

CLÓVIS BEVILAQUA E A ESCOLA DO RECIFE

Judith Martins-Costa¹

Introdução. I.) Tobias, antecedente necessário. II.) Um culturalista ativo. O Código de 1916.



ão é possível compreender Clóvis Bevilaqua com abstração da Escola do Recife², o brilhante movimento intelectual que, centrado na Faculdade de Direito³, agitou aquela cidade a partir da década de 60 do século XIX, e que foi primeiramente poético, depois, crítico e filosófico e, por fim – mas não menos – jurídico, tendo deixado herança que se projeta ainda hoje no plano das mentalidades. Clóvis é filho dessa Escola, nela formatou o seu espírito, a sua modelagem intelectual. Foi tocado, profundamente por aquele “revoar de idéias” que, segundo Sylvio Romero, movimentou Recife desde 1870 e que, seguindo os trancos e barrancos da História, acabou por desa-

¹ Doutora e Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Foi Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde trabalhou com Direito Civil e Direito e Literatura. É Vice-Presidente do Instituto de Estudos Culturalistas - IEC.

² A denominação deve-se a Sylvio Romero, como relata Bevilaqua (BEVILAQUA, Clovis. História da faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 83).

³ Conforme a previsão da Lei de 11 de agosto de 1927 foram criados dois Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um em São Paulo, outro em Olinda. Este último foi efetivamente instalado em 15 de maio de 1828 no Mosteiro de São Bento, formando-se a primeira turma em 1832. Em 1854 o Decreto n. 1.836 deu novos Estatutos, constituindo os dois Cursos Jurídicos em Faculdades de Direito. Em 15 de outubro de 1854 o Curso, já como Faculdade, é transferido para Recife. (V. BEVILAQUA, Clovis. História da faculdade de Direito do Recife. I Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 41-108; VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, 101.

guar no culturalismo de Miguel Reale⁴. Seu pensamento acerca do Direito, as soluções que deu ao Código Civil de 1916 e a sua ação como professor – inclusive a escolha pela disciplina “Legislação Comparada” – estão definitivamente atados aos autores que leu. Portanto, a sua atividade como jurista tem o seu sentido aclarado, necessariamente, na moldura desenhada por esse quadro intelectual.

Até a década de 60 do século XIX nada mexera nas velhas idéias católicas e tomistas que davam o tom cultural e ideológico do ralo ambiente intelectual brasileiro, centrado, fortemente, desde o final dos anos 20, nas Faculdades de Direito de Recife e de São Paulo. Em 1862, no entanto, Recife foi tomada por um movimento poético, crítico e jurídico que não deixou nada passar em branco e que veio abalar fortemente – como disse Bevilaqua, ao traçar, em 1927, a História da Faculdade de Direito do Recife –, a “quietude da mentalidade despreocupada dos graves problemas da ciência, da filosofia e da política”⁵.

O abandonar da “quietude da mentalidade” e a conseqüente virada da atenção (ainda que incipiente) das alturas do idealismo abstratizante ao chão mais duro da realidade brasilei-

⁴ A denominação “culturalismo” deve-se a Miguel Reale, conforme registra Antonio Paim. (in: PAIM, Antonio. *A Escola do Recife. Estudos Complementares à História das Idéias Filosóficas no Brasil*. Vol. V., 3ª ed., Londrina, UEL, 1999, Prefácio da Segunda Edição, p. Xii). A ligação entre o movimento recifense e a filosofia de Reale é afirmada pelo próprio, ao situar um seu estudo apresentado em 1950 ao I Congresso Brasileiro de Filosofia sobre o culturalismo na Escola do Recife como origem de desdobramento “em vários sentidos, até o ponto de dar origem ao ‘culturalismo’ talvez a única corrente filosófica brasileira constituída na imanência de nossas circunstâncias, não obstante estar vinculada a múltiplas fontes do pensamento europeu (...)”. Cf. in: REALE, Miguel. *Tobias Barreto, pioneiro do culturalismo. Figuras da Inteligência Brasileira*, 2ª. Ed., São Paulo Siciliano, 1994, p.51.

⁵ BEVILAQUA, Clovis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 97.

ra tem, assim, nome, data, identidade e espaço geográfico. E tem, também, descendência. A Escola do Recife pontua, no campo das mentalidades, a diferença entre dois modelos de pensamento, dois modos de compreender, ensinar e fazer o Direito: um modelo marcado pela acentuada ligação entre Direito e Poder Político, cujo epígono poderia ser Pimenta Bueno, o prestigiado Marquês do Império, defensor do Poder Moderador -, e outro, o modelo recifense, ou culturalista (que, paradoxalmente, terá em Miguel Reale, professor da Faculdade de Direito paulista o seu principal continuador no séc. XX), cujo epígono é Tobias Barreto, mulato permanentemente crítico aos ouropéis do estamento que frequentou apenas pelas bordas. Portanto, antes de Clóvis vem Tobias. Para entender um, temos que iniciar pelo outro.

I). TOBIAS, ANTECEDENTE NECESSÁRIO

Mente inquieta, Tobias foi do espiritualismo ao positivismo (onde pouco se deteve⁶) e trouxe para as discussões acadêmicas os autores alemães, dentre eles von Jhering – pronunciando este nome pela primeira vez no país, como anotará Bevilaqua⁷. Seu impacto foi imenso, marcando a chegada à Academia de uma diversa compostura, traduzida no famoso *Discurso em Mangas de Camisa*⁸ cujo valor metafórico destacou Gláucio Veiga dando conta do significado da metáfora ser maior, naquele mundo de fraques e de cartolas, que próprio o texto⁹.

⁶ BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 98.

⁷ BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 101.

⁸ BARRETTO DE MENESES, Tobias. Um Discurso em Mangas de Camisa. Ora in: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ub000029.pdf> Acesso em 28 de agosto de 2009.

⁹ VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife.

Impactado por sua força intelectual Clovis dirá que dali veio “uma nova luz”, alavancada, talvez, pela reprovação de Tobias Barreto na defesa da tese de doutoramento, em 1873 - em que declarou a “morte da metafísica” e chamou a banca de “corja de ignorantes”¹⁰ - e pelo concurso que fez em 1882 para o ingresso como lente (professor) da Faculdade. Estes acontecimentos marcaram, segundo Clóvis, um “divisor de águas” entre as velhas idéias católicas e tomistas e a liberdade do pensar autônomo¹¹, entre a “antiga” e a “nova” concepção do Direito¹².

Naqueles subversivos anos recifenses, percebeu o professor Gláucio Veiga, “a ciência em tudo penetrou”¹³: na Crítica, com Sylvio Romero; na História, com Capistrano de Abreu e Martins Júnior; na Filosofia e no Direito, com Tobias Barreto. Este último, conquanto mais ensaísta que filósofo, foi o líder, o eixo em torno do qual tudo se movimentava, a energia de onde fluíam as leituras, os autores que vinham fazer a cabeça da estudantada. É reconhecido ao seu germanismo o ter preservado o Norte e o Nordeste do estreito positivismo que por tanto tempo dominou outras regiões e escolas¹⁴.

Agitando idéias, demolindo construções antiquadas, percorrendo domínios vários do pensamento foi (como ainda ano-

Vol. VIII. Recife, 1997, p.67.

¹⁰ BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. I Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 212-214.

¹¹ BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 98.

¹² BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 102.

¹³ VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p.12. Também MEIRA, Silvio. Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra. Ed. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 1990 p.54 e ss.

¹⁴ Assim a opinião de Virgílio de Sá pereira referida por Beviláqua, em: BEVILAQUA, Clovis. História da Faculdade de Direito do Recife. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p.105

tou Gláucio Veiga) o primeiro “ilustrado” no processo da Ilustração Brasileira¹⁵ contribuindo para que se ousasse “pensar dessassombradamente”, “pensar com audácia”, “pensar por si mesmo, emancipado das autoridades e dos cânones”¹⁶. Mais ainda, esse jurista estranhamente avesso ao Poder Político sempre tão próximo dos bacharéis em Direito foi o primeiro a “pensar a rua”¹⁷ nesse país onde até hoje, nas Faculdades de Direito, os problemas do Brasil real costumam a entrar, sendo comum discorrer, nas aulas de História do Direito, ou sobre monumentos de papiro e de pedra, ou sobre monumentos humanos, os “grandes vultos” - desde que, naturalmente, sejam eles deslocados de uma perspectiva crítica que jogue luz, por exemplo, ao seu papel legitimador dos fossos entre a doutrina e a prática social do Direito, ou sobre as saídas autoritárias que os “grandes vultos” habitualmente oferecem aos governantes, por vezes contrariando, de modo direto, as suas belas construções teóricas.

Na contracorrente dessa nossa infeliz invariante histórica, Tobias valorizava o cotidiano, as miudezas do dia-a-dia, os interstícios entre a sombra e a luz, percebendo na rua não apenas a via urbana, mas o cenário, por excelência, dos conflitos e acontecimentos típicos da vida civil onde está a “poesia de verdade” e não a “versalhada” dos salões burgueses¹⁸. Sua atitude

¹⁵ VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p. 47.

¹⁶ VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p. 15

¹⁷ VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p. 47

¹⁸ Como escreveu Sylvio Romero, seu mais brilhante discípulo, à Coelho Neto: “toda essa versalhada que por aí anda não vale o cante de um boiadeiro. Se vocês querem poesia, mas poesia de verdade, entrem no povo, metam-se por aí, por esses rincões... poesia é no povo. (Transcrito por CAMPOS, Humberto de. Antologia da Academia Brasileira de Letras. José Olympio, Rio, 1935, p. 170. *Apud* VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p. 45).

foi o arriete que começou a fraturar, ainda que em pequeníssimas frestas, a rigidez da ordem estamental que muito tempo depois Raymundo Faoro radiografou.

Na Faculdade Tobias batia firme e forte contra o Direito Natural que tem como pressuposto a existência de uma essência em certos princípios e institutos jurídicos, pensamento que, sendo ahistórico, mostra-se adequado a rechaçar a luta pela transformação social. Numa passagem que até hoje devemos repetir, dizia: “É preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”¹⁹.

Clóvis endossou essa lição. Em 1927, dirá, taxativamente: “não há, portanto, direito natural”²⁰. E antes, em 1897, também mostrando o quanto rejeitava o Jusnaturalismo então dominante pela via da Escolástica, diz, com todas as letras, que o justo é condicionado pelo tempo e que a própria idéia do que é justo “longe de ser inata, resulta do exercício e do estudo”²¹.

Assim, a partir de Tobias, e apesar de suas contradições (esse mulato de lábios grossos que não combateu a escravidão, esse “homem que olhava para a rua”, mas mais cuidou de investigar o pensamento germânico que elaborar qualquer “teoria do Brasil”) inicia-se, segundo Gláucio Veiga, a desarticulação do “texto único” tramado pelo enlace – com sabor brasileiro – entre a Escolástica tomista e a dogmática coimbrã, começando, então, a surgir os ‘plurais’, os outros textos e contextos a mere-

¹⁹ BARRETO, Tobias. *Idéia do Direito*. Ora *in*: *Estudos de Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1951, P. 168-169. Clóvis Bevilacqua, que transcreve essa passagem, afirma que “a campanha que Tobias dirigiu contra o direito natural constitui uma das partes mais brilhantes da sua obra”. (BEVILAQUA, Clovis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p. 108).

²⁰ BEVILAQUA, Clovis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. II Volume. Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1927, p.109.

²¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 4. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

cerem lida²².

É na trama traçada entre o texto único, típico da rigidez estamental, e esses outros textos e contextos trazidos por Tobias que está situado Clóvis Bevilaqua.

II). UM CULTURALISTA ATIVO

Embora abolicionista, republicano e casado com uma mulher que à época quase poderia ser tido por feminista (pois Amélia Freitas Bevilaqua era muito culta, escritora, inclusive tendo fundado duas revistas literárias²³) Clóvis não foi um “homem da rua”, nem por origem social (embora fosse filho natural, filho de padre, como era tão comum²⁴) nem por temperamento (ao contrário de Tobias era calmo, retraído, to²⁵). Contudo, com ele partilhou da inquietação sobre a função

²² Fala em “texto único” Gláucio Veiga, afirmando: “Toda a tarefa para desmonte da Ordem Estamental é revelar que não há texto, porém, outros textos merecendo lida (...) A partir de Tobias inicia-se a desarticulação do Texto, começam surgindo os ‘plurais’, a cultura deixa de ser universitariamente exclusiva e ingressamos na crise de falta de identidade”. (VEIGA, Gláucio. História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife. Vol. VIII. Recife, 1997, p. 46 e 47).

²³ Amélia de Freitas Bevilaqua fundou uma revista literária em Pernambuco, e, juntamente com Clóvis, a Revista “Ciências e Letras”, no Rio de Janeiro, em que colaboraram grandes intelectuais, como Jackson de Figueiredo, Farias Brito, Sylvio Romero e outros (assim informa MEIRA, Silvio. Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra. Ed. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 1990 p. 20)

²⁴ Sobre as origens familiares e a infância ver: MEIRA, Silvio. Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra. Ed. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 1990 p. 23-47.

²⁵ Em discurso proferido em homenagem a Pontes de Miranda, em 26 de fevereiro de 1923, no Rio de Janeiro, Clóvis assim se auto-descreverá: “É do meu feitio conservar-me na planície, entre árvores discretas, que benevolmente dissimulem a minha já de si apagada individualidade, e daí contemplar, como simples espectador interessado, a corrente social, a rolar as águas profundas, ora revoltas, turvas, espumantes, ora na tranquilidade

social do Direito, com ele dividiu aquela que, para o Direito, é a grande contribuição ideológica da Escola do Recife: o modo de perspectivar o Direito como um produto cultural, atado ao entorno cultural em que produzido, cuja função é balizar forças sociais, harmonizando-as segundo dados da experiência e conforme princípios e instituições cujo valor e eficácia é sempre cultural e contextualmente posto, razão pela qual ao denominar, nos meados do século XX, o seu pensamento como “culturalista”, Miguel Reale ligou-o ao da Escola do Recife²⁶.

Conquanto tenha sido na juventude um cultor de Auguste Comte, Bevilacqua não se limitou ao positivismo comtiano²⁷. Quem dali o arrancou foi, de um lado, seu próprio amadurecimento e, de outro, novamente, Tobias, ao falar em Jhering e em Herman Post, de modo que, numa análise integral da obra (e, não apenas de posições da juventude) pode-se falar em “positivismo” de Clóvis como contraposição ao Jusnaturalismo, mas não como positivismo legalista nem como um sociologismo fechado – tanto assim que, mais tarde, chegou a falar em “metaempírica”²⁸.

plácida dos espetáculos grandiosos”. (In: BEVILAQUA, C., e SORIANO NETO. Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955). Rio de Janeiro, Borsói, 1956, p.5.) Em outra passagem, transcrita por Silvio Meira declarava detestar “as exibições espetaculosas das pretensiosidades tufadas”(in: MEIRA, Silvio. Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra. Ed. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 1990 p. 69).

²⁶ O culturalismo é a corrente do pensamento que se utiliza da noção ‘cultura’ como um paradigma central e decisivo, como explica Gerson Branco em: O Culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil, ensaio integrante de: MARTINS-COSTA, Judith, e BRANCO, Gerson. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 2 e ss.

²⁷ Embora tenha, mesmo na maturidade, citado o positivista francês, como ocorre na Exposição que faz do seu Projeto de Código Civil, ao acentuar a relevância dos deveres individuais. (Vide Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro. In: Código Civil Brasileiro. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 13.

²⁸ BEVILAQUA, Clóvis. Juristas Filósofos. Ed. José Luis da Fonseca Ma-

Em “Juristas Filósofos”²⁹, de 1897, revela Clóvis toda a força que o pensamento daqueles dois pensadores alemães, Jhering e Post, haviam tido sobre a Escola do Recife e as suas próprias concepções. Eles eram “as duas principais feições científicas da ciência contemporânea”³⁰ tendo encontrado reflexo e cor local em Tobias e em Sylvio Romero. Desde o prefácio até a escolha dos autores estudados, espelha-se a preocupação intelectual de Bevilaqua quanto à própria “entidade” do Direito, as suas formas e finalidades, suas raízes fundas na experiência social, sua condicionalidade espacial e temporal. Diz de von Jhering, que lera em 1881, quando cursava o quarto ano da Faculdade³¹ ter sido o jurista que lhe fornecera a solução “a muito procurada infrutiferamente ao problema do direito como fenomeno social e como conceito philosophico”³². Essa solu-

galhões, Salvador, 1897, p. 79. Aludindo às categorias do interesse e da finalidade, tais quais elaboradas por von Jhering, afirma que a ninguém deve assustar “a teleologia que entra na construção jurídica de Jhering”. A finalidade, afirma, não é metafísica disfarçada, sendo o fim ali abrigado nem divino nem individual, mas o fim da sociedade. Em outra passagem, aludindo à obra de Post, afirma ser possível “lançar uma ponte”, uma ‘inferência lógica’ entre duas forças que atuam no Direito, o movimento e o sentimento, acrescentando: “Por mim, não teria escrúpulo de lançar a ponte de uma inferência lógica sobre esses dois domínios, embora penetrasse no campo que não é propriamente da experiência e da observação, mas que o margina em íntima contiguidade. Não nos é permitido afastar completamente, não direi a metaphysica, mas esse quer que seja além do puramente experimental, a que se dá o nome de metaempírica” (p. 93). (Acessível em www.dominiopublico.gov.br).

²⁹ BEVILAQUA, Clóvis. Juristas Filósofos. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁰ BEVILAQUA, Clóvis. Juristas Filósofos. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, Prefácio. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³¹ BEVILAQUA, Clóvis. Juristas Filósofos. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 61. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³² BEVILAQUA, Clóvis. Juristas Filósofos. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 62. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

ção estava em considerar o Direito, sociologicamente, como o organismo coletivo da liberdade humana passível de apreciação por meio de sua “anatomia” e de sua “fisiologia” (na época, imperavam as metáforas biológicas).

A “anatomia jurídica” estudava os seus elementos, isto é, os institutos, compostos por agregados sistemáticos de normas, algumas expressas, outras “latentes”; a sua “fisiologia” estudaria o organismo jurídico na sua função, que se manifesta “por sua realizabilidade³³”. Já a sua finalidade (demonstrando o aspecto filosófico do Direito) estava em assegurar as condições da existência social por meio da combinação entre a balança e a espada – assim, o fim não é um fim super-humano, não é um fim divino, mas o fim da sociedade, não tendo nada de obscuro ou misterioso. “São as condições da vida da sociedade, condições que variam com os tempos e os lugares³⁴” e que estão, portanto, imersas na cultura.

Esse mesmo viés vem reforçado na leitura que Bevilacqua faz de Hermann Post, um jurista-filósofo que elaborara um método para o Direito inspirado na Teoria da Linguagem que, à época, aproximava os idiomas por sua inserção em grandes grupos, as ‘famílias’, indo até a sua origem, aos seus enraizamentos biológicos.

Consequentemente, para compreender o fenômeno jurídico, que pertence ao grupo do conhecimento sociológico, seria necessário remontar aos seus enraizamentos biológicos, focados no instinto de conservação e o de reprodução, de onde resulta a luta pela existência social³⁵. Há, assim, uma base bioló-

³³ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 70. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 78 e 79. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 78 e 96-97. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

gica comum a todos os sistemas jurídicos. Depois vêm as diferenciações, derivadas das necessidades sociais, da História, da “alma coletiva” encontrável em cada “agregado social” que vai gerar o que hoje alguns filósofos chamariam de “regra de reconhecimento”, isto é: aquilo que cada membro do conjunto social reconhece como “o direito na sua qualidade de injunção social, não como o precipitado de idéias ou sentimentos individuais”, porém como “o precipitado da consciência jurídica” de um determinado grupo social³⁶.

Essa percepção social do que é o Direito, dizem Post e Beviláqua, não é “inata”, pois o Direito é um fenômeno social. Trata-se de uma aquisição³⁷ ou, como complementa Clóvis – de uma *adaptação*, que nasce de fatores biológicos, mas se vai, dia a dia, aguçando, reforçando, por “agregações lentas, como esses depósitos coralinos que se transformam em rochas e em ilhas”³⁸ “sob o estímulo constante do meio social”³⁹. Assim, a Ciência do Direito deveria abranger, necessariamente, as duas faces pelas quais se externa a vida jurídica: uma delas traduzida pelos vários modos de externalização das percepções dos indivíduos na vida social; outra, na objetivação dessas percepções nas leis, nos costumes, nos códigos⁴⁰.

As categorias jurídicas, desde esta perspectiva, não configuram, portanto, meras estruturas lógicas, “entes ideais ou abstratos que nos dão apenas os esquemas formais ou os parâmetros de referibilidade entre o mundo das normas e o dos fa-

³⁶ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p. 98. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁷ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p.99. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p.100. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

³⁹ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p.99. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

⁴⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Juristas Filósofos*. Ed. José Luis da Fonseca Magalhães, Salvador, 1897, p.101. Acessível em www.dominiopublico.gov.br

tos e valores”⁴¹. Como diria, anos mais tarde, um outro culturalista, Miguel Reale, os modelos jurídicos, sendo configurados no desenrolar do “processo experiencial⁴²” de que é tecido o Ordenamento nas durações do tempo, são dotados de “irrenunciável historicidade” tendo valor dogmático na medida em que não reduzidos a ser meros elementos cognoscitivos, antes se apresentando como *elementos constitutivos* da própria experiência jurídica⁴³.

Já feito e em vigor o Código Civil, num discurso em homenagem a um outro grande estudante da Faculdade do Recife, Pontes de Miranda, Clóvis depõe sobre os objetivos que, trinta ou quarenta anos antes, moviam os participantes da Escola. Relata o antigo sonho de dar ao Direito “feição científica” como “expressão do equilíbrio instável das energias sociais”, sendo o Direito um “caso particular da força que move o universo” e dá conta do método para tanto empregado: fazendo da história e da comparação o seu laboratório aqueles jovens procuravam nos fatos, isto é, na experiência social concreta, e não na metafísica, “os elementos constitutivos do Direito, em sua universalidade determinada pela estrutura social e pela natureza humana, dados irredutíveis, e nas modificações trazidas pelas condições telúricas, étnicas e históricas”. A lei (no sentido formal, de texto votado pelo Legislativo) tinha, assim, um valor relativo, quase que um valor de “símbolo”, como queria Pontes de Miranda⁴⁴. Não encerrava, de modo algum, todo o universo

⁴¹ REALE, Miguel. Vida e Morte dos Modelos Jurídicos. In: Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 169.

⁴² REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 44.

⁴³ REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 45.

⁴⁴ Embora não endosse esta opinião de Pontes, Clóvis não a ataca – considere-a, apenas “mais radical” que a sua própria opinião. Compartem, todavia, a idéia de a lei ser “forma do direito ao lado de outras”. (BEVILAQUA, C.; e SORIANO NETO. Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955). Rio de

das normas jurídicas sendo, por isso, uma forma incompleta, imperfeita de tradução das relações sociais organizadas pelo Direito. Por isso, dizia Clóvis, o próprio Código Civil, então muito jovem, não podia desconhecer as suas próprias lacunas, para cujo preenchimento “só havia um meio”: conhecer as relações sociais em jogo “e delas colher a regra jurídica latente na vida coletiva⁴⁵”. Era dever do jurista – doutrinador, juiz ou legislador – encontrar o Direito na “nebulosa social e dar-lhe forma de preceito regulador das relações humanas⁴⁶”, cabendo-lhes, para isso, mergulhar na experiência social concreta em toda a sua complexidade e dinamismo⁴⁷.

Nesse texto Clóvis dá uma pista sobre um possível traço culturalista mesmo na sua atividade como codificador, o que significa aludir ao Código *intencionado* pelo autor do Projeto, sendo muito diferente de dizer: o Código aprovado pelo Parlamento e, principalmente, o Código intelectualmente *construído*, nos anos subsequentes, pelos seus intérpretes. Porém, mesmo que exista esse traço no Código de Bevilacqua, a influência da Escola do Recife, circunscrita, como *formação de mentalidade*, aos que haviam estudado em Recife (em sua grande maioria homens do Norte e do Nordeste, com algumas pontuais reverberações em Faculdades Livres que começaram a aparecer por volta de 1900, como é o caso da Faculdade Livre de Porto Alegre, hoje Faculdade de Direito da UFRGS), viu-se drasticamente corroída no momento mesmo em que o

Janeiro, Borsó, 1956, p.6).

⁴⁵ BEVILAQUA, C.; e SORIANO NETO. Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955). Rio de Janeiro, Borsó, 1956, p.7.

⁴⁶ BEVILAQUA, C.; e SORIANO NETO. Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955). Rio de Janeiro, Borsó, 1956, p. 8.

⁴⁷ In verbis: “(...) faz-se necessário conhecer a matéria e o movimento, a natureza e a vida, o homem com a sua psicologia e a sociedade com a sua organização e a sua história” (In: BEVILAQUA, C; e SORIANO NETO. Dois Discursos sobre um Jurista (1923-1955). Rio de Janeiro, Borsó, 1956, p.8).

Código entrou em vigor, passando a ser interpretado por outros olhos, embebidos que haviam sido em outras fontes intelectuais: como Bevilacqua bem sabia, o “seu” Código só poderia ser revelador da anatomia, mas não da fisiologia do Direito. E, essa, não mais dependia dele.

O que dependeu de Clóvis Beviláqua, de sua formação intelectual e de sua própria personalidade foi feito e está expresso na “anatomia” do Código de 1916. Darei dois exemplos: a estrutura do Código, e algumas de suas soluções práticas.

III) O CÓDIGO DE 1916

A estrutura do Código Civil de 1916 obedece ao chamado “plano germânico” e não ao “plano francês” que marca todos os demais códigos civis latino-americanos. Na estrutura francesa, o Código é antecedido por um Título Preliminar e dividido em três livros, segundo a vetusta classificação de Gaio – Pessoas, Coisas e Ações. Na estrutura germânica, que é devida à elaboração científica da Pandectística alemã do século XIX, há uma Parte Geral (contendo tudo o que é geral a todos os “ramos” do Direito, isto é, as suas categorias mais abstratas e gerais), seguida de uma Parte Especial, composta por quatro Livros que tratam dos diferentes aspectos do Direito Civil: as relações obrigacionais, abrangendo todas as fontes pelas quais nascem direitos de crédito e deveres jurídicos obrigacionais; as relações reais, isto é, de Direito Real, como a posse e a propriedade; as relações familiares e o fenômeno sucessório. Ora, sistematizar o Código de uma ou de outra maneira não é uma tarefa arbitrária e sem consequências ideológicas e práticas⁴⁸.

⁴⁸ Assegura Octavian Ionescu que o fato de a parte introdutiva dos códigos civis ser estruturada ou sob a forma sintética de um título ou livro preliminar ou sob a forma desenvolvida de uma parte geral não significa uma questão de mera técnica legislativa, comportando, ao revés, implicações de ordem científica e, em consequência, problemas de ordem teórica e prática que traçam, uns e outros, evidentes concepções de sistema. A parte introdu-

Num caso (o plano francês) o sistema se tem como necessariamente “fechado”, isto é, os acréscimos terão que vir por meio de inovações legislativas, sendo apenas um método classificatório; noutro (o plano germânico) o sistema permite mais facilmente o acréscimo por via da construção dogmática pois, a Parte Geral correspondendo “ao que na matemática vem antes do parêntese”⁴⁹, permite derivações lógico-dedutivas e, se dotada de cláusulas gerais (como no vigente Código Civil) pode também ser permanentemente atualizado por meio da atividade jurisprudencial e doutrinária, uma vez que as categorias da Parte Geral têm o seu significado construído e reelaborado pela Ciência Jurídica.

Essa forma de sistematizar não derivou de uma cópia de Clóvis ao Código Civil Alemão, que entrara em vigor em 1900. Já havia sido pensada por Teixeira de Freitas, décadas antes⁵⁰.

tória, se posta em um título preliminar sintético, como a do Código Civil francês, assegura um método próprio de tratamento do conteúdo das demais partes em que estruturado, porque, ao se recusar a dispor acerca das categorias nucleares do direito privado – como ocorre com os códigos que contêm uma Parte Geral, ao modelo alemão ou brasileiro –, recusa a noção de sistema enquanto encadeamento lógico-dedutivo, vale dizer, um sistema estruturado em categorias abstratas centrais, tais como a dos atos jurídicos, a do direito subjetivo e as das nulidades. O sistema, aí, será identificado apenas ao método de organização das matérias componentes do direito privado. (IONESCU, Octavian. *Le problème de la partie introductive du Code Civil*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1967, n. 3, p. 579).

⁴⁹ A expressão é de HATTENHAUER, Hans. *Los fundamentos histórico-ideológicos del derecho alemán*. Trad. Miguel Izquierdo Macias Picaeva. Madrid: Edersa, 1981, p. 55.

⁵⁰ A adoção do plano germânico antecede a Comissão Elaboradora e 1889. Já havia sido proposta por Lafayette em 1882 e defendida, ainda antes, por Teixeira de Freitas, no Esboço, de 1869-1865, de modo que alguns autores, como Raoul de la Grasserie, que traduziu o BGB para o idioma francês, considera Teixeira de Freitas “influenciador” do próprio Código alemão, como relata Silvio Meira (MEIRA, Silvio. *Clóvis Beviláqua. Sua Vida. Sua Obra*. Ed. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 1990 p 144). Sobre a concepção de sistema em Teixeira de Freitas e em Clóvis Beviláqua, permi-

E aqui ressaltam mais outros traços da personalidade de Beviláqua: a modéstia e o espírito científico que consiste em saber reconhecer o quanto se deve ao trabalho dos predecessores, isto é, como a atividade intelectual é formada pela troca, pelo diálogo mudo, silencioso, com os mortos e com os vivos. Num texto fundamental para compreender o seu trabalho – “Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro”⁵¹ – afirma ter erigido o seu Projeto sobre a experiência acumulada dos Projetos anteriores, principalmente o Esboço de Teixeira de Freitas e o Projeto de Coelho Rodrigues (“mais seguidamente este que aquele”)⁵². Mais ainda: sabia que o seu Projeto, transformado em Código, não era um monumento para a eternidade, que não era imutável e, de certa forma, já previa a descodificação que veio a ser objeto da atenção doutrinária nos anos 70 do séc. XX⁵³.

Quanto à disciplina que lecionava, “Legislação Comparada”, certamente também teve o seu peso na concepção de várias soluções do Código Civil. Embora não devamos confun-

to-me reenviar a MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999 e em: “*O sistema na Codificação Civil Brasileira – de Leibniz a Teixeira de Freitas*”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS vol. 17, Porto Alegre, 1999, p. 189.

⁵¹ In: Código Civil Brasileiro. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, pp. 9-34.

⁵² BEVILAQUA, Clovis. Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro. In: Código Civil Brasileiro. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 17.

⁵³ Explicando a razão pela qual não unificara as obrigações civis e comerciais afirma: “Ainda do agregado geral do Direito Privado se hão de desprender e integrar outros grupos de normas que, por seu desenvolvimento e por sua progressiva especialização, não poderão mais ser comportados no âmbito do Direito Commum. Já se anuncia alguma cousa de semelhante por parte dos appellidados direitos intellectuaes. Mas é inutil e perigoso dar às nossas previsões e conjecturas o valor de realidades colhidas pela observação” (BEVILAQUA, Clovis. Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro. In: Código Civil Brasileiro. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 24).

dir essa disciplina tal qual deveria ter sido lecionada nos finais do séc. XIX com a atual cadeira de “Direito Comparado” (até porque o Direito Comparado nasce, como método, em 1900, na França⁵⁴, tendo recebido, durante o séc. XX imensas modificações que levam hoje, a se falar na “análise diferencial das jurisculturas⁵⁵”), o certo é que o Código Civil de 1916 é peculiariizado em relação aos seus congêneres por não ser uma mera cópia de outros, mas um receptáculo, bastante consistente, de tradições e de inovações. Tradições luso-brasileiras, bem entendido, e inovações que vinham do que de moderno havia à época nas legislações estrangeiras, como o Código português de 1867; os projetos alemães (pois o BGB não havia ainda entrado em vigor); a Lei Suíça de 1881; o Código Argentino; o BGB austríaco e, naturalmente, o Código Civil francês, que fora o grande paradigma do séc. XIX⁵⁶. Dentre outras soluções que lhes foram inspiradas pelo Direito estrangeiro está o regramento da então nova proteção ao Direito Autoral, inclusive a proteção aos direitos extrapatrimoniais do autor⁵⁷. Há, ainda, a influência da doutrina germânica, como a concepção da pos-

⁵⁴ Vide, exemplificativamente: JAMIN, Christophe. Le Vieux Rêve de Saïlles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès International de Droit Comparé de Paris. In: *Revue Internationale de Droit Comparé*. N. 4, oct-dez. 2000, pp. 733 751.

⁵⁵ A expressão é de LEGRAND, Pierre. Sur l'analyse différentielle des juriscultures. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 1999. pp. 1053-1071.

⁵⁶ Para a quantificação das fontes, v. PONTES DE MIRANDA, F.C. *Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 93.

⁵⁷ Observava Bevilacqua: “Restringir o domínio, mesmo do Direito Privado, aos bens materiais, ao elemento econômico, é deixar de fora de sua accção uma bela porção da actividade humana, um grupo considerável de interesses, que nem sempre se podem ajustar à idéia de preço, de consumo ou de troca” (BEVILAQUA, Clovis. *Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro*. In: *Código Civil Brasileiro*. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 21).

se, que vem de Jhering. Nessas soluções e em muitas outras há, certamente, o dedo do Beviláqua-comparatista que havia escrito um livro em 1893 (“Lições de Legislação Comparada Sobre o Direito Privado”) justamente para utilizar na nova disciplina do curso jurídico criada pela República. Estudioso incansável e meticuloso, estava a par do que de atual havia. Porém, não transladou o Direito estrangeiro para o seu Projeto de forma acrítica, como macaquice intelectual reverente ao estrangeirismo, da forma como tantas vezes o Direito de outros países é ainda hoje usado entre nós - mero argumento de autoridade. Pontes de Miranda, que não se celebrou exatamente por fazer elogios fáceis, reconhece a Bevilaqua o mérito de ter constituído “algo de nacional, de característico, a despeito do cosmopolitismo inerente às construções de feição universitário, nos povos novos”⁵⁸.

É certo, porém que, feito, analisado, votado e aprovado por homens do Estamento, por pessoas que, em grande parte, haviam passado pelas Faculdades de Direito – essas estruturas que, no dizer de Gláucio Veiga⁵⁹, sempre contribuíam para legalizar e jurisdicizar toda a nossa trágica estrutura de violência social e de autoritarismo - o Código Civil não esconde as suas marcas conservadoras e estamentais, acentuadas, aliás, no Parlamento, onde deputados e senadores ultramontanos não deram tréguas às soluções mais liberais que haviam sido acolhidas por Bevilaqua, como, exemplificativamente, no que concerne ao Direito das Obrigações, o acolhimento da lesão, excluída, depois, na Câmara; ou a melhor condição jurídica conferida à mulher e uma pequena brecha para o divórcio, possibilitando a dissolução do casamento quando o divórcio tivesse sido legalmente efetivado no Exterior, de acordo com a lei pes-

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, F.C. *Fontes e Evolução do Direito Civil brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 91.

⁵⁹ VEIGA, Gláucio. *História das Idéias da Faculdade de Direito do Recife*. Vol. V. Recife, 1988, p. 135.

soal dos cônjuges, no que também o Parlamento retrocederá.

Por evidente que, visto retrospectivamente, é um Código individualista, tendo ainda como lindes a autonomia da vontade concebida ao modo oitocentista e a noção de igualdade formal entre os cidadãos. Desde o século XIX grandes pensadores, como Freud e Marx estavam pondo a nu as circunstancialidades constritoras da liberdade, como as impotências econômicas e as prisões sutis do psiquismo que, no séc. XX, vieram transformar as noções de igualdade e autonomia também no Direito Privado. Defende-se Bevilaqua com a opinião de Gianturco, jurista e socialista italiano dos finais do séc. XIX, dizendo ser preciso discernir entre o individualismo “abstrato e desorgânico” e aquele integrado aos fins do Estado. Mesmo aí, embora tivesse sido ferrenho abolicionista, não pensou, porém, que os negros, recém libertos, analfabetos, sub-empregados, atirados à margem do Estamento, eram os grandes “sujeitos vulneráveis”, como se diria hoje e consagrou a unitariedade da categoria de sujeito de direito. Diz, ainda, não caber aos Códigos os “aventurosos trânsitos por senhas mal desbravadas”, sendo seu trabalho depurar, condensar, enfeixar e sistematizar o que já está assentado, sendo, por natureza, conservador. Numa passagem notável pela clareza com que transmite a sua concepção, afirma caber ao codificador eliminar o que se tornou obsoleto e abrir espaço às novas concepções. Quando essas já foram aceitas pela sociedade, deve cercar-las de proteção para que se possam desenvolver. Quando ainda estão vacilantes, mal definidas, não cabe “injetar seiva” naquelas que não têm – ou ainda não têm – força, por si, de vir a vicejar na sociedade⁶⁰.

⁶⁰ In verbis: “As codificações sempre foram mais trabalho de depuração, de condensação, de enfeixamento, de classificação, de methodização, do que aventureiros transitos por sendas mal desbravadas. Em relação às regras jurídicas, que se tornaram vetustas, obsoletas, o codificador e o consolidador assumem a mesma posição, usando ambas do processo da eliminação. Em frente às novas formulações, ou estas já rasgaram sulco do organismo social, e cabe ao codificador abrir-lhes espaço no seu systema, cercando-as

Porém, o que não tem força e é ainda vacilante em certo momento pode afirmar-se com vigor em outra época e, então, um Código que não abre espaço ao novo deve ser substituído. Foi o que ocorreu. Diverso, no espírito, ao Código de 1916, o de 2002, contudo, muito deve ao Código Bevilacqua: a concisão, o estilo, a estrutura e, evidentemente, muitas e muitas das soluções. O individualismo excessivo restou enormemente abrandado por via de princípios como o da função social. A existência paralela de outros códigos e de leis especiais, demonstrando a relevância jurídica da pluralidade dos sujeitos sociais, minimiza o peso da unitariedade desta categoria, o que é, hoje, ainda um problema mal resolvido pela ciência civilista.



de proteção legal, ou ainda se acham mal definidas, vacilantes, e é dever do codificador, si as divisa, deixar-lhe o caminho aberto para que se desenvolvam e preencham a função social a que se destinam para que cicem, si merecem vigor. Onjetar-lhes seiva, caso não tenham por si, poderá ser uma intervenção funesta na economia da vida social. É preciso, pois, marchar muito cautelosamente por esses terrenos, cujas orlas ainda ensombra o desconhecido”. BEVILAQUA, Clovis. Observações para Esclarecimento do Código Civil Brasileiro. In: Código Civil Brasileiro. Trabalhos Relativos à sua Elaboração. Vol. I. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1917, p. 25.