

A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E A QUESTÃO DA CODIFICAÇÃO CIVIL NO SÉCULO XIX*

*Ricardo Marcelo Fonseca***

RESUMO: Este texto busca, num primeiro momento, compreender algumas vicissitudes da formação da cultura jurídica brasileira, sobretudo de direito privado, desde o período colonial (quando a legislação brasileira confundia-se, em termos gerais, com a legislação portuguesa) até a codificação civil. A partir daí são investigadas as razões pelas quais o Brasil do século XIX acabou sendo refratário à onda de codificação civil que assolou a Europa continental e a América Latina.

1 INTRODUÇÃO

Tullio Ascarelli, eminente jurista italiano do século XX, que na época do fascismo encontrou abrigo e acolhimento no Brasil

* Este texto foi apresentado no “Seminário sulla cultura giuridica e codificazione”, na Università degli Studi di Firenze e no “2º Congresso Brasileiro de História do Direito”, na Universidade Federal Fluminense, em Niterói. Foi publicado na sua versão italiana, com algumas modificações de conteúdo, nos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n.º 33/34, 2004/2005, p.963/983, sob o título “Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra settecento e novecento”. Agradeço as observações feitas ao texto, nos dois eventos acima citados, por Paolo Grossi, Paolo Cappellini, Alberto Spinosa, Ramón Narváez, Andrei Koerner, Arno Wheling, Wilson Madeira Filho e Silvia Hunold Lara.

** Professor do curso de direito e do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do CNPq.

por quase dez anos, ao ter participado, nessa sua permanência, da vida cultural e universitária brasileira, teve condições de aduzir, com sensibilidade histórica e argúcia intelectual, que o traço mais típico do direito privado brasileiro estava na vigência ininterrupta, até a codificação de 1916, do velho direito comum integrado no plano legislativo pelas Ordenações Filipinas de 1603. Para o grande jurista italiano, assim, a maior e mais curiosa marca da legislação brasileira era a de ter carregado até a segunda década do século XX um direito com marcas visivelmente medievais.¹

¹ ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato brasiliano, “in” *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1952, pág. 81/83. Sobre essas observações

De fato, a realidade jurídica brasileira guarda uma série de peculiaridades, inclusive se comparada a outras nações da América Latina: ao contrário da maioria de seus vizinhos não se fez ali um código civil ao longo do século XIX; ao contrário de vários países da América espanhola, no Brasil não ingressaram de modo avassalador as idéias de codificação e, conseqüentemente, de ruptura com a realidade jurídica existente nos tempos anteriores à independência (ocorrida em 1822).

Essas tipicidades, todavia, ao nosso ver, não podem levar à conclusão de que ainda no início do século XX o direito brasileiro era idêntico àquele direito dos séculos XVII e XVIII, quando então Portugal, a metrópole, trouxe à sua colônia na América todo o aparato jurídico vigente – então consubstanciado sobretudo nas já citadas Ordenações de Felipe II. Existem alguns fatores de descontinuidade, somados às peculiaridades da formação histórica brasileira, que denotam um desenrolar da cultura jurídica muito particular.

Assim, buscando dialogar com aquela imagem do direito brasileiro trazida por Ascarelli, este artigo pretende delinear alguns traços da cultura jurídica brasileira² num

de Ascarelli veja-se GROSSI, Paolo. Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli), "in" GROSSI, Paolo. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1998, p.330.

² É de se frisar que quando se fala em 'cultura jurídica brasileira' no período que aqui se aborda quer se referir à cultura jurídica do direito privado – que era praticamente a única praticada e cultuada, em conformidade com a tradição romanista (de direito comum) que foi recebida pela via das Ordenações do Reino. Como nos lembra Clóvis do Couto e Silva, a recepção dos institutos e princípios

período em que as nações Européias e latino-americanas estavam sofrendo uma revolução não só política, mas também jurídica, consubstanciada numa nova relação do direito com a cultura e com a política, cuja emergência do *Code Civil* napoleônico de 1804 é o símbolo mais evidente. Para isso, se fará um breve resgate da formação jurídica brasileira do período colonial (e de modo particular a partir de meados do século XVIII) – quando falar em direito brasileiro equivale a falar em direito português –, bem como de algumas das vicissitudes da nossa cultura jurídica ao longo do século XIX, de modo a tentar esclarecer as razões pelas quais o Brasil teve tão peculiar trajetória e, nesse caminho, desvelar as particulares relações da cultura jurídica brasileira com a idéia de codificação.

2 A TRADIÇÃO JURÍDICA PORTUGUESA E O BRASIL COLONIAL

As Ordenações Filipinas vêm à luz em 1603, por obra do rei Felipe II da Espanha,

do assim chamado "direito público" por parte da Constituição do Império brasileiro de 1824 (como separação de poderes, controle constitucional das leis, etc.) se deu a partir das técnicas hermenêuticas do direito privado. (COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro, "in" FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 1997, p.20). Tentei delinear alguns traços da cultura jurídica brasileira em FONSECA, Ricardo Marcelo. "A formação da cultura jurídica nacional e os cursos de direito no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879)", *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, Madrid, Vol. 8, n. 8, 2005, p.97/116, como também em FONSECA, Ricardo Marcelo. "Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX", "in" *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, XXXV, 2006 (no prelo).

na época da unificação ibérica. Eram divididas em cinco livros, a exemplo do que já ocorria com as ordenações anteriores (de D. Alfonso V e D. Manuel) sendo que o livro 4º era consagrado especificamente ao direito privado. Após o fim da dominação espanhola, Portugal confirma sua vigência pela lei de janeiro de 1643. Nas palavras de Braga da Cruz, já quando vieram a lume no início do século XVII se mostravam antiquadas, pois buscaram afirmar a tradição jurídica dos compiladores, de modo que acabaram por ser uma simples atualização das ordenações Manuelinas, que por sua vez tinham já sido atualizações das Ordenações Afonsinas.³

De qualquer modo, uma das características que vai marcando cada vez mais a aplicação das Ordenações Filipinas, na medida da chegada dos tempos iluministas do século XVIII e mais ainda dos tempos burgueses do século XIX, é naturalmente a sua incompletude diante das novas e cada vez mais numerosas situações jurídicas. As próprias ordenações, porém, fixavam de modo bastante claro o modo de preencher as eventuais lacunas: deveria ser usado o direito romano e as matérias que envolvem pecado deveriam preferencialmente ser resolvidas pelo direito canônico (conforme livro II, título 1, parágrafo 6º, 13 e título 5, parágrafo 4º, bem como livro III, título 24, “caput” e título 58, parágrafo 9º). Havia ainda referência explícita ao uso da *Glosa* de Acúrsio e das *Opiniões* de Bártolo, desde que não fossem contrariadas pela opinião comum dos doutores (*communis opinio doctorum*). Como

³ BRAGA DA CRUZ, Guilherme. *Obras esparsas: estudos de história do direito moderno* (Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p.28 e 29.

se vê, tais ordenações eram substancialmente partes do direito comum europeu, que de fato formalmente restavam vigente no Brasil desde o início de sua colonização.

É claro, porém, que essas Ordenações Filipinas não teriam uma grande longevidade, como apontou Ascarelli, se a cultura jurídica portuguesa (que, nesse ponto, constituía um mesmo e único tronco com relação ao direito brasileiro) e, depois da independência, também a cultura brasileira, não tivessem sofrido grandes e significativos impactos que tornaram a aplicação dessa antiga legislação algo mais permeável aos novos tempos. O primeiro deles foi a chamada “Lei da Boa Razão”, editada pelo Marquês de Pombal, que foi um dos marcos do “despotismo esclarecido” português.

De fato, a lei de 18 de agosto de 1769 – alcunhada de “Lei da Boa Razão” –, amplamente ancorada num ambiente cultural iluminista e jusnaturalista, buscava basicamente impor novos critérios de interpretação e integração das lacunas na lei.⁴ O seu primeiro cuidado é precisamente o de reprimir o abuso, até então vulgarizado, de recorrer aos textos de direito romano ou a textos doutrinários em desprezo a disposições expressas do direito nacional português. Desse modo, tornava-se proibido o uso nas decisões judiciais de textos romanos ou invocar a autoridade de algum escritor

⁴ *Idem*, p. 37. Vide ainda MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador, “in” SCHIPANI, Sandro (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*. Padova: Cedam, s/d, p.18 e GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. Salvador: Universidade da Bahia, 1958, p.9/12.

quando houver disposição em contrário nas Ordenações, nos usos do reino ou nas leis pátrias. Somente no caso de lacunas é que se poderia recorrer aos textos romanos. É de se frisar, porém, que ainda assim o direito romano, como ‘direito subsidiário’, não poderia ser utilizado em si mesmo, mas sim, por meio da ‘*recta ratio*’ dos jusnaturalistas, a “boa razão”. E, nas palavras da lei, essa “boa razão” deveria ser procurada nas “*verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, que a ética dos mesmos romanos havia estabelecido, e que o direito humano e divino formalizaram, para servirem de regras morais para o cristianismo*”, sendo possível ainda buscar “*outras regras, que, de unânime consentimento, estabeleceu o direito das gentes, para direção e governo de todas as nações civilizadas*”, bem como, finalmente, seria possível procurar o “*que se estabelece nas leis políticas, econômicas, mercantis e marítimas, que as nações cristãs têm promulgado*”. É ainda de se registrar que a “Lei da Boa Razão” determina que o direito canônico deixa de ter aplicação subsidiária nos tribunais civis (modificando as Ordenações no particular) e, finalmente, vem a banir a aplicação da *Glosa* de Acursio e dos *comentários* de Bártolo (que, como vimos, eram tomados como fontes subsidiárias pelas ordenações).⁵

Para garantir a aplicação desse conteúdo altamente reformador da aplicação do direito preconizado pela “Lei da Boa Razão”, são publicados em 1772, também por inspiração pombalina, os novos estatutos universitários. Tal reforma do ensino se mostrou como o

complemento adequado às reformas na legislação: com a obrigatória introdução no ensino de idéias jusnaturalistas e do *usus modernus pandectarum*,⁶ tornam possível a incursão de uma mentalidade nova às novas gerações de juristas, devidamente adaptada à compreensão do novo espírito que inspira a legislação portuguesa no que se refere aos métodos de interpretação e integração das lacunas.⁷ Tudo isso, por fim, acabou tendo como efeito mais ou menos imediato a formulação de ‘assentos doutriniais’ nos tribunais superiores de Portugal – que tinham valor normativo na atividade dos juízes –, que se caracterizavam pela grande preocupação em formular princípios gerais na interpretação e aplicação das leis vigentes, fazendo com que a incidência do *usus modernus* e, portanto, a aplicação da “Lei da Boa Razão”, tivesse uma ampla penetração de cunho renovador na cultura jurídica portuguesa (e, portanto, brasileira).

⁶ “*Usus modernus pandectarum*”, ou, literalmente, uso moderno das Pandetas de Justiniano, constituem movimento cultural ocorrido sobretudo na Alemanha do século XVII que, colocando em questão a vigência global e preferencial do direito romano, propôs a idéia da “recepção prática” do legado justinianeu, segundo a qual o direito romano deveria ser compatibilizado com os novos direitos dos reinos, cf. HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p.140/141, bem como WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Antonio M. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.225 e segs. e também CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*. Milano: Giuffrè, 1982, p.464/466 e ainda em CAPPELLINI, Paolo. *Systema iuris: genesi del sistema e nascita della “scienza” delle pandette*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 98/108.

⁵ BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *op. cit.*, p.37/39.

⁷ BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *op. cit.*, p.40/41.

Dessa forma, se por um lado é verdadeiro que as ordenações mantiveram-se vigentes no Brasil, atravessando ainda todo o século XIX, não é menos verdade que sua aplicação, já no fim do século XVIII, não pode ser considerada como incólume às influências do jusnaturalismo racionalista, que a moldou e tingiu com cores iluministas.⁸

E essas não foram as únicas formas de afastamento da legislação brasileira do modelo originalmente seguido pelas Ordenações Filipinas: as vicissitudes da cultura jurídica do Brasil a partir da sua independência no século XIX darão ainda outras cores a esse complexo quadro, ao mesmo tempo em que farão com que as relações com o ‘impulso codificador’, então em grande voga na Europa e na América Latina, fosse muito peculiar.

3 O BRASIL INDEPENDENTE E A FORMAÇÃO DO DIREITO NACIONAL

Logo após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, o novo governo, estabelecido sem uma guerra de independência a partir de uma composição entre as elites brasileiras, a coroa portuguesa e a Inglaterra,⁹

⁸ Aqui não quer se sustentar que o advento da Lei da Boa Razão e dos novos estatutos universitários tenham representado uma ruptura definitiva com a tradição do ‘ius commune’ ou que as referências à Acúrsio, Bártolo e ao direito canônico tenham desaparecido em Portugal e no Brasil desde então; indica-se apenas que a partir daqui existem resistências importantes na cultura jurídica luso-brasileira a tais referências que não podem ser ignoradas.

⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002, p.26.

promulga a lei de 20 de outubro de 1823 que determinou que continuassem em vigor as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, “enquanto se não organizar um novo código ou não forem especialmente alteradas”. Já a Constituição do Império, promulgada em 1824, determinou em seu art. 179, n. XVIII a “necessidade de se organizar, quanto antes, um código civil e um criminal, fundado em sólidas bases de Justiça e Equidade”.

O fato é que esse dispositivo da Constituição foi cumprido apenas parcialmente: o código criminal é promulgado em 1830 e o código comercial, em 1850. Já o código civil deveria esperar o ano de 1916, já em pleno século XX e em plena República (o regime imperial brasileiro teve fim em 1889), de modo que a intenção daquela lei de 1823 (o que equivale a dizer: a vigência provisória das ordenações e da legislação portuguesa) acabou por se realizar somente 1916, ao menos se tomada a legislação civil de um modo global.

Estes fatos realmente mostram um elemento de continuidade com relação à tradição jurídica portuguesa herdada dos tempos coloniais e, por consequência, uma relação de continuidade com relação às Ordenações Filipinas. Tal continuidade, todavia, há de ser observada com reservas em vista do advento da “Lei da Boa Razão”, de 1769, que, como vimos, ao inserir critérios de integração e interpretação tipicamente jusnaturalistas, “atualizou” a velha legislação portuguesa.

Já a partir de 1822, o Brasil independente irá cada vez mais romper – mas sempre de um modo lento, gradual, mas insistente – com a velha legislação portuguesa representada

sobretudo pelas ordenações, seja por meio da própria legislação brasileira, que ao longo de todo o império será promulgada, seja pelos caminhos que vão ser trilhados pela nascente cultura jurídica brasileira nesse mesmo período.¹⁰

Por ora, atenhamo-nos às vicissitudes da legislação brasileira ao longo do império, bem como à importantíssima tentativa de Teixeira de Freitas em formular um código civil brasileiro que, embora malograda, teve reflexos profundos no campo legislativo nacional.

Obviamente que com a instituição de uma monarquia constitucional (que tinha, todavia, traços visivelmente autoritários) o recém-criado Estado brasileiro passou a possuir uma profusa gênese legislativa, buscando regulamentar, pela primeira vez com uma legislação autóctone, várias relações privadas. É esse o ponto, aliás, onde as tradições jurídicas portuguesa e brasileira se separam: enquanto a antiga metrópole, a partir de 1822, sofrerá uma forte influência do pensamento liberal, com uma conseqüente suscetibilidade aos princípios e premissa contidas no *Code Civil* napoleônico de 1804 (que culminará com a promulgação do código civil de 1867, de clara inspiração francesa), a antiga colônia continuará a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais sem proceder a grandes e radicais rupturas, adaptando-a às tradições específicas dos brasileiros, à cultura jurídica

então em formação e sobretudo aos interesses econômicos das elites agrárias brasileiras. Basta lembrar que malgrado o teor liberal da Constituição de 1824, a escravidão africana, implantada na colônia pelos portugueses, vai subsistir no Brasil até 1888 (ou seja: até um ano antes do final do império), demonstrando de modo bastante eloqüente, nessa odiosa forma de redução de uma pessoa à coisa, a renitência de estruturas arcaicas nas próprias instituições político-jurídicas, que se somaram, a cada passo das transformações institucionais brasileiras, com uma forma muito peculiar de adaptação dos princípios liberais advindos sobretudo da França e dos Estados Unidos, sempre adequados aos interesses das elites. A coexistência de uma Monarquia Constitucional com a escravidão, ou então da escravidão com um rol de liberdades individuais copiadas da Constituição Francesa de 1791, demonstram como a incidência dos princípios jurídicos no Brasil caracterizou-se, desde o início do Império, por uma ‘flexibilidade’ conveniente e por uma ‘adaptabilidade’ oportuna.

E com a produção legislativa brasileira, que progressivamente ia regulamentando inúmeros institutos importantes do direito privado brasileiro, a cultura jurídica vai tomando contornos cada vez mais particulares, que pouco a pouco se distanciava da velha herança portuguesa. Um exemplo claro, e ao mesmo tempo sintomático, é aquele referente à regulamentação da propriedade. Absolutamente não se pode dizer que as Ordenações Filipinas estivessem vigentes no Brasil ao longo do século XIX nessa matéria e, portanto, menos ainda que tenha sido o código civil de 1916 a instituir uma disciplina jurídica completamente nova.

¹⁰ Importantes observações sobre o direito brasileiro colonial encontram-se em HESPANHA, António Manuel. *Por que é que existe e em que consiste um direito colonial brasileiro* “in” www.hespanha.net, consultado em 14 de agosto de 2006, 10h00min.

Houve uma série de importantes adventos legislativos ao longo do Império que deram à propriedade no Brasil um caráter liberal e “moderno”, como, por exemplo, a reforma hipotecária de 1864,¹¹ mas sobretudo a “Lei de Terras” de 1850, que, com o intento de transformar a propriedade rural em verdadeira mercadoria de livre circulação no mercado, buscou promover radicalmente uma até então inédita separação das terras públicas das privadas.¹² Assim, como se pode notar, os progressivos interventos legislativos brasileiros provocaram uma segunda forma de “atualização” legislativa (além daquela representada pela “Lei da Boa Razão”) que promove verdadeira descontinuidade entre a tradição jurídica brasileira e aquela do direito comum.

Essas intervenções legislativas no império brasileiro chegaram a um ponto tal que quando finalmente, na década de 50 do século XIX, resolveu-se iniciar um processo de codificação civil no Brasil, o jurista Augusto Teixeira de Freitas – que foi escolhido como o codificador pelo governo imperial – houve por bem, antes de qualquer outra tarefa, realizar uma ‘Consolidação das leis civis’ no Brasil, tamanho era o labirinto legislativo então existente. Além disso, como o próprio Teixeira de Freitas sublinhou na longa introdução feita à sua ‘Consolidação’, as

¹¹ Ver VARELA, Laura Beck. *Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito*. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo. “A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil”, “in” *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Mexico, XVII, 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp.97/112.

pobres disposições das Ordenações, continuaram a recorrer às das disposições de direito romano, à Glosa de Acúrsio, aos comentários de Bártolo, como até mesmo às disposições de direito canônico, apesar da proibição expressa da “Lei da Boa Razão” de 1769. Além disso, a própria “lei da Boa Razão”, segundo Teixeira de Freitas, “*deu largas ao arbítrio*” dos juristas, carregando “*suas obras de matereais estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos*”. Diz o jurista, por fim, atestando a insuficiência das Ordenações Filipinas como fonte de direito, que “*as cousas tem chegado a tal ponto, que menos se conhece e estuda o nosso Direito pelas Leis que o constituem, do que pelos Praxistas que as invadirão*”.¹³

O trabalho preparatório da ‘Consolidação’ foi seguido da elaboração do ‘Esboço do código civil’, para o qual o império brasileiro contrata em 1859 o mesmo Teixeira de Freitas, a esta altura já louvado como um dos maiores juristas brasileiros; o trabalho começa a ser publicado em 1860, em partes, até 1865. Espírito perfeccionista, deteve-se no Livro III, “da parte especial” (num projeto que previa a elaboração de quatro partes), e, depois de várias discussões no parlamento brasileiro e na comissão instituída pelo ministério da Justiça, o novo Ministro da Justiça, Duarte de Azevedo, continuando uma seqüência de obstruções que tinham sido iniciadas por seu antecessor, José de Alencar (também celebrizado como romancista), acaba por rescindir o contrato

¹³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Introdução, “In TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1859, p.VII e VIII.

com o jurista no ano de 1872, de modo que o projeto de Teixeira de Freitas (seu 'Esboço'), embora tenha até certo ponto servido de inspiração para as tentativas posteriores de codificação, vai ser deixado definitivamente à parte.¹⁴

Embora não haja um consenso entre os autores sobre as razões do fracasso do 'Esboço' em sua pretensão de transformar-se em código, parece efetivamente que contribuíram decisivamente duas razões. A primeira foi a firme e inflexível convicção de Teixeira de Freitas em promover a unificação do direito privado, o que encontrava uma oposição do governo, que, secundado pelos firmes interesses da elite agrária, não via com bons olhos essa mudança.¹⁵ De fato, na sua carta de 1867 que rejeitava os trabalhos já impressos, dizia que resistia "*invencivelmente a essa calamitosa duplicação das leis civis*".¹⁶ A segunda razão encontra-se na decisão de Teixeira de Freitas de, fiel a seu espírito liberal, negar-se a estabelecer uma disciplina jurídica para a escravidão dos negros. Com efeito, escreveu ele claramente no seu 'Esboço' (reiterando o que havia escrito na 'Introdução' de sua 'Consolidação das leis

Civis'¹⁷) o seguinte: "*Sabe-se que nesse projeto prescindindo da escravidão dos negros, reservada para um projeto especial da lei; mas não se creia que terei que considerar os escravos como cousas. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas.*"¹⁸ Assim, as convicções de Teixeira de Freitas entravam em choque com um dos pilares centrais dos interesses das elites, para quem um código civil não podia simplesmente ignorar as estruturas escravocratas da sociedade agrária brasileira, inviabilizando, assim, o sucesso de seu projeto.¹⁹ Outras tentativas de codificação da legislação civil (muito menos célebres, contudo) foram ainda tentadas no Brasil imperial: a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881)²⁰ cujos projetos, que muito deviam ao 'Esboço' de Teixeira de Freitas, acabaram barradas quer pela rejeição do Ministério da Justiça e do parlamento, quer pelo final do regime imperial em 1889.

¹⁴ MEIRA, Silvio. *O direito vivo*. Goiânia: Ed. UFG, 1984, pág. 225. KARAM, Munir. O processo de codificação do direito civil brasileiro (da consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua): o sistema do esboço "in" SCHAPANI, Sandro (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, cit.*, p.322/324.

¹⁵ SURGIK, Aloysio. O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil "in" SCHIPANI, Sandro (a cura di). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, cit.*, p.443/444.

¹⁶ *Apud* SURGIK, Aloysio. *Op. cit.*, p.443.

¹⁷ "*Cumpro advertir que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de – escravos –. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condemnado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade*" "in" TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis, cit.*, p.XI.

¹⁸ *Apud*, SURGIK, Aloysio. *Op. cit.*, p.443.

¹⁹ MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1979, p.90/192 e SURGIK, Aloysio, *op. cit.*, p.443 e 444.

²⁰ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p.17.

De qualquer modo, o ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas, embora não aproveitado no Brasil, acabou inspirando fortemente algumas das codificações oitocentistas, sobretudo na América Latina.²¹ E seu trabalho anterior de ‘Consolidação das Leis Civis’, levado a cabo somente com o propósito de, nas suas palavras, ‘mostrar o último estado da legislação’, foi recebido com elogios por toda a comunidade jurídica nacional. E a tal ponto foi o julgamento positivo do trabalho do jurista brasileiro (trabalho que, repita-se, deveria ser somente preparatório para a codificação), que a partir de então (estamos em 1858), dada a sua sistematicidade e organização, fez as vezes de verdadeiro guia da legislação civil brasileira e referência quase obrigatória a ser seguida pelos tribunais e juristas do Brasil. Assim, é de se notar que este trabalho de Teixeira de Freitas – que foi meramente de sistematização de uma legislação já existente – acabou cumprindo a função de perpetuar a permanência de um direito antigo.²² Essa função ‘conservadora’ – que, todavia, não deve levar a equívocos, na medida em que não significa imobilidade da legislação e muito menos renitência *tout court* de uma

²¹ O ‘Esboço’ de Teixeira de Freitas foi fonte de inspiração explícita na formulação do código civil da Argentina, a cargo de Dalmácio Vélez Sarsfield, de 1869, bem como do código paraguaio (que adotou o diploma argentino) e do código uruguaio de 1868. Ver a propósito MEIRA, Silvio. O jurista brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal “in” SCHAPANI, Sandro (a cura di). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit. p.77/79.

²² GOMES, Orlando. *Op. cit.*, pág. 18 e BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *op. cit.*, págs. 65/66. COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro... *cit.* “in” FRADERA, Vera Maria Jacob. *Op. cit.*, p.17.

legislação medieval, como vimos – constitui um dos traços da cultura jurídica brasileira ao longo do século XIX que, como veremos, ajudou, com outros fatores, a afastar a tendência majoritária em todos os lugares no sentido de adotar-se a “forma código” na legislação civil brasileira.²³

4 CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E CODIFICAÇÃO

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

Um primeiro fator se encontra na ausência de uma cultura jurídica logo nos anos que se seguiram à independência do Brasil. De fato, no período colonial a metrópole portuguesa não teve como política, ao contrário da Espanha, o estabelecimento de universidades em seus domínios ultramarinos. Enquanto no Brasil

²³ Empréstase o termo “forma código” de CAPPELLINI, Paolo em *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità* “in” CAPPELLINI, Paolo e SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio (atti dell’incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000)*. Milano: Giuffrè, 2002, p.11/68.

só foi permitido o estabelecimento de escolas superiores em 1808 – quando a família real portuguesa, fugida das invasões napoleônicas, estabelece a corte no Brasil –, já se verificava na América espanhola, ao final do período colonial, a existência de ao menos vinte e três universidades.²⁴ Nesse período os filhos das elites brasileiras, querendo, deveriam fazer seus estudos superiores no exterior e, no caso da formação jurídica, isso geralmente se dava na Universidade de Coimbra. Apenas para apontar um dado, entre os anos de 1772 e 1872 passaram pela Universidade de Coimbra 1.242 estudantes brasileiros, enquanto na América espanhola nesse mesmo período 150 mil estudantes passaram pelas universidades.²⁵ Os cursos jurídicos no Brasil somente foram inaugurados, após longos debates legislativos, no ano de 1827, com uma Faculdade estabelecida em Olinda (e transferida para Recife em 1854) e outra em São Paulo. Pode-se dizer, portanto, que é somente a partir daí que vai se formando, de modo lento e gradual, uma cultura jurídica tipicamente brasileira. Em 1854 houve uma importante reforma do ensino – na qual, por meio de um decreto, foi inserida, por exemplo, a obrigatoriedade do ensino do direito romano – que tentou dar um ar menos prático ao ensino que então se praticava nos cursos brasileiros.²⁶ Como se nota, a cultura jurídica

brasileira na primeira metade do século XIX era composta por um punhado de filhos das elites com formação na Universidade de Coimbra e outro contingente (certamente não significativo) de estudantes formados a partir da década de 30 nos jovens e pragmáticos cursos de direito de Recife e São Paulo. Por certo que não se podia esperar uma forte consciência científica de recepção cultural da tradição do código civil francês, bem como da discussão dos juristas franceses, num contexto como esse. Eventuais decisões por uma codificação certamente passavam muito mais por outra sorte de conveniências (como o desejo e a necessidade das elites do jovem império em proclamar princípios jurídicos “modernos”, ou então de demarcarem os limites jurídicos do exercício de seu direito de propriedade) do que por uma espécie de prevalência cultural avassaladora, que certamente invadiu a Europa continental e também boa parte da América Latina logo no início do século XIX.

Um segundo fator importante foi o fato de que a incipiente cultura jurídica brasileira da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido infensa a influências francesas, sofreu muito mais o impacto da cultura alemã.²⁷ Esse fato não deixa de ser até certo ponto curioso, uma vez que em outros âmbitos culturais que não o jurídico (inclusive o filosófico), a influência francesa – e sobretudo do positivismo de

²⁴ CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*, cit., p.23.

²⁵ *Idem*, *ibidem*.

²⁶ PEREIRA, Aloysio Ferraz. O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas “in” SCHIPANI, Sandro (a cura di). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, cit., p.84/85.

²⁷ Não se ignora a maciça e predominante influência da doutrina portuguesa na jovem cultura jurídica brasileira. Todavia, sobretudo na discussão sobre codificação, a referência européia (que também refletia fortemente na própria produção dos juristas portugueses) se dava sobretudo a partir das ciências jurídicas francesa e alemã.

Comte – mostrou-se predominante no Brasil. De fato, a assim chamada “Escola do Recife”, como é conhecido esse movimento da cultura jurídica capitaneado por Tobias Barreto²⁸ (e que contou com nomes como o de Silvio Romero e Clóvis Beviláqua – o autor do projeto do código de 1916), tinha franca orientação cultural alemã.²⁹ Além disso, não é desprezível o fato de que Teixeira de Freitas, cuja ‘Consolidação das Leis Civis’, como vimos, tornou-se a referência de consulta da comunidade jurídica brasileira, tenha uma forte influência da cultura jurídica alemã. Como esclarece Miguel Reale,³⁰ embora se note um certo ecletismo em Teixeira de Freitas (onde o elemento inovador não pode ser desprezado), havia em seus escritos um casamento, embora sem um explícito tratamento filosófico unitário, de elementos da Escola Histórica e do direito natural. Apesar de certamente os autores franceses e de relevantes conceitos da Escola da Exegese não lhe serem desconhecidos,³¹ é à ciência jurídica alemã (que ele aduz ter “alcançado os mais brilhantes triunfos”³²)

²⁸ Ver a respeito LOSANO, Mario. La scuola di Recife e l’influenza tedesca sul diritto brasiliano “in” TARELLO, Giovanni (a cura di). *Materiali per la storia della cultura giuridica*, v. IV. Bolonha: il mulino, 1974, p.321/412.

²⁹ COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro. *cit.* “in” FRADERA, Vera Maria Jacob. *Op. cit.*, p.17/19.

³⁰ REALE, Miguel. Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas “in” SCHIPANI, Sandro (a cura di). *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, *cit.*, p.41/44.

³¹ *Idem*, p.42.

³² TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, p.XXVII.

e de modo particular a Savigny (por ele chamado de “profundo” e “sábio”³³) que são rendidos os maiores tributos.³⁴

O terceiro fator da ausência de uma “vontade codificadora” no império brasileiro está num aspecto que, na realidade, se coloca como um dos reversos da ausência de uma verdadeira cultura jurídica no Brasil (sobretudo na primeira metade do século XIX): a inexistência no Brasil de um verdadeiro padrão de cidadania e, portanto, a ausência de uma relação de identificação entre as garantias jurídicas asseguradas pela legislação oficial, de um lado, e o atendimento das necessidades do povo, de outro. Como diz o historiador José Murilo de Carvalho, na época imperial os direitos civis existiam só no texto da lei, tornando as pessoas comuns naquilo que ele denomina de “cidadãos em negativo”.³⁵ Em outras palavras: na estrutura social agrária, maciçamente rural, predominantemente analfabeta,³⁶ patriarcal e com significativa presença escrava,³⁷ não se pode supor que a maior parte dos conflitos viessem a ser resolvidos pela legislação

³³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Op. cit.*, p. CLVI e CXLII, respectivamente.

³⁴ Opinião, também, de COUTO E SILVA, Clóvis. O direito civil brasileiro. *cit.* “in” FRADERA, Vera Maria Jacob. *Op. cit.*, p.17.

³⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*, *cit.*, p.45/64.

³⁶ Em 1872, já nos últimos decênios do império, somente 16% da população era alfabetizada, consoante CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*, *cit.*, p.23.

³⁷ Na época da independência, em 1822, os escravos constituíam cerca de 30% da população. Em 1873, 15%, cf. CARVALHO, José Murilo. *Idem*, p.47.

oficial do Império. Evidentemente que há inúmeros casos de demandas judiciais populares fundamentadas na legislação oficial e veiculadas perante os órgãos judicantes estatais (inclusive de escravos³⁸) ao longo de todo esse período. Mas a presença de um grande pluralismo jurídico, onde se fazem sentir as presenças preponderantes da ordem local, familiar, religiosa etc., em detrimento de um direito estatal que ao povo parecia distante e alheio, não pode ser absolutamente desprezado. De fato, José Murilo de Carvalho lembra que a centralização burocrática do governo na capital imperial era construída de tal modo que o obrigava a estabelecer necessários compromissos com poderes locais (geralmente proprietários rurais), como único modo de fazer alcançar a vontade do poder central nas províncias e nos municípios; justamente em vista disso, o Visconde de Uruguai chegou a afirmar que a administração imperial “*tem cabeças enormes, quase não tem braços e pernas*”, ou ainda que é um corpo “*cujá circulação não chega às suas extremidades*”.³⁹ Tudo isso mostra como certamente a presença jurídica do Estado nos seus numerosos rincões não era absolutamente suficiente para que a população, sobretudo a mais periférica,

³⁸ Existe enorme historiografia demonstrando ações de escravos contra seus senhores: apenas exemplificativamente é de se citar CHALHOUB, Sidnei. *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990; GRINBERG, Keila. *Liberata, a lei da ambigüidade: as ações de liberdade na Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

³⁹ CARVALHO, José Murilo. *A construção da ordem/ Teatro das sombras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Relume Dumará, 1996, p.137/142.

se sentisse partícipe de uma sociedade política unitária e, menos ainda, de ordenamento jurídico e institucional exclusivo e excludente de outras formas de solução de conflito. De outro lado, a força da ordem local era de tal modo importante que as resistências contra quaisquer formas de centralização político-jurídica não poderiam ser desconsideradas. Desse modo, não se pode entender que somente uma modificação no âmbito legislativo estatal, num período e num lugar onde a presença do Estado era difusa e muitas vezes minoritária, pudesse ser sentida pela população – aqueles que deveriam ser os destinatários de uma nova ordenação jurídica das relações privadas – como algo que revolucionaria e (para utilizar um termo alheio à eles, mas próximos a nós) “modernizaria” suas vidas pessoais.

Um quarto fator que certamente contribuiu para a ausência da codificação no Brasil no século XIX já foi citado no item precedente: a contraposição das elites agrárias brasileiras à idéia de um sistema jurídico coerente, harmônico e plenamente inspirado nos ideais liberais que nortearam as revoluções burguesas. Um código certamente não era algo adequado à conformação dos interesses econômicos das arcaicas elites econômicas e sociais do império brasileiro. Apesar de formalmente ser o Brasil uma monarquia constitucional, o liberalismo recebido no Brasil, como já mencionado, sofreu especiais “adaptações” para servir de estofo a uma estrutura sócio-política autoritária e escravista, de modo que os princípios contidos na Carta Constitucional de 1824 podiam conviver de modo mais ou menos harmônico com a desigual sociedade imperial

brasileira.⁴⁰ É conhecida a afirmação de Sérgio Buarque de Holanda que, nos anos 30, ao tentar decifrar a democracia brasileira num dos textos mais representativos da interpretação sociológica produzidos no país, vai dizer que “*a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semi-feudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas.*”⁴¹ Nesse contexto, a promulgação de um código civil – com princípios definidos e coerentes e com pretensões de completude e certeza – certamente não era algo que contribuiria para ajudar na insidiosa forma com que os princípios liberais vigentes no Brasil eram conformados às atrasadas estruturas sociais brasileiras. De modo especial, como já vimos, havia a rejeição das elites à idéia de uma “unificação do direito privado”, que era ínsita ao projeto de codificação de Teixeira de Freitas, bem como ao modo problemático (do ponto de vista da aristocracia rural) como a questão da escravidão – que era crucial em toda a discussão política da segunda metade do século XIX – era abordada pelo jurista.

⁴⁰ Expressão já consagrada a respeito da peculiar recepção dos princípios liberais no Brasil é aquela que alude às “idéias fora do lugar” (ou seja: a convivência de princípios liberais com uma cultura baseada no “favor”), contidas em SCHWARTZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. 4. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992. p.13/28.

⁴¹ HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.160.

A par do alheamento da maioria da população a eventuais mudanças oficiais nas relações jurídicas privadas e a par do desinteresse das elites em promovê-las, há ainda um outro fator – o quinto e último – que se colocava como obstáculo à existência de uma codificação no Brasil: trata-se precisamente do caráter complexo, no âmbito da regulamentação das relações civis, da relação entre o Estado e as populações – especialmente as mais pobres. Quer dizer: além de ser realmente problemática a posição dos dois pólos por si mesmos (o pluralismo jurídico da população mais pobre, de um lado, e a falta de vontade de instituir um código pela elite, de outro), era também muito problemática a conexão entre as duas partes, a iniciativa em si mesma de uma invasão completa e abrangente (que o código certamente representa) de uma regulamentação jurídica no âmbito privado. Afinal, como visto, ao longo do século XIX o Estado sempre teve uma relação muito tênue com os particulares: embora no âmbito político até houvesse um sistema formal de participação das pessoas na escolha dos representantes (sistema esse, todavia, que era uma mera fachada, onde se escondia sobretudo o mandonismo dos chefes políticos locais, os “coronéis”⁴²), no âmbito civil esse intercâmbio era realmente escasso. Uma intervenção radical do Estado na vida privada das pessoas – na ausência de uma genuína ordem jurídica oficial pré-codificação e de um processo revolucionário burguês, que

⁴² LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 2. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1975 e CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*, cit., p.30/44.

foram fatores que caracterizaram a passagem à época do código na Europa – certamente seria sentida como uma indesejada invasão no âmbito dos valores tradicionais por parte de uma entidade – o Estado – que afinal não tinha tanto a que ver com a vida das pessoas. Não é a toa que Holanda observa, com a costumeira argúcia, que “*desse comportamento social, em que o sistema de relações se edifica essencialmente sobre laços diretos, de pessoa a pessoa, procedem os principais obstáculos que na Espanha e em todos os países hispânicos – Portugal e Brasil inclusive –, se erigem contra a rígida aplicação de normas de justiça e de quaisquer prescrições legais*”.⁴³

Para finalizar esse item – e ao mesmo tempo ilustrar o que se quer aqui dizer com esse quinto fator que embaraçou a codificação no Brasil –, convém lembrar um representativo episódio da história brasileira, ocorrido já no século XX, mas pouco antes da promulgação do primeiro código civil, que marca muito bem uma renitente realidade pré-moderna constantemente açodada por uma constante pretensão de modernização, que vai avançando lentamente a custo da conformação de uma forte tradição⁴⁴:

⁴³ HOLANDA, Sergio Buarque. *Op. cit.*, p.134.

⁴⁴ Houve importantes episódios da história brasileira nos quais revelou-se a força da tradição, especialmente em finais do século XIX e início do século XX. O mais famoso deles certamente foi a Guerra de Canudos, ocorrida no sertão da Bahia em 1896 e 1897 (imortalizada por uma das obras primas da língua portuguesa, *Os sertões*, de Euclides da Cunha [2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial/Imprensa oficial do estado/Arquivo do Estado, 2001], e mais recentemente lembrada ao ser tema no livro de Maria Vargas Llosa, *La guerra del fin del mundo* [México: Alfaguara, 2000]), quando uma multidão

trata-se da Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro de 1904.

Ao contrário de outras grandes insurreições ocorridas mais ou menos no mesmo período em defesa de valores tradicionais (como a Guerra de Canudos na Bahia ou a Guerra do Contestado em Santa Catarina), a Revolta da Vacina ocorre na maior e mais cosmopolita cidade brasileira, o Rio de Janeiro, a capital da República, que contava à época com aproximadamente 720 mil habitantes. Diante da clara vontade política do presidente Rodrigues Alves e do prefeito Pereira Passos em ‘modernizar’ a cidade, e tomando como modelo de ação as reformas urbanas feitas em Paris por Hausmann e como credo científico as descobertas de Pasteur, uma série de inovações – não sem muita resistência da população – foram sendo empreendidas na cidade: as ruas foram abertas ou alargadas, modificando as feições da velha cidade colonial e expulsando muita gente de suas casas; foram recolhidos mendigos, vacas e cães da rua; brigadas sanitárias percorriam a cidade inspecionando e desinfetando, com poderes inclusive para determinar a reforma ou a derrubada das casas. Chegou a haver até mesmo um esforço por modificar os hábitos

de sertanejos agruparam-se em torno de um líder carismático, Antonio Conselheiro, em defesa de seus valores tradicionais e de seus ideais comunitários e que, vista pelo jovem governo republicano como uma ameaça à modernização (e como um subversivo movimento monarquista), foi, depois de quatro expedições militares, brutalmente massacrada pelo Estado. Vide, nessa linha de interpretação, CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados*: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p.114/115 e também PEREIRA, Leonardo. *As barricadas da saúde*: vacina e protesto popular no Rio de Janeiro da primeira república. São Paulo: editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

da população, explicitamente tomando como modelo a “civilizada” Paris.⁴⁵ Após várias tentativas frustradas de sanear a cidade e acabar com as epidemias (sobretudo a varíola), foram dados pelo presidente da República aos médicos e funcionários públicos municipais poderes quase ditatoriais para que a “limpeza” da cidade se implementasse. Diante disso, a revolta popular explodiu: partes inteiras da cidade foram tomadas pelos rebeldes. Era visível a grande simpatia com que a maioria da população via tal movimento. Setores “marginais” (malandros, capoeiras, ambulantes, prostitutas) tomaram a frente, mas também operários de fábricas de tecidos aderiram. O governo manda bombardear os morros que eram redutos da insurreição, e os cadetes da Escola Militar da praia vermelha surpreendentemente rebelam-se contra o governo e contra a seu comando. Somente após revogar a lei da vacina obrigatória é que o governo, com a ajuda do exército e da marinha, consegue ocupar os morros e conter o movimento, restabelecendo finalmente a ordem.⁴⁶

Tal episódio não pode ser lido unicamente como uma demonstração da “ignorância” do povo em não compreender as “civilizadas” tentativas do governo em sanear a cidade e as casas dos cidadãos; pode ser lida também como uma tentativa de um governo autoritário em implementar mudanças significativas na vida privada das pessoas baseadas em teorias científicas, estéticas e

urbanísticas completamente estranhas ao cotidiano das pessoas, como a tentativa de imprimir no âmbito privado das famílias novidades que lhe pareciam substancialmente estranhas, não importando que tais novidades fossem provenientes do Estado. Como diz Carvalho, trata-se muito mais de uma reação popular contra uma ação político-jurídica do governo absolutamente incompatível com seus valores tradicionais. A idéia de que o governo pudesse mandar alguém para dentro das casas para, mesmo na ausência do chefe da família, examinar as esposas e filhas, soava como uma desfeita insuportável diante do padrão de moralidade então vigente. Por trás disso tudo, assim, havia uma concepção tradicional de que o governo não deveria interferir nos valores tradicionais que regiam a vida privada das pessoas, sobretudo em sua vida doméstica (até porque as pessoas em comum não se sentiam como partícipes da sociedade política, sendo a eles o Estado um ente mais ou menos estranho), sob pena de se desencadear uma reação, até mesmo com essa proporção de insurreição popular.⁴⁷

Esse episódio é representativo para a compreensão da cultura jurídica brasileira porque desvela essa mesma relação dialética, complexa e tensa entre, de um lado, uma tendência estatal em impor autoritariamente suas regras no âmbito privado, tentando fazer valer uma pretensão de “absolutismo jurídico”,⁴⁸ e, de outro lado, a existência de

⁴⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados*, cit., p.111/112

⁴⁶ *Idem*, p.117/118.

⁴⁷ *Idem*, p.118.

⁴⁸ Sobre essa noção, vide GROSSI, Paolo. *Absolutismo Giuridico e diritto privato*, cit. Em português, sobre tal discussão, ver GROSSI, Paolo. *Absolutismo jurídico*. *Revista da Escola de Direito da GV*, V. 1, n. 2, jun/dez 2005, pp.191/200 (trad.

pessoas de carne e osso portadoras de uma tradição, de valores, de uma cultura, enfim, de uma noção viva de direito, ainda que não o direito “oficial”. E esse é um direito que procura resistir à uma cultura que lhe é estrangeira e estranha, mas que com ela, nessa relação conflitiva, ao mesmo tempo dialoga e interage num solo histórico marcado por diversas particularidades.

5 PARA CONCLUIR

Eis, assim, a chave para compreender a peculiar cultura jurídica brasileira em seu nascimento e desenvolvimento entre meados do século XVIII e início do século XX: trata-se de um ambiente histórico em que existem renitentes permanências do direito comum na ordem jurídica privada (como foi argutamente observado por Ascarelli) mas, de outro lado, que sofre importantes descontinuidades no tempo. Todavia, tais

importantes descontinuidades, que se mostram tão relevantes a ponto de dar à cultura jurídica brasileira uma marca própria e distintiva (ordenações, ‘Lei da Boa Razão’, intervenções legislativas do império, ‘Consolidação das Leis Civis’ de Teixeira de Freitas), não podem, por sua vez, ser compreendidas unicamente à luz da recepção do direito oficial e de modo isolado da rica realidade histórica que lhe era subjacente. A compreensão das peculiaridades da formação cultural do direito privado brasileiro não deve ser destacada das profundas marcas deixadas por uma sociedade agrária, escravocrata e conservadora que, com engenhosidade ímpar, foi caminhando lentamente na direção de uma ‘modernização’ jurídica na qual eram equivalentemente importantes alguns modelos estrangeiros a serem seguidos e a necessidade de sua conformação com as injustas estruturas sociais e políticas brasileiras.

Ricardo Marcelo Fonseca), agora também publicado na coletânea GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo M. Fonseca. Rio de Janeiro: renovar, 2006, pp.123/137