

O Romanismo nas origens da cultura jurídica brasileira

Trabalho científico apresentado na forma de artigo à comissão editorial da Revista do Centro Acadêmico Afonso Penna.

Belo Horizonte – 2009

SUMÁRIO: *1. A “Exportação” da cultura jurídica européia na formação do Brasil-Colônia; 1.1 – Primórdios da estrutura jurídico-civilizacional brasileira; 1.2 – Ordem Jurídica e Organização da Justiça no Período Colonial; 2 – A ‘Romanidade’ do Direito Português; 3 – Papel do Romanismo na construção do Direito Nacional: Império e República Velha; 3.1 – Realidade social e contexto jurídico; 3.2 – Ordem Jurídica e Organização da Justiça no Período do Império e da Velha República; 4 – O Romanismo nos Primórdios das Idéias Jurídicas no Brasil; 4.1 – O legado dos jesuítas; 4.2 – Romanismo na obra de Tomás Antônio Gonzaga; 5 – Considerações Finais; Referências.*

PALAVRAS-CHAVE: *1- Direito Brasileiro; 2- História; 3- Direito Romano; 4-Filosofia do Direito; 5- Período Colonial.*

RESUMO: *O presente trabalho busca evidenciar as origens romanísticas da Cultura Jurídica Brasileira como consequência da colonização portuguesa do território. Ao discorrer sobre o processo histórico de formação dessa Cultura, notadamente no processo de colonização do território brasileiro, é evidenciado seu embasamento no Direito da Europa Continental, de matrizes sabidamente romanas, e de sua transplantação para a colônia. A ordem jurídica dos colonizadores se sobrepõe às ordens normativas indígenas primitivas preexistentes. A normatividade das culturas africanas também pouco, ou nada, incutiu na ordem jurídica nacional. O legado do Direito Romano é suprassumido na Cultura Jurídica Brasileira. A*

atualização do Direito Pátrio, para fazer frente à problemática contemporânea, não pode se dar de modo eficaz e maduro se não forem compreendidos e reconhecidos os fundamentos romanísticos de nossa cultura jurídica. Evidencia-se, ao final do período colonial, a presença do Direito Romano na obra do primeiro jusfilósofo a viver em nossas terras: o inconfidente Tomás Antônio Gonzaga.

KEY-WORDS: 1- Brazilian jurisprudence; 2- History; 3- Roman Law; 4- Legal Philosophy; 5 - Colonial period

ABSTRACT: *This work tries to show the romans origins of Brazilian Legal Culture as consequence of portuguese colonization of the territory. To discuss about the historical process of formation of this culture, especially in the colonization of the brazilian territory, its basement is evidenced on jurisprudence of continental Europe, of roman matrices, and its transplantation to the colony. The legal order of the colonizers overrides the normative orders primitive indigenous background. The normativity of african cultures too little, or nothing, instilled in the national legal system. The legacy of Roman jurisprudence is suprassumed in Brazilian Legal Culture. The actualization of the brazilian jurisprudence, to tackle contemporary issues, can not be given effectively and mature if not understood and recognized the roman foundations of our legal culture. There is, at the end of the colonial period, the presence of Roman jurisprudence on the work of the first legal philosopher living in our land: the Inconfidente Tomás Antônio Gonzaga.*

1. A “Exportação” da cultura jurídica européia na formação do Brasil-Colônia

O presente ensaio visa traçar considerações acerca da marca essencialmente romanística da cultura jurídica brasileira, focando o debate numa abordagem acerca das origens desta cultura, junto ao processo colonizador lusitano. Com todos os problemas que herdamos de um passado colonial, não se pode fechar

os olhos para o fato de que nele foram engendrados profundos sulcos civilizacionais que acompanham a contemporaneidade jurídica brasileira.

A colonização lusitana do território brasileiro, evento que, para ÁLVARO VITA, determinou as características de nossa nação, deu-se por processo lento e contínuo de ocupação do solo, exploração das riquezas territoriais e consolidação do marco cultural europeu¹. Esse processo significou, paralelamente, a gestação não só de um Estado, mas também de uma Nação dentro desse Estado, de traços civilizacionais nitidamente ocidentais. WANDERLEY KOZIMA afirma ser “a experiência colonial, período que se presta a fornecer os primeiros elementos, possivelmente os elementos-chave, para a compreensão do *ethos* brasileiro”².

Nossa Nação é ocidental e definida pela *mundivisão* europeia. Não há que se falar, sobretudo no plano do Direito, de uma interpenetração de características do sistema jurídico romanístico com os supostos *direitos indígenas* ou com os *direitos africanos*³. Isso não porque se impõe artificialmente esse direito a um povo que com ele não se identifica, mas porque se impôs um povo e uma cultura – a europeia –, da qual esse direito é legatário, em um novo território.

A questão das notas essenciais da Cultura Jurídica Brasileira, aqui é discutida do ponto de vista da gênese cultural do Direito Brasileiro. Não se trata aqui de elocubrar se temos ou não,

1 Cf. VITA, Álvaro. *Sociologia da Sociedade Brasileira*. São Paulo: Ática, 1989.

2 KOZIMA, José Vanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996, p. 230.

3 Consideramos que nem cabe falar em direito, propriamente dito, nessas culturas históricas indígenas e africanas (estamos a falar do séc. XVI), mas, antes, de ‘ordens normativas’.

hoje, uma influência africana ou indígena (por óbvio que, em certo sentido, podemos falar até de uma influência africana na Europa, pois as culturas interagem em polaridade dialética), mas de constatar que, na origem de nossa história como nação, as estruturas de poder, de organização social e de educação são aquelas trazidas da Europa, figurando, no seio delas, o Direito.

Se um Estado é formado por povo organizado em um território tendo em vista um poder soberano (na clássica visão dos teóricos do Estado), antes da colonização portuguesa, tínhamos, dos componentes do Estado Brasileiro, apenas o território⁴. Faltava o povo e a sua organização política. Não se trata de impor uma visão conservadora ou precária da história (que por isso ignoraria as nações indígenas já existentes no Brasil), mas de, pelo contrário, encarar com maturidade a realidade de nossa formação e não se deixar levar por visão ingênua de uma natividade presente e definidora de nossa identidade para além da matriz eurocêntrica⁵.

4 Vale ressaltar, com RENÉ DAVID, que as colônias “espanholas, portuguesas, francesas e holandesas na América, estabelecidas em países praticamente desabitados ou cuja civilização estava voltada ao desaparecimento”, implantaram “de modo natural as concepções jurídicas características da família romano-germânica”. Mesmo que inicialmente precário, “à medida que a América foi se desenvolvendo, o direito prático começou a se aproximar do erudito: de início o doutrinal ensinado nas universidades da América ou da metrópole, depois, direito incorporado nos códigos redigidos à imagem e semelhança dos códigos europeus”. Cf. DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 77.

5 Algumas leituras de críticas emancipadoras de nossa cultura, em sua maioria constituídas por visão marxista das relações de poder, buscam definir uma autonomia cultural brasileira e latino-americana por meio da identificação de sistemas de vida pré-lusitanos presentes em nossa base civilizacional. Se for razoável esse enfoque para algumas nações (talvez Peru, Bolívia e, um pouco menos, México), não o é para a peculiaridade e singularidade da formação nacional brasileira. Nosso posicionamento é de que precisamos admitir que ocupamos (quinhentos anos atrás) o território de uma população original que pouco tem a ver (do ponto de vista civilizacional) conosco e o substituímos enquanto nação existente nesse território. E mais, que a busca por nossa emancipação da situação de economia periférica de modo nenhum passa por esse resgate quimérico. Para uma interessante leitura acerca deste tema, que, porém nem

IRINEU STRENGER, fazendo uso das reflexões de WALDEMAR FERREIRA a esse respeito, pondera que, quanto à formação nacional do direito brasileiro, ela “é muito mais antiga que a história do Brasil”: “Se a história do Brasil começa, vista pelo prisma do descobrimento, no séc. XVI, ou seja, em 1500, a história do Direito brasileiro confunde-se, nos seus primórdios, como em grande parte de seu desenvolvimento, com o Direito Português”⁶.

Partindo dos estudos de Direito Comparado, a questão da formação do Direito Brasileiro poderia enquadrar-se no tema que o comparativista francês ERIC AGOSTINI denominou “migrações de sistemas jurídicos”⁷. Esse tema se traduz no estudo das normatividades jurídicas e como elas se apresentam na contemporaneidade, mas levando em consideração o seu processo de constituição; o que impõe, ao se estudar sistemas como o africano e o japonês, os inserir no estudo da *importação* e da *exportação* dos sistemas europeus (continental ou insular). Porém, quanto à questão do transplante dos sistemas ocidentais para a América Ibérica (e mesmo para a anglo-saxã), a mesma não pode ser tratada, no contexto de investigação acima descrita, enquanto simples exportação ou importação, no quadro da denominada “recepção parcial ou recepção global” operada na chamada “modernização”⁸ imperialista. Trata-se, antes, de uma *transplantação* de cultura jurídica, no seio da lenta formação de um povo politicamente organizado, como veremos.

sempre se dá no sentido do posicionamento que aqui adotamos, sugerimos a obra organizada por ANTÔNIO CARLOS WOLKMER: Cf. WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação José A. Boiteaux, 2003.

6 STRENGER, Irineu. *Da Dogmática Jurídica*: contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 40-1.

7 Cf. AGOSTINI, Eric. As Migrações de Direitos. In: *Direito Comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, [n.d.], p. 251-334.

8 AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, [n.d.], p. 252.

AGOSTINI inicia o estudo da questão das “migrações” citando MONTESQUIEU: “Elas (as leis) devem ser de tal modo próprias para o povo a quem são destinadas, que é um grande acaso se as de uma nação podem convir a um outro (povo)”⁹.

O que se deu com a realidade jurídica brasileira não foi o que se pode chamar de exportação (ou migração) de direitos, mas a migração de um povo (o luso-europeu), com toda sua cultura, e somente a partir daí a lenta e gradual construção, por variados mecanismos, de um novo povo (o brasileiro). Este, porém, já tendo assimilado na sua constituição (e fazendo parte dela) toda a base da cultura jurídica ocidental.

Não houve no Brasil um fenômeno de recepção global de um Direito porque recepção pressupõe um povo que o recebe. Os indígenas não receberam nada. Houve sim o “transplante”¹⁰ de uma cultura, a lusitana, que há muito já havia se formado no seio da tradição romana (por diferentes modos de assimilação), desde a conquista da península pelos romanos em 201 a.C.¹¹. Mesmo com todas as vicissitudes e problemas de nosso processo colonizador, não podemos deixar de afirmar, com JOSÉ LUIZ BORGES HORTA, que “somos essencialmente europeus e, no que tange ao Direito, romanos”¹².

9 MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. *Apud*. AGOSTINI, Eric. *Op. cit.*, p. 254.

10 Para HAROLDO VALLADÃO, o estudo do Direito Brasileiro deve se ligar à linha direta de herança dos colonizadores da América, “o que o programa [da disciplina História do Direito] denomina de ‘transplante do Direito Ibérico para o Continente Americano’”. Note-se que, com propriedade, refere-se ao transplante para o Continente e não para as populações pré-americanas. *Cf.* VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio: Freitas Bastos, 1980, p. 67.

11 Data apresentada por WALTER VIEIRA DO NASCIMENTO. *Cf.* NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 183. E note-se que, “em 212 d.C., o édito de CARACALA tinha conferido a cidadania romana à imensa maioria dos habitantes (livres) do império”. AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, [n.d.], p. 254.

12 HORTA, José Luiz Borges. *Notas de aula da Disciplina História do Direito*. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, 1º semestre de 2004.

1.1. Primórdios da estrutura jurídico-civilizacional brasileira

O que se deu na colonização brasileira não foi uma implantação, ao molde das colonizações imperialistas como na África e no Oriente, de um sistema jurídico de controle para um povo já existente, consolidado e mantido como povo explorado. Aqui, o que se observou foi, primeiro, o transplante (mesmo que de início precário) de toda uma civilização, às custas, temos que reconhecer, da supressão completa¹³ de uma outra civilização incipiente que habitava previamente a terra; e, segundo, a lenta formação de um novo povo, com suas peculiaridades (como todo povo), mas claramente definido dentro dos padrões civilizacionais europeus.

Nos primeiros séculos após o descobrimento, o Brasil refletiu os interesses do mercantilismo da Metrópole portuguesa e em função deles foi organizado¹⁴.

Com o auxílio das observações de WOLKMER, podemos asseverar que: a) no **aspecto econômico**, o país se edificou como uma sociedade agrário-latifundiária, “existindo sobretudo em função da metrópole, como economia complementar, em que o monopólio exercido era fundamental para a economia lusitana”; b) no **aspecto social**, a formação colonial foi marcada pela polarização entre os imensos latifúndios e a massa de mão-de-obra escrava¹⁵, quando o “sistema aglutinava certas práticas de base feudal com uma incipiente economia de exportação centrada

13 Supressão completa, porque estamos falando em termos de povo, de civilização. Da cultura e do povo indígena sobraram apenas pequenas amostras, sem nenhuma condição de representar, contemporaneamente e em termos civilizacionais, um fator de formação ou transformação da cultura europeia implantada, muito menos do Direito.

14 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 37-8.

15 WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. *Cit.*, p. 39.

na produção escravista”; c) no **aspecto da estrutura política**, percebe-se a formação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem nenhuma preocupação, identificação ou mesmo diálogo com as estruturas organizacionais negras ou indígenas e evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários de terras, desenvolvendo-se um cenário contraditório de dominação política entre a “pulverização de poder na mão dos donos das terras” e o “esforço centralizador que a Coroa impunha através dos governadores-gerais e da administração legalista”, que logo se fez aparecer¹⁶; isso permitiu construir um modelo de Estado marcado pela incorporação e adaptação de instituições políticas “patrimonialistas e burocráticas inerentes ao modelo conservador de organização administrativa portuguesa”; d) no **aspecto ideológico**, não há de se registrar nos dois primeiros séculos de colonização, o aparecimento de um centro de pensamento e concepção de idéias justificadoras do mundo que fossem brasileiros. Vigoravam, sem enfrentamentos no plano das idéias, os valores e pensamentos do colonizador, que emergiram calcados na racionalidade escolástico-tomista. “Herda-se desta feita uma estrutura feudal-mercantil, embasada em raízes senhoriais que reproduziam toda uma ideologia da Contra-Reforma”, associada em uma ética inspirada “nas cruzadas, na honra cavalheiresca dos antepassados, na subserviência espiritual aos ditames da Igreja”. Tal mentalidade não iria favorecer o surgimento de uma burguesia enri-

16 Para ALFREDO BOSI, em *Dialética da Colonização*, a estrutura política incorpora o intento dos “senhores rurais sobre uma administração local que se exerce pelas câmaras dos *homens bons do povo*, isto é, proprietários. Mas o seu raio de poder é curto, é o rei que nomeia os governadores” exercendo seu poder administrativo e militar “com critérios estabelecidos pela Coroa e expressos em regimentos, em cartas e em ordens régias [...]. De 1696 em diante, até as câmaras municipais sofreram interferência da metrópole, que passou a nomear os juizes de fora, sobrepondo-se à instituição dos juizes eleitos nas suas vilas”. BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. Apud. WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 40.

quecida, empurrando Portugal para uma posição secundária no desenvolvimento europeu¹⁷. Isso caracterizaria o tipo inicial de cultura pregada no Brasil, de traço “senhorial, escolástico, jesuítico, católico, absolutista, autoritário, obscurantista e acrítica”. Os principais pólos irradiadores da formação cultural foram a catequese e o ensino do humanismo escolástico, “transplantados predominantemente pela Companhia de Jesus”¹⁸.

Assim, assevera WOLKMER, que a cultura portuguesa conservar-se-ia impermeável às transformações processadas na Europa até sua reconciliação com a vida sócio-política europeia. Isso se daria a partir dos ensinamentos do iluminista LUIS ANTÔNIO VERNEY, expoente teórico da modernidade lusa, e com a implementação das reformas capitais do MARQUÊS DE POMBAL, que influenciariam ideologicamente a Colônia brasileira, rumo a uma “monarquia esclarecida”¹⁹. As reformas pombalinas (segunda metade do séc. XVIII) limitam o poder do clero, restringindo os benefícios da nobreza e impulsionando a “reformulação do ensino e do modelo universitário (alcançando a Universidade de Coimbra, principal centro formador da mentalidade filosófica, política e jurídica brasileira)”. O iluminismo pombalino influenciaria o pensamento brasileiro a partir do final do séc. XVIII e durante o séc. XIX²⁰.

1.2. Ordem Jurídica e Organização da Justiça no Período Colonial

Ainda segundo WOLKMER, o processo colonizador comandado pela Metrópole instalou e consolidou, numa região inicial-

17 WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 43.

18 Cf. WOLKMER, *Op. cit.*, p. 35- 43.

19 Sobre VERNEY e POMBAL falaremos mais adiante.

20 WOLDMER. *Idem*, p. 44-5.

mente habitada por populações indígenas, “toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade ‘avançada’ sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal”. Para esse autor, o empreendimento colonizador lusitano trazia consigo uma cultura considerada “mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano”. Durante o período do Brasil colônia, o Direito Português constituiu “a base quase que exclusiva do Direito pátrio”²¹. Também para CLÁUDIO VALENTIN CRISTIANI, “o direito dos colonizadores brancos *imperara de forma centralizadora e totalizante*”, posto ter sido uma “vontade monolítica imposta que formou as bases culturais e jurídicas do Brasil”²².

Sabe-se, porém, que essa imposição monolítica não se deu sem um esforço acomodador, mais em virtude do *modus operandi* da colonização do que de eventuais adaptações culturais. É o que ressalta IRINEU STRENGER:

“Toda história do Direito Brasileiro no fundo é um esforço de acomodação da norma ao novo ambiente social, acomodação essa que nem sempre é tranqüila, mas, ao contrário, com freqüência se tornou impositiva de renúncias e adequações por parte do legislador português”²³.

Acerca da impermeabilidade da matriz jurídica portuguesa em relação às práticas normativas das *populações indígenas* do território onde hoje é o Brasil, (populações fragmentárias, mas que poderiam ser reduzidas aos dois grandes grupos étnicos dos

21 *Ibidem*, p. 45-6.

22 Cf. CRISTIANI, Cláudio Valentin. O Direito no Brasil Colônia, p. 213. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996, p. 221-216.

23 STRENGER, Irineu. *Da Dogmática Jurídica*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 50.

Tupis e dos Tapuias), assinala VALLADÃO que, apesar de termos conservado delas algumas influências lexicais e alguns poucos e incontinentes usos não-jurídicos:

“Todavia, costumes propriamente jurídicos, os indígenas não deixaram quase vestígios em nossa legislação. O direito português dominou soberano, varrendo todas as legislações aborígenes, não se deixando influenciar por elas, nem lhes aproveitando qualquer conteúdo de modo relevante. A diferença de estágios culturais, além da natureza inicialmente predatória da colonização portuguesa, talvez explique essa imunidade do direito português a qualquer influência duradoura de instituições indígenas”²⁴.

Para o sociólogo e historiador do Direito, MACHADO NETO, das três formações étnicas que constituíram nossa nacionalidade (europeu-lusitana, africana e indígena), somente a portuguesa trouxe influência definitiva à formação jurídica brasileira²⁵.

Quanto à *cultura indígena*, afirma que:

“Em outros aspectos da cultura, especialmente no folclore, na alimentação e em certos hábitos do homem brasileiro, particularmente o nordestino e o homem da grande bacia amazônica, a contribuição do índio para a formação de nossa cultura, embora modesta — derrubada que foi a sua elementar civilização por outra

24 VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 69.

25 Cf. MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 309-10.

*muito mais evoluída — é ainda bastante palpável. Nos grandes produtos da cultura espiritual é óbvio, porém, que sua contribuição seria nenhuma ou quase insignificante. Tal foi o que aconteceu no plano do direito*²⁶.

Também em relação às populações africanas, sustenta que:

*“Trazidos na condição de escravos, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração social a que lhe impelia a imigração não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na formação do direito brasileiro*²⁷

O autor então conclui com a seguinte assertiva,

*“Tanto em matéria de direito, quanto de qualquer outro setor cultural, impôs, a uma região ocupada por povos primitivos de cultura neolítica, toda uma tradição jurídica alienígena, todo um sistema jurídico já em adiantado estágio de evolução cultural. Um direito, uma língua, uma religião, um sistema político, um conjunto de hábitos e costumes sociais, toda uma herança social, toda uma cultura em estágio atual de desenvolvimento, eis o conjunto de dons culturais que o fato colonizador instalou de improviso numa região*²⁸.

26 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 310.

27 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.310.

28 MACHADO NETO, *Sociologia Jurídica*, cit., p. 307. Para esse autor, tanto a condição mais evoluída das práticas civilizacionais lusitanas, quanto a condição de serem os do-

Acrescente-se que não podemos pensar em termos de assimilação pelo nativo de uma cultura alienígena, nem mesmo em termos de imposição forçada e irresponsável do direito metropolitano (como querem alguns partidários da historiografia crítica). Trata-se, antes, de ocupação das terras colonizadas, ou ainda, de “fazer o Brasil”²⁹.

Em decorrência da expansão ultramarina, a MetrÓpole percebeu a necessidade de criar um Direito especial para a direção e organização de sua própria atividade colonial, que implicava como conseqüência na construção de regras de aplicação do Direito Lusitano nas terras colonizadas. Daí decorre o processo de formação normativa de nosso Direito, que convém apresentar em suas linhas gerais.

O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado pela prática político-administrativa de traço feudal das Capitãrias Hereditárias, baseadas juridicamente na Legislação Eclesiástica, nas Cartas de Doação e nos Forais³⁰.

minadores, não deixou margem para influência indígena ou africana. “Somente quando uma cultura militarmente vitoriosa encontra como vencido um povo de muito superior evolução cultural é que se pode conhecer a possibilidade de influência jurídica e cultural dos vencidos. *Foi o que se deu com as invasões bárbaras sobre as antigas províncias romanas*”.

29 *Ibidem*, p. 308.

30 Explica Martins Júnior: “as cartas de foral constituíam uma conseqüência e um complemento das de doação; mas estas estabeleciam apenas a legitimidade da posse e os direitos e privilégios dos donatários, ao passo que aquelas eram um contrato enfiteutico em virtude do qual se constituíam perpétuos tributários da coroa e dos capitães-mores, os solarengos que recebessem terras de Sesmarias”. MARTINS JÚNIOR. *História do Direito Nacional*. Apud. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 201. Em cuidadoso estudo sobre a natureza jurídica desses institutos, WALTER DO NASCIMENTO, após afirmar que “aos donatários era apenas concedido o benefício, o usufruto das terras das capitãrias, e não a propriedade territorial”, que “não podemos, evidentemente aceitar o termo usufruto”, pois “o direito do beneficiário não se extinguiu com sua morte, isto é, o seu direito se transmitia por sucessão”, que “pelo regime adotado, as capitãrias eram inalienáveis” e que “o donatário se afigurava como mandatário ou intermediário da coroa”, conclui que “já é de ver que o sistema de capitãria hereditária, examinado como um

Fracassada a experiência, tratou a Metrópole de dar à Colônia outra orientação designada como sistema de governadores-gerais. Foi aí que, na pena de WOLKMER:

“Surgiu, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo cartas de Doação e Forais das capitânicas até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais. [...] que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603).”³¹

Sucintamente, o que se deu foi a transposição, por meio de normas especiais, sobretudo administrativas e judiciárias, do Direito Português para o território brasileiro, e, em pouco tempo (a partir de 1600, diríamos), o direito aplicado no Brasil seria basicamente o mesmo aplicado na Metrópole³². Já nos anos setecentos, a história normativa do Direito Colonial Brasileiro encontraria sua fase última com as reformas de Pombal. A grande mudança em matéria legislativa seria a Lei da Boa Razão (1769), que definiria uma centralização e uniformização da interpretação e aplicação das leis nos casos de omissão, imprecisão ou lacuna³³.

Apesar do fato de que, segundo ROBERT SHIRLEY, “Portugal não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo pres-

todo, conduz a uma indefinição jurídica. Entretanto, analisado sob dois ângulos, esse sistema constitui juridicamente, de um lado, contrato de coação, de outro, contrato de enfiteuse.” Cf. NASCIMENTO, *Lições de História do Direito*, cit., p. 202.

31 WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 48.

32 Cf. CRISTIANI, Cláudio Valentin. “O Direito no Brasil Colônia”. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996, p. 116-20.

33 Sobre a Lei da Boa Razão, faremos maiores considerações no tópico seguinte.

tar os serviços mais elementares à sua colônia”³⁴, sendo sua intenção apenas garantir seu poder e a ordem na produção e na cobrança dos impostos, fica patente que na formação do Brasil está imbricado, desde o início, o Direito Europeu, pautado na mais sólida e presente construção romanística das categorias e institutos de direito. Esse lento processo de formação da ordem jurídica nacional vai, então, passar pela experiência do Império e da República, quando se dá a consolidação das bases romanísticas em nosso ordenamento. Fator que conviveu com a sedimentação de um direito formalista e dogmático, calcado “doutrinariamente, num primeiro momento, no idealismo jusnaturalista; posteriormente, na exegese positivista”³⁵.

Quanto aos, assim chamados, operadores jurídicos e à administração da justiça no período colonial, cabe destacar que a dinâmica dessa, no período das Capitanias Hereditárias, estava entregue aos senhores donatários que exerciam as funções de administradores, chefes militares e juízes, dirimindo os conflitos de interesses entre os habitantes da capitania. Os donatários delegavam funções judiciárias aos respectivos ouvidores³⁶.

Com o advento dos governadores-gerais, desenvolveu-se a criação de uma justiça colonial e, no aspecto administrativo, uma pequena burocracia composta por um grupo de agentes profissionais. Os primitivos ouvidores passaram a ser ouvido-

34 SHIRLEY, Robert. *Antropologia Jurídica*. Apud: WOLKMER, *A História do Direito no Brasil*, 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 49.

35 WOLKMER, *A História do Direito no Brasil*, cit., p.50.

36 “Por orientação das Cartas de Doação, a primeira autoridade da Justiça Colonial foi o cargo particular de ouvidor, designado e subordinado aos donatários das capitanias por um prazo de três anos. Tratava-se, numa primeira fase, de meros representantes judiciais dos donatários com competência sobre ações cíveis e criminais”. WOLKMER, *A História do Direito no Brasil*, cit., p. 58.

res-gerais com maiores poderes e com mais independência em relação à administração política³⁷.

O crescimento das cidades e da população aumentou os conflitos, determinando o alargamento do quadro de autoridades da justiça e a reprodução, na Colônia, da estrutura jurisdicional da metrópole³⁸. Cabe destacar que esse processo culmina com a transferência, em 1808, do mais alto órgão judiciário lusitano, o Desembargo do Paço, para o Brasil.

Assinalamos com WOLKMER, baseando-se nos estudos de JOSÉ MURILO DE CARVALHO, que a magistratura portuguesa, “de cujo núcleo nasceu a brasileira, ainda que tenha emergido de estrutura burocrática, adquirira condições de organização moderna e profissional”, o que, em nosso entender, só foi possível (sobretudo um país vasto, isolado, e em incipiente organização como era o Brasil) pela formação romanística que recebiam aqueles que nela ingressavam. Ressalte-se que, para ingressar na carreira, “era condição indispensável ser graduado na Universidade de Coimbra, de preferência em direito civil ou canônico”³⁹.

37 Com o crescimento do interesse da Coroa pela área, a partir de 1550, “o ouvidor geral, na qualidade de funcionário de confiança, a cada passo assumiu novas funções” e “acabou transformando-se num dos cargos mais importantes na segunda fase da colonização”. Ademais, cabendo-lhe as questões de justiça, “detinha um poder quase sem limites, sujeito ao seu próprio arbítrio pessoal; de suas decisões, na maioria das vezes não cabia apelação nem agravo”. WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. Rio: Forense, 2000, p. 59.

38 A organização judiciária brasileira passou a contar com uma primeira instância, formada por juízes nas categorias de ouvidores, juízes ordinários e juízes especiais (de vintena, de fora, de órfãos, de sesmarias, etc) Somente a partir de 1765, a primeira instância pôde contar também com as Juntas de Justiça (composta pelo ouvidor e por dois letrados adjuntos). Uma segunda instância era representada pelos Tribunais de Relação e seus desembargadores e uma terceira instância era representada pela Casa de Suplicação, com sede na Metrópole. Teríamos ainda, para precisar a estrutura jurisdicional brasileira dos sécs. XVI e XVII, que destacar o Desembargo do Paço, o supremo conselho e esfera mais elevada da jurisdição. Não tinha função precípua de julgamento, mas sim de assessoria para todos os assuntos de justiça e de elaboração e correção da legislação. *Ibidem*, p. 60 e 62.

39 *Cf. Ibidem*, p. 63 e 65. Ademais, eram requisitos o exercício da profissão por dois anos e a aprovação em seleção para o ingresso na carreira, promovido pelo Desembargo do Paço.

Além das formas tradicionais de justiça, cabe aludir, na determinante influência da Igreja Católica à época, a presença da Justiça Eclesiástica, o que incluía a Inquisição⁴⁰.

Podemos, então, concluir com ANTÔNIO C. WOLKMER, mais uma vez, que:

“Em síntese, o delineamento dos parâmetros constitutivos da legalidade colonial brasileira, que negou e excluiu radicalmente o pluralismo jurídico nativo, reproduziria um arcabouço normativo, legitimado pela elite dirigente e por operadores jurisdicionais a serviço dos interesses da Metrópole e que moldou toda uma existência institucional em cima de institutos, idéias e princípios de tradição centralizadora e formalista”⁴¹. [grifos nossos]

Ou seja, de matriz solidamente pautada nas categorias jurídicas romanas.

Impõe-se, então, perceber, na etapa seguinte de nossa história jurídica, como essa base romanística adquiriu relativa autonomia e nacionalidade e também como, neste processo, moldou-se o nosso pensamento jurídico, tendo em vista seu encontro com o liberalismo iluminista. Antes, porém, importante é – comprovada a supremacia do Direito Português na constituição original de nossa normatividade jurídica –, confirmar a forte base romanística desse Direito, por meio de um breve estudo de sua longa formação, especificando-o no quadro do devir do Direito Europeu.

40 Para leitura acerca do tema: Cf. SIQUEIRA, Sônia. *A Inquisição Portuguesa e a Sociedade Colonial*. São Paulo: Ática, 1978.

41 WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 71.

Somente após aprofundada essa análise – entendidos os modos pelos quais se deu a influência do Direito Romano na cultura jurídica lusitana que moldou a juridicidade brasileira, mormente durante os três primeiros séculos de nossa ‘existência’ –, é que se faz possível desenvolver um estudo do enlace romanístico na cultura jurídica do Brasil durante os momentos posteriores do Império e da República, quando, então, se dão principalmente as influências francesas e germânicas⁴² em nosso Direito, o que apenas virá a confirmar a nossa *essencialidade* romanística.

2. A ‘Romanidade’ do Direito Português

Vale iniciar essa abordagem panorâmica das condições de formação do Direito luso, a partir da matriz romana, pela seguinte reflexão de WALTER VIEIRA DO NASCIMENTO:

“Consideremos a formação do direito português a partir do domínio romano (201 a.C.) e do domínio visigótico (456 d.C.) na Península Ibérica. Daí se infere que nessa formação encontra-se dois de seus elementos básicos nos direitos desses povos dominadores, ou seja, o direito romano e o direito germânico. Um terceiro elemento é representado pelo direito canônico, principalmente depois do ano 589, com a conversão do rei [visigótico] RECÁREDO ao Cristianismo”⁴³.

A ela vale acrescentar que os visigóticos eram tribos germânicas extremamente romanizadas⁴⁴ e, ainda, que o Direito ca-

42 Sobre a primazia das influências francesa e germânica em nosso direito, em detrimento das influências norte-americana e inglesa, falaremos mais adiante.

43 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio: Forense, 2001, p. 183.

44 Cf. MEREIA, Manuel Paulo. *Estudos de direito visigótico*. Coimbra: Atlântida, 1948.

nônico é, na visão de historiadores do Direito como MARCELO CAETANO, o baluarte da sobrevivência da tradição político-institucional romana no Ocidente⁴⁵.

Naquela época inicial, a formação do direito luso confundia-se com a formação de todo o direito ibérico.

Na síntese de MACHADO NETO, quanto ao primeiro período:

*“No período romano, a Lusitânia é – após a longa resistência dos povos daquela região ao conquistador –, com AUGUSTO, reduzida à condição de província do Império. Sob CONSTANTINO, passa a integrar a Prefeitura das Gálias. O direito então vigente era a especial *formulae provinciae*, direito romano especial sob a forma apropriada daquela repartição do Império, e mais os éditos dos magistrados provinciais”.*

*VESPASIANO estende a latinidade até aquelas regiões, e, com o édito de CARACALA, a cidadania abrange também aquela província. O *jus civile* passa a ser o direito imperante em todo o orbe romano”⁴⁶.*

Já quanto ao período visigodo:

“dá-se a transfusão dos costumes pessoais germânicos sobre o direito romano da antiga Ibéria. Assim que a miscigenação das raças tornou impraticável a aplicação pessoal da lei,

45 Sobre o desenvolvimento do Direito Canônico: CAETANO, Marcelo. “As grandes compilações do Direito Canônico: o *Corpus Iuris Canonici*”. In: *História do Direito Português*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 333-345.

46 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p.311.

os reis visigodos vêem-se na imanência de legislar. [...] Com RESCENVINTO, também rei visigodo, põe-se em termo final à pessoalidade das leis, através do Forum Judicorum que foi composto de uma mescla de costumes germânicos, direito romano pré-justiniano e direito canônico. Traduzido ao espanhol sob título de Fuero Juzgo [...].

Se a essas compilações, predominantemente germânicas, juntamos o Breviarium Alariciarum, compilação do direito romano pré-justiniano realizada pelo rei bárbaro que lhe empresta o nome, destinada à regulamentação da vida de seus súditos romanos ou romanizados, teremos completado o quadro esquemático da influência germânica sobre a formação do direito ibérico, que caracterizou o chamado período godo da evolução jurídica de Portugal”⁴⁷.

Mesmo como nação, até 1210 observa-se um “complexo de normas e atos dispersos, sem o menor vestígio de sistematização nacional, enquanto direito unitário do Reino”. É que, ao “término do séc. XIII, ainda não se conhecia em Portugal o ensino do direito, estando a justiça de cada localidade a cargo de juízes despreparados”⁴⁸.

Essa desorganização, reflexo do pluralismo jurídico desagregador da Idade Média, não impediu um longo e paulatino processo de *enraizamento* das matrizes romanas na consciência jurídica desse povo, similar ao que se deu na Europa como um todo;

47 MACHADO NETO. *Sociologia Jurídica. cit.*, p. 312.

48 Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 184.

acontecendo, porém, em cada *sub-cultura* européia sob formas, circunstâncias e desafios diferentes. No caso português, o desafio foi a presença relativamente longa da população árabe no território ibérico. Isso, porém, não afetou, nem matizou, o traço genuinamente romanístico da juridicidade lusa⁴⁹.

No séc. XIII, o desenvolvimento de um municipalismo autônomo fez surgir os conselhos formados pelos ‘homens bons do lugar’ e as câmaras por eles eleitas, que produziram leis locais, chamadas *posturas*.

Dessa falta de unidade, advêm como reação os *forais*, “miniaturas de constituições políticas outorgadas aos conselhos municipais durante a Idade Média”, cartas expedidas pelos soberanos portugueses concedendo franquias e privilégios aos municípios e determinando modalidades de leis “destinadas a suprir a ausência de costumes”⁵⁰.

A partir de então, o localismo municipal vai sofrendo processo de paulatina atenuação que se inicia com a decretação, já no Reinado de AFONSO I (1210 em diante), das *leis gerais* para todo o território; evolução de um sistema que se manifestaria por um cunho de administração centralizada.⁵¹

Inicia-se, paralelamente ao processo de centralização, um processo de *densificação* das estruturas do Direito (no plano da legislação, das instituições e das idéias), com D. DINIS (1279- 1325), o Rei Trovador. Ele incentivou o desenvolvimento das ciências jurídicas e o fez recorrendo, direta e indiretamente, à tradição romana. Despontam-se como seus dois grandes feitos impulsiona-

49 *Ibidem*, p, 183.

50 CÂMARA. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*. Apud. NASCIMENTO. *Lições de História do Direito*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 185.

51 Cf. NASCIMENTO, *Lições de História do Direito*, cit., p, 186.

dores do Direito, primeiro, a “tradução e aplicação em território português da Lei das Sete Partidas, em vigor na Espanha a partir de 1348, essa lei estava baseada no direito romano e no direito canônico”; segundo, a “fundação da Universidade de Coimbra, em cujo currículo constava o ensino dos dois citados direitos”⁵².

JOSÉ GOMES CÂMARA afirma ser certo que “desde D. DINIS há vestígios de que, pouco a pouco, o direito romano vinha penetrando nos usos, nas praxes, do que seria possível chamar-se de foro lusitano”⁵³.

No período subsequente, que compreende os reinados de D. AFONSO (1325-1357), D. PEDRO I (1357-1367) e D. FERNANDO (1367-1385), notam-se algumas transformações, um pouco mais lentas, traduzindo-se na paulatina superposição, no âmbito das jurisdições, do direito régio frente aos costumes e aos forais.

Após esse período, assinala WALTER DO NASCIMENTO que:

“se acelera o movimento iniciado por D. DINIS e do qual resultaria também em Portugal o fenómeno da ‘recepção do direito romano na Idade Média’.

Nessa fase coube papel saliente ao célebre JOÃO FERNANDES DE AREGAS ou JOÃO DAS REGRAS, como ficou conhecido, considerado o maior jurista lusitano do seu tempo. A ele foi dada a grande e difícil incumbência de elaborar a codificação das leis portuguesas, já existentes em elevado número [...]

52 *Ibidem*, p. 187.

53 CÂMARA. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*. Apud. NASCIMENTO, *Op. cit.*, p. 187.

Morto em 1404, não chegou JOÃO DAS REGRAS a levar a termo sua vasta e dificultosa tarefa. Continuada por JOÃO MENDES, que igualmente não a concluiu, coube a RUI FERNANDES lhe dar o arremate definitivo em 1446, portanto já no reinado de AFONSO V (1146-1481)”⁵⁴.

Surgiram, assim, as Ordenações Afonsinas, primeira codificação da Europa Moderna. O Direito Romano, do *Corpus Iuris Justinianeu*, ressalte-se, há de ser considerado introduzido em Portugal por JOÃO DAS REGRAS. Muito embora, segundo JOSÉ GOMES CÂMARA, não passe de lenda a tradução do Código de Justiniano a ele atribuída⁵⁵, era um grande estudioso do Direito Romano e foi com apoio no *Corpus* que procedeu à primeira compilação de formalização, segundo as categorias romanas, das regras jurídicas que depois deram origem a essa primeira versão das Ordenações Portuguesas⁵⁶.

Outro movimento importante, pertinente ao reinado do D. DUARTE (1433-1438), foi a forte reação ao feudalismo em Portugal que havia adquirido muita força com as doações recebidas da Coroa. Com a Lei Mental de 1434, foi possível impor um cerceamento indiscriminado aos privilégios da aristocracia, impedindo-se, assim, que o feudalismo tivesse em Portugal o mesmo desenvolvimento alcançado em vários países da Europa.

Em 1521, foram as Ordenações Afonsinas substituídas pelas Manuelinas, e estas pelas Filipinas, em 1603, estando Portugal

54 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 190.

55 CÂMARA, José Gomes. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*. Apud. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 52.

56 Cf. PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Apud. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Cit., p. 190.

já sob domínio espanhol. É certo que, a partir das Ordenações Afonsinas, o Direito Romano transformou-se em norma subsidiária, mas possuiu uma patente presença nas Ordenações⁵⁷. Ademais, a aplicação de tais Ordenações era sempre feita segundo os parâmetros hermenêuticos inferidos dos conceitos e regras jurídicas romanas.

Sobre as Ordenações Manuelinas, sucessoras das Afonsinas, anota ANTÔNIO CELSO MENDES que: “O propósito de D. MANUEL era consolidar a preeminência regalista, *o que fê-lo aproximar-se mais e mais do direito romano justinianeu*”⁵⁸.

Na vigência das ordenações Filipinas, temos o desenvolvimento final da construção do moderno Direito Português, tendo em vista a destacada atuação na área jurídica de SEBASTIÃO JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o MARQUÊS DE POMBAL, verdadeiro chefe de governo no reinado do D. JOSÉ I (1750-1777). Quanto à sua contribuição na área jurídica, destaca-se a Lei da Boa Razão (1769), que constituiu um marco na evolução do Direito luso-brasileiro.

Com a Lei da Boa Razão, fixaram-se e se elucidaram as regras de aplicação subsidiária do direito romano em Portugal, que, além de “somente valer quando fundado na ‘boa razão’, não mais poderia ser invocado senão na sua forma pura, ou seja, escoimado das glosas de ACÚRCIO e BARTOLO, então abusivamente em voga”⁵⁹. A aplicação feita em conformidade com essa Lei dava-se em consonância com o seguinte princípio: “São conformes à boa razão as leis romanas aceitas pelo uso moderno”.

Ao contrário do que alguns juristas concebem, trata-se a Lei da

57 Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 193-4.

58 MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 16.

59 NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 195.

Boa Razão muito mais de imposição de uma releitura do Direito Romano e de sua função no novo modelo jurídico, que se apresentava com o iluminismo, do que de repúdio ao mesmo.

POMBAL encampou também a reforma dos Estatutos da Universidade de Coimbra (no bojo da reforma de todo o ensino) em 1772. Declara JOSÉ GOMES CÂMARA que tal reformulação “constitui em uma das mais soberbas realizações do ministro Del-Rey”⁶⁰. Foram introduzidas no currículo da Faculdade de Direito novas disciplinas como Direito Natural, História do Direito e Direito Pátrio. Ao mesmo tempo, o estudo do Direito Romano passava a ser orientado no sentido do *usus modernus pandectarum*.

Ora, fica claro então que as reformas (das regras de aplicação e do ensino), não visavam a reduzir ou acabar com o estudo do Direito Romano⁶¹. Pelo contrário, visavam a recuperar seu estudo erudito, pautado nas mais sólidas e atuais doutrinas europeias. Nada mais adequado ao espírito do Direito Romano; um Direito erudito somente funciona e cumpre sua função e finalidade se pautado no saber densificado e preciso de suas categorias fundamentais. É, inclusive, este o sentimento dos cultores iniciais da Escola Histórica e da Pandectística, SAVIGNY e JHERING (1818-1892). Para eles, o conjunto das regras de direito somente podem promover seu fim último, a promoção plena da Justiça, se for vivificado pela atuação constante e atualizadora da Jurisprudência (Doutrina), e essa lição constitui fruto da mais pura essência do Direito Romano Clássico, em

60 CÂMARA, José Gomes. *Subsídios para a História do Direito Pátrio*. Apud. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. Cit., p. 195.

61 Também no julgamento de GIORDANO BRUNO, com as modificações de Pombal, mesmo que agora filtrado pela *boa razão*, “o Direito Romano era mantido como base do ordenamento”. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 55.

que beberam os referidos mestres (em oposição, inclusive, à decadência do Direito Romano do período pós-clássico; que se deu não por decadência das regras, mas por decadência da ciência do direito)⁶².

3. Papel do Romanismo na construção do Direito Nacional: Império e República Velha

Com a Independência, os ordenamentos jurídicos de Brasil e Portugal começariam a seguir caminhos próprios, apesar de tangenciais, e se inicia um longo processo de construção de uma identidade nacional, que passaria pela identidade jurídica, no plano das regras, das instituições e das idéias. Essa, porém, seria sempre uma cultura inserida no bojo da matriz ocidental européia⁶³.

3.1. Realidade social e contexto jurídico

O processo acima mencionado, instaurado a partir do famigerado sussurro ribeirinho de D. PEDRO I, traduz-se, no âmbito jurídico, nos seguintes desafios: *modernização*, no sentido de adequação do Direito à nova vida social; *organização*, tendo em vista a grande confusão que era gerada pela infinidade de leis e regulamentos editados para completar ou modificar as Ordenações Filipinas; e *independência*, posto que não só o país,

62 Cf. IHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro : Alba, 1943. Bem como: SAVIGNY, Frederich Carl von. *De la Vocacion de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

63 Veremos que passamos, a partir do Império, a sofrer uma influência ainda mais direta (também no plano jurídico) da cultura francesa e inglesa, posteriormente, (segunda metade do século XIX e XX, a partir da Escola do Recife) germânica e já na República, também norte-americana. Mas veremos que nossos traços jurídicos básicos nunca deixaram de ser continental-europeus, posto que, a partir da Independência, observa-se, com muito mais intensidade, a assimilação de influências francesas e germânicas a se somarem ao legado luso, do que as inglesas e norte-americanas.

mas seu Direito também, teria de tomar rumo próprio, o que se traduziria na necessidade de uma cultura jurídica nacionalmente estabelecida⁶⁴.

Esse último desafio, traduzido para o plano do pensamento jurídico, é percebido por WOLKMER como uma questão de apreciar como o liberalismo acabou se tornando nosso mais importante traço doutrinário no contexto imperial, repercutindo e sendo repercutido pelo saber irradiado da fundação das primeiras Escolas de Direito, na criação de uma elite jurídica própria, bem como de um arcabouço legal positivo a se consolidar no início da República. O que importaria, também, compreender as ambigüidades do liberalismo brasileiro, que, desde o início de sua adaptação, teria que conviver com uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, e com uma dominação econômica escravista. Isto porque a falta de uma Revolução no Brasil teria impedido a ideologia liberal de se desenvolver em sua plenitude nos moldes do que ocorreu em países como Inglaterra e França, nossas maiores influências (econômica e jurídica, respectivamente) no período imperial⁶⁵.

No contexto da paradoxal conciliação entre liberalismo e escravidão, tenderiam a abstrações as buscas por formas representativas de governo, soberania popular, igualdade e liberdade como direitos inalienáveis do homem. Nascido o Estado Liberal brasileiro, da elite política dominante, já no poder, e não de uma Revolução, e superada a luta pela emancipação e a organi-

64 ROBERTO apontaria ainda o desafio da *desigualdade social*, cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 56.

65 WOLKMER Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 73-9. O liberalismo se traduziria, na perspectiva político-jurídica, em princípios básicos como “consentimento individual, representação política, divisão de poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito”. Daí a contradição que representa a escravidão nesse contexto.

zação da ordem pós-independência, a ideologia liberal seria canalizada em dois sentidos: um voltado para grandes mudanças, que seria superado no processo ou excluído; outro, conservador, traduzido nas facções da restauração e da conciliação. A partir de D. PEDRO II, são estes últimos, os moderados (já de tendência conservadora), que irão conduzir nosso liberalismo, cindindo-se (sem, contudo, gerar uma grande polarização) nos partidos conservador e liberal e, mais adiante, no período de transição para a República, em monarquistas e republicanos⁶⁶.

A Guerra do Paraguai desencadearia um sentimento de crescente descontentamento com o *status quo* do segundo Império, haja vista a estagnação do País. Esse sentimento, movido pela assimilação do positivismo filosófico (que vem se somar com o racionalismo liberal assimilado à época de constituição do Império), estrutura-se politicamente e, após cair de podre a escravidão, chega a vez do regime monárquico, que é passivamente substituído pela República presidencialista e federalista de DEODORO e RUI BARBOSA. Em que pesem as mudanças e correções das incongruências do período imperial, que impossibilitaram a verdadeira assimilação da lógica liberal e das suas revoluções no Brasil, a República Velha representará, também ela, um continuísmo sem muitas modificações capitais, tanto no plano socio-econômico, quanto político, marcada que esteve, pela mesma lógica de monocultura latifundiária, (agora, cafeeira) e pelo mesmo Constitucionalismo Clássico, que marcou a vida política do Império⁶⁷.

66 Cf. VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 115 *et. seq.*

67 Sobre o Constitucionalismo Clássico ou liberal e a sua inter-implicação com os âmbitos tanto sociológicos quanto filosóficos, com reflexões sobre a peculiaridade brasileira, ver: HORTA, José Luiz. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito: uma investigação tridimensional do Estado social, do Estado liberal e do Estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais*. Universidade Federal de Minas Gerais, 2002 (Tese, Doutorado em Filosofia do Direito).

3.2. Ordem Jurídica e Organização da Justiça no Período do Império e da Velha República

No que tange aos desafios apontados no item anterior, é no plano das regras e instituições jurídicas que eles começariam a ser resolvidos, por meio do desencadeamento do processo de elaboração de legislação própria no Direito Público e Privado.

Surgia a necessidade de elaboração de um sistema jurídico autônomo. Sendo impossível elaborá-lo imediatamente, bem como temendo-se, segundo MACHADO NETO, a “ab-rogação maciça do direito português sem que ele tivesse sido substituído”, a Assembléia Constituinte decreta a permanência da vigência das Ordenações. Esse fato representa, para esse autor, a “ratificação, em bloco, de toda a transplantação jurídica realizada pela colônia”, acrescentando que “outro caminho não haveria, a menos que fosse utópico”⁶⁸. Isso porque, dada a naturalidade de nossa identificação com a matriz luso-européia e o fato de que, nos dizeres de HAROLDO VALLADÃO (ao refletir sobre essa mesma questão): “uma nova ordem genérica jamais elimina totalmente a anterior, (apenas) sobrepõe-se-lhe com revogações específicas”⁶⁹.

A revalidação da legislação portuguesa não poderia passar de providência transitória, que seria gradativamente revogada num lento processo de emancipação que se inicia com a Constituição de 1824 e somente se conclui com a promulgação do Código Civil em 1916⁷⁰.

68 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 315-6.

69 VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, , p. 112.

70 MACHADO NETO, *Sociologia Jurídica, cit.*, p. 326.

Quanto ao Direito Público, este teria como seu grande documento normativo a Constituição de 1824⁷¹, marcadamente liberal, que foi acompanhada da implementação de nova legislação penal, desencadeando o processo de codificação das leis ordinárias⁷², com o Código Criminal de 1830, seguido do Código de Processo Criminal de 1832. Tais documentos legais desencadearam não só a gradativa substituição da legislação portuguesa, mas também toda uma série de mudanças na estrutura jurisdicional que acabaria por extinguir a estrutura lusitana simbolizada pelos ouvidores e juízes de fora⁷³.

No plano do Direito Privado, a construção normativa começa com o Código Comercial de 1850⁷⁴, seguindo-se do regulamento 737 que disciplinava o processo comercial, sendo estendido às causas cíveis, com isso apresentando-se novas modificações na esfera jurisdicional. Quanto ao Direito Civil, não foi ele, inicialmente, cuidado por meio de um novo Código. Esse teve seu primeiro projeto apresentado em 1865 e, após alguns outros, promulgado, por razões que não cabe aqui neste estudo expor

71 Apesar do vexame representado pelo instituto do *poder moderador* e do comentário de PAULO BONAVIDES no sentido de que, no que tange à proteção de Direitos Fundamentais do Homem, a Constituição de 1891 era como “A árvore que não dava sombra nem encosto, portanto, a Constituição que não dava liberdades nem limitava poderes”. Cf. HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 41.

72 Para leitura detalhada da formação da legislação brasileira no período do Império, indicamos o capítulo especificamente dedicado à questão em: VALLADÃO, *Op. cit.*, p. 131-40.

73 Para estudo acerca das mudanças na estrutura jurisdicional brasileira à época do Império, ver o capítulo “Magistrados e Judiciário no tempo do Império”, na obra de WOLKMER, cf. WOLKMER, *A História do Direito no Brasil, cit.*, p. 90-8. Ver, ainda: CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem: a elite política Imperial*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

74 Quanto a esse diploma normativo, WOLKMER assevera que: “Mais do que ter suas fontes de inspiração nos textos romanos, na doutrina italiana e na exegese civil napoleônica, reproduzia a conveniência de relações mercantis e os interesses contratuais e obrigacionais da elite local”, cf. WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000, p. 88.

exaustivamente⁷⁵, somente em 1916. A legislação civil foi, primeiramente, sistematizada por uma consolidação que, segundo a Lei que a autorizou, deveria reunir organicamente “toda a legislação civil pátria, mostrando o último estágio da legislação, contendo em disposições claras e sucintas as disposições em vigor, (citando-se) em notas a lei autorizadora e o costume estabelecido contra ou além do texto”. Incumbiu-se a TEIXEIRA DE FREITAS tal tarefa, considerada hercúlea, concluída em 1857⁷⁶. Seguiu a Consolidação em vigor, enquanto malogravam os projetos de Código. O primeiro, de TEIXEIRA DE FREITAS, publicado entre 1860 e 1865, foi seguido pelos de NABUCO DE ARAÚJO (1872) e FELÍCIO DOS SANTOS (1881) e, já rompendo a República, os de COELHO RODRIGUES (1890) e CLÓVIS BEVILÁQUA (1899), este último feito lei após quase duas décadas⁷⁷.

Retornando ao plano do Direito Público, a inevitável abolição da escravatura desencadeou o processo de reforma político-administrativa que culminaria na Proclamação da República (1889), com a aprovação por assembleia da Constituição de 1891. Segundo HAROLDO VALLADÃO:

“O Brasil abandonava o regime monárquico e voltava-se para os ideais da Inconfidência, [...] da República federalista e presidencialista, [...] mantidos, porém, vários preceitos, em especial da declaração de direitos, vindos da Carta do Império”⁷⁸.

75 Cf. MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 327-8.

76 Cf. VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, cit., p. 143-5.

77 Cf. WOLKMER, *A História do Direito no Brasil*, cit., p. 89. Para uma leitura detalhada da questão da influência romanística na codificação brasileira: Cf. SILVA, Almiro de Couto. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, v. 13, Porto Alegre: 1997 p. 7-27.

78 VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, cit., p. 173.

É dura a crítica de JOSÉ LUIZ BORGES HORTA à primeira Constituição republicana. Citando PINTO FERREIRA, assevera que:

“A Constituição de 1891, para PINTO FERREIRA esculpura ‘segundo o estilo da Constituição norte-americana, com as idéias diretoras do presidencialismo, do federalismo, do liberalismo político, e da democracia burguesa’, [...] representou a consolidação do Estado, e bem assim da Educação, laicos no Brasil.

Após um processo constituinte recheado de formalismos (uma assembléia que não debate, uma comissão redatora que não chega a produzir um texto, um revisor que na verdade introduz linhas mestras), a Constituição afinal consagrada pela pressa dos rebeldes de 1891 jamais esteve à altura de suas grandes tarefas. [...]

Sob o pálio do Texto republicano, as oligarquias estaduais atingiram o apogeu; se o Império as sufocara, ante uma Constituição permissiva estruturaram no País um jogo de poder – a célebre ‘política dos governadores’ – e de torpeza no uso da máquina pública que até aqui não pôde ser sepultado”⁷⁹.

Para CELSO MENDES, “era previsto que os preceitos contidos na Carta de 1891 não seriam suficientes para corresponder às expectativas práticas de modernizar as estruturas arcaicas do país”⁸⁰. O decorrente coronelismo e a corrupção eleitoral estavam a demonstrar sua inoperância histórica.

79 Cf. HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 44-9.

80 MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 79.

Mas, apesar de todos os seus defeitos, para HAROLDO VALLADÃO, o grande princípio decorrente da Constituição de 1891 seria o *judiciarismo* enquanto mandamento de caber sempre à justiça, em especial ao Supremo Tribunal Federal, a última palavra na interpretação constitucional.⁸¹

4. O Romanismo nos Primórdios das Idéias Jurídicas no Brasil

Até aqui nossa explicitação da presença do romanismo na cultura jurídica brasileira se deu por meio de uma abordagem que tratou, primeiramente, do aspecto antropológico e, depois, jurídico-normativo, abrangendo tanto a fase de transplantação da cultura jurídica luso-européia no período do Brasil-Colônia, quanto à fase de formação da identidade jurídica nacional, no período do Império e da República Velha.

Agora, faz-se necessário a priorização desse estudo no plano da jusfilosofia. Para tanto, devemos iniciar com uma reflexão acerca da formação do pensamento jurídico nacional, mormente na erudição nascida com as Faculdades de Direito, o que nos permitirá, na pena de MIGUEL REALE, “penetrar a infra-estrutura teórica da experiência jurídica nacional”⁸². Isto possibilitará ilustrar, no seio deste estudo, a presença determinante do Direito Romano, enquanto elemento de diálogo histórico e de fundamentação dogmática de nossas primeiras “idéias jurídicas”. Focando a questão no período colonial (tal como é o objetivo desse ensaio), trata-se de refletirmos sobre a presença jesuíta no quadro da formação da intelectualidade brasileira e de, depois, finalizar nossas ponderações refletindo

81 Construção essa desenvolvida por PEDRO LESSA, de quem falaremos mais adiante.

82 REALE, Miguel. *Prefácio*. In: MACHADO NETO, Antônio Luis. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969, p. 9.

sobre a obra jusfilosófica de TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA, o primeiro representante do pensamento jurídico brasileiro.

4.1. O legado dos jesuítas

Em obra dedicada à *Filosofia jurídica no Brasil*, ANTÔNIO CELSO MENDES inicia suas reflexões ponderando sobre a infertilidade do período colonial, no que tange ao desenvolvimento de alguma teoria jurídica no nosso território, sobretudo nos séc. XVI e XVII. Para esse autor, não poderia ser diferente, posto que “o poder da metrópole era absoluto e castrador das liberdades”, e exercia um tipo inicial de ocupação, de modelo explorador, que dificultava a fermentação da vida cultural⁸³. Como vimos, o processo de formação da consciência nacional inicia-se com o trabalho dos jesuítas, “com todas as suas mazelas e virtudes”. E foi assim até as reformas de Pombal, tendo a já estudada Lei da Boa Razão representado, sob o aspecto cultural, a entrada do iluminismo racionalista na política régia portuguesa⁸⁴.

Mas a atividade dos jesuítas não pode ser considerada do todo perniciosa à nossa formação cultural, pelo menos do ponto de vista das contribuições que esses deram à tradição da cultura greco-romana para o nosso Direito. Podemos destacar, como WANDERLEY KOZIMA, que:

“Se ARISTÓTELES e TOMÁS DE AQUINO, a quem se atribui a recuperação da filosofia aristotélica conciliada com o pensamento cristão, são autores privilegiados pelos jesuítas, difícil conceber o estudo do latim sem os textos de MARCUS TULIO CICERO. Sobre

83 MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 15-7.

84 *Ibidem*, p. 18-9.

*esse aspecto, ao senso comum, deixa-se as conclusões*⁸⁵.

As reformas de POMBAL desencadeiam um movimento de certo declínio da escolástica jesuítica, antecipado pela obra do lusitano LUIS ANTÔNIO VERNEY, lançada em 1746, *Verdadeiro Método de Estudar*, propondo novos processos pedagógicos, baseados menos na tradição, como o das escolas jesuítas, e mais no uso crítico da razão. Porém, no Brasil, o tiro iluminista (de POMBAL e VERNEY), saiu, em certo sentido, pela culatra, pois, à época da expulsão dos jesuítas (1759), o ensino em geral na Colônia, além de se reduzir a poucos estabelecimentos, não contava com quadros de professores suficientes, “o que se constituiu num verdadeiro caos”. Com isso, “decaiu o ensino escolástico sem que tivesse ocorrido a sua substituição por outro melhor”. Proibida a publicação aqui e igualmente ausente qualquer Ensino Superior, os poucos que desejassem cursá-lo recorriam à Europa, mormente Coimbra⁸⁶.

Mas o alento iluminista⁸⁷ em nossas terras tem sua importância e seu papel dialético na formação de nossa consciência jurídica. Esta tem sua primeira manifestação com o alvorecer dos ideais de liberdade – para a pátria e para os homens – propugnados pela Inconfidência Mineira.

Deve-se destacar que os principais mentores da Inconfidência Mineira (bem como, posteriormente, da Independência do Brasil), eram bacharéis formados pela Universidade de Coimbra⁸⁸

85 KOZIMA, José Vanderley, Instituições, “Retórica e o Bacharelismo no Brasil”. In: WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996, p. 237.

86 MENDES, *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 20-1.

87 Que, como vimos anteriormente, reformulou o ensino jurídico em Coimbra, onde se formou a elite de nosso primeiro movimento libertário, pautado em idéias eruditas.

88 “Com a expansão da Colônia, aumentou o número de brasileiros que acorrem à Universidade de Coimbra. Segundo estimativas abalizadas, no séc. XVI, formaram-se, em

e traziam para nossas terras idéias novas, vicejadas, à época, pela reforma iluminista no Estatuto dessa Instituição. E o mais radiante exemplo dessa migração amalgamadora de idéias que confluíam para Vila Rica e eclodiriam, mais tarde, na Inconfidência, é TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA⁸⁹. Com sua presença e sua obra, temos o alvorecer das idéias jurídicas em nosso solo.

4.2. Romanismo na obra de TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA

Essa primeira manifestação jusfilosófica brasileira desponta no final de nosso período colonial. Para MACHADO NETO, em sua obra *A História das Idéias Jurídicas no Brasil*, trata-se de algo compreensível, posto que, “se, como dizia HEGEL, referindo-se ao momento original da filosofia – sobretudo a filosofia social, política e jurídica – ‘a coruja de minerva só levanta seu vôo ao crepúsculo’, não seria de se esperar que essa refinada flor de cultura que é a filosofia jurídica”, viesse a lume antes de percorrida a “fase *amanhecendo* de nossa vida nacional”, nos deslindes históricos do colonialismo⁹⁰.

Nas páginas seguintes da obra, o autor tece a teia de elementos presentes em Vila Rica, que propiciaram o aparecimento, ali, de um núcleo produtor de idéias. A relativa urbanização, o maior fluxo de pessoas, a geração de riquezas, o maior acesso aos textos do velho mundo, a maior oportunidade de acesso dos

Coimbra, treze brasileiros; no século XVII, trezentos e cinqüenta e quatro; no século XVIII, mil setecentos e cinqüenta e dois, e de 1781 a 1822 ali estudaram trezentos e trinta e nove brasileiros. Constituíam eles a elite intelectual e política da própria Metrópole.” Cf. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1977, p. 8.

89 Tendemos a acreditar que o legado libertador dos inconfidentes possa explicar o vigor da jusfilosofia em terras mineiras, tradicional em nossa história.

90 Cf. MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 15.

filhos enriquecidos da terra ao estudo na Europa e, por fim, o afluxo de letrados e eruditos para Minas em busca de enriquecimento ou a serviço da Coroa, constituem o cerne dos fatores viabilizadores dessa experiência jusfilosófica extemporânea ocorrida. O *movimento das arcádias*, em solo mineiro, constitui o primeiro que se poderia enquadrar, mesmo que prematuro, no quadro das idéias jusfilosóficas nacionais, dada sua dimensão de pensamento social e político⁹¹.

Mas é em TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA que devemos nos concentrar. Assinala MACHADO NETO que ele seria o precursor da primeira das cinco iniciais correntes jusfilosóficas do Brasil independente: o “jusnaturalismo ilustrado”. Em seu *Tratado de Direito Natural* (1772), “significativamente ofertado ao MARQUÊS DE POMBAL”, expressão prática da doutrina iluminista portuguesa, sustenta, porém, ser Deus o princípio do Direito Natural. Talvez temendo condenações mais sérias em eventuais censuras e futuros julgamentos (o que ocorreria)⁹², ou, então, em razão do propósito de produção da obra, o pleito da Cátedra recém criada de Direito Natural em Coimbra⁹³, o bacharel amante da Escola de Direito Natural e das Gentes

91 MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 16.

92 *Ibidem*, p. 16-8. As cinco primeiras correntes de pensamento jurídico nas primeiras décadas do Brasil independente são, para Machado Neto, escolas que expressão diferentes variações do jusnaturalismo, a saber: o jusnaturalismo ilustrado, o jusnaturalismo ideológico, o jusnaturalismo escolástico, o jusnaturalismo católico e o jusnaturalismo krausista.

93 Essa é a tese de KEILA GRINBERG. O *Tratado de Direito Natural* foi escrito como tese para o primeiro concurso para professor à cadeira de Direito Natural em Coimbra, portanto antes da vinda de Gonzaga para o Brasil, em 1782. Assim, supõe a autora, que a intenção dele era construir o primeiro tratado em língua portuguesa, um tratado sobre o ‘recente’ Direito Natural jusracionalista, porém, sem deixar de considerar em sua obra o espírito das reformas implementadas em Portugal à época, bem como a tradição tomista do pensamento lusitano. A obra, portanto, refletiria justamente o espírito de seu tempo. Cf. GRINBERG, Keila. *Interpretação e Direito Natural: análise do Tratado de direito natural de Tomás Antônio Gonzaga. (Apresentação)* In: GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

preferiu afastar-se, quanto ao aspecto da relação entre Direito e Religião, dos marcos dessa corrente. Daí o mote de sua teoria ser a conciliação, nas palavras de CELSO MENDES, entre “o jus-naturalismo de GRÓCIO e PUFFENDORF, doutrinas essas alheias à escolástica (ao tomismo, em particular) e às teses tradicionais da escola”⁹⁴. A sua opção, portanto, foi por uma “versão teológica do direito natural moderno”⁹⁵, ao molde da leitura que HEINÉCIO fez de CRÓCIO.

Mais que isso, a obra tenta uma difícil e contraditória junção, idealizada pelo próprio Marquês de Pombal, entre o iluminismo e a monarquia absolutista portuguesa. A tal intento, juntava-se o propósito de afastar e limitar o poder da Igreja para dotá-la de autonomia em relação essa soberania, divina, do Rei; uma secularização do poder, à moda portuguesa. Isso implicava no raciocínio de que acima do poder divino da Igreja estava o poder divino do Rei, manifestado num direito emanado dele, e não da Igreja. Esse enlace discursivo somente seria possível pela adoção do Direito Natural de matriz jusracionalista (adoção de um fundamento para o direito que fosse autônomo em relação à autoridade da Igreja), ao mesmo tempo que se optava pela sujeição desse Direito a Deus (pois somente se o poder, e o direito emanado desse poder, fosse tivesse também um fundamento divino, é que ele, numa cultura como a lusitana, poderia fazer frente ao poder da Igreja)⁹⁶. Esse foi o desafio encarado com maestria pelo autor de *Marília de Dirceu* em seu *Tratado*, fazendo uso de três fontes principais: a tradição jurisprudencial romana, o pensamento tomista e o esclarecimento jusracionalista.

94 MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992, p. 22.

95 GRINBERG, Keila. *Interpretação e Direito Natural, cit.*, p. VII.

96 Cf. GRINBERG, Keila. *Interpretação e Direito Natural: análise do Tratado de direito natural de Tomás Antônio Gonzaga, In: GONZAGA, Tomás Antônio. Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes. 2004, p. VIII-XI.

Em verdade, GONZAGA foi mesmo, até nessa difícil tarefa, um entusiasta da ilustração, pois conseguiu, ao organizar coerentemente todos esses posicionamentos, conduzi-los na direção da afirmação da *liberdade* como fundamento último do Direito. Ao dedicar um capítulo próprio para a análise da liberdade como fundamento da conduta humana, tece nosso tratadista as seguintes considerações iniciais, no sentido de afirmar que a liberdade fundamenta nossa conduta e possibilita a própria existência da Moral e do Direito:

“O reconhecimento de que os homens têm liberdade para obrarem bem e para obrarem mal é uma coisa tão útil para a honestidade da vida e tão necessária para a sociedade humana, como a própria confissão da existência de Deus. [...] Sim, a não nos firmarmos no sólido princípio da nossa liberdade, não poderíamos confessar por certo nem o prêmio, que Deus prepara para os bons, para nos estimular à virtude, nem o castigo, que aparelha aos maus, para nos apartar das culpas; pois sendo Deus um ente sumamente justo, não havia de imputar ao pecador em culpa o que ele fizesse forçado; nem julgar por justo aquele que não pudesse desviar do caminho da retidão”⁹⁷.

Quanto ao Direito Natural, dominante na obra, optava pela tradição de GRÓCIO e PUFFENDORF, bem como pela leitura que o discípulo HEINÉCIO, nitidamente romanista, fazia da obra desses dois mestres, já atenuando o radical anti-tomismo dos dois primeiros. Assinala KEILA GRINBERG que “GONZAGA teria usado HEINÉCIO apenas como pretexto para corrigir a maneira

97 GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004 p.31.

de pensar de GRÓCIO”⁹⁸. O Direito Romano, por aí, penetra na obra de GONZAGA, tal como estava na obra desses autores.

O Direito Romano é um importante pano de fundo da obra e, ao mesmo tempo, o seu substrato principiológico mais revelante. Sua relação com a herança romana dá-se no contexto da Lei da Boa Razão, já em vigor, que era inspirada justamente na visão acerca desse Direito, compartilhada pela Escola de Direito Natural e das Gentes. Como vimos, tanto para a corrente jusracionalista, quanto para a leitura que dela fez POMPAL na referida lei, não se tratava de negar o valor do Direito Romano enquanto repositório das regras e conceitos elementares do Direito, mas de separar nele o que é mera reprodução baseada na autoridade e aquilo que pode servir de base para o conteúdo normativo do Direito Natural, haja vista estar conforme a razão. Assim, a questão, ao contrário do que possam sugerir algumas leituras apressadas, não era propor um Direito Natural que substituísse por completo toda a tradição romana baseada na autoridade, era fundamentar essa tradição não mais na autoridade, mas na razão; separar o que não pudesse passar pelo crivo desta e recuperar aquilo que realmente nos foi legado dela como justo, historicamente induzido pela experiência romana, mas, agora, racionalmente demonstrado e deduzido pelo pensamento abstrato.

Os teóricos do Direito Natural racionalista buscavam princípios evidentes e axiomáticos para o estudo da conduta humana e, para tal, recorriam sempre à tradição romana. Com TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA não seria diferente. O recurso ao Direito Romano, em seu Tratado justilosófico, pode ser inicialmente percebido pelo diálogo que ele estabelece, logo no início do Capítulo Do Direito e da Justiça, com o conceito romano de

98 Cf. GRINBERG, Keila. Interpretação e Direito Natural, *cit.* p. xxiii.

Direito Natural (tripartite: “Os Jurisconsultos romanos dividiram o direito em natural, das gentes e civil [...]”⁹⁹), para, da depuração dessa noção romana, deduzir o seu conceito de Direito Natural (bipartite).

Por fim, a influência do Direito Romano também está presente na discussão que GONZAGA faz acerca do problema central de todo tratado jusfilosófico: o conceito de Justiça. Demonstra-se aqui, mais uma vez, a indispensabilidade do Direito Romano para esse autor, pela tomada de empréstimo da definição de ULPIANO, base irreformável do conceito de Justiça, pela percepção nela da idéia de exigibilidade como dado elementar do Direito e pelo uso das máximas *honeste vivere, neminem laedere e suum quique tribuere*, para explicitar o conteúdo do agir justo. Vejamos:

“A justiça, conforme a opinião do Imperador JUSTINIANO é uma constante e perpétua vontade de dar a cada um o que é seu. [...] Essa é, na verdade, a melhor e mais conforme à nossa definição e nossa filosofia. [...] GRÓCIO nos dá uma belíssima divisão em justiça expletiva e atributiva. Para vermos o quanto é boa a semelhante divisão, devemos de reparar em

99 Cf. GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004 p. 171. A questão da discordância com a distinção romana entre Direito natural, das gentes e civil é resolvida pelo tratadista com a observação de que, em verdade, o que os romanos faziam era, na exposição da diferença entre direito natural e direito positivo, detalhar esse primeiro (subdividi-lo) em *natural* e *das gentes*. Essa questão é um bom exemplo para fundamentar a opinião de que, à época, era sempre necessário discordar e revisar o direito romano, mesmo que para o acompanhar, no final das contas. Isso só vem a comprovar a sua importância e permanência (sua indispensabilidade), como elemento essencial à estruturação teórica do direito. Se assim não fossem, os jusracionalistas poderiam simplesmente ignorá-lo; mas não o faziam, discordavam quanto a aspectos contingentes dos textos romanos, para concordar com suas categorias essenciais, posto vir dali a estrutura básica do Direito.

que há um direito que obriga de necessidade e outro não. Ponhamos um exemplo: o direito de ressarcir o dano é perfeito, pois me põe uma obrigação rigorosa de ressarcir e dá direito à pessoa ofendida para que possa exigir de mim a sua satisfação. [...] HEINÉCIO aplica a estas duas qualidades de justiça os preceitos de direito, viver honesto, não ofender a outro, e dar a cada qual o que for seu', dizendo que quem guarda a justiça atributice vive honesto, e que quem guarda a justiça expletrice dá aos outro o que é seu e não ofende a ninguém”¹⁰⁰.

5. Considerações Finais

A cultura jurídica brasileira é legatária incontestemente do Direito Romano e de todo o devir de formação do Direito europeu de base romanística. Na origem de nossa história como nação ocidental, o sistema jurídico romanístico (ainda em formação àquela época), instalou-se nestas plagas e cá ficou, permaneceu, adaptando-se às peculiaridades dos problemas e conjunturas locais, mas, ao mesmo tempo, realimentando-se e realinhando-se, ao seu modo, no diálogo com vida jurídica européia. Por isso, entendemos ser válida a poética reflexão de PAULO FERREIRA DA CUNHA:

“Fresco como a Princesa Aurora, o Direito Romano se levanta, depois de vencidos os espinhos de florestas malévolas. (...) de cada vez. Todas as vezes. O Direito Romano, tal como o direito natural (em que se baseia, ou antes, que comporta como elemento as mais das vezes pressuposto, mas onipresente e sempre atuante),

100 GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 180.

é bem o cisne de GOETHE. Por vezes mergulhado (parcial ou totalmente, se diria), no grande lago para se alimentar (para beber). Ou como que para hibernar. Porém, surgindo logo recordado na sua elegância e sereno flutuar, por sobre as águas como um espelho de sua graça.

De cada vez que o cisne Direito Romano retorna, assume aqui e ali feições diferentes. E pode dizer-se sem um grande risco que cada corrente de apoiantes do Direito Romano é como uma camada geológica, ou um testemunho de uma das épocas e esplendor do mesmo”.¹⁰¹

Mesmo com todas as vicissitudes e problemas de uma nação que surge no seio de uma história de exploração colonial, nesse processo, foi assimilada uma estrutura jurídica capaz de atender (com as atualizações sempre necessárias) às demandas de uma sociedade complexa como a contemporânea. Se é verdade que o Brasil necessita amadurecer (e muito) do ponto de vista de sua vida política e cultural, isto, por outro lado, não pode significar o repúdio ou abandono de nossa base jurídica romanística, sem a qual não poderemos alcançar o patamar de um Estado democrático, inclusivo e com Justiça social. Isso se dá porque, tal como bem pondera CABRAL DE MONCADA: “O direito romano é indiscutivelmente, como já se tem dito, o ponto de partida de todo o estudo científico do direito. O juriconsulto encontra aí uma escola consumada de lógica e de raciocínio jurídico.”¹⁰²

Se pensarmos que a função do direito é realizar uma medida de Justiça construída historicamente, de tal modo que ela possa se

101 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Prefácio*. In: VILLEY, Miguel. *Direito Romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991, p. 24-5.

102 MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923, p. 11.

fazer presente na vida de cada um e de todos, devemos considerar que a tradição romanística, antes de ser abandonada, deve ser revisitada e rediscutida, de modo a procedermos a uma superação amadurecida de nossos problemas jurídico-sociais, sem que isso signifique o abandono das bases histórico-teóricas sem as quais o direito dificilmente poderia ser pensado enquanto arte (delicada medida) do bom e do justo, na qual segurança jurídica e equidade se encontram dialeticamente na unidade da Justiça.

Referências

AGOSTINI, Eric. *Direito Comparado*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, [n.d.].

CAETANO, Marcelo. “As grandes compilações do Direito Canônico: o *Corpus Iuris Canonici*”. In: *História do Direito Português*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1985.

CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GRINBERG, Keila. Interpretação e Direito Natural: análise do Tratado de direito natural de Tomás Antônio Gonzaga. (Apresentação) In: GONZAGA, Tomás Antônio. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HORTA, José Luiz Borges. *Direito Constitucional da Educação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HORTA, José Luiz Borges. *Notas de aula da Disciplina História*

do Direito. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, 1º semestre de 2004.

HORTA, José Luiz. *Horizontes Jusfilosóficos do Estado de Direito: uma investigação tridimensional do Estado social, do Estado liberal e do Estado democrático, na perspectiva dos direitos fundamentais*. Universidade Federal de Minas Gerais, 2002 (Tese, Doutorado em Filosofia do Direito).

IHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KOZIMA, José Vanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996.

MACHADO NETO, Antônio Luis. *História das Idéias Jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 310

MENDES, Antônio Celso. *Filosofia Jurídica no Brasil*. São Paulo: IBRASA, 1992.

MEREA, Manuel Paulo. *Estudos de direito visigótico*. Coimbra: Atlântida, 1948.

MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Coimbra: Coimbra Editora, 1923.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de História do Direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do Novo Código Civil*. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

SAVIGNY, Frederich Carl von. *De la Vocacion de Nuestro Siglo para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Atalaya, 1946.

SIQUEIRA, Sônia. *A Inquisição Portuguesa e a Sociedade Colonial*. São Paulo: Ática, 1978.

SILVA, Almiro de Couto. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRS*, v. 13, Porto Alegre: 1997 p. 7-27.

STRENGER, Irineu. *Da Dogmática Jurídica: contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

VALLADÃO, *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

VILLEY, Miguel. *Direito Romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991.

VITA, Álvaro. *Sociologia da Sociedade Brasileira*. São Paulo: Ática, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de História do Direito*. Belo Horizonte, Del Rey: 1996,

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação José A. Boiteaux, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil*. 2. ed. Rio: Forense, 2000.