



UNIVERSALISMO E COMPARAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO ROMANO

UNIVERSALISM AND COMPARISON FROM THE PERSPECTIVE OF ROMAN LAW

Rose Dayanne Santos de Brito

Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Roma, Itália

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0130379934019601> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3757-7244>

E-mail: rose.dayanne@posgrad.ufsc.br

Trabalho enviado em 05 de julho de 2021 e aceito em 01 de dezembro de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.02., 2022, p. 470 - 489.

Rose Dayanne Santos de Brito

DOI: [10.12957/rqi.2022.60934](https://doi.org/10.12957/rqi.2022.60934)

RESUMO

O artigo tem o objetivo de realizar uma investigação histórica sobre o processo de inserção do direito comparado no ensino jurídico brasileiro. Nesse sentido, será referido que o primeiro professor de legislação comparada da Faculdade de Direito do Recife identificou no direito romano o ponto comum para tratar o universalismo e desenvolver o método comparativo aplicado ao direito. O artigo pretende demonstrar a relevância do conhecimento do direito comparado na formação dos estudantes e futuros juristas como ferramenta técnica para resolver conflitos com base em legislações estrangeiras. Por fim, a pesquisa pretende ressaltar o protagonismo da América latina, no século XIX, através da cátedra de Legislação comparada.

Palavras-chave: História do Direito. Direito comparado. Direito romano. Clóvis Beviláqua.

ABSTRACT

The article aims to carry out a historical investigation on the insertion process of comparative law in Brazilian legal education. In this sense, it will be mentioned that the first professor of comparative legislation at the Faculty of Law of Recife identified in Roman law the common point for treating universalism and developing the comparative method applied to law. The article aims to demonstrate the relevance of knowledge of comparative law in the training of students and future lawyers as a technical tool to resolve conflicts based on foreign legislation. Finally, the research intends to highlight the role of Latin America in the 19th century, through the chair of Comparative Legislation.

Keywords: History of Law. Comparative law. Roman law. Clóvis Beviláqua.

INTRODUÇÃO

“O direito romano assinala em sua última fase um dos maiores progressos do espírito humano – a vitória completa da idéia da universalidade sobre o princípio das nacionalidades, que tinha sido até então o critério exclusivo da organização dos povos” (CAMPELLO, 1929, p. 19).

Biógrafos e civilistas apontam a recepção e influência do direito romano na obra de Clóvis Beviláqua. Sílvio Romero chega a afirmar: “a verdade é que Clóvis Beviláqua, desde a juventude, era um romanista” (MEIRA, 1990, p. 346). Nos escritos publicados é possível verificar o tema do direito romano como uma constante desde o início da carreira do Codificador brasileiro. Para investigar as ressonâncias romanistas na obra de Beviláqua, a pesquisa realiza um exercício de história do direito.

O livro “Lições de Legislação Comparada”, publicado pela primeira vez em 1893, correspondia a um esboço das aulas que começou a ministrar na Faculdade de Direito em 1891. Sílvio Meira, amigo e um especialista da produção bibliográfica de Clóvis Beviláqua, afirma que a obra é “polvilhada de jusromanismo e de grande riqueza para a época” (MEIRA, 1989, p. 42). Nesta obra, o direito romano é visto como uma matriz jurídica e de fundamental importância para o estudo das legislações comparada entre os vários países.

Neste artigo, o objetivo é demonstrar o caráter universalista do direito romano e sua interligação com o direito comparado. Dois anos antes da publicação do livro, em 1891, Beviláqua escreveu um texto na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito Recife intitulado *Aplicação do método comparativo ao estudo do direito* e neste escrito mostrava conhecimento acerca dos debates que vinham ocorrendo na Europa sobre a legislação comparada. Tanto que cita Glasson, professor da Faculdade de Direito de Paris e faz interlocuções com a obra *École des sciences politiques*.

A estrutura do artigo está dividida em três partes. Primeiro é explicado o que Clóvis Beviláqua entende por método comparativo no direito. Nesse item, aparecem os autores europeus que o influenciaram e o processo de adaptação de suas leituras estrangeiras para pensar os institutos do direito brasileiro. Sendo assim, é apresentada a Ementa da disciplina Legislação Comparada para demonstrar na prática docente de Beviláqua o ensino deste método.

No segundo momento, serão analisados os efeitos de comparar as legislações civis para construção de grupos de países pelas semelhanças e diferenças das leis civis. Clóvis Beviláqua apresenta uma classificação cuja originalidade é o protagonismo do direito latino-americano e sua formação romanista. Na terceira parte, será desenvolvido o uso moderno do direito romano, sobretudo, o momento de fortalecimento do Estado nacional e o processo de redação dos Códigos Civis.

Na conclusão, ficam explícitas as adaptações e os impactos da modernização dos princípios e conceitos do direito romano. Assim como, as possibilidades e os entraves para uma integração jurídica na América Latina.

1 O MÉTODO COMPARATIVO APLICADO AO DIREITO SEGUNDO Clóvis Beviláqua

O estudo comparativo do direito proposto requer a identificação das semelhanças, diferenças e das adaptações dos institutos nos diversos países. Esta investigação adota o estudo histórico para buscar a gênese e os vestígios do momento histórico na formação e desenvolvimento dos institutos jurídicos. Segundo o autor brasileiro, o direito deveria guiar-se pelos progressos das ciências naturais, pois estas investigavam os fenômenos da vida e se apoiavam nos métodos indutivos e dedutivos para identificar as semelhanças e diferenças entre as espécies. Nesse sentido, o método comparativo é entendido como um dos aspectos derivados da análise do método indutivo aplicados na biologia.

Os resultados obtidos através deste método eram inovadores para ciência, por exemplo, Clóvis menciona a anatomia comparada e a descoberta de séries genealógicas de espécies vivas. Inclusive, os aspectos em comuns do homem com outros animais. No direito, a implementação deste método podia ser visualizado nos trabalhos do jurista suíço Bluntschli e nas obras do alemão Hermman Post que tratava da jurisprudência etnológica com base na sociologia. O aprimoramento do método comparativo estava despertando na Europa o estudo comparado das legislações. O comparatista brasileiro faz referência aos trabalhos de Glasson, cujo intuito era comparar as instituições jurídicas francesas ao sistema jurídico da Inglaterra.

O método de comparação do direito e dos institutos dos diversos povos consiste no confronto da legislação vigente e do complexo jurídico-social onde ela floresceu. Assim é possível verificar os elementos originais de cada país, a recepção e as transformações ocorridas nos institutos jurídicos no transcorrer do tempo. Além de possibilitar a descoberta de parentescos, filiações e agrupamentos entre os sistemas jurídicos dos países. Clóvis busca realizar o estudo científico do direito, a partir dos avanços do método experimental e com isso pretende afastar os elementos metafísicos do direito brasileiro. Nesse sentido, Clóvis está inserido no contexto histórico do formalismo jurídico e na exaltação aos fundamentos racionais.

Os pontos fortes de implementação do método comparativo ao direito, segundo Beviláqua, permitiriam ao legislador um laboratório histórico sobre escolhas e experiências jurídicas dos vários povos para regular a vida social. A demonstração das singularidades das Nações para regulamentar

os institutos jurídicos enriqueceria o estudo comparativo de um povo em relação ao outro. Assim, cada país com sua singularidade, ao normatizar a vida em sociedade, não imita a legislação estrangeira. Mesmo que tenha ocorrido recepção de um instituto exterior são realizadas adaptações e mudanças locais.

Ele entende, por exemplo, que o direito civil dos povos ocidentais foi, em grande parte, influenciado e derivado do direito romano que se tornou um direito universal. Porém, da mesma raiz jurídica surgiram especificações, logo não se trata apenas de imitações. O direito no Brasil de matriz romana apresentava, no final do século XIX, singularidades que davam origem a um subsistema jurídico.

O conhecimento do direito comparado era fundamental na visão de Beviláqua para fornecer aos estudantes e futuros juristas ferramentas técnicas para resolver conflitos jurídicos com base em outras legislações estrangeiras. Além de facilitar a atuação dos juízes, em especial, nos casos que envolvem direito internacional privado e aplicação da lei estrangeira. Além disso, servia também para solucionar lacunas no direito brasileiro com base nas legislações similares, a partir disso a comparação seria fundamental para efetividade do sistema jurídico.

O estudo das raízes históricas sobre os institutos no Brasil permitiria a descoberta, afirma Clóvis Beviláqua, “por exemplo, que o caráter de nossa propriedade moderna é essencialmente romana, o de nossa família preponderantemente germânica. São conclusões estas que só a jurisprudência histórica e comparada poderá obter” (BEVILAQUA, 1891, p. 94). Nesse fragmento, reiteramos que a matriz do direito brasileiro é o direito romano, no entanto se verifica, mais uma vez, as lentes modernas influenciando o pensamento de Clóvis Beviláqua, pois o conceito de propriedade na modernidade, fundada na ideologia burguesa, era distinto do direito antigo romano. Havia mais diferenças que semelhanças, entretanto Clóvis retroprojetava o mundo moderno no direito do passado também neste texto.

A relação entre o ensino do direito comparado e do direito romano é marcante no século XIX no Brasil, apesar destas disciplinas serem ministradas como matérias autônomas e em anos diferentes nos dois Cursos jurídicos do país, em Recife e em São Paulo. Nesse período, é possível afirmar certo pioneirismo da América Latina no direito comparado, pois “*en honor a la verdad, correspondió al Brasil el primado latinoamericano de haber instituído una cátedra de Legislación comparada sobre direito privado*” (ESBORRAZ, 2006, p. 7-8). No ano de 1891, na condição de professor de Legislação Comparada, percebe a carência de bibliografia no país para indicar compêndio para os alunos. Diante disso, dois anos depois, publica um esboço das *Lições de*

Legislação Comparada para auxiliar os estudantes na matéria, em 1896 haverá uma segunda edição, com acréscimo no conteúdo e publicada pela Livraria Magalhães.

Na obra, Clóvis ressalta o direito romano como fonte de imitação e o ponto de partida para o estudo do direito comparado com as legislações modernas. José Augusto, aluno de Clóvis Beviláqua, preservou o Programa do Curso da turma de 1905, através desta fonte é possível comprovar a pretensão do professor brasileiro em estudar a filiação e genética do direito civil moderno a partir das assimilações e influências históricas. Há vários aspectos que o docente analisa de forma comparada o direito moderno e o direito romano, conforme se pode observar na tabela a seguir:

TABELA 1 – Programa de Ensino de Clóvis Beviláqua na disciplina *Legislação Comparada*

PROGRAMA DE ENSINO DA 4ª CADEIRA DO 5º ANO Legislação Comparada	
1. Objeto da cadeira. Aplicação do método comparativo ao estudo de direito.	
2. Filiação jurídica. O direito privado moderno como transformação do romano e do bárbaro. Influência do canônico. Classificação, sob esse ponto de vista, do direito civil moderno.	
3. Expansão do movimento codificador do direito privado nos diversos países da Europa e da América. O Japão.	
4. Vista geral do direito privado brasileiro tal como existe atualmente. Referência a outras federações.	
5. Teoria das pessoas. Posição jurídica do estrangeiro no direito privado moderno.	
6. Do casamento segundo o direito primitivo, o romano, o canônico e o moderno.	
7. Do divórcio perante a história e as legislações atuais.	
8. Da propriedade. Sua história e sua atualidade.	
9. Obrigações. Evolução. Conceito romano e moderno.	
10. Direito hereditário. Sucessão legítima. Sua origem e evolução.	
11. Sucessão testamentária. Origem e evolução.	
12. Comércio. Direito Comercial. Sistemas adotados pelas legislações para a determinação da qualidade de comerciante. Sociedades mercantis, suas espécies e personalidade.	
13. Da falência. Extra-territorialidade e seus efeitos. Do juiz competente em matéria de falência, segundo o direito internacional privado.	
14. A caução judicatum solvi e o regime das capitulações no Oriente.	
15. Sentenças dos tribunais estrangeiros. Sistemas diversos para a sua execução extra-territorial.	

<p>Faculdade de Direito do Recife, 1 de março de 1905 O Lente Catedrático Dr. Clóvis Beviláqua</p>
<p>Aprovados em Congregação de 22 de março de 1905 Secretário Henrique Martins</p>

Fonte: AUGUSTO, 1959, p. 221.

O ensino da cadeira de Legislação Comparada foi inserido de forma mais tardia que a introdução do direito romano nos Cursos jurídicos. A reforma de 1895 introduziu o estudo da legislação comparada sobre o direito privado. Em São Paulo, o professor catedrático que ministrou a disciplina foi Ernesto Moura, no Recife o encarregado foi Clóvis Beviláqua. No livro da disciplina escrito para os estudantes, que correspondia às lições das aulas, ele reconhece as dificuldades iniciais da disciplina.

O objetivo da nova disciplina era realizar o confronto, a comparação da legislação brasileira com as legislações dos demais países. Tanto de forma sincrônica quanto diacrônica na história, com fundamento na experiência romana. Em virtude da abrangência do assunto e da necessidade de limitar em uma disciplina, Clóvis alerta que o estudo seria compreender mais os princípios gerais, que o estudo comparativo de cada instituto jurídico. Conforme o programa do curso acima transcrito, ele desenvolve de modo aprofundado alguns pilares do direito civil, a noção de pessoa e o direito das obrigações são tratados de maneira comparativa no direito romano e no direito moderno.

A disciplina ficava restrita à comparação do direito privado, mas não tinha seu objeto confundido com outras disciplinas do ramo privatista, uma vez que a centralidade da nova disciplina era a comparação. O Brasil ao inserir esta nova disciplina nos cursos jurídicos alinhava-se aos países europeus, Beviláqua cita Alemanha, França, Itália e Inglaterra. Entre os autores estrangeiros que se destacavam, ele menciona Savigny, Barr, Lainé, Rivier, Laurent.

Para explicar o conceito de direito privado utilizado, Beviláqua faz referência a noção do direito romano, ou seja, daquilo que respeita o interesse de cada indivíduo, porém entende que essa definição é incompleta e não está de acordo com a concepção da modernidade. Acrescenta que no direito público, o indivíduo é considerado a partir do vínculo com o Estado, no direito privado, a coletividade e os indivíduos são vistos como componentes da sociedade. Nesse sentido, trata-se de um ramo cujo fundamento são as atividades das pessoas.

A comparação era fundamental não apenas para comparar legislações de vários países, mas também ramos do direito. Apoiado nas idéias de Glasson, Beviláqua entende que o estudo comparativo além de identificar as diferenças e semelhanças, busca historicamente investigar de modo científico as causas de aproximação e de distanciamentos da gênese social e jurídica. A história tem um papel fundamental na análise do método comparativo.

Nas palavras de Clóvis: “é indispensável que peçamos socorro à história, somente ela nos permite acompanhar cada povo através das idades e descobrirmos as causas que produziram as instituições próprias ao gênio de cada um” (BEVILAQUA, 1893, p. 11). O tempo é um elemento essencial na compreensão dos arquétipos jurídicos na concepção tradicional e na concepção moderna de certos institutos, é o caso do conceito de pessoa no direito romano e sua reinterpretação no direito brasileiro do século XIX.

A legislação brasileira em vigor na época, apesar de heterogênea e difusa, pela ausência do Código Civil, não representava um sistema fechado, dialogava com leis estrangeiras. Tanto o direito romano quanto os códigos modernos serviam de fonte subsidiária na aplicação do direito pátrio.

Clóvis Beviláqua compreendia que muitas nações latino-americanas adotaram como referência o Código Civil Francês de 1804, mas mesmo as imitações não apagavam a originalidade de cada instituto jurídico no cenário singular de cada país. Hoje é possível afirmar que não apenas nações da América Latina, o Código Civil Italiano de 1865 também foi muito influenciado pelo Código francês.

2 EFEITOS DA COMPARAÇÃO E A CLASSIFICAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES

Dessa interpretação, surgiu uma classificação: a dos povos criadores que tem potência inventiva e dos imitadores. Os dois grupos não são estáticos, apenas sinalizam as características que lhe são predominantes. Há alguns países que copiam institutos de uma legislação estrangeira, mas também criam institutos originais. Apenas pelo fato de se espelharem em outro modelo jurídico são intitulados de imitadores pela preponderância. Os povos imitadores alteram as instituições que adotam e, segundo Beviláqua, da nova roupagem surgem produções autóctones.

É necessário apontar que “o comparatista brasileiro realiza, desse modo, uma completa distribuição geográfica do Direito, sob o critério da sua inspiração dominante, ou no Direito Romano, ou no Direito Consuetudinário ou em elementos ecléticos” (DOS SANTOS, v. 3, p. 358). O exercício do estudo comparado investigava as fontes do presente e do passado que haviam

influenciado na elaboração de uma legislação. Assim como, a verificação de quais instituições foram assimiladas. A imitação, portanto, não exclui a criação.

De fato, nessa classificação, Clóvis acentua o papel difusor e excepcional do direito romano de conseguir suprir as barreiras nacionais. Disso decorre, o fundamento universalista deste direito que se espalhou para além das fronteiras. No método comparativo, o direito romano seria uma referência obrigatória para compreender a formação do direito moderno. Beviláqua argumentava que no ocidente, o direito moderno é composto de uma combinação tripartite o direito universal, o direito nacional e os elementos de natureza estrangeira.

No caso brasileiro, o elemento universal seriam as raízes oriundas do direito romano, os elementos do exterior advinham das legislações modernas especialmente sobre direito privado francês e o elemento nacional eram consequências de adaptações dos institutos da época colonial. Não há menção a vida social dos indígenas e suas formas de vida para elaboração de institutos jurídicos. A corrente do evolucionismo estava presente nas obras de Clóvis direta ou indiretamente. O tempo e o progresso estavam conexos em uma visão evolucionista.

Um elemento fundamental na análise de Clóvis Beviláqua é a possibilidade de comunhão entre os povos com base no método comparativo, nenhum sistema jurídico estava isolado dos demais. Os princípios gerais e valores jurídicos ultrapassariam o nacionalismo dos países. Ele não defende a existência da unidade do direito ou uma visão política supranacional, nesse ponto o professor de legislação comparada de São Paulo, João Monteiro, é mais enfático que o professor do Recife. João Monteiro no livro *a Universalização do Direito* compreende que o Século XX se encaminhava para a unificação universal do direito. Haveria um só direito para a humanidade.

Ele escreve esta obra em 1892, o que demonstra que as teorias alemãs da contemporaneidade sobre direito global e teoria sistêmica, não são inovadoras como se mostram. Clóvis Beviláqua argumenta, de modo diferente, não acreditar na unidade do direito, pois ressalta as diferenças culturais e sociais, além da força da soberania na modernidade, o que dificultaria tal projeto. Na visão dele, o ideal seria manter o vínculo de relações recíprocas entre as legislações internacionais sem renegar a força local dos povos de produzir autenticidade ao seu direito.

O direito privado internacional também seria essencial para solucionar questões jurídicas entre pessoas de nacionalidades diferentes. Para Beviláqua, o objeto deste ramo do conhecimento circunda três aspectos principais: primeiro, a condição jurídica dos estrangeiros, que trata de identificar os direitos e garantias concedidos ao estrangeiro no exterior. Segundo, o conflito de leis, cujo objetivo é identificar qual lei será aplicada ao caso concreto, o que muitas pressupõe o

conhecimento de várias legislações e, em terceiro, o exercício de direitos adquiridos, do nacional em relação à proteção jurídica no exterior.

Alguns autores do direito comparado da época destacavam também a execução das sentenças estrangeiras como objeto do direito internacional privado, mas Clóvis entende que nesses casos haveria que se falar em reconhecimento de validade jurídica de um determinado ato no estrangeiro, logo não se confundiria com conflitos de legislações internacionais.

O estudo sobre legislações estrangeiras possibilitava aos juristas visualizar o direito não apenas a partir de um ordenamento jurídico, como uma ciência fechada em si mesma, mas com uma perspectiva complexa. O estudo comparado mostra como criar pontes e abertura para solução de conflitos à luz de leis e interpretações jurisprudenciais de países vizinhos e territorialmente distantes. Beviláqua cita um aspecto singular decorrente da prática comparatista do direito.

Trata-se do fenômeno da recepção dos institutos jurídicos e como eles são adaptados ao serem inseridos nas legislações locais. O exemplo mencionado por ele é a teoria do direito mulçumano de Jean Sawas Pacha (1832-1905) que demonstra como ocorreu a islamização de institutos jurídicos do direito árabe. Da mesma forma, relata o processo de nacionalização e aplicação da lei estrangeira. O ensino da legislação comparada favorece não apenas ao juiz o conhecimento das leis estrangeiras, mas permite aos juristas um vasto conhecimento e princípios extraterritoriais que ultrapassam a lógica do direito nacional.

3 O CONCEITO DE NAÇÃO E O USO MODERNO DAS LEIS ROMANAS

Sobre o direito das pessoas no plano internacional, Beviláqua menciona três conceitos distintos: personalidade, capacidade e exercício de direitos. A personalidade corresponde aos direitos estabelecidos ao indivíduo pelo poder público, a capacidade é o modo como é exercido o direito de personalidade e o exercício de direito é a consolidação prática destes direitos.

A determinação sobre capacidade e incapacidade para os atos da vida civil devem ser estabelecidas pelas legislações nacionais, umas são mais liberais, outras mais conservadoras. De toda forma, Pierangelo Catalano adverte “*i principi romani hanno trovato ostacoli negli astrattismi e nel soggettivismo dei diritti statali e della stessa Pandettistica tedesca: la discriminazione del nascituro rispetto al nato è stata possibile attraverso l'uso di concetti quali “personalità giuridica”, “capacità giuridica”: concetti estranei allo ius Romanum.*”¹

¹ “Os princípios romanos encontraram obstáculos nos abstracionismo e subjetivismo dos direitos estatais e do próprio Pandectismo alemão: a discriminação do nascituro em relação ao nascido era possível através do uso de

Na obra *Lições de Legislação Comparada*, Clóvis Beviláqua não trata do debate sobre a personalidade dos escravos, isso é justificável pelo contexto em que o livro foi publicado, ano de 1897, quase uma década após a abolição da escravidão no Brasil. As legislações nacionais que regulam os direitos das pessoas expressam quanto são avançado ou atrasado o sistema jurídico de determinado país. No caso do Brasil, ele faz menção à morte civil como equivalente à condição dos escravos, em outros países cita a exclusão da capacidade jurídica aos judeus. Embora moralmente reprováveis, esses conteúdos discriminatórios na visão de um contemporâneo, foi legitimado pelo direito em um determinado contexto histórico de um país. O Código Civil de 1916 não acolhe a morte civil.

O estudo sobre os costumes e as instituições pode ser realizado a partir de estágios mais recentes e mais remotos, a base evolucionista condiciona Beviláqua a enxergar o direito pelos vestígios históricos. Ele denomina de filiação jurídica esse desenvolvimento das instituições na história. Para ele, o historiador do direito tem o papel de reconstruir o curso do passado para em seguida comparar ao presente e estabelecer semelhanças, diferenças e parentescos com os Códigos.

O direito civil moderno é um processo de transformação dos antigos institutos romanos. Até o direito inglês, sobretudo nos dias atuais estabelece contato com a tradição romanística, o que de certo fortalece a aproximação entre a tradição dos países do *civil law* e do *common law*. Cada vez mais, esta distinção está sendo atenuada.

No que diz respeito ao direito privado brasileiro, Beviláqua se detém ao fato do Brasil ainda não possuir um código civil para regular as relações entre os particulares. O Código é visto como um guia, uma obra que representa a grandiosidade jurídica de uma nação. Diferente dos países que já possuíam suas respectivas Codificações, no Brasil a ausência de um Código propiciava nas palavras de Beviláqua a aplicação de leis antiquadas, deficientes, dispersas, e não sistemáticas.

Ele dividia as leis vigentes no Brasil em dois grupos: um vinculado ao direito português, que correspondia basicamente às Ordenações do reino e às leis esparsas e um segundo grupo de leis brasileiras, decretos e provimentos. Em virtude das lacunas do direito brasileiro no período pré-Codificação, o direito romano era uma forma de integrar e solucionar os casos concretos. O processo de secularização no Ocidente e, em reflexo no Brasil, havia enfraquecido a influência do direito canônico, que no Brasil deste período exercia influência no direito de família.

Sobre o direito romano aplicado no Brasil, Beviláqua menciona que corresponde ao direito codificado por Justiniano. Isso sugere que nos Cursos Jurídicos do país havia uma forte leitura dos

conceitos como "personalidade jurídica", "capacidade jurídica": conceitos estranhos ao ius romano." (Tradução livre)

institutos sob a égide da influência justiniana. Da mesma forma que a Codificação de Justiniano foi fundamental para preservar o direito romano e o tornar um legado para as futuras gerações, de certa forma ela engessou uma leitura dos institutos do direito romano que no período arcaico eram constituídos em arquétipos mais complexos do modo de vida dos romanos.

A influência moderna na leitura dos institutos do direito romano é verificável no pensamento de Clóvis Beviláqua, resquício da sua escrita. Sobretudo, quando ele afirma:

depois de um longo amontoado de regras fastidiosas, [...], chega-se à conclusão de que o *uso moderno* das leis romanas, entre as nações cultas da Europa, segundo se colhe dos escritores e, naturalmente das leis aí existentes, deve ser o critério pelo qual saber-se-á quando elas são aplicáveis (BEVILAQUA, 1893, p. 60).

Conforme se verifica nas palavras de Clóvis Beviláqua, o direito romano recepcionado no Brasil era o direito romano modificado pelas doutrinas modernas, em especial, a escola pandectista alemã. Até o direito português havia modificado as regras e fontes de interpretação após a Lei da Boa Razão. Este modelo jurídico foi intitulado de *usus modernus pandectarum*, isto é, o uso moderno dos textos do direito romano, por excelência das Pandectas.

Segundo o historiador Manuel Hespanha o método adotado foi inserir na doutrina tradicional as aspirações modernas, “o novo corpo doutrinal era a produção dogmática dos juristas alemães através da qual o velho direito romanístico-justiniano tinha sido uma vez mais adaptado, desta vez às necessidades das sociedades burguesas em desenvolvimento acelerado no Centro da Europa” (HESPANHA, 1978, p. 76).

Nas pesquisas atuais de Zimmermann, o direito romano é visto como um complexo que se desenvolveu por vários séculos e tornou-se uma tradição jurídica, cujos pilares são consolidados por conceitos, regras e institutos jurídicos. O direito romano não correspondia a um sistema fechado, pelo contrário sua natureza era casuística, fundada no caso concreto que desencadeava dois pilares diversos “o *ius civile*, isto é, o núcleo tradicional de regras jurídicas aplicáveis aos cidadãos romanos e o *ius honorarium* – para alguns, a equidade, introduzido pelos pretores no interesse público” (ZIMMERMANN, 2016, p. 7), a fim de suplementar e corrigir o *ius civile* tradicional.

As legislações dos vários países, influenciadas pelo direito civil dos romanos, abordam primeiro as pessoas. Na obra *Lições de Legislação Comparada* (1897), Beviláqua mantém a mesma definição do conceito de pessoa. Equiparando pessoa à categoria de sujeito de direito. Pessoa, portanto, é o agente que possui direito e pode contrair obrigações. A classificação que ele adota divide-se em pessoas físicas e pessoas jurídicas.

Diferente da abordagem da primeira edição do texto *Sobre o valor jurídico do escravo romano*, cujo contexto brasileiro era o da escravidão, no livro de 1897, Clóvis é categórico em afirmar que no direito moderno todo homem é pessoa, tanto pela ótica jurídica quanto pela ética. Apesar de não mencionar mais a questão servil, um ponto em comum entre os dois escritos é a visão anacrônica dos institutos do direito romano. Clóvis compreende que o sujeito de direito moderno era o *civis* romano e o *quiris*, antes da Lei das XII Tábuas. Logo, se verifica que ele utiliza as lentes modernas para explicar ou comparar na cultura jurídica o passado e o presente. Essa imersão entre os tempos históricos é feito de modo involuntário.

No que diz respeito à condição jurídica do estrangeiro, Beviláqua estabelece classificações com base nas legislações civis dos países. Os lugares mais receptivos aos estrangeiros são aqueles que têm como fundamento o princípio geral da igualdade no direito privado. Dentre os Códigos modernos mais inclusivos ao estrangeiro, na visão de Beviláqua, destaca-se o Código Italiano de 1865 que dispõe em seu art. 3 que “*lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini.*”² Além da Itália, Beviláqua menciona na América Latina o Código Civil argentino (1869) e a Constituição da Venezuela (1881) que igualam os estrangeiros aos nacionais.

A Constituição Republicana brasileira de 1891 estaria no grupo dos países que estabelecem restrições aos estrangeiros, no aspecto civil, o Projeto de Coelho Rodrigues tinha a mesma linha do direito de reciprocidade que o Código Francês, logo a aquisição de direito dos estrangeiros estaria condicionada aos tratados estabelecidos entre os países. O Código Civil brasileiro de 1916, nessa matéria, é uma cópia do art. 3 do Código italiano, ao estabelecer que não há distinção entre nacional e estrangeiro no território brasileiro, Clóvis Beviláqua demonstra seu caráter universalista.

Ao comparar o direito romano e o direito moderno sobre a ótica da hospitalidade em relação à pessoa do estrangeiro, Beviláqua não está de acordo com as fontes históricas. Para ele, o estrangeiro em Roma era excluído do direito e da religião. Apenas em um determinado momento de desenvolvimento do comércio que houve a necessidade de consolidar a figura do *pretor peregrinus* para solucionar lides entre estrangeiros e nacionais. O direito moderno, em sua visão, encaminhava-se para uma completa igualdade de proteção do nacional e do estrangeiro.

Essa perspectiva de Beviláqua na história não se confirmou, uma vez que o direito burguês pautado no individualismo não propiciou um igualitarismo, pelo contrário “no projeto jurídico burguês, abstração e igualdade jurídica (ou seja, a possibilidade de igualdade de fato) são noções

² “O estrangeiro pode gozar dos direitos civis atribuídos aos cidadãos.” (Tradução livre)

constitucionais que fundamentam o mesmo projeto” (GROSSI, 2007, P. 105), mas que não se realizou.

A ideologia patrimonialista exaltada no Código francês influenciou não apenas a obra de Clóvis Beviláqua, mas fortaleceu os pilares do Código Civil brasileiro de 1916. Apesar da pouca influência da doutrina italiana no redator do Código do Brasil, é interessante seguir os rastros literários que aparecem, de forma secundária, nas *Lições de Legislação Comparada*. Em uma nota de rodapé, Beviláqua faz menção a obra *La nuova fase del diritto civile* do italiano Enrico Cimbali. Isso demonstra que ele era leitor e conhecia as teorias críticas do socialismo jurídico que faziam referência a desigualdade substancial cristaliza nas categorias abstratas do direito civil moderno como sujeito de direito, contrato e propriedade.

No entanto, Beviláqua parece não se identificar com essas análises que criticavam o individualismo, que apontavam a ausência dos fundamentos sociais em relação às leis civis. Para ele, as legislações modernas, sob o ponto de vista do direito comparado, fortaleceriam a igualdade dos indivíduos e que o modelo jurídico privatístico a ser disseminado era a doutrina francesa e a pandectista. Tanto que no decorrer do livro afirmava: “É a doutrina de Savigny que resolve todas as dificuldades” (BEVILAQUA, 1893, p. 47).

4 A CONTRIBUIÇÃO DOS JURISTAS ITALIANOS

Na segunda metade do século XX, houve um protagonismo das pesquisas de direito romano e direito comparado na Itália. Filippo Gallo realizou uma exegese da definição do jurisconsulto romano Celso “*ius est ars boni et aequi*” (o direito é a arte do bom e do justo). Segundo o autor italiano, esta definição é construída através da técnica gênero-espécie: *ars* (arte) representa o gênero e *boni et aequi* (bom e equo) a espécie. Através da noção do “direito como arte” (*ius est ars*), verifica-se a representação do direito na sua complexa dimensão fenomênica, como se vivenciava na experiência romana. Nessa leitura, o sintagma *bonum et aequum* integra-se e complementa-se, isto é, equivale a uma hendiade: o *bonum* alude a busca pela melhor solução na produção, interpretação e aplicação do direito e o *aequum* corresponde a igualdade proporcional.

A crítica realizada pelo romanista italiano é que a definição de Celso se perdeu na história em razão da *legum permutatio* de Justiniano³. Este imperador implementou uma mudança radical

³ Para Schipani, não há uma ruptura entre a concepção do direito de Celso e a adotada por Justiniano, pelo contrário, o modelo jurídico de Justiniano teria inserido como princípio irradiador do seu sistema jurídico a definição celsina de direito como bom e justo.

na concepção do direito mediante o método de compilação e condicionou a tradição romanista subsequente que passou a restringir a complexidade do direito romano ao que estava compilado no *Corpus Iuris*. Filippo Gallo menciona várias mudanças entre o direito romano antigo e o sistema de Justiniano, dos quais destacam-se: as leis deixam de ser expressão concreta da vontade do povo e passam a ter um aspecto imperial; os costumes (*moris*), que tinham a mesma importância das leis no direito romano arcaico, passam a limitação “*secundum legem*”; a eliminação da função da *iurisdictio* e a redução do juiz a boca da lei; além do mais, os juristas tornam-se funcionários imperiais e passam a reproduzir o conteúdo legislativo e doutrinal da *leges*.

A pesquisa realizada verificou pouca ênfase ao conceito celsino de direito e aos princípios gerais de equidade e boa fé. Até mesmo, o extenso *Curso de Direito Romano* de Abelardo Lobo não há nenhuma referência a concepção de Celso sobre o direito, apenas realiza uma exegese sobre os vários trechos do Digesto. Da mesma forma, os juristas brasileiros incorporaram no debate Parlamentar e nas Faculdades de Direito o aspecto legalista dos institutos e regras do direito privado romano. Nesse sentido, vários juristas se propunham a aproximar os institutos do direito romano à visão moderna. Sem compreender, o próprio paradoxo dessa pretensão. Isso nos leva a indagar sobre quão romano foi o direito romano nesse período no Brasil. A presente tese demonstrou que a visão cientificista presente na Faculdade de Direito do Recife influenciou a formação dos bacharéis, inclusive, Clóvis Beviláqua que no texto *Sobre o Valor jurídico do escravo romano*, considera o escravo como *res* e não como pessoa. Pois o conceito de pessoa, na visão moderna, não é considerado ser humano de carne e osso, mas representa uma categoria abstrata que equivale ao sujeito de direito.

A inclusão do direito romano e do direito comparado nos Cursos jurídicos do Brasil coincidiu com o contexto histórico de defesa da Codificação civil brasileira, o que pode sugerir a instrumentalização dessas áreas de conhecimento com esta finalidade. O uso moderno do direito romano propiciou que o *Corpus Iuris* e as formulações sobre o direito produzidas no período de Justiniano consolidassem uma noção uníssona do direito romano, deixando de lado os arquétipos e os conceitos do período arcaico e clássico. No debate sobre a condição jurídica dos escravos e nos *Pareceres* sobre o conceito de pessoa para definição no Código Civil brasileiro, o que é utilizado do direito romano são fragmentos isolados do Digesto, muitas vezes, mencionados para conferir eloquência ao discurso deixando de identificar os aspectos mais relevantes da concepção deste direito como sistema do bom e do justo.

O elemento da artificialidade na concepção do direito romano implica na produção do direito posto pelos homens e para os homens. O direito não estava afastado da realidade e dos problemas da sociedade. A riqueza das fontes romanas do período arcaico demonstram complexidade e distanciamento em relação a visão abstrata e sistemática dos modernos. O conceito de igualdade muito utilizado nas Constituições políticas e nas declarações burguesas de proteção aos direitos individuais se distanciava da *aequum* romana. Da mesma forma, é possível constatar uma mudança no papel do jurista, que na modernidade seria apenas de um burocrata que desempenha a atividade de dizer o que a lei diz, independente do seu conteúdo, sendo apenas um representante do Estado, instrumentalizado como a boca da lei, para dizer o que é lícito e ilícito. Diferente dessa perspectiva, no direito romano, o jurista exercia uma missão fundamental, tinha um papel de sacerdócio em relação à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo comparatista no Brasil, a partir das ressonâncias romanas, foi desenvolvido especialmente pelo pensamento de Clóvis Beviláqua. Nesse sentido, a América Latina contribuiu para as pesquisas jurídicas em sintonia com aquilo que era produzido na Europa.

A criação de cátedras de direito comparado no século XIX no continente europeu, com o destaque da Universidade de Paris em 1846 não foi uma inovação epistemológica exclusiva da França. “Na América Latina já na segunda metade do século XIX, foi reconhecida de forma definitiva ao direito comparado o caráter de um ramo autônomo das áreas jurídicas, possibilitando, desde então, um lugar singular nos currículos universitários e nas publicações especializadas sobre o tema” (ESBORRAZ, 2006, p. 7).

Entre os autores europeus que se destacaram neste contexto e contribuíram para a difusão dos estudos comparatistas estão Edouard Lambert, professor na Faculdade de Direito de Lyon, o espanhol Felipe Canizares e Harold Gutteridge que desenvolveu estudos sobre as finalidades e os métodos do direito comparado (COOKE GUTTERIDGE, 1954). Segundo René David, o direito comparado deveria ser visto como um instrumento essencial de cultura geral para o jurista, porque sem ele, assim como sem a história, não é possível chegar a conclusões que ultrapassam a porta do direito particular e não se pode encontrar a universalidade que postula toda verdadeira ciência (DAVID, 1950, p. 684).

Um aspecto inovador de Clóvis Beviláqua foi propor a inserção de um quarto grupo na classificação realizada por Ernest Glasson que dividia as legislações civis quanto à tradição jurídica em comum. O jurista francês considerava a ausência da influência romano-canônica nas leis civis da Inglaterra, Estados Unidos e Rússia. Por sua vez, as legislações de Portugal, Espanha, Itália tinham recepcionado o direito romano e o canônico formando um grupo ibero-americano. As legislações dos países da França, Alemanha, Bélgica e Suíça formavam um terceiro grupo.

Deslocando o olhar eurocêntrico sobre o sistema jurídico, Clóvis Beviláqua acrescenta um quarto grupo que corresponderia às legislações dos povos latino-americanos que tinha características próprias, por terem assimilado e sido influenciados por várias culturas jurídicas tanto a do colonizador, quanto interna das populações indígenas.

De certo modo, “esse destaque dado ao direito civil latino-americano era inovador. Até então os civilistas brasileiros não davam mostra de maior conhecimento das legislações civis latino-americanas já codificadas, nem, muito menos, da literatura jurídica desses países” (ALVES, 1996, p. 116). Segundo, Beviláqua:

“Necessário se faz que a esses seja aditado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latinoamericanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não podem logicamente incluir em qualquer das três categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes européas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições próprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente os francezes. E por desprender-se de paizes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas fraquezas em que a liberdade espraia-se mais larga” (BEVILÁQUA, 1893, p. 73).

A produção latino-americana sobre direito comparado possibilitou novos olhares para além da predominância eurocêntrica sobre o conhecimento jurídico. Além de Beviláqua, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Córdoba, Enrique Martínez Paz, publicou uma *Introducción al estudio del derecho civil comparado* em 1934 e desenvolveu uma perspectiva comunitarista na sua atuação política. O que demonstra certa originalidade dos juristas latino-americanos sobre estudos de direito comparado.

Esse método de verificar semelhanças e diferenças nas legislações civis dos povos percorreu de modo implícito as várias obras de Beviláqua. Tanto que o *Código Civil comentado* é a maior expressão do estudo comparado dos institutos jurídicos. Isso demonstra que o método comparatista estava presente seja de forma implícita seja de forma explícita no seu pensamento jurídico.

Luis Gásperi Vera y Aragón, jurista paraguaio e professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de Assunção afirmou pouco depois da publicação do Código Civil brasileiro que Clóvis Beviláqua era “*una de las más completas cabezas del derecho americano*” (DE GÁSPERI VERA Y ARAGÓN, 1918, p. 51). Embora tivesse realizado a defesa do Código Civil brasileiro, Clóvis Beviláqua, como um comparatista, compreendia que a legislação civil não devia ser analisada de forma isolada.

Nessa perspectiva, a elaboração de um Código tinha por fundamento também a aproximação e integração jurídica entre os países. Além de ampliar a proteção jurídica aos indivíduos, sem distingui-los entre nacionais e estrangeiros. O direito moderno, com reflexo no direito romano, serviria para reforçar os princípios da solidariedade e universalismo, na visão do jurista brasileiro.

Nesse aspecto, o direito privado comparado estava à frente do direito público no Brasil, pois a Constituição Republicana de 1891 não tratava com reciprocidade os outros povos latino-americano, não havia qualquer referência comum às outras Constituições políticas da América-Latina. Apenas com a Constituição de 1988, sob a perspectiva do constitucionalismo social, houve uma mudança de paradigma.

O tema foi inserido no art. 4, que dispôs que o Brasil seria regido nas suas relações internacionais pelos princípios da autodeterminação dos povos, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Com a finalidade de integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

No século XIX, Beviláqua identificava pontos comuns e defendia a unificação das legislações privadas dos povos latino-americanos. Na contemporaneidade, no entanto, ainda é um desafio jurídico a efetividade da comunidade latino-americana para além dos acordos econômicos, sobretudo, no que se refere ao direito público.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *Revistas e livros brasileiros: contribuições à unidade do direito latino-americano (direito romano - civil - comparado)*. Roma e America: Diritto Romano Comune, n. 1, p. 115-134, gen. 1996.

AUGUSTO, J. *Clóvis Beviláqua e a Faculdade de Direito do Recife*, 1959.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Resumo das Licções de Legislação Comparada sobre o Direito Privado*. Recife: Typographia de F. P. Boulitreau, 1893.



_____. *Aplicação do methodo comparativo ao estudo do Direito*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito. Vol1, n. 1, 1891

_____. *Unificação do direito privado*. Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores (anno de 1928). Vol. I (Introdução, exposição e anexo A). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929

CAMPELLO, Manoel Netto Carneiro. *Direito Romano*. Preleções Expeditas em aula. Rio de Janeiro, Vol 1, 1929.

CATALANO, Pierangelo. *Il concepito "soggetto di diritto secondo il sistema giuridico romano"*, Facoltà di Giurisprudenza Università di Roma 'La Sapienza'.

COOKE GUTTERIDGE, Harold. *El derecho comparado: introducción al método en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Institut de Derecho Comparado, 1954.

DAVID, René. *Le droit comparé enseignement de culture générale*. Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, a. 12, n. 4. out./dez. 1950

DE GÁSPERI VERA Y ARAGÓN, Luis Rolando. *El Código Civil brasileiro*. Revista Americana, v. 7, n. 4, jan. 1918.

ESBORRAZ, D.F. *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*. Roma e America. Diritto romano comune, 21, 2006.

GALLO, F. *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*. Torino, Giappichelli Editore, 2010.

GROSSI, Paulo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2. ed. rev. e atual. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas*, In: *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

_____. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

MEIRA, Silvio. *Romanismo e universalidade na obra de Clóvis Beviláqua*. Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, UFC, v. 30, n. 2, p. 25–32, jul./dez., 1989.

_____. *Clóvis Beviláqua. Sua vida. Sua Obra*. Edições Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 1990.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. Notas revistas por Eric Desmons. Tradução de Claudia Berliner. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Tradução de A. M. Hespanha, do original intitulado *Privatrechtsgeschichte Der Neuzeit Unter Besonderer Berücksichtigung Der Deutschen Entwicklung*, 2ª edição, Revista Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

ZIMMERMANN, Reinhard. *Direito romano e cultura europeia*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 7/ 2016.

_____. *Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University, 2006.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An Introduction to Comparative Law*, 3. ed. Oxford: Clarendon, 1998.

Sobre a autora:

Rose Dayanne Santos de Brito

Possui Doutorado em Direito pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Itália. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, com período cursado na Eberhard Karls Universität Tübingen, Alemanha.

Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Roma, Itália

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0130379934019601> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3757-7244>

E-mail: rose.dayanne@posgrad.ufsc.br