado. Nota-se, por exemplo, em textos de diversas épocas, a referência a documentos normativos e às suas respectivas glosas como *autoridades do passado*, não apenas no sentido de que foram vistos pelos contemporâneos como autoridades, mas como textos que ainda contêm algo *para nós*, algo que adstrinja o modo de ser do presente ao passado, ainda que não sejam mais vinculantes em função da cessação de sua vigência⁹⁶.

A preservação do passado jurídico é uma prática institucionalizada, o que é possível perceber, por exemplo, por meio dos repositórios de jurisprudência que ocupam largas prateleiras nas bibliotecas, das reedições de obras selecionadas como *clássicas* e das seções de periódicos reservadas à tradução e apresentação de textos de importância *histórica*.

O ensino jurídico superior nos oferece um prospecto dos clássicos por meio da leitura direta ou indireta (via manual) de seus textos, e contato com as suas principais ideias – ou melhor, o contato com as ideias que o presente recebe como as principais, rearticuladas conforme o amoldamento contemporâneo do discurso jurídico.

⁹⁴ GLENN, H. Patrick. A concept of legal tradition. *34 Queen's Law Journal*, pág. 434, 2008-2009.

⁹⁵ Veja-se KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 239, ago. 1986.

⁹⁶ Idem, *ibidem*, pág. 244.

Entretanto, a acumulação de material do passado se dá, frequentemente, de forma incoerente e inconsistente, obedecendo, por vezes, a valores que concorrem entre si. O resultado é a existência de “mais de um passado”; ou seja, a voz do passado não é ouvida de forma unívoca em uma tradição complexa como o direito. Em razão disso, deve-se reconhecer que a história está sempre aberta a ser reescrita – e, poder-se-ia dizer que, em certas ocasiões, a história é objeto de *manipulação* pelo discurso jurídico em conformidade com fins presentes⁹⁷.

A aderência à tradição, como bem coloca T. S. ELIOT, implicaria o *sentido histórico*, não apenas no que se refere à percepção da *antiguidade* do passado, mas de sua presença no tempo contemporâneo. Tais percepções não são neutras, já que é necessário reconhecer que o presente *altera* o passado tanto quanto é *dirigido* por ele⁹⁸.

A relação entre passado e tradição, portanto, não é linear e não necessariamente lida com a percepção unidirecional do tempo; trata-se de um modo complexo de lidar com o influxo do passado sobre o presente e vice-versa. A cena que HANNAH ARENDT colhe de FRANZ KAFKA é muito apropriada para descrever esta interação conflituosa: a tradição – cuja fenomenologia é presente – está posta no centro de uma luta entre passado e futuro; enquanto se defende dos ataques do futuro, é apoiada pelo passado, ao passo que, no sentido inverso, é ajudada pelos ataques do futuro contra o passado⁹⁹.

Se, por um lado, o passado quer conformar o presente e o futuro, apoiando-se na tradição, por outro, o futuro, pretendendo-se também ser por ela respaldado, quer desvencilhar-se do passado.

⁹⁷ Cfr. KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 242, ago. 1986. KRYGIER não utiliza em seu texto o vocábulo *manipulação*, inserido, portanto, por mim no período do corpo de texto.

⁹⁸ ELIOT, Thomas Stearns. Tradition and the individual talent. In: ELIOT, Thomas Stearns. *The sacred wood: Essays on Poetry and Criticism*. London: Methuen, 1948 (agora, In: *Perspecta*, vol. 19, 1982), pág. 37. T. S. ELIOT escreve que “the historical sense involves a perception, not only the pastness of the past, but of its presence (...)” (“o sentido histórico envolve uma percepção não apenas da antiguidade do passado, mas de sua presença” – tradução livre). O termo *pastness*, como empregado por ELIOT, é repetido por H. PATRICK GLENN, bem como por KRYGIER para expressar a necessidade da referência ao passado como elemento de qualquer tradição. Como se notou, estou traduzindo *pastness* por *antiguidade* do passado, em oposição à sua *presença*.

⁹⁹ ARENDT, Hannah. *Between past and future: eight exercises in political thought*. New York: The Viking Press, 1968 (trad. port. BARBOSA, Mauro W. *Entre passado e futuro*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2014), págs. 33-38. Deliberadamente, como se nota, substituí o “ele” de KAFKA e ARENDT pela tradição. Sobre a relação de opressão entre o presente, o passado e o futuro, veja-se também LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo et alii. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 212, *passim*; no mesmo sentido.

A própria definição do que é *presente* e do que é *passado* não é operação automática e isenta de aspectos ideológicos; as periodizações históricas costumam levar em conta *grandes eventos* – guerras, revoluções, alterações de regimes políticos –, deixando-se entrever, nos cortes que separam o *presente* do *passado*, os componentes de uma *consciência coletiva* ou *consciência social histórica*, nas palavras de LE GOFF, que operam o recorte entre o que compõe a vida contemporânea e os que teriam ficado no domínio do passado¹⁰⁰.

A definição do “tempo histórico” é determinada em função da experiência do passado elaborada em uma situação concreta, relacionando-o com a dimensão temporal da expectativa, esperança e prognósticos do futuro; conforme REINHART KOSELLECK, “em um determinado tempo presente, a dimensão temporal do passado entra em relação de reciprocidade com a dimensão temporal do futuro”¹⁰¹.

A construção do tempo na expressão verbal revela que a “distinção passado/presente (futuro) é maleável e está sujeita a múltiplas manipulações”¹⁰². A *narrativa* da história implica, frequentemente, referência ao presente, até mesmo na utilização do *presente histórico* – e, às vezes, do *futuro histórico* – em sua construção. Esses recursos revelariam uma *focalização implícita* no presente, tanto no nível do discurso histórico quanto no da memória coletiva¹⁰³.

O que convém anotar dessa interação conflituosa é que à tradição, para que se configure como tal, é indiferente a *realidade* do passado. Claro que a própria expressão “passado real” – repetida acriticamente por MARTIN KRYGIER – é problemática por si própria e não é conveniente enfrentar este tema aqui; basta deixar claro que o pressuposto é de que haja a referência a um passado, seja ele perfeitamente acurado do ponto de vista historiográfico – se isso é efetivamente possível –, ou *imaginado, fantasiado, manipulado, falseado* ou *inventado*. A verificação da efetiva ocorrência do fato histórico como narrado no contexto da tradição não é o aspecto mais relevante; o que importa é que haja compromisso acerca da força simbólica – ou *mitológica*, como prefere KRYGIER – do evento.

¹⁰⁰ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 194-195.

¹⁰¹ KOSELLECK, Reinhart. *Vergangene Zukunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979 (trad. port. MAAS, Wilma Patrícia. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Contraponto/PUC-RJ, 2011), pág. 15.

¹⁰² LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, págs. 197-198.

¹⁰³ Idem, *ibidem*, pág. 200.

Muito do passado jurídico é *esquecido* e não participa da tradição; há, ainda, dados que influenciam o presente, sem serem considerados parte do passado tradicional. A seleção do que é esquecido e do que é lembrado é papel do próprio discurso presente e levado a efeito pela academia e pelo ensino superior. Volto, então, a afirmar o ponto já destacado na *introdução* (*supra*, § 4º): a formação dos compromissos de que resulta a seleção dos eventos passados pode ser bem explicada, do ponto de vista teórico, a partir da situação da história do direito como *história da ciência*.

Não é meu propósito insinuar que a tradição jurídica compõe-se apenas e tão somente pela via do discurso acadêmico-científico; todavia, creio que esse setor do discurso tenha influência fundamental e determinante na inserção do sistema jurídico em dada tradição: a do direito nacional, a do direito Europeu, a da *romano-germano-canônica*, o *Civil Law*; por meio dele – o discurso acadêmico –, a dimensão do passado passa a integrar o conhecimento tácito do jurista, inclusive – e talvez principalmente – daquele ocupado com questões práticas¹⁰⁴.

Com efeito, o indivíduo ocupado com a atividade *normal* – no sentido de KUHN – de seu campo de saber não se ocupa da crítica à historiografia. Para a inserção no seu meio e exercício da profissão – mesmo na academia –, basta que se aceitem determinados pressupostos que permitirão a resolução dos problemas que são predeterminados no âmbito do *paradigma* então observado; a transmissão dos saberes dar-se-ia, parcialmente, por meio de uma *pedagogia do silêncio*¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A respeito da dimensão do passado como conhecimento tácito, veja-se KRYGIER, Martin. *Law as tradition. Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 247, ago. 1986.

Os conhecimentos a respeito de história do direito exigidos pelo 21º exame unificado da Ordem dos Advogados do Brasil resumem-se a três pontos, segundo o edital: *a)* história do Direito Penal brasileiro; *b)* histórico das Constituições brasileiras; *c)* fundamentos e formação histórica do Direito do Trabalho (cfr. Edital de Abertura do XXI Exame de Ordem Unificado – Conselho Federal da OAB, publicados aos 26 de setembro de 2016, disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/edital-do-xxi-exame-de-ordem-unificado-26-09-06.pdf>>. Último acesso aos 11 de outubro de 2016).

Os três pontos estão inseridos na visão de mundo de três disciplinas diversas, como pressupostos destas, servindo, portanto, às suas finalidades; ou seja, o exercício da advocacia – pressuposto para o exercício de boa parte das profissões jurídicas com provimento por concurso público – prescinde da história do direito como disciplina autônoma. Bastaria, assim, aquilo que se *narra* nas *genealogias* de cada disciplina.

¹⁰⁵ Tal ponto será aprofundado no Capítulo II, *infra*. Anote-se, por ora, a afirmação de PIERRE BOURDIEU aduzindo que “os historiadores e os filósofos das ciências – e os próprios cientistas, sobretudo – têm frequentemente observado que uma parte importante da profissão de cientista se obtém por modos de aquisição inteiramente práticos – a parte da pedagogia do silêncio, dando lugar à explicitação não só dos esquemas empregados na transmissão, é sem dúvida tanto maior numa ciência quanto nela são menos explícitos e menos codificados os próprios conteúdos, saberes, modos de pensamento e de ação” (*O poder simbólico*. Trad. port. TOMAZ, Fernando. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1989, pág. 22).

Estipulo, então, a partir do que se apresentou neste tópico, um sentido para a noção de *tradição*: empregarei o termo *tradição* para referir parcela dos compromissos envolvidos na criação e perpetuação do campo de exercício da profissão jurídica, aqui, amplamente considerada; a tradição envolveria duas ordens de compromissos: a primeira, voltada para o passado, impondo ao cultor do saber jurídico uma *dada* visão da história de sua ciência, sua memória – e conseqüentemente, seus lugares de memória e de comemoração; a segunda, voltada para o presente, determina qual o papel do passado na conformação contemporânea da ciência do direito, ou seja, qual o *resultado* da pretensa acumulação de saber na ordem jurídica atual, qual a *genealogia histórica* das diferentes fontes e figuras jurídicas.

A referida dimensão presente também implica a inserção de uma tradição jurídica particular em um quadro tradicional mais amplo. Assim, se afirmo que o direito brasileiro – ou que a tradição do direito brasileiro – enquadra-se na tradição romanística, tradição romano-germânica, romano-germano-canônica ou ainda, no *Civil Law*, estou a enunciar minha crença – compartilhada com os demais cultores do mesmo paradigma e que, portanto, em função disso, compartilham também a *identidade* como membros de um mesmo grupo – de que o direito brasileiro tem aspectos, em seu desenvolvimento histórico, comuns a outras tradições particulares que também se inserem em uma tradição mais ampla, cujo conjunto de compromissos quanto ao passado abarca ambas, a tradição particular e a mais abrangente.

Depreende-se, igualmente, uma terceira dimensão da tradição que se volta para o futuro. Ao inserir-se no discurso histórico e comparatista que o Brasil é parte do *Civil Law*, assumem-se certos compromissos não apenas no tocante à relação com o passado e presente, mas com a reconfiguração futura do ordenamento. Se somos parte do *Civil Law* – e desejamos nos manter assim –, novos elementos que venham a compor o sistema brasileiro devem estar conformes a essa tradição; ou, o que me parece mais acertado, devem *ser postos* em conformidade à tradição pelo discurso. Trata-se, aqui, do aspecto vinculante que o passado exerce sobre o presente e o futuro sobre o qual escreve MARTIN KRYGIER¹⁰⁶.

Civil e Common Law serão abordados, então, neste trabalho, como tradições jurídicas, indicando que cada um desses termos designa um conjunto diferente de

¹⁰⁶ Veja-se, *supra*, o corpo de texto que acompanha a nota nº 95.

compromissos quanto às suas respectivas história e memória, além das diferentes concepções a respeito do papel que exerce o passado – “real”, “mítico”, “inventado”, etc. – na conformação do presente e do futuro.

O ponto é que as *visões de mundo* do *civil lawyer* e do *common lawyer* são divergentes. Essas divergências englobam abordagens diversas quanto, por exemplo, ao papel do costume e do precedente, à relação com o direito romano, além do papel da universidade na formação do jurista.

O que realmente interessa, para a análise que me proponho a realizar, é a visão quanto ao papel da legislação – e, sobretudo, da codificação – em uma e outra tradição, pois, segundo a hipótese já enunciada, o Código Civil exerceria um papel central quanto à configuração contemporânea da distinção entre *Civil* e *Common Law*.

Seria despidendo lembrar que, ao longo da história, o vocábulo *lei* assume significados distintos, apontando para fenômenos não necessariamente uniformes entre si. Ainda que em traduções correntes em língua portuguesa leiamos da pena de PLATÃO e ARISTÓTELES as palavras *lei*, *Estado* – com *e* maiúsculo, inclusive –, não podemos supor que a uniformidade dos termos implique uniformidade de objetos referidos¹⁰⁷.

Tratar das mutações do conceito ao longo da história do direito extrapolaria os limites impostos a esta tese. Todavia, o discurso contemporâneo transforma documentos legislativos em *monumentos*, inserindo-os no conjunto de compromissos que configuram a tradição do *Civil Law* e, por oposição a este, também do *Common Law*.

Desse modo, no próximo capítulo, após tratar das noções de *memória*, *lugar de memória* e *monumento*, procurarei apresentar um panorama da inserção do Código Civil como lugar de memória e parte dos compromissos constitutivos do *Civil Law* (*infra*, item 2.1.4).

¹⁰⁷ Veja-se, por exemplo, as traduções da coleção *Os Pensadores*. O emprego de vocábulos tão em voga em nosso tempo, como *lei*, *Estado*, *propriedade*, *escravidão* etc., sem o devido cuidado, pode induzir o leitor despreparado a pensar que os textos de PLATÃO e ARISTÓTELES tenham sido escritos em seu próprio mundo contemporâneo, não para o contexto muito diverso da Antiguidade clássica.

II – DIREITO E MEMÓRIA

Plano do capítulo

Este segundo capítulo tem um papel central na estrutura do texto. Após ter estipulado as noções de *Civil* e *Common Law* enquanto tradições jurídicas, o objetivo, agora, é enfrentar alguns dos modos constitutivos e de perpetração das tradições. Parto, inicialmente, de três noções fundamentais, intrinsecamente relacionadas entre si: *memória*, *monumento* e *lugar de memória*.

No Capítulo I, aduzi expressamente que a memória, fluida como é, serve bem à referência ao passado da tradição; a sua formação comporta amoldamentos efetivados consciente ou inconscientemente. O estabelecimento de *lugares de memória volíveis*, ou seja, construídos para o propósito expresso de *conservar e perpetuar* determinado evento, figura, mito etc., representa uma tentativa consciente de modulação da *memória coletiva*.

Documentos ou eventos do passado podem, por outro lado, não ter sido concebidos para a finalidade de preservação e modulação da memória, mas assumir esse papel posteriormente, por efeito de sua inserção no discurso com essa qualidade. Seriam esses *monumentos não volíveis*, ou seja, lugares de memória a que se atribui a qualidade de conservar e perpetuar o passado, mesmo que não tenham sido originalmente projetados para esse fim.

Também esses monumentos não volíveis são moduláveis e servem aos propósitos da tradição, *presentificando* eventos passados de acordo com a conveniência do presente. Exemplo contundente desse tipo de discurso é o aproveitamento da chamada *Conjuração Mineira*, de 1789, especialmente da imagem de Tiradentes, para a composição da simbologia da República recém-proclamada no Brasil¹⁰⁸.

Segundo a hipótese lançada, a figura do Código Civil ocuparia posição central na constituição contemporânea do *Civil Law*, na qualidade de *lugar de memória não volível*. Independentemente de sua relevância normativa, o Código seria aproveitado para *presentificar* um modo de pensar o direito, de constituir o direito e de aplicá-lo; em sua

¹⁰⁸ A esse respeito, veja-se CARVALHO, José Murilo. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, págs. 55-73.

simbologia está, inclusive, uma determinada concepção de Estado, perpetuando-a, naturalizando-a e justificando-a historicamente.

Mas como se erigiria um *monumento*, um *lugar de memória*, no campo jurídico? Ora, se o direito não existe senão no discurso¹⁰⁹, é justamente por meio do discurso que se constituem os monumentos jurídicos. Darei atenção, neste capítulo, ao discurso acadêmico-científico, especialmente à *manualística*. Tal tipo de literatura, conforme os historiadores preocupados com a história da ciência, promove de forma muito eficiente a constituição de uma visão de mundo uniforme entre os cultores de determinado ramo do saber, e parte dessa visão de mundo é composta por modo de entender o passado da própria ciência.

A análise sobre como essa visão de passado é formada passa pelos modos como se *monumentalizam* determinados eventos, documentos etc., e como outros são *cancelados*, *esquecidos* ou *adaptados* aos propósitos da historiografia científica – ou, no nosso caso, da historiografia científico-jurídica.

Ao final desta seção, espero ter podido esclarecer de que forma é possível conceber o Código Civil enquanto monumento, bem como a sua inserção, com essa qualidade, na tradição.

2.1. Memória, monumentos e lugares de memória

2.1.1. *A tumba de Napoleão I*

O turista que procura informações sobre quais localidades visitar na cidade de Paris é agraciado com um roteiro mínimo de pontos turísticos que *devem* ser visitados, sob pena de não se captar a essência daquela que é considerada uma das mais belas cidades do globo. *Sítios* na internet, aplicativos no aparelho de telefonia celular, amigos que antes já fizeram a visita e os guias turísticos impressos apresentam seus roteiros com indicações, para cada região da cidade, de qual museu vale a pena ser visto, qual café é mais aconchegante, qual restaurante combina de modo mais eficiente sabor, preço e bom atendimento etc.

¹⁰⁹ Veja-se LIMA LOPES, José Reinaldo de. *As palavras e a lei*. São Paulo: FGV/34, 2004, págs. 35-38.

Na região entre o *Champ-de-Mars* e *Saint Germain*, na *rive gauche*, por exemplo, o guia *Lonely Planet* atesta que o turista deve visitar o *Musée D’Orsay*, o *Musée Rodin*, deve tomar um *café crème* no *Les Deux Magots* e sentar-se, eventualmente, em uma das mesas em que Simone de Beauvoir acomodava-se quando visitava o local – chance que só poderá ser aproveitada se o turista tiver a sorte de encontrar uma mesa disponível para se sentar; na mesma região, é ainda imperdível o complexo *Des Invalides*, que abriga o *Memorial Charles de Gaulle*, o *Musée des Plans-Reliefs*, o *Musée de l’Armée* e a *Église du Dôme*. O texto ainda indica: “visite a tumba de Napoleão no monumental complexo do hotel *des Invalides*”¹¹⁰.

Napoleão, no entanto, não faleceu em Paris ou mesmo na França. Exilado, desembarcou na ilha de Santa Helena aos 10 de agosto de 1815 e faleceu, nessa mesma localidade, aos 5 de maio de 1821, contando com 51 anos de idade, acometido por grave moléstia. Seus restos mortais permaneceram na mesma “ilha deserta entre os trópicos, privada de comunicação com o mundo” a que foi encaminhado¹¹¹.

O contraste entre a existência gloriosa do imperador e o destino de seus restos mortais serviu de justificativa para que o governo francês diligenciasse para que se lhe desse nova sepultura. Aos 12 de maio de 1840, o então ministro do interior, M. de Rémusat – após endereçar algumas palavras sobre açúcar e os méritos comparados da cana e da beterraba¹¹² –, anunciou perante a Câmara de Deputados a determinação para a transladação dos restos mortais de Napoleão para Paris, a fim de que fossem abrigadas sob o domo da Igreja dos Inválidos; o ministro demandou da Câmara que providenciasse os meios para a recepção digna e o encaminhamento de Napoleão à sua última sepultura¹¹³.

¹¹⁰ NEVEZ, Catherine le; PITTS, Christopher; WILLIAMS, Nicola. *Lonely planet: Paris* (trad. port. ALMEIDA, Bruno Gambarotto Andreani). 2ª ed. São Paulo: Globo, 2013, pág. 231. Veja-se, também, TEFFO, Anne (org.). *Le guide vert*. Boulogne-Billancourt: Michelin, 2013, pág. 313; ALBERTINI-VIENNOT, Marie-Hélène *et alii*. *Paris*. Trad. ing. ALLATSON, Wendy *et alii*. 2ª ed. New York: Alfred A. Knopf, 1996, págs. 292-293.

¹¹¹ Teria o próprio Napoleão descrito a localidade com estas palavras, como se lê no opúsculo intitulado *Napoléon à Sainte-Hélène, ses sentiments religieux et sa mort*. Toulouse: Douladoure, 1854, pág. 1. Veja-se, também, para referências bibliográficas, BELL, David Avrom. *Napoleon: a concise biography*. New York: Oxford University, 2015, págs. 103-113 e 129.

¹¹² Veja-se, a respeito, TULARD, Jean. Le retour des cendres. In: NORA, Pierre (org.). *Les Lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. vol. II. pág. 81.

¹¹³ VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon I^{er} erigé dans le dome des invalides*. Paris: Curmer, 1853, pág. 15.

A ordem teria sido resultado de grandes e impacientes pressões populares para que a memória de Napoleão fosse devidamente preservada junto aos parisienses, não em uma ilha estrangeira, à mercê daqueles que foram os maiores inimigos do imperador¹¹⁴.

Com efeito, após sua morte, Napoleão teve a popularidade – significativamente arranhada após o exílio, em 1815 – resgatada por uma conjunção de fatores: a recuperação econômica da França, a impopularidade da Liga das Nações junto aos franceses, além do impulso dado à lenda em torno da figura do imperador pela publicação do *Mémorial de Sainte-Hélène*, escrito por EMMANUEL DE LAS CASES, dando conta da vida de Napoleão no exílio, dos rigores de sua prisão, das mesquinhas de Hudson Lowe etc. O *Mémorial* enfocava Napoleão não mais como o *tirano*, mas como um preso sem julgamento, acometido por uma injustiça, privado pelo governo inglês do título de imperador conferido pela nação francesa. Napoleão *sofredor* convergia, então, com o Napoleão *glorioso*, a evocação de uma época em que a França era próspera e dominava a Europa¹¹⁵.

O “retorno” de Napoleão ofereceria ao governo da restauração uma oportunidade de legitimar seu regime, associando a monarquia aos ideais da revolução de 1789; JEAN TULARD chega mesmo a afirmar que o retorno salvou a monarquia após a crise que se instalara acerca do exercício do poder no Egito e na Síria, que desencadeou, inclusive, a reativação da aliança entre Inglaterra, Rússia, Prússia e Áustria contra a França¹¹⁶.

A transferência dos restos mortais se deu com todas as honrarias demandadas pelo vulto da figura que se avizinhava. *La Dorade*, embarcação que trazia as cinzas do imperador, atracou em Coubervoie aos 14 de dezembro de 1840. No dia seguinte, uma multidão tomou as pontes e ruas de Paris, enfrentando uma temperatura “horripelmente fria” para acompanhar o transporte do sarcófago até o seu destino. Entre aqueles designados para acompanhar o cortejo, alinhavam-se membros das casas civil e militar das antigas forças napoleônicas. “Inválidos e mutilados”, estes representavam as

¹¹⁴ VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon I^{er} erigé dans le dome des invalides*. Paris: Curmer, 1853, págs. 12-13. Os *inimigos* referidos pelo autor são os ingleses, já que a ilha de Santa Helena é território britânico e foi o local escolhido pelos próprios ingleses para o exílio de Napoleão.

¹¹⁵ Sobre as circunstâncias e os impactos da publicação, veja-se, inclusive para referências bibliográficas, TULARD, Jean. Le retour des cendres. In: NORA, Pierre (org.). *Les Lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. vol. II, especialmente págs. 88-89.

O *Mémorial de Sainte-Hélène* teve diversas reedições e, hoje, pode ser encontrado na plataforma digital da *Bibliothèque nationale de France* (gallica.bnf.fr). Todos os volumes da obra podem ser acessados pelo endereço <<http://gallica.bnf.fr/services/engine/search/sru?operation=searchRetrieve&version=1.2&collapsing=disabled&query=dc.relation%20all%20%22cb30745346r%22&rk=42918;4>>. Último acesso aos 26 de dezembro de 2016.

¹¹⁶ TULARD, Jean. *Op. cit.*, págs. 92-93.

reminiscências “ainda numerosas daquele grande exército que fez tremer a Europa”. Ao lado dos representantes dessa geração mais antiga, perfilavam-se alunos da Escola Politécnica, jovens oficiais da Escola do Estado-Maior, toda essa “juventude impaciente e cheia de antecipação” que compareceu para “respirar a glória e mostrar à França que ela ainda dispunha de recursos e forças inteligentes e devotadas”¹¹⁷.

Ao chegar à *Église du Dôme*, os restos mortais do imperador foram entregues pelo Príncipe de Joinville – responsável pela expedição à *Sainte-Hélène* – a Louis Philippe, que os recebeu “em nome da França”, e ordenou ao general Gourgard que repousasse sobre o caixão a coroa de *Imperador*. Deu-se início, em seguida, ao cerimonial fúnebre com a execução do *Requiem* de Mozart¹¹⁸.

Segundo VISCONTI, Paris nunca havia visto ocasião comparável à cerimônia fúnebre dedicada pelos franceses ao homem que “havia elevado tão alto a glória nacional” aos 15 de dezembro de 1840¹¹⁹.

O edifício destinado a abrigar os restos mortais do imperador – como dito acima, a Igreja adjunta à Hospedaria dos Inválidos – foi construído sob o reinado de Luís XIV, tendo como arquiteto responsável Libéral Bruant, substituído, após sua morte, por Jules Hardouin Mansard¹²⁰. A hospedaria servia como local de retiro aos soldados já fora de serviço em função de idade ou mutilação, e a igreja, como seu local de culto.

¹¹⁷ A descrição do evento está em um folheto impresso por de J. Duchesne (Chalon-s.-S.) intitulado *Convoi et funérailles de l'empereur Napoléon, sous le dôme des Invalides à Paris*, sem indicação de autoria ou data. O arquivo está disponível em formato digital no portal da Biblioteca Nacional da França por meio do endereço eletrônico <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k56658739.r=Convoi+et+fun%C3%A9railles+de+l%27empereur+Napol%C3%A9on.langPT>>. Último acesso aos 22 de maio de 2015.

A narração de todo o procedimento de resgate dos restos mortais de Napoleão, exumação do corpo, transladação até a França, cerimônia de recepção e funeral, também se encontra em VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon ler érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 1853. págs. 19-34.

¹¹⁸ *Convoi et funérailles de l'empereur Napoléon, sous le dôme des Invalides à Paris*, sem indicação de autoria ou data. Esse folheto indica como as palavras do príncipe de Joinville, ao se dirigir ao rei, “Sire, je vous présent le corps de l'empereur Napoléon que j'a ramené en France conformément à vos ordres” (“Senhor, eu te apresento o corpo do imperador Napoleão que trouxe à França conforme tuas ordens”), ao que teria respondido Louis-Philippe: “Je le reçois au nom de la France” (“eu o recebo em nome da França” – tradução livre). Todavia, o príncipe narra em suas memórias que se havia preparado um pequeno discurso e a respectiva resposta que o rei deveria dar na ocasião da passagem do corpo; ocorreu que o protocolo não lhe fora informado, de sorte que, ao se deparar com seu pai, o príncipe teria feito a saudação silenciosa com a espada. Confira-se, quanto a esse ponto, TULARD, Jean. Le retour des cendres. In: NORA, Pierre (org.). *Les Lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. vol. II, pág. 102.

¹¹⁹ VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon ler érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 1853, pág. 30.

¹²⁰ Cfr. LENOIR, Albert. *Le dôme des Invalides et le tombeau de Napoléon*. Paris: Pigoreau, 1850, pág. 03. Veja-se, também, VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon ler érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 185, págs. 36-40.

O majestoso domo, por sua vez, foi projeto com inspiração nos similares da basílica de São Pedro, no Vaticano, e na catedral de São Paulo, em Londres. Concebido para funcionar como capela da monarquia, idealizou-se seu acesso pelas avenidas laterais, projetadas, justamente, para permitir a chegada do cortejo real por portões abertos apenas para recebê-lo¹²¹.

O imperador não poderia repousar com os demais reis da antiga monarquia, em Saint-Denis; essa era a opinião de Rémusat, colhida por VISCONTI¹²², e também de elementos da esquerda e da direita, que rejeitaram a sugestão que partira do próprio Napoleão. Por sua neutralidade e “marcas de majestade”, impunha-se a escolha da Igreja do Domo, no complexo *des Invalides*.

Essa decisão não trairia, contudo, a memória de Napoleão, já que ele próprio procurara transformar aquele local em símbolo da reconciliação e da continuidade entre a força militar de Luís XIV e a da revolução e do império – de maneira conveniente, a monarquia restaurada pode, então, reunir, em um mesmo local, os dois chefes de Estado mais prestigiados e populares da França, ligando a si própria antiga monarquia e os ideais da revolução¹²³.

A instalação da tumba e de todos os seus adornos foi iniciada nos primeiros meses do ano seguinte (1842). O projeto para a tumba foi selecionado por meio de um concurso, organizado pelo Ministério do Interior. Convocaram-se os artistas da França para apresentarem suas ideias para o sepulcro a ser erigido sob o domo, conforme determinação da Lei de 10 de junho de 1840. Oitenta e um trabalhos, entre projetos arquitetônicos e de esculturas, foram expostos no Palácio de Belas Artes em 1841.

A comissão nomeada pelo Ministério para análise dos projetos julgou ser mais apropriado que a tumba fosse abrigada em uma cripta, e não em uma construção em

¹²¹ LENOIR, Albert. *Le dôme des Invalides et le tombeau de Napoléon*. Paris: Pigoreau, 1850, pág. 03.

¹²² As palavras de Rémusat foram que “Il [Napoléon] fut Empereur et Roi, il fut souverain légitime de notre pays. A ce titre, il pourrait être inhumé à Saint-Denis; mais il ne faut pas à Napoléon la sépulture ordinaire des Rois. Il faut qu’il règne et commande encore dans l’enceinte où vont se reposer les soldats de la patrie et où iront toujours s’inspirer ceux qui seront appelés à la défendre”. (“ele foi Imperador e Rei, ele foi soberano legítimo de nosso país. Por este título, poderia ser sepultado em Saint-Denis; mas não deve Napoleão ter a sepultura ordinária dos Reis. Deve ele reinar e comandar no recinto onde irão repousar os soldados da pátria e onde irão sempre se inspirar aqueles que serão chamados a defendê-la”). A transcrição está em VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon Ier érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 1853, pág. 16.

¹²³ TULARD, Jean. Le retour des cendres. In: NORA, Pierre (org.). *Les Lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. vol. II, págs. 82 e 98-99. O culto imperial estabelecido pela monarquia de julho voltar-se-ia, contudo, contra ela quando da abolição do voto censitário e a candidatura de Louis Napoléon Bonaparte, que, conforme a hipótese de TULARD, teria se beneficiado da figura do tio para se eleger, em 1848, com vantagem sobre os demais candidatos (Idem, *ibidem*, págs. 106-107).

elevação, com características triunfais. Excluídos os trabalhos que não se adequavam a essa decisão, escolheu-se o modelo arquitetado por LOUIS VISCONTI, tendo sido disponibilizado o montante de quinhentos mil francos para a construção do sepulcro¹²⁴.

De acordo com VISCONTI, a tumba foi arquitetada a partir da premissa de que os mais brilhantes e mais populares feitos franceses seriam aqueles de Napoleão, grande nome que fez do país a mais gloriosa de todas as nações e que resume, por si só, toda sua época¹²⁵.

Conforme os planos do arquiteto, o sarcófago com os restos mortais do imperador foi posicionado no centro da cripta. Inicialmente, previra-se que o caixão deveria ser constituído apenas por materiais provenientes da Córsega e da França. VISCONTI, todavia, optou pela utilização de materiais estrangeiros, inclusive vindos da Rússia¹²⁶.

Ao redor do sarcófago, foram posicionadas doze estátuas em mármore, que simbolizam vitórias militares do imperador. A confecção das imagens ficou sob encargo do escultor Pradier¹²⁷, e são, a rigor, um desvio dos planos originais do arquiteto Visconti, que havia previsto apenas colunas simples ao redor do caixão¹²⁸.

A galeria circular, por meio de que os visitantes caminham ao redor do caixão do imperador, tem seu curso por trás dos pilares ornados com as estátuas comemorativas dos triunfos militares. Ao longo dessa galeria, há dez baixos-relevos, esculpidos sob a responsabilidade de Simart, com a colaboração de Lanno, Petit e Ottin¹²⁹; as figuras retratam instituições civis que a “França deve ao gênio de Napoleão”¹³⁰. Entre essas dez imagens, existe pelo menos uma que aguça a sensibilidade do jurista: trata-se do baixo-relevo que retrata a promulgação do *Code Civil* de 1804.

¹²⁴ LENOIR, Albert. *Le dôme des Invalides et le tombeau de Napoléon*. Paris: Pigoreau, 1850, pág. 08. A razão para escolha da cripta em lugar da elevação se deu, segundo a justificativa da comissão, em respeito à própria vontade de Napoleão que, em testamento escrito em Santa Helena, expressou o desejo de que suas cinzas repousassem à margem do Sena, em meio ao povo francês, que tanto teria amado. A disposição testamentária foi inscrita no pórtico que dá acesso à cripta sepulcral do imperador. Veja-se idem, ibidem, págs. 08 e 16. O autor do projeto, LOUIS VISCONTI, oferece, contudo, uma explicação alternativa: posicionar o sarcófago ao nível do solo significaria encobrir a vista do altar e alterar a harmonia e equilíbrio arquitetônicos originais do projeto de Mansard. Então, a sua opção pelo posicionamento na cripta seria o respeito à arquitetura da igreja (*Tombeau de Napoléon I^{er} erigé dans le dome des invalides*. Paris: Curmer, 1853, pág. 45).

¹²⁵ VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon I^{er} erigé dans le dome des invalides*. Paris: Curmer, 1853, págs. 09-10.

¹²⁶ ALBERT LENOIR critica acidamente essa decisão, já que, segundo ele, apenas materiais franceses deveriam ter utilizados (*Op. cit.*, págs. 23-24).

¹²⁷ Idem, ibidem, págs. 26-27.

¹²⁸ Idem, ibidem, pág. 31.

¹²⁹ VISCONTI, Louis. *Op. cit.*, pág. 62.

¹³⁰ LENOIR, Albert. *Op. cit.*, pág. 32.

Nesse baixo-relevo, Napoleão está representado ao centro, como em todas as outras figuras; com o braço direito ele rejeita as *Institutas* de Justiniano, portadas pela figura de um homem velho, de aspecto enfraquecido; com o esquerdo, aponta o *seu* Código nos braços de um homem jovem, acrescido de um subtítulo: *justiça igualitária e inteligível por todos*¹³¹. Abaixo da representação, está a inscrição: “*meu código único, por sua simplicidade, fez mais bem à França que a massa de todas as leis que me precederam*”¹³².

VISCONTI era da opinião de que o imperador conquistara mais pela legislação que pelas armas, uma vez que seus Códigos regiam países que resistiram à sua dominação militar¹³³. O baixo-relevo cujo tema é o *Code Civil*, segundo ele, destaca a unificação do regime jurídico francês sob o Código, indicando que a antiga e confusa legislação fora extinta¹³⁴.

Entre todos os Códigos Napoleônicos, o escolhido para figurar como símbolo da atuação do imperador na legislação foi o Código Civil; nem mesmo o Código Penal, com a sua carga de *encenação pública* pela aplicação das penas, toma o lugar de *Código por excelência*; de todos os Códigos, foi o Civil que passou para a posteridade como o *Code Napoléon*¹³⁵.

2.1.2. Os contornos fluidos da memória

O mesmo turista que, no início do tópico anterior, consultou os guias de viagem e visitou a tumba de Napoleão, certamente, saiu do Domo com uma impressão a respeito da

¹³¹ Lê-se, na inscrição em francês, “justice égale e intelligible pour tous”.

¹³² Lê-se, no original, “mon seul code par sa simplicité a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m’ont précédé”. A sentença, como indica o próprio baixo-relevo, teria sido colhida por Las Cases em seu memorial, ao longo do exílio do imperador.

¹³³ VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon ler érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 1853, pág. 73.

¹³⁴ Idem, ibidem, pág. 82.

¹³⁵ Sobre esse ponto, veja-se SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *History, memory, and the law*. University of Michigan Press: Ann Arbor, 2002, pág. 11: “to talk about law and collective memory is almost immediately to conjure images of the show trial where individual rights and truth were sacrificed in the service of political goals” (“falar sobre direito e memória coletiva implica quase imediatamente evocar imagens de julgamentos ‘show’ em que os direitos individuais e a verdade são sacrificados ao serviço de objetivos políticos” – tradução livre).

JEAN CARBONNIER afirma que “même le Code penal, où il y a pourtant davantage de spectacle, n’a pas réussi à lui ravir ce privilège” [de ser o principal repositório de memória coletiva jurídica] (“mesmo o Código penal, onde se porta a vantagem do espetáculo, não conseguiu roubar-lhe este privilégio” – tradução livre) (Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*, tomo II, vol. II. Paris: Gallimard, 1986, págs. 295-296).

figura do imperador, de seu governo, de seus feitos; talvez tenha apreendido algo a respeito da revolução francesa; um espírito mais sensível, quem sabe, tenha se apercebido de algo acerca dos próprios franceses e do que significa ser francês.

O túmulo e tudo o que o garante estão ali postos para finalidades que vão além de dar sepultura a um corpo sem vida. Na realidade, como qualquer epitáfio, a tumba de Napoleão visa a dar sobrevida ao morto, ou, melhor, a aspectos da existência do morto escolhidos de acordo com certos critérios.

Ocorre que o círculo de indivíduos envolvidos pelas projeções do epitáfio de Napoleão não se restringe ao grupo de familiares, amigos, colegas de trabalho etc., que lhe depositariam uma rosa branca no dia de finados. A tumba do imperador projeta *uma* imagem, conscientemente trabalhada, do estadista e sua ligação com a revolução e o império, *uma* imagem do *Code Civil* para toda Paris, para a nação francesa, para o amoldamento da nacionalidade em seus contornos contemporâneos e, conseqüentemente, por oposição, *uma* imagem do que é *não* compartilhar essa nacionalidade.

Compor uma nacionalidade, como compor qualquer *identidade compartilhada* por um grupo de pessoas, é também compor um passado comum a elas. Todavia, a referência ao passado não precisa ser *histórica*, no sentido de ser produzida pela pesquisa historiográfica; ao contrário, a referência fluida e modulável, que possa ser apreendida de modo imediato por meio de imagens, de celebrações, da arte etc., é muito mais eficiente que a própria história enquanto ciência.

A noção de identidade e a de memória coletiva não são estranhas às comunidades de *juristas*, que também cultivam o seu passado comum. Se trocarmos o vocábulo *nacionalidade* pelo termo *tradição*, veremos que a construção dessa última também pode repousar nos limites pouco precisos da *memória* (veja-se, *supra*, Capítulo I, item 1.3).

Isso significa, no entanto, que a memória não possa ser constituída por um discurso revestido dos rigores acadêmico-científicos. Com efeito, como venho argumentando, em função do modo como o discurso histórico é praticado no âmbito das disciplinas acadêmicas – servindo aos propósitos destas –, ele serve, antes de tudo, a constituir uma imagem do passado comum ao grupo que pratica a ciência, que ao efetivo conhecimento desinteressado do passado. Serviria, portanto, à constituição da memória e de filiações genéticas tendentes à projeção de um passado comum.

2.1.2.1. *Lembrar, rememorar, imaginar, inventar, constituir, perpetuar: apontamentos para estipulação de uma noção de memória*

Antes de seguir com este argumento, é necessário realizar breves indicações sobre a noção de memória. Aqui, também, estamos diante de um termo plurívoco: apenas para fins de ilustração, lembro que é comum, no jargão da informática, falar-se em diversos tipos de *memória* (RAM, SSD, *memória física*, *memória flash* etc.), as quais, certamente, não são objetivo direto de minhas preocupações nesta tese, mas fornecem indicativos sobre o que se possa entender por *memória*.

Mesmo que não saibamos detalhar o exato funcionamento dos dispositivos computacionais logo acima indicados, intuitivamente podemos indicar que suas funcionalidades são de *armazenamento*, *organização*, *disponibilização* e *acesso* a dados e informações necessários para o funcionamento da máquina.

A *rememoração*, trazida do plano da informática para a vida humana, é um processo complexo, e os esforços para sua compreensão remontam à Antiguidade, abrangendo os quadrantes de diversas disciplinas, em diferentes áreas do conhecimento.

Quando se fala do papel dos *monumentos* e do *discurso acadêmico* para *construção de memória*, o que está em primeiro plano não são os mecanismos neurológicos da memória: o que, de fato, interessa investigar no âmbito desta tese não são os potenciais neurofisiológicos que, em um certo sentido, poderíamos chamar de *naturais*, mas o modo de construção e projeção de uma *memória social* ou *comunitária*.

Aproveito-me, a seguir, de alguns elementos de índole historiográfica para compor a noção de memória. O propósito desse procedimento é apresentar, para fins meramente estipulativos, um panorama daquilo que se enxerga como componentes da memória no que concerne ao seu *objeto*, ao seu *sujeito* e ao *modo* de rememoração. Espero, ao final, ter esclarecido em que sentido utilizo o vocábulo em questão e suas conexões com as noções de *tradição*, *lugar de memória* e *monumento*, com vistas à continuidade do argumento.

A síntese que proponho nos parágrafos abaixo não é uma tarefa simples por duas razões: *a)* em primeiro lugar, na época em que vivemos, não se costuma tratar de modo sistemático as questões relacionadas à memória; esse tema, com ênfase à memória coletiva, é desenterrado do sítio arqueológico dos saberes a partir do segundo pós-guerra, mas sem

jamais recuperar a centralidade que tiveram na formação do indivíduo, razão pela qual não somos educados para lidar com esse fenômeno, salvo em círculos especializados; *b)* até a Idade Moderna, contudo, a memória foi um fator central na educação e objeto de teorizações e sistematizações de que se ocuparam grandes pensadores, como PLATÃO e ARISTÓTELES, TOMÁS DE AQUINO, GIORDANO BRUNO, LEIBNIZ, entre outros; com isso, há uma imensa quantidade de materiais disponíveis para esse estudo, especialmente no que se refere à arte mnemônica; o que pretendo realizar, a seguir, não poderia ser outra coisa, que não um esforço para colher subsídios suficientes a fim de possibilitar o enfrentamento do meu problema de pesquisa.

§ 1º *Memória mítica.* Memória implica o reavivamento e a ordenação de *vestígios* do passado – ou de vestígios do que *já não está mais presente* –, buscando reconstituir determinado fenômeno. O *comportamento narrativo*, e a função social que o acompanha, é uma operação mnemônica fundamental, na medida em que se trata da comunicação a outrem de uma informação na ausência do acontecimento ou do objeto¹³⁶.

Reavivamento e narração conectam-se, nas sociedades sem escrita, para compor os *mitos* de origem e os repositórios de *memória técnica* dos grupos de indivíduos encarregados de um mesmo ofício. Na falta de *documentos* e *arquivos* – nos modelos como hoje conhecemos –, permitindo o acesso aos dados para reconstrução do passado, confia-se aos *homens-memória* as tarefas relacionadas à conservação do passado de uma dada sociedade. Tais homens seriam especialistas da memória com função primordial de manter a coesão do grupo¹³⁷.

LE GOFF, entretanto, aduz que alguns estudos demonstrariam que as técnicas mnemônicas, tendentes à aprendizagem palavra por palavra da narrativa histórica, tinham pouca importância para esses especialistas. Assim, não se desenvolveria, em torno deles, uma aprendizagem mecânica, pois a memória coletiva funcionaria segundo uma *construção generativa*. A evocação inexata, e não mecânica, seria valorizada por meio da dimensão narrativa dos acontecimentos. Com algumas exceções, portanto, nas sociedades

¹³⁶ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 388-389.

¹³⁷ Idem, *ibidem*, págs. 392-393.

sem escrita, atribuir-se-iam à memória mais liberdade e mais possibilidades criativas que nas sociedades que dominam a escrita¹³⁸.

A poesia, nesse contexto, insere-se na função de rememoração das *origens*, sem, contudo, estar disposta no tempo humano, o que afasta a *memória*, cantada pelo poeta, da *história*¹³⁹.

A memória, na mitologia grega, era divinizada na figura de *Mnemosyne*, que preside, por meio das musas, suas filhas, a atividade poética: “possuído pelas musas, o poeta é o intérprete de *Mnemosyne* (...)”, quer dizer, o poeta é responsável por traduzir em verso a presença de um *mundo invisível* ao comum dos homens¹⁴⁰.

A poética, então, não implicaria evocação do passado, fazendo reviver o que não mais existe. Tratar-se-ia, apenas, de um deslocamento entre o mundo visível e o invisível; “saímos do nosso universo humano, para descobrir, por trás dele, outras regiões do ser, outros níveis cósmicos, normalmente inacessível (...)”¹⁴¹.

Se a *memória* poética não implica, necessariamente, uma relação com o passado, cogitar-se-ia, então, de sua relação com a *imaginação*, com a *presentificação* de um mundo invisível *inventado* – no sentido contemporâneo, *criado* – ou *apreendido* pelo poeta, apoiado na inspiração divina. O passado apareceria como uma dimensão do *além*, tal qual o contato com os mortos¹⁴².

Em determinadas seitas, como entre os pitagóricos, os esforços de rememoração e o combate ao *esquecimento* poderiam significar um processo de ascese e purificação da alma, bem como a superação da morte¹⁴³.

¹³⁸ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 393.

¹³⁹ Veja-se LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, pág. 401.

¹⁴⁰ VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: Maspero, 1965 (trad. port. SARIAN, Haiganuch. *Mito e pensamento entre os gregos: estudos de psicologia histórica*. São Paulo: USP, 1973), pág. 73.

¹⁴¹ Idem, *ibidem*, pág. 77.

¹⁴² Idem, *ibidem*, pág. 78.

¹⁴³ Idem, *ibidem*, págs. 83-84. VERNANT aduz que há um parentesco entre o “êxtase rememorador” de Epimênides e a *anámnese* das vidas anteriores do pitagorismo, uma vez que ambos os processos têm um alcance moral e metafísico de purificação da alma: “depois de ter expiado tudo, a alma regressando à sua pureza original pode enfim evadir-se do ciclo dos nascimentos, sair da geração e da morte, para ascender a essa forma de existência imutável e permanente que é o apanágio dos deuses (...) Ao tempo fugaz e intangível, feito de uma sucessão indefinida de ciclos que sempre recomeçam, a rememoração das vidas anteriores traz enfim o seu termo, o seu *τέλος*. Ela o substitui por um tempo reconquistado em sua totalidade, um ciclo inteiramente acabado e realizado” (Idem, *ibidem*, pág. 87).

O *exercício* da memória, os esforços de rememoração colocar-se-iam, fora do tempo humano, como conquista da salvação, libertação em relação ao devir e à morte; trata-se de uma saída do tempo e a volta ao divino. O *esquecimento*, por outro lado, é *temporal*, no sentido de que pertence às coisas humanas, relacionado à situação de mortalidade e inescapável necessidade¹⁴⁴.

Nota-se, assim, que memória não estaria, aqui, necessariamente ligada ao passado, ao passado *humano*, individual ou coletivo. Seu valor primordial, como objeto de veneração na forma de *Mnemosyne*, seria o de constituir o meio para a ascense purificadora, apta a alçar o homem ao patamar dos deuses.

Também a teoria da *anamnese* de PLATÃO tem como finalidade última não reconstrução cronológica dos eventos, mas ativar a lembrança do *verdadeiro*, do mundo das Ideias, do Ser imutável e eterno. Novamente, a memória não é pensamento no tempo, mas evasão para fora dele – ainda que sem a referência mitológica às vidas anteriores –, no sentido de realizar a união entre alma e divino; a memória colocar-se-ia como instrumento para ligar o destino individual à ordem cósmica¹⁴⁵.

Com efeito, a *recordação* faz parte da epistemologia de PLATÃO, exposta por meio da figura de SÓCRATES: todo conhecimento de que dispomos seria recordação, já que teria sido apreendido pela alma em momento anterior à assunção da forma humana. O contato com essências, passado antes do nascimento, faz com que o saber seja “apenas conservar o conhecimento que se recebeu e não perdê-lo”. “Instruir-se”, portanto, seria “lembrar-se”, por meio dos sentidos, do conhecimento que já existia antes do nascimento¹⁴⁶.

Acessar o conhecimento seria como acessar um *bloco de cera* gravado com as impressões das essências e com as experiências dos indivíduos ao longo de sua existência; *conhecer, recordar* consistiriam, antes, em operações de sensibilidade que de intelecto¹⁴⁷.

¹⁴⁴ VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: Maspero, 1965 (trad. port. SARIAN, Haiganuch. *Mito e pensamento entre os gregos: estudos de psicologia histórica*. São Paulo: USP, 1973), pág. 88. VERNANT adverte que, mesmo na teogonia, em que há divinização do tempo, por meio da figura de *Chronos*, “o que é sacralizado é o tempo que não envelhece, o tempo imortal e imperecível (...). Sob sua forma divina, *Chronos* aparece, enquanto princípio de unidade e de permanência, como a negação radical do tempo humano, cuja qualidade afetiva é, ao contrário, a de uma força de instabilidade e de destruição presidindo, como Parão o proclamava, ao esquecimento e à morte” (Idem, *ibidem*, pág. 89).

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, págs. 93-94.

¹⁴⁶ Cfr. PLATÃO. Fédon. In: PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, págs. 139-140.

¹⁴⁷ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 402.

Tais concepções míticas, cultivadas independentemente da escrita e da mnemotécnica, *sacralizariam* a memória, sem referência necessária ao passado. LE GOFF afirma que a memória coletiva atenderia, então, nesse contexto, a três ordens de interesses: a idade coletiva do grupo, especialmente nos mitos de origem; o prestígio das famílias dominantes; e o saber técnico, que se transmite por fórmulas práticas fortemente ligadas à magia religiosa¹⁴⁸.

Com base em um trecho do *De Bello Gallico*, de Júlio César, a respeito dos druidas gauleses, LE GOFF levanta a hipótese de que a vitalidade da memória coletiva nas sociedades sem escrita fundamentar-se-ia na transmissão de conhecimentos considerados secretos, notadamente no que se refere à memória técnica, além do fomento à atividade da memória criadora, que poderia ser negligenciada em função da escrita¹⁴⁹.

Tal temor de decadência de memória é, efetivamente, revelado por PLATÃO no diálogo *Fedro*. A tensão entre a palavra escrita e o exercício da memória é relevada no momento em que Sócrates avista Fedro portando um maço que contém o discurso de Lisias: “não te farei exercitar a memória por minha causa”, diz Sócrates, se “carregas contigo o próprio Lisias”¹⁵⁰.

A oposição entre a arte de discursar e a prática de escrever discursos é retomada adiante, no ponto em que Sócrates menciona que, quando um legislador apõe seu nome à autoria da lei, é rememorado, para a posteridade, como um *deus*. O ato de escrever, por si mesmo, não seria problemático; a *desgraça* começaria quando um homem escreve *mal*.

A palavra *escrita* não seria mais que a imagem do *verdadeiro* conhecimento, como a tela do pintor seria a imagem do mundo por ele percebido. Quem olha a tela, assim como quem olha as letras, veria o mundo frio do silêncio; a escrita poderia cair entre aqueles que não a entenderiam e, se fosse abusada ou maltratada, não teria quem a pudesse resgatar¹⁵¹.

O alfabeto, portanto, representaria não o incremento dos potenciais de memória e saber, mas, ao contrário, geraria grande *esquecimento*; o sujeito, confiando nos sinais

¹⁴⁸ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 394.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*, pág. 394.

¹⁵⁰ PLATÃO. Phaedrus. In: *The complete works of Plato* (trad. ing. JOWET, Benjamin. Localidade desconhecida (edição digital): Shandon, s.d., págs. 05-06.

¹⁵¹ Idem, *ibidem*, pág. 134.

externos, não se preocuparia em efetivamente aprender aparentando ser onisciente sem nada realmente saber, demonstrando sabedoria na ausência do verdadeiro saber¹⁵².

§ 2º **Dessacralização da memória, memória escrita.** ARISTÓTELES, com a distinção entre *mnéme* – mera faculdade de conservar o passado – e reminiscência (*anamnesis*) – faculdade de acessar voluntariamente esse passado –, é um dos que contribuiu para a inserção da memória no tempo humano. Isso implica, ao lado das mnemotécnicas e da escrita, a *dessacralização* da memória¹⁵³.

Na versão em língua portuguesa do texto de ARISTÓTELES, contida em edição brasileira dos comentários de Tomás de Aquino sobre o texto do filósofo, PAULO FAITANIN e BERNARDO VEIGA esclarecem que, por reminiscência (*ἀνάμνησις*, *anamnesis*), deve-se entender a aptidão de evocar a memória, ao passo que, por memória (*μνήμη*, *mnéme*), entende-se a aptidão para retenção, guarda e conservação de uma imagem sensível ou seu conceito inteligível. Estabelece-se, portanto, a anterioridade da memória em relação à reminiscência¹⁵⁴.

O filósofo afirma que não se pode lembrar do futuro – ao que se daria o nome de expectativa ou opinião – ou do presente – que seria, a rigor, a percepção pelos sentidos, e a ninguém seria dado dizer que se lembra do presente enquanto ele ainda é presente; por isso, sempre que se pudesse dizer que “se lembra de algo”, deve-se ter a consciência de que *percebeu* ou *pensou* o objeto anteriormente: a memória, então, voltar-se-ia, necessariamente, ao passado¹⁵⁵.

Por essa razão, a memória não poderia ser acessada fora de um contexto em que haja percepção da passagem do tempo, do devir, pelos sentidos. ARISTÓTELES, neste ponto,

¹⁵² PLATÃO. Phaedrus. In: *The complete works of Plato* (trad. ing. JOWET, Benjamin. Localidade desconhecida (edição digital): Shandon, s.d., pág. 132.

¹⁵³ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo et alii. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), p. 402. Veja-se, nesse sentido, VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: Maspero, 1965 (trad. port. SARIAN, Haiganuch. *Mito e pensamento entre os gregos: estudos de psicologia histórica*. São Paulo: USP, 1973), págs. 96-97.

¹⁵⁴ AQUINO, Tomás de. *Sententia libri De memoria et reminiscência* (trad. port. FAITANIN, Paulo; VEIGA, Bernardo *Comentário sobre “A memória e a reminiscência” de Aristóteles*). São Paulo: Edipro, 2016, pág. 30, nota de rodapé nº 02.

Outras notas sobre a tradução e semântica dos termos em questão encontram-se em RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 34-38.

¹⁵⁵ ARISTÓTELES. *On memory and reminiscence*. Trad. ing. GAZA, Theodorus. Localização desconhecida (edição digital): Charles Rivers, Parte I, pág. 02.

relativiza o papel do intelecto na captação da memória, pois a passagem do tempo é, antes de tudo, uma função sensorial, compartilhada não apenas pelos homens, mas por algumas classes de animais¹⁵⁶.

A imagem da *impressão* na alma, que constituiria a memória, é mantida pelo filósofo, mas agora alocada ao tempo e à experiência humanos, sem referência ao transcendente. Com efeito, o mecanismo pelo qual alguém se lembra de um objeto seria a *percepção atual* da impressão que ficou na alma, como um *signal*, um *símbolo*, do que não está mais presente¹⁵⁷.

Consequência disso seria que nem todo ato de *lembrar-se* implicaria *reminiscência* em sentido estrito, já que se poderia lembrar de um ato que ainda está em processo de *impressão* na alma do indivíduo. A *reminiscência* implicaria, necessariamente, um lapso temporal entre a formação da memória e o acesso atualizado a ela¹⁵⁸.

Esse processo, contudo, deve ser completamente *interior*, ou seja, a verdadeira reminiscência não dependeria de qualquer elemento externo: a concatenação dos dados teria seu ponto inicial e seu movimento exclusivamente contido no indivíduo. Todavia, a necessidade de estabelecer um ponto de partida para a rememoração faz com que muitos se utilizem de *lugares de memória* para estimular o caminho da mente na direção daquilo que se quer reavivar¹⁵⁹.

A memória seria, portanto, uma faculdade efetivamente compartilhada pelos homens de todas as qualidades e por muitos animais; esse não seria o caso, de acordo com o filósofo, com a aptidão para rememoração: como processo de *inferência* – uma espécie de investigação entre experiências sensoriais ou cognitivas anteriormente vivenciadas –, apenas o ser humano o poderia realizar¹⁶⁰.

A associação da memória à *imagem*, aos *lugares de memória*, aos *monumentos* e à *escrita* assume formas e funções diversas no que se refere à conservação, duração e

¹⁵⁶ ARISTÓTELES. *On memory and reminiscence*. Trad. ing. GAZA, Theodorus. Localização desconhecida (edição digital): Charles Rivers, Parte I, pág. 04.

¹⁵⁷ Veja-se idem, ibidem, págs. 05-08.

¹⁵⁸ Idem, ibidem, Parte II, págs. 02-03.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, pág. 07. Na tradução para o inglês que utilizei para consulta, a expressão empregada foi *mnemonic loci*.

¹⁶⁰ Idem, ibidem, pág. 13.

transmissão. Além de que esses instrumentos permitiriam a sua *apropriação* e *manipulação*, transformando-a, então, em objeto de articulação do poder¹⁶¹.

Como nota LE GOFF, desde pelo menos o segundo milênio antes de Cristo, já se observava a preocupação com a formação de uma *memória real* – *real* no sentido de *amoldada pela atividade da realeza* – por meio da construção de bibliotecas, arquivos e museus. Os feitos e acontecimentos, gravados em suporte duradouro, “levam-nos à fronteira onde a memória se torna ‘história’”¹⁶².

Nesse quesito, inclusive, os romanos foram prodigiosos, perpetuando sua influência para os séculos posteriores por meio de documentos (em sentido amplo) destinados à conservação da memória. ALDO SCHIAVONE afirma que, entre as cidades do mediterrâneo antigo, Roma teria sido a que melhor conservou informações sobre suas origens; essa não seria uma ocorrência fortuita: o primado imperial teria apresentado uma contínua demanda e reelaboração da memória para dar o adequado pano de fundo mítico e histórico, além da profundidade à sua grandeza¹⁶³.

LE GOFF, apoiado em Paul Veyne, aduz que os imperadores teriam promovido o *confisco da memória coletiva* por meio do monumento público e da inscrição; a *damnatio memoriae*, detida pelo Senado, comporia, por outro lado, um instrumento de reação senatorial em relação à tirania imperial, justamente pelo poder de fazer desaparecer dos arquivos e inscrições monumentais o nome do imperador defunto¹⁶⁴.

O *apagamento* de personagens históricos das inscrições monumentais não ocorreu, contudo, apenas por determinação senatorial. Veja-se, por exemplo, que Augusto, tendo a oportunidade de controlar as informações perpetuadas em seu *res gestae*, jamais menciona

¹⁶¹ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 397-398. O autor afirma que “tornarem-se senhoras da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram ou dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória coletiva” (LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 390).

¹⁶² Idem, *ibidem*, pág. 397.

¹⁶³ SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, 2005 (trad. esp. PRÓSPERI, Germán. *Ius: la invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012), pág. 64.

¹⁶⁴ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, pág. 404.

se refere pelo nome a Marco Antônio – faccioso de cuja opressão ele, Augusto, havia libertado a república¹⁶⁵.

A despeito disso, SCHIAVONE adverte que não se deve considerar esse conjunto de dados mera invenção ou falsificação, a despeito das manipulações que sofreu; a riqueza da memória romana seria, a partir da metodologia correta, um valioso instrumento para compor a história do período anterior ao império, sobretudo no que concerne ao direito; o próprio *Digesto* não deixa de ser um *monumento de memória jurídica*¹⁶⁶.

§ 3º O tempo e os templos da memória. FRANCES YATES informa que Martianus Capella, em sua obra *de Nuptiis Philologiae et Mercurii*, teria legado à Idade Média os princípios do sistema educacional da Antiguidade, baseado nas sete artes liberais (gramática, retórica e dialética, compondo o *trivium*; aritmética, geometria, música e astronomia, o *quadrivium*). Com isso, o autor teria legado, igualmente, a arte da memória, que serviria como auxiliar à retórica. Em função disso, qualquer homem medieval educado nos quadrantes do ensino trivial seria versado na *ars memoriae*¹⁶⁷.

O texto Martianus traz a referência aos *loci memoriae* como auxiliares à memória artificial. Por meio da alocação do que fora apreendido *in locis illustribus* (locais iluminados) dar-se-ia *ordem* aos preceitos apreendidos, sustentando-os na memória¹⁶⁸.

De acordo com a hipótese de YATES, a Idade Média atribuiria importância fundamental à memorização do que concernisse à *salvação* ou à *danação* – justamente, aquilo que estaria esculpido e ilustrado em igrejas e catedrais¹⁶⁹.

Assim, caminhar pela nave de qualquer igreja seria colocar-se em contato direto com a memória: fazem-se presentes, para jamais escaparem das reminiscências do fiel, a paixão de Cristo, o martírio, os milagres e a beatitude dos santos, a lembrança dos mortos e

¹⁶⁵ “(...) per quem [exercitum] rem publicam (do)minatione factionis oppressam in libertatem vindica(vi)” (*Res gestae Divi Augusti*. In: Loeb Classical Library, vol. 152. Cambridge/London: Harvard, s.d., págs. 344-346).

¹⁶⁶ SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, 2005 (trad. esp. PRÓSPERI, Germán. *Ius: la invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012), págs. 64-65. Acerca da referência à falta de historicidade no *Digesto*, veja-se, na *introdução, supra*, o texto que acompanha a nota 29.

¹⁶⁷ YATES, Frances A. *The art of memory*. Chicago: University Press, 1974, pág. 50.

¹⁶⁸ Idem, *ibidem*, pág. 51.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*, pág. 55.

as comemorações – muitas delas por meio da ressignificação de antigos ritos da cultura pagã¹⁷⁰.

As *imagens* podem ser interpretadas não apenas como método eficiente de comunicação, mas também como recurso mnemônico; as representações do céu, do inferno e do purgatório, sobretudo após a *Divina Comédia*, devem ser vistas, conforme LE GOFF, como *lugares de memória*, “cujas divisórias lembram as virtudes e os vícios”¹⁷¹.

A hipótese de YATES implicaria, então, que o homem pré-moderno teria uma maior propensão à memória “fotográfica”, de sorte que às imagens atribuir-se-iam as tarefas de fixar conceitos e agir sobre a vontade, modificando comportamentos. *Memória e fantasia*, então, constituiriam processos associados, já que ambos estariam ligados à criação/recriação de imagens. Suposição conexa, no julgamento de PAOLO ROSSI, seria a de que haveria *menos espaço* para processos “racionais”, em medida proporcional ao largo espaço ocupado pela atuação da *memória* e da *imaginação*¹⁷².

ROSSI reputa tal hipótese “muito discutível e nada fácil de aceitar”. A Reforma teria colocado a “primazia da visão e a centralidade das imagens” em aguda polêmica, ao questionar o valor das imagens sacras – e das imagens em geral – implicando, em um segundo momento, a absorção da memória pela lógica – o que marcaria, assim, a passagem da idade da *fantasia* e da *memória* para a idade da *razão explicada*. Com isso, o *apagamento* da importância das imagens, inclusive como *lugares de memória*, teria se tornado elemento de diferenciação enfatizado pelos modernos em relação aos medievais¹⁷³.

De todo modo, reitero, a memória, no decorrer do longo período que denominamos Idade Média, tem papel central na educação e cultura escolásticas. A *duração* da memória, por exemplo, determinaria o que é *moderno* e o que é *velho*, influenciando, assim, na percepção do transcurso de tempo. LE GOFF reporta o estudo de Bernard Guenée, segundo quem, nos séculos XII e XIII, o significado de *tempora moderna* seria o de *tempo da memória*, com duração de aproximadamente cem anos, ou seja, o século em que se está vivendo. A palavra

¹⁷⁰ Veja-se, a esse respeito, LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo et alii. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 409.

¹⁷¹ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, pág. 414.

¹⁷² ROSSI, Paolo. A arte da memória: renascimento e transfigurações. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), págs. 57-58.

¹⁷³ Idem, *ibidem*, págs. 58-59.

escrita é, então, vista como suporte a essa memória de curta duração como meio de assegurar direitos hereditários e a propriedade sobre as terras¹⁷⁴.

A memória e as mnemotécnicas são aspectos que compuseram a formação do homem culto, já que tradicionalmente compunham parte essencial da retórica no *trivium*¹⁷⁵. A capacidade de memorização era, com efeito, valorizada: PAOLO ROSSI relata que Edigio de Viterbo louvou, em versos, Pietro de Ravenna, pois este teria aptidão para se lembrar de tudo o que lesse uma única vez, além de poder reproduzir todas as palavras que um orador houvesse proferido em um discurso de três horas; antes de completar vinte anos de idade, teria recitado o *Codex* inteiro, indicando, para cada excerto, os sumários de Bártolo, as primeiras palavras do texto, o número de glosas e os termos aos quais cada um dos comentários se referia¹⁷⁶.

Em função de seus dotes de rememoração, Pietro de Ravenna não se torna um “artista de variedades ou um fenômeno circense”; ao contrário, torna-se, na cultura de seu tempo, um “mestre reconhecido”; o seu tratado sobre a *arte memoriae* teria sido, conforme LE GOFF e ROSSI, muito difundido, reeditado diversas vezes ao longo do século XVI, além de ter sido vertido e editado em línguas vulgares¹⁷⁷.

A “memória escolar” é também valorizada: “nesta época, saber”, conforme LE GOFF, “é saber de cor”; o estudante deveria reter tudo na memória. Essa atitude intelectual custaria até que tivesse seu valor retraído. Mesmo com o aumento do número de manuscritos, o núcleo do trabalho do aluno continuaria a ser a memorização dos cursos e das disputas¹⁷⁸.

¹⁷⁴ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 411.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*, págs. 412-413.

¹⁷⁶ ROSSI, Paolo. O que esquecemos sobre a memória? In: *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das ideias*. São Paulo: UNESP, 2010), pág. 44.

¹⁷⁷ Veja-se ROSSI, Paolo. *Ibidem*, págs. 46-47; LE GOFF. *Op. cit.*, pág. 417.

¹⁷⁸ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, págs. 412-413. A memória enquanto meio de aprendizado a ser posta em dúvida no contexto de críticas à própria escolástica. O próprio LE GOFF relata que Erasmo, no *De ratione studii* (1512), consideraria as *artes memoriae* barbárie intelectual medieval e escolástica. Do mesmo modo, Melancthon (*Rhetorica elementa*, 1534) apontara que os “truques” mnemônicos confundiriam a aprendizagem normal (veja-se ROSSI, Paolo. *Ibidem*, págs. 46-47; LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, pág. 417).

Uma certa sobrevalorização da memória – mesmo que memorização não implicasse conhecer –, contudo, pode ser ainda identificada no século XIX por um exemplo fácil colhido da literatura: o Julien, de Stendhal, ganha reputação em função de conhecer de cor, em latim, o *Novo Testamento*. Em uma passagem d’*O vermelho e o negro*, Julien impressiona a família de seus pupilos quando, apresentando um volume da *Bíblia*, pede que se abra ao acaso, lendo a primeira palavra de qualquer parágrafo que, então, o preceptor seguiria de cor o texto sagrado. O pupilo mais velho, Adolphe, “abriu o livro, leu uma palavra e Julien disse toda a página com a mesma facilidade com falaria francês. O Sr. De Rênal olhava para a mulher com o ar de

§ 4º *Imprensa e superação da arte mnemônica.* Embora a tensão entre escrita e memória já pudesse ser entrevista em PLATÃO, como se viu no § 1º, *supra*, foi a imprensa – e, especialmente, a tipografia – que alterou definitivamente a relação do homem ocidental com a memória.

O manuscrito antigo e medieval era um meio de transmissão do conhecimento que deveria ser retido na memória. O impresso, sobretudo a partir do século XVIII, coloca o indivíduo em contato com uma enorme massa de memória coletiva que não pode ser verdadeiramente retida no intelecto, mas pode ser constantemente visitada; além disso, abriu-se a possibilidade de publicação, circulação e, conseqüentemente, contato com textos novos, provocando-se, assim, uma grande dilatação da memória coletiva; esta, por sua vez, *exterioriza-se* em relação ao sujeito que recebe, como leitor, a memória pré-constituída¹⁷⁹.

Tal situação material é acompanhada pelo ambiente intelectual que elimina o papel epistemológico da memória; vê-se, por exemplo, em RENÉ DESCARTES que o conhecimento prescindia da memória: uma vez que todas as causas das coisas poderiam ser reduzidas a uma, então, toda a ciência seria retida sem nenhuma relação de dependência com a memória¹⁸⁰.

trunfo. As crianças, vendo o espanto dos pais, arregalavam os olhos. Um criado veio para a porta do salão; Julien continuou a falar latim. A princípio, o criado ficou imóvel e, a seguir, sumiu-se. Logo depois, a criada de quarto da senhora e a cozinheira chegaram perto da porta; já então Adolphe havia aberto o livro em oito lugares, e Julien continuava a recitar com a mesma facilidade”. Julien, contudo, de latim “conhecia só a *Bíblia*”, uma vez que o ministério a que estava destinado o “proibia a leitura de um poeta tão profano” como Horácio. A tradução está conforme a seguinte edição: STENDHAL. *O vermelho e o negro* (trad. port. DE SOUZA JR.; FERNANDES, Casemiro). Rio de Janeiro: Globo, 1987. Manuseei também o texto original na edição do *Libre Club du Libraire*, de 1959, baseada na edição parisiense de 1831, com as ilustrações de Bertall, da edição de 1854.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*, pág. 418.

¹⁸⁰ Idem, *ibidem*, pág. 421. Para voltar a um fácil exemplo na literatura, vê-se no conto de BORGES, “Funes el memorioso”, um retrato da desconexão entre *conhecer* e *memorizar*. Ireneo Funes, a personagem protagonista, era dotado de uma memória prodigiosa que o permitia, de um dia para o outro, apreender toda uma obra em língua que ainda não dominava; dizia-se que “duas ou três vezes tinha reconstituído um dia inteiro” e “cada reconstituição tinha exigido um dia inteiro”.

Todavia, BORGES opõe à grande capacidade de retenção a efetiva capacidade de aprender e sistematizar. Isso fica claro quando se dá notícia de que Funes “tinha inventado um sistema original de numeração (...). Em lugar de sete mil e treze, dizia (por exemplo) *Máximo Pérez*; em lugar de sete mil e catorze, *A Ferrovia*; outros números eram *Luiz Melián Lafinur*, *Olimar*, *enxofre*, o naipe de *paus*, a *baleia*, o *gás*, a *caldeira*, *Napoleão*, *Agustín de Vedia*. (...) Eu procurei lhe explicar que essa rapsódia de termos desconexos era precisamente o contrário de um sistema de numeração. Observei que dizer trezentos e sessenta e cinco era dizer três centenas, seis dezenas, cinco unidades: análise que não existe nos ‘números’ *O Negro Timóteo* ou *manta de carte*. Funes não me entendeu ou não quis me entender”. Manuseei o conto por meio da tradução para o português da *Antologia pessoal*, editada pela Companhia das Letras (BORGES, Jorge Luis. *Antologia pessoal* (trad. port. ARRIGUCCI JR., Davi; JAHN, Heloisa; BAPTISTA, Josely Vianna). São Paulo: Companhia das Letras, 2008).

Segundo CHARLES TAYLOR, com DESCARTES se opera a *objetivação* do mundo material e dos próprios sujeitos, a fim de que se tornem objeto de conhecimento. Assim, o mundo material deixa de ser meramente um meio para realização do espiritual em sentido amplo (Deus, Ideias). Para apreender o mundo corpóreo, é necessária uma atitude desprendida; em DESCARTES, a alma descobre e afirma a natureza do imaterial pela objetivação do corpóreo¹⁸¹.

A racionalidade cartesiana é a capacidade de construir ordens que encontram padrões demandados pelo conhecimento ou pela certeza. Os padrões são aqueles extraídos da evidência. Assim, o domínio de si próprio pela razão consiste, agora, no reconhecimento de que esta, a razão, é dotada de aptidão para controlar a vida no lugar dos sentidos, instrumentalizando os desejos¹⁸².

Com efeito, na última página de seu livro sobre a arte da memória, FRANCES YATES indica que, com LEIBNIZ, tal arte teria deixado de figurar como significativa no contexto intelectual europeu, embora diversos aspectos pudessem ter sobrevivido nos séculos posteriores. LEIBNIZ, DESCARTES e BACON conheciam bem a *artem memorandi*, e suas reflexões desembocariam em algo diverso, muito mais afeito ao *progresso* da ciência moderna que a memória: o *método*, afastado do ocultismo da arte da memória ao longo da Renascença¹⁸³.

O movimento de exteriorização da memória, como tenho chamado, é acompanhado por outro, paralelo ao primeiro, de internalização da razão. No campo jurídico, um novo tipo de literatura surge, em que obras são compostas, por exemplo, pela reunião de regras jurídicas relacionadas a um determinado vocábulo; pela significação de palavras em que se apresentam também regras jurídicas extraídas dos elementos de definição; ao modo da enciclopédia e do dicionário, tais obras são repositórios de memória, como igualmente o são os *repertórios* dos praxistas portugueses¹⁸⁴.

Permitiu-se, então, que a ideia de *sistema* ingressasse no pensamento jurídico. As soluções jurídicas poderiam ser *deduzidas* a partir de enunciados gerais, prescindindo-se, assim, do recurso, por exemplo, à *communis opinio*. Com isso, esquivar-se-ia o jurista da

¹⁸¹ TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge: University Press, 1992, pág. 146.

¹⁸² Idem, ibidem, pág. 147.

¹⁸³ YATES, Frances A. *The art of memory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974, págs. 373-375, sobre Descartes e Bacon, e 380 e seguintes sobre Leibniz.

¹⁸⁴ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, págs. 240-241.

“selva de opiniões e de distinções especiosas” que diluiriam toda certeza e eficácia do direito¹⁸⁵.

Todavia, este reposicionamento da memória e da arte mnemônica não impediu – ao contrário, teria mesmo fomentado – a acumulação de memória coletiva pré-constituída. Os dicionários e o enciclopedismo demonstrariam este alargamento, pois constituiriam uma forma bem acabada de *memória exterior*, compondo um rico quadro de memória técnica, científica e intelectual¹⁸⁶.

A substituição do método escolástico pelo sintético-compendiário no ensino tem relação, segundo a hipótese desta tese, com o inchaço da memória coletiva. No campo do direito, no século XVI, pode-se ler em LEIBNIZ que o novo método, por ele propugnado, é cômodo ao ensino, pois, em primeiro lugar, seria orientado pelo compêndio dos discentes; além disso, a jurisprudência seria apreendida de forma *sistemática*, captando-se as regras gerais e, a seguir, apresentando-se o método para, delas, deduzir as regras específicas; a memória seria, portanto, auxiliada, já que dela *fluiriam naturalmente*, a partir dos princípios gerais, as regras especiais¹⁸⁷.

O discurso jurídico organizado na forma de compêndio permitiria que tudo se apresentasse como “conjuntamente dependente”, expondo o saber de forma axiomática, segundo uma ordem racional que dispensaria longas dissertações; todo o conteúdo estaria *compendiado e sintetizado* em um texto corrido, escasso em notas e contendo árvores de conceitos que possibilitassem a visualização dos conteúdos nas suas relações entre si; além disso, os volumes pequenos e portáteis permitiriam o transporte e fácil acesso ao conteúdo.

O *saber de memória* perde espaço para o saber a partir da *memória externa*, oferecida pelos dicionários, pelas enciclopédias e pelos compêndios. A estruturação do saber histórico da ciência do direito, proposta por LEIBNIZ – a clássica organização em história externa e história interna, ainda bastante presente no ambiente acadêmico brasileiro –, está em consonância com a apresentação daquilo que foi pré-selecionado como conhecimento histórico necessário ao jurista.

¹⁸⁵ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, págs. 243-244.

¹⁸⁶ YATES, Frances A. *The art of memory*. Chicago: The University of Chicago Press, 1974, págs. 423-425.

¹⁸⁷ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*. In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Opera omnia*, tomo IV. Genova: Fratres de Tournes, 1768, pág. 184.

A história externa, conforme LEIBNIZ, teria função meramente auxiliar (*adminiculum*) em relação à jurisprudência, e o estudante deveria ter contato com a história romana, a fim de aprender o direito civil; com a eclesiástica, para o direito canônico; da Idade Média, para o direito feudal; e do tempo contemporâneo, para compreensão do direito público¹⁸⁸.

O método, reitero, aproveita-se da memória pré-constituída para apresentar uma visão do passado funcionalizada às finalidades do presente. Começa-se, com isso, a criar uma memória coletiva de um grupo que cultiva determinado saber. Tal memória não é composta apenas pelo saber técnico compartilhado pelo grupo, mas por um saber acerca do próprio passado – e nos limites dos interesses – da ciência¹⁸⁹.

Não apenas o *suporte papel*, a *cultura livresca*, possibilitada pela imprensa, serviriam como meio de disseminação da memória coletiva. O Estado nacional, apropriando-se de símbolos e, no caso francês, do próprio calendário, passa a dispor de métodos eficientes de constituição e disseminação da memória que independem da escrita.

As *comemorações*, além de contribuírem para a formação da memória, implicam também a seleção dos acontecimentos rememorados: o 14 de julho, após ser excluído por Napoleão do rol de datas comemorativas, é reavivado em 1880; as memórias inconvenientes, como, por exemplo, a do 21 de janeiro, data da execução de Luís XVI, ficam excluídas da comemoração revolucionária¹⁹⁰.

Todavia, os eventos que compõem a memória coletiva do Estado nacional não se encontrariam apenas nas datas festivas: ao longo do século XIX, as comemorações fazem uso de meios diversos, como moedas, medalhas, selos, além de estátuas e inscrições, contidas em monumentos e placas comemorativas em locais de residência de mortos ilustres, vistos ainda hoje em cidades europeias. Ademais, arquivos, bibliotecas e museus

¹⁸⁸ Veja-se LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*. In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Opera omnia*, tomo IV. Genova: Fratres de Tournes, 1768, págs. 191-192.

¹⁸⁹ Essa conexão entre o discurso acadêmico-científico e a formação da memória coletiva é um ponto central desta pesquisa, como, parece-me, já está claro. Retomarei, assim, o argumento, ainda neste capítulo, *infra*, no item 2.1.3.1.

¹⁹⁰ HOBBSBAWN, Eric J.; RANGER, Terence. *The invention of tradition*. Cambridge: University Press, 2012 (trad. port. CAVALCANTE, Celina Cardim. *A invenção das tradições*. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015), pág. 342; LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 424.

abertos ao público em geral reforçam o movimento científico tendente a fornecer à nação os monumentos de lembrança¹⁹¹.

§ 5º *Memória de agora*. Parece haver, hoje, um paradoxo entre superabundância e descrédito da memória. Se, por um lado, é possível constatar uma *demand*a por memória, por outro, a retenção de dados e conhecimentos tem pouco espaço na formação do indivíduo¹⁹².

Os processos de *externalização* e acumulação da memória têm um salto impressionante, especialmente na segunda metade do século XX, com o aperfeiçoamento da memória eletrônica e com o advento e popularização da internet. Sem dúvida, o computador com acesso à *rede mundial* pouco pode fazer por si mesmo sem a intervenção humana; todavia, é uma ferramenta de grande potencial no que se refere ao armazenamento e à facilidade de evocação da memória, o que teria, segundo LE GOFF, provocado uma “verdadeira revolução documental” na história, ao passo em que o computador teria revolucionado a memória arquivista¹⁹³.

Nesse contexto de expansão, o olhar histórico sofre uma guinada, procurando captar a memória nos gestos, ritos, imagens e festas. Sinais dessa conversão seriam identificados, na historiografia, com a prevalência do enfoque nas questões de *identidade*, de que esta tese não deixa de ser um reflexo¹⁹⁴.

Tal conversão não ficaria confinada aos círculos dos historiadores e cientistas sociais, já que o grande público dela compartilharia, “obcecado pelo medo de uma perda de memória, de uma amnésia coletiva, que se exprime desajeitadamente na *moda retrô*

¹⁹¹ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 424.

¹⁹² Sobre a *demand*a por memória, veja-se ROSSI, Paolo. Lembrar e esquecer. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), especialmente pág. 25: “entre as razões que explicam as paixões atuais pelo tema da memória há, sem dúvida, uma grande ‘demanda de passado’ e uma renovação do interesse pelos argumentos e temas que pareciam superados ou marginais, tanto para os teóricos da invasão geral da técnica no mundo moderno, quanto para os teóricos da superação do capitalismo e da revolução mundial: o localismo, o nacional, o regional, o urbano, o bairro, as minorias, os grupos, suas culturas, etc. A homogeneidade nacional é hoje, também na Europa, quase uma exceção. Reforçaram-se e se constituíram solidariedades étnicas. Tribalismos, nacionalismos irredentismos passaram das margens para o centro da história do mundo e se posicionaram como forças alternativas às burocracias centralizadas e às estruturas dos Estados”.

¹⁹³ LE GOFF, Jacques. *Op. cit.*, págs. 428-429.

¹⁹⁴ Idem, *ibidem*, pág. 429.

(...)»¹⁹⁵; o *temor de ser esquecido* é o “temor primordial que acompanha a história de nossa espécie e a vida dos indivíduos desde o período da infância”¹⁹⁶.

Poder-se-ia acrescentar a título de exemplo como marca do *temor do esquecimento*, ao lado da *moda retrô*, evocada por LE GOFF, a imensa quantidade de fotografias, retratos e autorretratos que compõem o fluxo de dados compartilhados por meio de redes sociais ou para composição de acervo pessoal. O prato de comida, a paisagem, a finalização do treino esportivo e até a sala de aula são dignos de serem retratados e divulgados, em um processo que, num certo sentido, transforma a memória particular em coletiva – ou coletiviza a memória particular.

Alguém poderia cogitar que o tempo contemporâneo, pelas razões expostas neste parágrafo, seria facilmente historiado, até mesmo no que se refere à vida privada, já que a função antes típica dos *diários* particulares está alocada em breves textos cibernéticos, acessíveis, portanto, ao público em geral. Se isso, por um lado, é inegável, a grande inflação de dados acarreta dificuldades das quais gostaria de destacar duas.

Em primeiro lugar, há excesso de constituição de memória por atores diversos competindo pelo seu domínio; esse excesso pode levar à rápida sobreposição e ao conseqüente esquecimento do que se pretendia, anteriormente, rememorar. A memória que se constrói e reconstrói a todo tempo não pode ser retida, torna-se *líquida*, na famosa e plástica elocução de BAUMAN¹⁹⁷.

Claro que a aludida *erosão* da memória, voluntária e consciente, ou não, como já se viu acima, não é um fenômeno exclusivo da contemporaneidade. Além das apropriações da memória levadas a efeito pelos imperadores romanos, por exemplo (vide, *supra*, neste

¹⁹⁵ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 432.

¹⁹⁶ ROSSI, Paolo. Lembrar e esquecer. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 23. Também sobre o *temor do esquecimento*, na vertente do temor de *ter esquecido* e, não necessariamente, de *ser esquecido*, PAUL RICOEUR: “não é somente o caráter penoso do esforço de memória que dá à relação sua coloração inquieta, mas o termo de ter esquecido, de esquecer de novo, de esquecer amanhã de cumprir esta ou aquela tarefa; porque amanhã será preciso não esquecer... de se lembrar. (...) Assim, boa parte da busca do passado se encaixa na tarefa de não esquecer. De maneira mais geral, a obsessão do esquecimento passado, presente, vindouro, acrescenta à luz da memória feliz a sombra de uma memória infeliz” (RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), pág. 48).

A memória *feliz* ou *infeliz*, na linguagem de RICOEUR, está relacionada com o sucesso ou não da empreitada da busca pela memória, do esforço de rememoração. (Veja-se *idem*, *ibidem*, pág. 46.)

¹⁹⁷ Veja-se BAUMAN, Zygmunt. *Liquid times: living in an age of uncertainty*. Cambridge (USA): Polity, 2011.

tópico, § 1º), as escavações desde há muitos séculos revelam as cidades *apagadas* pelas construções sobre ruínas antigas.

No tempo de uma vida humana, não temos a oportunidade de presenciar esse processo, salvo em função de alguma anormalidade; todavia, a área urbana se transforma em ritmo acelerado com os novos *grafites* e pichações, arranha-céus construídos e demolidos com imensa velocidade, arquitetura antiga que dá lugar a caixotes funcionais, e, igualmente, ruas, avenidas, praças, recebem suas denominações, justamente, a partir de eventos e pessoas que se quer rememorar; com isso, a memória urbana se altera constantemente¹⁹⁸.

De modo análogo, as fontes de informações na internet podem ser transformadas ou destruídas com facilidade, levando o que foi *verdade* ontem a não mais o ser hoje – não pela superação do paradigma teórico, mas pela simples manipulação da memória¹⁹⁹.

A fluidez da memória determina, então, o incremento da responsabilidade dos historiadores com trato e controle das fontes. Certamente, essa responsabilidade não é prerrogativa da modernidade e contemporaneidade, mas em vista da expansão quantitativa

¹⁹⁸ São Paulo assistiu, em junho de 2016, a um caso interessante no qual um elevador, que não é, em princípio, monumento de comemoração, mas obra pública de caráter funcional, teve seu nome alterado para *rememorar* não um dos presidentes do período de ditadura militar, mas, justamente, aquele que fora deposto pelo golpe de 1964. Com isso, o Elevado Costa e Silva passou a ser nomeado Elevado João Goulart.

A justificativa ao Projeto de Lei nº 288, de 05 de junho de 2015, que resultou na Lei nº 16.525, de 25 de julho de 2016, de autoria do vereador Eliseu Gabriel, era clara em relação aos propósitos da alteração: Costa e Silva, associado à *linha dura* do regime, tendo editado o AI-5, que o atribuía amplos poderes para “cassar políticos e institucionalizar a repressão e a tortura”, deveria ceder lugar a Goulart, “presidente da república democraticamente eleito” (*sic*), já que o “elevado Costa e Silva somente recebeu este nome por ter sido construído e inaugurado durante a ditadura militar, o que, em plena democracia se torna um contrassenso”. A justificativa está acessível por meio endereço eletrônico <<http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/justificativa/JPL0288-2014.pdf>>. Último acesso aos 07 de novembro de 2016.

João Goulart, afinal, encontrou sua redenção; Costa e Silva, o esquecimento. Seria importante, todavia, questionar se esquecer Costa e Silva não seria esquecer, ao mesmo tempo, a própria ditadura e o que de deletério quem a ela esteve submetido. Não teria esse esquecimento efeitos nocivos para a democracia, saudada pela resignificação do elevador?

O texto da Lei Municipal nº 16.525/2016 está disponível por meio do endereço eletrônico <<http://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/lei-16525-de-25-de-julho-de-2016/>>. Último acesso aos 07 de novembro de 2016.

¹⁹⁹ Um campo em que se vislumbra esse tipo de ocorrência é o das enciclopédias virtuais colaborativas, editáveis por qualquer indivíduo que se tenha cadastrado para esse propósito, como a Wikipédia. Segundo informações colhidas do próprio sítio da organização, a “Wikipédia é um projeto de enciclopédia colaborativa, universal e multilíngue estabelecido na internet sob o princípio wiki. (...) Tem como propósito fornecer um conteúdo livre, objetivo e verificável, que todos possam editar e melhorar.

(...) Todos os editores da Wikipédia são voluntários. Eles integram uma comunidade colaborativa, sem um líder, na qual os membros coordenam os seus esforços no âmbito dos projetos temáticos e diversos espaços de discussão. (...)

Todos podem publicar conteúdo *on-line* desde que sigam as regras básicas estabelecidas pela comunidade, como por exemplo a verificabilidade da informação ou notoriedade do tema”. Acessível por <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal>. Último acesso aos 07 de novembro de 2016.

das fontes, o controle qualitativo demanda uma laboriosa atividade de seleção e análise. O trabalho do historiador, como lembra LE GOFF, não seria o de constituir memória, mas de combatê-la: a memória, integrando o jogo de poder, autorizaria manipulações conscientes ou inconscientes e obedeceria a interesses individuais ou coletivos; a história – a ciência da história – à memória coletiva se contraporía, retificando-a²⁰⁰.

Formar-se-ia, então, uma relação em certo sentido conflituosa entre o historiador e os *documentos históricos*, pois muitos deles seriam, justamente, constituídos para compor a memorização acerca de determinado evento ou pessoa, conforme interesses que não necessariamente privilegiam a isenção e imparcialidade; a dialética entre o pesquisador que se pretende neutro e o documento seria, portanto, constantemente permeada pela desconfiança²⁰¹.

2.1.2.2. Estipulação da noção de memória

A partir dos elementos colhidos nos parágrafos anteriores, é possível estipular uma noção de memória a ser utilizada doravante nesta tese.

Na tentativa de esboço que empreendi acima, nota-se que há múltiplos enfoques possíveis para o tratamento do fenômeno da memória, inclusive porque sua compreensão perpassa, como já aduzido (*supra* 2.2.2.1, trecho introdutório, anterior ao § 1º), diversas áreas do conhecimento. Quando PLATÃO relaciona memória à existência da alma antes de nascimento do corpo, não trata exatamente do mesmo tema que YATES, ao historiar a *arte da memória*; ou, ainda, que ROSSI, quando trata dos *assassinos da memória*²⁰².

Antes da referida resenha, ao longo da introdução e do primeiro capítulo, tratei sempre de memória em um determinado sentido – ainda inarticulado, mas razoavelmente uniforme ao longo do texto – que cumpre, agora, precisar. No contexto desta pesquisa,

²⁰⁰ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 35. PAUL RICOEUR, todavia, não parece ser tão otimista em relação ao papel do historiador: “ora, não é a historiografia, de certa forma, a herdeira da *ars memoriae*, essa memória artificial que evocávamos mais acima sob o título de memorização erigida em façanha? E não é de memorização, mais que de rememoração, no sentido de uma lembrança precisa de acontecimentos passados, que se trata essa narrativa?” (*La mémoire, l’histoire, l’oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 151-152).

²⁰¹ Esse ponto será mais bem abordado no tópico seguinte, acerca dos monumentos e lugares de memória.

²⁰² Veja-se, na ordem das referências no corpo de texto, PLATÃO. Fédon. In: PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999; YATES, Frances A. *The art of memory*. Chicago: University Press, 1974; ROSSI, Paolo. Lembrar e esquecer. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l’oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010).

tratarei a memória como: *a)* repositório de conservação do passado da experiência humana (ou seja, a memória inserida no “tempo histórico” da experiência humana); *b)* conservação essa que pode ser subjetiva ou intersubjetiva (individual ou coletiva, portanto), interessando, para os meus propósitos, especialmente a ideia de memória *coletiva* ou *compartilhada* por um grupo; *c)* memória como objeto *controlável*, cujos elementos de constituição podem ser alterados por atos humanos, gerando *rememorações*, *comemorações* e *esquecimentos* não espontâneos; *d)* e, por isso, tal controle pode se tornar objeto de disputa entre indivíduos ou grupos que compitam pelo poder.

Nos parágrafos seguintes, procurarei esclarecer o significado dos termos que compõem a estipulação, com exceção do aspecto sociológico apontado sob o item *d*, que será abordado oportunamente no tópico 2.1.3.1, *infra*, a respeito da relação entre a memória e o discurso acadêmico científico.

§ 1º *Inserção da memória no tempo.* O sentido de memória está inserto no *tempo*, sendo reflexo da distinção *passado*, *presente*, *futuro*.

A noção de *tempo*, por sua vez, não pode ser buscada apenas pelos critérios físico-matemáticos de aferição do tempo natural – que, afinal, servirá como parâmetro para os demais *tempos* sociais. A determinação do que é *passado*, *presente* e *futuro*, como já se acenou no capítulo anterior (veja-se, *supra*, item 1.3), é levada a efeito em função de fatores que vão além da cronologia; o recorte entre o que é *presente* e o que já não é efetua-se por meio de uma consciência coletiva histórica, uma *comunidade de relação com o tempo*, na expressão de PAUL RICOEUR²⁰³.

Apenas o que *foi*, portanto, e não aquilo que *é*, pode ser objeto da memória. Isso implica dizer, evidentemente, que a memória se volta ao passado, a eventos passados, concluídos, não porque estão dispostos anteriormente na cronologia; a eles nos referimos pelo *perfectum*, pelo tempo verbal da ação perfeita.

PAUL RICOEUR, por isso, opõe *memória* a *hábito*, pois o hábito, assim como as *aptidões* de ler, reconhecer um objeto ou pessoa etc., tem sua gênese no passado, mas integra a dimensão do presente, sem o que o autor chama de *gradiente de distanciamento*.

²⁰³ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), pág. 43.

O hábito, as habilidades e aptidões, embora adquiridos no passado, estão ligados à vivência do presente, ao passo que a memória situa-se na vivência do passado²⁰⁴.

A dimensão da memória está relacionada ao que T. S. ELIOT nomeou *pastness* do sentido histórico²⁰⁵. Memória, portanto, será referida como *pertinente ao tempo e à experiência humana do tempo*, o que implica a exclusão, para as finalidades desta pesquisa, de sua dimensão mítica e epistemológica, nos termos platônicos.

Mas, na esteira de ELIOT, devemos destacar que há, também, uma dimensão da memória no tempo presente. Se a memória tem como objeto o passado, ela própria não deixa de ser uma experiência presente, dependente de uma atividade cognitiva do indivíduo ou grupo que a *evoca* – ou a *presentifica* –, de que advém o seu caráter de *saber*²⁰⁶. Sem essa experiência presente da memória, ficaríamos com o *esquecimento*.

Portanto, pode-se situar a memória no tempo humano em dois sentidos: *a)* em relação ao seu objeto, que é passado; *b)* em relação à sua fenomenologia, que é presente, em oposição ao esquecimento.

§ 2º Memória e memória coletiva. Sem dúvida, sendo a memória um fenômeno do presente, depende ela de mecanismos que a vivifiquem de forma atual, no indivíduo ou grupo; são necessários, portanto, meios de *presentificação* da experiência passada, objeto da memória. RICOEUR, lastreado em Bergson, aduz que tais mecanismos envolvem graus diversos de *esforço de intelecção*, desde o grau zero, na chamada *memória instantânea*, até a *recordação laboriosa*²⁰⁷.

O mecanismo dos *lugares de memória*, associado à *memória artificial*, implicando algum grau de esforço para o reavivamento, será analisado no tópico seguinte. Por ora, é oportuno enfatizar que assumo, a despeito do modo como se provoca a reminiscência, a existência tanto da memória *individual* como da *coletiva*, quer dizer, a memória compartilhada a uma coletividade, a um grupo.

²⁰⁴ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014).

²⁰⁵ Veja-se, *supra*, item 1.3, texto que acompanha a nota de rodapé nº 98.

²⁰⁶ RICOEUR, Paul. *Op. cit.*, pág. 45.

²⁰⁷ Idem, *ibidem*, pág. 46. O reavivamento do passado, no pensamento aristotélico, foi chamado ἀνάμνησις (*anamnese*), traduzido para o latim *reminiscência* (veja-se, *supra*, 2.1.2.1, § 1º). Outros termos possíveis seriam *recordação*, *busca*, *evocação*, que não são tratados como sinônimos entre si, mas implicam sempre ideia de presentificação, de reavivar o passado no presente. É sempre nesse sentido que utilizarei os vocábulos indicados. Para uma discussão sobre outros diferentes sentidos, veja-se idem, *ibidem*, págs. 45-48.

Admito, ao longo da *introdução*, sem problematização, a existência da memória coletiva. Todavia, o esforço de revisão procedido no tópico anterior permite entrever que a teorização sobre a memória parte da experiência subjetiva individual. O coletivo não foi posto, em regra, como sujeito apto a reter a memória ou rememorar.

A oposição *interior/exterior* é útil para compreender a relação entre memória individual e coletiva. Naturalmente, pensamos que possuímos uma *individualidade*, assim como possuímos fígados ou corações; tratamos disso como um fato que não precisa ser interpretado, dada sua evidência, assim como situar o *locus* do pensamento na *mente*. A ideia de que os membros de comunidade são pessoas diferentes entre si não é – e, aparentemente, nunca foi – estranha aos agrupamentos humanos. Isso confere à noção de *indivíduo*, de acordo com CHARLES TAYLOR, uma certa continuidade histórica²⁰⁸.

A despeito dessa aparente continuidade, não há uniformidade ao longo da história do pensamento ocidental a respeito da *alocação* do pensamento no *interior* do sujeito, e a própria noção de indivíduo contemporânea pareceria estranha aos antigos e medievais. Do mesmo modo, também é possível verificar deslocamentos do *locus* da memória do *interior* ao *exterior*, como acenado esquematicamente no tópico anterior (2.1.2.1, § 4º).

De Agostinho a Edmond Husserl, conforme RICOEUR – mesmo que, ao longo da maior parte dessa história, ainda não se houvesse formado a *consciência de si*, o *self*, no sentido moderno –, preponderaria a ideia de que a lembrança está ligada ao *homem interior* que “se lembra de si mesmo”. A memória seria, nessa tradição, essencialmente privada: “minhas lembranças são minhas, não suas”; não há possibilidade de transferência de memória entre sujeitos; as impressões particulares compõem a memória a partir de experiências vivenciadas pelo sujeito – e por ninguém mais –, servindo de elementos para construção de seu vínculo com o passado²⁰⁹.

²⁰⁸ TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge: University Press, 1992, pág. 112.

²⁰⁹ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 107-108. Nota-se, seguindo-se as análises de TAYLOR e RICOEUR que a relação *interioridade/externalidade* da memória e da razão não segue os mesmos caminhos na história do pensamento, já que, de acordo com o primeiro, a razão *internalizar-se-ia* a partir da concepção de *razão procedimental*, com DESCARTES; ou seja, o momento em que a razão deixa de ser *encontrada* para ser *criada* (cfr. TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge: University Press, 1992; também, ROSSI, Paolo. A ciência e o esquecimento. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 124).

Seria, por outro lado, JOHN LOCKE, no capítulo segundo dos *Essays concerning human understanding*, o articulador das noções de *identidade*, *consciência* e *individualidade (self)*. Em DESCARTES não haveria consciência no sentido de *self*: “*cogito* não é uma pessoa definida por sua memória e sua capacidade de

Apresentar a memória como ligada ao *olhar interior* até Husserl, como faz RICOEUR, poderia aparentar uma contradição com o processo de *externalização*, a que aludi acima, como iniciado no século XVI (*supra*, 2.1.2.1, § 4º). Ocorre que aquele primeiro deslocamento não diz respeito ao papel da memória na construção da relação do homem com o passado. Trata-se, antes de tudo, do deslocamento do repositório de passado do indivíduo para seu exterior, em função da decadência da *ars memoriae*, possibilitada, entre outros fatores, pelo advento da imprensa.

Aquele deslocamento, portanto, tem ligação imediata com a gradativa retirada da arte mnemônica da formação dos indivíduos *educados*, o que, em última análise, também está relacionado com a outra decadência, a da *retórica*, no currículo acadêmico.

Quando se trata de *memória coletiva*, por sua vez, o deslocamento do *interior* para o *exterior* implica a ideia de que haja uma experiência temporal compartilhada por um grupo de indivíduos; quer dizer, o *fluxo temporal* e a determinação do que é presente e passado, se não dependem exclusivamente do *tempo objetivo, natural*, também não são função exclusiva da consciência do indivíduo; admite-se, portanto, a existência de uma *experiência temporal compartilhada*.

prestar contas a si mesma. Ele surge na fulgurância do instante”; somente a continuação do ato de *cogitare* lhe confere a duração, sem conexão com o lembrar-se de ter pensado; é a *substância* – o *ego* objetivado – que confere a certeza da existência.

LOCKE, contudo, constrói a noção de *self* a partir da aptidão de perceber-se a si próprio (*consciência*), *identificando-se* no tempo; *identidade*, nesse caso, implica a ausência de diferença em relação a si; é-se e reconhece-se o mesmo no decorrer do tempo: “a identidade pessoal é uma identidade temporal” (RICOEUR, Paul. *La mémoire, l’histoire, l’oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 113-115).

Husserl é a terceira testemunha da tradição do olhar interior invocada por RICOEUR. Husserl, em um primeiro momento, declara como *íntima* a consciência do tempo, posicionando *tempo* e *consciência* em relação de imanência, ou seja, retirando os intervalos entre as nações por meio da eliminação da referência ao tempo *objeto*, ao tempo do mundo, que se considera, em regra, independe da consciência (Idem, *ibidem*, pág. 120). A percepção do tempo dependeria de uma subjetividade absoluta; o *fluxo* temporal originar-se-ia de um *ponto-fonte* que jorra o *agora*; assim, na vivência da atualidade – o *presente vivo*, que não se deve confundir com o instante pontual do tempo objetivo –, haveria um *ponto-fonte* originário e uma continuidade construída a partir da consciência. A metáfora do *fluxo* permitiria que houvesse um *eixo de referência* para projetar a noção de continuidade; e a continuidade do *fluxo*, atravessada por uma intencionalidade transversal, permitiria a sua unidade, assim tal como em uma melodia, um som, cuja duração é também unidade (Idem, *ibidem*, págs. 121-122).

A extrema subjetividade da relação *consciência/tempo* em Husserl serviria como obstáculo à passagem de uma *fenomenologia da memória individual* para a *sociologia da memória*, já que, ao enxergar o fluxo temporal como autoconstituído, com exclusão da alteridade, erguer-se-ia barreira à ideia de uma constituição simultânea da memória individual e da memória coletiva; a “dificuldade consistirá em passar do *ego* solitário a um outrem capaz de se tornar, por sua vez, um nós” (Idem, *ibidem*, pág. 124). O próprio Husserl teria procurado, na quinta *Meditação cartesiana*, superar o *ego* solitário, abrindo caminho para uma experiência compartilhada do tempo, embora não se fale, ainda, diretamente, de uma memória comum (Idem, *ibidem*, págs. 127-128).

Tal compartilhamento é permitido, conforme a expressão de RICOEUR, pelo redirecionamento do olhar do interior para o exterior. A obra de MAURICE HALBWACHS seria representativa dessa virada. Ancorado em Émile Durkheim, HALBWACHS, em um conjunto de escritos postumamente publicados, intitulado *A memória coletiva*, atribui a memória diretamente a uma entidade coletiva que ele chama de *grupo* ou *sociedade*. Para ele, a memória nunca seria plenamente individual, já que a rememoração apenas poderia ser dotada de sentido se compartilhada por um grupo que tenha em comum as noções que a tornem inteligíveis ao indivíduo²¹⁰.

Com efeito, para o autor, se determinada lembrança individual foi suprimida e não há mais possibilidade de encontrá-la, é porque já não fazia parte do grupo em cuja memória ela se conservara e ganhara sentido. Não bastaria, portanto, a reconstrução passo a passo de um acontecimento do passado para que o indivíduo dele se recorde; é necessário que essa reconstrução se opere a partir de dados ou de noções comuns que se encontram tanto no espírito do indivíduo como no dos outros membros da coletividade. Opera-se, desse modo, uma contínua transferência recíproca desses dados comuns entre os membros do grupo, o que apenas pode acontecer caso não deixem de pertencer a uma mesma sociedade²¹¹.

Assim, mesmo que se isole o homem em seu quarto de hotel, no apartamento em que vive sozinho ou, até mesmo, em uma mata ou no deserto, a memória que se forma de sua experiência não será estritamente individual, se ele carregar consigo os quadrantes de pensamento que o mantêm um ser social. Quer dizer, se ele estiver imerso em um quadro de noções comuns compartilhado com os demais membros de seu grupo, afinal “o funcionamento da memória individual não é possível sem esses instrumentos que são as palavras e as ideias, que o indivíduo não inventou e que emprestou de seu meio”²¹².

Com efeito, RICOEUR aduz que a articulação de qualquer memória individual é realizada por meio da linguagem, o que, em alguma medida, já a coloca na dimensão *dos outros*, pois, ainda que não vocalizada ou posta em forma de narrativa, a lembrança já seria um discurso travado consigo mesmo. Tal discurso seria, afinal, travado na língua materna –

²¹⁰ HALBWACHS, Maurice. *La mémoire collective*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968 (trad. port. SCHAFFTE, Laurent Léon. *A memória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990), págs. 28-29.

²¹¹ Idem, *ibidem*, pág. 34. Veja-se, também, LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), págs. 195-196.

²¹² HALBWACHS, Maurice. *Op. cit.*, págs. 36-37. A transcrição está mais adiante, na pág. 54.

ou mesmo em qualquer outra que fosse –, que é um instrumento cunhado pelo outro, pelo coletivo²¹³.

Desse modo, entre a “memória autobiográfica” e a “memória histórica” haveria uma contradição apenas aparente, pois os pontos de referência da memória individual seriam, frequentemente, aqueles fixados pela sociedade, isto é, por um ente coletivo que existe fora do sujeito. A memória autobiográfica – individual, pessoal – apoiar-se-ia, portanto, na memória histórica – social, coletiva –, pois “toda a história de nossa vida faz parte da história em geral”²¹⁴.

Sem dúvida, é a memória autobiográfica menos fragmentada que a memória histórica; é a primeira, e não a segunda, que confere densidade à identidade individual por meio de uma *narrativa* contínua. Entretanto, o quadro de referências para essa narrativa viria do exterior, da vida em sociedade, dos acontecimentos que *interessam à nação* ou *ao mundo*; segundo HALBWACHS, inclusive, em muitos casos, se o acontecimento não diz respeito ao coletivo, se não há a memória do grupo a lhe conferir sentido, o indivíduo não conseguiria recompor a lembrança.

Posso tentar, aproveitando-me do estilo e do modo de apresentação dos exemplos de HALBWACHS, ilustrar suas ideias com uma experiência pessoal: ao longo da Guerra do Golfo Pérsico, em 1991, contando com seis anos de idade, lembro-me de recebermos, em casa, a visita de um tio, irmão do meu pai. Em um dado momento, vocalizei meu desejo de assistir a um determinado desenho animado que me interessava naquela fase da vida. Recebi uma resposta não muito educada de meu tio: “desenho, nada: nós vamos ver guerra”. Lembro-me, então, que se tratava do conflito que ficou conhecido como Guerra do Golfo; lembro-me que as emissoras televisionavam diversos episódios do conflito; lembro-me que, no quadro nacional, avizinhava-se a crise política que culminaria no *impeachment* do então Presidente Collor de Mello; recordo-me, inclusive, que 1991 foi ano em que o brasileiro Ayrton Senna conquistou o terceiro título mundial de Fórmula-1; agora, por outro lado, não há nenhuma reminiscência de qual era o desenho animado que estava desejoso de assistir nem de qual seria meu interesse nele. Segundo a hipótese de HALBWACHS, esse *apagamento* se daria porque o tal desenho não interessava naquele momento a mais ninguém, somente a mim mesmo; do mesmo modo, não tenho nenhuma

²¹³ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), pág. 138.

²¹⁴ Idem, *ibidem*, págs. 54-55.

recordação se havia outras visitas em casa, se meus avós paternos ou minha tia, irmã de meu pai, estavam presentes; lembro-me apenas de meu tio, talvez porque foi ele quem vinculou, por meio de sua resposta atravessada, a minha experiência pessoal a um suporte coletivo, possibilitando a memória.

Seria difícil, segundo HALBWACHS, que encontrássemos lembranças que não misturassem nenhum dos pensamentos do grupo ou grupos dos quais fazíamos parte. Por isso, não nos recordaríamos da primeira infância, já que não seríamos, ainda, um ente social²¹⁵. Haveria, portanto, uma experiência comum aos indivíduos e grupos aos quais pertence compartilhada em limites espaciais e temporais diversos, ora mais restritos, como a família, ora mais remotos, como o grupo nacional, além de grupos intermediários ligados ao exercício da profissão, à religiosidade etc.

O autor não nega a existência de uma memória individual decorrente da consciência individual capaz de se bastar. Todavia, ele não concebe que a memória possa sustentar-se sem *quadros* compostos pelas lembranças comuns ao grupo. Tais *quadros* seriam compostos por *extratos* do passado, reduzidos e articulados de sorte a poderem ser absorvidos e minimamente compreendidos pelo sujeito. Trata-se do “epitáfio dos acontecimentos de outrora, tão curto, geral e pobre de sentido como a maioria das inscrições que lemos sobre os túmulos”: nomes próprios, datas, fórmulas que procuram apresentar (ou reapresentar) uma “sequência complexa de detalhes”²¹⁶.

Quando, logo acima, fiz menção ao ano de 1991, tenho em vista pequenos extratos da época: a Guerra do Golfo (quem a travou? Por quem foi vencida?), a crise política, os “caras pintadas” (eram estudantes de que instituições? De que classe social? Que motivações estavam envolvidas em suas manifestações? Quem eram seus líderes?).

Quero enfatizar, com isso, que a formação da memória coletiva pode prescindir da acurácia histórica e, enquanto memória, que *conserva* um passado, pode servir à tradição, conferindo-lhe a profundidade temporal necessária.

Vê-se, assim, como a constituição desses *quadros de memória* pode, de modo mais ou menos direto, afetar a formação da memória individual e, com isso, implicar a construção da identidade do indivíduo e do grupo. Os quadros da memória coletiva

²¹⁵ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), pág. 38.

²¹⁶ Idem, *ibidem*, pág. 55.

contribuem para a percepção da identidade e da alteridade; ajudam a determinar *quem somos nós e quem são os outros*.

Do mesmo modo como em Husserl a *consciência individual* configura o *fluxo* como *continuidade e identidade* no tempo, também em relação ao grupo há uma identidade temporal formada por uma intencionalidade que lhe atribui continuidade: *somos brasileiros hoje, éramos brasileiros ontem; somos civil lawyers hoje, éramos civil lawyers ontem*; enunciar essa continuidade implica enunciar a identidade do grupo, bem como dos elementos históricos que a compõem, além dos que *não* a compõem e devem, portanto, permanecer no *esquecimento*, não serem *presentificados*.

Essa *unidade interna* das lembranças, que se coloca na base da identidade, não se relacionaria à unidade interna da consciência; haveria, então, uma atribuição ilusória das lembranças a nós mesmos; ilusórias também seriam as impressões de que somos autores de nossas próprias crenças; desse modo, a maioria das influências sociais permaneceria despercebida para nós. RICOEUR, no entanto, objeta que o ato de se recolocar em um grupo e de se descolar de grupo em grupo – conservando, nesse trânsito, a identidade individual – supõe uma espontaneidade apta a dar sequência a si mesma. Em última instância, portanto, quem se lembra é o indivíduo, apoiado, contudo, no coletivo, que lhe serve de suporte²¹⁷.

§ 3º A maleabilidade da memória coletiva. O reconhecimento da existência da memória coletiva impõe não apenas o problema teórico referente à atribuição da lembrança ao outro – ao *coletivo* –, desprendido de uma *consciência* singular, mas também em relação à memória *manipulada*.

Os quadros da memória coletiva em que se desloca a memória individual, no sentido de HALBWACHS, não têm, necessariamente, composições fixas, e seus conteúdos podem ser determinados a partir de modos diversos, alterando-se a configuração do passado. Nessa medida, torna-se, a memória, não apenas uma preocupação filosófica ou fenomenológica, tampouco somente sociológica, no que diz respeito à sua dimensão pública; o historiador, igualmente, com ela e seus modos de constituição se preocupa, pois

²¹⁷ RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 132-133.

afetam aquilo que comumente se tem como objeto de sua ciência – o passado –, bem como o próprio conhecimento do presente²¹⁸.

É necessário, então, admitir que há uma zona de interpenetração em que ocorrem influências recíprocas entre a memória individual e a memória coletiva. Tratar-se-ia de pontos ideais de “mediação entre a memória individual e a memória coletiva”, afetando não apenas a configuração da reminiscência, como também da identidade, que não estaria somente vinculada à consciência individual, mas ao grupo²¹⁹.

A percepção de que esses pontos seriam manipuláveis – e, além disso, de que são úteis tais manipulações – está bem intuída e ricamente ilustrada na literatura de GEORGE ORWELL. Tanto em *Animal Farm* quanto em *1984*, as alterações do passado aparecem como ponto central do sistema de poder.

Em uma passagem de *1984*, Winston Smith, detido pelo partido e torturado por O’Brien, é forçado a lembrar-se de um *slogan* lidando com a relação entre o passado e o poder: *quem controla o passado controla o futuro: quem controla o presente controla o passado*; O’Brien, então, procura convencer Winston de que o passado não existe objetivamente e que o Partido controlaria todas as formas de retenção da memória que estariam não apenas nos arquivos, mas também na mente humana²²⁰.

Uma das técnicas para tanto, segundo O’Brien, seria o *apagamento dos mártires*. O indivíduo que, como Winston, estivesse nas mãos do Partido não seria vindicado pela posteridade; as torturas a que ele seria submetido não visariam a nenhuma confissão, mas a uma confissão *verdadeira*, uma real penitência perante o partido. O julgamento e a morte em público não fariam do capturado o modelo para sublevações posteriores, ainda que somente *imaginadas*. Winston seria aniquilado por completo: “nothing will remain of

²¹⁸ Cfr. RICOEUR, Paul. *La mémoire, l’histoire, l’oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014), págs. 139-141.

²¹⁹ Idem, *ibidem*, pág. 141. LE GOFF adverte que “amnésias coletivas” geram perturbações à identidade, e acrescenta, a respeito da memória como objeto de disputa, que “tornarem-se senhores da memória e do esquecimento é uma das grandes preocupações das classes, dos grupos, dos indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas. Os esquecimentos e silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória coletiva” (*Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 390).

²²⁰ ORWELL, George. *Nineteen eighty-four*. London: Penguin, 2000, págs. 224-225.

you”, diz O’Brien, “not a name in a register, not a memory in a living brain. You will be annihilated in the past as well as in the future. You will never have existed”²²¹.

Exageros permitidos pela ficção? Isaac Emmanuelovich Babel, de acordo com os poucos dados biográficos a seu respeito que foram preservados, foi um escritor soviético nascido em 1894, em Odessa, filho de um mercador. Babel teria se notabilizado como um grande autor do gênero conto, além de ter escrito peças de teatro e roteiros para cinema²²².

A despeito de ter alcançado respeitabilidade e projeção no meio literário – o que lhe teria rendido, inclusive, o privilégio soviético de ter uma *dacha* no campo²²³ –, Babel foi preso aos 15 de maio de 1939. Após esse evento, o escritor desapareceu, não apenas porque não mais foi visto, mas em função do apagamento de qualquer referência a ele ou à sua obra nos documentos oficiais; todos os seus papéis – cartas, manuscritos, rascunhos etc. – foram confiscados quando de sua prisão.

De 1939 a 1954 houve completo silêncio a respeito do autor. Foi apenas aos 26 de janeiro de 1954 que uma sentença do Colégio Militar revogou a condenação de Babel, que já havia sido executado 14 anos antes, aos 27 de janeiro de 1940, pelos crimes de “ativa participação em uma organização Trotskista antissoviética, associação de conspiração terrorista, além de atuar como espião para os governos francês e austríaco”²²⁴.

A absolvição póstuma do escritor, bem como o fluxo de dados sobre sua vida e obra, apenas começou a ser conhecida em 1990, após a derrocada da União Soviética²²⁵.

²²¹ Cfr. ORWELL, George. *Nineteen eighty-four*. London: Penguin, 2000, pág. 230. Em tradução livre, “nada restará de você; nem o nome em um registro, nem uma lembrança em uma mente viva. Você será aniquilado no passado e no futuro. Você nunca terá existido”.

Segundo PAOLO ROSSI, a obra de ORWELL, em conjunto com a de Arthur Koestler, apresentou, nos anos de 1940, uma “redescritção do mundo comunista bem diferente da [descrição] então comumente aceita nos mundos progressistas europeu e americano. Contribuíram enormemente para o nascimento de uma nova consciência e para o seu lento reforço. Em ambos os autores, o tema do ‘esquecimento do passado’ e da construção de um passado conveniente está no centro da narrativa” (ROSSI, Paolo. Lembrar e esquecer. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l’oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 34).

²²² Os dados estão em uma entrada do segundo volume da segunda edição da *Pequena Enciclopédia Soviética*, publicada em 1937; o verbete encontra-se reproduzido no volume *The complete Works of Isaac Babel*. Norton & Company: New York, 2002, págs. 22-23. A coletânea foi organizada pela filha do autor, NATHALIE BABEL, que, no prefácio, questiona-se sobre a real identidade de seu pai: era ele um escritor soviético, russo ou judeu? (Cfr. idem, *ibidem*, pág. 20).

²²³ Cfr. OZICK, Cynthia. Introduction. In: BABEL, Isaac. *The complete Works of Isaac Babel*. Norton & Company: New York, 2002, pág. 13.

²²⁴ BABEL, Nathalie. Preface. In: BABEL, Isaac. *The complete Works of Isaac Babel*. Norton & Company: New York, 2002, págs. 27-28.

²²⁵ Idem, *ibidem*, pág. 28. Algumas interessantes reflexões sobre a vida e obra de Babel – ainda que sem preocupação com a acuidade da apuração histórica – estão dispersas no romance *Vastas emoções e pensamentos imperfeitos*, de RUBEM FONSECA.

Babel escapou da aniquilação completa para a posteridade e hoje ainda podemos desfrutar de sua escrita. Mas os métodos de controle da memória e do esquecimento postos em movimento pelos Estados totalitaristas não passaram despercebidos a PAOLO ROSSI, que se valeu, também, das ilustrações de ORWELL para analisá-los.

LUIZ JEAN LAUAND aponta que o homem é, fundamentalmente, *ser que esquece*²²⁶. O esquecimento, o apagamento da memória, é tido como natural. Ao contrário do esforço mnemônico, o esquecimento não exigiria trabalho ou empenho voluntário. Ao contrário do que houve com a memória, que conheceu o *status* de *ars* com vasta literatura a respeito, o esquecimento permanece, em certa medida, inarticulado; não se concebe um sistema técnico para o esquecimento, mas há muitos modos e muitas razões para induzi-lo²²⁷.

O monumento erguido para abrigar os restos mortais de Napoleão rememora diversas facetas do imperador (cfr. *supra*, item 2.1.1), em especial os triunfos militares e as suas obras na área civil. Coube, no entanto, ao seu algoz na Ilha de Santa Helena, HUDSON LOWE, lembrar que o Congresso de Viena havia declarado Napoleão inimigo e perturbador do mundo e o entregue à vingança pública. LOWE, por sua vez, quis reavivar esse evento para que a Europa ao mesmo tempo *esquecesse* a figura cruel que Las Cases dele pintou no *Mémorial de Sainte-Hélène*²²⁸.

São conhecidas as manipulações fotográficas, os textos reeditados, as pessoas que, como Babel, desapareceram sem vestígio na U.R.S.S., no Brasil ou na Argentina. As *comissões da verdade* são exemplos de atividades que procuram restabelecer a memória nesses pontos em que se promoveu o esquecimento, buscando-se, com isso, a compreensão do passado individual e coletivo, o restabelecimento da identidade e o perdão²²⁹.

²²⁶ LAUAND, Luiz Jean. Introdução. In: AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, pág. 1.

²²⁷ Cfr. ROSSI, Paolo. Lembrar e esquecer. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), págs. 31-32.

²²⁸ LOWE, Hudson. *Le contre-mémorial de Sainte Hélène*. Paris: Fasquelle, 1949, págs. 13-14. O próprio LOWE ficou esquecido por muitos anos. Escrito em um francês “aproximativo”, a obra, cujo título original era *Mémorial de Sir Hudson Lowe, relatif à la captivité de Napoléon à Sainte-Hélène*, não teve reedição entre 1830 e 1949 e, até essa data, não havia sido editada nem sequer na Inglaterra. Esse documento essencial, escrito pelo “inimigo número 1” de Napoleão, esteve negligenciado e, com isso, o *Mémorial* de Las Cases sobressaiu-se como a principal voz ativa na construção da imagem do exílio de Napoleão e de LOWE (cfr. idem, *ibidem*, págs. 05-06).

²²⁹ No Brasil, a *Comissão Nacional da Verdade*, instituída pela Lei Federal nº 12.528/2011, iniciou suas atividades aos 16 de maio de 2012. Fotografias, testemunhos, relatórios e demais resultados dos trabalhos podem ser acessados por meio do endereço eletrônico <<http://www.cnv.gov.br/>>. Último acesso aos 19 de novembro de 2016.

A *alterabilidade* do conteúdo da memória coletiva tem conexão com a dialética entre o sujeito cognoscente do passado e o *documento*. A noção de *documento histórico* é tão fluida e difícil de definir quanto a de memória – e isso não é mero acaso, já que a qualidade de *histórico* que se dê a um *documento* depende da leitura presente que dele se faz. O que é, ou não, digno de figurar no rol daquilo que se julga imprescindível para a reapresentação do passado não é definido de antemão pelo próprio documento²³⁰.

As releituras do documento e os reposicionamentos de seu papel na reconstrução do passado implicam, assim, a modificação da visão do passado. Esse ponto será retomado e aprofundado no tópico seguinte (2.1.3).

§ 4º *Sentido da relação entre direito e memória.* Antes de encerrar este tópico, gostaria de apresentar, em breves linhas, em que sentido se trabalha a noção de memória jurídica nesta tese.

DANIEL VIEIRA SARAPU diagnostica e procura combater uma *amnésia do direito* que decorreria, em última análise, do positivismo jurídico. A abordagem positivista teria provocado uma desconexão entre tempo e direito, redundando, então, em uma ciência jurídica desprovida de memória. O resgate da memória, então, segundo o autor, seria um passo fundamental para a reinserção do fenômeno jurídico na experiência da temporalidade²³¹.

O positivismo teria inculcado na ciência jurídica, por meio da noção de validade, a ideia de que a norma jurídica prescinde do tempo para obter legitimidade. Os potenciais de vinculação e efetivação do direito assentaram-se, exclusivamente, no caráter formal do processo legislativo e na possibilidade de recurso à violência. Com isso, o direito confundir-se-ia com a atividade de gestão promovida pelo Estado, assumindo em sua plenitude o seu papel gerencial em relação à sociedade²³².

A falta de uma clara conexão entre tempo e direito acarretaria o fenômeno da *destemporalização*, na forma de *vertigem da entropia*: o caráter instantâneo das fontes normativas que se sucedem por atos políticos e de poder levaria o jurista, sempre ocupado

²³⁰ Cfr. KARNAL, Leandro; TATSCH, Flavia Galli. A memória evanescente. In: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCCA, Tania Regina (org.). *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2012, págs. 09-10.

²³¹ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pág. 01.

²³² Idem, *ibidem*, págs. 121-122.

do “casuísmo das análises pontuais”, a deixar de levar em conta uma “visão histórica e abrangente do projeto ético que direito tem para a sociedade”. Como consequência, o transcurso do tempo estaria à deriva do direito, incapaz, por sua vez, de estabelecer um regulamento de longa duração²³³.

O antídoto seria, então, o resgate da temporalidade do direito por meio do socorro à memória jurídica em suas três diferentes facetas: *a)* em primeiro lugar, a memória jurídica apta a efetuar a conexão entre o direito e o tempo por meio da construção social da temporalidade no interior do sistema jurídico; *b)* a memória jurídica enquanto conservação dos registros da experiência jurídica passada, compondo-se, com ela, um dos elementos de integração cultural da sociedade sob a forma de memória coletiva ou cultural; *c)* por último, a memória jurídica como “metanarrativa intrínseca à interpretação jurídica”, já que o discurso científico acerca do direito sempre lançaria um olhar sobre sua própria evolução para situar no tempo o intérprete²³⁴.

Gostaria, entretanto, de argumentar que, a despeito da fina análise de SARAPU, talvez o direito não sofra, propriamente, de *amnésia*. O diagnóstico de uma inserção defeituosa da experiência jurídica no tempo parece ser, com efeito, pertinente. Entretanto, não se trataria de falta, mas de excesso de memória desarticulada. O jurista, seja na tradição do *Common Law* – em que a relação entre presente e passado está fixada de antemão por meio da figura do *precedente* –, seja na do *Civil Law*, faz constante uso de diferentes leituras do passado para justificar e legitimar o presente, seja no âmbito das decisões jurisprudenciais, seja no da literatura jurídica.

No campo do direito de família, assiste-se, já há alguns anos, ao jogo dos que pretendem sua *evolução* em oposição à visão hegemônica do passado, ligada à *família patriarcal*, à *influência da Igreja Católica*, à *prevalência do casamento* como modo de

²³³ SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, págs. 124-125. Os termos *destemporalização* e *vertigem de entropia* são colhidos por SARAPU da obra de FRANÇOIS OST: parte-se do pressuposto de que haja um tempo social-histórico construído a partir da vivência social do tempo; “o conteúdo desse tempo sócio-histórico nasceria da conjunção entre técnicas disponíveis na sociedade para registro e medição do tempo e as forças sociais capazes de impor sua construção social”; o tempo, então, assumiria o caráter de *instituição social* com função de preservação da coesão social (Idem, *ibidem*, pág. 115).

A *destemporalização* seria o desequilíbrio na marcha do tempo social, que deixaria, assim, pela dessincronização de diferentes tempos, de implicar um elemento de coesão e unidade. Uma das formas por meio de que isso ocorreria seria a *vertigem da entropia*: “nessa situação, a sociedade estaria tão imersa nas mudanças temporais proporcionadas pelo transcorrer do tempo físico que perderia a capacidade de se albergar do turbilhão do fluxo histórico. Ao assumir a mudança permanente como *modus operandi* social, produzir-se-ia o efeito temporal de uma ‘pane de historicidade’” (Idem, *ibidem*, pág. 116).

²³⁴ Idem, *ibidem*, pág. 217.

constituição de família e o seu caráter eminentemente patrimonialista²³⁵. Tomo como exemplo a matéria do divórcio, a respeito de que a literatura socorre-se do passado, imputando-lhe aquilo que quer negar (o passado *patriarcal*, *patrimonialista* etc.); a *evolução* do *velho* estado de coisas ao momento contemporâneo – ao *novo* direito de família, fundado na *afetividade*, na *solidariedade* e na figura da *pessoa*, não do patrimônio – é associada a certos documentos legislativos, notadamente o Código Civil brasileiro promulgado em 1916, a Emenda Constitucional nº 09, de 1977, a Lei nº 6.515, também de 1977 (Lei do Divórcio), a Constituição Federal de 1988 e, ao final, a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010²³⁶.

²³⁵ Lê-se, por exemplo, em uma conhecida obra a respeito do divórcio, editada por ocasião da entrada em vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010, significativa do modo como se enxerga esse particular ponto da história jurídica nacional: “Foi enorme a influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno (...); a tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessa somente à igreja, mas também ao Estado, que aposta na conservação da família, a considerando a base da sociedade e conferindo-lhe especial proteção (CF 226). A histórica negativa em admitir a separação tinha como justificativa o caráter essencialmente patrimonialista do casamento. Visava a lei proteger o patrimônio do casal sem qualquer preocupação com a felicidade dos próprios cônjuges” (DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pág. 19).

Em outra obra acerca do mesmo tema, lê-se que, “no primeiro momento histórico (...), em uma verdadeira ‘proto-história’ do divórcio, podemos verificar uma enorme resistência jurídica à extinção do vínculo conjugal, somente admitido no caso de morte ou reconhecimento de nulidade do matrimônio (...).

A força da Igreja, notadamente a Católica, influenciou sobremaneira a disciplina normativa do casamento na sociedade ocidental e, em especial, na brasileira.

Assim, o casamento seria considerado um pacto submetido às regras do Direito Natural, como uma consequência de preceito divino, dito pelo próprio Cristo (...). Esta ideia de indissolubilidade do casamento tem sido elevada a dogma, concepção que, por incrível que pareça (*sic*), continua positivada no Código Canônico (...)” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, págs. 33-34).

Ainda, PAULO LÔBO afirma que a “família patriarcal, que a legislação brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entra em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988”; mais adiante, o autor aduz que “desde a colonização portuguesa até 1977 prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas” (*Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 17 e 149).

Por fim, no mesmo sentido, CARLOS ROBERTO GONÇALVES resume a história medieval e moderna acerca da indissolubilidade do matrimônio em dois parágrafos: “o Cristianismo iniciou a campanha contra o divórcio, tomando providências destinadas a dificultá-lo. Somente com o Concílio de Trento (1545-1553), porém, a doutrina da Igreja passou a proclamar que o matrimônio é um sacramento com caráter de indissolubilidade. No direito dos povos modernos, o divórcio tem ampla aceitação. Até mesmo o Chile, que juntamente com Malta eram os únicos países ocidentais a não adotá-lo, veio, por lei promulgada em 7 de maio de 2004, a admitir sua realização” (*Direito civil brasileiro: direito de família*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 282).

²³⁶ Veja-se como se expressa PAULO LÔBO em um conjunto de excertos significativo de como a literatura transforma marcos normativos em marcos históricos: “sob o regime do Código Civil de 1916, apenas era admitido o desquite (...). Impedidos de casar novamente, os desquitados caíam no limbo da ilegitimidade de suas novas uniões familiares, repercutidas no número gigantesco de concubinatos, considerados meras sociedades de fato. ‘Desquitados de ambos os sexos eram vistos como má companhia, mas as mulheres sofriam mais com a situação. As ‘bem casadas’ evitavam qualquer contato com elas. Sua conduta ficava sob

O “final” dessa “evolução” entre a proibição da dissolução do vínculo até a pretensa eliminação dos fatores objetos e subjetivos para o divórcio, com a Emenda Constitucional nº 66/2010, é visto como um triunfo da sociedade contra a opressão; do *novo direito civil*, contra o arcaico.

O que se nota não é uma *amnésia*, insisto, mas um acúmulo impreciso de informações sobre o passado, sem o crivo de um método de pesquisa propriamente histórico. Não está em jogo a acuidade das informações colhidas, mas o modo como são utilizadas; a esse respeito, vale lembrar a advertência bem-humorada de WILLIAM M. WIECEK, em vista das leituras que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América faz do passado: a história, segundo ele, deveria estar sob controle do FIFRA (Regulamento Federal sobre Inseticidas, Fungicidas e Raticidas) e conter um selo de advertência sobre as consequências nocivas de seu uso inepto ou impróprio para a “saúde cívica”²³⁷.

Tais observações que se dizem “históricas” estão, a rigor, no terreno escorregadio da memória, em que sujeitos interessados inscrevem versões do passado com base naquilo

a mira do juiz e qualquer contato com elas. Sua conduta ficava sob a mira do juiz e qualquer passo em falso lhes fazia perder a guarda dos filhos’.

Apenas em 1977, com a Emenda Constitucional 9 e a Lei n. 6.515, de autoria do Senador Nelson Carneiro, o divórcio foi finalmente admitido no Brasil, cessando a indissolubilidade do casamento. Todavia, em solução de compromisso com os antidiuorcionistas, a legislação manteve o desquite, sob a denominação eufemística de separação judicial, como pré-requisito para o divórcio, pois este somente poderia ser concedido após três anos daquela.

A Constituição de 1988 avançou no sentido de permitir o divórcio direto, subordinado à causa objetiva da separação de fato de dois anos, mas manteve a separação judicial, como faculdade e não mais como pré-requisito (...).

Com a emenda 66 de 2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição, a separação judicial desapareceu, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio (...)” (*Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, págs. 149-151).

PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO apelidam a Emenda Constitucional nº 66/2010 de “PEC do amor”, aduzindo tratar-se de uma “mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal (...)” (*O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 43).

Conforme SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “a história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antidiuorcionista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento como sacramento. (...)”

Para que o instituto do divórcio fosse admitido, várias concessões foram feitas ao antidiuorcionistas (...). A última concessão que ainda vigorava era a dicotomia separação judicial-divórcio, extinta com a Emenda Constituição nº 66/2010” (*Direito civil: direito de família*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 226).

Para cessar as transcrições, que podem tornar-se repetitivas, veja-se, igualmente, TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 18-22; DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, págs. 20-26; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, págs. 282-284.

²³⁷ WIECEK, William M. Clío as hostage: the United States Supreme Court and the uses of history. *California Western Law Review*, vol. 24, pág. 227, 1987-1988. No original, a advertência de WIECEK seria: “Caution: Inept or improper use of this product may be dangerous to your civic health” (“Cuidado: uso inepto ou impróprio deste produto pode ser perigoso para a saúde cívica” – tradução livre) (Idem, *ibidem*, *loc. cit.*).

que se quer relembrar ou memorizar, adaptando a reminiscência em conformidade aos interesses que a determinam²³⁸.

As referências aos atos legislados, de que se viram exemplos logo acima (veja-se, *supra*, corpo de texto que acompanha a nota de rodapé nº 236), compõem o discurso não apenas como referências normativas, vigentes ou revogadas, mas como recursos para a memorialização; a *lei*, o *Código*, dão sentido à leitura do passado, condensando, na visão do jurista, as ideias de uma época.

SARAT e KEARNS aduzem que todo fato jurídico serve como repositório de memória, questionando-se se não seria o direito um dos *lieux de mémoire*, na formulação atribuída a PIERRE NORA. Com efeito, qualquer fato no campo jurídico tem como ouvintes o presente e o futuro; textos legislativos, documentos anexos aos autos, transcrições de testemunhos, as opiniões lançadas em petições, as sentenças e votos publicados, até mesmo os prédios dos tribunais, prisões e escolas de direito, conscientemente ou não, *materializam* a memória. O direito, então, seria um *lugar* privilegiado em que se assegura que “o futuro se lembre”, é dizer, em que se conserva a experiência do presente para aproveitamento futuro²³⁹.

Todavia, se existem, do ponto de vista sociológico, grupos de juristas, organizados conforme esquemas hierárquicos próprios, utilizando-se de uma linguagem técnica própria, cultivando uma ciência do direito, pode-se afirmar que não apenas o direito enquanto tal seria um lugar de memória, mas que no âmbito interno ao direito compõem-se lugares de memória e comemoração próprios dessa comunidade. Seria, então, nesse sentido que argumento em favor do papel do Código Civil como lugar de memória: um documento a ser lembrado e que se projeta para o futuro com eficácia normativa e como elemento da cultura, da identidade e da memória.

Se voltarmos ao túmulo de Napoleão, conforme a sugestão do tópico 2.1.1, encontraremos uma tentativa de perpetuação do papel do Código Civil na história; a imagem de Napoleão rejeitando o *direito antigo*, representado pelas *Institutas* de Justiniano, substituindo-o pelo *novo* direito, incorporado ao Código Civil. O baixo-relevo em questão *presentifica*, para nosso tempo, uma dada imagem da codificação; não é um

²³⁸ Veja-se, nesse sentido, SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *History, memory, and the law*. University of Michigan Press: Ann Arbor, 2002, págs. 10-11.

²³⁹ Idem, *ibidem*, págs. 12-13. Utilizei a expressão *fato jurídico* no corpo de texto.

monumento propriamente jurídico, mas que, tanto dentro quanto fora do campo do direito, sinaliza que o Código carrega consigo a intencionalidade de rememoração.

2.1.3. *Monumento e lugar de memória*

Em vista dessa intencionalidade de rememoração, a tumba de Napoleão pode ser considerada, conforme a classificação dos monumentos proposta por ALOIS RIEGL, *monumento volível*. Convém, entretanto, antes de abordar o significado desse enquadramento, estipular uma noção de monumento, seguindo os passos do próprio RIEGL.

Segundo o autor, o vocábulo *monumento*, em sua acepção mais antiga, indica “qualquer obra criada pela mão do homem e elaborada com o objetivo determinante de manter sempre presente na consciência das gerações futuras algumas ações humanas ou destinos (...)”. O monumento pode assumir a forma de arte ou escrita, conforme o meio utilizado para que o evento histórico seja levado ao conhecimento do espectador²⁴⁰.

A noção proposta por RIEGL refere-se sobremaneira ao monumento *volível*, ou seja, aquele que tem um valor de memória outorgado originariamente pelo seu autor. Quer dizer, tais monumentos não visam, imediatamente, a uma utilidade prática. Ao contrário, são erigidos, antes de tudo, com o propósito de conservar, transmitir ou criar memória em torno de um evento ou conjunto de eventos a que se pretenda atribuir *valor histórico*. O *valor histórico*, por sua vez, tende a ser constituído pela abstração de um momento entre aqueles que compõem o devir histórico; esse momento é, então, como que posto diante do sujeito que interpreta o monumento; o passado, com isso, é percebido como integrante do próprio tempo do sujeito, como integrante do tempo presente²⁴¹.

RIEGL, todavia, aponta que, modernamente, a preocupação com a conservação dos monumentos não se detém naqueles ditos *volíveis*, mas, talvez principalmente, nos *não volíveis*. O monumento *não volível* tem seu valor de memória atribuído posteriormente pelo observador. A sua criação se dá com o propósito imediato de servir a alguma finalidade prática de seu tempo. Entretanto, em função do curso da história, atribui-se

²⁴⁰ RIEGL, Alois. *Der moderne Denkmalkultus: sein Wesen seine Entsehung* (trad. port. DAVIDSOHN, Werner Rothschild; FALBEL, Anat. *O culto moderno dos monumentos: sua essência e a sua origem*. São Paulo: Perspectiva, 2014), pág. 31.

²⁴¹ Idem, *Ibidem*, pág. 63. No texto, preferi a utilização do termo *devir* no lugar do termo *evolução*, utilizado por RIEGL.

àquele objeto um *valor histórico* não originariamente atribuído pelo seu autor ou autores²⁴².

Sem dúvida, o sepulcro sob o domo foi construído para ter um valor de utilidade, já que visava oferecer local de sepultamento para determinado indivíduo. A mesma obra sepulcral pode, ainda, ser avaliada em conformidade com seu valor artístico, uma vez que foi concebida conforme os padrões e gostos de seu tempo. Entretanto, além das finalidades prática e artística, sua criação se deu com o propósito de transmitir às gerações futuras certas informações criteriosamente escolhidas por seus autores. Com isso, pode apontar-se que o sepulcro é um *monumento volível de comemoração*, ou seja, trata-se de obra erigida com o propósito de manter viva a memória a respeito de determinados feitos humanos. ALBERT LENOIR, no prefácio de sua obra a respeito do sepulcro já mencionada acima, aduzia que desde as primeiras eras da vida humana até o tempo em que vivemos, “as artes foram encarregadas de transmitir à posteridade os grandes feitos da história e a lembrança dos homens célebres”. Uma das belas missões do artista seria, justamente, segundo tal autor, deixar sobre a terra as lembranças de fatos ignorados e nomes dignos de memória²⁴³. O monumento, erigido a partir do valor *intencional de comemoração*, é dotado, originariamente, de *valor histórico*. Seus autores têm a intenção de tornar certos momentos do passado permanentemente presentes aos olhos dos observadores, “pretendendo nada menos que a imortalidade, o presente eterno, a essência incessante”²⁴⁴.

A partir destas observações, pode-se aduzir que a tumba de Napoleão constitui um *lugar de memória*, ou seja, um ponto de referência ao qual somos remetidos para impedir que a lembrança se perca. Em nossas vidas particulares, é comum que estejamos rodeados por lugares de memória: retratos, fotografias, diários, objetos trazidos como recordações de viagens etc. são vestígios de nosso próprio passado que representam um esforço

²⁴² RIEGL, Alois. *Der moderne Denkmalkultus: sein Wesen seine Entsehung* (trad. port. DAVIDSOHN, Werner Rothschild; FALBEL, Anat. *O culto moderno dos monumentos: sua essência e a sua origem*. São Paulo: Perspectiva, 2014), pág. 36. Um claro exemplo de monumento não volível é a chamada *Fibula Praenestina*, que contém a inscrição latina mais antiga até agora conhecida. A fibula, como cediço, era um adereço utilizado na Antiguidade para prender a toga à túnica. A *Fibula Praenestina* está inscrita com a frase “MANIOS MED FHEFHAKED NUMASIOI”, que poderia ser traduzida por “Manio me fez para Numério”. Certamente, Manio não teve intenção de produzir a *inscrição mais antiga em latim* para os tempos futuros. Entretanto, contemporaneamente, esse é o valor histórico que à peça é atribuído. Assim, é possível apontar que esse objeto, originariamente concebido para finalidade pragmática cotidiana, seja, para nós hoje, um *monumento*.

²⁴³ LENOIR, Albert. *Le dôme des Invalides et le tombeau de Napoléon*. Paris: Pigoreau, 1850, pág. V.

²⁴⁴ RIEGL expressa essa intencionalidade do valor de comemoração pelo objetivo “de nunca deixar, de certa forma, que um momento faça parte do passado, permitindo que permaneça na consciência das gerações futuras, sempre presente e vivo” (RIEGL, Alois. *Op. cit.*, pág. 63).

permanente de rememoração. A justificativa para tal esforço é dar sentido ao nosso presente. No entanto, há a memória compartilhada por várias pessoas – a família, a etnia, os habitantes da cidade ou a sociedade como um todo – e que também está preservada em lugares concebidos para a rememoração, tais como os monumentos públicos, as datas comemorativas, a celebração de determinados eventos etc.²⁴⁵.

A rememoração, contudo, implica, de forma mais ou menos explícita, a não rememoração. Ou seja, manter viva a memória em relação a certos dados da vida individual ou coletiva implica um processo de seleção que resultará em um esforço para manutenção de determinados eventos e no *apagamento* em relação a outros.

Na vida individual, é fácil entender e justificar como isso acontece. As fotografias de uma viagem a Roma e ao Vaticano, certamente, exibirão o *Coliseu*, o *Forum*, a *Basilica de São Pedro*, mas dificilmente ostentarão a espera pelo transporte coletivo, uma estação de metrô lotada ou a imagem de um turista mal-educado que “corta” a fila para visita a um museu. O esforço de rememoração fica restrito a um conjunto determinado de fatos, implicando o gradativo esquecimento em relação a outros.

A memória individual dá sentido ao próprio devir da vida humana. PAOLO ROSSI aponta, com base na experiência clínica absorvida da obra de Oliver Sacks, que a ausência de memória conduz a uma existência sem sentido, como se a vida fosse um encadeamento de experiências sem concatenação²⁴⁶.

Algo parecido se passa com a memória compartilhada por um grupo. Os lugares de memória coletiva reanimam, permanentemente, as lembranças que recaem sobre determinados fatos, ao passo que, simultaneamente, distraem de outros eventos que, sem o estímulo mnemônico, tendem ao esquecimento.

Como aponta PAOLO ROSSI, o tema da memória é recorrente na história humana. Há muito, o mundo está cheio de imagens cuja função é trazer alguma coisa à nossa mente, incitando-nos desempenhar certos comportamentos, sugerir coisas, impor proibições etc.

²⁴⁵ Reproduzo, no corpo do texto, o paralelo entre memória individual e memória coletiva de NORBERTO LUIZ GUARINELLO. *História antiga*. São Paulo: Contexto, 2013, pág. 09.

²⁴⁶ ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 30.

Essas imagens e lugares de memória relacionam-se ao temor primordial de ser esquecido, que acompanha a história de nossa espécie e a vida dos indivíduos²⁴⁷.

Ainda seguindo a preleção de ROSSI, a memória está ligada não apenas ao passado, mas, também, à identidade, projetando-se, portanto, como persistência no futuro²⁴⁸. Comungar de um mesmo passado implica o compartilhamento de memórias comuns e, com isso, viabiliza-se a construção ou o reforço de uma identidade comum.

2.1.3.1. *O discurso acadêmico-científico e a formação de memória*

NORBERTO LUIZ GUARINELLO aduz que o Estado, no mundo contemporâneo, é o maior produtor de memórias sociais cuja função primordial é de manter uma identidade que dê sentido à sua existência como parte da vida dos cidadãos e à própria ideia de nação. Uma das principais formas de que se vale o Estado para produção de memória são os currículos escolares obrigatórios. Por meio deles e dos livros didáticos, todas as instituições de ensino, públicas ou privadas, estão vinculadas a transmitir aos alunos um conjunto de conteúdos que influenciarão de forma definitiva a construção da memória e, conseqüentemente, da identidade de todos²⁴⁹.

GUARINELLO, ao tecer essas observações, tem em vista a inserção das disciplinas referentes à *História Antiga* nos programas nacionais. Ela serve para dar sentido e inserir a história brasileira no contexto da história mundial, contribuindo, assim, para a nossa identidade como participantes do mundo ocidental.

Esse mesmo intuito não deixa de estar presente quando se trata do ensino da História do Direito. É bastante significativa, quanto a isso, a ementa do programa da disciplina oferecida pela Universidade de Brasília (UnB) aos alunos de graduação no segundo semestre de 2016: “estudo do direito na história a partir das fontes e das suas interpretações possíveis, com ênfase para o desenvolvimento do direito na Europa e sua transposição para a América Latina, especialmente no Brasil (...)”²⁵⁰.

²⁴⁷ ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 23.

²⁴⁸ Idem, *ibidem*, pág. 24.

²⁴⁹ GUARINELLO, Norberto Luiz. *História antiga*. São Paulo: Contexto, 2013, págs. 09-10.

²⁵⁰ Universidade de Brasília (UnB). Programa da disciplina 188247 – História do Direito, 2016. Disponível em <<https://matriculaweb.unb.br/graduacao/disciplina.aspx?cod=188247>>. Último acesso aos 11 de outubro de 2016.

Sabemos que nem sempre os programas “oficiais” revelam com exatidão as práticas e os conteúdos desenvolvidos em sala de aula. Todavia, a utilização do vocábulo *transposição* revela que a visão institucional vincula a origem do direito brasileiro ao direito *européu*; haveria, então, entre eles ligação de identidade que não é apenas *refletida* pelo ensino, mas por ele *construída*.

Retomando o argumento inicial em torno da tumba, observa-se que Napoleão, exilado, não teve oportunidade de pessoalmente selecionar os eventos pretensamente imortalizados em seu monumento funerário. Suas disposições de última vontade teriam mencionado, apenas, que repousasse junto ao Sena. Entretanto, aqueles que o fizeram incluíram entre seus feitos mais notáveis a promulgação do Código Civil, fazendo com que esse evento de fundamental importância para a compreensão da histórica jurídica contemporânea compusesse um quadro de *memorização* monumental em meio a outros eventos de naturezas diversas. O *Code Civil* de 1804, assim, é representado como uma das principais realizações de um estadista. O monumento mortuário do imperador apresenta indicativo de que o Código não é relevante apenas para o jurista preocupado com as transformações no sistema de fontes formais de direito. Vislumbra-se que o Código é uma lei que se projeta para além da teoria das fontes, servindo ele próprio como ponto de referência memorialística e contribuindo para formação de uma certa identidade.

A tumba de Napoleão, além de servir ao propósito pragmático de dar sepultura ao falecido imperador, é um monumento que cumpre a função de *lugar de memória*, tendente a imortalizar determinados eventos passados, tornando-os sempre presentes. Entre estes eventos, como verificamos acima, está a promulgação do Código Civil de 1804.

É claro que o *Code Civil* não foi concebido como um monumento no sentido proposto por ALOIS RIEGL que acima enunciamos. O processo de codificação teve propósitos e justificativas complexos, que só podem ser inteiramente compreendidos em seu contexto histórico²⁵¹.

Entretanto, o valor de memória com que se julga determinada obra humana pode não ser atribuído na origem. Os chamados *monumentos não volúveis*, com efeito, não são

²⁵¹ Para uma análise do processo de codificação, veja-se, *infra*, Capítulo III. É possível desde já apontar que a ideia de Código surge na Modernidade como decorrência do propósito de *simplificar* as fontes de direito e *romper* com o direito do *antigo regime*. Para um panorama sobre o pensamento em torno do papel da legislação na Modernidade, veja-se BIROCCHI, Italo. *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*. Torino: G. Giappichelli, 2002, especialmente págs. 458-465. Para um panorama do chamado *direito do antigo regime*, veja-se HALPÉRIN, Jean-Louis. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*. 2ª ed. Paris: Flammarion, 2006, especificamente o Capítulo I da Primeira Parte (págs. 17-37).

concebidos para eternização de determinados eventos para as gerações futuras. Ao contrário, esse valor é atribuído pelo observador em momento posterior, o que pode implicar que tais obras cumpram a mesma função dos monumentos volúveis, qual seja a de constituir lugar de memória, contribuindo para preservação de determinados aspectos do passado, fazendo-o projetar-se sobre o presente e, assim, contribuindo para a formação da identidade de determinado grupo.

Observando o comportamento da literatura jurídica ante o *Code Civil*, especialmente dos livros didáticos de direito, não seria possível lançar a hipótese de que o modo de ver, estudar e posicionar o Código na história do direito não faria dele próprio, não como elemento no monumento mortuário de Napoleão, um ponto de referência em torno de que se ajustaria a identidade de uma determinada tradição jurídica? Ou seja, não seria o Código – ou o próprio *movimento codificador* – encarado como um *lugar de memória* que ajuda a definir a identidade da tradição *romano-germano-canônica*, ou *Civil Law*, em oposição ao *Common Law* e ao seu próprio passado, atrelado aos modelos jurídicos do *antigo regime*?

Uma pista para a investigação pode começar a ser seguida ao lançarmos o olhar sobre textos que realizam uma abordagem comparatista entre *Common Law* e *Civil Law*. RAOUL CHARLES VAN CAENEGEM, por exemplo, aponta que qualquer jurista na Inglaterra ou no continente reconhece que o *Common Law* contrasta com o *Civil Law* pela ausência do Código. Nas palavras do próprio autor, que aqui reproduzo por entender significativa a construção para o argumento, “se o *common law* representa alguma coisa é a ausência de Código e, da mesma maneira, o *civil law*, representa a codificação”²⁵².

CAENEGEM é um historiador do direito belga, formado na tradição continental e que realiza comparação, evidentemente, do ponto de vista do *Civil Law*. Um comparatista que, do outro lado do Atlântico, apresenta uma abordagem que agrega à comparação entre os sistemas o dado da presença ou ausência de codificação é JOHN HENRY MERRYMAN. Para ele, no entanto, a primazia da legislação codificada ou do precedente como fonte de direito não é critério bastante para a diferenciação entre as duas tradições, já que há países filiados ao *Civil Law* que não têm ordenamentos codificados; por outro lado, nos Estados Unidos

²⁵² CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), pág. 27.

da América, onde se segue a tradição do *Common Law*, há inúmeras unidades federativas com superabundância de legislação e, inclusive, Códigos²⁵³.

Assim, o que diferenciaria os dois sistemas não seria a presença do Código em si, mas a codificação associada a uma determinada ideologia e uma dada função que o Código deve ter no campo jurídico. Para ilustrar quais são essas função e ideologia, MERRYMAN traça um paralelo entre as motivações que levaram à produção da compilação justinianeia, no século VI, e as que levaram os franceses ao processo de codificação revolucionário, no início do século XIX. O autor aponta que o propósito de ab-rogar, abolir, a ordem jurídica anterior é comum a esses dois momentos tão distantes no tempo, pretensamente repelindo-se, então, a partir da codificação, toda a ordem jurídica anterior²⁵⁴.

Ainda de acordo com MERRYMAN, a ideologia que moveu a codificação francesa está intimamente relacionada à ideologia da própria revolução. Por isso, uma das razões para que se procurasse repelir a ordem jurídica antecedente por completo era a origem não Estatal dessa ordem. O direito do *antigo regime* aplicável na França tinha suas raízes no *ius commune*, de abrangência europeia e sem ligação com o Estado nacional, ou nos *coutumes* observados, especialmente, na porção norte do território. Tomados na perspectiva revolucionária, tal procedência surge como óbice lógico à glorificação de um direito nacional que fosse aplicável de modo uniforme a todos os franceses²⁵⁵. Ambas as vertentes da composição das fontes jurídicas do antigo regime deveriam ser, portanto, *apagadas* inteiramente pelo novo direito estatal.

A ideologia da codificação implicaria, ainda, a simplificação do direito a ponto em que a figura do jurista seria despicienda em função da linguagem clara e acessível do Código. Efeito colateral dessa simplificação seria a subtração de todo poder de criação do direito pela classe dos juristas. Toda a atividade criadora de direito, pelo imperativo da separação de poderes, estaria reservada a uma classe de representantes eleitos²⁵⁶.

MERRYMAN, assim, especifica *qual tipo* de Código é um dos elementos caracterizadores do *Civil Law*, sem, contudo, afastar a codificação da identidade dessa tradição jurídica. Significativamente, o autor aproxima certas características da ideologia

²⁵³ MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition: an introduction to the legal systems of Western Europe and Latin America*. Stanford: Stanford University Press, 1969, págs. 27-28.

²⁵⁴ Idem, ibidem, pág. 28.

²⁵⁵ Idem, ibidem, págs. 28-29. MERRYMAN constata que apenas um exagerado grau de racionalismo poderia pretender que a história pudesse ser feita irrelevante a partir de um diploma legislativo.

²⁵⁶ Idem, ibidem, pág. 30.

da codificação moderna àquela que moveu a compilação justinianeia que ficou conhecida como *Corpus Iuris Civilis*.

Para compreensão da hipótese, lançada logo acima sob a forma de pergunta, no sentido de situar o Código e o movimento codificador como *lugar de memória* que lastreia a *identidade* da tradição do *Civil Law*, é necessário que lancemos algumas premissas teóricas que dizem respeito ao papel da *memória* e do *esquecimento* no ensino jurídico livresco e, especialmente, na manualística.

O leitor que correu os olhos até este ponto do texto certamente já notou que temos uma evidente preocupação com o processo de codificação francês e com o impacto do Código Napoleão na tradição romano-germano-canônica. Poder-se-ia, então, objetar a escolha deste primeiro recorte apontando-se eventual *falta de interesse* neste tipo de pesquisa – já exaustivamente tratada por competentes historiadores jurídicos ao longo dos dois últimos séculos – ou a *falta de aptidão* para uma contribuição científica relevante, já que o processo de codificação francês não é o *nosso* processo de codificação. Em suma, *o que poderia contribuir um pesquisador brasileiro da Universidade de São Paulo à discussão em torno da codificação civil considerada fora de suas fronteiras nacionais?* Apesar da imensa quantidade de materiais e fontes postos à disposição do pesquisador pela via digital²⁵⁷, a resposta mais consciente a essa pergunta seria *muito pouco*. No entanto, deve-se observar que nosso objeto de pesquisa não é o processo de codificação estrangeiro em si, mas *o modo como ele foi absorvido pela nossa história do direito* e tem servido para a contextualização da história do direito nacional em âmbito global e para *contribuir para a formação de nossa identidade enquanto participante da tradição romano-germano-canônica*²⁵⁸.

O ensino jurídico, especialmente aquele de viés dogmático, tem papel decisivo nessa formação de memória. Não se pode ignorar que a construção dos programas dos cursos de graduação e pós-graduação das disciplinas que tratam da história do direito tem papel fundamental nessa inserção da história do direito nacional na história dos sistemas

²⁵⁷ Hoje, em função do projeto *Gallica*, um número enorme de documentos da *Bibliothèque Nationale de France* (BNF) está disponível digitalmente em reproduções de excelente qualidade. Veja-se <<http://gallica.bnf.fr/>>. Último acesso aos 05 de junho de 2015.

²⁵⁸ Em sentido um pouco diverso, que será explorado mais adiante, REINHART KOSELLECK aponta que é justamente na Modernidade que a história europeia se converte em história mundial, pela unificação do globo terrestre pela sociedade burguesa (*Kritik und Krise: Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*. Freiburg und München: Karl Alber, 1959 (trad. port. CASTELO-BRANCO, Luciana Villas Boas. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999), pág. 09).

jurídicos codificados. No entanto, nesse passo, pode-se acompanhar a lição de JACQUES LE GOFF, para quem *história e memória*, a despeito de terem em comum o objeto, que é o passado, têm formações e propósitos diversos. Para o historiador francês, a *memória* é algo espontâneo em seu surgimento, o que pode levar a representações imprecisas sobre o passado. Caberia, então, ao historiador corrigir pelo método científico as falhas dessas representações, construindo, então, uma visão do passado o mais verossímil quanto possível.

Claro que essa construção *verossímil* está associada a uma visão crítica a respeito do passado, que se abstém da mera reprodução dos eventos em sua ordem cronológica. Muito do método da história do direito praticada no Brasil está ligado à visão *positivista da história* – conhecida também como *história tradicional* ou *rankeana*, que, a partir de meados do século XIX, torna-se hegemônica, prevalecendo sobre uma pluralidade de abordagens promovidas por talentosos pesquisadores com uma grande gama de interesses. RICARDO MARCELO DA FONSECA indica que o termo *rankeano* provém de Leopold von Ranke, apontado como inaugurador da escola por ter sido o estudioso que de modo mais bem acabado formulou os seus pressupostos²⁵⁹.

Segundo FONSECA, embora Ranke se opusesse aos preceitos filosóficos do positivismo, o método de abordagem histórica propugnado por ele guardava pontos comuns com as premissas epistemológicas do positivismo filosófico. Suas influências eram, no entanto, muito amplas, contemplando a *escola histórica* e o *romantismo alemão*²⁶⁰.

Esse dado a respeito da formação de seu fundador ajuda a compreender alguns postulados metodológicos da história tradicional. Segundo RANKE, o historiador deveria basear-se, exclusivamente, nos documentos oficiais, pretendendo-se, com isso, atingir segurança em seu manejo. Tais documentos revelariam de modo direto o passado, sem contaminação pelas crenças, estórias etc., pois, conforme o ideário do positivismo, seria possível o conhecimento da *verdade histórica*, ou seja, o conhecimento “daquilo que realmente se passou”²⁶¹. Essa “obsessão” pelos documentos públicos estatais é um dos

²⁵⁹ Confira-se, a propósito, FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, págs. 51-52.

²⁶⁰ Idem, *ibidem*, pág. 55.

²⁶¹ Idem, *ibidem*, pág. 53. Esse ponto decorre da premissa epistemológica do positivismo de que *sujeito e objeto* de conhecimentos são entes absolutamente apartados entre si. Ou seja, o positivismo parte do pressuposto de que o objeto do conhecimento independe do sujeito, sendo a ele exterior, e de que, por isso mesmo, o conhecimento é representação do real, a ser, simplesmente, apreendido pelo cognoscente.

recursos ainda hoje utilizados, especialmente, no discurso histórico dos juristas, que tem como ponto central a lei em sentido amplo, isto é, tudo aquilo que é emanado pelo Estado com força normativa.

A linearidade na relação sujeito-objeto acarreta um outro problema para a história positivista. A crença na autoevidência dos fatos afasta a discussão a respeito do modo como são selecionados aqueles tidos como relevantes na composição da história. Como existe, no passado, uma *verdade* a ser descoberta pelo historiador – *verdade* essa que já está lá –, não haveria necessidade de se justificar por que o curso histórico deve passar por *aqueles* fatos e não por outros a eles alternativos, que, em determinado momento, teriam as mesmas potencialidades de se tornarem hegemônicos no discurso histórico²⁶².

Assim, sem dar ouvidos às vozes do passado, o estudioso tende a olhar a história a partir das categorias do presente, *lendo-a* em conformidade com aquilo que por último aconteceu. Os eventos pretéritos não seriam mais que *preparação* para o inevitável presente. Nessa perspectiva, o discurso histórico pode ser utilizado para “provar a linearidade do progresso jurídico”²⁶³. Esse modelo concebe a história como acumulação progressiva de conhecimento, de sabedoria, de sensibilidade, que resultaria em uma experiência jurídica contemporânea necessariamente mais complexa e mais bem acabada que aquelas do passado. O presente, então, é encarado como *meta* da evolução jurídica, e as matérias e questões históricas são propostas a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje, como se as preocupações e angústias contemporâneas fossem as mesmas do passado. Ignora-se, com esse expediente, a autonomia do passado. Categorias jurídicas forjadas para responder aos problemas de outrora são encaradas, então, a partir da perspectiva de nossos problemas contemporâneos, como se a eles pudessem responder²⁶⁴.

A história do *Civil Law* é concebida, então, no âmbito do ensino jurídico normal, a partir da ideia da codificação como último passo da *evolução* dessa tradição. O processo de codificação é visto como um dado inevitável da nossa história jurídica, e os manuais o

²⁶² FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 60. O uso da noção de *hegemonia no discurso histórico* não está no texto de RICARDO MARCELO FONSECA. Nesse sentido, veja-se ANTÓNIO MANUEL HESPANHA: “esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado desde a perspectiva daquilo que acabou por acontecer. Deste ponto de vista, é sempre possível encontrar prenúncios e antecipações para o que se veio a verificar (...). Mas normalmente perde-se de vista todas as outras virtualidades de desenvolvimento, bem como as perdas originadas pela evolução que se veio a verificar” (*Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012, pág. 20).

²⁶³ Idem, *ibidem*, pág. 19.

²⁶⁴ Idem, *ibidem*, págs. 20-21.

apresentam como se não houvesse, historicamente, a opção de se manter o direito em estado não codificado.

2.1.3.2. *Os manuais acadêmicos e a construção da memória*

O *manual* jurídico – como, reitero, o manual de qualquer outra ciência – tem o propósito de apresentar uma *visão de mundo* já construída a partir de conjunto de respostas aos problemas científicos forjados em um determinado campo. THOMAS KUHN aponta que essa é uma arbitrariedade baseada na crença de que a comunidade científica sabe como é o mundo²⁶⁵. O manual científico pretende, portanto, “comunicar o vocabulário e a sintaxe de uma linguagem científica contemporânea”, referindo-se, para procurar atingir esse propósito, a um conjunto já articulado de problemas, dados e teorias aceitos como paradigmáticos pela comunidade científica de determinada época²⁶⁶.

A apresentação da história nos manuais jurídicos tem o propósito de compor o pacote de conhecimentos dogmaticamente transmitido ao neófito na ciência jurídica como o mínimo a ser conhecido sobre o passado da ordem vigente. Bastam essas breves exposições para *informá-lo* de que ele irá operar em um sistema codificado, quais são as ordens “irmãs” do ordenamento nacional e à qual tradição jurídica estamos filiados.

O texto do manual apresenta, portanto, o *resultado* final de um processo visto como que de *acumulação* de conhecimentos²⁶⁷. Desse modo, estabiliza-se e confere-se linearidade ao devir temporal, apontando-se, de maneira segura, quais são as fundações da tradição científica corrente. As informações registradas para esse propósito não precisam ser rigorosamente autênticas; como aponta KUHN, no caso dos manuais, há mesmo boas razões para que sejam “sistematicamente enganadoras²⁶⁸”.

Assim, as conhecidas *introduções históricas* excluem – ou versam muito brevemente sobre – dados históricos que se julgam não dever constar no repertório do

²⁶⁵ KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), pág. 24.

²⁶⁶ Idem, *Ibidem*, pág. 176.

²⁶⁷ PAOLO ROSSI aponta que, contemporaneamente, a ciência é, muitas vezes, apresentada como um sistema de crenças, e não de conhecimentos. Por essa razão, negar-se-ia a possibilidade de verdadeiros processos de acumulação do saber. A esse respeito, veja-se o ensaio de ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), págs. 195 e seguintes.

²⁶⁸ KUHN, Thomas S. *Op. cit.*, pág. 176.

jurista contemporâneo por julgarem-se ultrapassados. Essa operação de *apagamento*, como já dissemos, não é uma peculiaridade do campo jurídico, embora se possa argumentar que a técnica jurídica contribua, pelas noções de *revogação*, *derrogação* e *ab-rogação*, para a naturalização dessas operações, já que os *esquecimentos* fariam parte da própria técnica do direito. Essa valorização do esquecimento, todavia, como enuncia PAOLO ROSSI, é comum às ciências em geral²⁶⁹. A filosofia e a história da ciência revelam como, simultaneamente, nos textos científicos, esquecimento e memória estão em profunda simbiose.

THOMAS KUHN observa que o praticamente de uma ciência com o campo bem estabelecido e delimitado – como é o caso da ciência jurídica – não tem mais necessidade, na apresentação dos seus resultados de pesquisa, de remontar a construção de seu campo de estudos, enunciando os princípios e justificando os usos de cada conceito. Essa tarefa passa a ser tida como de incumbência da manualística. Com isso, o cientista pode iniciar sua pesquisa a partir do ponto em que o manual a interrompe – tanto que podemos, neste texto, tratar de *Código*, *codificação* e *movimento codificador* sem nenhum receio de que o leitor não saiba a quais objetos esses termos se referem –, preocupando-se apenas com os aspectos mais “sutis e esotéricos” dos fatos que constituem objeto de análise. Implicação disso é que, a partir desse momento, os textos produzidos não estarão mais dirigidos *a quem interessar*, ao público em geral, mas aos iniciados, àqueles que compartilham do mesmo paradigma, da mesma visão de mundo. Com isso, tende-se à criação de um hiato de comunicação entre especialistas de áreas do conhecimento diversas e também entre os especialistas de qualquer ciência e o mundo extra-acadêmico²⁷⁰.

PAOLO ROSSI segue a mesma linha, aduzindo que os campos do saber tendem a constituir uma rede de conceitos, cujas partes componentes estão em recíproca e contínua interação, o que confere *organicidade* às “ciências maduras”²⁷¹.

Aproximando-se de seu campo de saber como um *organismo* já pronto, o cientista iniciado tende a tratar de seu objeto de estudo de modo diverso de seus antecessores que trabalharam para delimitação desse campo. Aqueles que transitam por um campo já “amadurecido” portam um conjunto de conhecimentos dogmaticamente estabelecidos que

²⁶⁹ Veja-se ROSSI, Paolo. A ciência e o esquecimento. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), especialmente págs. 183 e seguintes.

²⁷⁰ KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 40-41.

²⁷¹ ROSSI, Paolo. *Op. cit.*, pág. 170.

os induz ao “esquecimento do passado do próprio saber”, submetendo-os à ilusão da existência *ab aeterna* de seu campo do conhecimento, como se nunca houvesse existido dúvidas nas mentes dos estudiosos sobre o estabelecimento do paradigma. A linearidade das introduções históricas deixa de fora essas angústias de outros tempos; como já dissemos acima, tende-se a perder interesse por teorias e soluções superadas²⁷². Nesse sentido, THOMAS KUHN aponta que os manuais começam “truncando a compreensão do cientista a respeito da história de sua própria disciplina”, fornecendo, a seguir, um substituto para aquilo que eliminaram, fazendo com que estudantes e profissionais sintam-se participantes de uma *longa tradição histórica* que, a rigor, nunca existiu²⁷³.

A realização da pesquisa histórica que recaia sobre o passado de um ramo do saber humano enfrenta alguns desafios relevantes, já que se trata de um setor do conhecimento em que “*a dimensão do esquecimento não é marginal, mas constitutiva e essencial*”, atingindo não apenas teorias tidas como superadas, mas o próprio modo como o campo se constituiu, os problemas que levaram à sua delimitação e o *iter* que o tornou um *organismo teórico*²⁷⁴.

THOMAS KUHN aponta que a depreciação dos fatos históricos está profundamente enraizada na ideologia da profissão científica. Essa *dimensão do esquecimento é*

²⁷² ROSSI, Paolo. A ciência e o esquecimento. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 171. Sobre o processo de estabelecimento do paradigma de determinada ciência e seleção dos fatos cientificamente relevantes, veja-se, novamente, KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 37 e 46-49.

Não ignoro que a utilização do vocábulo *paradigma* é problemática – fato que o próprio KUHN reconhece e procura remediar em suas obras posteriores à *Estrutura*. No artigo “Reconsiderações acerca dos paradigmas”, o autor admite que, em seu clássico sobre as *revoluções científicas*, emprega o termo *paradigma* em, pelo menos, duas acepções principais: *a*) em sentido *global*, em que abarca todos os compromissos compartilhados por um grupo científico que permite a comunicação entre seus membros em caráter relativamente não problemático e unânime; e *b*) outro mais *restrito*, especificando o primeiro, com o sentido de *exemplares da matriz disciplinar*, ou seja, soluções dos problemas aceitos pelo grupo cultor do ramo científico.

A expressão *matriz disciplinar*, por sua vez, seria um substituto mais seguro para a primeira acepção, mais global, do termo *paradigma*. Segundo KUHN, a matriz seria composta por três elementos: *a*) *generalizações simbólicas*, ou seja, as expressões linguísticas que são utilizadas de modo inquestionável pelo grupo; *b*) *modelos* que formariam as analogias entre tipos de problemas admitidos pela *matriz*; *c*) os *exemplares*, sentido mais restrito de *paradigma* (Veja-se KUHN, Thomas S. Reconsiderações acerca dos paradigmas. In: *The essencial tension* (trad. port. PENNA-FORTE, Marcelo Amaral. *A tensão essencial*. São Paulo: Unesp, 2011), págs. 315-316.

Como se pode notar no texto, não descarto o uso de *paradigma* em sua acepção mais ampla, significando o conjunto dos compromissos compartilhados para a comunicação acrítica entre a comunidade científica. Julgo o termo suficientemente expressivo daquilo que pretendo transmitir em relação à história do direito, ou seja, que a visão que temos do passado jurídico é parte dos *compromissos* assumidos pela comunidade de juristas em qualquer tradição.

²⁷³ KUHN, Thomas S. *Op. cit.*, pág. 177.

²⁷⁴ ROSSI, Paolo. *Op. cit.*, págs. 173-174.

justamente o que leva ao caráter dogmático da introdução a qualquer ciência. Os manuais, como aponta ROSSI, não tratam dos problemas a *serem resolvidos*, mas dos problemas *já resolvidos* pela ciência que se configuram como típicos e paradigmáticos. O modo por meio de que se chegou a tais soluções está absolutamente inacessível ao iniciante, que é, então, aproximado do saber mediante uma abordagem dogmática, acrítica, que o arma de conhecimento que, com o passar dos anos, ganha ares de obviedade. Então, o já *iniciado* tende a se esquecer da formação específica que o levou ao conhecimento do óbvio²⁷⁵.

Ao lado do devir histórico concebido como contínuo progresso e acumulação de conhecimentos, demonstra-se quais são os obstáculos e mitos que inibiram a acumulação e foram deixados para trás, dando lugar às novas teorias²⁷⁶. Os manuais continuamente reescrevem a história partindo não do passado para o presente, mas do presente para o passado, projetando os problemas e as questões atuais da ciência para um período em que, talvez, eles não fizessem sentido. Esse processo faz com que as últimas descobertas, os últimos avanços técnicos, requeiem as teorias do passado aos *porões da ciência*, como se fossem um maquinário obsoleto sobre o qual a poeira se acumula e não sabemos exatamente para que serve²⁷⁷.

A relação da ciência com seu passado é, nesse sentido, diversa daquela que a arte trava com os períodos antecedentes. A arte contemporânea, com suas técnicas e abordagens, não elimina a possibilidade de desfrutar das obras mais antigas²⁷⁸.

Essa visão sobre o passado das ciências não é uma invenção contemporânea. Ela começa a se formar no início da Idade Moderna, quando a busca pela *verdade* é oposta ao estudo da *história*. O *filósofo* seria aquele investigador inclinado a buscar, livremente, a verdade; por outro lado, os *historiadores* ou *doutores da memória*, como os intitulava Galileu, teriam a constante necessidade de fiar-se em um guia, tal como os cegos²⁷⁹.

A apontada necessidade de se emancipar da cultura livresca e de romper com a tradição é um traço da Idade Moderna que permeia diversos ramos do saber e está em consonância com transformações mais amplas nas estruturas intelectuais do período. A

²⁷⁵ ROSSI, Paolo. A ciência e o esquecimento. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), pág. 174.

²⁷⁶ Veja-se KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), pág. 20.

²⁷⁷ ROSSI, Paolo. *Op. cit.*, pág. 175.

²⁷⁸ Idem, *ibidem*, págs. 175-176.

²⁷⁹ Para uma resenha dos textos pertinentes a esse ponto, veja-se o mesmo ROSSI, Paolo. *Op. cit.*, pág. 181.

valorização da vida cotidiana, do dia a dia do trabalho, põe no centro das preocupações o *homem comum* sobre o *doutor*, confiando-se mais no bom senso que na tradição aprendida nas *escolas*. Os modernos trabalharam arduamente para que a Idade Média caísse em *esquecimento*, e, em certo sentido, o *esquecimento* mesmo ganhou *status* de valor na civilização: o que importa é o futuro que a natureza ilumina, não a obscuridade do passado²⁸⁰.

Essa visão, no entanto, não é exatamente acurada no que tange ao saber científico, em que se tem o esquecimento não só como algo inevitável, mas valoroso. Não há verdades científicas eternas, e toda pesquisa que é dada à luz tende, em um futuro mais ou menos próximo, a ser superada e *adequadamente* esquecida. Ao contrário dos grandes clássicos da literatura, da filosofia e das obras de arte, o valor dos textos dos relatórios científicos não é atemporal. Assim, as divulgações científicas de hoje, que articulam um determinado paradigma, serão expostas nos manuais em um determinado tópico que resume o caminho percorrido para hegemonização de dada teoria e quais os pesquisadores que para isso contribuíram. Quem escreve o manual, para transmitir determinado conjunto de conhecimentos, realiza numerosos *cancelamentos* e *rearticulações* de dados e frases, atualizando-os e tornando-os mais *adequados* para o contexto didático desenvolvido a partir do paradigma hegemônico²⁸¹.

Nota-se, assim, que os heróis do passado das ciências não são esquecidos em absoluto; há, na verdade, um culto a esses heróis, cuja memória permanece viva nas *reformulações* e *revisões* daquelas partes de seus trabalhos que podem ser caracterizadas como contribuições para o paradigma científico – para a *doutrina*, como costumamos dizer no campo jurídico – então hegemônico²⁸².

No direito, para apontar um exemplo desse processo de *adequado esquecimento* – ou, o que é o mesmo, de rememoração conveniente –, bastaria lembrar que o vocábulo *Volksgeist* não foi jamais escrito por FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, mas é constantemente utilizado, nos manuais e nas obras panorâmicas sobre a Escola Histórica, para caracterizar seu pensamento sobre as fontes de direito.

²⁸⁰ Sobre esse ponto, veja-se TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge: University Press, 1992; também, ROSSI, Paolo. A ciência e o esquecimento. In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), págs. 181-182.

²⁸¹ ROSSI, Paolo. *Op. cit.*, pág. 184.

²⁸² KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 177-178.

Em outros temas clássicos também podemos notar o mesmo procedimento. Para ficarmos com um exemplo de fácil apreensão, lembremos que é corrente nos manuais de direito civil brasileiros e portugueses a discussão sobre a natureza da pessoa jurídica a partir de três ordens de teorias diversas: as teorias da *ficção*, as teorias *realistas* e a teoria da *realidade técnica*. A chamada teoria da *ficção* tem a sua elaboração comumente atribuída a SAVIGNY. Segundo os manuais, ela apontaria que apenas o ser humano poderia ser verdadeiramente sujeito de direito, de modo que as organizações a que se atribui personalidade apenas poderiam ter tal qualidade por mecanismo de *fingimento*, como se a ordem jurídica *fizesse de conta* que são homens as organizações. Desse modo, a pessoa jurídica seria apenas uma criação *artificial* que permite a abstração em relação aos seus membros componentes para servir de processo jurídico apto à realização de fins úteis ao ser humano²⁸³.

SAVIGNY, no entanto, no *Sistema de direito romano atual*, não tem em vista uma teorização a respeito da natureza da personalidade jurídica. Buscando apresentar uma definição desta, o célebre jurista utiliza a palavra *ficção* em duas oportunidades, em contextos diversos.

Em um primeiro momento, ele apresenta a temática da personalidade atribuída a outros entes que não o ser humano, aduzindo que já havia apresentado a capacidade de direito correspondente ao indivíduo; passaria, então, a tratar daquela atribuída aos *seres*

²⁸³ Veja-se, por exemplo, DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. vol. I. págs. 49-50. O autor aponta que “a personalidade coletiva, tal como a singular, representa uma criação do Direito – um *procedimento*, uma *forma* jurídica endereçada à tutela de certos interesses humanos. Não, porém, uma criação inteiramente arbitrária, e menos ainda uma pura *ficção*, como afirmava certa teoria, aliás a tradicional (Savigny, Puchta, Windscheid etc.). Seria pura *ficção* se o Direito, partindo da ideia de que o verdadeiro sujeito jurídico é o homem individual, *fingisse* – que dizer, *fizesse de conta* – que são homens as organizações de que temos falado. Mas não é este o caso”. Também se vê construção semelhante em CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, segundo quem a teoria da *ficção* mais típica é “a que considera a pessoa jurídica mera criação legal, cuja existência só encontra explicação como *ficção* da lei, ou da doutrina. Segundo esta concepção doutrinária, a qualidade de sujeito da relação jurídica é prerrogativa exclusiva do ser humano e, fora dele, como ser do mundo real, o direito concebe a pessoa jurídica como uma *criação artificial*, engendrada pela mente humana, e cuja existência, por isso mesmo, é simplesmente uma *ficção*” (*Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. I. págs. 249-250). ORLANDO GOMES descarta muito rapidamente a dita *teoria da ficção*: “a *teoria da ficção* (SAVIGNY) explica a natureza da pessoa jurídica considerando-a uma abstração. Não tem existência real; é artificialmente criada pela lei, tratando-se, portanto, de pura *ficção* legal. A controvérsia circunscreve-se mais veementemente [*sic*] às teorias realistas. (...)”. (*Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 169).

fictícios, chamados pessoas jurídicas, ou seja, “aquelas que não existem senão para os fins jurídicos e que nos aparecem ao lado do indivíduo como sujeitos de relações de direito”²⁸⁴.

A seguir, o autor preocupa-se em delimitar o âmbito de sua exposição, apontando que só lhe interessariam as relações de direito privado. SAVIGNY, então, ocupa-se de afastar a qualidade de pessoas jurídicas de certos colegiados integrantes do poder público e de unidades políticas²⁸⁵.

SAVIGNY afasta, igualmente, da situação de pessoas jurídicas as famílias. A atribuição de personalidade artificial afeta apenas o *direito dos bens*, enquanto a família teria pertinência somente ao ser humano, não se aplicando a outros sujeitos que não o homem. Ao contrário, os bens são, por sua natureza, uma “extensão de posse, um meio de garantia, de desenvolvimento de livre atividade”, o que pode afetar tanto as pessoas naturais quanto as pessoas jurídicas. Com isso, pode-se isolar as relações de direito que dizem respeito às pessoas jurídicas, que seriam as que decorrem da propriedade e dos *direitos sobre coisas alheias*, as obrigações e as sucessões como meios de adquirir; por outro lado, o casamento, o pátrio poder (poder familiar), a filiação etc. só podem ter pertinência com a família, jamais com a pessoa jurídica²⁸⁶.

A partir dessas observações, o autor passa a definir com maior precisão a pessoa jurídica como sujeito de direito criado artificialmente. A capacidade atribuída a essas organizações não é, segundo SAVIGNY, a principal de suas características, já que essa atribuição encontra sua razão de ser em determinados fins que são inerentes à constituição das pessoas artificiais. O autor também esclarece ter utilizado a expressão *pessoa jurídica* em oposição à *pessoa natural* para demonstrar que aquela não existe como pessoa senão em função desses fins jurídicos. Justifica-se, assim, por dois motivos a não utilização da expressão *pessoa moral*: em primeiro lugar, ela não teria pertinência com a essência da pessoa jurídica, que não tem nada em comum com as relações morais; além disso, se aplicada aos indivíduos, ela designa comumente a oposição *moralidade* e *imoralidade*, o que nos reportaria a uma ordem de ideias diversa. O autor, então, aponta que os romanos não teriam uma expressão que designasse em abstrato as pessoas jurídicas, contentando-se

²⁸⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts* (trad. fr. GUENOUX, Ch. *Traité de droit roman*, tome II. Paris: Institute de France, 1855), pág. 230.

²⁸⁵ Idem, ibidem, págs. 231-233.

²⁸⁶ Idem, ibidem, págs. 232-233.

em dizer que elas *representariam* uma pessoa natural. Isso é dizer, de acordo com SAVIGNY, que seriam pessoas fictícias²⁸⁷.

SAVIGNY, portanto, não se preocupou, rigorosamente, em elaborar uma teoria da ficção. Os problemas que ele tinha em vista eram outros e não diziam respeito à natureza jurídica da pessoa artificial. As preocupações do autor eram, em primeiro lugar, apontar que as pessoas jurídicas não se confundem com as pessoas naturais; do mesmo modo, não se confundem com as organizações políticas; e, por fim, que o emprego da expressão *pessoa moral* deve ser evitado, pois *moral* designa um atributo do ser humano e uma ordem de relações que não é jurídica. Daí ser preferível a construção *pessoa jurídica*, já que, seguindo os romanos, a organização personificada é *como que* uma pessoa natural, tendo capacidade de direito análoga à desta, equiparando-se a ela, nesse mister, por ficção²⁸⁸.

O exemplo ganha mais eloquência se levarmos em consideração a *memória* que os canonistas guardam acerca da origem da *teoria da ficção*: conforme ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ, a elaboração final dessa solução se deveria ao gênio de Sinibaldo Fieschi, futuro Papa Inocêncio IV, no século XIII, que teria valorizado e ampliado a possibilidade de que a entes coletivos – que carecessem de um substrato *pessoal* – fossem atribuídos *iura*; recorrer-se-ia, então, a uma operação intelectual, a uma *fictio iuris*. A *persona ficta*, portanto, teria capacidade na ordem jurídica. Seria a articulação, no pensamento canonístico, da consciência de que se estaria a operar com um aparato técnico, não correspondente a uma “*realidade física*”, a contribuição mais extraordinária do pensamento jurídico de Sinibaldo²⁸⁹.

Parece possível notar a partir desse exemplo que a composição do texto manualístico recorre à *seleção* das informações a serem transmitidas, separando-se o que

²⁸⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. *System des heutigen römischen Rechts* (trad. fr. GUENOUX, Ch. *Traité de droit roman*, tome II. Paris: Institute de France, 1855), págs. 234-235.

²⁸⁸ THOMAS KUHN apresenta um exemplo muito eloquente desse procedimento de *esquecimento adequado*. Segundo o autor, os textos elementares de química atribuem a Robert Boyle, que escreveu a obra *Sceptical Chymist* no século XVII, a definição de *elemento químico* que ainda hoje é comumente utilizada. No entanto, a “definição” de Boyle não passava de uma paráfrase de um conceito tradicional da química que foi inserto no texto com a finalidade única de argumentar que não existiria tal coisa chamada *elemento químico*. A “definição”, no entanto, tornou-se paradigmática, pois Boyle a inseriu em um novo contexto, transformando a noção em um instrumento bastante diverso do que fora até ali (*The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), págs. 181-183).

²⁸⁹ NICOLÒ, Angela Maria Punzi. La persona giuridica in diritto canônico. In: PEPPE, Leo (org.). *Personae giuridiche e storia del diritto*. Torino: Giappichelli, s.d., pág. 92. Agradeço a Rafael Tavares Bassoli pela indicação desse texto e elaboração canonística acerca da teoria da ficção.

se julga estar *vivo* do que não está. As partes *vivas* sofrem um processo de correção e revisão que as torna irreconhecíveis em suas características originais. Faz parte desse processo a representação dos cientistas do passado como se tivessem se debruçado sobre o mesmo conjunto de problemas apresentados a partir do paradigma a que adere o manual – SAVIGNY, como vimos, não se preocupou em elaborar uma teoria que abstratamente explicasse a natureza da pessoa jurídica; buscando uma definição e uma terminologia rigorosa, emprega o termo *ficção* em duas oportunidades, e, com isso, os manuais contemporâneos o consagram como pai da *ultrapassada teoria da ficção*.

O mencionado processo de *seleção*, *revisão* e, eventualmente, *distorção* empregado para elaboração do manual implica, por um lado, a *atualização* da linguagem que se refere a um objeto ou a uma teoria *envelhecida*; por outro, implica o *esquecimento voluntário* de certas teorias e objetos, que são deixados fora daquilo que se julga relevante conhecer em determinado campo do saber²⁹⁰.

Demonstra-se, assim, aquilo que já enunciamos acima: a escrita dos manuais jurídicos, sejam eles para iniciação em uma matéria dita *dogmática*, sejam na própria história do direito, tem no *esquecimento* e na *memória* duas dimensões constitutivas. No entanto, a *revolução científica*, ou seja, o rompimento com um antigo paradigma observado em determinado campo do saber e sua substituição por um novo – prestigiamos, aqui, a terminologia de THOMAS KUHN –, pode ocorrer, no campo jurídico, não apenas pela atividade científica, pela *ciência normal*, dos juristas, mas também por um dado – pelo menos aparentemente – externo à jurisprudência e afeito à política: a atividade legislativa.

A revogação de uma lei – especialmente se essa lei for um *Código*, no sentido já apontado acima – institucionaliza não apenas um novo corpo de regras a ser observado

²⁹⁰ ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010), págs. 186 e 193-194; KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2011), pág. 178. Com efeito, KUHN aponta que “é característica dos manuais científicos conterem apenas um pouco de história, seja um capítulo introdutório, seja, como acontece mais frequentemente, em referências dispersas aos grandes heróis de uma época anterior. Através destas referências, tanto os estudantes como os profissionais sentem-se participando de uma longa tradição histórica. Contudo, a tradição derivada dos manuais, da qual os cientistas sentem-se participantes, jamais existiu. Por razões ao mesmo tempo óbvias e muito funcionais, os manuais científicos (e muitas das antigas históricas da ciência) referem-se somente àquelas partes do trabalho de antigos cientistas que podem facilmente ser consideradas como contribuições ao enunciado e à solução dos problemas apresentados pelo paradigma dos manuais. Em parte por seleção, em parte por distorção, os cientistas de épocas anteriores são implicitamente representados como se tivessem trabalhado sobre o mesmo conjunto de problemas fixos e utilizado o mesmo conjunto de cânones estáveis que a revolução mais recente em teoria e metodologia científica fez parecer científicos” (KUHN, Thomas S. *Op. cit.*, págs. 177-178).

pela sociedade e pelos juristas; em algumas oportunidades, a legislação pode dar ensejo – ou, mais propriamente, consagrar – a uma verdadeira quebra dos paradigmas da ciência do direito. Os juristas, então, atuando em torno do novo paradigma, *selecionarão* o que *sobreviveu* e o que foi *apagado*. Os novos textos jurídicos que desenvolverão o paradigma, versando sobre o passado, constituirão a dimensão do *esquecimento* e a dimensão da *memória*. O que permanece vivo não é legado pela natureza, mas cuidadosamente selecionado pelos cultores do campo jurídico.

Esse procedimento institui para a ciência do direito seus *lugares de memória*, os seus *monumentos não volúveis*, ou seja, lugares *ideais* de memória, que servem para a construção de uma dada tradição científico-jurídica. Essas referências auxiliam a construção da *identidade* de uma certa ordem, já que tornam *sempre presentes* determinados eventos do passado.

Identidade, no sentido aqui empregado, diz respeito não apenas ao papel de uma ordem jurídica como um dos pilares da constituição de uma identidade nacional. Temos em vista, especialmente, a identidade da própria ordem jurídica, a *tradição* a que se filia. Afirmamos regularmente que o sistema jurídico brasileiro filia-se à tradição romano-germano-canônica, ao *Civil Law* em contraposição ao *Common Law*. No entanto, essa *identificação* do sistema brasileiro à primeira tradição, e não à segunda, é *construída* pelos juristas – a utilização do verbo *ser* no tempo presente do modo indicativo é proposital, pois esse trabalho de construção da identidade não *foi* feito há séculos atrás, mas *ainda é* realizado cotidianamente.

A partir do momento em que entrou em cena a *codificação*, entrou em cena, também, um novo paradigma e um novo lugar de memória. A identidade das ordens jurídicas nacionais passa agora pela adesão ou não adesão ao sistema codificado, como aponteí acima, neste parágrafo, ao analisar as caracterizações de MERRYMAN e CAENEGEM a respeito do *Civil Law*.

Cumprir fazer algumas indicações sobre este ponto. Se o movimento codificador constitui um novo lugar de memória e, assim, um novo ponto de referência para a identidade da chamada tradição jurídica continental, poder-se-ia, hipoteticamente, aduzir que algumas semelhanças entre as tradições do *Common Law* e do *Civil Law* foram *esquecidas* a partir da ideia de Código.

Além disso, ainda em linha de hipótese, poder-se-ia vislumbrar uma projeção do Código para o passado, promovendo-se um rearranjo da ordem de prevalência das fontes de direito em um movimento de se assemelhar determinadas fontes jurídicas do passado a construções análogas ao Código. Esse procedimento não é estranho a outras ciências, pois, como vimos a partir da análise de THOMAS KUHN, é uma tendência da história da ciência enxergar determinado ramo do conhecimento como se remontasse a uma antiga tradição cujo passado pode ser descrito a partir de uma perspectiva acumulativa.

Em um aparente paradoxo, observado em seu papel corrente na ciência normal e na atuação prática dos juristas, o Código é utilizado para criação de uma nova identidade que, além de *apagar* um eventual passado comum a uma outra tradição jurídica, *apaga* aquilo que lhe é antecedente, promovendo o conveniente e adequado *esquecimento* das teorias tidas como superadas.

2.1.4. O Código Civil como elemento integrante da visão de mundo do jurista

É legítimo que, a esta altura, lance-se o seguinte questionamento: a historiografia aponta que a tradição jurídica que resultou no modelo de direito codificado é anterior à própria codificação; nota-se que Portugal e Brasil já negavam filiação a uma tradição jurídica diversa muito antes de terem promulgado seus Códigos de direito privado; como poderia, então, ser possível afirmar que o Código tenha caráter fundante dessa tradição?

Como, creio, já se pode entrever, não é o argumento desta tese imputar à figura do Código o papel de ser o único elemento constituinte da tradição do *Civil Law* – isso seria incorrer no mesmo equívoco de *projeção* que venho procurando apontar. O que pretendo demonstrar é como o papel desse diploma normativo extrapola sua função como fonte formal de direito, assumindo o posto de um monumento em torno de que se constitui a identidade do jurista.

Gostaria, para prosseguir, de retomar o passeio pelo *Hôtel des Invalides*, ao redor do túmulo de Napoleão.

O direito, ao contrário de outros ramos do saber, raramente compartilha suas “celebridades” com os demais setores da sociedade: há literatos, militares, cientistas etc. que têm projeção para fora de seus respectivos círculos e são amplamente “comemorados”; a projeção e penetração na cultura popular de personalidades como Albert Einstein e

Stephen Hawking até nos fazem esquecer que são físicos teóricos. SAVIGNY, TEIXEIRA DE FREITAS, BEVILÁQUA, PONTES DE MIRANDA e outros “heróis” do direito são pouco conhecidos fora do campo das profissões jurídicas – e até mesmo dentro desse campo.

Do mesmo modo, a memória jurídica pouco se expande para além do corpo de seus cultores. A ostentação de um *símbolo jurídico* como o *Code Civil* no monumento público mortuário de Napoleão é, assim, uma das poucas manifestações dessa expansão. Isso nos revela que, se grande parte da experiência jurídica fica alheia à memória coletiva fora do campo dos juristas, o Código Civil vai além e se projeta para o público em geral, fazendo-se parte da visão que o senso comum faz do direito: um conjunto de enunciados normativos contidos no Código.

À primeira vista, se levássemos em conta apenas o monumento para conhecer a história do *Code Civil*, sua promulgação pareceria uma expressa e consciente rejeição ao passado. Trata-se de uma atitude pouco comum no discurso histórico do ocidente, já que, em regra, mesmo regimes que procuram a instauração de uma nova ordem pretendem-se *tradicionalistas* e *arcaizantes*; nem sempre o *novo* e o *revolucionário* são sinônimos de *mais desejável*²⁹¹.

Uma análise mais atenta revelará que o *Code Napoléon* não é uma completa ruptura com a experiência jurídica que o precede. CARBONNIER, em uma primorosa passagem, observa que, se *lugar de memória* significa um *locus* ideal em que se preserva um passado a ser *memorado*, um repositório de textos antigos, o *Code* poderia, já nesse sentido, ser encarado como tal, pois nele os direitos – o *ius commune*, os *autores modernos*, como DOMAT e POTHIER, o *juracionalismo*, o *coutume de Paris* – que ele próprio ab-rogava estariam depositados em extratos que se podem dissolver aos olhos do historiador²⁹².

Entretanto, a ênfase na ruptura, no *novo* corpo de regras – que o gesto de Napoleão representado no baixo-relevo deixa claro –, é um importante indicativo da função política, simbólica do Código no discurso histórico-jurídico. O Código se volta ao *futuro*; ele não apenas registra o passado, captando e reformulando regras jurídicas anteriores, mas “cria um símbolo que não se pode esquecer”. O Código Civil, então, assume uma posição na

²⁹¹ LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 203.

²⁹² CARBONNIER, Jean. Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*, tomo II, vol. II. Paris: Gallimard, 1986, pág. 295.

constituição da memória coletiva: sua tarefa não é mais *guardar* a memória, mas *fundá-la*²⁹³.

É claro que não é o próprio Código que se arroga esse papel; trata-se, na verdade, do modo como o discurso jurídico o concebe. O que efetivamente promove a *ruptura* e a *refundação* da tradição não é o Código por si mesmo, mas a cultura jurídica que o molda.

Não se trata de procurar a resposta para o enigma do *ovo* e a *galinha*: o que vem primeiro, o *Código* ou a *cultura jurídica*? A resposta, parece-me, já está dada, uma vez que o Código apenas pode ter a configuração que hoje conhecemos em um ambiente intelectual que o conceba e recepcione como tal.

Com efeito, conforme MARTIN KRYGIER, a efetiva inovação jurídica é muito difícil de conseguir por meio de atos individuais, como um ato normativo imposto pelo Estado, pois o processo de mudança é supraindividual e, usualmente, suprageneracional²⁹⁴.

A busca pelo incremento do *poder de proscricção*, ou seja, do poder de ingerência de um poder político central sobre as formações jurídicas particulares, é um processo que não foi originalmente tentado apenas na Modernidade. Todavia, é nessa época que a racionalização do direito e a empreitada do Estado legislador passam a assumir os contornos que nos são familiares hoje²⁹⁵.

Não seria acurado dizer que o Código incitou a formação de uma cultura jurídica – a *Escola da Exegese*, nomeadamente. Ao contrário, o Código é *resultado* de uma cultura jurídica que promoveu a ruptura e o aproveita como instrumento.

Há, aqui, relação de *circularidade*: o discurso jurídico viabiliza a construção estatal do Código e faz dele seu objeto, legitimando, inclusive do ponto de vista histórico, a utilização do Código – e da lei, em sentido mais geral – como instrumento de interferência na criação do direito. Nesse ponto, tem-se igualmente a evidência do ponto de contato entre o Código, como fenômeno legislativo, e a formação de uma – entre tantas possíveis – tradição científico-jurídica. Há uma *linguagem*, compartilhada no campo jurídico,

²⁹³ CARBONNIER, Jean. Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*, tomo II, vol. II. Paris: Gallimard, 1986.

²⁹⁴ KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 247, ago. 1986. Veja-se, também, o primeiro capítulo de LIMA LOPES, José Reinaldo de. *As palavras e a lei*. São Paulo: FGV/34, 2004.

²⁹⁵ Veja-se, a esse respeito, WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (trad. port. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004. vol. II), págs. 117 e seguintes.

subjacente ao Código, em que o *texto* legislativo participa e por meio de que ele é compreendido²⁹⁶.

Já se nota, portanto, ao longo do século XIX, que surgem atos do discurso jurídico insertos na linguagem inerente à cultura jurídica que alça a figura do Código como fundamental elemento. Nota-se essa abordagem, por exemplo, na valorosa *Introdução* que escreveu CANDIDO MENDES DE ALMEIDA à 14ª edição das Ordenações Afonsinas, saídas em 1870²⁹⁷. Antes, inclusive, de iniciar a introdução histórica, CANDIDO MENDES apresenta a ideia de que, associada à noção de Código, está a de “adiantamento, de progresso dos Povos”; o Código seria “a ordem que succede á confusão, a civilização á barbaria”, e não decadência “das luzes e da sciencia do Direito, como já o disse alguém a respeito dos [códigos] de Roma”. Esse alguém é, certamente, SAVIGNY e seus seguidores²⁹⁸.

Além de representar a ideia de progresso, o Código importaria em “fixação de uma epocha, em que se mostra a alteração que tem havido nas idèias, nos costumes e no modo de viver de qualquer Nação, de que a lei codificada he a melhor e a mais assignalada expressão”²⁹⁹.

Enunciadas tais premissas, o autor principia a exposição do “histórico da legislação Portugueza, e de seus Codigos até a época da Independencia”; a narrativa de CANDIDO MENDES encontra seus pontos de apoio nos marcos *legislativos* – ainda que *legislativo*, aqui, não possa ser tomado em seu sentido moderno – de cada época, que recebem a projeção da ideia de Código. O autor aponta que o primeiro Código de que se tem notícia seriam os *Dez Mandamentos da Lei de Deus*; a qualidade de *Código* também é imputada às *Doze Tábuas*, às *Siete Partidas* e às *Ordenações do Reino de Portugal* em todas as suas versões³⁰⁰.

Algumas décadas depois, CLÓVIS BEVILÁQUA, em seu texto *Em defeza do Projecto de Código Civil Brasileiro*, comparou a noção de Código àquela dos sistemas filosóficos, que concretizam,

²⁹⁶ Sobre a relação da legislação na linguagem do campo jurídico – e, conseqüentemente, na tradição jurídica –, veja-se KRYGIER, Martin. The traditionality of statutes. *Ratio Iuris*, vol. 01, nº 01, mar. 1988, especialmente págs. 27-31.

²⁹⁷ MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870 (ed. *fac-similar* Brasília: Senado Federal, 2004), págs. V-XXXVII.

²⁹⁸ Idem, *ibidem*, pág. V.

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁰⁰ Ver-se-á, no capítulo seguinte, que a *narrativa* de CANDIDO MENDES enquadra-se perfeitamente no programa para a história de direito imposto pelos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772. Trata-se de uma compreensão sistemática da história, que busca dar sentido ao direito presente.

em forte synthese, uma concepção de mundo, victoriosa em cérebros ou em certo momento histórico, e serve de repouso aos espíritos, satisfazendo as necessidades mentais por algum tempo. Depois, o cabedal da experiência aumenta, e é forçoso quebrar os moldes que o pensamento fundira, alargar o âmbito da doutrina. Assim os códigos. Estereotypam elles a forma de pensamento jurídico em um certo momento da civilização de um povo, e, si forem vasados em moldes selectos, com vantagem proverão, por longo tempo, ás necessidades sociaes, pois que é o seu fito principal traduzil-as e assegurar, do melhora modo, a sua satisfação³⁰¹.

Poder-se-ia cogitar ter ficado esse tipo de abordagem histórica relegado ao século XIX e início do século XX, de que retirei os exemplos de CANDIDO MENDES e BEVILÁQUA. Não é esse o caso, entretanto, pois não é difícil encontrar obras muito mais recentes que procedem do mesmo modo. JACQUES VANDERLINDEN procura, entre o século XIII e o início do XIX, paradigmas para, então, extrair uma definição que possa exprimir o conceito de Código que abranja todos os exemplos colhidos pelo autor³⁰².

Um expediente parecido é adotado por CSABA VARGA. Ao negar que o *Code Civil* possa servir de modelo para compreender o que é um Código, o autor o projeta como realidade que perpassa a história humana desde a Antiguidade, como categoria que sempre teria existido, ainda que para atender a necessidades e problemas que não fossem homogêneos ou guardassem relação de linearidade entre si. Assim, o Código francês seria uma manifestação particular – quem sabe a forma mais elevada da organização de um Código –, mas que não encobre manifestações diferentes em tempos passados³⁰³.

Essa abordagem ocupa, igualmente, os esforços históricos contidos em alguns manuais de direito civil de maior circulação. Em regra, há um breve aceno para as fontes do direito luso-brasileiro antecedente à codificação. No entanto, apontam-se, nesse campo, entre tais fontes, aquelas que *mais se parecem com um Código* – ou aquelas que *mais se faz parecer* com um Código, como MERRYMAN procedeu com *Corpus Iuris Civilis* –, ou seja, aquelas que consistiriam para o período estudado a fonte primordial de direito emanada de um poder pretensamente central. SILVIO RODRIGUES afirma ter sido o *Breviário de Alarico* fonte hegemônica na Península Ibérica desde 506 até a separação entre Portugal e Espanha e a composição, pelo primeiro, das *Ordenações do Reino*, em suas três diferentes

³⁰¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de Codigo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906, págs. 15-16.

³⁰² VANDERLINDEN, Jacques. *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle: essai de définition*. Bruxelles: Institut de Sociologie, 1967.

³⁰³ VARGA, Csaba. *Codification as a Socio-historical Phenomenon*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1991, reimp. 2011. Veja-se, especificamente, págs. 247-248.

versões³⁰⁴. As ordenações, por sua vez, teriam servido de “manancial inexaurível, onde se abeberou o legislador pátrio”³⁰⁵. Em seguida, o eminente professor passa a descrever o percurso desde a *Consolidação das Leis Civis*, de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, até a promulgação do Código Civil brasileiro de 1916 e a do Código atual, vigente desde 2003³⁰⁶. CARLOS ROBERTO GONÇALVES segue a mesma linha de exposição, acrescentando, no entanto, o desenvolvimento do chamado *direito civil constitucional*³⁰⁷.

Nota-se, então, que a imagem criada acerca do Código Civil projeta-se ao passado: cada época conheceria o seu diploma com papel normativo *central* em torno de que gravitam os demais regimes de exceção, constituindo o *locus* de que o judiciário deveria extrair, *gramaticalmente*, as soluções para o caso concreto, conforme o tipo ideal esquadrihado no âmbito do *Civil Law*.

Essa atitude discursiva é apontada por alguns estudiosos como reação ao poder dos juízes ao longo do *Antigo Regime*. Com efeito, JOHN P. DAWSON aduz que o direito francês, visto, em regra, como sistema paradigmático no *Civil Law*, embora estivesse mais aberto às influências romanísticas que o direito inglês, representa, especialmente no tocante ao papel dos juízes, um desvio em relação ao direito romano, e não uma continuidade; essa *recusa* ao passado romanista teria raízes em uma reação contra os excessivos poderes de que dispunham os juízes na organização política pré-revolucionária³⁰⁸.

Contemporaneamente, observa-se o recrudescimento da centralidade do Código Civil no sistema de direito privado. Não seria exagero, contudo, aduzir que os aspectos extranormativos da codificação continuem, ainda assim, tão importantes quanto sua eventual eficácia e efetividade; subsistem suas funções simbólicas de conservação da memória e da identidade. Nesse sentido, MITCHEL LASSER procura demonstrar todo o esforço argumentativo da *Cour de Cassation* francesa para manutenção da *imagem oficial* da atuação do judiciário, mesmo com a verificação empírica de que o centro normativo visado pelos juízes e advogados gerais não são mais apenas as fontes legisladas. Aponta o

³⁰⁴ Pode-se apontar que houve, rigorosamente, quatro versões das Ordenações do Reino de Portugal, pois confeccionaram-se duas diferentes Ordenações Manuelinas, e a primeira delas teve a circulação proibida.

³⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. I. pág. 11.

³⁰⁶ Idem, *ibidem*, págs. 11-12.

³⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. I. págs. 35-47.

³⁰⁸ Cfr. DAWSON, John P. *The oracles of the law*. Ann Arbor: The Michigan University Press, 1968, pág. 263. Veja-se, também, inclusive para uma análise crítica da obra de DAWSON, LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016.

autor que se espera que a decisão do judiciário já tenha sido tomada de antemão pelo legislativo e possa ser extraída do Código ou da lei – consistindo, nesse tipo de atuação, justamente, a *imagem oficial* do *modus operandi* do judiciário – pelo juiz sem referências externas. É isso que o autor chama de aplicação *gramatical* do Código: aquela que prescindir de referências externas ao próprio sistema do Código para atribuição de significado. LASSER aponta como oposta à abordagem gramatical a *hermenêutica*, que buscaria o sentido e significado em elementos de ordem política, econômica, sociológica e de equidade³⁰⁹.

Entretanto, nota-se que tal modelo gramatical encontra-se em crise – como bem assinala, aliás, o texto de LASSER. A fragmentação do direito privado em diversos microsistemas mitigaria o papel normativo do Código Civil; à figura do Código deixou-se de atribuir as qualidades de completude e imutabilidade, inerentes ao papel *constitucional* que lhe era consignado pelo liberalismo; deixa, assim, de ser o *locus* normativo unitário e exclusivo da vida privada para compor, na crise do liberalismo, o *direito comum*, sede de princípios gerais que as leis excepcionais modificam ou complementam, e, no segundo pós-guerra, um corpo normativo *residual*³¹⁰.

Essa alteração seria resultado, de acordo com NATALINO IRTI, de um processo de inserção no campo legislativo de *escolhas de fins* que eram, antes, realizadas pelas partes no ambiente negocial. A lei, assim, deixa de apenas fornecer um esquema formal para que as partes selecionem e persigam finalidades por ela determinadas, mas o próprio ordenamento *pré-seleciona* o que é perseguível, ou o fim cuja persecução é desejável, estimulando, por meios diversos, os entes privados a fazerem-no³¹¹.

Com isso, o tratamento formalmente igualitário promovido no âmbito do Código Civil cede espaço para leis-incentivo destinadas a classes de relações jurídicas específicas. Por sua vez, tal providência implica que setores inteiros do regulamento jurídico antes contido no Código sejam deslocados para as chamadas *leis especiais*, passando a constituir centros verdadeiramente autônomos do ponto de vista operacional e principiológico³¹².

³⁰⁹ DAWSON, LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744, pág. 1.327. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016.

³¹⁰ A esse respeito, veja-se IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, págs. 21-25, 29, 39-40.

³¹¹ Idem, ibidem, págs. 34-35.

³¹² Idem, ibidem, págs. 38-39. O autor aponta que “mentre il secolo decimonono converge nei codici civili, che perciò offrono, non semplici criteri normativi, ma complete immagini di una società laica e moderna; il secolo ventesimo sgretola, insieme con il potere statale, suoi simboli più alti e suggestivi. *La fuga dal codice civile* riguarda fondamentali istituti ed interi complessi di rapporti (...); e si intensifica ed allarga a mano a

O regramento das *leis especiais*, provisório e excepcional na gênese, protraí-se no tempo e passa a ter certa estabilidade, atraindo para si, então, outras leis que lhe servirão de complemento e introduzirão derrogações e exceções, formando-se, com isso, um verdadeiro *microsistema*³¹³.

Como reconhece a exposição de motivos redigida por MIGUEL REALE para o Projeto de Código Civil, que veio a se tornar a Lei nº 10.406/2002 – o *novo* Código Civil brasileiro –, a função normativa do Código não tem mais a exclusividade que outrora lhe era reputada, consistindo em uma *lei básica*, mas não *global* do sistema de direito privado³¹⁴.

A penetração do poder público, por meio de leis especiais e da própria Constituição, à esfera de escolhas que já foi reservada aos entes privados permite que se vá mais além no tocante à crise do papel do Código Civil no quadro de fontes. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI observa que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, há crescente *judicialização* dos conflitos. Esse fenômeno, segundo TUCCI, ocorre em razão da constitucionalização de um conjunto de garantias sem a implementação consistente de políticas públicas e sociais correlatas. Combinando esse fator com a ineficiência das

mano che gruppi social o cerchie di soggetti strappano, dopo aspri e tormentati negoziati con i poteri pubblici, leggi particolari e tavole di privilegi (...) La crisi della 'centralità' del codice è soltanto una imagine della crisi dello Stato moderno; e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites, che esigono specifici statuti e tavole di diritto" ("enquanto o século XIX converge nos códigos civis, que por isso oferecem não simples critérios normativos, mas imagens completas de uma sociedade laica e moderna; o século XX se desfaz, juntamente com o poder estatal, de seus símbolos mais elevados e sugestivos. *A fuga do código civil* diz respeito a institutos fundamentais e complexos inteiros de relações (...); intensifica e alarga, ao mesmo tempo, a possibilidade de que grupos sociais ou círculos de sujeitos distintos, após ásperas e tormentosas negociações com os poderes públicos, forjem leis particulares e tábulas de privilégios (...). A crise da 'centralidade' do código é apenas uma imagem da crise do Estado moderno; e assim da emersão histórica de grupos e classes, de categorias econômicas e elites, que exigem estatutos específicos e tábuas de direito" – tradução livre) (IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, págs. 45 e 49).

³¹³ Idem, *ibidem*, pág. 46. IRTI reconhece, contudo, que o termo *microsistema* não dá conta de toda a complexidade da formação histórica do fenômeno que procura lançar ideia, mas defende sua utilização em vista da síntese conceitual e potencial de descrição.

Uma interessante cogitação a respeito dos problemas metodológicos acarretados pela formação dos microsistemas pode ser encontrada em POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um retorno – regresso? – ao "generalismo" jurídico: notas sobre os equívocos a que pode conduzir uma excessiva especialização do conhecimento jurídico. In: POUSADA, Estevan Lo Ré. *Direito privado aplicado: por uma escola "heterônoma" de direito civil*. São Paulo: Leud, 2013. págs. 159-196.

³¹⁴ Veja-se REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão elaboradora do Código Civil. In: SENADO FEDERAL. *Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 25. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Último acesso aos 28 de setembro de 2016.

agências reguladoras de serviços, ter-se-ia que o judiciário “passa a suplantar o sistema da Administração Pública”³¹⁵.

Ganha corpo, então, o fenômeno do *ativismo judicial*. Conforme JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES, em *As palavras e a lei*, a politização do sistema judicial é vista, desde a Modernidade, como problemática, como um efetivo desvio da função jurisdicional. Desde que se reservaram à política as matérias atinentes à justiça distributiva, retirando-as da esfera de poder do Estado-juiz, a interferência do judiciário na distribuição de bens indivisíveis passou a ser proibida³¹⁶.

Entretanto, a penetração do judiciário no campo de decisões políticas põe em xeque o tradicional discurso sobre a prevalência das fontes legisladas. O inchaço do judiciário e a grande plêiade de questões a ele submetidas fizeram com que as decisões judiciais ganhassem novo relevo no sistema nacional. Em resposta a esse fenômeno, diversos mecanismos tendentes a garantir a consistência e uniformidade da jurisprudência foram criados³¹⁷.

A recente entrada em vigência do Código de Processo Civil, promulgado em 2015, acarretou, pela referência expressa a *precedentes judiciais*, especialmente no *caput* do art. 492, o questionamento sobre eventual papel de criação normativa pelos tribunais.

Ao lado de mecanismos que já existiam sob o regime jurídico anterior, como o das súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recurso, julgamento por amostragem etc., o novo Código contém, em seu art. 926, um comando “didático” aos tribunais, impondo-lhes o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”; além disso – e de modo mais contundente –, o art. 489, § 1º, inciso VI, reputa sem fundamentação – e, portanto, nula – a decisão judicial que deixar de enfrentar precedente, em forma de julgado, jurisprudência ou súmula, invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O *distinguishing*, técnica de utilização típica nas cortes de *Common Law* por meio de que se demonstra a não aplicabilidade de determinado precedente ao caso em

³¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, ano XXXV, nº 126, pág. 144, maio 2015.

³¹⁶ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *As palavras e a lei*. São Paulo: FGV/34, 2004.

³¹⁷ Idem, *ibidem*, págs. 147-148. Entre esses mecanismos, vigentes já com o Código de Processo Civil de 1973, encontram-se o próprio incidente de uniformização, que era regrado entre os arts. 476 e 479 do Código, que não encontram correspondência na nova legislação; os embargos de divergência, oponíveis contra decisões de recurso especial e extraordinário (art. 496, inc. VIII, CPC/73; art. 994, IX, CPC/15); além das súmulas impeditivas de recurso (art. 557, CPC/73; art. 932, inc. IV, CPC/15) e vinculantes (art. 103-A, CF, regulamentada pela Lei nº 11.417/2006).

juízo, parece ter encontrado guarida na literalidade do art. 489 do Código de Processo Civil ora vigente no país.

Esses dados parecem confirmar as opiniões dos que apontam para uma relativização para as diferenças entre *Civil-Common Law*, já que, tanto em uma quanto em outra tradição, observar-se-ia a tendência a seguir, nos julgamentos, os precedentes judiciais já estabelecidos em prestígio à previsibilidade e segurança jurídica.

No reverso da moeda, o que se encontraria, como resultado desse processo de incremento da importância do precedente, seria o esvaziamento da importância do direito legislado; o Código Civil não seria, para utilizar a expressão de MITCHEL LASSER, a “*matrix*” de que se extrai, gramaticalmente, a solução para o caso. O Código teria, portanto, parte de sua importância normativa deslocada para os precedentes.

Extrapolando os limites desta tese analisar, nos discursos de doutrinadores e juízes, o real impacto da *jurisprudência* na tomada de decisão e o quanto ela pode, efetivamente, arrogar-se o poder criativo de normas, ainda que nosso sistema de fontes prescindia, em caráter oficial, dos precedentes³¹⁸. O ponto que pretendo investigar diz respeito não exatamente ao papel normativo do Código em confronto com o da jurisprudência; interessa-me, mais propriamente, o seguinte: ainda que assumíssemos como dado o deslocamento do centro normativo do ordenamento jurídico brasileiro do Código para a jurisprudência, seria correto falar em aproximação de nosso sistema ao *Common Law*? Como querem alguns³¹⁹, estaríamos autorizados a nomear o fenômeno de *commonlawlização*?

A hipótese que lanço como resposta a essa questão já está, creio, dispersa ao longo do texto até aqui desenvolvido. Trato, agora, de desenvolvê-la de modo mais articulado.

Parto da observação colhida de H. PATRICK GLENN, de que as tradições jurídicas são compostas por elementos diversos e que *Civil-Common Law* são tipos ideais e não se separam, na realidade, de modo absolutamente estanque. Assim, não é anormal se deparar com elementos reputados como estranhos em uma dada tradição.

Mais importante – e, aqui, apresento um ponto central do argumento – é que o papel do Código Civil, em um sistema jurídico que o contém, vai muito além do normativo. A cultura jurídica projeta o Código para fora dos limites normativos e da tópica

³¹⁸ Para uma análise nesse sentido, para o direito francês, remeto, mais uma vez, à monografia de LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744. Acessível pelo endereço eletrônico <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016.

³¹⁹ Veja-se, *supra*, o texto que acompanha a nota de rodapé nº 18.

das decisões judiciais. O Código constitui uma referência histórico-cultural para o jurista, que se enxerga como um *jurista do Civil Law* ou *jurista do Common Law* em função de aspectos ligados à construção de sua *identidade*, que passam pelo modo como se dá sua formação, como o direito é ensinado e como sua história é apresentada. Tais aspectos, segundo minha hipótese, variam conforme a presença ou ausência da codificação.

Ainda que o Código assumisse, na prática, um papel normativo secundário em relação à jurisprudência, isso não implicaria de modo automático a desnaturação da tradição jurídica, já que esta é composta por elementos culturais mais complexos.

O Código assume, assim, não apenas o papel histórico como fonte de direito, mas, também, um papel central no *discurso histórico* no campo jurídico. Esse papel histórico está ligado ao próprio modo como se enxerga o *Civil Law* hoje. O Código é, portanto, um *símbolo* dessa tradição jurídica, projetando-se como *lugar de memória* ao redor de que se constrói a *identidade do jurista*.

Quero enfatizar, com essas observações, que a ideia de Código é constitutiva da tradição jurídica do *Civil Law*. Não se trata, portanto, de um *produto natural* dessa tradição, proveniente da continuidade histórica; ao contrário, o Código é um dos elementos a partir dos quais e entorno dos quais se constrói a tradição jurídica. É produto, antes, de uma ruptura que de uma continuidade histórica.

O modo de conceber a história jurídica, no entanto, proporciona-nos, como já acenado acima, a sensação de que a tradição a que nos filiamos é proveniente de tempos imemoriais. Alguns de seus aspectos são, efetivamente, muito antigos, mas se deve notar, por outro lado, que o arranjo final do que conhecemos como *Civil Law – tradição romano-germano-canônica* – é proveniente da *Modernidade* e tem o Código como protagonista. Assim, a história do direito ocidental é comumente contada a partir da perspectiva de grandes textos legislativos que sintetizariam a experiência jurídica de cada época, do mesmo modo como o Código condensaria a experiência jurídica em nosso tempo.

Com isso, ocorre a já mencionada *projeção* do Código ao passado, o que redundaria em sua *monumentalização*; isto é, o Código é posto no *domínio de memória* do jurista do *Civil Law*. Deve-se destacar que esse *domínio de memória* diz respeito a um nível de discurso muito particular: o *discurso científico*, especialmente aquele encontrado nos textos *manualísticos* voltados à formação da visão de mundo do jurista.

O ensino pelos manuais transmite uma visão de mundo já pronta, que potencialmente acompanhará o iniciante, inclusive o futuro professor, pesquisador e autor

de um novo manual, por toda sua atuação naquele ramo do saber. Desse modo, temos que a constituição do Código em *monumento e lugar de memória* fundante da tradição romano-germano-canônica encontra um fator essencial no discurso jurídico-acadêmico.

2.1.4.1. Esquecimento *sob o Código Civil*

Se o Código coloca-se como *lugar de memória* e é, ele próprio, fundamento dessa memória, não seria conveniente questionarmo-nos sobre *o que ele apaga, o que ele deixa esquecido?* Procurarei dar alguns indicativos, nas linhas a seguir, visando fomentar o argumento de que a codificação tem um papel decisivo na formação da *identidade* do *Civil Law*.

As histórias jurídicas inglesa e continental apresentam importantes pontos de contato que ficam ocultos nos textos contemporâneos pela hodierna certeza da extrema diferenciação das duas tradições. É interessante notar que a história da tradição romano-germano-canônica não ignora esses dados, e a historiografia faz a eles constantes referências. Entretanto, eles não são *lidos* pelo historiador jurídico como elementos comuns à história jurídica europeia, o que incluiria também a Inglaterra, mas como constituintes somente da tradição do direito continental.

Há diferenças culturais talvez intransponíveis entre os modos de ser do *Common Law* e do *Civil Law*. O meu argumento não tende a desconstruí-las historicamente³²⁰. Contudo, seria possível observar que há divergências *selecionadas* e apresentadas de modo *adequado* a enfatizar determinados aspectos de uma e de outra tradição, sublinhando, por oposição, as suas *identidades*.

O estudioso que conhece o *Common Law* a partir das obras comparatistas pode ser surpreendido ao visitar uma biblioteca jurídica inglesa. Obviamente, não haverá surpresa alguma ao se constatar que grande parte dos volumes encontrados nas estantes é composta por repertórios de julgados, obras absolutamente diversas daquelas que os juristas do *Civil Law* estão acostumados a ler e a escrever.

³²⁰ Não posso deixar de apontar, todavia, que a aludida *desconstrução* não é de todo inviável. Mesmo CAENEGEM, que dá grande ênfase aos aspectos diferenciadores entre *Common Law* e *Civil Law*, reconhece que, na prática judiciária do dia a dia, não há uma grande diferenciação entre os sistemas, já que, entre outros fatores, também o *civil lawyer* leva em conta para sua atuação os precedentes lançados pelos tribunais (CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010), pág. 28).

Até mesmo a postura daqueles que frequentam a biblioteca é ligeiramente diversa da que estamos acostumados a adotar. Em uma biblioteca brasileira, por exemplo, é comum encontrar o estudante com um livro aberto, acompanhado de algum material para anotação. Pode até ser que o pesquisador tenha disposto ao redor de si múltiplos volumes, todos aguardando sua vez de serem consultados. Em uma biblioteca jurídica inglesa, por outro lado, encontramos o frequentador, muitas vezes, rodeado de livros, todos abertos como se estivessem sendo lidos simultaneamente. Um dado casual como esse parece revelar uma diferença de metodologia para o estudo e a prática do *Common Law* e do *Civil Law*.

Entretanto, se se tem a impressão de que o desenvolvimento histórico do *Common Law* se deu de modo completamente alheio ao direito do continente, há indícios que podem relativizar essa ideia. É esse o ponto que passo a explorar.

A história do *Common Law* está intimamente relacionada a um conjunto de instituições cravadas em uma compacta extensão territorial no coração da cidade de Londres. Essa localidade é apelidada *Legal London*, onde estão órgãos da administração judiciária e os quatro remanescentes *Inns of Court*: *Lincoln's Inn*, *Gray's Inn*, *Middle Temple* e *Inner Temple*³²¹.

Os *Inns of Court* não são, como cediço, instituições universitárias, ainda que, como aponta JOHN HAMILTON BAKER, haja registros de que fossem chamados de a *terceira universidade da Inglaterra* desde o período anterior à era Tudor³²². Pode causar estranheza ao *Civil Lawyer*, acostumado à elaboração universitária da ciência jurídica, constatar que a atuação judiciária no sistema inglês prescinde de um título acadêmico em direito. Para ser *sollicitor*, ainda hoje, basta ser bacharel em qualquer ciência e que se passe pelo treinamento e aprovação em exame de um dos *Inns of Court*³²³. A exigência de grau universitário, todavia, não existia até as reformas do século XIX. Assim, por séculos, a formação do *Common Lawyer* se deu sob responsabilidade exclusiva dos *Inns*, uma

³²¹ Veja-se, a respeito, MEGARRY, Robert. *Inns ancient and modern: a topographical and historical introduction to the Inns of Court, Inns of Chancery, and Serjeants' Inns*. London: Selden Society, 1972. DANIELL, Timothy Tyndale. *The lawyers – the Inns of Court: the home of the Common Law*. London: Wildy and Sons, 1976.

³²² BAKER, John Hamilton. *The Common Law tradition: lawyers, books and the Law*. London and Rio Grande: The Hambledon Press, 2000, pág. 03.

³²³ É o próprio BAKER quem informa, na introdução de seu *An introduction to English legal history* (4ª ed. London: Butterworths, 2002), procurando justificar a importância de uma obra de índole histórica a respeito do *Common Law*, que muitos escritórios de advocacia ingleses preferem a contratação de historiadores a bacharéis em direito, pois os primeiros teriam uma formação geral mais bem estruturada que os últimos.

corporação cuja existência, reiteramos, não visa imediatamente aos mesmos fins da universidade, como conservação e transmissão da cultura³²⁴.

MARIO LOSANO, em seu volume sobre *grandes sistemas jurídicos*, atribui grande importância aos *Inns of Court* na formação do *Common Law* por serem tais instituições parcialmente responsáveis pela homogeneidade da classe de juristas, o que seria uma característica da tradição inglesa³²⁵. Uma vez admitido ao *Inn*, o aspirante é integrado em um ambiente de intensa convivência com seus pares. A integração se dá não apenas em relação aos aspectos profissionais, mas jantares, cerimônias, palestras e coquetéis garantem que os membros estejam em harmonia também no que diz respeito à sociabilidade. Assim, é possível identificar a efetiva existência de classe forense – cujos membros, historicamente, provêm, em geral, da mesma classe social – que, por meio de suas sentenças e do costume de observar os julgamentos anteriormente prolatados pelos seus pares, auxilia a composição dos principais traços do *Common Law*.

Uma visita à *Legal London* pode dar alguns indicativos a respeito dos caracteres do direito inglês. O visitante, atravessando os *Lincoln's Inn Fields*, próximos à região central de Londres, chega ao pórtico do *Inn*. Após adentrar no pátio, vira-se à esquerda para tomar o rumo da biblioteca, hoje instalada em um belo edifício vitoriano que também abriga o *grande salão (Great Hall)*, onde têm lugar as atividades de integração entre os membros novos e antigos do *Inn*, conferências, jantares etc. A escadaria leva a uma porta cujo peso a faz difícil de abrir; combinada ao aviso *members and barristers only*, passa ao visitante a impressão de não ser ali bem-vindo. O retrato de *Sir Peter Warburton*, que encara com gravidade o ingressante a partir da parede esquerda do corredor de entrada, reforça essa percepção.

Essas pequenas barreiras iniciais – que são, por fim, apagadas pela cordialidade do bibliotecário, Sr. Guy Holborn – devem-se, quem sabe, às características do próprio ambiente dos *Inns of Court*, que são o coração do *Common Law*. A sobredita homogeneidade da classe de juristas ingleses é tamanha, que o forasteiro é logo identificado até mesmo pela porta que recusa ser por ele aberta.

³²⁴ Para uma exposição a respeito das finalidades universitárias, veja-se MOREIRA ALVES, José Carlos. Universidade, cultura e direito romano. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, págs. 317-338; veja-se, também, para um panorama apoiado na filosofia tomista de Josef Pieper, LAUAND, Luiz Jean. *O que é uma universidade?* São Paulo: Perspectiva, 1987.

³²⁵ LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Roma: Laterza, 2000 (trad. port. VAREJÃO, Marcela. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007), pág. 325.

A existência dessa classe de juristas influentes na formação do direito não é, entretanto, uma exclusividade do sistema formado na Inglaterra. Ao contrário, é um dos traços marcantes também da história do *ius commune*, anterior ao movimento codificador. Mesmo às vésperas da aprovação do projeto final daquele que viria a ser o *Code Napoléon*, JEAN-ÉTTIENE PORTALIS, um dos responsáveis pelo sucesso da empreitada em sua fase final, reconhecia e fazia apologia dessa classe. No discurso preliminar ao projeto do *Code*, PORTALIS observa que, no início de seus trabalhos, a comissão elaboradora do projeto notou que a opinião geral apontava que, na redação de Código, a grande tarefa seria de *tudo simplificar e tudo prever*. O autor, desde logo, aponta que a tarefa de *tudo prever* é impossível de ser realizada. A ambição de nada deixar à decisão do juiz é classificada de *perigosa* por PORTALIS. O legislador não pode prover a tudo, já que, por mais que se faça, não é possível que a lei positiva se substitua à razão natural nas relações humanas. A legislação não pode impedir o decurso do tempo e que, com ele, a experiência revele novas situações que o pensamento não poderia atingir³²⁶. Nota-se, com isso, que uma série de assuntos deve ser deixada, necessariamente, à discussão dos homens instruídos e à tomada de decisão dos juízes. O papel da lei, então, seria o de fixar princípios, e não de descer aos detalhes das questões que podem nascer sobre cada matéria. Caberia ao magistrado e ao jurisconsulto penetrar no espírito da lei e guiar-lhe a aplicação. Pode ser que as críticas então feitas à jurisprudência pelo pensamento do *jusracionalismo* tivessem fundamento. Entretanto, em todas as nações civilizadas nasce, necessariamente, ao lado do “santuário das leis e sob a vigilância do legislador”, um *corpo de máximas de decisões e de doutrinas depuradas diariamente pela prática e pelo choque dos debates judiciais, formando um verdadeiro suplemento da legislação*³²⁷.

No direito francês em que se formou PORTALIS, esse *corpo de máximas de decisões* não era apenas um guia para o advogado ou magistrado diligente. Com efeito, havia um mecanismo de vinculação às decisões prolatadas pelos *Parlamentos*, que eram órgãos acumuladores de funções que hoje chamamos administrativas e judiciais. O *Parlement de Paris* assumiu o papel de corte de cúpula por volta da metade do século XIII³²⁸. Os

³²⁶ Nota-se, nessa passagem, que em PORTALIS a confiança na razão humana não é absoluta. A legislação não pode ser um produto imutável e uniforme da razão, pois deve servir também à experiência.

³²⁷ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. Discours préliminaire sur le projet de Code Civil. In: *Discours, rapports e travaux inédits sur le Code Civil*. Paris: Joubert, 1844, págs. 07-08. O destaque em itálico no texto não está no original.

³²⁸ Esse dado foi apresentado por CAENEGEM, Raoul Charles van. *An historical introduction to private law*. Cambridge: Press Syndicate of Cambridge University, 1992 (trad. port. LIMA MACHADO, Carlos Eduardo.

Parlamentos tinham autoridade para editar os *arrêts de règlement*, decisões que estabeleciam “normas gerais de direito aplicáveis a todos, de modo que dentro da jurisdição do parlamento correspondiam a uma espécie de legislação”³²⁹.

Também em Portugal a prática de vinculação dos julgados não foi desconhecida. Os *Assentos da Casa da Suplicação, da Relação do Porto e das Relações Ultramarinas* constituíram um “processo de interpretação *autêntica* de leis que tivessem suscitado dúvidas (...)”³³⁰. Ou seja, tais tribunais arrogavam-se poderes de impor de modo vinculante às cortes inferiores a eles subordinadas os entendimentos por eles prolatados.

Além dos *arrêts de règlement* e dos *assentos*, reconhecia-se como fonte de direito os chamados *estilos (stylli)* das cortes. As Ordenações do Reino de Portugal reconheciam expressamente o *stylus* como fonte de direito, mas sua definição foi construída por autores ligados ao *ius commune*. A noção geral é de que o *estilo* seria uma espécie de costume. BARTOLO o diferencia, no entanto, de *consuetudo*, apontando que seria induzido por atos judiciais e por meio de *exempla*, por comportamentos repetidos; *stylus*, por sua vez, seria criado apenas por atos judiciais dos assuntos que são versados em juízo³³¹. Tratar-se-ia, portanto, de costume de tipo especial, forjado no âmbito judicial, impondo regras de conteúdo exclusivamente processual.

A definição de BARTOLO para *consuetudo*, no entanto, deixa entrever que a criação de normas de conteúdo *substantivo*, que tivessem caráter vinculante para além do âmbito processual, também era admitida (*consuetudo inducitur per actus iudicarios et exempla...*). Houve ainda quem admitisse expressamente que o *estilo* não se limitaria ao

Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000), pág. 143. A tradução brasileira desse texto, na edição consultada, merece alguns reparos.

³²⁹ CAENEGEM, Raoul Charles van. *Op. cit.*, pág. 137. O autor belga, nesta passagem, afirma que os *arrêts de règlement* constituiriam uma “espécie de legislação”, realizando uma clara projeção da função que à lei foi atribuída na modernidade – a de constituir uma fonte primordial de direito caracterizada por ser um regulamento abstrato e geral, emanado a partir da soberania popular – àquela que a lei tinha no *antigo regime*. No mesmo excerto, o autor ainda aduz que os *arrêts de règlement* constituiriam exceção ao exercício regular das funções judiciais pelas cortes, já que, ao instituir regras gerais de direito, estariam usurpando uma função tipicamente legislativa. No entanto, funções *tipicamente* legislativas e jurisdicionais são criações modernas e não constituíam problemas relevantes para o *ancient droit*. A esse respeito, veja-se LIMA LOPES, José Reinaldo de. *As palavras e a lei*. São Paulo: FGV/34, 2004, especialmente o quarto capítulo.

³³⁰ GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pág. 375.

³³¹ “Differentiam esse talem, quia consuetudo inducitur per actus iudicarios et exempla (...), et stylus solum per actus iudicarios earum (rerum) quae in iudicio versantur” (“A diferença é tal que o costume é induzido por atos judiciais e exemplos (...); e o estilo apenas por atos judiciais daqueles assuntos que são versados em juízo” – tradução livre). Infelizmente, para esse texto destinado ao exame de qualificação, tomamos a transcrição indiretamente a partir da página 377 da obra de NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA indicada na nota acima. Comprometo-me, entretanto, a corrigir essa falha nas versões subsequentes do texto.

campo do processo, podendo ser criado por um ou vários juízes sobre matéria tanto processual quanto de direito substantivo. Vislumbra-se, então, que as decisões judiciais como fonte de direito não eram exclusividade do sistema inglês, mas algo próprio do modo de ser do *ius commune*.

É claro que a imagem geral passada pela historiografia é de que o desenvolvimento do direito inglês é paralelo ao do *ius commune*. Este que pouco teria penetrado na formação do *Common Law*, tendo permanecido o direito romano redescoberto e reelaborado na Idade Média um fenômeno, de forma geral, alheio àquela tradição. Os textos historiográficos dão conta de que Lanfrancus Dialecticus, cultor do direito em Bolonha, teria sido nomeado arcebispo de Canterbury, onde teria passado a se dedicar ao estudo do direito inglês. Seria esse, então, o ponto de contato entre o direito inglês e o direito romano medieval³³².

Parece-me, entretanto, que essa imagem comumente presente nos manuais não possa ser acolhida sem alguma dose de cuidado. Em primeiro lugar, a noção de um *ius commune* como presença uniforme em todo direito continental merece reparos. Certos textos, como, por exemplo, o de CAENEGEM³³³, apresentam uma oposição direta entre tradição continental e direito inglês. Entretanto, será mesmo possível falar de *uma* tradição continental com traços uniformes?

Se o direito romano não pode penetrar na Inglaterra, igualmente não pode penetrar também em outros territórios continentais. Com efeito, JEAN-LOUIS HALPÉRIN passa em revista a concepção de *ius commune* apontando a existência de uma forte tensão entre o direito comum, representado pelo amálgama de direito romano, canônico e germânico, e diversas tradições jurídicas locais. Sob a expressão *ius commune* estão diversas realidades e diferentes níveis de recepção dessa ordem supranacional. Em certos pontos da Europa, o direito romano foi recepcionado como ordem hegemônica, como na península itálica e no sul da França. Em outros, como em alguns reinos dominados pelo Sacro Império, houve

³³² Nesse sentido, LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Roma: Laterza, 2000 (trad. port. VAREJÃO, Marcela. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007), pág. 324. Sobre o alheamento em relação ao direito romano, leia-se, do mesmo autor: “a unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam por que o direito romano não foi adotado na Grã-Bretanha (...)” (Idem, *ibidem*, pág. 327).

³³³ CAENEGEM, Raoul Charles van. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010).

uma séria resistência dos direitos territoriais, e, ali, o direito romano jamais alcançou hegemonia, restando aplicável em caráter apenas subsidiário³³⁴.

Nota-se, assim, que a difusão do *ius commune* pelo continente europeu não se deu de maneira uniforme e comportou graus diversos de recepção. Quer dizer, o direito comum penetrou de maneira imperfeita por diversos territórios. Não teria sido assim, também, na Inglaterra?

Podemos esboçar uma primeira resposta a essa questão a partir de alguns indícios.

Em primeiro lugar, devemos lembrar da existência dos *Civil Lawyers* na Inglaterra até a segunda metade do século XIX. Os chamados *Doctors' Commons* eram juristas que, atuando em determinadas cortes inglesas, utilizavam-se das fontes do *ius commune* ao modo do jurista continental. Uma tese lançada por MAITLAND aduziu, inclusive, que, na Renascença, o *Common Law* esteve em perigo, em parte em função do prestígio que tiveram os *Doctors' Commons* junto à monarquia³³⁵.

No entanto, um dado que particularmente me chama a atenção é encontrado na biblioteca do *Lincoln's Inn*. Poder-se-ia desde logo questionar: em um local tão característico do *Common Law*, voltado não imediatamente à erudição e difusão da cultura, mas a finalidades mais pragmáticas, e cuja porta chega a empurrar o visitante para fora, poderia penetrar o *ius commune* ou o direito romano?

³³⁴ HALPERIN, Jean-Louis. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*. 2ª ed. Paris: Flammarion, 2006, págs. 19-20.

³³⁵ Cfr., *supra*, Capítulo primeiro, item 1.2.

A conferência de MAITLAND foi publicada em 1901. O autor questiona, a partir de uma afirmação curiosa de Sir Edward Coke – que louvava, já no período da Renascença, um livro medieval escrito por Thomas Littleton “como o mais perfeito escrito em qualquer ciência” –, sobre o papel do direito romano ao longo do Renascimento: era o período em que as fontes justinianeias “expulsavam” o direito germânico do Sacro Império: “era o tempo da Reforma e também o tempo da Recepção”; a recepção na Inglaterra teria sido advogada por Reginald Pole e fomentada, politicamente, por seu primo, Henrique VIII, que proibira o estudo do direito canônico e criara a cadeira de “civil law” em Oxford e Cambridge. Segundo MAITLAND, “there was pleasant reading in the Byzantine Code for a king who wished to be monarch in church as well as state: pleasanter reading than could be found in our ancient English law-books” (“havia leitura agradável no Código Bizantino para um rei que desejava ser um monarca na igreja e no Estado; leitura mais agradável que aquela que poderia ser encontrada em nossos antigos livros de direito inglês” – tradução livre) (MAITLAND, Frederic William. *English law and the Renaissance. Rede Lectures*. Cambridge: University Press, 1901, pág. 14).

A tese de MAITLAND é sintetizada por SAMUEL THORNE, que, por sua vez, opõe-se à ideia de que tenha havido qualquer ameaça ao *Common Law* ao longo da Renascença. A respeito, veja-se o seu *English law and the renaissance*. In: THORNE, Samuel Edmond. *Essays in english legal history*. London and Ronceverte: Hambledon, 1985, págs. 187 e seguintes. BAKER também propôs uma releitura do argumento de MAITLAND em artigo homônimo ao de seu predecessor (BAKER, John Hamilton. *English law and the Renaissance. The Cambridge Law Journal*, vol. 44, nº 01, págs. 46 e seguintes, mar. 1985).

A resposta é afirmativa. O catálogo da biblioteca, que, a despeito de ser apontada como a mais antiga de Londres, não tem grandes dimensões, indica a presença de alguns bons volumes do *Corpus Iuris Civilis*, ou do *Digesto* isoladamente, editados nos séculos XVI e XVII³³⁶. Há edições mais recentes, mas a presença destas mais antigas parece-me significativa³³⁷.

Não é possível apontar com a mesma precisão em relação a todos esses volumes em que momento eles efetivamente chegaram à biblioteca do *Lincoln's Inn*. Seriam aquisições recentes ou corresponderiam a um interesse pelo direito romano contemporâneo às datas de suas edições? A confirmação do interesse dos séculos XVI e XVII pelas fontes justinianeias poderia servir de argumento adicional às conclusões de MAITLAND.

Todavia, pelo menos em relação a duas das edições, pode-se apontar com segurança que se trataria de aquisições contemporâneas às datas das edições. Um volume do *Digesto* editado em 1567 foi adquirido, certamente, antes do século XVIII. O volume apresenta, em sua capa, dois furos através dos quais, como explicou o bibliotecário Guy Holborn, eram passadas as correntes que mantinham as obras presas às estantes para evitar que fossem retiradas do prédio da biblioteca. As correntes deixaram de ser utilizadas, justamente, no século XVIII, de modo que a presença dos furos indica que o volume já estava no *Lincoln's Inn* antes que o procedimento de acorrentar os livros fosse abandonado.

Há, igualmente, uma edição de 1604 a respeito de que é possível indicar que a aquisição fora efetivada no próprio século XVII. Esse fato é atestado por uma ata de reunião do conselho levada a efeito aos 24 de maio de 1609, que tomei a liberdade de transcrever, dada a relativa dificuldade de acesso ao documento:

Mr. Mathew Hadd, master of the library, shall pay £10 out of the money received from Sir William Sidley, for “Corpus Juris Civilis” in six volumes and Corpus Canonic (*sic*) in three volumes, sent by Sir William Sidley towards the furnishing of the librarie, and to cause them to be bounde wth bosses wthout chaines, and to pay the charges of binding allsoe out of the money (...)³³⁸.

³³⁶ Tais edições são dos anos de 1567, 1604, 1627 e 1623. As referências completas estão indicadas na bibliografia.

³³⁷ Para uma recensão do interesse sobre o direito romano nos Estados Unidos e na Inglaterra no final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, veja-se PETIT, Carlos. “Tradição romanística” e ensino do direito romano nos Estados Unidos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2012, págs. 253 e seguintes.

³³⁸ *Records of the honourable society of Lincoln's Inn, The – The Black Books*, vol. II (from 1586 – 1660). London, 1898, pág. 121, fo. 421. Em tradução livre, “O sr. Mathew Hadd, chefe da biblioteca, deve pagar £10 do dinheiro recebido do Sir William Sidley para aquisição do *Corpus Iuris Civilis*, em seis volumes, e do *Corpus Iuris Canonici*, em três volumes; enviado [o dinheiro] por Sir William Sidley para a provimento da

O montante com que se determinou a compra dos volumes indicados no registro acima foi proveniente de um empréstimo de £100 feito ao *Lincoln's Inn* pelo mencionado *Sir William Sidley* em função “de seu amor e afeição pela casa”³³⁹.

Vê-se, então, que não há um completo desinteresse do *Common Law* em formação em relação ao *ius commune* e suas principais fontes, mesmo em um ambiente profissionalizante como o do *Inn of Court*.

As informações coletadas acima não revolucionam nosso entendimento a respeito da história do *Common Law*, mas colocam em destaque certos pontos que ficam submersos nos textos manualísticos que reescrevem a história a partir de seu resultado, projetando para o passado as diferenças que talvez só existam verdadeiramente hoje.

biblioteca, e para que os volumes sejam atados com metal sem correntes e para pagar os custos com a encadernação também com aquele dinheiro (...).”

³³⁹ *Idem*, *ibidem*, págs. 117-118, fo. 414. A sessão em que se registrou o empréstimo teve lugar aos 9 de fevereiro de 1609.

III – A PRESENÇA NA AUSÊNCIA: O CÓDIGO QUE PAIRAVA SOBRE NÓS – UM SISTEMA DE DIREITO CIVIL CODIFICADO SEM CÓDIGO CIVIL?

Plano do capítulo

Gostaria de iniciar este capítulo com uma transcrição que julgo significativa a respeito da ideia de Código que se fazia no Brasil no primeiro terço do século XIX, colhida dos *Anais do Parlamento Brasileiro*, em sessão ocorrida aos 12 de maio de 1826:

Veio igualmente á mesa uma moção nos seguintes termos:

“Proponho, que se decrete um premio a quem dentro do espaço de dois anos apresentar o melhor projecto de codigo. – *Pires Ferreira.*”

E sendo lido pelo Sr. secretario Souza França, levantou-se, e disse

O Sr. Cruz: – Sr. presidente, é preciso que se declare que codigo seja: elles devem ser pelo menos 5 ou 6. Ha o codigo civil, criminal, marítimo, mercantil, rural, etc., etc.

O Sr. Pires Ferreira: – Eu fallo do codigo em geral.

O Sr. Cruz: – Isso não é possível: não ha cabeça, que seja capaz de o desempenhar³⁴⁰.

Seria simples para nossos contemporâneos desqualificar o Sr. Pires Ferreira: “não entendeu o que é código”; “deveria ter se instruído a contento antes de apresentar proposta tão estapafúrdia”; ou, no limite, “deveria ter selecionado melhores assessores”.

Todavia, a fala do deputado denuncia que não era tão simples fazer penetrar na cultura jurídica brasileira – se é que se pode falar, naquele momento histórico, de cultura jurídica brasileira –, ou melhor, na cultura jurídica em geral, a ideia de Código. No momento de seu discurso, afinal, ainda aprendíamos o que era o tal Código moderno, uma novidade na experiência jurídica do tempo, cujas projeções se faziam muito em função da força do *Code Napoléon*. O documento normativo que talvez pudesse ter sugerido a Pires Ferreira a ideia de um *Código geral* eram as Ordenações Filipinas, cuja organização abrangia todas as áreas do direito, sem a intenção, entretanto, de esgotá-las ou de compor um sistema.

³⁴⁰ *Annaes do Parlamento Brasileiro* (1826 a 1873). *Sessão de 12 de maio de 1826*, pág. 60. Disponível em <<http://memoria.bn.br/docreader/132489/72>>. Último acesso aos 06 de outubro de 2016.

O Código era um *corpo estranho* surgindo no pensamento jurídico e entre as fontes de direito. Em função disso, poder-se-ia, em linha de hipótese, aduzir que, no início do século XIX, a codificação não fosse a solução mais óbvia – a *solução natural* – para o sistema jurídico: era, ao contrário, a solução *inventada* para um – ou alguns – determinado contexto político e *transplantada* para outros.

A historiografia jurídica brasileira lida com a história da Codificação Civil a partir da ausência do Código e das sucessivas promessas e tentativas de levá-lo a efeito entre nós. As solenes promessas contidas na Lei de 23 de outubro de 1823 e na Carta Constitucional de 1824 teriam sido continuamente, ao longo de toda a vida do Império, solenemente descumpridas.

Se admito o raciocínio – confessadamente simplista – de que, se o Império não conheceu a Codificação Civil, mas conheceu o Código Criminal (1830), o Código de Processo Penal (1832), o Código Comercial (1850), é porque, para o primeiro, faltou *vontade política*; e se faltou *vontade política* é porque, a rigor, a necessidade do Código Civil não era, assim, tão sentida. Por que, então, prometê-lo? E qual o efeito dessa promessa, se não cumprida?

Poder-se-ia iniciar o esboço de uma resposta tomando como ponto de partida o fato de que a Constituição de 1791 da França revolucionária previa, em seu título primeiro (*disposições fundamentais garantidas pela constituição*), que seria feito um Código de leis civis comuns a todo o Reino³⁴¹.

Na América, além do Brasil, outros territórios recém-independentes repetiram disposições análogas. A Constituição Chilena de 1818, no art. 15, enunciava que a Câmara de Apelações conheceria de todas as causas, ainda que administrativas, aplicando-se por completo todas as disposições do direito comum e leis que as regessem no momento, enquanto não se estabelecesse um *novo* Código³⁴².

No território hoje ocupado pelo Estado nacional que chamamos Colômbia, a figura do *novo* Código surge também na Constituição da Província de Antioquia. Em tal

³⁴¹ O texto da *Constitution de 1791* está integralmente disponível em <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Último acesso aos 11 de novembro de 2016.

³⁴² *Constituciones políticas de la República de Chile* (1810-2015). 2ª ed. Santiago: Diario Oficial de la República de Chile, 2015, pág. 104.

Constituição, promulgada aos 03 de maio de 1812, lia-se, no título pertinente ao poder legislativo, que

luego que lo permitan las circunstancias deberá ocuparse en la formación de un sábio Código Civil, y outro Criminal, para que las penas guarden exacta proporcion con los delitos; los delinquentes sean justa, y brevemente castigados, y ninguno sufra privaciones violentas, ni vexaciones, antes de ser sentenciado³⁴³.

No mesmo título, sob o item 55, previa-se a possibilidade de que o governo provincial, em vista das “grandes utilidades e beneficio público” que resultariam da comunhão, entre todos os Estados colombianos, dos mesmos Código Civil e Criminal, facultava ao executivo, quando permitissem as circunstâncias, que propusesse a referida unificação às demais províncias.

Também a Constituição da Cundinamarca, no item 24 do título sexto, igualmente sobre o poder legislativo, declarava em vigência a legislação pré-independência, mas determinava que o primeiro cuidado do corpo legislativo seria proceder à “indispensável reforma do código” que os regia, a fim de lhe adaptar à nova forma de governo. Previsão idêntica encontrava-se na Constituição de Cartagena de Índias (título sexto, item 20).

A Constituição da Colômbia, formada pelo antigo vice-reinado da Nova Granada e da Venezuela, promulgada em 1830, previa, por sua vez, entre as incumbências do congresso a formação dos “códigos nacionais de toda classe” (§ 22º, art. 36).

Essa tendência a se dispor como necessário o *novo* Código, um novo corpo normativo, não é difícil intuir, decorre da própria situação de *novidade* das próprias organizações políticas e da necessidade de, nesse contexto, romper com o direito e as instituições associadas à situação colonial.

É de se notar, assim, que, a exemplo do que ocorreu no contexto da Revolução Francesa, o intuito de levar a termo a renovação legislativa é menos uma concepção relacionada ao progresso, que uma ideia de ruptura. Se, na França revolucionária, o desejo

³⁴³ “Logo que permitam as circunstâncias, deverá ocupar-se na formação de um sábio Código Civil, e outro Criminal, para que as penas guardem exata proporção com os delitos; os delinquentes sejam justa e agilmente castigados, e ninguém sofra privações violentas, nem vexações, antes de ser sentenciado” (tradução livre). As constituições das províncias independentes, da Colômbia e dos Estados Unidos da Colômbia foram consultadas junto ao acervo digital da Biblioteca Luis Ángel Arango, curada pelo Banco de la República. O acervo constitucional está disponível em <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/constitucion/constituciones-colombianas>>. Último acesso aos 19 de novembro de 2016.

era romper com as estruturas do antigo regime, na América independente, desejava-se romper com a estrutura colonial³⁴⁴.

No que se refere à codificação e à definitiva revogação do Livro IV das Ordenações Filipinas, o Brasil teve que esperar até a República. Todavia, o constante debate no legislativo, os projetos e as comissões nomeadas não foram um permanente *lembrete* de que nosso direito não era o das Ordenações, mas aquele que estava por ser enunciado no corpo do Código?

Este capítulo parte da hipótese inicial deste trabalho – a da afirmação do Código Civil como um lugar de memória em que se funda (ou refunda) uma tradição jurídica –, procurando apontar que as sucessivas promessas não significaram apenas o fracasso das tentativas de codificação; ao contrário, elas *presentificaram*, entre nós, a figura do Código, posicionando, desde então, o ordenamento jurídico brasileiro sob a *nova* tradição jurídica – a de direito codificado.

Para tanto, foi necessária uma reforma institucional em Portugal que secundou a *nova* visão sobre a atuação da administração estatal e o papel do direito; o reinado de D. José I, pelas mãos do ministro Sebastião José de Carvalho e Melo, que ficou conhecido para a história como o Marquês de Pombal, promoveu uma ampla reforma do ensino em todos os níveis, culminando com a reforma universitária de 1772. A implantação do novo método de ensino teria fomentado o ambiente intelectual para a concepção de que o Estado controla as fontes de direito, habilitando-o, assim, a produzir o *Código* que suplanta todos os costumes e fontes locais.

Procurarei, então, analisar o modo por que a *figura do Código* penetra no discurso jurídico e por que tal figura se torna um referencial de memória tendente à renovação da identidade do direito brasileiro em face do direito português.

Embora utilize a o artigo definido – a *figura do Código* –, rigorosamente, não se trata de nenhum Código em especial, mas de uma ideia de Código, que está, muitas vezes, identificada com o *Code Civil* de 1804, expressamente referido no âmbito parlamentar e, em algumas oportunidades, no Conselho de Estado.

³⁴⁴ A respeito da Revolução Francesa e da noção de progresso, LE GOFF recorda que, “enquanto a noção de progresso implica uma continuidade, a Revolução Francesa se apresenta antes de mais nada como ruptura, começo absoluto”, inclusive a partir de um novo calendário, em que as únicas referências eram à ordem natural e ao 21 de setembro de 1792, último dia da realeza, que coincidiu com o equinócio de outono (*Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo *et alii*. *História e memória*. 7ª ed. Campinas: Unicamp, 2013), pág. 235).

Ao final, pretendo ter composto o argumento concluindo que a inexistência de um Código Civil do Império não implica completa *ausência* da codificação ao longo do século XIX. Se, enquanto “realidade” legislativa, não tivemos o Código até 1916, enquanto *monumento*, ele esteve entre nós muito antes disso.

3.1. Estado, proscricção e a formação do ambiente intelectual luso-brasileiro no período pombalino

O Brasil colonial foi envolvido nos influxos de *centralização* e *estatização* ocorridos em Portugal pela coroa ao longo do período conhecido como *pombalino*, no reinado de D. José I. Esse movimento realizou-se em diversos setores por meio de *reformas* que abrangeram a economia, a criação legislativa, a jurisprudência, as relações internacionais, a educação etc.³⁴⁵.

As reformas pombalinas significaram, para Portugal e para o Brasil, a “substituição da *jurisdictio* pela *potestas legislativa*”; quer dizer, a “substituição do paradigma jurisdicionalista pelo absolutista”³⁴⁶.

³⁴⁵ Muito já se escreveu a respeito das *reformas pombalinas* em seus diversos âmbitos. Um panorama é objeto da obra de MAXWELL, Kenneth. *Pombal, paradox of the enlightenment*. Cambridge: University Press, s.d. (trad. port. DANESI, Antônio de Pádua. *Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997); no campo do direito e do ensino jurídico, veja-se BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1981. vol. II, 2ª parte; GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, págs. 434-485; POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Cíveis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, págs. 59-92; no campo da educação e pedagogia, veja-se FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, Partes I e II, págs. 17-90; BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *A reforma pombalina dos estudos secundários (1759-1771): contribuição para a história da pedagogia em Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1981. 2 vols.; do mesmo BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, além da obra sobre LUIS ANTÓNIO VERNEY, *Verney e a cultura do seu tempo*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1966; sobre VERNEY e o impacto de sua obra nas reformas de ensino, veja-se também JUNQUEIRA, Celina (dir.). *O nascimento da moderna pedagogia: Verney*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979; acerca da efetivação das reformas nos Tribunais, especialmente no âmbito do Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, veja-se WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, págs. 447-477.

³⁴⁶ BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airtton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 151.

A ingerência do Estado português nesses diversos campos, conforme propagandearam seus principais impulsionadores, visou recolocar Portugal à altura das *grandes nações* da Europa. Este vocábulo, *Europa*, passou, então, a identificar o *progresso*, um ideal utópico de *desenvolvimento* a que Portugal deveria aspirar³⁴⁷.

A legitimação para tais ações contou, no discurso político-ideológico, com o apontamento de determinados *inimigos* do Estado português e seu avanço; como inimigos, deveriam ser combatidos, levando Portugal ao progresso. A Espanha, vizinha fronteiriça, serviu a esse papel; a situação economicamente desfavorável frente à Inglaterra também justificou medidas para procurar inverter a balança comercial entre os países, que pendia em favor das ilhas britânicas³⁴⁸; mas, sobretudo os jesuítas receberam sobre si a imputação de principal causa do “atraso” de Portugal³⁴⁹.

O enfrentamento levado a efeito contra os jesuítas não foi fortuito: os inicianos detiveram sob seu controle o sistema educacional – e, com ele, a responsabilidade sobre a formação e mentalidade dos homens educados –, que passou a integrar os planos de avanço do Estado. O controle sobre a metodologia, o conteúdo e os materiais disponíveis para o ensino representou uma tentativa de rearranjo da mentalidade por uma pluralidade de meios, inclusive pela reescrita da história, por apagamentos e memorizações. Se a efetividade dessa reforma em curto prazo foi questionável³⁵⁰, ela já revelava alguns pontos que se perpetuariam no modo de ensino português e brasileiro ao longo do século XIX.

Quero argumentar que a introdução de uma nova organização de ensino fomentou a formação de memória pelo discurso acadêmico-científico, do modo como explicitado no capítulo anterior (tópicos 2.1.3.1 e 2.1.3.2), provendo um meio para reescrita do passado e eliminando da ciência parte de seu engenho crítico, representado pelas *disputationes* escolásticas.

³⁴⁷ Nesse sentido, FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 19.

³⁴⁸ Para esse ponto, consulte-se ARRUDA, José Jobson. *Uma colônia entre dois impérios: a abertura dos portos brasileiros (1800-1808)*. Bauru: EDUSC, 2008, especialmente págs. 51-54.

³⁴⁹ Cfr. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, pág. 20, nota de rodapé nº 08.

³⁵⁰ Conforme JOSÉ EDUARDO FRANCO, o esforço reformista esbarrou na dificuldade de se encontrar quem estivesse apto ao exercício da docência. A expulsão dos jesuítas e de quem já tivesse alistado entre os membros da Companhia de Jesus da prática do ensino teria criado um “enorme vazio que nunca foi preenchido em termos quantitativos a breve trecho” (Idem, *ibidem*, pág. 32).

§ 1º *A propaganda antijesuítica.* Habituaamo-nos, em nossos dias, a um Estado que controla, desde as bases, todo o sistema de ensino, imputando a si o dever de prover meios de acesso à educação (cfr. art. 23, inc. V, da Constituição Federal vigente), de combater o analfabetismo e universalizar o atendimento escolar (cfr. art. 214, I, II, CF), e atribuindo a todos o *direito subjetivo público* de acesso à educação básica obrigatória (cfr. art. 208, *caput* e § 1º, CF). Nos séculos que nos precederam, contudo, ensinar e educar não eram atividades, necessariamente, associadas ao Estado. A transmissão do conhecimento de saber ler, escrever e contar estava sob encargo da família, suplementada pela Igreja e pela organização política³⁵¹.

A Companhia de Jesus, então, instituiu, junto às Catedrais, conventos e colégios, em Portugal e, especialmente, no Brasil, aulas de ler, escrever e contar, vestibulares dos próprios colégios e da Universidade de Coimbra³⁵². O ápice da estrutura de ensino jesuítico estava na Universidade de Coimbra. Foi tal estrutura, já pronta e hierarquizada, que D. José I, por meio do Ministro Pombal, procurou aproveitar, substituindo gradativamente o ensino inaciano pelo ensino controlado pelo Estado em todos os níveis.

A *propaganda* antijesuítica foi contundente. Em diversos documentos patrocinados pela administração pombalina encontram-se referências sobre o modo como a Companhia de Jesus teria contribuído para a decadência de Portugal. Um dos textos mais violentos nesse sentido, a *Dedução Chronologica* atribuída a JOZEPH DE SEABRA DA SYLVA, tem como parágrafo de abertura a afirmação de que o impacto negativo da entrada dos jesuítas em Portugal e seus domínios não encontraria paralelo senão na invasão dos mouros³⁵³.

A ruína de Portugal dever-se-ia, portanto, segundo as *Deduições*, aos jesuítas. Segundo seu autor, inclusive, a Companhia de Jesus havia não só aniquilado a monarquia portuguesa, como também suprimido a democracia, instalando uma “aparente

³⁵¹ BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, pág. 02.

³⁵² Idem, *ibidem*, págs. 02-04.

³⁵³ SEABRA DA SYLVA, Jozeph. *Dedução chronologica, e analytica na qual se manifestão pela successiva serie de cada hum dos Reynados da Monarquia Portugueza, que decorrêrão desde o Governo do Senhor Rey D. João III, até o presente, os horrorosos estragos, que a Comapnhia denominada de Jesus fez em Portugal, e todos seus Dominios, por hum Plano, e Systema por Ella inalteravelmente seguido desde que entrou neste Ryeno, até eu foi delle proscrita, e expulsa pela justa, sabia e providente ley de 3 de setembro de 1759*. Lisboa: Miguel Manescal da Costa, 1767. vol. 1. pág. I.

Informações sobre as primeiras edições da obra podem ser encontradas em FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 20, nota de rodapé nº 07. Segundo esse autor, embora o texto da *Dedução* seja atribuído a SEABRA DA SYLVA, sua idealização teria sido do próprio Ministro Pombal, provavelmente com a colaboração também do Frei Manuel do Cenáculo e de António Pereira de Figueiredo.

Aristocracia”, vindo a reduzir-se ao despotismo do absoluto “sinédrio jesuítico” entre os séculos XVII e XVIII. O “turbulento espírito” do Padre António Vieira havia sido utilizado para “alienar” D. Pedro desde os seus primeiros anos; feito príncipe regente, tornou-se seu confessor Manoel Fernandes, também jesuíta; já estaria também completamente entregue ao inaciano Francisco de Ville a rainha Dona Maria Francisca; a Companhia de Jesus teria, ao final, assumido um papel direto no controle da administração quando da formação da Junta dos Três Estados, em que figurou o Manoel Fernandes³⁵⁴. Tudo faria parte de um plano de *maquinações* tendente a levá-los ao poder.

No campo da educação, RIBEIRO SANCHEZ aduz que toda a instrução que se havia tido em Portugal até então decorria das “máximas eclesiásticas”, tanto nas escolas de latim e filosofia quanto nas Universidades; decorreriam desse fato prejuízos tanto para o reino quanto para a própria religião, já que, se os futuros conselheiros e ministros de Estado teriam sua formação guiada por estatutos eclesiásticos, sem ter aprendido “outra sciencia nem conhecimento científico” que não “fosse conforme as Leis decretadas pelas Decretais, e ensinadas nas Universidades”. Como não conhecessem os reis e seus auxiliares outra educação, teriam sido lastreadas na educação católica todas as Ordenações; e não podiam os desembargadores do Paço e em outros tribunais propor alguma lei nova “que não fosse conforme á doutrina recebida que aprenderaõ nas Universidades Catholicas”³⁵⁵.

O jesuitismo tornou-se um *mito de decadência* no modo como a administração pombalina reescreveu a história de Portugal: nos relatórios, preâmbulos legislativos, *desjesuitar* o país em todas as instâncias era um imperativo para “iluminá-lo”³⁵⁶. “Iluminar”, nesse contexto, significa aproximar o Portugal decadente de seus vizinhos europeus. Por isso, a doutrina que guiaria o país no caminho do progresso não viria da

³⁵⁴ SEABRA DA SYLVA, Jozeph. *Deducção chronologica, e analytica na qual se manifestão pela successiva serie de cada hum dos Reynados da Monarquia Portugueza, que decorrêrão desde o Governo do Senhor Rey D. João III, até o presente, os horrorosos estragos, que a Comapnhia denominada de Jesus fez em Portugal, e todos seus Dominios, por hum Plano, e Systema por Ella inalteravelmente seguido desde que entrou neste Ryeno, até eu foi delle proscrita, e expulsa pela justa, sabia e providente ley de 3 de setembro de 1759*. Lisboa: Miguel Manescal da Costa, 1767. vol. 1, págs. 418-420.

³⁵⁵ RIBEIRO SANCHEZ, António Nunes. *Cartas sobre a educação da mocidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922, págs. 75, 77 e 79.

³⁵⁶ FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 21. No mesmo sentido, BANHA DE ANDRADE: “Toda a Direção Geral dos Estudos (em Portugal como no Brasil) andou fortemente empenhada nesta empresa, constituindo, para isso, a sua ação, esplêndido exemplo de como, já no século XVIII, as intenções políticas sabiam revestir-se de aparências mistificadas” (*A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, pág. 113).

sombra supersticiosa, obscurantista, das trevas do pensamento doméstico, mas das luzes da Europa; os “estrangeirados” – portugueses intelectuais e políticos com experiência e residência europeia – teriam sido responsáveis pela divulgação de novas ideias em Portugal³⁵⁷.

A historiografia destaca a atuação do *estrangeirado* LUIS ANTÓNIO VERNEY, especialmente do ponto de vista da reforma do ensino operada no reinado de D. José I. As reflexões contidas no *Verdadeiro Método de Estudar* – obra ambiciosa desde o título – teriam servido de inspiração ao *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*, de 1771, bem como aos próprios Estatutos da Universidade, de 1772, embora VERNEY tivesse como objeto o ensino e a cultura em geral³⁵⁸.

O ensino nos moldes da Companhia de Jesus, especificamente como praticada em Portugal, foi objeto das críticas de VERNEY. Venerando os inicianos “por justiça e por agradecimento”, VERNEY reconhece o valor do trabalho desses religiosos em favor da Igreja e dos próximos; contudo, como nem todos seguiam as mesmas opiniões de doutrina e alguns de seus conhecidos jesuítas europeus teriam expressado a ele a reprovação pelo

³⁵⁷ JOSÉ EDUARDO FRANCO prefere o vocábulo *europeizados* a *estrangeirados* , indicando que esse grupo era o portador da utopia da Europa como modelo de progresso. Cfr. FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 19. Conforme BRENO FERRAZ LEAL FERREIRA, “com a dissolução do salazarismo, observa-se cada vez mais uma abertura, entre outros advenços, ao marxismo e à historiografia dos *Annales*. O resultado, até hoje, tem sido contestação às noções que apartavam os ibéricos da ‘civilização’ da Europa clássica, bem como à ideia de ‘bloqueio’ da Ilustração em Portugal. A própria noção de ‘estrangeirado’ foi revista. Jorge Borges de Macedo contestou-a, enxergando-a como uma hipótese que, embora tivesse se mantido, não corresponderia à realidade. Sua fragilidade explicativa é atribuída principalmente à inexistência de uniformidade entre os próprios ‘estrangeirados’ sobre os mais diversos temas. Não teriam constituído um grupo específico, com ações específicas”. A crítica de Borges de Macedo iniciou um debate acerca da ideia de *estrangeirado*, havendo quem defendesse a utilização do conceito, e outros que se bateram pelo abandono da palavra. Há consenso, no entanto, quanto a ser difícil caracterizar o grupo *estrangeirado* com um todo definido e orgânico (Cfr. FERREIRA, Breno Ferraz Leal. *Contra todos os inimigos. Luís António Verney: historiografia e método crítico*. Dissertação. São Paulo: USP-FFLCH, 2009, págs. 56-57).

³⁵⁸ Sobre a editoração da obra e sua penetração em Portugal, veja-se BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *Vernei e a cultura do seu tempo*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1966, págs. 171-176.

Na introdução à primeira edição do *Verdadeiro método de estudar*, lê-se o seguinte: “Certo Religioso da Universidade de Coimbra, omem mui douto, como mostra nas suas cartas; pedio a um Religiozo Italiano, seu amigo, que vivia em Lisboa; que lhe dese algumas instrusoens, em todo o gênero de estudos. O que o dito Barbadinho executa, em algumas cartas: explicando-lhe em cada-uma, o que lhe-parece: e acomodando tudo, ao estilo de Portugal” (VERNEY, Luís António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo I. Valença [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, pág. 1).

A referência bibliográfica do *Verdadeiro método* com os *colchetes* combina as informações comumente utilizadas com os dados mais acurados a respeito da impressão e divulgação da obra. Na realidade, a obra não foi impressa em Valença por Antonio Balle nem se trata esta de sua primeira edição, que fora impressa em Nápoles e não pôde circular em Portugal, por conta da proibição imposta pelo tribunal do Santo Ofício. Diante da negativa da Inquisição, VERNEY resolveu recorrer à fraude, fazendo imprimir, novamente em Nápoles, seu *Verdadeiro método*, apondo o nome de novo editor, Antonio Balle, em Valença. É, justamente, essa edição que está disponível em formato digital no sítio da Biblioteca Nacional de Portugal, acessível pelo seguinte endereço eletrônico: <<http://purl.pt/118>>. Último acesso aos 08 de dezembro de 2016.

método praticado em Portugal, assim como alguns portugueses o teriam confessado que seguiam tal método por necessidade, e não por eleição, não seria de surpreender que ele, VERNEY, desviasse do estilo que seguiam os religiosos da Companhia de Jesus no reino, bem como que reprovasse eventualmente alguns de seus autores³⁵⁹.

§ 2º *As reformas no ensino primário e secundário em Portugal e no Brasil.* A historiografia, especialmente a jurídica, trata com destaque a reforma universitária de 1772 como uma das principais ações de D. José I no sentido de assentar o ideário iluminista no campo da educação. Aqueles Estatutos de 1772 seriam a complementação de uma série de atos que teriam como ápice, no campo das fontes de direito, a Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão; os Estatutos da Universidade viriam, então, a criar a situação intelectual apta à efetivação do novo paradigma³⁶⁰.

No entanto, como poderia uma reforma universitária de dimensões tão profundas – que ambicionava mesmo a implantação de um novo método de ensino, tendendo a abolir por completo a organização anterior – ter a efetividade pretendida sem encontrar resistência?

Ora, a rigor, a reforma dos Estatutos foi uma das últimas etapas de uma completa reestruturação do ensino em todos os níveis conduzida pela administração pombalina,

³⁵⁹ VERNEY, Luís António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo I. Valença [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, págs. 03-04. Deve-se observar que ANTÔNIO SALGADO FILHO levanta a hipótese de que a reação provocada pelo *Verdadeiro Método de Estudar* não veio apenas dos jesuítas; diversos folhetos teriam partido a partir de diferentes setores, o que revelaria que a obra estava “orientada polemicamente não contra determinadas entidades, mas, sim, contra todas as que, por esta razão ou por aquela, estavam sendo responsáveis, conjuntamente, por uma certa orientação cultural considerada obsoleta” (Sobre a suposta parcialidade polêmica do “Verdadeiro método de estudar”. In: JUNQUEIRA, Celina (dir.). *O nascimento da moderna pedagogia: Verney*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, pág. 87).

³⁶⁰ Veja-se, nesse sentido, por exemplo, BRAGA DA CRUZ, para quem “a reforma dos critérios de interpretação e integração das lacunas do direito nacional fez-se em 1769, pela *Lei da Boa Razão*; e a reforma da mentalidade dos juristas, seu imprescindível complemento, veio a fazer-se progressivamente, a partir de 1772, com a modificação radical do ensino jurídico levada a cabo pelos novos *Estatutos da Universidade de Coimbra*” (O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1981. vol. II, 2ª parte, pág. 390); GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, págs. 464-476; POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, págs. 73-85; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, págs. 357-366. Essa interpretação de que haveria uma relação de *complementação* entre a *Lei da Boa Razão* e os Estatutos de 1772 não era ponto pacífico ao longo do século XIX, como é possível depreender da obra de IZIDORO MARTINS JÚNIOR. O autor discute se os Estatutos não teriam representado uma *reação romanista* à Lei de 18 de agosto de 1769, apontando que Candido Mendes, Villanova Portugal e Coelho da Rocha inclinar-se-iam a essa posição. O autor, por sua vez, concluiu pela coerência do plano pombalino, não enxergando oposição de propósitos entre os dois diplomas (*História do direito nacional*. 2ª ed. Recife: Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941, págs. 114-115).

atingindo, inclusive, o Brasil. A formação da *nova mentalidade*, portanto, não esteve sob o encargo exclusivo da Universidade.

Tal reestruturação iniciou-se quase duas décadas antes da reforma universitária, tratando de transformar o discurso antijesuíta em ação política. No tocante à colônia que se tornaria, décadas depois, o Brasil, sob o argumento de garantir às populações indígenas do Grão-Pará e Maranhão a efetivação de sua libertação, reiterada pela Lei de 06 de junho de 1755³⁶¹, determinou-se o afastamento da Companhia de Jesus da administração temporal por Alvará de 07 de junho de 1755³⁶².

O corpo da Lei de 06 de junho de 1755, relatando que haveria dificuldade em efetivar a libertação dos índios no Maranhão, traz a transcrição das leis do século anterior que continham determinação semelhante. O remédio, então, seria submeter as populações indígenas à administração temporal, sem ingerência da Companhia de Jesus. O Alvará de 07 de junho de 1755 – posto em vigência, portanto, no dia seguinte ao da Lei que declara livres os indígenas – pretendia-se, igualmente, uma reiteração de regra existente desde o século anterior³⁶³.

Segundo o texto, a liberdade dos índios do Grão-Pará e Maranhão não poderia realizar-se senão pelo estabelecimento de uma forma de governo temporal sobre eles. Da organização provisória dessa nova administração encarregou-se o Capitão-general do Estado do Maranhã, Francisco Xavier de Mendonça Furtado, irmão e, posteriormente, adjunto, do futuro Marquês de Pombal. Mendonça Furtado redigiu o *Directorio, que se deve observar nas Povoações das Índias do Pará, e Maranhão em quanto Sua Maaestade não manda o contraria*, publicado aos 03 de maio de 1757³⁶⁴. No documento, lê-se que o Alvará de 07 de junho de 1755 teria determinado que os povoamentos indígenas seriam regidos pelos seus *principais*, mas que, pela “lastimosa rusticidade, e ignorância” com que, até aquele momento, haviam sido educados, não dispunham, esses povos, de quem os pudesse dirigir. Assim, para a devida execução do Alvará, necessário se fazia o

³⁶¹ O referido diploma pode ser consultado em DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maignrense, 1830, pág. 369. O volume pode ser acessado digitalmente pelo endereço eletrônico <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=1>. Último acesso aos 02 de dezembro de 2016.

³⁶² Idem, ibidem, pág. 392.

³⁶³ Idem, ibidem, pág. 393.

³⁶⁴ Cfr., a esse respeito, BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, págs. 07-08. O *Directorio* pode ser consultado em DELGADO DA SILVA. *Op. cit.*, págs. 1.757 e seguintes.

estabelecimento do governo subordinado à coroa, exercido por meio de um Diretor, nomeado pelo Governo e Capitão-general do Estado³⁶⁵.

Nesse movimento, inicia-se simultaneamente a reforma do ensino primário, pois o quadro de mestres-escolas que ensinavam a ler, escrever e contar era composto, justamente, pelos inacianos, agora proscritos. O *Directorio* determinava, de início, o banimento de qualquer língua que não fosse a portuguesa das localidades administradas pelos diretores, não se permitindo aos meninos, às meninas e aos índios pertencentes às escolas que usassem a “língua de suas Nações, ou da chamada geral (...)”³⁶⁶.

Determinou-se que em cada povoação houvesse duas escolas públicas, uma para meninos, outra para meninas. Nas escolas masculinas, seria ensinada a doutrina cristã, além de ler, escrever e contar; nas escolas femininas, ensinar-se-ia, outrossim, fiar, fazer renda, costura “e todos os mais ministerios próprios daquelle sexo”; um mestre e uma mestra receberiam seus ordenados dos pais dos índios educandos³⁶⁷.

A despeito de a publicação do *Directorio* ser de 1755, não há evidências de que tenha sido posto em prática no Grão-Pará e Maranhão antes de 1758 ou nos primeiros meses de 1759. A liberdade dos povos indígenas, bem como a aplicação do *Directorio*, parecem não ter se estendido a todo o Brasil; conforme BANHA DE ANDRADE, contudo, haveria comprovação documental de sua aplicação na Capitania de Pernambuco. O autor reproduz, em apêndice ao seu livro, documento encontrado junto ao Arquivo Histórico Ultramarino, em Lisboa, na caixa referente a Pernambuco, intitulado *Breve instrucçam para ensinar a Doutrina Christã, ler e escrever aos Meninos e ao mesmo tempo os principio da lingua portuguesa e sua orthografia*. Segundo ele, seria esse o único

³⁶⁵ DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maignense, 1830, pág. 507. Mais adiante, no § 3, Mendonça Furtado deixa claro o propósito da nomeação dos diretores, ao acrescentar que não se poderia negar que “os Indios deste estado se conservarão até agora na mesma barbaridade, como se estivessem nos incultos Sertões, em que nascêrão, praticando os pessimos, e abominaveis costumes do Paganismo, não só privados do verdadeiro conhecimento dos adoraveis mysterios da nossa Sagrada Religião, mas até das mesmas conveniencias Temporaes, que só se podem conseguir pelos meios da civilidade, da Cultura, e do Commercio: E sendo evidente, que as paternaes providencias do Nosso Augusto Soberano, se dirigem unicamente a christianizar, e civilizar estes até agora infelices, e miseraveis Póvos, para que sahindo da ignorancia, e rusticidade, a que se achão reduzidos, possam ser uteis a si, aos morados, e ao Esado: Estes dous virtuosos, e importantes fins, que sempre foi a heroica empreza do incomparavel zelo dos nossos Catholicos, e Fidelissimos Monarcas, serão o principal projecto da reflexão, e cuidado dos Directores” (Idem, ibidem, pág. 508).

³⁶⁶ A *língua geral*, conforme o autor do *Directorio*, seria “invenção verdadeiramente abominavel e diabólica”, que rompeu com a “maxima inalteravel” de que todas as nações que conquistam impõem o uso de sua língua ao povo conquistado (Idem, ibidem, págs. 508-509).

³⁶⁷ Idem, ibidem, pág. 509. A respeito das dificuldades de implantação das instruções do *Directorio* pelo encarregado dessa tarefa, Luís Diogo Lobo da Silva, veja-se BANHA ANDRADE, Luís António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, págs. 12-14.

documento programático desenvolvido que se referia à reforma da instrução elementar ao longo do reinado de D. José I, até a Lei de 06 de novembro de 1772³⁶⁸. A Capitania de São Paulo, por sua vez, submetida à do Rio de Janeiro desde 1748 em função do fascínio pelo ouro das Minas Gerais, foi “esquecida” ao longo dessa primeira etapa de reformas³⁶⁹.

O Alvará de 28 de junho de 1759 determinou a extinção de todas as escolas em que se praticasse o ensino pelo método jesuíta. Esse “pernicioso método” teria sido abolido das demais nações da Europa por redundar em um “extraordinário desperdício de tempo”; seriam os religiosos da Companhia de Jesus, por isso, responsáveis pela “quase total decadência das línguas grega e latina”, além de conduzirem não apenas à “ruína das Artes e Ciências, mas até da mesma Monarquia, e da Religião”. Assim, ao monarca não restaria outra medida que não “dar por extintas todas as Classes e Escolas que com tão perniciosos e funestos efeitos” foram confiadas à Companhia de Jesus. Indo mais além, o alvará régio determinou que se abolisse “até a memória das mesmas Classes e Escolas, como se nunca tivessem existido” nos reinos e domínios portugueses “onde tem causado enormes lesões e tão grandes escândalos”. Urgia, então, a implantação de um “bem regulado método”, por meio de que se pudessem colher os frutos “com a mesma facilidade que nas outras nações civilizadas”, e que estiveram distantes pela “falta de direção” na condução dos estudos, o que “lhes fazia impossíveis ou muitos dificultosos” de aferir³⁷⁰.

Para que Portugal voltasse a ostentar o “antecedente lustre” que o fez tão conhecido na “república das letras”, cumpria reformar o ensino, restituindo o “antigo método reduzido aos termos simples, claros e de maior facilidade que se praticava então pelas nações polidas da Europa”. Incumbiria ao Diretor de Estudos, nomeado pela coroa, a quem estariam subordinados todos os professores e que se responsabilizaria pela efetivação de todo o conteúdo do alvará. Tratou-se da primeira ocasião na história portuguesa em que se criou um cargo incumbido da centralização, homogeneização e subordinação da prática do

³⁶⁸ BANHA ANDRADE, Luis António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, pág. 10. Na *Breve instrução*, reconhece-se ser “innegável que os Mestres das Escolas exercitam a ocupação mais nobre e mais útil ao Estado e á Igreja, porque elles são quem nos infudem no espírito as primeyras imagens e os primeyros pensamentos que devemos ter do santo temo de Deos, da obedienci ao Rey e aos seus Ministros respectivos, do amor e do respeyto aos nossos mayores, do affecto necessario á Patria e aos interesses da Monarchia”. Nota-se, aqui, a menção ao interesse do Estado e da monarquia como fundamentos da educação (Idem, *ibidem*, pág. 122).

³⁶⁹ Idem, *ibidem*, pág. 17. São Paulo receberia o Estatuto para ensino primário apenas em 1768. O documento está reproduzido no volume de BANHA DE ANDRADE entre as págs. 155-156.

³⁷⁰ O Alvará Régio de 28 de junho de 1759 pode ser consultado no anexo ao livro de BANHA ANDRADE (*ibidem*, págs. 157-165). O documento está disponível em versão digital na coleção de DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maignrense, 1830, págs. 673-678.

ensino ao poder régio. Nessa medida estatizadora, “está patente uma visão precursora, progressiva, pois anuncia uma tendência de política educativa que se consolidará no século seguinte”³⁷¹.

Esse alvará proscreeve do ensino consagrados manuais jesuítas, como o de Manoel Alvares, para o ensino da gramática latina. Seria admitido apenas o “Novo método da Gramática Latina”, reduzida a compêndio. Ficou proibido, igualmente, o uso de qualquer comentador da gramática de Manoel Alvares³⁷².

Por Decreto de 06 de julho de 1759 nomeou-se D. Tomás de Almeida como Diretor Geral dos Estudos³⁷³ e, poucos meses a seguir, determinou-se a expulsão dos jesuítas de todo o território português. Com efeito, o Alvará de 03 de setembro de 1759 foi uma medida para cessar o “temário e façanhoso projeto” que intentaram os jesuítas de “usurpar todo o estado do Brasil”. Não fosse tal projeto pronta e eficazmente atalhado, “dentro do espaço de menos de dez anos” seu progresso seria tão violento que ficaria “inacessível e insuperável a todas as forças da Europa unidas”³⁷⁴.

Como medida de conservação de sua boa fama e da autoridade, em que fundariam a monarquia, D. José I declarou os regulares da Companhia de Jesus “corrompidos e deploravelmente alienados de seu Santo Instituto”, bem como “manifestamente indispostos com tantos, tão abomináveis e incorrigíveis vícios”; por serem “notórios rebeldes, traidores, adversários e agressores” contra a pessoa do rei, os Estados, a paz pública e o bem comum, ordenou-se sua desnaturalização, proscricção e extermínio, “mandando que efetivamente fossem expulsos de todos os reinos” submetidos a Portugal, “neles não mais podendo entrar”. Sob pena de morte e confisco de bens, estavam quaisquer pessoas proibidas de permitir entrada aos jesuítas, de manter com eles qualquer correspondência verbal ou escrita, salvo sob licença especial³⁷⁵.

³⁷¹ Cfr. FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 25-26.

³⁷² BANHA ANDRADE, Luis António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, pág. 161; DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maigrense, 1830, pág. 676; cfr. FRANCO, José Eduardo. *Op. cit.*, pág. 28.

³⁷³ A carta-régia de nomeação de D. Tomás está reproduzida em apêndice por BANHA ANDRADE, Luis António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, págs. 183-184.

³⁷⁴ DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maigrense, 1830, pág. 714.

³⁷⁵ Idem, *ibidem*, págs. 714-715.

Como sinal de sua “benigníssima clemência”, sua majestade poupou da expulsão aqueles regulares nascidos no reino e que não tivessem ainda proferido os votos solenes professos, que poderiam estar na ignorância das maquinações de seus superiores, sem culpa por elas³⁷⁶.

As instruções da “nova ordem de ensino” a radicar no Brasil foram encaminhadas por carta de D. Tomás de Almeida a alguns exectores escolhidos. A carta, datada de 08 de novembro de 1759, determinava a nova criação de estabelecimentos dos estudos e “total destruição dos métodos antigos”, o que incluía a minuciosa indicação dos compêndios a adotar, determinando a própria coroa a seleção e impressão dos livros didáticos; as instruções apontavam para a adoção dos “métodos resumidos” – o que, aliás, conforme BANHA ANDRADE, seria uma das características da reforma –, ou seja, das *simplificações* propostas pelos pedagogos do tempo³⁷⁷.

Aos 25 de março de 1760, D. Tomás lembrou ao destinatário, Desembargador João de Sousa de Meneses Lobo, da Relação de Goa, que seria dever de ofício desse último queimar todos os livros que serviam ao ensino da gramática latina segundo método antigo. JOSÉ EDUARDO FRANCO aponta que a severidade do controle sobre o método e das obras utilizadas pelos mestres e professores está testemunhada nos relatórios do Diretor Geral de Estudos: o relatório referente ao ano letivo de 1764-65, datado de 04 de setembro de 1765, informa que se teria praticado uma inspeção rigorosa em relação aos livros, para que se conformassem com a legislação régia, apresentando um caso significativo em que se teria encaminhado a Pernes, Santarém, oficiais de Justiça ocultados a fim de verificar a aula de um mestre sem que fossem percebidos; atestando que se utilizavam livros de autores jesuítas, D. Tomás de Almeida teria ordenado que se suspendesse o mestre, privando-o para sempre de ensinar, além de que se queimassem os livros à porta da aula em hora do dia que fossem por todos vistos. Ter-se-iam, ainda, inspecionado livreiros em Lisboa, Porto, Coimbra e Santarém, procedendo-se do mesmo modo: queima dos livros,

³⁷⁶ DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maigrense, 1830, pág. 715.

³⁷⁷ BANHA ANDRADE, Luis António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, págs. 22-23. *A Memória dos livros aconselháveis e permitidos para o Novo Método* está reproduzida no mesmo volume, pág. 185.

compelindo-se os donos das lojas a fazerem termo de nunca mais comerciarem semelhantes volumes³⁷⁸.

A implantação do novo método, contudo, a despeito da força do Estado que lhe impulsionava, não esteve isenta de dificuldades decorrentes, basicamente, de dois fatores: em primeiro lugar, a pouca disponibilidade de livros apropriados; o próprio BANHA ANDRADE informa sobre as dificuldades de distribuição dos volumes determinados e os impactos destas na implantação do novo ensino. D. Tomás de Almeida chegou a diagnosticar, em certa altura, que o baixo número de vendas dos livros recomendados para o novo método não decorreria de desobediência à lei, mas, sim, do alto preço³⁷⁹. Além de que as primeiras edições dos compêndios esgotaram-se em Lisboa e Província, recebendo o Brasil poucos volumes até que se providenciasse a reimpressão. Com isso, mantiveram-se em uso, ainda por um tempo, os livros antigos³⁸⁰.

O segundo fator seria a falta de professores qualificados em situação de levar a efeito a reforma, quando não resistentes a ela, além de eventual falta de apoio material aos docentes. A mesma carta de 25 de março de 1760, mencionada acima, contém a instrução de que os professores deveriam começar a lecionar sem remuneração, recebendo dos alunos, eventualmente, os emolumentos conforme os usos do país. Para serem providos e fazerem jus aos vencimentos, os candidatos deveriam constituir procurador em Lisboa para prestar juramente junto ao Chanceler-mor do reino, além de terem de adquirir, com seus próprios meios, os alvarás e as instruções do novo plano de ensino³⁸¹.

Formaram-se, em função disso, duas classes de professores: os *régios*, vindos de Lisboa, que, apesar de constarem em pouquíssimo número, recebiam o vencimento da coroa, e os *da terra*, pagos pelas famílias dos alunos. De acordo com BANHA ANDRADE, teria sido esse o maior foco das discórdias que lavraram por toda parte e emperraram a reforma no Brasil³⁸².

Não é surpreendente, ainda, que os professores, formados segundo a antiga organização dos estudos, não estivessem dispostos a seguir, com convicção, os novos

³⁷⁸ A transcrição de excerto do referido relatório está em FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 28-29, nota de rodapé nº 27.

³⁷⁹ Veja-se BANHA ANDRADE, Luis António. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978, págs. 29-30 e 37.

³⁸⁰ Idem, *ibidem*, pág. 115.

³⁸¹ A transcrição desse excerto da carta está em BANHA ANDRADE, Luis António. *Op. cit.*, pág. 25.

³⁸² Idem, *ibidem*, pág. 115.

planos. A *conversão* a um novo conjunto de compromissos teóricos e metodológicos pode ser intergeracional e, por isso, dificilmente pode ser realizada por meio da força³⁸³.

Em vista desses fatores, é difícil avaliar o efetivo alcance e profundidade da reforma pombalina de ensino no Brasil³⁸⁴. Todavia, a reforma dos estudos primários e secundários – antes mesmo, portanto, da reforma universitária – permite entrever que se tratou de uma política que visava sub-rogar o estado em lugar dos jesuítas na condução do ensino, aproveitando a estrutura formada pelos inicianos, mas pretendendo cumprir o “vector pragmático de consolidar o poder absoluto do Estado” e “formar vassallos domesticados”, dotados do mínimo espírito crítico³⁸⁵.

A *lei*, ato do império estatal, determinou, nesse contexto, a revogação da tradição das disputas das escolas da Companhia de Jesus “como forma ideologicamente orientada de esvaziar ao máximo o potencial crítico dos súditos em relação à ordem de saber que se queria dogmaticamente instituir”. A retórica da sub-rogação pretendia a refundação do ensino nos domínios portugueses, *arrancando-se* a página do ensino jesuíta, como se ele jamais houvesse existido – o que esteve expressamente previsto no Alvará de 28 de junho de 1759 (veja-se, *supra*, corpo de texto que acompanha a nota de rodapé nº 370)³⁸⁶.

A *desmemorização* do ensino jesuítico apregoado pelo discurso da reforma nos mostra que a coroa, por meio, justamente, do sistema de ensino, pretendeu controlar uma parcela do conhecimento do passado. Não deixa de ser significativo o fato de que, na *Dedução Chronologica*, JOZEPH DE SEABRA DA SYLVA critica os jesuítas por *não* terem manipulado sua memória, conservando documentos que afetassem sua reputação diante dos *iluministas* portugueses³⁸⁷. A administração de D. José I, naquele momento, procurou

³⁸³ BANHA ANDRADE, Luis Antônio. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978.

³⁸⁴ Cfr. idem, *ibidem*, *loc. cit.*, *in fine*. Veja-se, também, CARVALHO, Laerte Ramos de. *As reformas pombalinas da instrução pública*. São Paulo: Edusp, 1978, pág. 106.

³⁸⁵ FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 26-27.

³⁸⁶ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

³⁸⁷ Com efeito, JOZEPH DE SEABRA DA SYLVA, no item 09 da *introdução prévia* do primeiro volume, afirma que “só pelo espirito de suberba, que lhes fez crer, que não poderião nunca ser desmascarados, ou expulsos destes Reynos; chegassem a cahir em dous absurdos tão grandes, como forão: Hum escreverem, e publicarem, pelas suas Historias impressas (...) tantos factos, tão negros, e tão abominaveis, como são os que nessas confessarão, e divulgarão (...): O outro guardarem nos seus mesmos Archivos, e deixarem nelles ficar tantos, e tão authenticos Documentos (...) para com elles se lhes formare depois da sua expulsão os *Corpos dos delictos* de tão infames, e detestaveis culpas” (*Dedução chronologica, e analytica na qual se manifestão pela successiva serie de cada hum dos Reynados da Monarquia Portugueza, que decorrêrão desde o Governo do Senhor Rey D. João III, até o presente, os horrorosos estragos, que a Comaphnia denominada de Jesus fez em Portugal, e todos seus Dominios, por hum Plano, e Systema por Ella inalteravelmente*

tomar para si a incumbência de reescrever a história por meio dos compêndios e das precisas indicações bibliográficas aos mestres e professores. Nesta história recontada, o Estado começa a ser protagonista, em primeiro lugar, porque toma para si a responsabilidade por ensiná-la; em segundo lugar, a narrativa histórica passa a concentrar atenção em uma organização política por que passa não apenas a administração pública e da justiça, mas igualmente a produção do conhecimento e do direito. Há uma tendência à *homogeneização e unificação*, sob os auspícios do Estado, da língua, do ensino e do direito.

§ 3º O Verdadeiro método de estudar e as críticas ao ensino jurídico na Universidade de Coimbra. Esse modo de ver o mundo pode já ser entrevisto no *Verdadeiro Método de Estudar*, que consistiria na inspiração remota do *Compêndio Histórico* da Junta da Providência Literária (1771) e da reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772).

Em suas recomendações específicas para o curso jurídico, contidas na Carta Décima Terceira, VERNEY critica a organização escolástica do estudo. O estudo por autores que “não dizem palavra que não confirmem com dez textos” serviria para confundir o juízo; os estudantes, então, entenderiam tanto das instituições quanto da língua da China, passando o primeiro ano de estudos lendo muito, mas entendendo pouco³⁸⁸.

Como consequência, encontrar-se-iam sempre homens tidos como grandes jurisconsultos que, tirados dos textos que têm estudado, “são tão rudes que parecem chegados novamente do Paraguai ou do Cabo da Boa Esperança”. O modo de evitar isso seria o “estudo com método”, pois, por esse meio, vê-se, naturalmente, “a conexão que tem a sua matéria com as outras de que depende”. Nos estudos jurídicos, aduz VERNEY, “é inconcebível que não se conheça a história civil: um jurista que não sabe de história não sabe de leis”³⁸⁹. Nota-se que a crítica ao ensino escolástico é acompanhada pela apologia

seguido desde que entrou neste Ryeno, até eu foi delle proscrita, e expulsa pela justa, sabia e providente ley de 3 de setembro de 1759. Lisboa: Miguel Manescal da Costa, 1767. vol. 1, pág. VIII).

³⁸⁸ VERNEY, Luis António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo II. Valença [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, pág. 143. BANHA DE ANDRADE adverte que, quanto aos estudos jurídicos, pouco do pensamento de VERNEY é original, constituindo a carta XIII quase um *decalque* do pensamento de Muratori (cfr. BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *Vernei e a cultura do seu tempo*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1966, págs. 199-200).

³⁸⁹ VERNEY, Luis António. *Op. cit.*, págs. 143-144. A transcrição no corpo de texto está, obviamente, com a ortografia atualizada.

do método sistemático-dedutivo, utilizando-se da história como parte integrante do estudo jurídico.

No *Verdadeiro Método*, a imagem da Europa – ou do *estrangeiro* – como modelo de erudição e saber também aparece. VERNEY, em certa altura, reputa injustificadas as críticas que fazem do ensino jurídico no estrangeiro os juristas portugueses. As *nações cultas* reconheceriam que na Inglaterra e na Holanda se sabe mais humanidades, filosofia, matemática e leis que em qualquer outra parte; textos que deveriam ser auxiliares à formação dos juristas portugueses – que não o seriam, verdadeiramente, pois ninguém os estudaria, segundo VERNEY – provinham da Alemanha e da Holanda; as mais indicadas obras para estudo das leis seriam da França, da Holanda, da Inglaterra e da Alemanha, que seriam, justamente, aquelas desprezadas pelos portugueses. Em suma, a organização do ensino em leis, em Portugal, prestava-se a atribuir o grau e tornar doutor quem não era douto³⁹⁰.

O remédio para esse estado de coisas seria o *estudo com método*, que levaria um homem, em três ou quatro anos no estudo do direito, a saber mais sobre seu objeto que outro que tenha passado toda a sua vida; não consistiria tal método em “meter muitas leis na cabeça, como ignorantemente fariam muitos (...). Menos memória, e mais juízo se requer, tanto no patrono, como no juiz”³⁹¹.

A redução do recurso à *memória* decorreria da desnecessidade de retenção de regras e textos. A autoridade não repousaria no que tivesse mandado escrever Justiniano, mas na boa razão; grande parte das diversas regras de conduta seria dedutível a partir da razão natural, de sorte que não haveria por que apreender tudo pela memória.

Como já se viu logo acima, no sistema sugerido por VERNEY, a história jogaria um importante papel no estudo das leis, devendo ocupar lugar proeminente na organização dos estudos jurídicos, sobrepondo-se à gramática e à filosofia. O próprio autor compendia a história geral do direito, desde o direito romano até o seu século, explicando como o devir

A situação fora da cátedra seria ainda mais lastimável, segundo VERNEY, pois moços haveria ele encontrado que passaram os sete ou oito anos matriculados na universidade sem que tivessem aberto um livro e, ainda assim, fizeram seus atos com lustre e ter-se-iam tornado bons profissionais forenses, já que, rigorosamente, os estudos universitários no estado denunciado no *Verdadeiro Método* de não lhes serviria (VERNEY, Luis António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo II. Valensa [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, pág. 144).

³⁹⁰ Idem, ibidem, págs. 146-147 e 160.

³⁹¹ Idem, ibidem, pág. 157.

levou ao desuso do direito romano, utilizável em juízo apenas em virtude do costume ou porque assim determinavam as fontes locais – sem autoridade intrínseca, portanto³⁹².

A história civil comporia o elemento para o estudo do direito; sem essa disciplina, não seria possível compreender as circunstâncias em que foram elaboradas as leis³⁹³. Por isso, o estudante deveria estudar história civil e história do direito civil, especialmente romanas, compreendendo bem todas as magistraturas e a história dos jurisconsultos; com isso, poder-se-ia passar ao estudo das *Institutas*, sem, contudo, a utilização de qualquer comentário: segundo VERNEY, depois que os intérpretes explicaram Justiniano, ninguém mais o compreendeu, pois teriam tentado “descobrir em suas palavras tanta justiça e tais mistérios que lhe atribuíram muita coisa que ele não quis dizer”. Far-se-ia, então, necessário o estudo da história, para que “se entenda como se deve tomar as coisas”, motivo pelo qual “não se deve fazer caso do que dizem muitos intérpretes”³⁹⁴.

VERNEY adverte que a “história não se aprende em quatro dias”. Um homem diverte-se lendo a história; para sabê-la, no entanto, seria necessário estudar por muitos anos aquilo que constitui os seus prolegômenos; para escrevê-la, adverte o autor, “é necessário não só sabê-la, mas entregar-se a ela, que não se faça outra coisa”³⁹⁵. A despeito dessa recomendação, a organização de ensino esboçada por VERNEY prestigia o ensino *sistemático-compendiário* sobre o *analítico*, de sorte que o *saber histórico* seria transmitido por meio da prévia seleção dos conteúdos úteis ao aprendizado das disciplinas específicas, não como finalidade em si mesma.

O autor louva, então, Heinécio, que teria composto uma breve paráfrase das instituições, com algumas notas “brevíssimas e belíssimas”, além de ter acrescentado, em “dois tominhos”, as antiguidades romanas necessárias para compreensão das *Institutas* seguindo a ordem dos títulos. Essas recomendações seriam necessárias para quem não quisesse, ao adentrar no “mar do direito”, para não se deixar arrebatear na “turba de doutores”. Não haveria necessidade de o estudante acumular textos: “uma ou duas leis, bastam para prova, se são *in terminis* (...)”³⁹⁶.

³⁹² VERNEY, Luis António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo II. Valensa [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, pág. 163.

³⁹³ Idem, *ibidem*, pág. 164.

³⁹⁴ Idem, *ibidem*, págs. 165-167.

³⁹⁵ Idem, *ibidem*, pág. 158.

³⁹⁶ Idem, *ibidem*, págs. 170 e 178.

No quinto ano, deveria o estudante, segundo VERNEY, ler o direito português, “notando as coisas em que se diversifica do Comum”. Seria digno de admiração que os egressos da Universidade nada conhecessem do direito municipal, já que apenas seriam aplicáveis as fontes justinianeias em caso de omissão do primeiro. Por que não haveria, então, “um leitor na Universidade” que ensinasse aos que quisessem seguir o foro, a melhor, mais seguida e “mais conforme às decisões dos tribunais supremos” inteligência dessas leis? Esse expediente acarretaria muitos benefícios públicos, pois evitaria muitas das demandas que nascem da ignorância das leis. Em reinos estrangeiros, houve quem determinasse, como Luís XIV, “cuja memória será eterna na República Literaria”, que a academia se voltasse para a lei nacional³⁹⁷.

É possível entrever uma *conexão espiritual* entre as reformas pombalinas do ensino superior e o pensamento de LUÍS ANTÓNIO VERNEY. Como apontei logo acima, essa ligação é sugerida pela historiografia, que situa o oratoriano como precursor do *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra* e dos Estatutos da Universidade de 1772.

O que se deve observar, no entanto, é que o *Verdadeiro método* é um *ato de fala* em um *discurso* que já vinha sendo proferido pela comunidade de *estrangeirados* e pela própria administração pombalina. Não é meu propósito questionar o impacto que tiveram as ideias de VERNEY em Portugal e nas reformas pombalinas. Entretanto, os seus escritos integraram uma corrente de pensamento e um plano de ação estatal de reforma completa do ensino primário, secundário e superior, com vistas à obtenção do controle pelo Estado das diretivas escolares³⁹⁸.

³⁹⁷ Segundo VERNEY, a despeito de ter passado a vida ocupado “em trabalhossíssimas guerras, nam ouve Rei algum no-mundo, que igualmente promovesse o comercio, e as letras: pois só ele fundou mais, e mais utis Academias, que os antecessores todos; e as melhores, que se-vejam na Europa” (VERNEY, Luis António. *O verdadeiro método de estudar*, tomo II. Valença [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746, págs. 178-179).

³⁹⁸ Nesse sentido, destaquem-se as palavras de BANHA DE ANDRADE: “a análise das fontes nega-lhe o direito de originalidade de ideias ou de planos, reduzindo afinal o pedagogo teórico a erudito de vasta e inteligente leitura. E é neste aspecto que o Arcediago merece os maiores elogios. Leu muito, procurou assimilar os melhores autores. Por isso, foi violento e injusto. Isto, porém, são defeitos que ressaltam à primeira leitura de suas obras e facilmente se podiam tomar em consideração, ao ajuizar dos seus méritos. Mas, sobretudo foi um iluminado, que escolheu o caminho que se lhe afigurou óptimo e não tolerava que se seguisse outro. É este o seu grande defeito, o que mais escandalizou, juntamente com a irreverência de tratamento usado para com as figuras mais respeitáveis do seu tempo e da história literária portuguesa”. Mais adiante, o mesmo autor: “Nota-se, porém, que se não se pode atribuir o novo ambiente a uma só causa, nem que ela seja a ação dinâmica e revolucionária de Luís António Vernei. Mas é justo reconhecer que boa parte do que não for lícito inscrever na rubrica *influências*, cai debaixo da epígrafe de *consequências*, mais ou menos directas da sua intervenção enérgica e persistente. É que, até o movimento renovador que se notava já nas camadas mais ilustradas, sofreu algum influxo da nova onda brava, acelerando irresistivelmente o passo em que vinha

Além de que se deve ter em vista, igualmente, a advertência de JOAQUIM DE CARVALHO no sentido de que VERNEY era muito mais cômico daquilo que deveria *destruir* que daquilo que deveria *edificar*, o que talvez dificultasse a tarefa de extrair do *Verdadeiro método* um *sistema de ensino*³⁹⁹.

A qualidade de *inspirador* – ou de *principal inspirador* – das reformas, mesmo ante a existência das cartas e relatórios direcionados, entre 1765 e 1766, a *Eccellenza* – que hoje sabemos tratar-se de Ayres de Sá e Melo, que havia sido plenipotenciário português na Itália⁴⁰⁰ –, além do fato de que suas ideias foram secundadas oficialmente por Pombal, é difícil de comprovar. Contudo, a ácida crítica que circulou em função do *Verdadeiro método* teria “acelerado irresistivelmente” o andar do espírito reformista⁴⁰¹.

§ 4º O Compêndio histórico da Universidade de Coimbra. Assim, o último passo da reforma educacional empreendida no período pombalino correspondeu à proscrição dos jesuítas e do método escolástico da Universidade de Coimbra, processo que se iniciou com a nomeação da *Junta de Providência Literária* e a elaboração do *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*, vindo a lume em 1771.

A Junta de Providência Literária foi instituída por Carta de Lei datada de 23 de dezembro de 1770. A redação da Carta já se inicia com uma previsível constatação, no contexto da retórica pombalina: a Universidade de Coimbra havia sido o lugar “onde as Letras de Portugal haviam tido o seu primeiro berço (...)” e de que se fizeram “os grandes progressos literários com que a mesma Universidade foi tão admirada na Europa até ao ano de mil quinhentos e cinquenta e cinco (...)”. Mais uma vez, identifica-se a Companhia de Jesus como *inimiga* de Portugal para legitimação da ação estatal: o ano de 1555 seria o termo inicial do início da destruição dos Estudos Maiores provocada pelos denominados Jesuítas, após terem arruinado os Estudos Menores com a “ocupação” do Real Colégio das

progredindo” (BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *Vernei e a cultura do seu tempo*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1966, págs. 206 e 234).

³⁹⁹ CARVALHO, Joaquim de. A crítica da segunda escolástica portuguesa. In: JUNQUEIRA, Celina (dir.). *O nascimento da moderna pedagogia: Verney*. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, pág. 33.

⁴⁰⁰ Cfr. BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *Op. cit.*, págs. 495-498.

⁴⁰¹ Idem, *ibidem*, pág. 234.

Artes. Seria “a todos manifesto” o fito perverso por trás da *destruição*: a precipitação dos “Reinos [sob domínio português] e vassallos deles nas trevas da ignorância”⁴⁰².

Seria dever d’El Rey, então, como protetor daquela Universidade, “fazer examinar as causas da sua decadência e o presente estado de ruína” a fim de que se pudesse reparar o “estrago”, bem como para que se reedificassem as escolas públicas sobre fundamentos sólidos, possibilitando que as “Artes e Ciências pudesse nelas resplandecer com as luzes mais claras em comum benefício”. Nomeou-se, então, uma Junta de Providência Literária que examinasse as causas da decadência – que, a rigor, a própria carta de nomeação já indicava – e os remédios respectivos, apontando os cursos científicos e métodos a serem implantados⁴⁰³.

O relatório elaborado pela comissão foi apresentado no ano seguinte, aos 28 de agosto de 1771, com o título significativo, que transmite desde logo o tom do texto: *Compêndio Histórico do estado da Universidade de Coimbra no tempo da invasão dos denominados jesuítas e dos estragos feitos nas ciências, nos professores e diretores que a regiam pelas maquinações e publicações dos novos estatutos por eles fabricados*.

Aos inicianos imputou-se toda a responsabilidade pela condução do ensino universitário português até Pombal. JOSÉ EDUARDO FRANCO, contudo, adverte que a Ordem não chegou a efetivamente ocupar qualquer posição de direção na Universidade, não participando, portanto, de sua gestão, uma vez que estava incumbida do ensino pré-universitário, no Colégio de Artes; além disso, aos jesuítas caberiam poucos cargos de docência universitária⁴⁰⁴.

O texto está organizado em duas partes: a primeira delas contém quatro *prelúdios*, e, a segunda, três capítulos subarticulados; os dois primeiros, para a demonstração dos *estragos e impedimentos*, enquanto o último, para indicação de *22 atrocidades*.

⁴⁰² A Carta de Lei de 23 de dezembro de 1770 está reproduzida no volume JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 95-96.

⁴⁰³ Idem, *ibidem*, *loc. cit.* Foram nomeados para compor a comissão, sob supervisão do Cardeal da Cunha e do Marquês de Pombal, D. Manuel do Cenáculo, Bispo de Beja; José Ricalde Pereira de Castro e José de Seabra da Silva, Desembargadores do Paço; Francisco António Marques Geraldês, Deputado da Mesa da Consciência e Ordens; o Francisco de Lemos de Faria, Reitor da Universidade de Coimbra; Manuel Pereira da Silva, Desembargador dos Agravos da Casa da Suplicação; e João Pereira Ramos de Azeredo, Desembargador da mesma casa. Teriam tido destaque na ideação do conteúdo do relatório, além do próprio Marquês de Pombal, o Frei Manuel do Cenáculo, o reitor Lemos de Faria e o Desembargador Seabra da Silva (cfr. FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Op. cit.*, pág. 38).

⁴⁰⁴ Idem, *ibidem*, pág. 42.

O *Compêndio* volta-se não apenas contra a Companhia de Jesus enquanto ordem religiosa. Igualmente, são apontados os efeitos deletérios das correntes teológicas, filosóficas e do método implantado, segundo o *Compêndio*, pelos jesuítas. Assim, apontam-se os *estragos* da *teologia escolástico-peripatética*; os *estragos* causados, desde o século XI, pelo estudo da “bárbara filosofia” *arábico-aristotélica*, que teria levado ao desprezo pela “Escritura, pela Tradição, pelos Concílios, pelos Padres da História Eclesiástica, e por tudo quanto poderia servir para ilustrar e ornar a Teologia”; por fim, a organização escolástica dos estudos é também apontada como causa da decadência, pois, pelo ímpeto que teria a “maioria dos escolásticos de disputar”, infundia-se a filosofia aristotélica e o desprezo pela *verdadeira* religião⁴⁰⁵.

Ocupados com as disputas inerentes ao seu método, os escolásticos tratariam de “confundir e misturar os princípios” da teologia e da filosofia para “tratar de questões sutis, abstratas e inúteis”, enchendo a escola com contendas, disputas e rixas “à maneira dos acadêmicos”⁴⁰⁶.

O estudo da história é, mais uma vez, louvado. Aponta-se que os Estatutos de 1598, silenciando “dolosamente” sobre essa disciplina, desferiram outro “mortal golpe contra o bom estado em que na Universidade de Coimbra se achava a Teologia”⁴⁰⁷.

O alegado desprezo pela história teria produzido efeitos nefastos também no âmbito da jurisprudência, pois, sem determinar seu estudo por Estatuto expresso, “nem pelo menos recomendado, e inculcado aos Juristas o dito estudo como necessário e indispensável”, golpearam-se “as utilíssimas disciplinas” de Leis e Cânones. Afinal, a história teria um “comércio tão íntimo, tão familiar e tão frequente com a Jurisprudência, como a Alma tem com o corpo”: o estudo jurídico que prescindia da história seria um “verdadeiro cadáver e realmente nada mais que um caos indigesto e medonho e uma rapsódia perpétua de grande número de Leis contrárias umas às outras (...)”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 173-174.

⁴⁰⁶ Idem, *ibidem*, pág. 174. Até os Estatutos de 1598, segundo o *Compêndio*, a Universidade de Coimbra havia conseguido “expulsar as trevas da ignorância e emendar os defeitos da Teologia Escolástica”; naquele documento, contudo, teriam os inicianos, seus “maquinadores”, omitido “dolosamente tudo quanto podia contribuir para o bem e progresso da teologia”; o estudo dos Concílios constituiria exemplo desse tipo de omissão dos “malvados Estatutos” (Idem, *ibidem*, págs. 175 e 183).

⁴⁰⁷ Idem, *ibidem*, pág. 187.

⁴⁰⁸ Idem, *ibidem*, págs. 273-274. Lastreado no diário do Frei Manuel do Cenáculo, NUNO JOSÉ ESPINOSA GOMES DA SILVA aponta que a porção do texto do relatório que trata da jurisprudência teria tido contribuição mais significativa de Pereira Lemos (*História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, pág. 472).

A necessidade de conjugação entre história e direito é ilustrada por copiosas notas explicativas, em que se transcrevem desde textos antigos, como o *Encchiridium*, de Pompônio, a obras medievais e modernas, como as de Thomasius, Alciato, Cujacio e Balduíno. Os três últimos são aproveitados para compor o argumento de que já estaria estabelecida, ao tempo dos Estatutos de 1598, a ideia de que o estudo da história seria o principal auxiliar da jurisprudência, sendo inexcusável dos “maquinadores” jesuítas. A história, segundo o *Compêndio*, deveria preceder e acompanhar sempre os estudos de direito, pois, sem ela, em suma, não haveria possibilidade de se compreender o “genuíno sentido dos Textos no escuro abismo da antiguidade”⁴⁰⁹.

Por isso, o jurista deveria trazer consigo, em uma mão, os *anais* da história e, na outra, o “Código das Leis Naturais”, que serviria de auxílio para interpretação das leis positivas, canônicas ou civis, “que se conformam com a Razão natural”. Há hipóteses, contudo, em que legislador inseriria alterações na lei natural, ampliando ou restringindo-a. Nesses casos, para que se pudesse bem aplicar as leis civis, necessitar-se-ia do recurso à história para bem compreender as “causas e motivos que teve o Legislador para não seguir os puros ditames da Razão Natural”. A partir do conhecimento sobre o lugar e o tempo da lei, bem como sobre os costumes, gênio, caráter e forma de governo da nação que a promulgara, seria possível deduzir a razão específica da lei, fosse ela civil ou canônica, sem a qual toda interpretação seria inútil⁴¹⁰.

A omissão em relação aos estudos históricos resultaria do “quanto maquinado muito de propósito pelos nocivos Autores dos ditos Estatutos”. Por isso, teriam reagido os inacianos à crítica do *Verdadeiro método de estudar* à ignorância dos cultores do direito em relação à história, como que para “lançar poeira” nos olhos dos juristas, “perpetuando-lhes a cegueira” a fim de dogmatizá-los “tão descaradamente contra a verdade notória” com o propósito único de “arruinarem e destruírem a Jurisprudência”. O “Maquiavelismo Literário” da Companhia de Jesus teria prevenido os juízos dos sábios da nação, impondo-lhes o silêncio⁴¹¹.

Do mesmo modo, a história literária deveria ter papel no currículo do estudante de direito, pois, com ela, seria possível aprender-se a sucessões de diferentes métodos por meio de que se conhece a jurisprudência, permitindo o conhecimento dos bons livros,

⁴⁰⁹ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 274, 276-277.

⁴¹⁰ Idem, ibidem, págs. 275-276.

⁴¹¹ Idem, ibidem, págs. 278-281.

evitando que se perca tempo com textos “prejudiciais e inúteis”, escritos para promover os interesses de seus autores, sustentar suas facções e estabelecer as opiniões de suas escolas⁴¹².

Sem estes prolegômenos, o jurista estaria impedido de exercer sua atividade, já que desconheceria os principais autores e obras acerca dos assuntos de sua profissão. Em uma livraria, não saberia para onde voltar-se, tendo, então, de “mendigar” de outros essa importante notícia, ou “prodigalizarem seu dinheiro sobre a Fé dos Livreiros, sempre suspeita e pouco segura”⁴¹³.

Além de que a ignorância da história literária faria os “homens parciais, sectários e aferrados às opiniões das suas Escolas, que entendem serem só as mais sãs e seguras”; o contato com a leitura das opiniões contrárias e a notícia dos grandes homens que as produziram conduziriam a ciência para o seu adiantamento⁴¹⁴.

É curioso que consta tal afirmação em um documento da natureza do *Compêndio histórico*, que procurou imputar unilateralmente a culpa pelo tombamento da Universidade de Coimbra à orientação pedagógica jesuítica. A história contada pela Junta de Providência literária faz da Companhia de Jesus responsável por toda a gestão do ensino e da vida universitária, combinando uma leitura mitificada em relação ao passado e utópica quanto ao presente e ao futuro: teria havido uma *idade de ouro* da Universidade de Coimbra interrompida pela intervenção dos inacionos; caberia à administração ilustrada de D. José I e seu ministro Pombal reerguer a instituição por meio da reforma guiada pela mão do Estado⁴¹⁵.

Suspendo, por um instante, a análise do *Compêndio histórico* e da ultimação da reforma pombalina na Universidade, propondo-me a seguir nela, no subtópico seguinte, em um dos pontos em que, segundo minha hipótese, Estado, história e memória encontram-se no ambiente acadêmico: a adoção do ensino *sintético-compendiário*.

Por ora, cumpre reiterar as razões pelas quais me alonguei em tantas páginas sobre a reforma pedagógica luso-brasileira na segunda metade do século XVIII. O que se vê não é apenas um capítulo da história da pedagogia; tratou-se de um programa em que, por meio

⁴¹² JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 281-282.

⁴¹³ Idem, ibidem, págs. 282-283.

⁴¹⁴ Idem ibidem, págs. 284-285.

⁴¹⁵ FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Op. cit.*, pág. 42.

da própria pedagogia, pretendeu o Estado apropriar-se da formação intelectual dos indivíduos, ambicionando amoldar o passado conforme seus próprios interesses. O modo como os textos da época pombalina referem-se ao passado “jesuítico” da educação nacional evidencia esse propósito.

Há uma relação, ainda que indireta, da *nova* pedagogia com o alinhamento de Portugal e do Brasil à codificação, pois, alçando o Estado a si mesmo como *educador* e *legislador*, *uniformizador* da língua a ser falada e da *cultura*, fomentou-se a visão de que impor um diploma que suplantasse as fontes jurídicas locais – justamente, o Código – seria *natural*. Essa *naturalização* decorre, igualmente, do modo como se concebe e transmite a história da legislação, como já escrevi em outro ponto, como se sempre tivesse existido um documento normativo emitido pela organização política que condensasse toda a experiência jurídica do tempo. Com isso, a *linearidade* com que se enxerga o passado converte-o em *memória*, em uma *narrativa* compreensiva e compreendida por meio do *compêndio*⁴¹⁶.

Passo, a seguir, à análise da conformação da *memória coletiva* a partir das reformas pedagógicas e do recurso ao compêndio.

3.1.1. O “caminho compendiário” e seu efeito na composição da memória coletiva no ambiente acadêmico luso-brasileiro

3.1.1.1. *A visão de história no Compêndio histórico da Universidade de Coimbra e nos Estatutos da Universidade de 1772*

O *Compêndio histórico* fez uma ampla apologia do método *sintético-compendiário*, visando à substituição do *analítico*, no que foi acompanhado pelos Estatutos da

⁴¹⁶ Como se nota, estou projetando, neste ponto, a análise de THOMAS S. KUHN acerca do papel do *manual* na formação dos compromissos que informam a *ciência normal*. Meu ponto é que, no campo jurídico, a visão do passado, nas conformações fugidias da memória, passa a integrar esses compromissos na época moderna de modo contundente, possibilitando que se refundasse a tradição romanística, agora como tradição *legislada e codificada*.

Não temo que haja anacronismo nesse procedimento. Feitas as necessárias adequações, o modo como KUHN realiza a sua análise, especialmente naquilo que nela há de *sociológico*, pode ser útil à compreensão dos fenômenos ora enfocados.

Universidade de Coimbra de 1772. Esse método seria preferível pois, em vista da imensa “cópia de Leis” que embaraçariam os estudos jurídicos, far-se-ia necessário, para guiar-se até o “Santuário das Leis”, escolher o caminho “mais plano, mais seguro, mais cômodo e até mais aprazível”⁴¹⁷.

Os Estatutos de 1598, contudo, omitiram a referência a qualquer método, preferindo, ao contrário, o vocábulo *modo*, de significação vaga e genérica. Em função desse “doloso artifício”, apartaram-se os juristas da “Doutrina do Método”, seguindo-se os estudos de direito em “grande confusão e desordem”⁴¹⁸.

Contudo, teria sido a omissão quanto ao *método sintético e compendiário* a que mais acarretou *estragos* contra a ciência jurídica. Segundo a comissão, não bastaria que se ensinasse pelo método sintético; seria também necessário que se o fizesse pelo caminho compendiário, em que o direito poderia ser aprendido por um “compêndio completo e bem ordenado”, que trouxesse definições “claras e exatas, as divisões necessárias e os princípios de todas as matérias”, organizadas estas em sua ordem natural, em que as matérias fossem dispostas das mais simples até as mais complexas, servindo as primeiras como preparação para o enfrentamento a contento das segundas⁴¹⁹.

O *compêndio* seria, portanto, o único caminho avistado pela JUNTA para que se pudesse fazer uma “ideia sistemática de todo o Direito”, apreendendo não apenas as “regras e preceitos jurídicos”, como também as conexões entre eles. O método promoveria, ainda, a vantagem indireta de deixar ao estudante algum tempo livre para se dedicar ao direito natural, à história e a outros subsídios do estudo jurídico. Os que estudam por sistemas “amplos e difusos”, ainda que sintéticos, não gozariam da mesma vantagem.⁴²⁰

Diversas *autoridades* são arroladas para comprovar a superioridade da utilização do compêndio no ensino universitário, inclusive o “incomparável Cujácio”, imitado por outros egrégios jurisconsultos. A despeito disso, os Estatutos de 1598 estabeleceram o ensino

⁴¹⁷ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 290.

⁴¹⁸ O mesmo “doloso artifício” teria como efeito, ainda, a completa ignorância dos egressos em relação a que método teriam se bacharelado ou doutorado em direito: “(...) se fora o Sintético, o Analítico ou o Exegético, quais são as suas naturezas, as suas Leis, os seus preceitos e subsídios? Se algum deles depende da Hermenêutica e qual é o Ofício desta Arte? Se estudaram por sistemas amplos e difusos, ou por Compêndios e quais as qualidades que devem ter uns e outros, quais são os compostos pelo Método Natural, Demonstrativo, Científico, Geométrico, Matemático, Dicotômico, Ramístico e Erotemático? Quais destes se devem preferir para o estudo e se os Actos e Exames que fizeram, foram pelo Método Aristotélico ou pelo Socrático, e outras semelhantes notícias? Nenhum responderia a propósito, nem ainda com a inteligência destes termos” (Idem, *ibidem*, págs. 293-294).

⁴¹⁹ Idem, *ibidem*, nota de rodapé nº 540, que inicia na pág. 299 e continua na pág. 300.

⁴²⁰ Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

apenas pelo *método analítico*, não desejando os jesuítas admitir o método sintético nas escolas. Com isso, prossegue o relatório, os professores de Coimbra estariam adstritos a lecionar apenas por meio do comentário a textos, consumindo, muitas vezes, “todas suas vidas no Comentário de uma só Lei ou Capítulo, pelas muitas e longas digressões que nele fizeram da questão principal e própria do Texto”⁴²¹.

Necessariamente, então, o método analítico conduziria a uma formação deficiente, já que o estudante, ao longo de sua formação, teria contato apenas com uma porção reduzida do direito. Além de que, uma vez que o lente-catedrático confiava em sua própria opinião para o comentário aos textos, destituído dos subsídios para compreensão do “sólido e verdadeiro sentido das Leis”, a educação recebida na Universidade poderia conduzir a decisões arbitrárias⁴²².

Os famigerados Estatutos de 1598 foram substituídos já em 1772, fazendo-se penetrar, então, na Universidade diversas das ideias propagandeadas pelo *Compêndio histórico*. A nova organização do estudo jurídico previa que o curso teria sua redução reduzida de 08 para 05 anos, afinal, “ninguém aprende o Direito para ficar nas aulas, mas sim para os usos, que delle deve fazer na vida social, civil, e christã”; nenhum benefício público haveria se a mocidade passasse nas escolas o tempo de sua vida mais precioso e próprio para as atividades literárias. Além de que, por muito que permanecessem nas escolas, seria notório que os estudantes juristas jamais “poderiam levar delas mais do que os Principios da Jurisprudencia”⁴²³.

Os Estatutos divorciaram, igualmente, os cursos jurídicos, havendo, então, um para o direito civil e, outro, para o direito canônico, pois, a despeito de compartilharem diversos pontos, seriam ciências cujos objetos recairiam sobre objetos diferentes⁴²⁴.

O direito civil, segundo os Estatutos, seria constituído ou pelo direito romano, ou pelo direito pátrio. Reitera-se a prevalência, na hierarquia das fontes, do direito português, compondo o direito romano fonte subsidiária naquilo que não contrariasse a *boa razão*; para coibir os “intoleráveis abusos e excessos de autoridade” que se dariam em favor do direito romano, em prejuízo da lei pátria, já havia sido promulgada a Lei de 18 de agosto

⁴²¹ JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 302.

⁴²² Idem, ibidem, pág. 304.

⁴²³ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772. vol. II. págs. 276-277. A obra está disponível em versão digital no sítio eletrônico da Universidade de Coimbra por meio do seguinte endereço: <https://digitalis-dsp.uc.pt/bg1/UCBG-R-44-3_3/UCBG-R-44-3_3_item1/index.html>. Último acesso aos 10 de dezembro de 2016.

O excerto mencionado no corpo de texto está no Livro II, Título II, Capítulo I, dos Estatutos.

⁴²⁴ Liv. II, Tít. II, Cap. II (Idem, ibidem, págs. 280-281).

de 1769. O ensino deveria ser, dali em diante – embora não se extirpasse por completo o direito romano do currículo acadêmico –, predominantemente referente ao direito civil nacional português, lecionado de modo separado e por professor diferente daquele que ensinaria o direito romano⁴²⁵⁻⁴²⁶.

Partindo da observação de que nenhum direito poderia ser compreendido sem o conhecimento prévio do direito natural público universal e das gentes, bem como da história civil, determinam os Estatutos a criação de aulas públicas de *Direito Natural Público Universal e das Gentes; História Civil do Povo e do Direito Romano; História Civil de Portugal e das leis portuguesas*⁴²⁷.

A história ganhou, com isso, um lugar próprio no curso jurídico civil, sendo ensinada em uma cadeira subsidiária à de direito civil, devendo, por isso, anteceder-na na

⁴²⁵ Liv. II, Tít. II, Cap. II (UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typográfica, 1772. vol. II, págs. 281-284). Os Estatutos enunciam, nesse ponto, “Lei de 22 de agosto de 1769”, como aquela promulgada para remediar o uso abusivo do direito romano em Portugal. Parece, contudo, haver equívoco nessa menção, tratando-se, efetivamente, da Lei de 18 – não 22 – de agosto de 1769, a *Lei da Boa Razão*. Com efeito, o *Índice Chronologico Remissivo da Legislação Portuguesa*, de JOÃO PEDRO RIBEIRO, arrola, no tópico referente a agosto de 1769, apenas o diploma do dia 18, descrevendo-o como “lei declarando a autoridade no Foro do Direito Romano, e Canonico, Assenos das Relações, Estylos, e Costumes” (cfr. RIBEIRO, João Pedro. *Índice Chronologico Remissivo da Legislação Portuguesa Posterior à Publicação do Código Filippino com hum Appendice*. Lisboa: Typografia da Academia Real das Sciencias de Lisboa, 1805, pág. 84. Acessível pelo endereço eletrônico <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=59>. Último acesso aos 10 de dezembro de 2016).

Parece seguro, então, concluir que a menção dos Estatutos deveria ser, a rigor, à Lei da Boa Razão.

⁴²⁶ A prevalência do direito nacional sobre o direito romano nos estudos jurídicos universitários foi também digna da atenção do *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Segundo a JUNTA autora do relatório, pelos Estatutos de 1598, “as Leis Pátrias foram sepultadas em um profundo e escandaloso silêncio. Lendo os Estatutos desde o princípio até o fim, por Eles ficámos conhecendo que não só não instituíram Cadeira, nem deputaram Professor para ensinar as Leis Pátrias, mas que nem delas fizeram a mais leve memória”. Esse estado de coisas deveria ser remediado “deputando-se um Professor privativo que se ocupasse somente na explicação do dito Sistema para poder comunicar às Leis Pátrias as luzes, de que Elas muito necessitam, ou combinando-se sempre em todos os Títulos o Direito Romano e da mesma sorte o Canónico Comum, pelos seus respectivos Professores, com o Direito Pátrio Civil e Canónico, indagando-se em todos os Artigos a sua dissenção ou concórdia; e dando-se a conhecer as diferenças deles nos seus competentes lugares” (JUNTA DE PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, pág. 316).

Os Estatutos de 1772 afastam-se, como se nota, da orientação de *combinar* os estudos de direito romano com os de lei pátria, determinando-se que os respectivos estudos se dessem em cadeiras separadas.

A despeito das observações quanto aos *abusos* nos tribunais, entre os *praxistas* portugueses não se verifica a atribuição de autoridade ao direito romano superior ao do direito nacional. Ao contrário, era como se exprimisse a ideia de que, em Portugal, “o *direito comum* não era o *direito romano* mas o *direito nacional*. Confira-se a análise bibliográfica empreendida por BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1981. vol. II, 2ª parte, na nota de rodapé nº 02, iniciada na pág. 350.

⁴²⁷ Liv. II, Tít. II, Cap. III (UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Op. cit.*, pág. 284. A única cadeira comum aos dois cursos jurídicos seria *Direito Natural Público Universal e das Gentes* (Liv. II, Tít. II, Cap. V. Idem, ibidem, pág. 287).

organização dos estudos⁴²⁸. Após o ensino da história do direito romano, dever-se-ia ingressar na história do direito português, principiando as lições pela história das leis, usos e costumes legítimos da nação portuguesa; a seguir, tratar-se-ia da história da jurisprudência prática ou do exercício das leis.

Na primeira parte do curso, dar-se-ia conhecimento sobre o “modo, e a fôrma da Legislação destes Reinos; e as fontes; as origens; e os progressos das Leis, que nelles tem sido estabelecidas”; os Estatutos prosseguem, então, minuciosos em relação ao conteúdo que deveriam ter as aulas: lê-se, por exemplo, no Liv. II, Tít. III, Cap. IV, § 4, que o professor deverá dar notícia das coleções e compilações de leis pátrias, notadamente aquelas que sucederam à fundação da monarquia, “por serem muito mais interessantes”⁴²⁹; o docente deveria observar as alterações de que padeceu a legislação portuguesa ao longo do reinado de Dom Sebastião, fazendo notar “a decadencia, em que se começaram a ir pondo as Leis Patrias; as bréchas, que artificiosamente se foram maquinando contra os Direitos da Nação”. Não se poderia, ainda, deixar de noticiar as “diferentes Edições, que tem havido das mesmas Ordenações”, especialmente as Filipinas, bem como das coleções de leis, alvarás, decretos, cartas-régias, assentos e dos repertórios e notas⁴³⁰.

Na segunda parte, o professor cuidaria da jurisprudência portuguesa teórica, passando a explicar o “methodo, e ordem, com que a Jurisprudencia destes Reinos tem sido nelles tratada”, destacando-se o “grande cuidado, que tiveram os Senhores Reis Meus Predecessores” de que se ensinasse bem a Jurisprudencia com o estabelecimento da Universidade e com a fundação das Faculdades de Direito. Mostrar-se-ia, a seguir, o “abuso, com que em todas ellas se ensinou sempre, como principal, o *Direito Civil Romano*”, que só era, a rigor, direito subsidiário ao nacional português. O docente deveria mostrar, ainda, que a escola predominante nos reinos teria sido a bartolista, introduzida, em primeiro lugar, por João das Regras, e, depois, nas aulas de Coimbra, pelo Mestre Navarro;

⁴²⁸ Conforme dispuseram os Estatutos, as cadeiras subsidiárias deveriam preceder as elementares, passando-se das elementares para as sintéticas e, das sintéticas, às analíticas (Liv. II, Tít. II, Cap. V. UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772. vol. II, pág. 288).

⁴²⁹ O professor deveria ensinar “o que mais se ajustar á verdade da sobre a Ordenação que se attribuiu ao Senhor Rei Dom João o I, de que se dá por Author o *Doutor João das Regras*. Tratará da Compilação do Senhor Rei Dom Duarte por ordem Chronologica: da Compilação do Senhor Rei Dom Affonso V organizada por ordem Synthetica: Da Compilação Systematica do Senhor Rei Dom Manoel, da qual se publicáram os primeiros dous livros no anno de 1513, e os ultimos três no de 1521: Da Collecção das Leis, e Provisões do Senhor Rei Dom Sebastião impressa no anno de 1570: E da outra Collecção, em que *Duarte Nunes de Leão* ajuntou, e substanciou as Leis Extravagantes posteriores á sobredita Compilação do Senhor Rei Dom Manoel; tendo sido authorizado para esa Obra por Alvará do mesmo Senhor Rei Dom Sebastião” (Liv. II, Tít. III, Cap. IX. Idem, ibidem, pág. 360).

⁴³⁰ Liv. II, Tít. III, Cap. IX. Idem, ibidem, pág. 361.

deveria fazer ver a perniciosa legislação que governou a Universidade e as Faculdades Jurídicas, que implantou o método analítico, sem nem sequer fazer menção ao método sintético ou à Escola Cujaciana, que ao tempo já seria “fecundíssima”⁴³¹.

O docente deveria dar claras noções dos escritos e autores reinícolas, tanto os especulativos como os práticos, dando o devido juízo de seus merecimentos e fazendo notar que, quanto mais se afastam no tempo do reinado de D. João III, tanto menor o respectivo mérito, por neles serem menores o “bom gosto da Jurisprudencia” e o conhecimento. Por fim, dever-se-ia transmitir ao aluno que a verdadeira causa da decadência das letras jurídicas em Portugal seria, como tantas vezes repetido no *Compêndio histórico* e nos próprios Estatutos de 1772, a legislação “jesuíta” que até então governara a Universidade⁴³².

A parte final do curso de história do direito português teria como objeto a jurisprudência portuguesa prática. Dar-se-ia uma breve notícia da história do foro português, do tempo em que nele se introduziram as leis romanas e a desordem para a administração da justiça que dessa introdução decorreu⁴³³.

Do regramento imposto pelos Estatutos de 1772 quanto à cadeira de história no curso jurídico civil, observa-se que se tratou de estabelecer um *locus* de transmissão de conhecimentos históricos necessariamente ligados à formação prática do estudante jurista. Pela própria posição da disciplina, enquanto *subsidiária* à cadeira de direito civil, é notório que seu conteúdo ficaria subordinado ao de outro curso, notadamente ao do direito civil. Deve-se consignar, inclusive, que o aparato teórico-metodológico para uma *ciência histórica autônoma* ainda não estava disponível no século XVIII.

Entretanto, essa posição na organização dos estudos foi bastante conveniente para o propósito de *reformatar a mentalidade* dos juristas. Comprovar se, efetivamente, o intento chegou a ponto de promover a pretendida *alteração* carece de outra investigação; é de se destacar, contudo, o plano ambicioso contido nos Estatutos: o que ali se estabeleceu não é, apenas, um plano de estudos para a história do direito português; foi-se muito mais além, para oferecer ao docente a própria visão de história a ser transmitida aos seus pupilos. O programa definia previamente – e pela mão da coroa – qual seria a “idade de ouro” da história do direito português, qual seria a “idade do ferro”, quais as causas da decadência,

⁴³¹ Liv. II, Tít. III, Cap. IX (UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772. vol. II, págs. 362-363).

⁴³² Liv. II, Tít. III, Cap. IX. Idem, *ibidem*, pág. 363.

⁴³³ Liv. II, Tít. III, Cap. IX. Idem, *ibidem*, pág. 364.

quem seriam os responsáveis pela introdução do bartolismo, quais os juristas dignos de merecimento, quais diplomas legislativos, quais classes de alvarás, cartas e assentos deveriam e – e *como* deveriam – ser *memoradas*, quais deveriam ser *esquecidas* etc. Ao professor poupou-se todo esforço de investigação: tudo estava dado.

E, como não houvesse nenhum sistema, compêndio ou summa escrita acerca da história do direito português que tratasse dos três objetos próprios da matéria, cumpria impor ao professor que formasse um “Compendio elementar da dita Historia do Direito, e de todas as suas partes, próprio e accommodado para as Lições annuaes desta Cadeira”. Dever-se-ia aplicar-se para a composição dele com “muito fervor, actividade, e diligencia, para poder ordenallo com a maior brevidade possível”⁴³⁴.

Ou seja, além de se impor uma visão sobre o passado, a ser rememorada anual e coletivamente pelos estudantes, os Estatutos pretenderam que a memorização ganhasse corporeidade e circulabilidade por meio de um *compêndio*, um livro organizado segundo as premissas do “caminho compendiário”. A memória do direito português estaria ali pronta, apta à consulta e ao amoldamento do que recordamos.

3.1.1.2. O compêndio como instrumento de procura pelo amoldamento da memória

A própria natureza da empreitada, a composição do *compêndio*, sua circulação e o fomento à formação da memória coletiva dele decorrente demandariam tempo para ocorrer. Os Estatutos mesmos preveniam que não se precipitasse na composição da obra para que se evitasse o “prejuízo do merecimento intrínseco” do compêndio⁴³⁵.

Contudo, já em 1778 – cerca de seis anos, portanto, após a determinação estatutária – publicou-se o compêndio de Paschoal José de Mello Freire, em um livro único *de História do Direito Civil Português (Historiae Juris Civilis Lusitani liber singularis)*; a este volume seguiu-se, da lavra do mesmo autor, a obra de síntese *Institutiones Juris Civilis Lusitani* (1780-1793), em quatro volumes; o direito criminal foi tratado em um volume próprio, intitulado *Institutiones Juris Criminalis Lusitani* (1794).

⁴³⁴ Liv. II, Tít. III, Cap. IX (UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772. vol. II, pág. *loc. cit.*)

⁴³⁵ Liv. II, Tít. III, Cap. IX. *Idem*, *ibidem*, pág. *loc. cit.*

A historiografia costuma apontar Mello Freire como o sumo representante do espírito das reformas pombalinas e do *usus modernus pandectarum* em Portugal. Teria sido ele bom conhecedor dos intérpretes alemães, alinhado à bibliografia de seu tempo, sendo difícil encontrar em seu compêndio de história do direito, segundo BRAGA DA CRUZ, um capítulo que não estivesse permeado pelo espírito do direito natural e do *usus modernus*. Isso faria de sua obra no campo da literatura jurídica o produto mais bem acabado das reformas pombalinas empreendidas pela Lei de 18 de agosto de 1769 e pelos Estatutos da Universidade de 1772⁴³⁶.

Não cabe o julgamento sobre ser o autor português o mais autorizado representante da ideologia da administração pombalina no campo jurídico. O ponto é que suas obras circularam e auxiliaram na composição de um novo paradigma de abordagem do direito, abandonando-se, de uma vez por todas, as questões escolásticas, para apresentar, por meio do compêndio, uma história jurídica traçada eminentemente a partir da perspectiva de produção normativa estatal.

Em seu compêndio de *História do Direito Civil Português*, MELLO FREIRE aponta que um dos vícios da *antiga* academia era que não se lesse, antes de tudo, o direito pátrio, pois preponderaria a explicação acerca do direito romano; o direito português, por outro lado, restaria negligenciado⁴³⁷.

⁴³⁶ Lê-se, em BRAGA DA CRUZ, que “les deux manifestations les plus expressives de la profonde rénovation doctrinale et jurisprudentielle qui s’opère chez nous sous l’influence de la *Loi de la Bonne Raison* et des *Statuts de l’Université* sont, dans le domaine de la littérature, l’œuvre de Mello Freire, professeur à l’Université de Coimbra, et, en matière d’activité jurisprudentielle, les assises de la Cour Suprême (la *Maison de la Supplication*, comme on l’appelait à l’époque)” (“as duas manifestações mais expressivas da profunda renovação doutrinal e jurisprudencial que se operou entre nós sob a influência da *Lei da Boa Razão* e dos *Estatutos da Universidade* são, no domínio da literatura, a obra de MELLO FREIRE, professor na Universidade de Coimbra, e, em matéria de atividade jurisprudencial, os assentos da Corte Suprema (a *Casa da Suplicação*), como era chamada à época” – tradução livre) (*La formation du droit civil portugais moderne et le Code Napoléon*. In: *Obras esparsas*. Coimbra: Acta Universitatis Conimbricensis, 1981. vol. II, pág. 11). No mesmo sentido, GOMES DA SILVA, para quem MELLO FREIRE aparece como “o maior intérprete do espírito pombalino” (*História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006 pág. 476). Também para MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA o “mais destacado executor das orientações” pombalinas foi MELLO FREIRE (*História do direito português*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1996, pág. 368).

ESTEVAO LO RÉ POUSADA, contudo, desafiou esse paradigma da leitura histórica, questionando se não estaria TEIXEIRA DE FREITAS mais alinhado com a ideologia do *usus modernus*. Aduz o autor: “acreditamos que as duas facetas da obra de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS teriam agradado significativamente a Luís António Verney e ao Marquês de Pombal. Talvez a afirmação lançada por L. CABRA DE MONCADA tenha de ser reapreciada, a fim de que se conclua que o brasileiro foi o ‘executor mais autorizado do espírito da Reforma no campo da jurisprudência teórica’ em lugar de Paschoal José de Mello Freire dos Reis” (*Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, pág. 92).

⁴³⁷ A afirmação está na primeira página do *prefácio*. Cfr. MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Historiae juris civilis lusitani liber singularis*. 4ª ed. Coimbra: Typis Academicis, 1853, pág. XLV.

A obra foi organizada em treze capítulos, articulados conforme a época de que se tratava: o primeiro capítulo versava sobre o direito lusitano antes da chegada dos romanos à *Hispania*; a seguir, MELLO FREIRE tratava do direito lusitano sob as dominações romana, goda e árabe, passando à formação do reino quando, então, o texto é organizado seguindo a ordem de sucessões dos reis portugueses.

A história contada pelo autor consagra, em diversos pontos, aquela visão que os Estatutos de 1772 pretendiam transmitir. Nota-se, por exemplo, que se imputa ao reinado de Dom Sebastião a responsabilidade pelo início da decadência da jurisprudência. Esse rei teria imprimido muitas marcas na jurisprudência pátria em função da renovação educacional que promoveu e dos privilégios que teria concedido aos eclesiásticos pela Concórdia de 18 de março de 1578. Segundo MELLO FREIRE, muitos teriam lamentado que Dom Sebastião tivesse, ele próprio, uma educação deficiente, embora não lhe faltassem as virtudes *naturais*⁴³⁸.

Antes desse tempo, contudo, as leis e costumes da pátria lusitana seriam estudados tenazmente pelos juriconsultos patrícios. Naquele tempo, ainda não gozariam, o direito civil romano ou canônico, da autoridade que posteriormente lhes seria atribuída; com isso, predominariam no uso as fontes reinícolas⁴³⁹.

Então, MELLO FREIRE, fazendo eco à história narrada ao longo do período pombalino, aduz que o período mais ilustre da jurisprudência portuguesa teria sido, justamente, o correspondente ao reinado de D. José I, príncipe de feliz recordação, que teria posto termo às lides por diversas e *sapientíssimas* leis, e conservado, desse modo, egrégias instituições. Entre os atos de sua administração, mereceria destaque a belíssima e sapientíssima Lei de 18 de agosto de 1769, em que repousaria todo o fundamento da legítima ciência lusitana; lei digna de que fosse sempre lida, perpetuamente retida na memória dos juriconsultos portugueses e convertida em “suor e sangue” (*et in succum ac sanguinem convertat*)⁴⁴⁰.

Teria cabido, ainda, a D. José I a glória de restituir a Universidade de Coimbra ao seu lugar de destaque entre as escolas europeias. O vício que decorreria da preponderância

⁴³⁸ Com efeito, segundo o autor, “revera enim Sebastianus a natura multis virtutibus praeditus erat, vitia autem non a fortuna, sed a prava educatione adcepit (...)” (“com efeito, pois Sebastião era dotado, por natureza, de muitas virtudes; os vícios, por outro lado, recebeu não pela natureza, mas pela má educação” – tradução livre) (MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Historiae juris civilis lusitani liber singularis*. 4^a ed. Coimbra: Typis Academicis, 1853, pág. 92).

⁴³⁹ Idem, ibidem, pág. 70.

⁴⁴⁰ Idem, ibidem, págs. 111 e 116.

do direito romano no ensino fora corrigido, criando-se lugar para que professores explicassem as leis portuguesas e os costumes da pátria⁴⁴¹.

Percebe-se, naquilo que a obra de MELLO FREIRE tem de executória em relação às determinações pombalinas, o claro propósito de fazer constituir memória acerca dos eventos que compuseram a história jurídica portuguesa. O *compêndio* tinha a tarefa de fazer circular entre os alunos a visão do passado conveniente à formação da *nova mentalidade*; o breve texto (na edição que consultei, os elementos textuais ocupam 155 páginas) sintetiza, em fórmulas rápidas e de fácil compreensão, séculos de produção jurídica a partir de uma visão preestabelecida sobre como esse passado deveria ser *lido* por estudantes e professores.

Eis aqui um protótipo da *tradição coimbrã* em que foi formada boa parte dos homens que iniciaram a construção do Brasil independente⁴⁴². Tal tradição seria por eles, afinal, apropriada justamente por ser conveniente ao fomento do poder de proscricção estatal quanto ao direito, à educação, à economia etc., auxiliando na manutenção da unidade nacional, em seus diversos aspectos (territorial, cultural, linguístico etc.).

O vocábulo *tradição*, nesse contexto, parece-me empregado de forma coerente com a estipulação do primeiro capítulo desta tese. Afinal, o elemento *antiguidade* (*pastness*) está provido pelo discurso histórico que, por sua vez, impõe-se como vinculante ao presente. A *antiguidade*, nesse caso, não é 1772, mas o período áureo da Universidade de Coimbra como apresentado pelo discurso pombalino, tendo ele existido do modo como narrado, ou não.

Nota-se, por ocasião da fundação dos cursos jurídicos no Brasil independente, a presença de parcela do ideário que informou, ao menos do ponto de vista ideológico, a reforma dos Estatutos de 1772⁴⁴³. A necessidade de adiantamento da ciência, o que só poderia ocorrer por meio da organização metódica dos estudos, é destacada no Projeto de Estatuto redigido por Luís José de Carvalho e Melo, o Visconde de Cachoeira. “De que

⁴⁴¹ MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Historiae juris civilis lusitani liber singularis*. 4ª ed. Coimbra: Typis Academicis, 1853, pág. 120.

⁴⁴² Veja-se LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O direito na história: lições introdutórias*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pág. 327, *passim*.

⁴⁴³ Para um panorama a respeito da organização do ensino superior no Brasil Império, não restrita aos cursos jurídicos, veja-se CUNHA, Luiz Antônio. *A universidade temporã: o ensino superior, da Colônia à era Vargas*. 3ª ed. São Paulo: Unesp, 2007, Capítulo 02 (págs. 63-131); SCHWARTZMAN, Simon. *Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil*. 4ª ed. Campinas: Unicamp, 2015, Capítulo 02 (págs. 105-137).

serviriam”, escrevia CARVALHO E MELO, “Bachareis formados, dizendo-se homens juriconsultos na extensão da palavra, se o fossem só o nome?”⁴⁴⁴.

A falta de bons estatutos, continua o Visconde de Cachoeira, produziu em Portugal “péssimas consequências”, permitindo-se que se habilitassem pela Universidade “demasiados Bachareios, que nada sabiam, e iam depois nos diversos empregos aprender rotinas cegas e uma jurisprudência casuística de arestos”, sem estarem no comando das “luzes” da ciência jurídica. Teria sido necessária, então, a reforma iluminadora levada a efeito pelos novos Estatutos de 1772, que possibilitaram que saíssem da faculdade de direito “grandes mestres, dignos e sábios magistrados, e habilíssimos homens d’Estado”.

A reforma teria igualado Coimbra às mais célebres Universidades da Europa. Entretanto, os Estatutos foram, segundo CARVALHO E MELO, sobrecarregados de demasiada erudição e “muita profusão de direito romano”, mandando que o “muito pouco de jurisprudência pátria” fosse ensinado “amontado” em apenas um ano.

O caminho “compendiário” foi adotado pelo Projeto do Visconde de Cachoeira, determinando-se ora a adoção de obras já existentes, como os próprios compêndios de MELLO FREIRE⁴⁴⁵, ora que fosse incumbido o docente de sua elaboração, seguindo a orientação geral do art. 7º da Lei de 11 de agosto.

A história também encontrou papel de destaque no documento: previu-se, em diversos lugares, que as disciplinas deveriam se iniciar com um “resumo de sua história”, como na cadeira de direito natural, em que se deveria, ainda, “dar inteligência que delle [do direito natural] tiveram os antigos e modernos, e a verdadeira, e genuína que deve ter, afastado dos erros dos que com confusão escreveram”. O docente deveria, outrossim, fazer um resumo histórico das compilações de GROTIUS, PUFENDORF, WOLFF e THOMASUS (Cap. III, § 3º).

Terminadas as lições de direito natural, dever-se-ia apresentar, em resumo, a história do direito público universal e particular (Cap. III, § 7º); no segundo ano, passando ao estudo do direito das gentes, seria explicada sua história e seus progressos, “mostrando

⁴⁴⁴ A Lei de 11 de agosto de 1827, bem como o Projeto do VISCONDE DE CACHOEIRA, estão disponíveis no portal eletrônico de legislação história do Planalto, acessível pelo endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-11-08-1827.htm>. Último acesso as 12 de dezembro de 2016. O documento está em formato html, sem paginação. Indicarei, nas referências ao Projeto de CARVALHO E MELO e à Lei de 11 de agosto de 1827, no próprio corpo de texto, o artigo, capítulo e parágrafo referido, sem abrir, portanto, novas notas de rodapé.

⁴⁴⁵ Pode exemplo, Capítulo V, referente aos estudos do terceiro ano, § 4º e § 6º.

a sua intelligencia diversa e equivocada que lhe deram os antigos”, expondo-se, a seguir, “com sufficiente clareza, e restrição o verdadeiro ponto de vista, em que ella deve ser encarada”; novamente, GROTIUS e PUFENDORF deveriam ser utilizados, além de Watel (Cap. IV, § 1º).

Como as lições de direito comercial (Cap. IV, § 5º), também o estudo do direito pátrio deveria principiar com o resumo de sua história, “remontando-se aos princípios da monarchia portuguesa, referindo as diversas épocas do mesmo direito, os diversos Códigos, e compilações que tem havido e sua particular historia”; essa explicação deveria ser resumida e conter apenas o essencial, transmitindo-se ao aluno, também, uma breve notícia das fontes próximas (Cap. V, § 2º).

As disciplinas de direito criminal, processo criminal e economia política deveriam também ser principiadas pelas respectivas histórias de seus objetivos; os parágrafos 2º, 3º e 5º do Capítulo VI deixam claro que o recurso à história seria didático para explicar, por exemplo, o processo criminal por jurados, ou a origem, os progressos e o estado atual da ciência política que, “andando espalhada, e confundida entre as outras, de tempos modernos para cá, começou a formar uma sciencia particular” (Cap. VI, § 5º).

Por fim, o professor da segunda cadeira do quinto ano, que trataria da exposição do uso prático do direito, deveria principiar seu curso por uma “historia resumida do processo judicial, civil, e criminal, que tem havido entre nós”, transmitindo ao aluno qual seria a sua origem, as variações que tivesse conhecido, além dos “males que tem produzido, e quanto por elles tem padecido a administração da justiça” não apenas pela falta de compreensão que delas tiveram os praxistas, mas também por seus defeitos intrínsecos (Cap. VIII, § 5º).

O Projeto do Visconde de Cachoeira tratava do estudo do direito romano, que deveria ser ministrado ao longo do primeiro ano do curso jurídico. Entretanto, a Lei de 11 de agosto de 1827 não contemplou essa matéria, embora CARVALHO E MELO tenha recomendado sua inserção. Se a cadeira tivesse lugar nas Faculdades de Direito, deveria o professor expor uma “história em resumo do direito romano”, fazendo perceber as “diversas épocas do Digesto, do Código, e das Novellas”, além do uso que dessas fontes se fez “entre nós” (*nós*, brasileiros? *Nós*, portugueses?), além de explicar o seu uso subsidiário e meramente doutrinal, que nunca tivera “autoridade extrínseca como mui

doutamente observaram os autores dos estatutos da Universidade de Coimbra, e autenticamente o declarou a Lei de 18 de agosto de 1769” (Cap. III, § 11º)⁴⁴⁶.

O próprio autor do projeto, assim, dá conta de sua inspiração nos Estatutos Coimbrãos de 1772. CARVALHO E MELO, como “quase todos os estadistas seus contemporâneos”, havia se formado em Leis na Universidade de Coimbra⁴⁴⁷.

Nota-se, mais uma vez, a utilização da história funcionalizada aos fins da disciplina a ser ensinada, antes como *método de ensino*, do que como área de investigação. Além disso, a memória, nos primeiros decênios do século XIX, constitui um importante aparato para formação da identidade nacional; um dos instrumentos eficientes para formá-la e divulgá-la era o *texto*, fosse ele jornalístico, literário, enciclopédico ou compendiário. O texto, é evidente, não se dirigia – como, em nossos tempos, ainda não se dirige – ao público em geral. A palavra escrita quer atingir aquele que domina minimamente a cultura *letrada* para, então, constituir um grupo que compartilhe uma visão uniforme de mundo – o que inclui a visão sobre a história e o passado.

Na primeira metade do século XIX, estabeleceu-se um “fenômeno de causação circular”, em uma zona de integração entre os “intelectuais” e as “massas”, onde se compartilharia a história. O passado comum, assim como a língua, passa a ser visto como “amálgama da sociedade” e como “expressão da identidade nacional” – elementos demandados pelo Brasil em formação⁴⁴⁸.

Quando escrevo sobre o compêndio e a formação e manipulação da memória coletiva por meio dele, estou me referindo a uma coletividade restrita; trato do grupo que frequentou o ensino superior coimbrão ou dos cursos jurídicos brasileiros, fundados por

⁴⁴⁶ Como se vê, o Projeto do VISCONDE DE CACHOEIRA não foi adotado integralmente para reger os estudos jurídicos no Brasil. Com efeito, o art. 10º da Lei de 11 de agosto de 1827 dispôs que “os Estatutos do VISCONDE DE CACHOEIRA ficarão regulando por ora naquillo em que forem applicaveis; e se não oppuzerem á presente Lei”.

Para um panorama acerca do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo ao longo do Império, veja-se MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In: *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, págs. 242-276.

LUIZ ANTÔNIO CUNHA, seguindo as análises feitas por Aurélio Bastos acerca dos debates parlamentares em torno da instalação dos cursos jurídicos no Brasil, aduz que o principal debate quanto ao programa de ensinamentos foi, justamente, a introdução ou não da cadeira de direito romano; de acordo com o autor, os defensores da introdução estariam alinhados à concepção absolutista de Estado, enquanto os liberais inclinavam-se à não adoção da cadeira (*A universidade temporã: o ensino superior, da Colônia à era Vargas*. 3ª ed. São Paulo: Unesp, 2007, pág. 103).

⁴⁴⁷ Confira-se a pequena biografia que SPENCER VAMPRE faz do Visconde em suas *Memórias para a história da academia de São Paulo*. 2ª ed. Brasília: INL, 1977, pág. 38.

⁴⁴⁸ Veja-se, nesse sentido, WEHLING, Arno. *Estado, história, memória: Varnhagen e a construção da identidade nacional*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, págs. 29-30.

determinação da Lei de 11 de agosto de 1827. Entre esses homens, havia uma *mentalidade* compartilhada, gerada por aspectos diversos como origem social, estamento que ocupavam, interesses econômicos etc., mas fomentada pela formação acadêmica comum.

Devo, ainda, salientar que não é o compêndio o único elemento a fornecer uma visão uniforme de história, embora ele seja o instrumento ideal para tanto, segundo a minha hipótese, já que é ele – como é, para nós, hoje, o *manual* – o instrumento adequado para criar os compromissos entre os cultores de determinado ramo do saber (veja-se, *supra*, Capítulo II, 2.1.3.2).

E seria justo, ainda, que se objetasse: de fato, os estatutos pombalinos e o projeto de CARVALHO E MELO dispunham que o método compendiário deveria ser seguido; entretanto, quantos compêndios efetivamente se produziram? Além dos escritos de PASCHOAL JOSÉ DE MELLO FREIRE DOS REIS, pouquíssimos outros foram elaborados. Contudo, quero denotar que, desde as reformas pombalinas dos ensinos primário e secundário, que, ao final, foram complementadas pela do ensino superior, implantou-se no Brasil e em Portugal a mentalidade segundo a qual o *compêndio basta* para a formação do jurista que se ocupará da vida prática, seja no ambiente forense, seja na vida pública e política. A *visão compendiária* do mundo seria vista como o caminho para que se consolidassem os compromissos exigidos para a atuação direcionada a interesses predeterminados. Entre esses compromissos, reitero, estaria a memória.

Chamo atenção aqui para a relação desse novo aparato intelectual com o movimento de codificação do direito civil brasileiro. Qual a relação da nova abordagem pedagógica com o Código? Como procurei ilustrar a partir da transcrição da fala do Deputado Pires Ferreira no *plano do capítulo, supra*, a figura do Código ainda era, nos primeiros anos após a independência, um elemento *novo* que ainda necessitaria ser acomodado em nossa tradição jurídica. Tal acomodação englobou uma releitura da história das fontes jurídicas, como, aliás, já repisado ao longo de todo o Capítulo II; a imensa complexidade de fontes que caracterizava o *ius commune* passou, então, a ser reduzida, pelo discurso, a algumas poucas *leis, compilações, coleções* etc., que, mesmo sem suplantarem por completo as demais fontes, como o Código moderno, condensariam a experiência jurídica de uma época. Com isso, tornar-se-ia possível codificar o direito civil, com a necessária *unificação, supressão de fontes locais e imposição* pelo Estado de preceitos normativos que regulassem, inclusive, a vida do indivíduo no âmbito íntimo do

próprio lar, como um passo *natural*, como o desenvolvimento de uma forma jurídica que *sempre* haveria existido.

O Brasil, como já tantas vezes repetido, não teve um Código Civil promulgado até 1916. O discurso jurídico, entretanto, em diversas manifestações, fez com que nos alinhássemos, desde logo, à organização codificada das fontes jurídicas.

3.2. O Código como novo elemento de identidade e a aderência do direito brasileiro ao sistema codificado

O processo de codificação civil no Brasil é um contundente demonstrativo da relação de circularidade entre a *cultura jurídica* e a *legislação* já afirmada acima (*supra*, 2.1.4). Por quase um século após a independência, o Brasil não teve um Código Civil, entendido como diploma legislativo, mas teve, por outro lado, o Código no *discurso*. A Lei de 20 de outubro de 1823 afirmava a *provisoriidade* da vigência da legislação portuguesa no país recém-independente. Nota-se, com isso, que se havia começado a construir a imagem de que, se não havíamos ainda sistematizado o ordenamento na forma codificada, estávamos apenas aguardando a providência política para que o fizéssemos. Ou seja, um Código ideal, que ainda não existisse, fazia-se presente no discurso jurídico ao longo do século XIX, inclusive na promessa solene contida no art. 179, inc. XVIII, da Carta Constitucional de 1824⁴⁴⁹.

A sequência de eventos que levaria à codificação do direito civil brasileiro, como narrada pela historiografia, apresenta um processo em que a ideia de Código não era questionada; não teria havido, entre nós, um opúsculo como o de SAVIGNY ou qualquer

⁴⁴⁹ A menção ao futuro Código contida, como se apontou no corpo de texto, em uma das seis leis de 20 de outubro de 1823, cujo projeto fora apresentado à Assembleia Constituinte aos 5 de maio de 1823, e que declarava “em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 21 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquella data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados”.

O art. 1º do referido diploma enunciava que “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 Fidelíssima, 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”. (*Collecção das Leis do Imperio do Brazil*, Parte 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, págs. 07-08).

movimento que, direta ou indiretamente, opusesse-se à ideia de codificação⁴⁵⁰; a impressão que se tem ao ler as obras que se preocupam com a história da codificação é que não sistematizamos o direito civil em forma de Código em momento cronologicamente anterior a 1916 por questões acidentais; aguardávamos, apenas, como apontei acima, a oportunidade e a vontade política eficiente para trazermos o código da *potência* ao *ato*⁴⁵¹.

Interessava, em momento de formação do Estado-nação brasileiro, a ideia de Código, com todo seu efeito de substituição de fontes jurídicas que lhe precederam e abandono do *velho* pelo *novo*. No contexto brasileiro, o *velho* a ser abandonado pelo advento da codificação eram os diplomas jurídicos coloniais, impostos pela metrópole⁴⁵².

O Código Civil carrega consigo algo de autoritarismo que pode ser conveniente ao Estado em formação. Na aguda análise de CARBONNIER, não se trata de autoritarismo quanto ao conteúdo – no *Code Civil* de 1804, por exemplo, a ordem pública não seria mais que uma modesta figura de exceção no direito dos contratos –, mas quanto à decisão de dobrar todo o direito civil à unidade para fazê-lo servir à própria unidade do Estado⁴⁵³.

Fazia-se necessário que se resignificassem essas fontes, fomentando, assim, a construção de um direito nacional. A adoção das fontes jurídicas portuguesas, conforme a

⁴⁵⁰ Refiro-me, evidentemente, ao opúsculo *Da vocação de nosso tempo para a jurisprudência e a legislação*, que manejo por meio da tradução para o espanhol: SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (trad. esp. GARCIA, José Diaz. *De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho*) Madrid: Aguilar, 1970.

⁴⁵¹ Como exemplos dessa mencionada historiografia, pode-se apontar a primeira parte da obra de ORLANDO GOMES. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Esse texto lastreia-se, em grande medida, na excelente conferência de GUILHERME BRAGA DA CRUZ, publicada em 1955 na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, nº 50, intitulado “A formação histórica do direito privado português e brasileiro”. Também SPENCER VAMPRÉ, na série de conferências publicada sob o título “O que é Código Civil?” lança mão desse modo de ver a história da codificação que se tornou tradicional (*O que é Código Civil*. São Paulo: Pedro de S. Magalhães Filho & Irmãos, s.d.).

Embora a partir de premissas teóricas e objetivos diversos comparados aos das obras acima arroladas, mesmo KEILA GRINBERG alinha-se, de modo geral, à linha teórica sob foco (*Código Civil e cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008).

Exceções há, contudo, como o livro de GIORDANO BRUNO SOARES ROBERTO, que, entre as “infinitas possibilidades de estudo da História do Direito Civil”, optam por posicionar como objeto central o ensino jurídico nas Escolas de São Paulo e do Recife e a produção bibliográfica em direito civil de seus docentes, escapando, então, do enfoque nas sucessivas tentativas de codificação (*História do direito civil brasileiro: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016).

⁴⁵² KEILA GRINBERG faz uma observação interessante, embora trate, nesse passo, já da segunda metade do século XIX: “se pudéssemos perguntar a algum jurista daquela época, da Escola de Direito de Recife ou da Escola de Direito de São Paulo, a sua opinião sobre a importância da codificação, nenhum teria dúvidas em afirmar que ele [o Código Civil] era fundamental para o futuro do país. Qualquer um diria que o direito era a porta de entrada para a civilização, e era impossível adentrá-la sem a codificação do direito civil. Isso porque, desde aproximadamente a década de 1870, a formação de bacharéis em direito estava embebida do espírito positivista e evolucionista que caracterizava o pensamento científico da época” (*Op. cit.*, págs. 32-33).

⁴⁵³ CARBONNIER, Jean. Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*, tomo II, vol. II. Paris: Gallimard, 1986, pág. 296.

Lei de 20 de outubro de 1823, vinha acompanhada da ressalva “emquanto se não organizar um novo Código”; quer dizer, o direito português não é direito brasileiro, mas é aplicável provisoriamente enquanto não se elabora um Código nacional.

As sucessivas promessas de codificação, a apologia do Código realizada por membros do legislativo e juristas, fizeram o Código *presentificar-se* entre nós, como que pairando no ideário nacional por quase um século antes que tivéssemos, efetivamente, um Código Civil⁴⁵⁴.

3.2.1. *A construção da identidade jurídica nacional em torno da figura do Código*

§ 1º *As primeiras vozes.* É comum, na historiografia jurídica brasileira, que se situe o início do “processo de codificação” nas promessas realizadas pelo governo imperial (veja-se, *supra*, nota de rodapé nº 451 e respectivo corpo de texto), com hiato de interesse até que Euzébio de Queiroz pôs em discussão que se utilizasse o *Digesto Português*, de José Homêem Correa Telles, como Código Civil, proposta rejeitada pelo Instituto da Ordem dos Advogados⁴⁵⁵.

O ponto mais remoto em que se situa o início dos debates acerca da codificação na historiografia é 1845, como indicam PONTES DE MIRANDA e KEILA GRINBERG, que fazem menção ao “grito” de Carvalho Moreira, o Barão de Penedo, acerca da necessidade de *revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil*, em que articulava a necessidade da codificação, fazendo cessar a desordem das fontes normativas herdadas do período colonial⁴⁵⁶.

É inegável que os projetos de Código Civil, efetivamente, tardaram a aparecer. Todavia, é possível localizar em diversos setores do discurso jurídico – no parlamento, na doutrina e nos periódicos – que o Código já *pairava* sobre nós muito antes da obra do

⁴⁵⁴ Sem esquecer, é claro, que desde 1830 tivemos o Código Criminal do Império; em 1832, o Código de Processo Criminal; e, em 1850, já no campo do direito privado, o Código Comercial.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Francisco Alves, 1916, pág. 11; BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 50, págs. 66, 1955.

⁴⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pág. 79; GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pág. 12.

Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS. A ideia do “Código moderno” já se articulava em língua portuguesa – e no Brasil – desde, pelo menos, 1822.

Essa *presença* não culminou, é verdade, em verdadeiras *iniciativas* para a codificação – não, pelo menos, até a contratação de TEIXEIRA DE FREITAS, na década de 1850. Entretanto, já se revela a *aderência* do ordenamento jurídico brasileiro ao sistema codificado.

Aos 29 de março de 1822, teria proposto o Deputado José Joaquim Rodrigues de Bastos, junto às Cortes Extraordinárias e Constituintes reunidas em Lisboa, que se oferecesse um prêmio a quem elaborasse um projeto de Código Civil para a nação portuguesa. Deu essa proposta ocasião para que VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOZO DA COSTA fizesse publicar um opúsculo intitulado *Que he o Código Civil?* O autor era brasileiro, nascido na Bahia, e, em seu texto, defendia que a nação portuguesa deveria ter um “código original”, pois não havia nenhum outro que pudesse lhe servir de modelo – nem mesmo os trabalhos de Jeremy Bentham, já que todos os Códigos conhecidos seriam imitações do corpo justiniano⁴⁵⁷.

Para CARDOZO DA COSTA, um Código feito à perfeição poderia ajustar-se a todos os povos, na maior parte, e pouco precisaria ser reformado de século em século. A composição de um tal Código necessitaria do “pleno conhecimento dos diversos actos, de que podem resultar na Sociedade Civil direitos, e obrigações”. Poderiam os portugueses, segundo o autor, ocupar, em relação à elaboração do Código, a mesma posição de pioneirismo que tiveram em relação à navegação – que, desde o “nosso Gama”, foi “muito melhorada”, mas que tiveram os lusitanos a glória de abrir o caminho⁴⁵⁸.

A compilação justinianeia em nada se pareceria com um *verdadeiro* Código Civil, pois este seria um “systema da moral civil”. Careceria, por isso, de uma uniformidade de princípios e de doutrinas desde a primeira até a última linha. Seu conteúdo, portanto, deveria obedecer à uniformidade que as diferentes “partes de hum edificio hão de jogar humas com as outras, não devendo ter da ordem Toscana humas janellas, e outras da Corinthia, e da Dorica a porta”. Por isso, exigir-se-ia que uma “planta antes da sua construção, e que ella seja feita por hum único Architeto”. Os Códigos estariam sujeitos à

⁴⁵⁷ Cfr. CARDOZO DA COSTA, Vicente José Ferreira. *Que he o Código Civil?* Lisboa: Rodrigues Galhardo, 1822, pág. 01. Mesmo o Código Civil dos franceses não passaria de uma recompilação de certo número de leis que o primeiro Cônsul teria mandado juntar em um corpo na ordem que decretara (Idem, ibidem, pág. 08).

⁴⁵⁸ Idem, ibidem, pág. 02.

mesma regra, convindo que suas plantas sejam revisadas por muitos, mas que o primeiro delineamento da obra não seja incumbência de dois artífices⁴⁵⁹.

Assim, Códigos deduzidos de fontes positivas, ou seja, na linguagem do autor, do texto de outras leis, seriam sempre “imperfeitíssimos”⁴⁶⁰. Vê-se, portanto, que se apregoa a originalidade do Código ante as fontes preexistentes, proscrevendo-as.

A efetiva penetração das ideias de CARDOZO DA COSTA no pensamento jurídico brasileiro não é possível de ser investigada no momento. É fácil verificar, contudo, que a obra esteve disponível para os brasileiros ao longo do século XIX, pois os jornais constantemente anunciavam exemplares da obra à venda. No *Diário do Rio de Janeiro*, de 15 de junho de 1825, dava-se notícia de que havia, na rua da Candellaria n. 35, para vender o opúsculo *Que he o Código Civil?*, cujo autor, segundo o anunciante, tanto honrava a literatura pelos seus vastos conhecimentos e profundo saber; seria ele contado, no início do século XIX, “por hum dos primeiros Jurisconsultos”. Brasileiro “nascido na Cidade da Bahia”, deveria não apenas “aquella Cidade se lisongiar muito de ter visto nascer um sábio desta ordem, mas o Brazil em geral pela honra que dahi lhe rezulta”⁴⁶¹.

O *Correio Braziliense*, no mesmo ano de 1822, por ocasião da edição do *Que he o Codigo Civil?*, publicou um elogio ao seu autor. Segundo o periódico, a opinião pública em Portugal julgava que poderia ser a nação bem servida por Cardozo da Costa, tivesse dele se lembrado o governo. O desprezo decorreria de ser o autor “um verdadeiro Literato e patriota” que se atreveu a “dar sua sincera opinião, sem se curvar ou offerecer insenso, áquelles que succede terem as redeas do Governo”⁴⁶².

⁴⁵⁹ Cfr. CARDOZO DA COSTA, Vicente José Ferreira. *Que he o Código Civil?* Lisboa: Rodrigues Galhardo, 1822, págs. 04-05.

⁴⁶⁰ Idem, ibidem, págs. 08-09.

⁴⁶¹ *Diário do Rio de Janeiro*, 15 de junho de 1825, seção “Livros á venda”. O exemplar está disponível em versão digital na Hemeroteca Brasileira pelo endereço eletrônico <http://memoria.bn.br/DocReader/094170_01/5380>. Último acesso aos 22 de setembro de 2016. O mesmo livreiro anuncia a obra pelo mesmo veículo de imprensa aos 19 de maio de 1826; impossível, contudo, saber se se trata do mesmo volume; dois exemplares eram anunciados no *Diário do Rio de Janeiro* aos 24 de dezembro de 1828, um à venda junto ao livreiro Sr. Souza Laèmert (*sic*) e, outro, junto ao livreiro Veiga, ambos pelo preço de 2:880.

A oferta aparece, novamente, no *Diário* de 05 de janeiro de 1830. Tratava-se de obra reimpressa, com expurgação de grande numero d’erros e, para vantagem dos alunos dos Cursos Jurídicos, continuava a vender-se nas lojas dos Srs. Veiga e Laemmert por 2\$ réis cada.

No *Diário do Rio de Janeiro*, o opúsculo ainda aparece anunciado aos 11 de setembro de 1834, aos 17 de dezembro do mesmo ano (aparecendo, aqui, ao lado do *Princípio de Direito Natural*, do Conselheiro Brotero) e em 1º de outubro de 1835.

Sobre o livreiro e editor Laemmert, veja-se HALLEWELL, Laurence. *Books in Brazil: a history of the publishing trade* (trad. port. VILLALOBOS, Maria da Penha; OLIVEIRA, Lólio Lourenço; SOUZA, Geraldo Gerson de. *O livro no Brasil: sua história*). 3ª ed. São Paulo: EDUSP, 2012, págs. 251-274.

⁴⁶² *Correio Braziliense*, nº 29, 1822, págs. 328-329.

O periodista questiona se não seria o lugar de nascimento do autor um obstáculo a ser o seu merecimento atendido pelos governantes de Lisboa: “pelo menos a total exclusão dos Brazilienses, de tudo quanto he emprego de concideração, dá lugar ésta conjectura”⁴⁶³.

A necessidade da codificação civil é expressamente articulada na imprensa em um artigo publicado na seção *Notícias estrangeiras*, publicado no *Diario Fluminense*. Nesse texto, assinado por PADRE AMARO, defende-se que é impossível que o governo possa, efetivamente, proteger os direitos individuais, impondo as penas às suas violações por meio do Código Penal, se antes não viesse promulgado o Código Civil, em que estariam as definições dos direitos civis⁴⁶⁴.

Conforme o artigo, “para os Portuguezes, ou seja de cá ou de lá do Atlantico, nem ha codigo, que defina direitos, porque o que se chama de codigo civil he uma confuza maça de determinações”. A codificação civil é colocada, então, como pressuposto para organização não apenas das relações privadas, como também para a viabilidade da tarefa do direito penal.

ANTONIO PEREIRA REBOUÇAS fez circular n’*O Grito da Razão*, em 1825, uma carta em que apontava, como o PADRE AMARO, o Código Civil como medida para que os governos estivessem prevenidos da prática de arbitrariedades: “em quanto não tivermos hum Codigo Civil a geito da Constituição, ha-se que isso de eleger o Povo os Juizes Ordinarios seja huma Concessão que o Augusto Chefe do Poder Executivo tolera”⁴⁶⁵.

JOSÉ DA SILVA LISBOA, o Visconde de Cairú, fez circular, em 1832, um outro opúsculo que fazia a apologia da codificação – comercial, não civil – entre nós. Tratava-se das *Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com opportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*⁴⁶⁶. No longo discurso preliminar que redigiu, LISBOA observa que já havia sido publicado o Código Criminal, mas que, sem dúvida, o Código Civil teria maior dificuldade e não se poderia “dizer quando seria objecto das deliberações da Assembléa Geral Legislativa”. A ausência de um Código de direito

⁴⁶³ *Correio Braziliense*, nº 29, 1822, pág. 331.

⁴⁶⁴ *Diario Fluminense*, nº 06, 1825, pág. 106.

⁴⁶⁵ *Grito da Razão*, nº 32, 02 de agosto de 1825, sem paginação.

⁴⁶⁶ Consultei o opúsculo enfeixado à 6ª edição dos *Princípios de direito mercantil* curada por CANDIDO MENDES DE ALMEIDA. A referência completa é LISBOA, José da Silva. *Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com opportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*. In: *Princípios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, págs. 931-956.

privado não era conveniente ao Império, que só teria, à época, “Legislação limitada, antinômica, e vacillante”⁴⁶⁷.

Certamente, segundo o autor, o Código Civil que estaria por vir abarcaria as regras sobre os “contratos e negócios”. Entretanto, as regras de exceção pertinentes ao comércio seriam tão numerosas, que não conviria aguardar até que o Código Civil tivesse vigência, sem antes ao menos dar ao comércio um *Regimento* provisório. Aliás, observa CAIRÚ, seria grande o inconveniente de que se englobasse a legislação comercial no Código Civil; acompanhando Pardessus, o autor escreve que o espírito que informa as regras comerciais é o “espírito do universo”, ao passo que, sobre o direito civil, paira o espírito cambiante inerente às diferentes demarcações territoriais⁴⁶⁸.

CAIRÚ, nota-se, em nada se opõe à codificação civil, deixando claro que julga ser a sua ausência uma situação provisória e que a promulgação do Código é necessária para a correção do estado desordenado em que se encontraria a legislação brasileira.

§ 2º Indicações sobre o Código Civil no âmbito parlamentar. Ao contrário do que a historiografia deixa entrever, o hiato acerca das preocupações no sentido de codificar o direito civil brasileiro parece ter sido menor do que normalmente se julga.

Já em 1826, os deputados Maria e Pires Ferreira propuseram que se organizasse um prêmio para quem, no prazo de dois anos, elaborasse o melhor projeto de Código Civil ou Criminal. A Comissão de Legislação e Justiça Civil e Criminal, analisando a proposta, concluiu pela sua pertinência, em vista da necessidade desses dois diplomas como medida de afirmação nacional. O país, então independente, ainda se encontrava regido pela maior parte pelo *Código* da antiga metrópole, bem como por compilações de nações estrangeiras, além de um “sem número de leis extravagantes (...) que tornão quase impossível o seu conhecimento”⁴⁶⁹.

Seria essencial, segundo a Comissão, para levar a bom termo a tarefa da codificação civil, que se travasse contato com as obras de Bentham e Ferreira Cardozo; o

⁴⁶⁷ LISBOA, José da Silva. Regras da praça, ou bases de regulamento commercial conforme aos novos códigos de commercio da França, Hespanha, e á legislação pátria com oportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas. In: *Principios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, pág. 931.

⁴⁶⁸ Idem, *ibidem*, pág. 932.

⁴⁶⁹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 01 de agosto de 1826, pág. 16. O documento está acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/docreader/132489/981>>. Último acesso aos 04 de novembro de 2016.

Código deveria ser dividido em duas partes, “contendo uma o código das materias civis propriamente ditas, e outra o código de processo civil (...)”; era sentida a necessidade de um regramento apartado para o comércio, que poderia ser posto em vigência por um Código de Comércio “separado ou compreendido no mesmo Código Civil (...)”; afirmava-se, ainda, que este mesmo deveria ser conforme à Constituição⁴⁷⁰.

A Comissão recomenda que, para que se obtivessem os Códigos Civil e Criminal que se convidasse os “sábios e juriconsultos” para levar a efeito “este árduo trabalho”, utilizando o governo “todos aquelles meios que podem excitar o genio, como as distincções honoríficas, estampando-se o nome do autor no código” e ainda “concedendo-lhe o uso de uma medalha de ouro com legenda que exprima o reconhecimento de gratidão do Brasil”, além do premio pecuniário. Os pleiteantes deveriam entregar os projetos no prazo de dois anos⁴⁷¹.

Aos 04 de maio de 1827, Bernardo Pereira de Vasconcellos apresenta o projeto de Código Criminal, ao passo que, aos 18 de maio do mesmo ano, Clemente Pereira intervém, apondo como preliminar à aprovação, fosse do Código Civil, fosse do Código Criminal, a discussão acerca dos juizes de paz, já que do estabelecimento desses juizes dependeria a aprovação dos Códigos.

No ano seguinte, aos 12 de maio de 1828, os *Annaes* dão conta de que o Conselheiro Maia (Visconde de Caeté) teria apresentado a “primeira parte do projecto do Código Civil”. Não há transcrição do documento, cuja leitura fora dispensada, e o tal projeto teria sido encaminhado de imediato à comissão de justiça civil.

A continuidade dos debates revela, contudo, não se tratar propriamente de um projeto de Código Civil, mas de um *projeto* para *projetá-lo*. A fala do deputado, quando iniciada a segunda discussão acerca de seu projeto, dá conta de que seria a necessidade de

⁴⁷⁰ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 01 de agosto de 1826, págs. 16-17. O documento está acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/docreader/132489/981>>. Último acesso aos 04 de novembro de 2016.

⁴⁷¹ O parecer detalhava, ainda, que, recebidos os projetos, deveria a Câmara nomear comissão específica para suas análises, definindo, então, em trinta dias, se algum deles mereceria o prêmio e as menções, remetendo-as ao Senado; a seguir, publicar-se-iam os projetos selecionados em conjunto com os pareceres das comissões do Parlamento; o projeto vencedor, então, deveria ser encaminhado ao seu autor para que se fizessem as emendas indicadas, bem aos Tribunais de Justiça do Império, aos advogados e “aos sábios da nação” para que, em seis meses, remetessem suas próprias observações para a discussão nas casas parlamentares. O mesmo parecer aprovou o plano do Código Criminal proposto por José Clemente Pereira em sessão de 03 de junho de 1826, julgando-o baseado nas “justiça e equidade”, nos termos do art. 179, inc. XVIII, da Carta de 1824. Isso, ainda segundo o parecer, não vincularia os sábios convidados pela Câmara para apresentarem seus projetos, que poderiam seguir sistemas diferentes (Idem, *ibidem*).

um Código Civil tão geralmente reconhecida que “ninguém ousaria contestá-la”; haveria divergência, segundo o parlamentar, apenas “sobre os males de o conseguirmos com mais brevidade”⁴⁷².

Um segundo ponto versou sobre se o projeto deveria ser obra individual ou coletiva. Os deputados Maia e Cruz Ferreira posicionavam-se pela nomeação de uma comissão, ao passo que Paula e Souza e Lino Coutinho desejavam ver um projetista singular, na linha de CARDOZO DA COSTA no *Que he o Codigo Civil?*; esse expediente, reiterou Lino Coutinho, seria o mais adequado para uma composição que se guiasse somente pelas luzes. Paula e Souza, por sua vez, aduziu que um Código seria um sistema de princípios aplicados a fatos que diriam respeito à propriedade, à segurança e à liberdade do cidadão; desse modo, “sendo este um systema filho do genio”, ele não poderia ser feito por uma comissão, “onde apparecem idéas separadas”; a divisão de tarefas, segundo o deputado, seria a “razão porque a maior parte dos códigos têm (*sic*) sido mal feitos, porque forão obra de muitos homens”⁴⁷³.

O deputado May, por sua vez, via na nomeação da comissão uma salvaguarda da legitimidade democrática do Código, pois, como era uma incumbência da câmara, a comissão serviria como expressão do poder legislativo ao elaborar o projeto⁴⁷⁴.

Em terceiro lugar, não se transcurou das qualidades do futuro codificador, que deveria ter aptidão técnica e conhecimento do direito brasileiro aliados à disposição de tempo hábil para executar a tarefa. Cruz Ferreira, por exemplo, afirma que, “apezar de entender da materia, não se mettia mão á obra; um empregado publico não se pode encarregar de muita cousa”⁴⁷⁵.

Lino Coutinho intervém na discussão para questionar se não teria Vicente José Ferreira Cardozo da Costa um projeto de Código Civil pronto para o Brasil; anos antes, aos 17 de maio de 1826, o deputado Marcos Antonio sugeriu algo semelhante, propondo que se consultasse o barão de Cairú, que estaria incumbido de um projeto de Código Mercantil, sobre se não teria o mesmo jurista principado algum projeto de Código Civil ou Criminal para oferecer⁴⁷⁶.

⁴⁷² *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 09 de junho de 1828.

⁴⁷³ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁵ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷⁶ *Idem*, sessão de 17 de maio de 1826.

A sugestão do deputado Maia ainda estaria pendente de aprovação um ano depois, em junho de 1829, como indica a fala de Bernardo Pereira de Vasconcellos, que suscita a comissão encarregada de examinar o projeto a apresentar seu parecer. Nessa mesma oportunidade, Vasconcellos sugere que também a comissão para que fora remetida a “proposta do governo, contendo o projecto de um novo código civil” também apresentasse seus trabalhos, a fim de que o parlamento, cotejando-o com a proposta de Maia, pudesse decidir a sua preferência⁴⁷⁷.

Não passava despercebida, no ambiente parlamentar, a eventual incoerência que pudesse advir de se discutir regramentos de *exceção* quando ainda não se havia, a rigor, promulgado as regras gerais que regeriam o direito privado e o direito criminal. Em vista de uma sugestão de adiamento do debate sobre determinada proposta de regramento das milícias, Paula e Souza chamou a atenção para a circunstância de que a falta de um regramento geral não poderia ser alegada para requisitar tal adiamento, já que, se para qualquer projeto parcial os parlamentares se julgassem dependentes do sistema geral, então se censurariam todos os atos do legislativo; já se teria “feito leis parciais de justiça, sem que ainda tivéssemos feito o código”; e o mesmo se diria em relação ao Código Civil, pois “qualquer reforma de processo se não podia fazer sem que primeiro aparecesse o código (...)”⁴⁷⁸.

O modo como se deveria discutir o projeto de Código Civil também já era objeto de disputas entre os deputados, mesmo que não tivessem em vista o projeto em si, mas o modo como se o prepararia. Com efeito, o deputado Limpo de Abreu, em meio à deliberação sobre a nomeação de comissão especial para debate acerca dos projetos de Código de Processo Criminal⁴⁷⁹ – seguindo o método já anteriormente adotado para o Código Criminal –, argumenta que não seria conveniente tal procedimento quando se tratasse da discussão do Código Civil. Acrescentou o deputado, contudo, que seria apropriado que se encontrasse um método de trabalho que facilitasse o exame e abreviasse o debate, sugerindo emenda que determinasse que a comissão que analisasse o projeto de

⁴⁷⁷ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 06 de junho de 1829.

⁴⁷⁸ *Idem*, sessão de 02 de julho de 1828. Essa ordem de discussões é retomada quando dos debates sobre a aprovação do Código Comercial brasileiro. O deputado Antão retomou as lições de Ferreira Borges, segundo o qual, não existindo um Código Civil, em Portugal, que definisse as regras gerais, viu-se obrigado o legislador brasileiro, como o português, a estabelecer uma doutrina geral para depois fazer as exceções (*Idem*, sessão de 02 de julho de 1845).

⁴⁷⁹ Tratar-se-ia de dois projetos, um apresentado pelo Ministro da Justiça, e outro pelo deputado Maciel.

Código Civil apresentasse, igualmente, também os melhores meios para conhecimento e para apresentação dos votos sobre a matéria⁴⁸⁰.

As discussões acerca da codificação civil passam a ficar mais rarefeitas daí em diante. Mas, aos 16 de maio de 1835, Figueira de Mello apresenta novo projeto de lei no sentido de convidar os “sábios nacionais e estrangeiros” para que apresentassem um projeto de Código Civil e Criminal para o Império⁴⁸¹.

Os projetos que fossem apresentados deveriam compreender tanto as matérias de direito civil em geral quanto aquelas pertinentes aos direitos especiais do comércio, fazenda, obras públicas, pesca, minas, matas, bosques etc.⁴⁸².

Os concorrentes deveriam apresentar seus trabalhos no prazo máximo de três anos; previa-se um prêmio em moeda a todos aqueles que tivessem seus projetos julgados admissíveis; determinava-se a impressão de todos os projetos admitidos ao concurso, acompanhados dos relatórios da comissão e do processo verbal do debate, tudo vendido “por um preço que baste para tirar unicamente as despesas da impressão e brochura”⁴⁸³.

Não há notícia de que o referido concurso tenha sido levado a efeito. Após essa ocasião, as discussões a respeito da efetiva formação de um projeto tornam-se rarefeitas. Contudo, a *figura* do Código permanece sendo invocada em diferentes contextos. Não se identifica, como já observei, qualquer movimento no sentido de negar a codificação; ao contrário, ela sempre aparece como uma inevitabilidade, como se ao *destino da nação* tivesse sido reservado o Código Civil.

Ao mesmo tempo, observa-se que, enquanto as tentativas para organização do projeto, reveladas nas propostas para efetivação de um concurso, tornam-se escassas, aparece a constante referência à *dificuldade* em codificar o direito civil, associada à consequente *morosidade* nesse processo.

Quando dos primeiros debates acerca do “projecto sobre venda de terras e colonização”, volta-se a tratar do Código, com enfoque, nessa ocasião, em traçar a linha

⁴⁸⁰ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 08 de maio de 1830.

⁴⁸¹ *Idem*, sessão de 16 de maio de 1835.

⁴⁸² A disposição está no art. 1º, § 1º, do referido projeto, acessível na ata da sessão de 16 de maio de 1835 nos *Annaes do parlamento*. Interessante notar que na proposta do deputado há um ponto que se tornaria objeto de calorosos debates teóricos nas décadas seguintes do século XIX e que, mesmo hoje, não se encontra de todo pacificado: a unificação do direito privado.

⁴⁸³ *Idem*, *ibidem*.

divisória entre as matérias que deveriam ser reservadas ao Código e aquelas que poderiam figurar na Lei de Terras.

A fala de Euzebio de Queiroz, aos 21 de julho de 1843, põe em questão a ideia do governo de proibir que fossem cedidas ou vendidas a estrangeiros terras localizadas em regiões fronteiriças. O parlamentar defendeu que seria conveniente excluir os estrangeiros não apenas do primeiro título de propriedade e posse de tais terrenos vizinhos a nações estrangeiras, estendendo-a a todas as transferências posteriores. Contudo, indaga, “será este o lugar próprio para adoptarmos uma disposição tão importante (...)?”. Parecia a Queiroz que a matéria teria pouca relação com a do projeto em geral, que tratava da colonização auxiliada pelo produto das vendas de terras devolutas; esse tipo de regramento careceria de um desenvolvimento maior, em lugar mais oportuno: “parece materia mais propria de um codigo civil, de uma lei que trate de transferencias da propriedade”⁴⁸⁴.

Em resposta, o deputado Pacheco aduziu que seria indispensável que a proibição constasse já da lei sobre colonização, rejeitando, assim, a sugestão de que se reservasse a matéria para o Código Civil. “Ora, o nobre deputado”, dirigindo-se Pacheco a Euzebio de Queiroz, “sabe bem as difficuldades que há para a organização de um codigo civil; e se esperarmos por elle, então não sei quando tomaremos a providencia que o mesmo nobre deputado não rejeita”⁴⁸⁵.

Retomando-se o debate, na sessão de 24 de julho de 1843, Euzebio de Queiroz destaca a mudança de rumo que teve o direito francês na matéria discutida. Segundo ele, no *Code Civil* de 1804, havia-se consagrado o *princípio da reciprocidade*, atribuindo-se aos estrangeiros em França a mesma extensão de direitos que poderiam ser atribuídos ao cidadão francês na pátria de cada estrangeiro. E seria por isso que a França em todos os seus tratados cuidaria sempre de estipular sobre direitos de propriedade, sucessão, testamentos etc. Todavia, “em virtude de uma lei feita em 1819, admitia-se que o estrangeiro pudesse suceder até ao nacional”. Questiona, então, o parlamentar: “qual destas jurisprudencias seguiria o juiz brasileiro?”. Queiroz insiste que a discussão deveria ficar reservada para o Código Civil.

Na mesma sessão, seguiu-se a fala de Franco de Sá. Para esse deputado, a matéria seria, de fato, tremendamente importante, mas não comportaria muito maior

⁴⁸⁴ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 21 de julho de 1843.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*.

desenvolvimento do que se poderia conseguir por meio da lei de colonização. Afinal, todos os contratos que fundamentassem meio de transmissão da propriedade não ficariam alterados, exceto no que se refere à *legitimidade*, que ficaria excluída ao estrangeiro nos casos de terras de fronteira.

Acrescenta Franco de Sá que, quanto ao Código Civil, a objeção lhe pareceria ainda mais infundada, pois “importaria um adiamento indefinido, ou muito remoto”⁴⁸⁶. O nobre deputado Queiroz sabia muito bem, de acordo com Sá, “quanto é trabalhosa a confecção de um código civil”. Embora fosse verdade que tivéssemos “nesta materia bons modelos e exemplares”, seria de conhecimento geral que seria “difficil uma copia em taes assumptos” que pudesse ser “convenientemente applicada ás circumstancias do paiz”. Seria mostra da morosidade e da dificuldade em concertar a codificação da “grande demora que tem tido o corpo legislativo em publicar o código de commercio”; dessa sorte, não se poderia “lisonjear de que o código civil pudesse apparecer com brevidade”. Seria inadmissível, assim, que se resolvesse a questão apenas com o Código Civil, pois, até aquela ocasião, é possível que os governos “que tivessem intenções usurpadoras” já tivessem adquirido terrenos em territórios nacionais por meio de seus súditos, individual ou coletivamente⁴⁸⁷.

Em junho de 1845, retomaram-se os debates sobre o projeto de regimento comum à assembleia geral, remetido pelo Senado à Câmara em 1835. Em meio à discussão sobre a

⁴⁸⁶ Esse tipo de preocupação também se revelava no Senado. Respondendo ao Visconde de Cayrú e ao Marquês de Caravellas, que propunham que se aguardasse pelos Códigos para decidir a respeito da organização de juizes e jurados, o Visconde de Alcantara questionou “onde estão elles? Quando virão? Que taes serão? Quando chegarão a ser approvados pelas camaras, e sancionados pelo Imperados? De certo muito tarde”. Na sessão seguinte, o mesmo senador revisita os mesmos temores: “Quer-se que esperemos pelos codigos: porém, quando teremos nós esses codigos? Qual é de entre nós, o que já apresentou um? Ainda não houve quem o fizesse. Os que temos são hespanhões. E para que havemos de esperar por uma coisa, que talvez que chegue em nossa vida? Ha de entretanto estar um homem no seio da sua casa, ser della levado a uma masmorra sem saber qual é o seu crime, nem o seu accusador?” (*Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1827, Livro 02, sessões de 21 e 22 de julho. Todos os volumes dos anais do Senado do Império estão disponíveis por meio do endereço eletrônico <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp>. Último acesso aos 17 de dezembro de 2016. Doravante, indicarei o ano, o livro e a sessão correspondente ao assunto tratado no corpo de texto).

⁴⁸⁷ Idem, ibidem. Como cedição, prevaleceu a orientação de Euzebio de Queiroz, de sorte que o art. 1º da Lei 601, de 18 de setembro de 1850, dispunha, unicamente, que ficavam proibidas aquisições de terras devolutas por outro título que não a compra e venda; o seu parágrafo primeiro excetuava, por sua vez, as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, que poderiam ser cedidas gratuitamente.

Esse tipo de discussão, acerca do que se deveria reservar para tratar no Código Civil, já havia sido aventada no Senado, anos antes, pelo então Barão de Cayrú, quando da discussão sobre a lei de laudêmios. Segundo ele, seria prudente reservar o objeto “para o código civil o legislar-se a este respeito, para se fazer um systema coherente, bem distinguindo-se os contractos superficiarios, censuaes, emphyteuticos, locações de longo tempo, colonias perpetuas etc. que entre si têm analogias. Sobre isto ha um *mare magnum* de disputas, que os praxistas têm indicado, reclamando fixa legislação” (*Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1826, Livro 04, sessão de 11 agosto).

proposta da Câmara no sentido de promover a fusão das discussões com o Senado todas as vezes que suas emendas fossem rejeitadas pelos senadores, surgiram interessantes argumentos a respeito da força do balanceamento das fontes de direito no ordenamento nacional.

O deputado Moura Magalhães aduziu que “os precedentes fallão em favor da opinião da câmara (...): Acaso se poderá duvidar da força dos casos julgados, dos arestos, dos precedentes a respeito de corpos legislativos?”. De acordo com ele, se o Senado estivesse, até aquele momento, comportando-se de uma determinada maneira, vincular-se-ia à continuidade de sua conduta⁴⁸⁸.

Continua o deputado, argumentando que a força dos casos julgados, dos arestos e dos precedentes seria absolutamente necessária, tanto no âmbito civil quanto no âmbito político. Continuava Moura Magalhães, aduzindo que assim seria especialmente sob um sistema constitucional que não estabelecesse mais que linhas gerais, “princípios cardeais, fecundos em consequências, e não envolver-se na minuciosidade de questões que podem nascer a cada passo em cada uma das matérias (...)”.

Invoca o deputado, a seguir, a autoridade do direito romano para expressar que o uso, o costume, é verdadeiro intérprete de uma lei. A prática constante serviria, então de aresto, vinculando a conduta futura. Socorre-se, então, o deputado, de Portalis, no discurso preliminar ao *Code Civil*, para aduzir que na falta de um texto preciso sobre cada matéria, o uso constante e bem estabelecido, “uma série não interrompida de decisões semelhantes, uma opinião ou maxima geralmente recebida tem força de lei”.

§ 3º A presença do Código Civil francês. Nota-se que, nos debates parlamentares, toma-se o *Code Civil* de 1804 como paradigmático, tanto no que se refere ao método de organização quanto em relação à sua substância.

Vê-se que, no Senado, quando se debateu o projeto de lei sobre a livre estipulação de juros, o Barão de Cayrú interferiu, assumindo uma posição “conservadora”, segundo ele próprio, temendo que se exigissem dos devedores “usuras mordentes”. Cayrú aduziu saber

⁴⁸⁸ O parlamentar narra uma anedota para ilustrar o seu caso, em que se vê um advogado perante o Senado de Veneza: “este advogado tinha visto decidir um caso de uma maneira, e em outro mez tinha visto decidir um caso identico de um modo differente. Disse então o advogado perante o senado: – *Il mese passato le vostre Eccellenze hanno giudicato cosi; e questo mese, nelle medesima causa hanno giudicato tutto'l contrario: e sempre ben!* (...) O senado até aqui concordou bem, agora nega, sempre bem” (*Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 18 de junho de 1845).

que o autor do projeto estaria lastreado nos mais modernos economistas, encabeçados por Bentham, Say, “além do novo código civil” da França, no capítulo sobre o empréstimo a interesse, que seria fonte próxima do projeto⁴⁸⁹.

O deputado Mendes dos Santos, por exemplo, na sessão 06 de outubro de 1841, aduz a vigência do Código Civil francês no Brasil, em função do § 9º da Lei de 18 de agosto de 1769, a Lei da Boa Razão, segundo a qual seria aquele Código aplicável subsidiariamente nas matérias econômicas, mercantis, políticas e marítimas⁴⁹⁰.

Também na Câmara dos Deputados, o *Code Civil* apareceu no contexto dos debates acerca de uma proposta do governo para “realizar por quaisquer operações de crédito” a soma 750:000\$ (750 contos) para o dote de D. Francisca Carolina, além de outros 100:000\$ para o enxoval⁴⁹¹. Cumpre fazer um breve panorama do caso para que compreendamos a alusão ao Código francês.

Um ponto da proposta governamental gerou dúvidas entre parlamentares, pois a parte final do artigo único em debate dispunha que ficaria autorizado o governo a fazer as despesas necessárias para a medição das terras concedidas em função do negócio de casamento. Uma vez que não se tivesse presente o contrato de casamento objeto da discussão, não haveria meios de conhecer que terras foram concedidas, se o governo teria poder de disposição sobre elas etc.⁴⁹².

O deputado Souza Martins, então, esclareceu que o governo não remetera à câmara o negócio em questão, pois não seria este do gênero que necessitaria de aprovação do corpo legislativo. Por essa razão, igualmente, acerca dele a comissão incumbida da análise do projeto para o dote não apresentara parecer algum. Além disso, esclareceu que parte do dote seria dada em moeda, parte em apólices e o excedente em terras devolutas, com 25 léguas, na província de Santa Catarina⁴⁹³.

⁴⁸⁹ *Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1826, Livro 03, sessão de 1º de julho.

⁴⁹⁰ Lembremo-nos que a Lei da Boa Razão não faz menção ao Código Civil francês, ao contrário do que deixa entrever o Sr. Mendes dos Santos: “(...) é doutrina consagrada nos arts. 106 e 107 do código civil francez, se bem me recordo, sendo essa legislação subsidiária entre nós omissos pela disposição da lei de 18 de Agosto de 1769, que em taes casos a manda seguir nas materias econômicas, mercantis, políticas e marítimas”. O § 9º da Lei de 18 de agosto de 1769 aludia às “Leis das Nações Cristãs Cultas e Civilizadas”.

⁴⁹¹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 28 de junho de 1843. Dona Francisca Carolina, filha de D. Pedro I, casar-se-ia com o Príncipe de Joinville, Francisco Fernando de Orléans, como vimos acima, responsável por conduzir de volta à França os restos mortais de Napoleão a partir da ilha de Santa Helena.

⁴⁹² O debate foi suscitado, pois a parte final do artigo único aprovado pela assembleia dispunha que ficava autorizado o governo a fazer as despesas necessárias para a medição das terras concedidas naquele contrato.

⁴⁹³ Veja-se idem, sessão de 28 de junho de 1843.

O deputado Maciel Monteiro acrescentou que careceria de necessidade de ratificação o contrato de casamento, pois, pela Carta Constitucional do Império, estariam sujeitos à ratificação pelo legislativo aqueles tratados internacionais que implicassem cessão ou troca de território; o negócio entre o Imperador do Brasil e o Rei da França, contudo, não contemplaria troca ou cessão, já que não haveria mudança de governo nesses territórios, submetendo-os à jurisdição estrangeira. O que haveria por efeito do negócio seria a “alienação de território feito a um particular” que dele desfrutaria como melhor lhe aprouvesse, mas submetido ao direito e às autoridades brasileiras⁴⁹⁴.

Houve, por outro lado, quem suscitasse que a cessão fosse, a rigor, na qualidade de sesmaria; restaria, então, averiguar se o governo imperial estaria, ou não, autorizado a esse tipo de concessão independentemente de autorização legislativa.

Foi nesse contexto que se chamou a atenção para o art. 5º do negócio de casamento, aventando-se se não poderia ser tal enunciado interpretado como extensão da aplicabilidade do *Code Civil* não apenas aos efeitos civis do casamento, mas também aos bens do casal que se encontrassem no Brasil. O deputado Urbano consultou, então, no decorrer dos debates, o Ministro da Fazenda, no sentido de compreender se, entre os efeitos da estipulação regulados pelo Código francês, não estariam a “posse e domínio dos bens dotados”. O Ministro responde que não estariam abarcados tais efeitos.

O assunto foi retomado na sessão do dia 30 de junho de 1843. O deputado Rezende manifesta-se sobre preocupação com a eventual influência do Código Civil francês que a cessão das terras poderia acarretar na propriedade cedida ao Príncipe de Joinville. O remédio para esse receio, segundo o parlamentar, seria dar ao príncipe “tantos contos em francos, postos em Paris”.

⁴⁹⁴ Expressam-se nos debates, por parte de alguns parlamentares, os termos de que a alienação das mencionadas terras se tornasse uma ameaça ao sossego público pelo risco de formação de populosas colônias estrangeiras no território da província de Santa Catarina. Nesse sentido, a fala do deputado Wanderley: “ninguém ignora que ha um desmesurado desejo, uma propensão muito mal disfarçada em varias nações poderosas da Europa, de estender seus dominios, de apossar-se em diversas posições do globo, de pontos de apoio para proteger seu commercio, dar hida de seus produtos e fazer assim prosperar sua indústria.

“A França sobretudo nos ultimos tempos tem a isto applicado toda a sua politica e força; nós a vimos ir nas ilhas do Pacifico erguer o seu pavilhão protector ao lado da rainha Pomaré, nós vemos com que cuidado se esforça por tornar-se tão poderosa no mar, como já o é no continente. Quando são patentes estes desejos, essa politica, bem semelhante á dos hespanhóes na conquista da America, será muito acertado que em um tratado concedamos terras a uma nação que revela semelhantes pretenções?” (*Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 29 de junho de 1843).

O deputado ainda se refere temerário de que uma instabilidade em Santa Catarina, como uma invasão dos “rebeldes do Rio Grande do Sul”, poderia dar ensejo a uma ação militar francesa para proteger a propriedade de seu príncipe.

A questão é invocada, uma última vez, pelo deputado Peixoto de Brito – que, antes da sessão de 30 de junho, havia feito “proposito firme de não fallar mais” naquele ano, mas desejava, naquela oportunidade, “fazer as pazes com a camara”. A questão é invocada pelo parlamentar como questão de defesa dos interesses nacionais: concedendo-se as terras ao príncipe, dizia o deputado, se acontecesse que ele encontrasse minas de ouro, poderia o governo dispensar nas leis que se pagasse o quinto do outro? Não haveria, para ele, nenhuma dúvida de que o território cedido ficaria regido pelo Código Civil francês; por isso, deveriam os demais deputados “lançar as vistas sobre este negocio com o interesse com que se devem tratar objectos tão importantes ao paiz”⁴⁹⁵.

Em fevereiro de 1845, o *Code Civil* voltou ser objeto de debate na Câmara. O contexto era o das discussões acerca da composição das forças de marinha para o ano de 1846. O Código francês foi, então, invocado pelo deputado Ferraz como paradigma de legislação “de uma nação muito civilisada”. O ponto levantado pelo parlamentar dizia respeito à possibilidade de que um estrangeiro fosse absorvido nas forças armadas do país; segundo ele, um estrangeiro apenas poderia arrolar-se no exército após ter completado a maioria e ter realizado a declaração exigida pelo art. 9º do Código francês⁴⁹⁶.

A imagem do Código francês como paradigmático foi retomada nos debates sobre a lei de reconhecimento de filhos ilegítimos. Em um primeiro momento, o deputado França Leite mostra desconfiança em relação ao projeto, que conteria “muitas disposições tiradas do código civil de França” e poderia ocorrer que tais disposições não fossem completamente adaptáveis ao Brasil, em vista dos costumes, da legislação e da prática do foro, de “nosso direito peculiar”⁴⁹⁷. Ferraz, na discussão do mesmo projeto, preocupa-se, igualmente, com que se seguisse o modelo francês em relação à proscricção da indagação forçada de paternidade, com única exceção feita ao rapto. Segundo ele, o Código Civil francês teria sido taxado de “inconsequente po habeis pennas” quanto a esse ponto⁴⁹⁸.

O deputado Rebouças, por sua vez, afirmou que, para ele, não haveria coisa mais perfeita que projeto em debate; “são as doutrinas do código civil da França, discuido pelas maiores illustrações daquella nação na época em que foi feito e promulgado”. O projeto do

⁴⁹⁵ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessão de 30 de junho de 1843.

⁴⁹⁶ *Idem*, sessão de 05 de fevereiro de 1845.

⁴⁹⁷ *Idem*, sessão de 14 de agosto de 1845.

⁴⁹⁸ *Idem*, sessão de 15 de maio de 1846.

Código francês teria, a rigor, segundo o parlamentar, pretendido uma “razoada reforma dos costumes”⁴⁹⁹.

Contudo, o mesmo deputado Ferraz observou que o Cambacérès, ao longo da Convenção, demonstrara que seria necessário seguir antes a natureza que o costume do povo francês. Seria essa, todavia, a razão por que a legislação do período revolucionário fora abolida pelo Código: o descolamento entre ela e os costumes. Seria esse descolamento entre o sistema do Código francês e os costumes brasileiros que fundamentaria a rejeição de que o recebêssemos por meio da lei⁵⁰⁰. Souza Martins, por sua vez, preferia ver adiada a vigência de qualquer disposição referente à sucessão dos filhos ilegítimos até que se organizasse o Código Civil brasileiro⁵⁰¹.

Por ocasião da discussão acerca do requerimento do deputado Moura Magalhães para criação de novas cadeiras nos cursos jurídicos, Mendes da Cunha faz apologia do estudo do direito romano e da história, afirmando que o Código Civil dos franceses seria o Código mais sábio entre os seus contemporâneos; tal Código, contudo, teria sido feito pelos discípulos de Domat e Pothier; “Domat e Pothier, portanto, fizeram o código civil dos franceses; Bartholo e Cujas fizeram Domat e Pothier, e o digesto fez Bartholo e Cujas”; o Digesto, por sua vez, teria sido feito pelo Código Teodosiano e, este, pela Lei das XII Tábuas. Seria uma “lei soberana” o princípio de que “uma coisa procede necessariamente de outra coisa por um encadeamento que liga os pensamentos aos pensamentos, os actos aos actos, desorte que aquillo que precede seja sempre a razão logica e o germen effectivo do que se segue”⁵⁰².

Argumentos semelhantes já haviam sido postos pelo Senador Visconde de Cayrú quando se tratava da criação dos cursos jurídicos em São Paulo e Olinda. Não conformou o Visconde com a omissão da cadeira de direito romano, “base do direito pátria”, e que teria servido aos organizadores do *Code Civil* francês como “fonte original, e segura regra”⁵⁰³.

⁴⁹⁹ *Annaes do Parlamento brasileiro*, sessões de 14 e 19 de maio de 1846.

⁵⁰⁰ *Idem*, sessão de 15 de maio de 1846.

⁵⁰¹ *Idem*, sessão de 18 de maio de 1846.

⁵⁰² *Idem*, sessão de 12 de junho de 1846. Vê-se, na fala de Mendes da Cunha, algo significativo para o argumento que proponho. O discurso do deputado revela algo do pensamento jurídico brasileiro da primeira metade do século XIX: o Código Civil francês é elevado à categoria de Código mais perfeito do tempo, em um processo de “codificação” que está ligado por diversos elos até o direito romano antigo, sem rupturas. Codificar, assim, seria algo natural, inerente à tradição jurídica, como o último ato de uma cadeia antiqüíssima. Não temos, aqui, uma “narrativa compendiária” da história?

⁵⁰³ *Annaes do Senado do Império do Brazil*, ano de 1827, Livro 01, sessão de 21 de maio.

Nas atas do Conselho de Estado, encontra-se uma interessante discussão que revela a presença do Código Civil francês como paradigmático. Debateu-se, aos 29 de maio de 1856, projeto de lei que visava regulamentar o casamento civil no Império. A proposta era de que o casamento entre católicos continuasse a ser regido pelo direito canônico; casamentos mistos ou entre quem não professasse a religião romana poderiam ser firmados como *contratos civis*, cujas nulidades poderiam ser declaradas apenas pelos Juízes e Tribunais Civis; o projeto admitia, ainda, o divórcio com cessação da eficácia civil do casamento, preservando-se os “efeitos evangélicos” conforme os preceitos do direito canônico ou da religião protestante de que se tratasse⁵⁰⁴.

Justificava-se a medida aduzindo-se que, no que se referisse ao casamento entre católicos, conveniente seria a manutenção da regulação no estado em que encontrava; contudo, quanto aos casamentos de quem estivesse fora do grêmio do Catolicismo, sobre os quais a igreja não teria autoridade e “que não encaram no matrimônio um sacramento”, não haveria razão para que qualquer “dificuldade religiosa pudesse fundamente aparecer em estabelecê-los como contratos civis. A Igreja nada tem com elas”⁵⁰⁵.

Carecendo o país de colonização e da promoção de emigração, não seria medida politicamente sábia dificultar o influxo de quem se dirigisse ao Brasil a partir de países protestantes; “onde vivem promiscuamente populações de crenças diversas, os casamentos mistos necessariamente aparecem; se se não regulam, vem os concubinatos, e o que é pior ainda os casamentos nulos, e irregulares (...)”⁵⁰⁶.

Seguindo-se a orientação de Portalis, dever-se-ia “tolerar tudo o que a Providência tolera”. Se a lei não poderia forçar a conversão religiosa, deveria, então, imitar a natureza “que não vê senão homens nos indivíduos”.

Regulando-se o casamento civil, seria necessário que se estipulassem para ele os impedimentos, nulidades, divórcios e os demais pontos relacionados com a existência, validade e eficácia do negócio. Por quais princípios seriam julgados esses pontos pela Justiça Civil? “Pelo Direito Civil [da] Pátria? Mas esse ou é omissos ou incompleto”, já que algumas questões eram de domínio exclusivo da jurisdição eclesiástica e do direito canônico; o direito canônico seria, por sua vez, em alguns pontos inaplicável ao casamento

⁵⁰⁴ *Atas do Conselho de Estado*, tomo 04, sessão de 29 de maio de 1856, pág. 173. Os documentos estão disponíveis por meio do endereço eletrônico <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/188985>>. Último acesso aos 19 de novembro de 2016.

⁵⁰⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 174.

⁵⁰⁶ *Idem*, *ibidem*, pág. *loc. cit.*

civil; por fim, “querer legislar sobre estas matérias seria difficilima tarefa, e mesmo impolítico suscitar debates sobre tantas questões delicadas simultaneamente”. De acordo com a seção do Conselho, conviria que se mantivesse a religião e a família, o quanto possível, “superiores e estranhas às decisões políticas”⁵⁰⁷.

A solução apresentada, então, seria a adoção do Tít. 6º do Código Civil francês para que regesse a matéria, acomodando o governo, pelo seu poder de ordinário de emitir regulamentos, tal legislação aos juízes e tribunais do Império. Ter-se-ia, com isso, a vantagem adicional de aproveitar “a experiência de uma grande Nação” e evitar “o perigo das dúvidas que se suscitam na aplicação de leis novas”⁵⁰⁸.

Ora, já teria sido “o texto do Código Francês tão comentado, e explicado”, que seria difícil que aparecesse dúvida que não se pudesse resolver pelas regras anteriores à espécie corrente. “Só esta vantagem seria suficiente para que a Seção preferisse este expediente à organização de qualquer trabalho novo, por mais aperfeiçoado que lhe parecesse”⁵⁰⁹. Haveria, então, a possibilidade de, como na Áustria e na Sardenha, adotar-se o Código Civil francês sem ofender a fé católica.

O Visconde de Marangupe, acompanhado de outros conselheiros, expressou desconfiança quanto à medida, pois julgava que o Título 6º do Código Civil francês não seria suficiente para regular os impedimentos, as nulidades, a forma de celebração dos casamentos como contratos civis⁵¹⁰.

O que se destaca desse debate no Conselho de Estado é que se tenha cogitado a adoção, como lei vigente no Império, de parte do *Code Civil*: não só a ideia de Código não é negada, como também se propôs a adoção de uma seção de Código já pronto, já debatido, justamente como medida para evitar a politização de matérias referentes à família e religião.

3.2.2. Código, memória e presentificação no Império brasileiro

Iniciei este capítulo afirmando que o Código era, ao longo da primeira metade do século XIX, efetivamente *novo*; ele não promove a *novidade*, mas é produto de uma

⁵⁰⁷ *Atas do Conselho de Estado*, tomo 04, sessão de 29 de maio de 1856, pág. 179.

⁵⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, págs. 179-180.

⁵⁰⁹ *Idem*, *ibidem*, pág. 180.

⁵¹⁰ *Idem*, *ibidem*, págs. 187-188.

corrente de pensamento que o idealiza. Foi possível entrever, a partir dos documentos analisados no tópico antecedente, que a figura do Código funcionou como constante rememoração de que *teríamos*, em breve, um sistema de direito civil codificado. O Código e o modo de lidar com ele serviram, portanto, como suporte para o amoldamento da identidade jurídica nacional.

Essa *rememoração* a respeito do *Código que está por vir*, somada às referências ao Código francês, tomado como modelo – tudo já no âmbito da mentalidade *reformada* a partir das medidas político-pedagógicas da administração pombalina –, concorreram para a *presentificação* do Código entre nós. Não tínhamos o Código, não tínhamos nem sequer um projeto de Código; todavia, nosso discurso jurídico já comportava essa figura, sem hesitar a respeito de sua necessidade e utilidade.

Presentificar é tornar presente o que está ausente ou não representado; o indivíduo acometido por uma alucinação não apenas vê *representado* o objeto, mas o *presentifica*, agindo como se estivesse diante daquilo que, a rigor, tem existência apenas em sua mente.

A *apresentação* da ideia de Código, como levada a efeito ao longo dos primeiros decênios do século XIX no Brasil, torna-o *presente* entre nós, como uma experiência própria do seu tempo. A sua *genealogia*, que remeteria à Antiguidade, garantiria sua *antiguidade (pastness)* e inserção como elemento da tradição jurídica ocidental.

Como argumentei no capítulo primeiro deste trabalho, o que chamamos hoje de *Civil Law* é uma tradição jurídica recriada, reinaugurada, na modernidade; a figura do Código joga um papel importante nessa reconfiguração. É ele, sobretudo, o responsável por afastar a *nobreza de toga* do controle sobre a criação e interpretação do direito; é ele, portanto, o símbolo do que nos divorcia, na Idade Contemporânea, do outro termo da dicotomia, o *Common Law*.

Na formação do direito brasileiro, a figura do Código participa como um *lugar de memória* que *presentifica* o *ausente* e fomenta a determinação, desde logo, de nossa aderência ao que, hoje, chamamos *Civil Law*.

As fontes do direito português, que compartilhávamos ao longo do período colonial, foram ressignificadas sob o signo da provisoriedade, como se vê pelas promessas de codificar contidas na Lei de 23 de outubro de 1823 e na Carta Constitucional de 1824.

Tal provisoriedade continuou a ser reiterada em diferentes setores do discurso jurídico ao longo do século XIX. O deputado Pacheco, por exemplo, na sessão da Câmara de 29 de julho de 1843, lembra que, “quando se mandou que as leis portuguesas servissem como nosso código civil, foi porque nós nos constituíamos então em nação independente”; desse modo, não dispúnhamos, ainda do aparato para que nos regêssemos: “não estávamos organizados, éramos governados por aquelas leis, e força foi que continuassem: foi um acto filho da grande lei da necessidade”⁵¹¹.

Essa tarefa de ressignificação parece ter expressão bem acabada na *Consolidação das Leis Civis*, encomendada pelo governo imperial junto a Augusto Teixeira de Freitas em 1855 e publicada em 1858⁵¹². Sem conter enunciado normativo original, a obra procede ao mapeamento e à sistematização do direito civil então vigente no Brasil. Os preceitos foram organizados segundo uma metodologia que, se por um lado já não era absolutamente original do ponto de vista doutrinário, era, por outro, ainda inédita no campo legislativo, em qualquer outra parte do mundo, com a bipartição em *parte geral* e *parte especial*.

Tanto a inovação metodológica quanto o conservadorismo em relação ao conteúdo – que era, aliás, o propósito da obra – são aproveitados pela historiografia para esquadrihar uma identidade jurídica nacional que se diferencia da portuguesa por ser, justamente, menos suscetível à inovação material e ter permanecido fiel à tradição jurídica lusitana de modo mais contundente que o próprio direito português⁵¹³.

⁵¹¹ *Annaes do parlamento brasileiro*, sessão de 29 de julho de 1843. Acessível por meio do endereço eletrônico <<http://memoria.bn.br/DocReader/132489/21132>>. Último acesso aos 17 de dezembro de 2016.

⁵¹² A respeito da *Consolidação*, em especial, da *Introdução*, que lança as bases metodológicas e constitui a porção verdadeiramente original da obra de TEIXEIRA DE FREITAS, veja-se POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006.

⁵¹³ Veja-se a esse propósito, por exemplo, PAULO MERÊA, referindo-se já ao produto final do processo de codificação civil brasileiro, o Código promulgado em 1916, cujo projeto primitivo foi de autoria de Clóvis Beviláqua: “não se deve supôr que o novo Código vem introduzir no sistema jurídico brasileiro transformações radicaes. Isso, que seria um erro formidavel, foi cuidadosa e sabiamente evitado pelo autor do projecto primitivo (...). Cumpria que a obra se ligasse organicamente ao passado, que fosse, não uma criação *exnovo* [*sic*], mas sim o terminus natural e lógico da evolução jurídica brasileira, e isto sem que, por outro lado, se cahisse num exagerado misoneismo.

(...)

Na sua parte técnica, o código merece que se lhe não regateiem elogios pela forma por que se evitaram os dois grandes escolhos do legislador: o perigo do exagero doutrinário, (...) e o do exagerado detalhe de regulamentação, da exposição casuística das materias, que é um entrave à tarefa do intérprete e do juiz” (*Código Civil brasileiro*. Lisboa: Livraria Classica, 1917, págs. XIV-XV).

O direito civil luso-brasileiro pré-codificação foi o labirinto em que adentrou TEIXEIRA DE FREITAS para elaboração da *Consolidação*⁵¹⁴; *sistema e método* foram os fios de Ariadna que o guiaram para dali tirar a *forma* do Código Civil, compreensível e manuseável.

A pluralidade e a desorganização das fontes decorreriam, segundo TEIXEIRA DE FREITAS, de serem as Ordenações “pobríssimas” e reclamarem “copioso suplemento”. Diversas eram as remissões ao direito romano e ao canônico; além disso, após a Lei de 18 de agosto de 1769, ter-se-iam dado “largas ao arbítrio com o título de *boa razão*”; por isso, menos se estudaria o direito brasileiro “pelas leis, que o constituem; do que pelos Praxistas que as invadirão”⁵¹⁵.

O plano do governo, de consolidar por *títulos e artigos*, reduzindo as proposições do direito *antigo* a uma *nova* forma, foi seguido com rigor por TEIXEIRA DE FREITAS. A redação, como já dito, não continha conteúdo normativo original, mas tratava-se, efetivamente, de uma redação *nova* de uma estipulação *antiga*.

Consistiria, então, a Consolidação em uma *reapresentação* do direito vigente em um *estilo novo*, o *estilo do Código*⁵¹⁶; estaria perfeita, então, a *presentificação* do Código que não tínhamos: nosso direito civil *foi* codificado.

Certamente, poder-se-ia supor que a substituição material do direito anterior pelo *direito nacional* teria um caráter importante de afirmação para uma nação recém-independente. Todavia, isso ainda teria que aguardar até um segundo momento, quando, após a proclamação da República, a ideia de Código encerra uma concepção de ruptura e substituição de fontes, não apenas ao que se referisse ao direito colonial ou ao direito português, mas ao direito do Império; assim, o Código pode ser visto, em primeiro lugar,

⁵¹⁴ A historiografia jurídica nacional costuma transmitir a ideia de que, efetivamente, as fontes do direito civil encontravam-se em estado caótico até que interviesse a obra de TEIXEIRA DE FREITAS. Segundo VAMPRÉ, antes de TEIXEIRA DE FREITAS, o direito luso-brasileiro encontrava-se em estado de obscuridade e antinomia (*O que é Código Civil*. São Paulo: Pedro de S. Magalhães Filho & Irmãos, s.d., pág. 08).

⁵¹⁵ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Introdução. In: *Introdução à Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. *fac-similar*, Brasília: Senado Federal, 2003). Esse estado é o que SAMUEL BARBOSA definiu como *complexidade do direito civil*: “primeiramente, a abundância de diferentes tipos de atos legislativos que não formavam um sistema, mas um ‘aglomerado variável’; em segundo lugar, a vigência das Ordenações Filipinas mediada pelos sacerdotes de uma ‘longa jurisprudência inculca e incerta’ apoiada no Digesto (...)”; “e, por fim, a tensão entre essa jurisprudência e a Lei da Boa Razão” (BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012, pág. 362).

⁵¹⁶ Cfr. BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Op. cit.*, pág. 370.

como um projeto político do Império recém-emancipado e, em momento posterior, como projeto político da jovem proclamada República.

Parece-me, inclusive, que não seja exagero supor que o Código acompanha o programa federalista. Uma vez que a Constituição de 1891 criou a federação, a unicidade do regramento civil serviria, certamente, de fomento à continuidade da unidade nacional, além da promoção da centralização jurídica e política.

Desse modo, segundo a historiografia, embora, ao final do processo de codificação, o direito brasileiro permanecesse semelhante, quanto ao conteúdo, ao direito *antigo*, isto é, ao *velho* direito português de que, justamente, se queria afastar, os preceitos normativos foram ressignificados por meio de uma nova fonte formal e um novo método de organização, cujo papel político, repito, é o de ruptura: o Código Civil. O alegado *conservadorismo* do Código Civil brasileiro foi aproveitado como elemento da identidade jurídica nacional⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Essa ordem de ideias será mais bem explorada no Capítulo IV desta tese.

IV – MEMÓRIA E APAGAMENTO A PARTIR DE UM CASO CONCRETO: A EFICÁCIA DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA

Plano do capítulo

O presente capítulo tem o propósito de apresentar, a partir de um exemplo concreto, a prática manualística de reescrever a história a partir do presente, selecionando o que fica esquecido e o que constitui a memória da ciência jurídica.

O exemplo em questão é o da eficácia do contrato de compra e venda, que é tomado pela historiografia luso-brasileira contemporânea como um dos pontos que revela como o direito brasileiro preservou sua tradição jurídica, enquanto o português teria aderido de maneira mais decidida às inovações surgidas com o jusracionalismo.

A doutrina do *ius commune* havia consolidado, ao longo da Idade Média, com base no direito romano, a separação entre *título* e *modo* de aquisição⁵¹⁸. Com isso, a transferência do direito de propriedade passaria por dois momentos: em primeiro lugar, o *pacto* que justificaria a transmissão; em seguida, um ato material de entrega do objeto – ou que simbolizasse a entrega do objeto – tecnicamente denominado *tradição* para que a transferência fosse levada a efeito.

Com a doutrina do direito natural racionalista, cogitou-se a possibilidade de que a transmissão da propriedade pelo contrato de compra e venda pudesse prescindir do ato material, que serviria à transmissão da posse, entendida como poder fático sobre a coisa, mas não à transmissão da propriedade. Essa posição teórica foi adotada pelo *Code Civil* francês e, a partir dessa plataforma, a doutrina da eficácia real do consenso influenciou sobremaneira os sistemas jurídicos nacionais da Europa ocidental ao longo do século XIX, constando expressamente, por exemplo, nos Códigos de Portugal (1867) e da Itália (1865). FRANZ WIECKER aponta que a adoção dessa regra de transmissão de móveis por mero

⁵¹⁸ É possível afirmar que o direito visigótico já reconhecia, desde a alta Idade Média, a eficácia real do contrato de compra e venda, especialmente no tocante à compra e venda instantânea. No entanto, com o renascimento do direito romano, firmou-se a doutrina da separação entre título e modo de aquisição. Veja-se, a respeito, POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira*: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, págs. 199-203.

consenso corresponde “às exigências de conteúdo jusracionalista” que inspiraram o *Code* de 1804⁵¹⁹.

Os juristas portugueses e brasileiros do final do século XVIII e primeira metade do século XIX não ficaram indiferentes ao debate, posicionando-se ora em favor da *inovação*, representada pela doutrina do direito natural racional, ora em favor da *conservação* da tradição romanística oriunda do *ius commune*.

Como já explorado no capítulo anterior, Portugal levou a efeito, especialmente na segunda metade do século XVIII, uma ampla reforma de cunho iluminista, efetivada sob o pulso firme do primeiro ministro de D. José, o Marquês de Pombal. Com a penetração das ideias racionalistas pela via da administração pública e da reforma do ensino na Universidade de Coimbra (1772), os juristas portugueses tenderam a afastar-se do *ius commune* em direção às construções de índole jusracionalista.

Por outro lado, entre os juristas atuantes na colônia do Brasil e, posteriormente, no império brasileiro, tende-se, pelo menos no tocante à eficácia do contrato de compra e venda, a um discurso mais conservador, ainda entre aqueles que, como JOSÉ DA SILVA LISBOA, realizaram seus estudos superiores no reformado ambiente da Universidade de Coimbra.

No Império, destacou-se AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, cuja análise e veemente reprovação da doutrina da eficácia real do consenso, realizadas na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*, repercutiram no meio jurídico brasileiro, de modo que a inovadora doutrina foi rechaçada pelos projetos de Código que seguiram ao *Esboço*, com exceção do de autoria de FELÍCIO DOS SANTOS.

A historiografia jurídica luso-brasileira aponta, em regra, que, a partir das reformas pombalinas no século XVIII, quanto ao direito privado, Portugal e Brasil teriam seguido caminhos opostos: enquanto Portugal teria sido levado pelos ventos da inovação que sopravam sobre o continente europeu, o Brasil ter-se-ia conservado mais próximo do direito lusitano anterior ao jusracionalismo. No entanto, esse viés de conservação poderia ser confirmado pela análise das obras doutrinárias dos juristas privatistas portugueses e brasileiros do período compreendido entre a Lei de 18 de agosto de 1769 e a *Consolidação das Leis Civis*, de TEIXEIRA DE FREITAS, em 1858? Ou, rigorosamente, a visão que temos

⁵¹⁹ WIEACKER, Franz. *Privatrechtgeschichte der neuzeit unter besonder Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2ª ed. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967 (trad. port. HESPANHA, António Manoel Botelho. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993), pág. 390.

hoje nos manuais decorre do processo de *seleção e adequação* que se faz do passado da ciência jurídica?

O que pretendo, neste capítulo, não é simplesmente confirmar ou não confirmar o que a historiografia jurídica tradicionalmente já atesta, como se viu logo acima. O enfoque da mencionada historiografia tradicional está mais em como o ordenamento se configurou após a evolução sofrida ao longo dos séculos XIX e XX, que no efetivo modo como as ideias inovadoras ou conservadoras penetraram no discurso dos juristas do período estudado. Traça-se uma linha de continuidade da tradição lusitana no que se refere ao direito privado luso-brasileiro, com base nas figuras e instituições jurídicas vigentes contemporaneamente; por outro lado, em relação ao caso português, aponta-se uma descontinuidade entre o direito anterior às reformas pombalinas e aquele que delas resultou, culminando com os Códigos de 1867 (Código de Seabra) e o de 1966. No entanto, reitera-se, nos discursos dos juristas, seria possível apontar diferenças de posicionamento ante a inovação entre brasileiros e portugueses? É esse o ponto pouco abordado pela historiografia e que aqui nos interessa.

Para tratar da problemática exposta, procurarei, em um primeiro momento, verificar como se formou a teoria da transmissão consensual de direitos reais, projetada, em seguida, no *Code Civil* e, especialmente, como a doutrina da *Escola da Exegese* se comportou sobre esse ponto. Particularmente, interessa notar que a elaboração teórica anterior à codificação *some*, ou seja, é *esquecida* pela manualística.

Em seguida, tratarei dos textos jurídicos luso-brasileiros que, versando sobre o direito privado, abordem o tema.

Valer-me-ei das fontes que instituíam o direito vigente em Brasil e Portugal ao longo do período sob exame, sem deixar de anotar que tais fontes, em relação ao direito privado, foram comuns a ambas as nações por longo tempo, mesmo após a independência do Brasil por efeito da Lei de 20 de outubro de 1823. Entre elas estão as *Ordenações Filipinas*, promulgadas em 1603, a *Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão)*, os *Estatutos da Universidade de Coimbra* de 1772.

Para os fins propostos, é imprescindível, também, a análise do texto do *Code Civil* francês, como promulgado em 1804.

Em relação aos autores que concorreram para a formação da doutrina da eficácia real da compra e venda, destaca-se SAMUEL VON PUFENDORF, em seu *De iure naturae et*

gentium. Também é necessária a análise de alguns escritos de JEAN DOMAT e ROBERT JOSEPH POTHIER, autores que concorreram de forma bastante direta para a formação do espírito e conteúdo do *Code Civil*. Também serão analisadas obras de autores franceses que escreveram com vistas ao Código de 1804.

Entre portugueses e brasileiros, procurarei dar especial atenção aos autores que escreveram sobre o direito comercial, ramo do direito privado especialmente inclinado à recepção de inovações pela sua internacionalidade e em razão do § 9º da Lei da Boa Razão, lido em conjunto com a disposição contida no § 16, do Livro I, Título V, Capítulo I, dos Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772, que autorizariam a aplicação direta da legislação das *nações cultas e polidas da Europa iluminada* em território português – e, por consequência, também brasileiro – por consistirem em expressão do *usus modernus pandectarum*. Tratarei, em primeiro lugar, JOSÉ DA SILVA LISBOA nos *Princípios de Direito Mercantil*; entre os portugueses, JOSÉ FERREIRA BORGES, autor do projeto de Código Comercial para Portugal e de um *Dicionário Jurídico-Comercial*, e que esteve em permanente diálogo com JOSÉ DA SILVA LISBOA a respeito do direito comercial.

Entre aqueles que escreveram sobre o direito civil, analisarei PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, nas *Instituições de Direito Civil português*; também será lido MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA, que também escreveu suas *Instituições de Direito Civil*; JOSÉ HOMEM CORREA TELLES, cuja obra *Digesto Português* ganhou notável repercussão em seu tempo, tendo sido, inclusive, proposta sua adoção como Código Civil para o Brasil; por fim, observarei o contundente posicionamento de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, contra a eficácia real do contrato de compra e venda, exposto na *Introdução à Consolidação das Leis Civis*.

Essa seleção de autores atenta aos nomes mencionados como dominantes pela historiografia jurídica dentro do período de estudo estipulado; além disso, procurei pelos autores que estiveram em debate entre si para que se pudessem realizar as leituras em seu próprio contexto.

4.1. A construção da teoria da transmissão consensual de direitos reais

4.1.1. A doutrina consolidada pelos *ius commune*

A doutrina do direito comum, lastreada no direito romano, fixou, ao longo da Idade Média, a separação entre *título* (o *pacto* ou *contrato*) e *modo* de aquisição (na nomenclatura do direito romano, *mancipatio* ou a *traditio*, a depender da qualidade da coisa), reservando-se à compra e venda efeitos meramente obrigacionais. Desse modo, o pacto poderia ser firmado eficazmente pelo mero consenso, mas a efetiva aquisição da propriedade dependeria de um ato material logicamente posterior.

As Ordenações do Reino de Portugal consagraram pela via legislativa a doutrina do *ius commune*. As Ordenações Filipinas, vigentes no período em que está centrado nosso estudo, estabeleciam no Livro IV, Título I, o caráter consensual da formação do contrato de compra e venda, ao reconhecer que comprador e vendedor poderiam estar em locais diversos para conclusão do acordo. No entanto, logo a seguir, no Título VII do mesmo Livro IV, estabelecia-se que, caso um objeto fosse vendido para mais de uma pessoa, tornar-se-ia *senhor* aquele a quem o objeto fosse primeiro entregue. Ou seja, para aquisição do bem, não importava qual contrato de compra e venda havia sido primeiro aperfeiçoado, mas, sim, qual comprador havia recebido o bem em sua posse, desde que houvesse adimplido o preço⁵²⁰.

Em nota ao texto da 14ª edição das Ordenações Filipinas, publicada em 1870, CANDIDO MENDES DE ALMEIDA afirma que “além da paga do preço he a tradição da cousa, que firma o direito do comprador. He este o nosso direito, -outro he o Francez”⁵²¹. O autor, em seguida, remete à leitura da *Consolidação das Leis Civis*, organizada por TEIXEIRA DE FREITAS. Interessante notar como CANDIDO MENDES chama a atenção para a diferenciação entre o direito brasileiro e o direito francês. Na data da publicação de suas

⁵²⁰ Eis o texto das referidas Ordenações: “Se o que fôr senhor de alguma cousa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega della será della feito verdadeiro senhor, se della pagou o preço, por que lhe foi vendida, ou se se houve o vendedor por pago della, porque concorrendo assi na dita venda entrega da cousa e paga do preço e paga do preço, o fazem ser senhor della”. O § 2º ao mesmo enunciado especificava o princípio: “E se o senhor da cousa a vendesse a alguém, e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem, e lha entregasse, recebendo delle o preço, ou havendo-se delle por pago, este segundo comprador sera feito verdadeiro senhor della (...)”.

⁵²¹ ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographya do Instituto Philomathico, 1870 (ed. *fac-similar*. Brasília: Senado Federal, 2004. v. III), pág. 785.

anotações às Ordenações do Reino, o próprio ordenamento português já contrastava, nesse mister, com o que permanecia vigente no Brasil.

Tem-se, assim, que a doutrina dos efeitos puramente obrigacionais da compra e venda foi adotada em nível legislativo pelo direito português, permanecendo inalterada, ao longo do século XIX, no Império brasileiro em função da continuidade da vigência entre nós do Livro IV das Ordenações Filipinas. A seguir, passo a tratar esquematicamente sobre o modo pelo qual o jusracionalismo alterou essa concepção que terminou abandonada em Portugal, mas não no Brasil.

4.1.2. *O jusracionalismo e a eficácia real do contrato de compra e venda*

A doutrina do direito natural racional entendeu como contrária aos seus princípios a distinção entre o *título* e o *modo* de aquisição, aduzindo que para a transferência da propriedade não seria necessária a *tradição*, ou seja, a transferência do direito real prescindiria de um ato material de entrega, ou outro que a simbolizasse. Como paradigma dessa nova concepção, tomemos SAMUEL VON PUFENDORF.

4.1.2.1. *A formulação da eficácia real do consenso em PUFENDORF*⁵²²

SAMUEL VON PUFENDORF discute no Livro IV de seu *Ius Naturae et Gentium* a propriedade e os diferentes modos de adquiri-la. O autor trata amplamente da figura, passando por pontos fundamentais como a *origem sobre a propriedade dos bens* e a *aquisição por direito do primeiro ocupante*. A transferência da propriedade entre diferentes sujeitos é debatida no Capítulo IX.

Segundo PUFENDORF, é da própria essência da propriedade plena que se possa aliená-la e transferi-la a outrem. Seria, com efeito, a liberdade de transferir ou de ceder a

⁵²² Para manuseio da obra *Ius Naturae et Gentium*, valemo-nos da tradução para o francês realizada por Jean Barbeyrac. A indicação completa é a seguinte: PUFENDORF, Samuel von. *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* (trad. fr. Jean Barbeyrac), tomo I. Amsterdam: Henri Schelte, 1706.

outrem as coisas que nos pertencem a parte principal do poder que confere a propriedade⁵²³.

No parágrafo 5º do mesmo capítulo, PUFENDORF propõe a questão: a entrega da coisa é necessária para aperfeiçoar a alienação ou transferência da propriedade?

Faz-se, então, referência a HUGO GRÓCIO, que teria sustentado que, de acordo com o direito natural, as convenções seriam suficientes para transferir a propriedade e que a entrega da coisa apenas é necessária em virtude do direito civil, puramente positivo⁵²⁴.

O autor, após enunciar a doutrina do direito comum a respeito da diferenciação entre título e modo de aquisição, sublinhando que a transferência da *posse* não tem o condão de transferir a *propriedade* se não houver um *título*, ou seja, um *consenso* anterior que a justifique, afirma que a solução da questão dependerá do modo como se enfoca a propriedade: pode-se vê-la como uma qualidade puramente moral, ou como agregada a um poder físico⁵²⁵. PUFENDORF discorre sobre a posse e os modos de a obter, concluindo que possuir uma coisa exige que se a tome corporalmente, enquanto as leis civis podem estabelecer que a propriedade passe *de direito* a alguém, sem que isso implique a tomada física da coisa⁵²⁶.

Portanto, segue-se que as convenções, por si mesmas, são suficientes para fazer passar de uma pessoa à outra a propriedade, considerada esta pura e simplesmente uma qualidade moral, apartada da posse. PUFENDORF não questiona que a ideia de propriedade implique um poder físico que possibilite ao proprietário desfrutar de seu direito e da coisa. Tanto é assim que, além da convenção que transfere a propriedade, a entrega da coisa deve se seguir. No entanto, seria uma impropriedade dizer que o alienante, antes da entrega, conservaria a propriedade imperfeita: uma vez concluída a convenção, ou seja, quando se convencionou transferir o direito de um contratante ao outro, a coisa já pertence ao alienatário. Assim, ao alienante não resta outro comportamento legítimo que não a entrega da coisa. A entrega seria, então, não o último exercício da propriedade, mas apenas uma simples renúncia, de abandono corporal da coisa alienada⁵²⁷.

⁵²³ PUFENDORF, Samuel von. *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique* (trad. fr. Jean Barbeyrac), tomo I. Amsterdam: Henri Schelte, 1706, pág. 504.

⁵²⁴ Idem, ibidem, pág. 505.

⁵²⁵ Idem, ibidem, pág. *loc. cit.*

⁵²⁶ Idem, ibidem, pág. 507.

⁵²⁷ Idem, ibidem, págs. 507-508.

PUFENDORF reforça seu argumento recorrendo ao próprio direito romano, que, segundo ele, atribui *ação fundada em direito real* ao herdeiro antes mesmo que este tome posse dos bens hereditários. Ao contrário, as mesmas leis romanas dariam ao adquirente apenas *ação pessoal* contra o alienante, o que possibilitaria somente que se constrangesse esse último a realizar a prestação, atribuindo ao adquirente posse e propriedade sobre a coisa, como se esta não houvesse ainda sido transferida. Mas não haveria dúvida, segundo o autor, de que ter *direito à coisa* (e não *sobre a coisa*) e a respectiva ação pessoal aumentariam o patrimônio de seu titular, e de que seria ridículo arrolar como “próprios” os bens que se deve em virtude de uma obrigação. Com isso, PUFENDORF quer minimizar as diferenças entre o sistema da transferência consensual e o romano, apontando que a solução do direito natural por ele apontada seria mais conveniente e conforme à razão.

Portanto, PUFENDORF, seguindo GRÓCIO, aponta que o direito de propriedade seria uma qualidade exclusivamente moral, independente da corporeidade da coisa e que, por essa razão, pode ser transferida pela simples convenção, abstraindo-se, para isso, de qualquer ato material de entrega. A doutrina do direito natural passou ao regramento do *Code Civil* de 1804 anos mais tarde, como veremos adiante (*infra*, item 4.1.2.3).

4.1.2.2. A eficácia do contrato de compra e venda em DOMAT e POTHIER

É possível apontar JEAN DOMAT e ROBERT JOSEPH POTHIER como dois grandes expoentes formadores da doutrina e da sistematização de matérias que se adotaram em nível legislativo no *Code* de 1804⁵²⁸.

A obra intitulada *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de DOMAT, não é inovadora do ponto de vista do conteúdo, que continuava a ser o do direito romano, mas, sim, do ponto de vista da estruturação⁵²⁹.

⁵²⁸ Sobre esse ponto, JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES afirma que “a influência de Domat chegará à codificação do direito civil francês e se estenderá ainda ao longo do século XIX, enquanto suas obras forem divulgadas, muito especialmente seu *Tratado das leis*” (*As palavras e a lei*. São Paulo: 34, 2004, pág. 49). No mesmo sentido, RAOUL CHARLES VAN CAENEGEM aduz que a obra de DOMAT “é uma tentativa ambiciosa de estruturar o direito de acordo tanto com os princípios cristãos quanto com critérios racionais, para chegar assim a um sistema válido para todas as épocas e povos” (*Introduction historique au droit privé*. Bruxelles: Story-Scintia, 1988 (trad. port. MACHADO, Carlos Eduardo Lima. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000), pág. 168). Em relação a POTHIER, TROP LONG, comentando o Código de 1804, aponta aquele autor como o *guia ordinário dos redatores do Código* (TROP LONG, Raymond Théodore. *De la Vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*. 3ª ed., tomo I. Paris: Charles Hingray, 1837, pág. 09).

Por essa razão, no que se refere especificamente à eficácia da compra e venda, objeto deste estudo, não há uma grande ruptura em relação ao direito comum, embora já se note em alguma dose de espiritualização no tocante à tradição do objeto para transferência da propriedade.

DOMAT inicia o Título I do Livro I da obra indicada, a respeito das convenções em geral, conceituando convenção como o consentimento de duas ou várias pessoas para formar entre elas um vínculo qualquer, para confirmar um vínculo precedente ou, ainda, para modificá-lo⁵³⁰. Vê-se, nesse ponto, que DOMAT define a convenção pelos seus efeitos – criar, confirmar ou modificar um vínculo entre pessoas – e, entre tais efeitos, não se encontra a transmissão de direitos reais; mais adiante, especificando o papel do consentimento na formação das convenções, o autor afirma que “a venda é aperfeiçoada apenas pelo consentimento, ainda que a mercadoria não tenha sido entregue, nem o preço pago⁵³¹”.

Mais adiante, já tratando especificamente do contrato de compra e venda (Livro I, Título II), DOMAT confirma o caráter consensual dessa convenção, apontando a possibilidade de se firmá-la entre presentes ou entre ausentes, por escrito, público ou particular, ou sem nenhuma instrumentalização⁵³².

Formado o contrato de compra e venda pelo consenso, cumpre explicitar seus efeitos. DOMAT afirma que não se compra algo se não for pela razão mesma de ter a coisa e a possuir. Desse modo, o primeiro dever do vendedor é entregar a coisa vendida. Dessa regra, segue-se que o vendedor tem dever de conservar e guardar a coisa até a entrega⁵³³.

No art. 5 da mesma seção (Livro I, Título II), o autor passa a explicitar o que se entende por entrega: a entrega, ou tradição, é a transferência da coisa vendida à posse do comprador. Os bens incorpóreos, como uma herança, não podem ser propriamente entregues ou tocados, mas a *faculdade*, ou melhor, poder, de os *usar* equivale à entrega⁵³⁴.

⁵²⁹ LIMA LOPES, José Reinaldo de. *Introduction historique au droit prive*. Bruxelles: Story-Scientia, 1988 (trad. port. MACHADO, Carlos Eduardo Lima. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000), pág. 49.

⁵³⁰ Para manuseio do texto de DOMAT, valemo-nos da segunda edição de 1697, cuja referência completa é DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, tomo I. 2ª ed. Paris: Pierre Aubouin, Pierre Emery et Charles Clouzier, 1697. A informação transmitida no texto está na pág. 64.

⁵³¹ Idem, ibidem, pág. 66 – tradução livre.

⁵³² Idem, ibidem, pág. 112.

⁵³³ Idem, ibidem, pág. 114.

⁵³⁴ Idem, ibidem, págs. 116-117.

No art. 10, DOMAT explicita que o primeiro efeito da entrega é tornar o comprador senhor da coisa⁵³⁵. O autor, portanto, ao contrário de PUFENDORF, não chega a defender a doutrina da transmissão consensual da propriedade. Aqui, continua sendo necessária a efetiva entrega para que o comprador passe a ser proprietário do bem, desde que o alienante fosse, de fato, dono da coisa e o adquirente pagasse o preço – solução semelhante à adotada pelas Ordenações Filipinas (veja-se seção 4.1.1, *supra*). Inclusive, em relação à venda a vários compradores, DOMAT enuncia a regra de que será proprietário aquele a quem primeiro se entregar o bem.

O maior grau de espiritualização em relação ao *ius commune* a que aludimos acima pode ser entrevisto quando DOMAT aduz que a entrega com eficácia de transferência da propriedade poderia ser realizada pelo mero consenso dos contratantes, o que equivaleria a afirmar que, de forma indireta, o célebre autor admitiria a transmissão consensual do direito real, ao reconhecer que a tradição poderia ser operada pelo consenso no caso dos bens móveis que não se possam transportar. Observe-se, no entanto, que DOMAT lastreia sua afirmação a esse respeito no próprio direito romano⁵³⁶.

POTHIER, por sua vez, inicia seu *Traité du contrat de vente* afirmando que a compra e venda é um contrato inteiramente de direito natural e que desse direito deve-se extrair seu regramento⁵³⁷.

O autor arrola um objeto que exista ou que venha a existir, seja ele corpóreo ou incorpóreo, como elemento do contrato. No entanto, para que o pacto fosse válido, não seria necessário que o vendedor fosse proprietário do bem vendido. Segundo POTHIER, portanto, poder-se-ia vender validamente coisa alheia, ainda que sem o consentimento do verdadeiro proprietário. Obviamente, esclarece o autor, o vendedor não poderia eficazmente ceder ao comprador a propriedade, pois não se poderia transferir a outrem mais direitos do que se teria. No entanto, o contrato de compra e venda não consistiria na transferência da propriedade da coisa vendida. Assim, seria suficiente que o vendedor se obrigasse a fazer que o comprador tivesse para si a coisa vendida. Essa obrigação não

⁵³⁵ DOMAT, Jean. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tomo I. 2ª ed. Paris: Pierre Aubouin, Pierre Emery et Charles Clouzier, 1697, pág. 118.

⁵³⁶ Idem, *ibidem*, págs. 115-116. Assim DOMAT se expressa: “La délivrance des meubles se fait ou par le transport qui les fait passer en la puissance de l’acheteur (...) ou par la seule volonté du vendeur, & de l’acheteur, si le transport ne pouvoit s’en faire (...)” (“a entrega dos móveis se faz ou por transporte que os faz passar à posse do comprador (...) ou pela mera vontade do vendedor e do comprador, se o transporte não se pode fazer (...) – tradução livre).

⁵³⁷ POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de vente*. In: *Oeuvres de Pothier*, tomo III. Paris: Chanson, 1821, pág. 05.

deixaria de ser válida ainda que o vendedor não tivesse a possibilidade de satisfazê-la. POTHIER lastreia suas conclusões em ULPIANO⁵³⁸.

Com a leitura dos escritos de DOMAT e POTHIER sobre o tema, nota-se que, mesmo entre os autores do direito natural racional, a acolhida do princípio da eficácia real do contrato de compra e venda não foi unânime. Esses autores deram, pela organização do conteúdo, novas feições ao direito romano, mas, no que se refere à diferenciação entre título e modo de aquisição, não contrariaram a doutrina do direito comum. Todavia, a doutrina jusracionalista da eficácia real do contrato de compra e venda ganhou guarida no Código Civil francês.

4.1.2.3. *O regramento da transferência da propriedade móvel no Code Civil*

O *Code Civil* de 1804 aderiu expressamente à doutrina jusracionalista da eficácia real da compra e venda. No tocante à obrigação de dar em geral, o art. 1138 dispunha – e ainda dispõe – que a obrigação de entregar a coisa é perfeita pelo mero consentimento das partes. Especificamente quanto ao regramento da compra e venda, o art. 1583 do referido Código dispõe que a compra e venda se aperfeiçoa, e a propriedade é adquirida pelo comprador em face do vendedor, desde o momento em que se convencionou a respeito da coisa vendida e do preço, ainda que o objeto não tenha sido entregue ou o preço pago⁵³⁹.

O referido artigo impõe a regra geral quanto à transferência da propriedade em razão do consenso na compra e venda. O regramento do Código, entretanto, prevê algumas exceções ao princípio geral. Na versão original do Código, o art. 2279 impunha que, tratando-se de móveis, a posse valeria (= teria eficácia de) como título.

No entanto, a doutrina francesa que se formou em torno do Código aderiu sem muitas restrições ao princípio da consensualidade. MACARDÉ, por exemplo, afirmava que a definição do contrato de compra e venda, contida no art. 1582 do *Code Civil*, era

⁵³⁸ POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de vente*. In: *Oeuvres de Pothier*, tomo III. Paris: Chanson, 1821, págs. 07-08. A mesma ordem de ideias é exposta por POTHIER no seu *Traité des obligations*. In: *Oeuvres de Pothier*, tomo I. Paris: Chanson, 1821, n. 133, pág. 167.

⁵³⁹ Art. 1583, *Code Civil*: “Elle [a compra e venda] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l’acheteur à l’égard du vendeur, dès qu’on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n’ait pas encore été livrée ni le prix payé” (“Ela é aperfeiçoada entre as partes, e a propriedade é adquirida de direito pelo comprador em vista do vendedor, desde que se convencionou sobre a coisa e o preço, ainda que a coisa não tenha sido entregue nem o preço pago” – tradução livre).

imperfeita e poderia levar a erros se não fosse lida em conjunto com o art. 1583 e o art. 1138, já que, isoladamente, poderia deixar a impressão de que o contrato de compra e venda teria apenas efeitos obrigacionais⁵⁴⁰.

MACARDÉ esclarece que em Roma e no direito francês antigo, a compra e venda não tinha outro efeito que não o de criar, ante o vendedor, a obrigação de proporcionar ao comprador o livre desfrute da coisa, e não a propriedade que sobre ela recaía. Essa antiga concepção, criticada, segundo ele, por outros tantos autores franceses, foi expressamente repudiada pelo *Code*. O verdadeiro objeto do contrato de compra e venda seria a transmissão da propriedade da coisa vendida. Isso alteraria a antiga concepção romana – defendida expressamente por POTHIER – de que a venda de coisa alheia seria válida. MACARDÉ indica que essa possibilidade foi rechaçada pelo Código em seu art. 1599, que eivou de nulidade a venda efetivada *a non domino*⁵⁴¹.

DURANTON, em seu *Traité des contrats*, afirmava que deixaria de explicar por que razão os romanos não permitiam que o consenso, por si só, operasse a tradição, uma vez que o Código francês, ainda que não para todos os casos, havia consagrado princípio diferente, em vista da disposição do art. 1138⁵⁴².

O autor, no entanto, faz uma interessante observação: a princípio, após a promulgação do Código, a regra da transferência consensual não penetrou de pronto na jurisprudência da *Cour de Cassation*, que continuou a julgar, com base em uma lei do 7 Brumário, em favor do segundo comprador que levasse seu título a inscrição antes do primeiro. Reconhecendo que esse entendimento violentava o disposto no art. 1138 do *Code Civil*, a Corte reviu seu modo de decidir, reconhecendo que, no segundo contrato de compra e venda, o vendedor já não era titular da propriedade alienada, de sorte que deveria prevalecer a posição do primeiro comprador⁵⁴³.

O mesmo DURANTON procura demonstrar as exceções à regra geral da consensualidade, apontando que os contratos que não tivessem objeto certo e determinado não poderiam transmitir a propriedade pelo consenso. Do mesmo modo se se tratasse da

⁵⁴⁰ A definição criticada pelo autor é a seguinte: “La vente est une convention par laquelle l’un s’oblige a livrer une chose, et l’autre à la payer” (“A venda é uma convenção pela qual alguém se obriga a entregar uma coisa e outro a lhe pagar” – tradução livre). A referida crítica está contida nos comentários de MACARDÉ ao *Code*: MACARDÉ, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code civil*. 7ª ed. Paris: Delamotte et Fils, 1875. vol. VI. pág. 148.

⁵⁴¹ Idem, ibidem, pág. 149.

⁵⁴² DURANTON, Alexandre. *Traité des contrats et des obligations en général*, tomo I. Paris: Goueffier, 1819, pág. 423.

⁵⁴³ Idem, ibidem, págs. 441-442.

transmissão de bens *puramente mobiliários*, caso em que, havendo dois contratos sucessivos, prevaleceria a posição daquele que obtivesse a posse anteriormente, desde que a referida posse fosse de boa-fé. Essa era – e continua a ser – a disposição do art. 1142 do *Code*⁵⁴⁴.

TROPLONG, por sua vez, aduzia que o direito romano não reconhecia a eficácia real do contrato de compra e venda por ser dominado pelas fórmulas do velho direito civil republicano, o que o tornava escravo de palavras. Como as fórmulas sacramentais não estipulavam a compra e venda como ato de transferência da propriedade, o direito romano não reconhecia esse seu efeito. Prossegue o autor afirmando que, uma vez que o *Code*, em seu art. 1599, impunha a nulidade da venda realizada sobre coisa alheia, provado estava que o novo sistema rechaçava a regra romana que separava do contrato de compra e venda o efeito translativo da propriedade, exigindo a tradição do bem para tanto. TROPLONG afirma que o Código Civil havia afastado completamente a regra do direito romano, seguida por POTHIER, que se afastava da equidade e da razão⁵⁴⁵.

Vê-se, a partir dos autores lidos nesta seção, que a doutrina francesa aceitou, com maior ou menor relutância, a eficácia translativa do contrato de compra e venda, opondo-a sempre ao direito romano e ao antigo direito francês. Nas obras consultadas, esse sentido de oposição parece prevalecer sobre o discurso de maior adequação do novo sistema à razão ou à natureza das coisas. Nota-se, ainda, que os autores imputam ao regramento do Código a razão da mudança de sistema, sem menção aos autores ou costumes que inspiraram a modificação legislativa.

É possível observar, então, a *memorialização* em torno do Código, que, pelo discurso dos juristas, deve ser sempre feito presente. O Código passa, nos discursos analisados, referência da transposição do passado para o presente. DOMAT e POTHIER são apresentados como parte do passado ora negado, enquanto GROTIUS e PUFENDORF são *esquecidos* diante do regramento do Código. O que importa não é lembrar quem forjou a transmissão consensual. Isso pode ficar no passado. O que se torna *monumento* e deve compor o repertório do jurista é o Código.

⁵⁴⁴ DURANTON, Alexandre. *Traité des contrats et des obligations en général*, tomo I. Paris: Goueffier, 1819, págs. 444-445.

⁵⁴⁵ TROPLONG, Raymond Théodore. *De la Vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*. 3ª ed., tomo I. Paris: Charles Hingray, 1837, págs. 06-11.

Passo, em seguida, a verificar como e em que medida a doutrina da eficácia real da compra e venda chegou aos direitos português e brasileiro e se é possível verificar um discurso de conservação de uma tradição jurídica ou de inovação ao se filiar às novas ideias.

4.2. A eficácia real do contrato de compra e venda nos direitos português e brasileiro

4.2.1. A eficácia do contrato de compra e venda na privatística portuguesa da primeira metade do século XIX

4.2.1.1. A doutrina de PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE

PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE foi professor na Universidade de Coimbra reformada pelos novos Estatutos de 1772 e teria sido o “maior intérprete do espírito pombalino”⁵⁴⁶, além de ter contribuído, conforme aponta COELHO DA ROCHA, em conjunto com as reformas pombalinas, com o direito civil português ao sistematizá-lo pela primeira vez⁵⁴⁷. Com efeito, cumprindo as determinações dos estatutos, colocou em movimento o método *histórico-compêndiário* ao publicar a *Historia Iuris Civilis Lusitani* (1778), além de obras de síntese, como as *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, em quatro volumes publicados entre 1780 e 1793, obra essa que mais de perto interessa ao objeto deste estudo.

O autor preocupa-se com o direito nacional português, antes que com o direito natural ou o direito romano, embora MELO FREIRE, repetidamente, ao longo de sua obra, recorra aos autores do *usus modernus*, bem como ao próprio direito romano, para explicar o direito português. O autor procura, no entanto, seguir a orientação do regramento pombalino, extraíndo das *leis romanas* apenas aquilo que está conforme à *boa razão*.

A própria definição de obrigação adotada deixa entrever este ponto: MELO FREIRE escreve que “a obrigação é o vínculo de direito pelo qual somos constrangidos a pagar, fazer ou prestar, alguma coisa, segundo as leis da nossa Cidade (...)”, indicando, em seguida, como fonte o princípio do título *De obligationibus* das *Institutas*. Justificando a

⁵⁴⁶ GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, pág. 476.

⁵⁴⁷ COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições de direito civil portuguez*, 2 tomos, 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, pág. III.

adoção de um conceito do direito romano, o autor emenda que “esta definição explica bem a natureza da obrigação, e, como autêntica que é, não devemos abandoná-la”⁵⁴⁸.

Especificamente sobre o contrato de compra e venda, MELO FREIRE aduz que dele tratam prolixamente as Ordenações do Reino (L. IV, Tít. II) e que esse regramento reproduz quase todo o direito romano, razão pela qual anuncia que pouco dirá sobre essa matéria⁵⁴⁹.

Mais adiante, manifestando-se sobre os efeitos do contrato, afirma-se que o vendedor, embora obrigado a entregar a coisa vendida, mantém em sua esfera jurídica o domínio sobre ela até a tradição; esta, portanto, não é da essência do contrato de compra e venda. Consequência disso é que, caso o vendedor, ainda dono da coisa, venda-a novamente, tornar-se-á proprietário aquele a quem for a mercadoria primeiro entregue, e não aquele com quem primeiro se firmou o contrato⁵⁵⁰.

Nota-se, no entanto, que, embora MELO FREIRE exponha que o vendedor seja dono até a tradição, os riscos sobre a mercadoria seriam suportados pelo comprador nos casos de compra e venda perfeita, pois, por ser o vendedor devedor da coisa, liberta-se do vínculo pelo seu perecimento⁵⁵¹. Tem-se, com isso, a relativização da regra *res perit domino*, aplicando-se a distribuição do risco *como se* a propriedade sobre a coisa já tivesse sido transferida ao comprador. No entanto, deve-se acrescentar que isso não se deve a qualquer alinhamento do autor ao jusracionalismo, pois esse regramento já estava expresso nas próprias Ordenações Filipinas (L. IV, Tít. VIII), que seguiam, nesse ponto também, o direito romano⁵⁵².

No tomo II das *Instituições de Direito Civil Português*, MELO FREIRE trata da tradição como meio derivado de adquirir a propriedade segundo o direito natural. Embora admita a eficácia puramente obrigacional do contrato de compra e venda, como se viu acima, MELO FREIRE não deixa de conceber, acompanhando GRÓCIO e PUFENDORF, um certo grau de espiritualização da tradição. Segundo ele, pela simplicidade do direito natural, nada impede que o proprietário possa, por simples palavras, abdicar de seu

⁵⁴⁸ MELO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de direito civil português*. Trad. port. MENESES, Miguel Pinto de. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1966. Disponível em <http://www.iuslusitaniae.fesh.unl.pt/verobra.php?id_obra=76>. Último acesso aos 31 de maio de 2014, tomo III, pág. 37. Os grifos são do original.

⁵⁴⁹ Idem, ibidem, pág. 64.

⁵⁵⁰ Idem, ibidem, pág. 66.

⁵⁵¹ Idem, ibidem, pág. 68.

⁵⁵² Eis a disposição das Ordenações: “Tanto que a venda de qualquer cousa he de todo perfeita, toda a perda e perigo que dahi em diante acerca della aconteça, sempre acontece ao comprador, ainda que a perda e dano aconteça, antes que a cousa seja entregue. (...)”.

domínio e transferir a propriedade a outrem por qualquer ato externo que declare a vontade. O autor indica, como suas fontes, os próprios GRÓCIO e PUFENDORF, mas acrescenta que no direito romano era absolutamente necessária a tradição, assim como lhe parecia ser no direito português, segundo as Ordenações do Reino. Conceitua, então, MELO FREIRE a tradição como “qualquer facto, ou até quaisquer palavras do transmitente ou do aceitante, que para o efeito seguramente se tenha operado entre os contratantes”⁵⁵³.

Portanto, MELO FREIRE não abdica do direito romano e do direito português em nome das formulações jusracionalistas. Embora claramente as conhecesse e ordenasse seus escritos sobre direito civil segundo os métodos da “ordem racional”, não se foge de maneira absoluta da tradição do *ius commune* e do direito lusitano, o que pode ter explicação no dever legal de apresentar o direito nacional português, nos termos da Lei da Boa Razão e dos Estatutos da Universidade. Especificamente sobre o objeto deste estudo – a eficácia do contrato de compra e venda –, MELO FREIRE não faz defesa do consensualismo; todavia, ao estilo de DOMAT, parece querer promover alguma *espiritualização* da tradição, que, segundo ele, poderia prescindir de atos materiais, como vimos logo acima.

LIZ TEIXEIRA, docente da Universidade de Coimbra que escreveu um comentário às *Instituições* de MELO FREIRE, aduz que não só pela simplicidade da natureza, como afirmou MELO FREIRE, como também pelo estado social, palavras claras e que exponham inequivocamente a vontade podem ser suficientes para efetivar a renúncia e aceitação da propriedade “com toda e a mesma firmeza, que lhe podia dar a tradição, uma vez que a lei civil o approve”⁵⁵⁴. Em seguida, o autor afirma que sob esses fundamentos assenta-se a regra contida no art. 1583 do Código Civil francês, segundo a qual, como já expus, o consenso não só forma o contrato de compra e venda, como também transfere a propriedade do bem sobre que recai.

LIZ TEIXEIRA, em seguida, propõe-se a investigar qual sistema, o romano ou o francês, seria mais conveniente, concluindo que a transferência não interessa apenas às partes envolvidas, mas também aos terceiros, de modo que deve haver sinal externo

⁵⁵³ MELO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de direito civil português*. Trad. port. MENESES, Miguel Pinto de. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1966. Disponível em <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=76>. Último acesso aos 31 de maio de 2014, tomo III, pág. 67.

⁵⁵⁴ LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. *Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou commentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, tomo II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, págs. 99-100.

inequívoco da transmissão⁵⁵⁵. Assim, o autor em questão coloca em vantagem a tradição do *ius commune* e do direito português sobre a construção jusracionalista. Não se identifica, portanto, doutrina tendente à inovação jusracionalista sobre a eficácia do contrato de compra e venda.

4.2.1.2. JOSÉ HOMEM CORREA TELLES

CORREA TELLES narra que, após participar das Cortes de 1821 e 1826, e tendo estas deliberado fazer novos Códigos, julgou que não poderia haver Código melhor que um tratado dos direitos e obrigações civis que fosse perfeito “porque todos os milhares de questões, que no Foro, ou fora dele, se podem agitar, vem a cifrar-se nisto; se uma parte tem direito, se a outra tem obrigação”⁵⁵⁶.

O autor esclarece que, por determinação das Cortes, os novos Códigos deveriam conformar-se às leis e aos costumes da nação. Por essa razão, procurou apontar em todos os artigos de seu *Digesto português* as leis e os doutores que os fundamentaram⁵⁵⁷. Quanto ao direito romano, CORREA TELLES aponta-lhe grande autoridade extrínseca em virtude dos Estatutos da Universidade (L. 2, Tít. 5, Cap. 2, § 19), que mandavam aplicar o antigo direito nos casos em que as Ordenações fossem omissas, sempre que não houvesse oposição às próprias Ordenações ou às “Leis Naturaes, Políticas, Economicas, Mercantís e Maritimas das Nações civilizadas”. Assim, enquanto não fossem dados Códigos mais perfeitos que as Ordenações, não se poderia, como fizeram os franceses, desautorizar por completo o direito romano, que permanecia, então, vigente, na qualidade de fonte subsidiária⁵⁵⁸.

CORREA TELLES afirma que “adquirimos a propriedade das cousas pela compra”, o que parece indicar o alinhamento com a teoria da eficácia real da compra e venda, sem que houvesse a necessidade de ato logicamente posterior ao contrato para que fosse transferido

⁵⁵⁵ LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. *Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou commentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, tomo II. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845, pág. 100.

⁵⁵⁶ CORREA TELLES, José Homem. *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis accomodado às leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil*, tomo I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, pág. 03.

⁵⁵⁷ Idem, ibidem, pág. 04.

⁵⁵⁸ Idem, ibidem, págs. 04-05.

o domínio⁵⁵⁹. A seguir, no entanto, o autor acrescenta que bastaria o consenso recíproco entre vendedor e comprador sobre a coisa e o preço para que o contrato se aperfeiçoasse e a ação fosse produzida, exceto nos casos em que as partes ajustassem reduzir o pacto a escrito particular ou escritura pública. Em nota de rodapé, indica-se o Livro IV, Título II, *pr.* das Ordenações Filipinas como o fundamento dessa ação. O referido texto legislativo trata das *pretensões e ações pessoais* que são atribuídas ao comprador e ao vendedor reciprocamente para haver a coisa devida ou o preço⁵⁶⁰. Com efeito, em obra anterior denominada *Doutrina das Ações*, de 1819, CORREA TELLES arrolava entre as ações atribuídas ao comprador, desde que pagasse o preço, a *ação para entrega da coisa*, que não teria natureza real⁵⁶¹.

A despeito disso, CORREA TELLES apresenta outro indicativo de que se alinharia com a doutrina da transmissão consensual: para plena validade do contrato de compra e venda, seria necessário que o vendedor fosse titular do poder de disposição sobre o objeto, o que se alinha com o regramento do *Code Civil* de 1804, segundo o qual seria nulo o contrato de compra e venda que recaísse sobre bem alheio, justamente porque, nesses casos, o vendedor não poderia transferir eficazmente o poder jurídico sobre o objeto.

Do mesmo modo que MELO FREIRE, também expõe CORREA TELLES, com base nas Ordenações (L. 4, Tít. 8, *pr.*) que o risco pela perda da coisa vendida é imputado ao comprador, quando a venda é perfeita, *como se* este já fosse proprietário. Quando houvesse necessidade de medir ou pesar o objeto, antes que fossem realizados esses atos de mensuração não se teria por aperfeiçoado o pacto, caso em que os riscos correriam, então, por conta do vendedor⁵⁶².

É mais adiante, no entanto, no próprio *Digesto Português* que a adesão do autor à doutrina jusracionalista é explicitada. No art. 380 da obra, CORREA TELLES formula que, “logo que a compra e venda é perfeita, se o vendedor tinha a propriedade da coisa, é

⁵⁵⁹ CORREA TELLES, José Homem. *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis accomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil*, tomo III. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, pág. 33.

⁵⁶⁰ Eis o texto das Ordenações: “Fazendo-se compra e venda de alguma certa coisa por certo preço, depois que o contracto he acordado e firmado pelas partes, não se póde mais alguma dellas arrepender sem o consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda, logo esse contracto he perfeito e acabado, em tanto que dando, ou effe[r]ecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será elle obrigado de lhe entregar a coisa vendida, se fôr em seu poder; e se em seu poder não fôr, pagar-lhe-há todo o interesse, que lhe pertencer, assi por respeito do ganho, como por respeito da perda”.

⁵⁶¹ CORREA TELLES, José Homem. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, págs. 339-340.

⁵⁶² CORREA TELLES, José Homem. *Op. cit.*, pág. 57.

trespassada no comprador independente de este ser entregue, e de ter pagado o preço”. A seguir, o corolário do princípio é exposto no art. 381: “Portanto ainda que o vendedor faça nova venda da mesma cousa, o primeiro comprador deve preferir ao segundo”. Em nota de rodapé a esse dispositivo, CORREA TELLES menciona expressamente que as Ordenações dispõem em sentido contrário, acrescentando tratar-se de “Leis repugnantes às regras da boa razão”⁵⁶³.

Portanto, CORREA TELLES aderiu expressamente à doutrina jusracionalista da transferência consensual do direito real de propriedade por meio do contrato e compra e venda, posição que repercutiu nas doutrinas portuguesa e brasileira, como se verá a seguir.

4.2.1.3. MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA

COELHO DA ROCHA, após elogiosa referência às reformas pombalinas e a PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, que teriam tirado o direito português da obscuridade em que “jazeu até o reinado de D. José”, afirma que, desde as *Instituições* de MELO FREIRE, não havia cessado de ser modificada a legislação portuguesa. Além de que a reforma universitária havia modificado o plano de estudos, o que exigiria a redação de uma nova obra destinada ao ambiente acadêmico, tarefa árdua a que o autor se propôs⁵⁶⁴.

A organização dessa obra de COELHO DA ROCHA, segundo o próprio autor, imita a divisão das matérias dada ao *Manual de Direito Romano* de Mackeldey, que já adota a separação entre *parte geral* e *parte especial*, além de uma *introdução* contendo noções

⁵⁶³ CORREA TELLES, José Homem. *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis accomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil*, tomo III. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835, pág. 64. No *Manual do tabelião*, obra de cunho eminentemente prático, CORREA TELLES insere no modelo de escritura de compra e venda uma cláusula de estilo em que se declara que os vendedores “desde já transferem no Comprador todo o domínio, direito, acção e posse do dicto Campo, e suas pertenças (...)” (*Manual do tabellião*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842, pág. 25), o que, pela natureza da obra, não implicaria uma adesão do autor à teoria jusracionalista da transmissão consensual da propriedade. No entanto, conhecendo-se seu posicionamento teórico, é possível concluir que também nessa passagem o autor está expressamente alinhado com a teoria da transmissão consensual. Além disso, pode-se vislumbrar que talvez a praxe relativizasse a regra das Ordenações que exigia a tradição para transmissão da propriedade. COELHO DA ROCHA corroboraria essa hipótese, pois, ao comentar a praxe de inserir essa cláusula no instrumento de venda, afirma que a prática afastava, muitas vezes, a disposição expressa das Ordenações, no Livro IV, Tít. VII, que consagrava a bipartição entre *título* e *modo* de aquisição. Acrescenta, ainda, que tal “cláusula não é uma simples redundancia tabelliôa; tem o effeito importante de não deixar o domínio para a tradição o qual se deve attender e respeitar” (*Instituições de direito civil portuguez*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, tomo II, págs. 746-747).

⁵⁶⁴ COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Op. cit.*, págs. III-IV.

gerais e históricas sobre a lei e as fontes de direito⁵⁶⁵. Mais tarde, TEIXEIRA DE FREITAS criticará o autor, afirmando que a “imitação muito discorda do modelo”.

É no segundo tomo de suas *Instituições* que o autor vai se dedicar ao contrato de compra e venda e sua eficácia. COELHO DA ROCHA define a compra e venda como o “contracto, pelo qual uma pessoa se obriga a entregar certa coisa a outra, recebendo desta um preço determinado”, sendo essencial a esse contrato indicar-se a coisa cuja propriedade se transfere⁵⁶⁶. Mais adiante, o autor afirma ser nula a venda feita por quem não é dono, afastando-se, com isso, da doutrina do *ius commune* e das Ordenações⁵⁶⁷. No entanto, ao tratar especificamente dos efeitos da venda, enuncia-se que, sendo o contrato *puro*, ou seja, sem aposição de condição ou termo, “a propriedade da coisa vendida somente passa para o comprador desde a entrega (...)”, indicando-se, a seguir, a passagem das Ordenações autorizadora da afirmação (L. IV, Tit. VII).

Em uma nota ao final do segundo tomo, todavia, COELHO DA ROCHA propõe-se a debater de forma mais aprofundada a problemática da transferência da propriedade da coisa comprada. O autor coloca a questão em termo de se saber em que momento se dá a transferência da propriedade: no momento em que se aperfeiçoa o contrato ou com o ato posterior de entrega? Ou seja, seria necessária a entrega apenas para os efeitos de transferência da posse ou também teria eficácia de transferência da propriedade?⁵⁶⁸

Parte-se, então, da análise dos dispositivos de direito romano pertinentes ao problema, apontando-se que os excertos do *Digesto* e das *Institutas* forçam concluir que a propriedade, não só no contrato de compra e venda, mas também em outros contratos, apenas é transferida após a *traditio*. A razão para o sistema de separação entre *modo* e *título* de aquisição seria a ideia “natural e óbvia” de que somente por abstração se pode separar o domínio da posse, afinal “como póde dispor arbitrariamente da sua coisa aquelle, que a não tem em seu poder?”⁵⁶⁹. Com isso, o contrato de compra e venda, para os efeitos das obrigações e ações que dele decorrem, dir-se-ia, em direito romano, perfeito com o consentimento entre comprador e vendedor; entretanto, para os efeitos de transferência da propriedade, necessitar-se-ia para seu aperfeiçoamento do ato posterior da tradição.

⁵⁶⁵ COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições de direito civil portuguez*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, tomo II, pág. V.

⁵⁶⁶ Idem, ibidem, pág. 627.

⁵⁶⁷ Idem, ibidem, pág. 630.

⁵⁶⁸ Idem, ibidem, pág. 745.

⁵⁶⁹ Idem, ibidem, págs. 745-746.

Segue-se, então, a análise dos Códigos modernos. Os “códigos alemães” em geral, como o prussiano e o austríaco, teriam seguido as disposições do direito romano. No entanto, prossegue COELHO DA ROCHA, o Código francês e aqueles que o seguiram estabeleceram que a propriedade passa ao comprador por efeito do contrato, independentemente da entrega. Segundo ele, ainda, “esta é também geralmente a opinião dos escriptores de direito natural”⁵⁷⁰.

Ao analisar o direito português, seria necessário reconhecer, de acordo com o autor, que a prática contratual, muitas vezes, acabava por afastar a disposição do Livro IV, Título VII, das Ordenações.

Passa-se, então, à análise dos reflexos da adoção de uma ou outra teoria quanto à venda da mesma coisa a mais de uma pessoa, bem como quanto à distribuição do risco pelo perecimento do objeto.

Em relação à primeira hipótese, de acordo com o sistema das Ordenações, preferir-se-ia aquele que primeiro recebeu a coisa, ainda não fosse ele o primeiro a firmar a compra e venda, enquanto, pelo sistema francês, preferir-se-ia o primeiro comprador, ainda que este não tivesse recebido o bem objeto do contrato. COELHO DA ROCHA, todavia, adverte que, em França, sentiram-se muitos inconvenientes provenientes dessa regra em relação aos bens móveis, de modo que se voltou a aplicar, em relação a estes, a regra romana, explícita no art. 1141 do *Code Civil*⁵⁷¹.

Em relação aos riscos da coisa, explicava COELHO DA ROCHA que nas relações entre proprietário e possuidor, aplicar-se-ia, pelo direito romano, a regra *res suo domino perit*, enquanto, para os casos entre propriedade (vendedor) e credor da coisa (comprador), aplicar-se-ia a regra *debitor rei certae eius interatu liberatur*, atribuindo-se, assim, ao comprador o risco pelo perecimento da coisa. O autor julga essa regra muito dura e injusta, de modo que *de iure constituendo* seriam mais ajustadas as regras dos Códigos alemães, que retiravam os efeitos do contrato caso a coisa percesse antes da entrega⁵⁷².

Portanto, COELHO DA ROCHA, ao tratar do direito vigente em Portugal, respeitava-lhe as disposições, assim como fez MELO FREIRE anos antes. No entanto, não ignorava o

⁵⁷⁰ COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições de direito civil portuguez*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852, tomo II, pág. 746.

⁵⁷¹ Idem, ibidem, pág. 747.

⁵⁷² Idem, ibidem, pág. 748.

estado da doutrina e dos Códigos modernos, fazendo um balanço entre a doutrina do *ius commune* e do jusracionalismo a respeito da eficácia do contrato de compra e venda.

Vê-se, assim, que, entre os autores lidos nesta seção, CORREA TELLES é o único que aderiu explicitamente ao consensualismo. A despeito disso, essa doutrina foi adotada pelo Código Civil português de 1867. Assim como no caso francês, em que, antes da codificação, a teoria da eficácia real do contrato de compra e venda não era unânime entre os escritores – nem mesmo DOMAT e POTHIER, grandes influenciadores do sistema do *Code Civil*, seguiam-na –, em Portugal, do mesmo modo, a doutrina não era unânime, embora conhecida e debatida entre os principais civilistas. Isso não impediu, entretanto, que a legislação, posteriormente, adotasse a nova sistemática que prescindiria da distinção entre *título e modo* de aquisição.

Deve-se observar que as disposições referentes ao direito subsidiário contidas na Lei de 18 de agosto de 1769 e nos Estatutos da Universidade de 1772 teriam o potencial de permitir que, por meio da aferição do *uso moderno do direito romano* a partir da legislação e dos autores estrangeiros, além do direito civil, também o direito comercial português sofresse o influxo das ideias jusracionalistas. Argumentam alguns, inclusive, que a metodologia de integração de lacunas inaugurada pelas reformas pombalinas teria afetado de maneira mais decisiva o direito mercantil que o direito civil⁵⁷³. Desse modo, faz-se mister a análise também de textos de juristas ocupados deste sub-ramo do direito privado para procurar entender como foi encarada por eles a inovação da transferência consensual

⁵⁷³ Antes mesmo do advento dos Estatutos pombalinos, a Lei da Boa Razão já era utilizada como fundamento para serem declarados revogados alguns dispositivos das Ordenações Filipinas que não se coadunavam com a prática mercantil moderna. É possível apontar, assim, que a disposição do mencionado § 9º do diploma não foi ignorada pelos tribunais. Bem ao contrário, teve importante aplicação na prática decisória.

A título exemplificativo, veja-se o Assento da Casa da Suplicação de 23 de novembro de 1769, que confirma a revogação do Título LIX do Livro III das Ordenações Filipinas quanto aos comerciantes, em vista da aplicabilidade, para a matéria, da legislação da Europa culta e polida, mais favorável ao tráfico comercial. Dispunha o Título LIX do Livro III das Ordenações que qualquer negócio jurídico – firmado por qualquer pessoa de direito público ou de direito privado, versando sobre “bens de raiz”, cujo preço passasse de quatro mil réis, ou, sendo coisas móveis, o valor ultrapassasse sessenta mil réis – apenas teria validade caso fosse lavrado o instrumento público por tabelião.

O referido assento reconhecia que são muitas as dificuldades acarretadas pelo dispositivo das Ordenações para o tráfico mercantil, declarando-se derogada aquela disposição aos mercadores e homens de negócio: “Se assentou uniformemente, que a dita Ordenação do Liv. 3. Tít. 59 não podia, nem póde ter alguma applicação aos sobreditos Mercadores, e Homens de Negocio, e que as suas obrigações, procurações, e fórmias dellas, não havendo sido tractadas, reguladas, e decididas pelas Leis deste reino, se devem somente regular pelas Leis Maritimas, e Comerciaes da Europa illuminada, pelo Direito das gentes, e Costumes louvavel e geralmente praticadas pelas Nações comerciantes da mesma Europa, como já se acha expressa, e litteralmente determinado pelo § 9º da Providentissima Lei de 18 de Agosto deste presente anno (...)”.

Nota-se, portanto, que o assento em comento confirma, com fundamento na Lei da Boa Razão, a revogação da norma contida nas Ordenações Filipinas, Livro III, Título LIX, apenas em relação aos mercadores. Os negócios de direito civil continuariam regrados pelas Ordenações.

da propriedade. Teremos em vista dois autores, um português, outro brasileiro: JOSÉ FERREIRA BORGES, autor comercialista encarregado de elaborar o projeto de Código Comercial português, e JOSÉ DA SILVA LISBOA, autor de extensa obra sobre diversos ramos do conhecimento, cujos *Princípios de Direito Mercantil* teriam feito as vezes de Código Comercial brasileiro por algumas décadas.

4.2.1.4. O Dicionário Jurídico-Comercial de JOSÉ FERREIRA BORGES

JOSÉ FERREIRA BORGES, incumbido de organizar um projeto de Código Comercial para Portugal, julgou por bem, antes de levar a efeito este intento, compilar uma obra de caráter geral, abordando tanto o direito comercial como o direito civil, pois mal se poderia “colocar a exceção se não soubessemos estabelecer a regra”⁵⁷⁴. O dicionário, cuja primeira edição data de 1833, seria, conforme o autor, o resultado desse intento.

A exigência de uma obra como aquela seria sentida, conforme FERREIRA BORGES, uma vez que, à época, careciam Portugal e Espanha de escritores de direito mercantil que apresentassem a matéria de forma sistemática⁵⁷⁵. O dicionário, então, seria útil como uma espécie de manual de que se serviriam os homens do comércio de forma geral. Não seria esta tarefa de pouca monta, já que, no sentir do autor, não haveria homem que não fosse, em alguma medida, comerciante⁵⁷⁶.

FERREIRA BORGES aponta suas fontes, aduzindo que, para o direito civil, “em falta de lei pátria expressa, preferimos as determinações do *Código Civil de França*, a mais sabia e precisa coleção de direito civil, que conhecemos, e que podia ser com pouquíssimas exceções o Código geral das nações⁵⁷⁷”. Essa passagem é interessante, pois o autor declara fazer uso, a título de direito subsidiário, de uma fonte estrangeira sem nem sequer se preocupar em afirmar sua conformidade à boa razão ou em ser ela demonstrativa do *uso moderno do direito romano*. Ser a mais *sábia e precisa* coleção de direito civil seria legitimação suficiente para servir de fonte subsidiária em Portugal e no Brasil.

⁵⁷⁴ FERREIRA BORGES, José. *Dicionário jurídico-commercial*. 2ª ed. Porto: Sebastião José Pereira, 1856, pág. V.

⁵⁷⁵ Idem, *ibidem*, pág. VI. Assim se expressa o autor: “Nós, forçoso é confessal-o, somos a unica nação, que não tem escriptores commerciaes, e n’esta parte tambem a Hespanha não nos leva grandissima vantagem (...)”.

⁵⁷⁶ Idem, *ibidem*, pág. VI.

⁵⁷⁷ Idem, *ibidem*, pág. VII.

Ao tratar do contrato de compra e venda no verbete respectivo, FERREIRA BORGES dá mostra de sua admiração pelo *Code Civil* de 1804, preferindo-o mesmo quando há disposição expressa das Ordenações portuguesas para a matéria, embora não haja uma adesão inequívoca ao consensualismo. Como já vimos *supra* (item 4.1.1), as Ordenações Filipinas consagraram os efeitos puramente obrigacionais da compra e venda, de modo que o contrato que recaísse sobre coisa alheia, ou a segunda venda sobre a mesma coisa, teriam validade, podendo o comprador preterido exigir de volta o preço pago, além do “interesse” que lhe dissesse respeito (cfr. Ord., L. IV, Tít. VII). FERREIRA BORGES, ignorando o mencionado dispositivo, afirma que a venda que recaísse sobre bem alheio seria nula, e indica como fonte o art. 1599 do Código Civil francês⁵⁷⁸.

No verbete referente à tradição, o autor afirma que, no sistema das Ordenações, é ela complemento do contrato de compra e venda, sendo a propriedade transferida somente após a efetiva entrega do objeto, seja ela *brevi manu*, *longa manu*, *ficta*, *simbólica* etc. Todavia, ainda que fosse esse o sistema no direito civil, afirma FERREIRA BORGES, a legislação comercial seria diversa em algumas circunstâncias⁵⁷⁹.

A reivindicação, que o autor define como “acção pela qual se reclama uma coisa a titulo de dono d’ella”, não seria, assim, atribuída, pelo direito civil, ao comprador a quem a coisa ainda não foi entregue, afinal, este não seria ainda o seu proprietário. Nesse verbete o autor transcreve os artigos pertinentes extraídos do Código Comercial belga⁵⁸⁰.

Curiosamente, além do verbete referente à compra e venda, o autor escreve outro sobre a *venda*, em que se declara tratar daquilo que não foi objeto do primeiro verbete, formando-se, assim, com a combinação das duas entradas, “um todo util ao leitor”⁵⁸¹.

Inicia-se, assim, esse novo texto sobre o contrato de compra e venda, procurando-se aproximar essa figura da do contrato de permuta. Para FERREIRA BORGES, recair sobre dinheiro uma das prestações devidas por efeito da compra e venda não é suficiente para concluir que a permuta seja contrato dela diferente, pois, segundo ele, nem todo preço deve ser adimplido em dinheiro. Não haveria razão, então, para restringir, como fez o Código Civil francês, a aplicação da figura da lesão aos contratos de permuta e compra e venda

⁵⁷⁸ FERREIRA BORGES, José. *Dicionário jurídico-commercial*. 2ª ed. Porto: Sebastião José Pereira, 1856, pág. 91.

⁵⁷⁹ Idem, *ibidem*, pág. 405.

⁵⁸⁰ Idem, *ibidem*, pág. 349.

⁵⁸¹ Idem, *ibidem*, pág. 417.

comercial. Nesse ponto, parecia ao autor ser *mais jurídico* o sistema das Ordenações (L. IV, Tít. XIII, § 6º), que admitia a rescisão da venda por lesão⁵⁸².

Em seguida, o autor passa a analisar a hipótese de tradição simbólica, questionando se teria eficácia de transmissão da propriedade a entrega, de um comerciante a outro, da fatura referente às mercadorias que estão em outra localidade. Sem nem sequer aludir ao consensualismo, FERREIRA BORGES conclui que não, pois, para o efeito translativo da tradição simbólica, exigir-se-iam dois fatores: *a)* que a entrega dos objetos que representam a coisa fosse feita na presença da própria coisa; *b)* não bastaria a entrega de objeto que representasse a própria venda – no caso, a fatura –, mas o objeto que representasse a potencialidade de tomar a posse, como as chaves do armazém ou uma carta autorizando a retirada pelo comprador⁵⁸³.

Conclui-se, com isso, que, embora FERREIRA BORGES fosse declaradamente admirador da sistemática e da doutrina do *Code Civil*, preferindo-a por vezes ao direito português, não houve, de sua parte, especial aderência à doutrina jusracionalista da eficácia translativa do contrato de compra e venda, permanecendo fiel à antiga regra romana e do *ius commune*.

Passemos, em seguida, a verificar como a questão aparece em outro comercialista, agora brasileiro: JOSÉ DA SILVA LISBOA.

4.2.2. A eficácia do contrato de compra e venda entre autores privatistas brasileiros

4.2.2.1. JOSÉ DA SILVA LISBOA

Em vista da ausência de legislação mercantil, além da falta de obras especializadas nesse sub-ramo do direito privado entre os cultores da língua portuguesa, como vimos atestar acima (item 4.2.1.4) o próprio FERREIRA BORGES, houve, em Portugal e, também, no Brasil pós-abertura dos portos, um vácuo legislativo que demandou integração com base nos preceitos da Lei da Boa Razão e dos Estatutos da Universidade.

⁵⁸² FERREIRA BORGES, José. *Dicionário jurídico-commercial*. 2ª ed. Porto: Sebastião José Pereira, 1856, págs. 417-418.

⁵⁸³ Idem, *ibidem*, pág. 419.

Com isso, tivemos entre nós a aplicação da legislação mercantil estrangeira, especialmente do Código Comercial francês de 1807, do espanhol, de 1829, bem como do Português, de 1833. Alguns pronunciamentos políticos ocorridos ao longo dos debates parlamentares sobre o Código Comercial brasileiro dão conta dessa situação. Transcrevemos, abaixo, parte da fala do deputado Pereira da Silva, em discussão com o deputado Urbano Sabino Pessoa, na sessão de 30 de agosto de 1843 na Câmara dos Deputados:

E qual é a legislação que temos commercial? A lei de 18 de Agosto de 1769, que, com alguns alvarás, dispõe pequenas medidas e que manda em todos os casos omissos reger-se pela legislação dos povos mais cultos. Ora, quasi todos os casos são omissos, e os que o não são já as luzes do seculo presente prescreverão; as nações estrangeiras pelos seus hábitos e costumes têm differenças mais ou menos sensiveis em suas leis, e o que acontece? É que cada magistrado, que tem de dar uma sentença sobre questões commerciaes, dá como lhe parece. Não ha homogeneidade, não há conhecimento fixo e determinado de todos os estylos e usos das praças de commercio, que devem influir nos julgamentos, de modo que não são unanimes os magistrados nos julgamentos. As questões dos seguros, das preferencias de credores, dos contractos de riscos, das quebras e banca-rotas fraudulentas, não tendo legislação, são decididas e julgadas tão differentemente, quantos são os magistrados que tomão dellas conhecimento. O codigo criminal do imperio define o crime de banca-rota aquelle que fôr assim qualificado pelas leis commerciaes; não há leis commerciaes a respeito; nas das nações estrangeiras ha differenças em banca-rotas fraudulentas e banca-rotas com culpa; a experiencia tem mostrado que dessa falta de legislação resulta que o crime de banca-rota não existe no Brazil⁵⁸⁴.

Na sessão de 02 de julho de 1845, o Deputado Junqueira afirma que “os tribunaes se têm regulado até agora pela legislação subsidiaria das nações civilisadas, quer do código commercial francez, quer da Hespanha, e ultimamente do código commercial portuguez⁵⁸⁵”.

CANDIDO MENDES DE ALMEIDA, na *Introdução* que escreveu à sexta edição dos *Princípios de Direito Mercantil*, de JOSÉ DA SILVA LISBOA, dá conta da mesma situação, mas acrescenta que, além dos Códigos estrangeiros, também os referidos *Princípios* auxiliavam na solução dos casos de direito mercantil. Informa aquele autor que seria a obra de LISBOA, à sua época, única em sua língua e “de indisputavel authoridade em todos os

⁵⁸⁴ *Anais da Câmara dos Deputados*, sessão de 30 de setembro de 1843.

⁵⁸⁵ *Idem*, sessão de 02 de julho de 1845.

domínios da Monarquia Portuguesa, como o assegura FERREIRA BORGES”, e teria feito as vezes de Código Comercial⁵⁸⁶.

É possível, então, apontar que teriam sido os *Princípios de Direito Mercantil* referência entre seus contemporâneos, em um ramo do direito aparentemente bastante receptivo à legislação estrangeira. Como teria, então, se posicionado seu autor ante a doutrina jusracionalista sobre a eficácia da compra e venda?

A compra e venda é tratada por JOSÉ DA SILVA LISBOA, no *Tratado quinto dos Princípios*. Após uma exposição geral sobre os contratos mercantis, o autor inicia o capítulo sobre o contrato em questão aduzindo ser a compra e venda o “mais universal dos Contractos civis, e mercantis”. Prossegue o autor caracterizando-a como pacto mediante o qual “se adquire alguma propriedade ou valor, mediando hum preço ajustado: e por isso se diz, que a sua essência consiste em trez requisitos, *consentimento* de ambas as partes, *cousa certa*, e *preço*, em dinheiro ou seus equivalentes”⁵⁸⁷.

Mais adiante, o autor diferencia a compra e venda *perfeita* da compra e venda *consumada*. O contrato é, segundo SILVA LISBOA, perfeito tão logo as partes acordem quanto à coisa e ao preço. Assim, pelo simples consentimento, o “Contracto adquire firmeza, em modo, que já nenhuma das partes se pôde retractar, nem dissolver o ajuste sem que a outra o consinta (...)”. O efeito do aperfeiçoamento do contrato é que a cada uma das partes foi atribuído um direito: “o vendedor para haver o preço convencionado, e o comprador para a entrega da coisa vendida”⁵⁸⁸.

Assim, por efeito do consentimento, aperfeiçoa-se o contrato, e, em razão disso, a cada uma das partes é atribuído um poder jurídico tendente à efetivação da respectiva prestação. Não teria, portanto, para SILVA LISBOA, eficácia translativa o contrato de compra e venda.

⁵⁸⁶ MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Introdução a SILVA LISBOA, José da. Princípios de direito mercantil e leis de marinha divididos em sete tratados elementares, contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos maritimos das principaes praças da Europa*, tomo I. 6ª ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874, pág. VII.

É o próprio FERREIRA BORGES quem atesta terem as obras de SILVA LISBOA servido de Código Mercantil para Portugal. As palavras do ilustre comercialista português estão transcritas nas *Regras da Praça* do próprio SILVA LISBOA, consultada na forma de anexo à edição dos *Princípios de Direito Mercantil* organizada por CANDIDO MENDES DE ALMEIDA: “(...): provão que o primeiro Jurisconsulto Commercial que escreveo em nossa linguagem o Sr. José da Silva Lisbôa, Visconde de Cayrú, o elogia; este venerando Jurisconsulto, cujas obras forão *Codigo Mercantil* para Portugal, até á publicação do *Codigo Commercial Portuguez* (...)” (SILVA LISBOA, José da. *Op. cit.*, pág. 956).

⁵⁸⁷ LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, pág. 472. Grifos no original.

⁵⁸⁸ Idem, *ibidem*, pág. 473.

Tanto é assim que o autor prossegue explicando o que se entende por compra e venda consumada: tratar-se-ia do momento em que o “vendedor recebe effectivamente o preço, e o comprador a cousa que comprou”. E essa entrega se dá por meio da *tradição*, seja ela *real, ficta, de longa e breve mão*: “sendo a venda *simples, e pura*, isto he, sem alguma condição, feita a entrega por qualquer destes modos, logo o perigo, e damno da cousa comprada he todo por conta do comprador, como senhor que fica sendo da mesma cousa (...)”; ao contrário, nas vendas condicionais, até o aperfeiçoamento da condição, o risco correria por conta do vendedor⁵⁸⁹.

A seguir, o autor, então, afasta sem hesitação o consensualismo, afirmando que “na compra, e venda não basta o titulo para transferir o dominio ao comprador: he necessaria ou a tradição por qualquer dos modos ditos, ou que o vendedor siga a fé do mesmo comprador (...)”⁵⁹⁰.

Conclui-se, então, que, embora JOSÉ DA SILVA LISBOA tenha realizado seus estudos em nível superior na recém-reformada Universidade de Coimbra⁵⁹¹, especificamente no que se refere à sistemática de transmissão da propriedade, as ideias jusracionalistas não penetraram em sua obra, ainda que, hipoteticamente, em outros pontos, seja possível vislumbrar algum rompimento com a tradição do direito luso-brasileiro⁵⁹².

⁵⁸⁹ LISBOA, José da Silva. *Princípios de direito mercantil e leis da marinha*, tomo II, 6ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Academica, 1874, págs. 473-474.

⁵⁹⁰ Idem, *ibidem*, pág. 474.

⁵⁹¹ JOSÉ DA SILVA LISBOA teria chegado a Portugal em 1773 para dar prosseguimento aos seus estudos. Seu pai, Henrique da Silva Lisboa, era operário em obras, e o futuro Visconde pôde ir à Universidade pelo apoio do bispo de Coimbra, D. Francisco de Lemos de Faria Pereira Coutinho. Apesar das origens humildes, Henrique da Silva Lisboa conseguiu enviar a Coimbra quatro de seus filhos.

Sobre a formação de Cairu, TEREZA CRISTINA KIRSCHNER aduz: “a formação de Silva Lisboa insere-se, portanto, nesse contexto de reformas provenientes de uma mudança de percepção do universo jurídico. Além de cursar a faculdade de Cânones e as disciplinas obrigatórias no curso de Leis, Lisboa frequentou, simultaneamente, o curso de Filosofia, onde assimilou a importância da filosofia natural para a exploração dos recursos do império português” (KIRSCHNER, Tereza Cristina. *José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu: itinerários de um ilustrado luso-brasileiro*. Belo Horizonte: Alameda, 2009, pág. 37).

⁵⁹² No mesmo *Tratado quinto dos Princípios de Direito Mercantil*, SILVA LISBOA arrola a causa como requisito de validade dos contratos, o que não se coaduna com as disposições do direito romano e do direito comum sobre a questão. A respeito, veja-se ONOFRI, Renato Sedano. *A teoria da causa subjetiva como expressão jusracionalista no Código Comercial brasileiro de 1850*. Dissertação. São Paulo: USP(FD), 2012. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-160649/pt-br.php>>. Último acesso aos 14 de junho de 2014.

4.2.2.2. Breve apontamento sobre o regramento do Código Comercial brasileiro (1850)

A Carta constitucional outorgada em 1824 por D. Pedro prometia, solenemente, os Códigos Criminal e Civil para o Brasil no art. 179, inc. XVIII. O governo imperial desincumbiu-se da promessa, quanto ao Código Penal, em 1830. Em relação ao direito privado, como cediço, a vigência do primeiro Código Civil brasileiro teve termo inicial, apenas, em 1917. Todavia, quanto ao direito comercial, já em 1850 o Brasil organizara um Código, constituindo este, portanto, o primeiro Código de direito privado nacional⁵⁹³.

A despeito de a codificação mercantil atender, em certa medida, aos anseios de uma nova classe de homens de negócios surgida após a abertura dos portos em 1808, especificamente no tocante à modelagem do contrato de compra e venda, o novo regramento não se afastou da doutrina do *ius commune*. O art. 191 definia a venda como contrato de formação consensual, mas os enunciados contidos nos arts. 197 e 199 afastavam que a propriedade se pudesse transmitir pelo mero consenso, pois determinavam que, uma vez aperfeiçoado o contrato, atribuir-se-ia ao vendedor o dever de entregar o objeto e que esse dever seria satisfeito por meio da *tradição*.

Corroborando que a compra e venda teria efeitos meramente obrigacionais segundo o Código Comercial, o art. 209 dispunha que, caso houvesse uma segunda alienação do bem vendido, o vendedor estaria obrigado a entregar ao comprador outro igual em espécie, qualidade e quantidade, ou o equivalente em dinheiro.

4.2.2.3. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS foi contratado pelo governo imperial brasileiro, aos 15 de fevereiro de 1855, para elaborar a *Consolidação das Leis Civis*, publicada em 1858.

⁵⁹³ Sobre a formação do direito comercial brasileiro, veja-se, por exemplo, LIMA LOPES, José Reinaldo de. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do império. *Cadernos Direito GV*, vol. 4, nº 6, nov. 2007; LOPES, Walter de Mattos. “*A real Junta de commercio, agricultura, fábricas e navegação deste Estado do Brazil e seus domínios ultramarinos*”: um tribunal de antigo regime na corte de Dom João (1808-1821). Dissertação. Niterói-PPGH/UFF, 2009; NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o tribunal do comércio (1850-1875)*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro-FAPERJ, 2008. Sobre o processo de codificação do direito comercial, veja-se, também, ONOFRI, Renato Sedano. *A teoria da causa subjetiva como expressão jusracionalista no Código Comercial brasileiro de 1850*. Dissertação. São Paulo: USP(FD), 2012, págs. 86 e seguintes. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-29102012-160649/pt-br.php>>. Último acesso aos 14 de junho de 2014.

O autor antepôs-lhe uma rica introdução, em que se expôs o método e a doutrina de seu trabalho. Se, por um lado, o conteúdo normativo da *Consolidação* deveria se ater ao estado da legislação civil vigente no país⁵⁹⁴, por outro, na *introdução* o autor debate de maneira ampla as principais doutrinas de seu tempo, por vezes dando mostras de seu caráter inovador⁵⁹⁵.

Na *Introdução à Consolidação*, TEIXEIRA DE FREITAS critica duramente CORREA TELLES, que, fiando-se em um “falso Direito Natural”, adotou em seu *Digesto Português* a disposição do art. 1583 do *Code Civil*, que dispunha ser a propriedade transmitida ao comprador tão logo aperfeiçoada a compra e venda. De acordo com o autor baiano, a adoção do princípio da consensualidade deveria vir acompanhada das “diversas restricções desse Código [o francês], que servirão de correctivo (se bem que incompleto) ao seu systema espiritualista, e acautelarão funestos abusos”⁵⁹⁶. Ao contrário, teria CORREA TELLES tomado a inovação isoladamente, e “não como applicação de uma theoria, que substitue o pensamento ao facto”. Além disso, teria sido o autor português contraditório, ao atribuir eficácia real à compra e venda, mas, ao mesmo tempo, manter as regras de direito romano quanto à tradição ficta e simbólica, e dos atos solenes de posse: “se o simples consentimento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse, não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem”⁵⁹⁷.

Na porção efetivamente normativa da *Consolidação*, TEIXEIRA DE FREITAS organiza de modo sistemático o regramento já vigente nas Ordenações e na legislação esparsa, consagrando, então, a diferenciação entre *título* e *modo* de aquisição. Com efeito, o art. 908 dispunha que “para aquisição do dominio não basta simplesmente o titulo, mas deve

⁵⁹⁴ O próprio programa do governo afirmava consistir “a consolidação em mostrar o ultimo estado da Legislação”, apresentando-a TEIXEIRA DE FREITAS como um “extracto fiél” das *Leis Civis* e um trabalho de simplificação antecedente ao Código Civil brasileiro (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Introdução à Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. fac. similar, Brasília: Senado Federal, 2003), págs. XXIX-XXX).

⁵⁹⁵ A respeito da *Consolidação das leis civis* e sua introdução, veja-se POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006, em especial Capítulo III.

⁵⁹⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, págs. LIX-LX.

⁵⁹⁷ Idem, *ibidem*, págs. LX-LXI. TEIXEIRA DE FREITAS também tece dura crítica a COELHO DA ROCHA, aduzindo que, embora este afirme ter, em suas *Instituições de Direito Civil Português*, como vimos acima (item 4.2.1.3) imitado o método de MACKELDEY, a “imitação muito discorda do modelo”, e o método do português o teria feito confundir, inclusive, os direitos reais e pessoais.

acceder a tradição; e, sem esta, só se-tem direito á acções pessoais”⁵⁹⁸. Aponta-se, em seguida, no art. 909, que a tradição consiste na efetiva entrega da posse da coisa, quando a lei não determina de outro modo. Em nota da 3ª edição ao artigo, TEIXEIRA DE FREITAS esclarece que naquele estado da legislação civil, a tradição seria o trespasso das coisas móveis com valor por si e que, para as coisas imóveis, tinha-se, por efeito da Lei Hipotecária nº 1237, de 24 de setembro de 1864, a *transcrição* com o *modo da tradição*⁵⁹⁹.

Também os dispositivos consolidados sobre a compra e venda propugnavam a manutenção da doutrina do direito romano e do *ius commune*. Assim, o art. 534 tratava da venda feita sucessivamente a duas pessoas diversas, determinando que se deveria atribuir o domínio ao comprador a quem se primeiro fizesse a tradição. O art. 535, todavia, em vista da validade e eficácia dos dois contratos, atribuía ao comprador preterido ação pessoal contra o vendedor. Em nota de rodapé ao art. 534, TEIXEIRA DE FREITAS sublinha a diferença para o sistema francês, cujos princípios determinariam que o primeiro comprador, ainda que não tivesse recebido a coisa, preferiria ao segundo⁶⁰⁰.

TEIXEIRA DE FREITAS, portanto, rechaça expressamente a criação jusracionalista segundo a qual o contrato de compra e venda poderia transferir a propriedade prescindindo de um *modo* de aquisição. Esse posicionamento teria se perpetuado no direito civil brasileiro, mantendo-se entre nós a tradição romanística, enquanto, entre os portugueses, vingou o consensualismo nos Códigos de 1867 e 1966.

Uma conclusão parcial

O intuito deste capítulo, como exposto em seu *plano*, foi efetuar se se verifica, no discurso dos juristas privatistas luso-brasileiros, um dado apontado de forma praticamente uniforme pela historiografia jurídica moderna: o direito privado brasileiro teria permanecido mais fiel à tradição do direito lusitano que o próprio direito português, e um dos aspectos demonstrativos desse fato seria, justamente, a eficácia do contrato de compra

⁵⁹⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Introdução à Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. *fac. similar*, Brasília: Senado Federal, 2003), pág. 536. O autor aponta como fonte da disposição as Ordenações, L. IV, Tít. V, § 1º, e o Alvará de 4 de setembro de 1810.

⁵⁹⁹ Idem, *ibidem*, pág. 538.

⁶⁰⁰ Idem, *ibidem*, pág. 351.

e venda. Entretanto, antes da codificação do direito civil português, seria possível verificar, de um e de outro lado do Oceano, essa diferença entre *preservação* e *inovação*?

A partir das leituras efetuadas, não é possível afirmar que tenha havido, entre os juristas portugueses, uma decisiva adesão à inovação jurracionalista. Com exceção de CORREA TELLES no *Digesto Português*, não se vislumbrou em outros autores a defesa do consensualismo, embora a teoria fosse conhecida e debatida por PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, LIZ TEIXEIRA e MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA.

Esse diagnóstico talvez não pudesse ser antevisto a partir da leitura de textos historiográficos. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, por exemplo, aduzia que

outro ponto em que o direito brasileiro manteve sempre uma intransigência inflexível e que o direito português logo cedeu, com o Código Civil, à novidade vinda de França, foi o da insuficiência do acordo de vontades para produzir a transferência de direitos reais. O Código Civil brasileiro continua a consagrar a velha tradição romana, que sempre foi também a tradição portuguesa, de que o simples acôrdo de vontades, na compra e venda, na doação, e em contratos congêneres, apenas tem efeitos obrigacionais, e não pode, só por si, produzir a transferência da propriedade, para a qual é necessário que ao contrato venha acrescentar-se a entrega, real ou simbólica, da coisa que se pretende transferir. (...) O nosso Código Civil [português], diversamente, dando realização aos intentos dos juristas da época, que e haviam deixado seguir pelo Código de NAPOLEÃO, consignaria a doutrina contrária, despresando, assim, a tradição jurídica portuguesa⁶⁰¹.

Não há dúvida de que está correto o eminente historiador quando se têm em vista os Códigos sistematizados em Portugal e no Brasil – o *fim* do devir da história jurídica. Entretanto, esse distanciamento no plano das fontes não tem, necessariamente, a mesma intensidade nos discursos dos juristas que, reiteramos, mesmo conhecendo ou debatendo o consensualismo, não fazem sua apologia.

Se bem atentarmos, também entre os juristas franceses da fase anterior à codificação não houve adesão irrestrita ao consensualismo. DOMAT e POTHIER permaneceram afastados da doutrina inaugurada por GRÓCIO e PUFENDORF. Os teóricos do direito civil franceses apenas se rendem à eficácia translativa do contrato de compra e venda após a entrada em vigência do *Code Civil*.

⁶⁰¹ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 50, págs. 70-71, 1955.

Os discursos dos juristas franceses da fase codificada tendem a indicar que a modificação no sistema de transmissão da propriedade se deu em razão do próprio Código, abstendo-se da investigação sobre as origens da nova doutrina, mas sem deixar de sublinhar sua diferença para o direito do *antigo regime* e para o direito romano. Esse modo de proceder, enfatizando a oposição entre o *novo* direito e o *velho* direito. Ora, os juristas da escola da exegese, que se seguiu à promulgação do *Code*, não fizeram mais que confirmar a aspiração de superioridade do Código sobre o direito antigo.

Um movimento semelhante seguiu-se em Portugal. Mesmo com as oscilações doutrinárias, o Código Civil de 1867 atribuiu efeito translativo ao consenso por meio do art. 715 e, especificamente em relação à compra e venda, pelo art. 1549. Em comentário ao Código, JOSÉ DIAS FERREIRA afirmava que “nosso código seguiu abertamente a doutrina do direito francez, dispensando a tradição para a validade da alienação, e considerando transferida a posse com a transferência da propriedade”⁶⁰². Assim, embora no campo da ciência do direito e da cultura jurídica o consensualismo tivesse adesão restrita, o Código de Seabra atribuiu expressamente eficácia real ao contrato de compra e venda.

No Brasil, ao contrário de um Código que adotasse a teoria jusracionalista, tivemos as obras de JOSÉ DA SILVA LISBOA e AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, além do próprio Código Comercial, que, refletindo as fontes de direito vigentes, sistematizaram o direito privado *marcando* o direito brasileiro como mais fiel à tradição romanística.

Nota-se, com isso, que os debates sobre a eficácia real do contrato de compra e venda vão além de se cunhar o regramento mais ajustado à vida das pessoas; há, embutida nos discursos, a tentativa de destacar as marcas do ordenamento jurídico nacional, conferindo-lhe *identidade*, aproximando-o ou afastando-o do *novo* ou do *velho*, do que é concebido como uma genuína tradição jurídica ou como uma inovação tendente a tornar o direito mais equitativo.

Dentro da perspectiva teórica exposta na *introdução* e no Capítulo I do presente trabalho, vê-se que a historiografia e os manuais contemporâneos apontam o caráter mais *conservador*, de um lado, e mais *inovador*, de outro, a partir de *apagamentos* e *adequações* efetivadas em função do paradigma contemporaneamente hegemônico. É impossível afirmar que os próprios juristas fossem identificados, no período estudado, com as

⁶⁰² FERREIRA, José Dias. *Código Civil portuguez anotado*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1871. vol. II. pág. 221.

inovações jusracionalistas. Entretanto, esse foi o paradigma que prevaleceu e fez com que o passado seja lido a partir dele.

CONCLUSÃO

A cena final do belo filme *Being There*, do diretor Hal Ashby⁶⁰³, mostra o protagonista, Chance, interpretado por Peter Sellers, caminhando sobre as águas de um lago. A estranheza é imediata, afinal, um homem comum, apoiado sobre seus dois pés e nada mais, não pode caminhar sobre as águas. Chance, em especial, é um homem simples, sem história – ou melhor, cuja história não é dada conhecer – e que não conhece a História além dos estreitos limites daquilo que lhe chega por meio da programação televisiva. Por que a ele seria dado caminhar sobre o lago sem afundar?

Se abstrairmos a possibilidade de uma intervenção divina, a única alternativa lógica que nos resta para compreender o que Chance fazia em pé, sobre a água, é que havia algo ali que o sustentava, como um banco de areia, uma boia, uma ponte. O que quer que fosse, contudo, não estava visível para quem observasse da margem o seu caminhar.

Além disso, esse suporte deveria estar colocado de modo a não se mostrar a quem estivesse fora do lago, mas, ao mesmo tempo, deixando à mostra uma fina película de água que desse a impressão de que o homem sobre ela caminhava sem molhar mais do que o solado do sapato.

A situação de Chance, nessa cena, pode ser aproximada, de algum modo, à do acadêmico contemporâneo: sob Chance, havia uma quantidade incalculável de água, mas seu contato travava-se apenas com uma fina película sobre o suporte que o não deixava afundar; *sob* o acadêmico, há séculos de passado, mas o seu contato se dá com uma fina película, especialmente selecionada e preparada pelos *compêndios*, pelos *manuals*.

Também pudera: como bem coloca THOMAS S. KUHN, o *avanço* científico é imensamente fomentado por meio do estabelecimento do *paradigma*, pelo compartilhamento por um grupo de uma *visão de mundo* que possibilite resolver os *problemas* predefinidos, esgotando-se, no limite, as possibilidades daquela matriz teórica.

Aventurar-se sem auxílio na imensidão do passado seria como Chance deixar-se afundar no lago. Por isso, poder-se-ia argumentar que os *recortes*, *seleções*, *adaptações*, *memorizações* e *esquecimentos* que os *manuals* promovem são expedientes necessários para criar o suporte que impede que afundemos.

⁶⁰³ Lançado no Brasil com o título *Muito além do jardim*, no ano de 1979.

O preço que se paga, entretanto, é a sujeição às *memorizações* e aos *esquecimentos arbitrários*. Quando se fala em *aproximação* entre *Civil* e *Common Law*, esquece-se que as fontes de direito de uma e outra tradição não foram sempre tão diferentes entre si; por outro lado, cogitar a aproximação pelas fontes é esquecer que, culturalmente, elas são tão diferentes que se aproximar é impossível.

Procurei, ao longo da presente tese, desafiar a ideia de que o *Civil Law* fosse fruto de uma continuidade histórica. Ao contrário, segundo a hipótese lançada no trabalho, configuração dessa *tradição* jurídica seria moderna; as referências genealógicas, acuradas historicamente, ou não, decorreriam de expedientes de *projeção* da experiência jurídica moderna e contemporânea ao passado, satisfazendo-se, com isso, o requisito da *antiguidade (pastness)* da tradição. Com isso, o embrião remoto do Código poderia ser projeto no direito romano arcaico, quem sabe na Lei das XII Tábuas, que inauguraram uma *tradição de direito escrito*, ou na compilação justinianeia.

Isso porque a tradição pode contentar-se, para composição de seu passado, com os contornos fluidos da memória. Pode-se prescindir da acurácia histórica para compor um passado *conveniente* a regular o futuro. Como tantas vezes acenado ao longo deste trabalho, os *manuals* promovem a contento essa tarefa, pois o que neles se encontra é apenas um *extrato* do que se passou; é a superficial camada de passado em que molhamos o solado de nossos sapatos.

O que pretendi, a rigor, foi procurar demonstrar, a partir de um caso – o do Código Civil – como se forma essa fina superfície tangível. Foi necessário, então, antes de tudo, esboçar um mapeamento dela: quais genealogias, quais origens, quais as *inevitabilidades* que, segundo o discurso histórico-jurídico contemporâneo, ficaram reservadas para o presente.

O Código foi detectado como um elemento que *esconde* sob si, sob a simplicidade e sistemática de sua formulação, incontáveis tomadas de decisão, incontáveis disputas que se tornaram breves enunciados normativos sem autoridade intrínseca, ou melhor, sem nenhuma outra autoridade que não fosse aquela atribuída pelo Estado. Pode-se observar como a elaboração do *ius commune* e a do *jusracionalismo* acerca da eficácia do contrato de compra e venda são *esquecidas* sob os sintéticos enunciados articulados no Código. Trocamos a referência a GROTIUS e a PUFENDORF por aquela ao art. 1538 do *Code Civil*; a longa elaboração teórica e os debates que a cercam são resumidos em uma referência – um

recurso *mnemônico*? – numérica. O art. 1538 nos faz lembrar que o direito francês afastou-se do direito comum, mas, por outro lado, afasta-nos da memória dos elaboradores daquela formulação.

Com a codificação, assim, a *memória* das *autoridades* que a precederam submerge e o que vemos é apenas uma pequena ponta de tudo o que foi jogado às águas do esquecimento. O Código compõe no discurso historiográfico um elemento em torno de que se *constitui a memória jurídica*, um *lugar de memória*. Tratar-se-ia de um *monumento não volível*, um documento normativo elaborado para a finalidade pragmática de regular a vida civil; contudo, a *leitura* historiográfica o amoldaria também como monumento.

Entretanto, a *simbologia* entorno da codificação permite entrever que há um propósito de que o Código seja entreposto entre *passado e futuro*, como no monumento mortuário de Napoleão. Ao mesmo tempo em que pretende negar ou afastar o passado, o Código, com seu potencial normativo, projeta-se para a regulação da vida futura – e, mais, como o instrumento por excelência para a regulação da vida civil.

O Brasil, embora não tenha codificado seu direito civil até 1916, aproveitou-se dessa simbologia ao longo do Império. O discurso acerca do *atraso* da codificação brasileira deixa *esquecido* que a codificação foi, a todo tempo, *rememorada* ao longo do século XIX, inclusive pelo discurso que assumiu a forma de Código na *Consolidação das leis civis*, de TEIXEIRA DE FREITAS.

Não se identifica no Brasil a formação de uma corrente de pensamento que, ao modo da *escola histórica*, tenha se proposto a combater a codificação. Com isso, até a República, o direito civil brasileiro esteve *em vias de* ser codificado; as repetidas promessas, os debates acerca do melhor modo de compor o projeto, a presença do *Code Civil*, constituem *rememorações* que o *antigo direito português*, ainda que ressignificado, não seria o *nosso* direito e que aguardávamos o Código para termos o direito civil nacional.

Tínhamos, portanto, um *direito civil a ser codificado*; enxergávamo-nos como direito codificado na *ausência do Código*. Isso foi possível, justamente, pela sua *apresentação* no discurso jurídico em diversos setores. A *figura* do Código, nesse contexto, serviu como *lugar de memória*, especialmente ao longo da primeira metade do século XIX. Embora a codificação, enquanto processo para alteração do fenômeno normativo, não existisse, o Código foi *presentificado* em sua força simbólica.

Tal *presentificação*, por sua vez, foi suficiente para alinhar o direito brasileiro à *nova tradição* – ou à tradição remodelada na modernidade. Que o nosso ordenamento comungue dos elementos do *Civil Law* não é um dado pronto; ao contrário, é *construído* por agentes históricos e, talvez principalmente, pelos agentes que releem, a partir do presente, o passado.

É inevitável que, passando em revista os elementos que compõem o argumento exposto neste texto, vez ou outra não me surpreenda cogitando acerca de questões tantas vezes debatidas na literatura, acerca do caráter da codificação civil no Brasil; notando que, mesmo na qualidade de um país recém-independente, pudemos prescindir da normação do Código Civil por quase um século, parece-me legítimo perguntar para que serve, então, o tal Código? Seria possível continuar a viver sem ele após 1916?

Alguns responderiam que “sim, sem dúvida”; outros, “que não haveria meio”; argumentar-se-ia sobre o “esvaziamento normativo do Código”, acompanhado do decréscimo de sua relevância como elemento central do ordenamento. De minha parte, julgo que a efetividade do regramento por ele imposto talvez não seja o aspecto mais relevante para sua avaliação histórica. Como ocorreu ao longo do Império, meios para organizar e sistematizar o discurso jurídico, de forma alheia ao Código, seriam encontrados. Voltemos, contudo, por um instante, ao lago sobre o qual caminhou Chance e às suposições sobre o que o sustentou em pé sobre as águas; chamemos a zona entre a superfície e o fundo do lago de *memória jurídica*; se o instrumento que permitiu que a personagem não afundasse fosse uma imensa lente de vidro translúcido, permitindo que, olhando para baixo, fosse avistada a região do lago abaixo de seus pés – a região da *memória jurídica* –, poderíamos denominar tal instrumento *Código Civil*.

REFERÊNCIAS

1. FONTES PRIMÁRIAS

1.1. Fonte não literária

Monumento mortuário de Napoleão Bonaparte, situado no 7e. Arrondissement, 75007, Paris, França.

1.2. Fontes literárias não jurídicas

ARISTÓTELES. *On memory and reminiscence*. Trad. ing. GAZA, Theodorus. Localização desconhecida (edição digital): Charles Rivers, s.d.

Convoi et funérailles de l'empereur Napoléon, sous le dôme des Invalides à Paris, sem indicação de autoria ou data.

LENOIR, Albert. *Le dôme des Invalides et le tombeau de Napoléon*. Paris: Pigoreau, 1850.

LOWE, Hudson. *Le contre-mémorial de Sainte Hélène*. Paris: Fasquelle, 1949.

Napoléon à Sainte-Hélène, ses sentiments religieux et sa mort. Toulouse: Douladoure, 1854.

PLATÃO. Fédon. In: PLATÃO. *Diálogos*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

Retour de l'Empereur ou les cendres de Napoléon sous le dôme des Invalides. Abeville: Paillart, s.d.

RIBEIRO SANCHEZ, António Nunes. *Cartas sobre a educação da mocidade*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1922.

TOMÁS DE AQUINO. *Sententia libri De memoria et reminiscência* (trad. port. FAITANIN, Paulo; VEIGA, Bernardo. *Comentário sobre “A memória e a reminiscência” de Aristóteles*). São Paulo: Edipro, 2016.

VISCONTI, Louis. *Tombeau de Napoléon ler érigé dans le dôme des Invalides*. Paris: Curmer, 1853.

1.3. Fontes jurídicas

Corpus Iuris Civilis (org. L. Russardus). Bruxelae: Christophoris Plantini, 1567 (volume com os furos para inserção das correntes – Lincoln's Inn Library).

Corpus Iuris Civilis (ex Hugonis). Lugduni [Lyon], 1604 (Lincoln's Inn Library – aquisição determinada pelo conselho em 1609⁶⁰⁴).

Corpus Iuris Civilis (ex Florentinis). Amstelodami [Amsterdam]: Franciscum Hackium, 1623 (Lincoln's Inn Library).

DELGADO DA SILVA, Antonio. *Collecção da legislação portuguesa desde a ultima compilação das Ordenações*. Lisboa: Maignense. Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcs.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=1>. Último acesso aos 02 de dezembro de 2016.

Digestum vetus (ex Florentinis). Lugduni [Lyon]: ?, 1604 (Lincoln's Inn Library).

Records of the honourable society of Lincoln's Inn, The – The Black Books, vol. II (from 1586 – 1660). London, 1898. (Lincoln's Inn Library).

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. *Estatutos da Universidade*. Lisboa: Regia Officina Typografica, 1772. vol. II.

VERNACCINI, Giuseppe. *Collezione completa delle decisioni*. Firenze: 1824. t. II.

1.4. Fontes jurídicas portuguesas e brasileiras

Anais da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/diarios.asp?selCodColecaoCsv=A>>. Último acesso aos 14 de junho de 2014.

Código Civil Brasileiro (1916 e 2002).

Código Civil francês (1804). Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>.

Código Civil Português (1867 e 1966).

Código Comercial brasileiro (1850).

Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791. Disponível em <http://www.iuslusitaniae.fcs.unl.pt/verobra.php?id_obra=75>, último acesso aos 31 de maio de 2014.

Estatutos da Universidade de Coimbra (1772) – transcritos em BRAGA DA CRUZ, Guilherme. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras esparsas*, vol. II, 2ª parte. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1981.

Lei de 18 de Agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) – ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*, 14ª ed. Rio de Janeiro: Tipographya do Instituto Philomathico, 1870 (ed. fac-similar, vol. III. Brasília: Senado Federal, 2004).

⁶⁰⁴ Cfr. *Lincoln's Inn Black Books*, vol. II, pág. 121 (Transcrição manuscrita no caderno LSE).

Ordenações Filipinas (1603) – ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Tipographya do Instituto Philomathico, 1870 (ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2004).

RANGEL, Leyla Castello Branco (coord.). *Projetos de Código Civil*. Brasília: Senado Federal, 1989.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do supervisor da comissão elaboradora do Código Civil. In: SENADO FEDERAL. *Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2ª ed. Brasília: Senado Federal, 2005, pág. 25. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2>>. Último acesso aos 28 de setembro de 2016.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003).

_____. *Esboço do Código Civil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

1.5. Literatura jurídica do período estudado

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the laws of England*. Livro I. Oxford: Clarendon, 1765.

CARDOZO DA COSTA, Vicente José Ferreira. *O que he Codigo Civil?* Lisboa: António Rodrigues Galhardo, 1822.

COELHO DA ROCHA, Manuel António. *Instituições de direito civil portuguez*. 3ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1852. 2 t.

CORREA TELLES, José Homem. *Commentario critico á Lei da Boa Razão em data de 18 de agosto de 1769*. Lisboa: Antonio José de Barros e Sá, 1824.

_____. *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis accomodado ás leis e costumes da nação portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1835. 3 t.

_____. *Doutrina das acções*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.

_____. *Manual do tabellião*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1842.

DOMAT, Jean. *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. 2ª ed. Paris: Pierre Aubouin, Pierre Emery et Charles Clouzier, 1697. t. I.

DURANTON, Alexandre. *Traité des contrats et des obligations en général*. Paris: Goueffier, 1819. t. I.

FERREIRA BORGES, José. *Diccionario jurídico-commercial*. 2ª ed. Porto: Sebastião José Pereira, 1856.

_____. *Jurisprudencia do contracto-mercantil de sociedade, segundo a legislação, e arestos dos codigos e tribunaes das naçoens mais cultas da Europa*. 2ª ed. Lisboa: Sociedade Propagadora dos Conhecimentos Uteis, 1844.

FERREIRA, José Dias. *Código Civil portuguez annotado*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1870.

FORTESCUE, John. *De laudibus legum angliae*. Trad. ing. AMOS, Andrew. London: Butterworth & Son, 1825.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*. In: LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Opera omnia*. Genova: Fratres de Tournes, 1768. t. IV.

LERMINIER, Eugene. *Introduction générale a l'histoire du droit*. 2ª ed. Paris: Chanerot, 1835.

LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro. *Curso de direito civil portuguez para o anno lectivo de 1843-1844 ou commentario às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1845. t. II.

MACARDE, Victor-Napoléon. *Explication théorique et pratique du Code civil*. 7ª ed. Paris: Delamotte et Fils, 1875. vol. VI.

MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Historiae juris civilis lusitani liber singularis*. 4ª ed. Coimbra: Typis Academicis, 1853.

MELO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de direito civil português*. Trad. port. MENESES, Miguel Pinto de. Lisboa: Boletim do Ministério da Justiça, 1966. Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcsb.unl.pt/verobra.php?id_obra=76>. Último acesso aos 31 de maio de 2014.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*. In: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours, rapports e travaux inédits sur le Code Civil*. Paris: Joubert, 1844, págs. 01-62.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations*. In: *Oeuvres de Pothier*. Paris: Chanson, 1821. t. I.

_____. *Traité du contrat de vente*. In: *Oeuvres de Pothier*. Paris: Chanson, 1821. t. III.

PUFENDORF, Samuel von. *Le droit de la nature et des gens ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la politique*. Trad. fr. BARBEYRAC, Jean. Amsterdam: Henri Schelte, 1706. t. I.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Juristische Methodenlehre*. Stuttgart: Koehler, 1951 (trad. esp. SANTA-PINTER, J. J. *Metodología jurídica*. Buenos Aires: Depalma, 1994).

_____. *System des heutigen römischen Rechts* (trad. fr. GUENOUX, Ch. *Traité de droit roman*. Paris: Institute de France, 1855. t. II).

_____. *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (trad. esp. GARCIA, José Diaz. *De la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho*. Madrid: Aguilar, 1970).

SILVA LISBOA, José da. *Princípios de direito mercantil e leis de marinha divididos em sete tratados elementares, contendo a respectiva legislação patria, e indicando as fontes originaes dos regulamentos maritimos das principaes praças da Europa*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874. 2 t.

_____. *Regras da praça ou bases de regulamento commercial conforme aos novos codigos de commercio da França e Hespanha, e á legislação pátria com oportunas modificações de estatutos e usos das nações civilizadas*. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Introdução à Consolidação das leis civis*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1876 (ed. fac-similar, Brasília: Senado Federal, 2003).

_____. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1983. 2 t.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts für Deustschland*. (trad. esp. GARCIA, José Diaz. *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Aguilar, 1970).

TROPLONG, Raymond Théodore. *De la Vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*. 3ª ed. Paris: Charles Hingray, 1837. t. I.

VERNEY, Luís António. *O verdadeiro método de estudar*. Valensa [Nápoles]: Antonio Balle [Genaro e Vincenzo Muzio], 1746. 2 t.

2. BIBLIOGRAFIA

2.1. Teoria da história, memória e história da ciência

ARÓSTEGUI, Julio. *La investigación histórica: teoría y método*. Barcelona: Critica, 1995 (trad. port. DORE, Andréa. *A pesquisa histórica: teoria e método*. Bauru: Edusc, 2006).

BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: lembranças de velhos*. 17ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. *O tempo vivo da memória: ensaios de psicologia social*. 3ª ed. São Paulo: Ateliê, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. port. TOMAZ, Fernando. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1989.

BRAUDEL, Fernand. *Écrits sur l'histoire*. Paris: Flammarion, 1969.

FOUCAULT, Michel. *L'archéologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969 (trad. port. NEVES, Luiz Felipe Baeta. *A arqueologia do saber*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

GUARINELLO, Norberto Luiz. *História antiga*. São Paulo: Contexto, 2013.

HALBWACHS, Maurice. *La mémoire collective*. 2^a ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1968 (trad. port. SCHAFFTE, Laurent Léon. *A memória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990).

HOBBSAWN, Eric J.; RANGER, Terence. *The invention of tradition*. Cambridge: University Press, 2012 (trad. port. CAVALCANTE, Celina Cardim. *A invenção das tradições*. 10^a ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015).

KARNAL, Leandro; TATSCH, Flavia Galli. A memória evanescente. In: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCCA, Tania Regina (org.). *O historiador e suas fontes*. São Paulo: Contexto, 2012.

KOSELLECK, Reinhart. *Kritik und Krise: Ein Beitrag zur Pathogenese der bürgerlichen Welt*. Freiburg und München: Karl Alber, 1959 (trad. port. CASTELO-BRANCO, Luciana Villas Boas. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999).

_____. *Vergangene Zukunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1979 (trad. port. MAAS, Wilma Patrícia. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Contraponto/PUC-RJ, 2011).

_____. *Zeitschichten. Studien zur Historik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000 (trad. port. HEDIGER, Markus. *Estratos do tempo: estudos sobre história*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RJ, 2014).

_____ et alii. *Geschichte, Histoire – verbete*, in *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexicon zur politischsozialen Sprache in Deutschland*. Stuttgart: Klett-Cotta, 1975 (trad. port. GERTZ, René E. *O conceito de história*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013).

KUHN, Thomas S. Reconsiderações acerca dos paradigmas. In: *The essencial tension* (trad. port. PENNA-FORTE, Marcelo Amaral. *A tensão essencial*. São Paulo: Unesp, 2011).

_____. *The structure of scientific revolution* (trad. port. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson. *A estrutura das revoluções científicas*. 11^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2011).

LEFEBVRE, Henri. *La présence et l'absence: contribution à la theorie des représentations*. Paris: Casterman, 1980 (trad. esp. BARAHONA, Óscar; DOYHAMBOURE, Uxo. *La presencia y la ausencia: contribución a la teoría de las representaciones*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006).

LE GOFF, Jacques. *Storia e memoria* (trad. port. LEITÃO, Bernardo et alii. *História e memória*. 7^a ed. Campinas: Unicamp, 2013).

NORA, Pierre (org.). *Les lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. 3 vols.

RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Seuil, 2000 (trad. port. FRANÇOIS, Alain. *A memória, a história, o esquecimento*. Campinas: Unicamp, 2014).

RIEGL, Alois. *Der moderne Denkmalkultus: sein Wesen seine Entsehung* (trad. port. DAVIDSOHN, Werner Rothschild; FALBEL, Anat. *O culto moderno dos monumentos: sua essência e a sua origem*. São Paulo: Perspectiva, 2014).

ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento*. São Paulo: Unesp, 2010).

_____. O que esquecemos sobre a memória? In: ROSSI, Paolo. *Il passato, la memoria, l'oblio*. Bologna: Mulino, 1991 (trad. port. MOULIN, Nilson. *O passado, a memória, o esquecimento: seis ensaios da história das ideias*. São Paulo: Unesp, 2010).

VERNANT, Jean-Pierre. *Mythe et pensée chez les Grecs: études de psychologie historique*. Paris: Maspero, 1965 (trad. port. SARIAN, Haiganuch. *Mito e pensamento entre os gregos: estudos de psicologia histórica*. São Paulo: USP, 1973).

2.2. Panoramas historiográficos e biográficos

ARRUDA, José Jobson. *Uma colônia entre dois impérios: a abertura dos portos brasileiros (1800-1808)*. Bauru: Edusc, 2008.

BANHA DE ANDRADE, António Alberto. *A reforma pombalina dos estudos secundários no Brasil*. São Paulo: Edusp/Saraiva, 1978.

_____. *Reforma pombalina dos estudos secundários (1759-1771): contribuição para a história da pedagogia em Portugal*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1981. 2 vols.

_____. *Vernei e a cultura do seu tempo*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1966.

BELL, David Avrom. *Napoleon: a concise biography*. New York: Oxford University, 2015.
CARVALHO, José Murilo. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, Laerte Ramos de. *As reformas pombalinas da instrução pública*. São Paulo: Edusp, 1978.

CUNHA, Luiz Antônio. *A universidade temporã: o ensino superior, da Colônia à era Vargas*. 3ª ed. São Paulo: Unesp, 2007.

FERREIRA, Breno Ferraz Leal. *Contra todos os inimigos. Luís Antônio Verney: historiografia e método crítico*. Dissertação. São Paulo: USP-FFLCH, 2009.

FRANCO, José Eduardo. Introdução. In: JUNTA DA PROVIDÊNCIA LITERÁRIA. *Compêndio histórico da Universidade de Coimbra*. Porto: Campo das Letras, 2008, págs. 17-90.

HALLEWELL, Laurence. *Books in Brazil: a history of the publishing trade* (trad. port. VILLALOBOS, Maria da Penha; OLIVEIRA, Lólio Lourenço; SOUZA, Geraldo Gerson de. *O livro no Brasil: sua história*. 3ª ed. São Paulo: Edusp, 2012).

KIRSCHNER, Tereza Cristina. *José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu: itinerários de um ilustrado luso-brasileiro*. Belo Horizonte: Alameda, 2009.

MAXWELL, Kenneth. *Pombal, paradox of the enlightenment*. Cambridge: University Press, s.d. (trad. port. DANESI, Antônio de Pádua. *Marquês de Pombal: paradoxo do iluminismo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997).

SCHWARTZMAN, Simon. *Um espaço para a ciência: a formação da comunidade científica no Brasil*. 4ª ed. Campinas: Unicamp, 2015.

TULARD, Jean. Le retour des cendres. In: NORA, Pierre (org.). *Les Lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1984. vol. II, pág. 81.

WEHLING, Arno. *Estado, história, memória: Varnhagen e a construção da identidade nacional*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

_____; WEHLING, Maria José. *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

2.3. Historiografia jurídica

AJELLO, Raffaele. *Arcana juris: diritto e politica nel settecento italiano*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 1983.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *História do direito português*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

AZEVEDO, Luiz Carlos. História do direito, ciência e disciplina. In: AZEVEDO, Luiz Carlos. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, págs. 20-41.

BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Aírton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defeza do projecto de Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.

BIROCCHI, Italo. *Alla ricerca dell'ordine: fonti e cultura giuridica nell'età moderna*. Torino: G. Giappichelli, 2002.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 50, 1955.

_____. O direito subsidiário na história do direito português. In: *Obras esparsas*. 2ª parte. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1981. vol. II.

_____. *Reforma do ensino superior: dois anteprojectos de parecer para a junta nacional de educação*. Coimbra: Cidadela, 1973.

CAENEGEM, Raoul Charles van. *Introduction historique au droit prive*. Bruxelles: Story-Scntia, 1988 (trad. port. MACHADO, Carlos Eduardo Lima. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

_____. *Judges, legislators and professor: chapters in european legal history*. Cambridge: University Press, 1987 (trad. port. BORGES, Luís Carlos. *Juízes, legisladores e professores*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010).

CARBONNIER, Jean. Le code civil. In: NORA, Pierre (dir.). *Les lieux de mémoire*. Paris: Gallimard, 1986, tomo II, vol. II.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, ano XXXV, nº 126, pág. 144, maio 2015.

DETEIX, G. *Les arrêts de règlement de parlement de Paris*. Paris, 1930.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit: le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. 4ª ed. Paris: Montchrestien, 2006.

GOMES DA SILVA, Nuno José Espinosa. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

HALPERIN, Jean-Louis. *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*. 2ª ed. Paris: Flammarion, 2006.

_____. *L'impossible Code Civil*. Paris: PUF, 1992.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

KRYGIER, Martin. Law as tradition. *Law and Philosophy*, vol. 05, nº 02, pág. 238, ago. 1986.

_____. The traditionality of statues. *Ratio Iuris*, vol. 01, nº 01, pág. 23, mar. 1988.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. A formação do direito comercial brasileiro: a criação dos tribunais de comércio do império. *Cadernos Direito GV*, vol. 4, nº 6, nov. 2007.

_____. *As palavras e a lei*. São Paulo: FGV, 2004.

_____. *O direito na história: lições introdutórias*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES, Walter de Mattos. “*A real Junta de commercio, agricultura, fábricas e navegação deste Estado do Brazil e seus domínios ultramarinos*”: um tribunal de antigo regime na corte de Dom João (1808-1821). Dissertação. Niterói-PPGH/UFF, 2009.

MACARIO, Francesco; MILETTI, Marco Nicola (org.). *Tradizione civilistica e complessità del sistema: valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*. Milano: Giuffrè, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Izidoro. *História do direito nacional*. 2ª ed. Recife: Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Aspectos do ensino do direito romano na Faculdade de Direito de São Paulo, durante o Império. In: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Estudos de direito romano*. Brasília: Senado Federal, 2009, págs. 242-276.

NEVES, Edson Alvisi. *Magistrados e negociantes na corte do Império do Brasil: o tribunal do comércio (1850-1875)*. Rio de Janeiro: Jurídica do Rio de Janeiro-FAPERJ, 2008.

NICOLÒ, Angela Maria Punzi. La persona giuridica in diritto canônico. In: PEPPE, Leo (org.) *Personae giuridiche e storia del diritto*. Torino: Giappichelli, s.d., pág. 92.

PETIT, Carlos. “Tradição romanística” e ensino do direito romano nos Estados Unidos. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

POUSADA, Estevan Lo Ré. Por um retorno – regresso? – ao “generalismo” jurídico: notas sobre os equívocos a que pode conduzir uma excessiva especialização do conhecimento jurídico. In: POUSADA, Estevan Lo Ré. *Direito privado aplicado: por uma escola “heterônoma” de direito civil*. São Paulo: Leud, 2013, págs. 159-196.

_____. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Cíveis*. Dissertação, São Paulo-USP(FD), 2006.

SARAPU, Daniel Vieira. *Direito e memória: uma compreensão temporal do direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas R. *History, memory, and the law*. University of Michigan Press: Ann Arbor, 2002.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi, 2005 (trad. esp. PRÓSPERI, Germán. *Ius: la invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2012).

SOARES ROBERTO, Giordano Bruno. *História do direito civil brasileiro: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

STERN, Jacques. Introduction. In: SAVIGNY, Friedrich Karl von; THIBAUT, Anton Friedrich Justus. *La codificación: una controversia programática basada em sus obras*. Madrid: Aguilar, 1970.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tradição luso-brasileira dos assentos da Casa da Suplicação. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do direito brasileiro – leituras da ordem jurídica nacional*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, págs. 106-121.

VAMPRÉ, Spencer. *Memórias para a história da academia de São Paulo*. 2ª ed. Brasília: INL, 1977.

_____. *O que é Código Civil*. São Paulo: Pedro de S. Magalhães Filho & Irmãos, s.d.

VANDERLINDEN, Jacques. *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e siècle: essai de définition*. Bruxelles: Institut de Sociologie, 1967. (Acervo)

VARGA, Csaba. *Codification as a Socio-historical Phenomenon*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 1991, reimp. 2011.

VENTURI, Franco. *Utopia and reform in the Enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1971 (trad. port. FLORENZANO, Modesto. *Utopia e reforma no iluminismo*. Bauru: Edusc, 2003).

VRANKEN, Martin. *Fundamentals of European civil law and impact of the European Community*. Sidney: The Federation Press, 1997. (Acervo-fragmento)

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (trad. port. BARBOSA, Regis; BARBOSA, Karen Elsabe. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. São Paulo: UnB/Imprensa Oficial, 2004. vol. II).

WIEACKER, Franz. *Privatrechtgeschichte der neuzeit unter besonder Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. 2ª ed. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1967 (trad. port. HESPANHA, António Manoel Botelho. *História do direito privado moderno*. 2ª ed. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1993).

WIECEK, William M. Clio as hostage: the United States Supreme Court and the uses of history. *California Western Law Review*, vol. 24, pág. 227, 1987-1988.

2.4. História do Common Law

AMOS, Andrew. Introduction. In: FORTESCUE, John. *De laudibus Legum Angliae*. London: Butterworth, 1825, pág. XI.

BAKER, John Hamilton. *An introduction to English legal history*. 4ª ed. London: Butterworths, 2002. (Lincoln's Inn Library).

_____. English law and the Renaissance. *The Cambridge Law Journal*, vol. 44, n° 01, págs. 46 e seguintes, mar. 1985.

_____. *The Common Law tradition: lawyers, books and the Law*. London and Rio Grande: The Hambledon Press, 2000. [FD DFD 340.141(41)(091)]

_____. *The law's two bodies: some evidential problems in english legal history*. New York: Oxford University Press, 2001. (Acervo)

BRAND, Paul. Courtroom and schoolroom: the education of lawyers in England prior to 1400. In: BRAND, Paul. *The making of the Common Law*. London and Rio Grande: The Hambledon Press, 1992. (Acervo)

_____. “Multis vigiliis excogitatam et inventam”: Henry II and the creation of the English Common Law. In: BRAND, Paul. *The making of the Common Law*. London and Rio Grande: The Hambledon Press, 1992. (Acervo)

_____. The origins of the English legal profession. In: BRAND, Paul. *The making of the Common Law*. London and Rio Grande: The Hambledon Press, 1992. (Acervo)

CAENEGEM, Raoul Charles van. *The birth of the English Common Law*. 2ª ed., 3ª reimp. Cambridge: University Press, 1997. [FD DFD 340.141(41)(091)]

DANIELL, Timothy Tyndale. *The lawyers – the Inns of Court: the home of the Common Law*. London: Wildy and Sons, 1976. (Acervo)

MAITLAND, Frederic William. English law and the Renaissance. *Rede Lectures*. Cambridge: University Press, 1901, págs. 01-35.

_____; POLLOCK, Frederick. *The History of English Law before the Time of Edward I*, vol. I, 2ª ed. (ed. digital fac. sim.). Indianapolis: Liberty Fund, 2010. vol. I.

MEGARRY, Robert. *Inns ancient and modern: a topographical and historical introduction to the Inns of Court, Inns of Chancery, and Serjeants' Inn*. London: Selden Society, 1972 (Acervo – separate)

MITCHELL, R. J. English students at Bologna in the fifteenth century. *The English Historical Review*, New York, Bombai and Calcutta: Longmans, Green and Co., vol. LI, 1936. (Acervo)

PLUCKNETT, Theodore F. T. *A concise history of the Common Law*. 5ª ed. Boston: Little, Brown and Co., 1956. (Acervo)

(Selden Society) MAITLAND, Frederic William. *Selected passages from the work of Bracton and Azo*. London: Bernard Quaritch, 1895. (Acervo – fragmento)

(Selden Society) THORNE, Samuel E. *Readings and moots at the Inns of Court in the fifteenth century*. London: Bernard Quaritch, 1954. vol. I. (Acervo – fragmento)

(Selden Society) THORNE, Samuel E.; BAKER, John H. *Readings and moots at the Inns of Court in the fifteenth century*. London: Bernard Quaritch, 1990. vol. II. (Acervo – fragmento)

SCRUTTON, Thomas Edward. Roman law influence in Chancery, Church courts, Admiralty, and law merchant. In: ASSOCIATION OF AMERICAN LAW SCHOOLS (ed.). *Selected essays in anglo-american legal history*. Cambridge (Mas.): University Press, 1907. (Acervo)

SHEPHERD, Scott. *1646 Lincoln's Inn Library*. Dissertação: London (King's College), 2012. (Acervo)

THORNE, Samuel E. English law and the Renaissance. In: THORNE, Samuel E. *Essays in English legal history*. London and Ronceverte: The Hambledon Press, 1985. (Acervo)

_____. Statuti in the post-glossators. In: THORNE, Samuel E. *Essays in English legal history*. London and Ronceverte: The Hambledon Press, 1985. (Acervo)

_____. The assize utrum and Canon Law in England. In: THORNE, Samuel E. *Essays in English legal history*. London and Ronceverte: The Hambledon Press, 1985. (Acervo)

_____. Tudor social transformation and legal change. In: THORNE, Samuel E. *Essays in English legal history*. London and Ronceverte: The Hambledon Press, 1985. (Acervo)

2.5. Literatura jurídica histórico-comparatista (direito comparado – common law/civil law)

ASCENSÃO, José de Oliveira. *As fontes do direito no sistema jurídico anglo-americano*. Lisboa: Ministério das Finanças, 1974.

BRAND, Paul. Judges and judging 1176-1307. In: BRAND, Paul; GETZLER, Joshua. *Judges and judging in the history of the Common Law and Civil Law: from antiquity to modern times*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. (Acervo)

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris: Dalloz, 1988.

DAWSON, John P. *The oracles of the law*. Ann Arbor: The University of Michigan Law School, 1968. (Acervo)

GLENN, H. Patrick. A concept of legal tradition. 34. Ontario: *Queen's Law Journal*, págs. 427-445, 2008-2009.

_____. Are legal traditions incommensurable? *The American Journal of Comparative Law*, vol. XLIX, nº 01, 2001.

_____. La civilisation de la common law. *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 45, nº 03, págs. 559-575, jul.-set. 1993.

HELMHOLZ, R. H. *The ius commune in England: four studies*. New York: Oxford University Press, 2001. (Acervo – fragmento)

LASSER, Mitchel de S.-O.-L.E. Judicial (self) portraits: judicial discourse in French legal system. *Cornell Law Faculty Publications*. Paper 744. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/744>>. Último acesso aos 16 de fevereiro de 2016.

LEGRAND, Pierre. European legal systems are not converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, vol. 45, nº 01, 1996.

LOSANO, Mario G. *I grandi sistemi giuridici*. Roma: Laterza, 2000 (trad. port. VAREJÃO, Marcela. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007).

MERRYMAN, John Henry. *The civil law tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1969. (Acervo)

MOCCIA, Luigi. Sull'uso del termini "civil law": contributo ad un programma di ricerche sul "diritto comune europeo". *Il Foro Italiano*, vol. 103, parte quinta, pág. 256, 1980.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Último acesso aos 17 de outubro de 2013.

REIMAN, Mathias. The progress and failure of comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, nº 50, pág. 677, 2002.

WATSON, Alan. *The making of the Civil Law*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1981. (Acervo – fragmento)

WILLIAMS, Ian. Early-modern judges and the practice of precedent. In: BRAND, Paul; GETZLER, Joshua. *Judges and judging in the history of the Common Law and Civil Law: from antiquity to modern times*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. (Acervo)

2.6. DOCTORS' COMMONS/ENGLISH CIVIL LAWYERS

COQUILLETTE, Daniel R. *The civilian writers of Doctors' commons, London: 3 centuries of jurist innovation in comparative, commercial, and international law*. Berlin: Duncker und Humblot, 1988. (Acervo)

LEVACK, Brian P. *The civil lawyers in England (1603-1641): a political study*. Oxford: Clarendon, 1973. (Acervo – fragmento)

SQUIBB, G. D. *Doctors' commons: a history of the college of advocates and doctors of law*. Oxford: Clarendon, 1977. (Acervo – fragmento)

2.7. *Civil law* pré-codificação

GORLA, Gino. A decision of the Rota fiorentina of 1780 on liability for damages caused by the “ball games”. *Tulane Law Review*, New Orleans: Tulane University, vol. 49, 1975-1975. (Acervo)

_____. Civilian judicial decisions – an historical account of Italian style. *Tulane Law Review*, New Orleans: Tulane University, vol. XLIV, 1969-1970. (Acervo)

2.8. Amostras da manualística brasileira sobre direito civil

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Francisco Alves, 1916.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A. *Teoria geral da relação jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. vol. I.

FRADERA, Véra Maria Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (org.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____; GUIMARÃES, César; GREBLER, Eduardo. *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; _____. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. *Introdução ao direito civil*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. I.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. vol. I.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Direito civil: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *et alii* (org.). *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2015.

2.9. Obras de natureza diversa

2.9.1. Dicionário

CALDAS AULETE. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1958.

2.9.2. Filosofia e história do pensamento

ARENDT, Hannah. *Between past and future: eight exercises in political thought*. New York: The Viking Press, 1968 (trad. port. BARBOSA, Mauro W. *Entre passado e futuro*. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2014).

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid times: living in an age of uncertainty*. Cambridge (USA): Polity, 2011.

CHARLES TAYLOR. *Sources of the self: the making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

LAUAND, Luiz Jean. Introdução. In: AQUINO, Tomás de. *Verdade e conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, pág. 01.

_____. *O que é uma universidade?* São Paulo: Perspectiva, 1987.

TAYLOR, Charles. *Sources of the self: the making of modern identity*. Cambridge: University Press, 1992.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Trad. port. BRUNI, José Carlos. São Paulo: Nova Cultural: 1999.

2.9.3. Obras de literatura referidas na tese

BORGES, Jorge Luis. *Antologia pessoal*. Trad. port. ARRIGUCCI JR., Davi; JAHN, Heloisa; BAPTISTA, Josely Vianna. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ELIOT, Thomas Stearns. Tradition and the individual talent. In: ELIOT, Thomas Stearns. *The sacred wood: Essays on Poetry and Criticism*. London: Methuen, 1948.

ORWELL, George. *Nineteen eighty-four*. London: Penguin, 2000.

ROSA, João Guimarães. O Espelho. In: ROSA, João Guimarães. *Primeiras estórias*. 15ª ed., 7ª reimpr. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

STENDHAL. *O vermelho e o negro*. Trad. port. DE SOUZA JR.; FERNANDES, Casemiro. Rio de Janeiro: Globo, 1987.

2.9.4. Guias de viagem

ALBERTINI-VIENNOT, Marie-Hélène *et alii*. *Paris*. Trad. ing. ALLATSON, Wendy *et alii*. 2ª ed. New York: Alfred A. Knopf, 1996.

TEFFO, Anne (org.). *Le guide vert*. Boulogne-Billancourt: Michelin, 2013.

NEVEZ, Catherine le; PITTS, Christopher; WILLIAMS, Nicola. *Lonely planet*. Paris. Trad. port. ALMEIDA, Bruno Gambarotto Andreani. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2013.