

# A Historia do Direito nos Cursos Juridicos do Brasil (\*)

*Waldemar Ferreira*

Professor de Historia do Direito Nacional  
no Curso de Doutorado da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.

1. *O estudo da historia do direito como parte introdutória das disciplinas do curso juridico.* — 2. *A criação da cadeira de filosofia e história do direito pela reforma do ensino levada a efeito por Benjamin Constant.* — 3. *A separação da cadeira de filosofia da de história do direito e a autonomia das duas disciplinas.* — 4. *A concepção da história do direito brasileiro como disciplina dos cursos juridicos.* — 5. *A história do direito e a legislação comparada.* — 6. *A Universidade de São Paulo e a colocação da cadeira de história do direito nacional no curso de doutorado.* — 7. *A literatura brasileira sobre a história do direito nacional.* — 8. *A bifurcação do direito português e a formação nacional do direito brasileiro.* — 9. *A penetração do direito castelhano e do direito português nas colónias da América.* — 10. *O transplante do direito português no Brasil.* — 11. *O estudo das instituições politicas estabelecidas na colónia portuguesa do continente sul-americano.*

1. Sempre se fez nos cursos jurídicos o estudo da história do direito, notadamente do direito brasileiro.

---

(\*) Aula inaugural do Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aos 14 de setembro de 1950.

Comprova o asserto consulta a programa de ensino de qualquer disciplina nêles professada. Nenhum jurista pôde dispensar o contingente do passado afim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais. Ninguém é capaz de dar passo à vanguarda, adiantando um sem deixar o outro pé na retaguarda. Diferentemente não se realizam caminhadas. De cada instituto se ministram, nas cátedras universitárias, retrospecto sucinto. Matéria inexistente que se possa explicar clara e seguramente sem a antecedência de noticia sucinta de seu desenvolvimento doutrinário e legislativo até adquirir seus aspectos contemporâneos.

Motivo foi êsse por que, mais duma vez, falharam os propositos de criar-se, na série das disciplinas jurídicas, cadeira especializada de história do direito ou, ao menos, do direito brasileiro.

Frustrou-se o que se objetivou em diploma legislativo dos primeiros dias de 1885, que teve vida efêmera, pois que revogado em novembro daquele mesmo ano.

2. A faina reformadora desencadeada com o advento do regime republicano de 1889, havia de alcançar o sistema de ensino superior. A reforma de BENJAMIN CONSTANT, levada a efeito em janeiro de 1891, tresdobrou o ensino jurídico, que era unitário. Instituiu três cursos distintos: o de ciências jurídicas, em quatro séries; o de ciências sociais, em três séries; e o de notariado, em duas séries. A cadeira de direito natural cedeu lugar à de filosofia e história do direito, colocada na primeira série do curso de ciências jurídicas, de que se fez lente PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA.

E' de imaginar como, na sua cátedra, se portou PEDRO LESSA, a prelecionar filosofia e história. No seu sentir, era incontestavel o insucesso das principais e mais preconizadas concepções da filosofia da historia; e atribuia-se-lhe

a tarefa de ministrar o ensino da filosofia e da história do direito.

“A história”, doutrinou êle, “não tem um conteúdo científico próprio, leis do seu dominio, induções, principios e deduições, que lhe sejam peculiares, generalizações que dela façam uma ciência. Quando o historiador, uma ou outra vez, extrái dos fatos uma verdade geral, o *suco ideal* que constitui a ciência, é a sociologia, ou qualquer das ciências sociais especiais, é talvez a antropologia em alguma das divisões, é uma outra ciência qualquer, das que se aproveitam dos dados históricos, que conquista mais uma noção, e alarga o âmbito da sua doutrina”.

Para o professor insigne, “a função da história consiste em coligir e classificar metòdicamente os fatos, para ministrar os materiais que servem de base às induções da ciência social fundamental e das ciências sociais especiais. Quaisquer que sejam as divergências sôbre o conceito da ciência social geral, ou sociologia; admita-se a sociologia classificante com LITRÉ, ROBERTY, GREEF, LACOMBE e WAGNER, ou a sociologia biologica com SPENCER, LILLENFELD, SCHAEFTLE, FOULÉ e RENÉ WORMS, ou a sociologia dualista com HAURIU, GIDDINGS, WARD, MACKENZIE; entenda-se que é uma ciência constituída, ou de formação incipiente (e é esta, segundo nos parece, a verdade) — o que se não pôde contestar é que há uma ciência social fundamental”

E ajuntou:

“O estudo das leis a que está sujeito o organismo social faz objeto da sociologia e das ciências sociais particulares. Se estudamos o que há de unifórme, geral e permanente, na gênese, na estrutura e na evolução das sociedades, temos a sociologia, ou ciência fundamental. Se estudamos certos fenómenos especiais, certos aspectos particulares da sociedade -- por exemplo, a sociedade considerada sob os aspectos da riqueza, da direção dos interêsses públicos internos e externos, ou da manutenção da ordem necessária à conservação e desenvolvimento da coletividade, temos

a economia politica, a politica, ou o direito. A sociologia está, para com as ciências sociais especiais, na mesma relação em que a biologia para com as ciências que se ocupam da vida sob aspectos especiais, como a zoologia e a botânica, tendo a biologia por objeto os fenómenos essenciais e universais da vida, seja qual fôr a sua manifestação, ou o corpo, vegetal ou animal, que lhe sirva de sede” (1).

Visto o problema por êsse ângulo, bem se compreende como não se ajustavam bem o ensino concomitante ou mesmo sucessivo da filosofia e da história do direito.

3. Não durou muito êsse consórcio. Reorganizando-se, logo depois, o ensino do direito, a lei n. 314, de 30 de outubro de 1895, operou o desquite, separando a filosofia do direito da história do direito. Aquela, constituindo matéria autônoma, permaneceu onde estava, no pór-tico do curso jurídico; mas não se desprezaria o estudo da história do direito.

E' que, e vale invocar o ensinamento de ICILIO VANNI, “na sua fenomenologia, a filosofia do direito propõe-se elaborar a teoria sintética dos fenómenos jurídicos. Mas êstes representam-se de modo particular pelas ciências históricas e descritivas, especialmente pela história universal do direito, a qual, fornecendo os elementos particulares, prepara a generalização indutiva da filosofia do direito. Existe, pois, outra ciência histórica do direito e é a história comparada do direito.” Advertiu o jurista filósofo que, “não basta à filosofia do direito, para construir a teoria fenomenológica, a simples observação histórica, sendo necessária ainda a comparação, mediante a qual, confrontando os institutos dos diversos povos nos diversos momentos históricos, se angariam os elementos comuns,

---

1. HENRY THOMAS BUCKLE, *História da Civilização na Inglaterra*, versão de Adolfo J. A. Melchert vol. I Tip. Casa Eclética (São Paulo, 1900), introdução de PEDRO LESSA, pág. XCII.

constantes e uniformes. Assim, a filosofia jurídica extrai parte de seu material também da ciência ou história comparada do direito, a qual é ciência ainda nova, porque, prescindindo de antecipações, se pode dizer que só na metade do século XVIII se inaugurou, por obra do insigne jurista inglês HENRY SUMNER MAINE, o qual applicou ao direito o mesmo processo metódico, por via do qual surgiram a filosofia comparada, a ciência comparada das religiões, dos mitos, etc.” (2).

A reforma do ensino de 1895 não se contentou com separar a história do direito da filosofia do direito. Fez mais. Unificando os cursos num só, em cinco anos, no quinto situou a cadeira de história do direito, e especialmente do direito nacional, ao lado da de legislação comparada sobre o direito privado. Teve aquela AURELIANO DE SOUZA E OLIVEIRA COUTINHO como titular, tocando a outra a ERNESTO MOURA.

4. No discurso inaugural do curso de história do direito, em 1896, o lente catedrático AURELIANO COUTINHO traçou as linhas do programa, que lhe cabia executar

“A idéia do justo”, prelecionou êle, “progressivamente refletida pelo espirito humano e por êste progressivamente atuada no tempo e no espaço: eis o que é a história do direito. A sucessão do tempo e o ideal de perfectibilidade produziram o modo cada vez mais aperfeiçoado por que a humanidade concebeu e atuou aquele ideal do justo assim como a variedade do espaço, isto é, as influências mesológicas importaram a variedade dos modos por que os diferentes povos conceberam, e traduziram, pelos costumes e pelas leis, o sobredito ideal, engendrando-se assim o direito particular de cada sociedade. E’, pois, perfeitamente científico o alvitre que ora se tomou de reunir numa só cadeira a história geral do direito e o da história parti-

---

2. ICILIO VANNI, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 3.º ed. Nicola Zanichelli (Bolonha, MCMVIII), pág. 20.

cular do direito brasileiro. O ensino, que até aqui se fazia, da história geral do direito, juntamente com o da filosofia do direito, é que não me parece muito justificavel. Desde que a filosofia do direito expõe o que êle deve ser, a dogmática o que êle é e a história o que êle tem sido, a ordem natural para o ensino das disciplinas jurídicas não póde deixar de ser a exposição do direito ideal — filosofia do direito; a exposição do direito concretizado nas leis positivas — dogmática do direito; e, finalmente, a exposição do direito como êle tem sido progressivamente concebido e atuado pelo espirito humano no tempo e no espaço, isto é — a história do direito, considerado êste como conceito científico e como realidade histórica, na marcha geral da civilização e na progressiva evolução jurídica de cada povo em particular”.

Observou o catedrático que, “descobrir em cada um de seus delineamentos a contextura inteira dos institutos jurídicos que o passado nos legou, prendendo cada um dêsses delineamentos às idéias dominantes nas diferentes épocas e revelando uma lei de continuidade e de progressivas sucessivas modificações que lhes deram a sua índole atual, seria um triunfo brilhante da análise, quiçá superior às minhas forças intelectuais e físicas, mas seria também, e principalmente, um ensino sobremaneira fecundo”.

E acrescentou:

“Deverei acompanhar o nosso desenvolvimento jurídico, estudando sinteticamente a formação do direito português até sua codificação, o caráter que êle oferece nas chamadas — *leis extravagantes*, nomeadamente na legislação josefina, ou antes, pombalina, seguindo-o a vóo até a época da nossa independência, depois de expôr os contornos do regime colonial e as consequências, sociais e jurídicas, que prômanaram da elevação do Brasil a Reino-  
-Unido. De caminho, estudarei os moldes da nossa organização política, administrativa e judiciária, os códigos que

possuimos e as principais leis referentes ao nosso direito privado”. (3).

Eis, em traços largos, como se concebeu a história do direito brasileiro, como disciplina dos cursos jurídicos.

5. Natural seria que maior desenvolvimento tivessem os estudos de história do direito e, notadamente, da legislação comparada, que tem sido levada a gráu intensissimo pelo esforço entusiastico e grandemente construtivo do Instituto de Direito Comparado de Lyon, dirigido por EDOUARD LAMBERT, professor da Faculdade de Direito daquela cidade.

A missão da história, como bem salientou PEDRO LESSA, não se póde restringir ao fornecimento de materiais, metodicamente dispostos, para as induções sociológicas. Ela não deve funcionar com o negativismo de chapa fotográfica, destinada apenas a reproduzir fatos preteritos na sua fisionomia estática. Há de haver nela, ou seja no trabalho do historiador, o dinamismo criador, que tire mundos da nebulosa espessa do passado. Se os vivos continuam a ser, e cada vez, mais, governados pelos mortos, êsse governo somente póde ser espiritual. A ação governativa é atual sempre e de força catalítica.

Por isso mesmo, doutrinaram dois eminentes professores coimbrões, “a história do direito deixou de ser estudada com critérios *dogmáticos* e *descritivos*, para ser reconstruída à luz de processos *orgânicos* e *evolutivos*. Durante muito tempo, o que na história jurídica dum povo absorvia as atenções e cuidados, era o conhecimento dum certo estado jurídico, fixado pelos órgãos officiais em monumentos legislativos; nem se procuravam explicar as origens e os antecedentes dêsse regime legal, nem se esclarecia a sua formação com o estudo dos fatôres cósmicos, étnicos e sociais que o haviam preparado. No direito romano, por exemplo, era a obra legislativa de JUSTINIANO que as escolas liam, explicavam e conheciam.

---

3. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. IV, de 1896, pág. 41.

Hoje o estudo da história do direito orienta-se por um duplo critério. Trata-se: 1.º, de conhecer o ambiente físico, os fatores étnicos e o meio social em que as instituições jurídicas nascem e se desenvolvem; 2.º, de observar a origem e a transformação das instituições jurídicas, relacionando-as com o condicionalismo social e natural de que são produto” (4).

A despeito de sua singular importância, não permaneceu a cadeira de história do direito no curso jurídico. Desapareceu dêle nos primeiros dias dêste século, por efeito da reforma do ensino superior inspirada por EPI-TÁCIO PESSOA, que se achava à testa do Ministério da Justiça e dos Negócios Interiores no govêrno de CAMPOS SALES. Sobreviveu, no entanto, a de legislação comparada sôbre direito privado, que se manteve até a reforma do ensino de abril de 1911, levada a cabo pelo ministro RIVANDAVIA CORRÊA, no govêrno HERMES DA FONSECA.

Elevado para seis séries o curso jurídico, dêle também desapareceu a cadeira de filosofia de direito. Tomou-lhe o lugar, na primeira série, a de introdução geral ao estudo do direito ou enciclopédia jurídica, que entrou a ser lecionada magnificamente pelo emérito professor ordinário JOÃO ARRUDA. Professôres ordinários eram, então, os professores catedráticos. Mas não foi duradoira a troca de disciplinas. Reorganizando-se o ensino secundário e superior, em 1915, no govêrno WENCESLAU BRAZ, coube ao ministro CARLOS MÁXIMILIANO não sômente criar a cadeira de filosofia do direito, de novo, no curso juridico, como a de direito internacional privado.

“Cumpre”, escreveu êle em sua exposição de motivos, “cumpre entronizar de novo a filosofia do direito. Não se compreende o desdém brasileiro por um estudo a que os italianos, grandes cultores das letras jurídicas, dedicam atividade febril. Provam-no de sobejo as obras recentissi-

---

4. MARINOCO E SOUZA & ALBERTO DOS REIS, *A Faculdade de Direito e o seu ensino*, ed. França Amado (Coimbra, 1907), pág. 56.



mas de LILLA, VANNI, BIAVASCHI e CONSENTINI (monumental a última, e publicada em 1914). Só a filosofia explica os fundamentos do direito, a sua razão de existir, exalta o espírito sedento de saber, apresenta-lhe a ciência de IHERING e PUCHTA como um ideal excelso, digno de sacrifícios voluntários e dedicações ardentes. A enciclopédia encara-o de modo positivo, terra a terra, como uma fonte de resultados práticos e imediatos. E não só do pão vive o homem...”

6. Criada, no govêrno de ARMANDO DE SALLES OLIVEIRA, aos 25 de janeiro de 1934, a Universidade de São Paulo, entre os seus institutos oficiais figurava a Faculdade de Direito. Urgia fundá-la. Existia, desde que criada em 11 de agosto de 1827, a que fôra o Curso Jurídico de São Paulo, irmão gêmeo do de Olinda. Cercada de halo luminoso de tradição e de prestígio secular, melhor seria incorporá-la à Universidade de São Paulo. Foi pelo que se batalhou, com sucesso.

Por decr. n. 24.102, de 10 de abril de 1934, transferiu a União ao Estado de São Paulo, para aquêlê escôpo, subordinando-se a transferência, entre outras a duas condições primaciais. Era a primeira que a Faculdade de Direito continuaria a ter caráter e a gozar das mesmas prerrogativas dos institutos oficiais congêneres da União. Era a segunda que a organização didática, o regime escolar, a nomeação do diretor e a do pessoal docente e administrativo da Faculdade de Direito passariam a obedecer aos dispositivos estatutários da Universidade de São Paulo.

De acôrdo com êstes, que foram aprovados pelo decreto federal n. 39, de 3 de setembro de 1934, dois seriam os cursos normais da Faculdade de Direito — o de bacharelado, em cinco anos; e o de doutorado, em dois anos. Figurou neste a cadeira — de história do direito nacional, que se ministrou enquanto funcionou o curso de doutorado, agora reaberto.

7. Está, verdadeiramente, por fazer a história do direito brasileiro. Quando a cadeira se instituiu nos cursos jurídicos, o seu ensino não ensejou senão o pequeno, mas interessante volume de — *História do Direito Nacional*, ed. da Empresa Democrática Editora (Rio de Janeiro, 1895), em que JOSÉ ISIDORO MARTINS JÚNIOR, que foi emérito lente catedrático da Faculdade de Direito de Recife, não imprimiu “nem um puro compêndio para servir aos exames de história do direito nacional em nossas Faculdades Jurídicas, nem um estudo profundo e definitivo da desenvolvimento do direito pátrio através das diversas fases político-sociais da nacionalidade brasileira”, segundo êle mesmo o disse. Empreendeu o seu trabalho em duas partes — uma, geral; e outra, especial, compreendendo “a primeira uma só época — a dos antecedentes, destinada a fazer conhecidos os elementos ancestrais do organismo jurídico nacional”; e referindo-se a segunda propriamente ao direito brasileiro, em suas secções. Numa, a abranger tres épocas — a embriogênica, a da individuação e a da renovação, tratou o direito como legislação, em seu desdobramento objetivo; na outra, como ciência, como doutrina, a evolver e a influir nas leis positivas. Já havia o insigne professor editado a sua — *História Geral do Direito*, que foi, ao parecer de CLOVIS BEVILAQUA, a sua obra culminante (5).

Depois disso, editou-se em São Paulo a *História do Direito Brasileiro*, escrita por CESAR TRIPOLI, bacharel formado pela Faculdade de Direito de São Paulo e doutor em jurisprudência pela Universidade de Messina. Publicaram-se dois volumes, o primeiro em 1936, abrangendo a época colonial; e o segundo em 1947, até à maioridade de D. PEDRO II. O falecimento, logo depois, do autor, deixou incompleta a obra, que é, realmente, valiosa, embora despretenciosamente realizada. A exposição “obedece a prin-

---

5. CLOVIS BEVILAQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, ed. Francisco Alves, vol. II (Rio de Janeiro, 1927), pág. 145.

cípios do método sistemático, porque usamos da divisão bipartida em história externa e interna, da distinção do direito em público e privado, de suas respectivas ramificações, e mesmo, quando possível, das partes especiais de cada um desses ramos. Obedece também a princípios do método sincrônico, porque dividimos essa disciplina em épocas distintas, destinadas a caracterizar as diversas fases principais de evolução do direito brasileiro; dividimos também cada época em períodos, afim de que se tornasse fácil acompanhar essa evolução e comparar as diferenças verificadas, sem necessidade de incidir em inúteis repetições. Finalmente, obedece a nossa exposição outrossim a princípios do método cronológico, porque, dentro dos limites de cada período e para cada matéria especial, a exposição das fontes está sob a dependência da ordem cronológica das datas da sua emanação ou revelação, evitando, deste modo, qualquer solução de continuidade na evolução do direito brasileiro” (6).

São as duas obras, que acabam de referir-se, as até agora publicadas de história geral do direito brasileiro. A mais moderna, cujo segundo volume data de 1947, permanecerá inacabada. A mais antiga, dada a lume em 1895, não passou de estudo introdutório, elaborado por quem abria caminho. Daí o papel messiânico, que o autor se atribuiu, de “renovar o milagre bíblico”, extraíndo “um mundo do nada, porque positivamente nada era o que nos fornecia a literatura jurídica nacional” no departamento imposto ao seu estudo. Assim proclamou, evidentemente, para em seguida confessar que “nem um ensaio, por mais ligeiro, nem um esboço, por mais imperfeito”, até então conhecia “visando a história geral do nosso direito positivo” E isso não lhe parece estranhável “uma vez que, após setenta e três anos de vigência política autônoma, ainda uma parte de nossa legislação é alienígena, como nos

---

6. CESAR TRIPOLI, *História do Direito Brasileiro*, vol. I (São Paulo, 1936), pag. 26.

primeiros dias da independência. Não temos um direito nacional homogêneo e próprio; não admira que nos falte a história dêse direito” (7).

Estava, não obstante, feita essa história, de que a obra do professor pernambucano traçou as primeiras linhas, escrita com vivacidade de espírito e em que se ressaltam as qualidades do escritor, que o foi, e insigne. A história existia por isso mesmo que ela decorre dos fatos, que dia a dia se sucedem, no tempo e no espaço. O que, em verdade, nos faltou, foram historiadores juristas, que fizessem a crônica do desenvolvimento do direito brasileiro, através do estudo dos diplomas legislativos e da doutrina jurídica que os orientou, à luz da filosofia e da ciência do direito, tanto quanto das contingências de ordem política, econômica e social.

Não tardaram os ensaios históricos do direito. Merecem especial destaque os que reuniu CLOVIS BEVILAQUA nos *Estudos Jurídicos*, editados em 1916, sôbre a interpretação filosófica da história do direito, apreciando as idéias jurídicas dos povos antigos; e, principalmente, sôbre as idéias fundamentais do direito atual, traçando, em seguida, as linhas gerais da evolução brasileira. Em *Les Transformations du Droit dans les Principaux Pays depuis Cinquante Ans* (1869-1919), que é o *Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation Comparée*, de Paris, vol. II, o grande civilista brasileiro, em sucinta monografia, esboçou *L'évolution du Droit Civil au Brésil de 1869 a 1919*.

Inúmeras, ademais, são as dissertações históricas publicadas em revistas jurídicas e de jurisprudência, bem como em coletâneas de trabalhos comemorativos dos grandes eventos nacionais, como o *Livro do Centenário da Câmara dos Deputados* e o *Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos*.

---

7. J. IZIDORO MARTINS JUNIOR, *História do Direito Nacional*, Empresa Democrática Editora (Rio de Janeiro, 1895), pág. 4.

Coube ao professor catedrático de história do direito nacional da Faculdade de Direito de São Paulo, quando exilado em Portugal, em 1933, fazer a história do direito comercial brasileiro, numa série de cinco conferências, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que esta reuniu no volume — *As Diretrizes do Direito Mercantil Brasileiro*.

8. Por mais paradoxal que pareça, a história do direito brasileiro é muito mais antiga do que a história do Brasil. Se esta começa, vista pelo prisma do descobrimento, no século 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. Foi êste o que vigorou no Brasil desde que começou a colonizar-se pelos descobridores.

Deu-se o trespasso da civilização européia para a colônia portugêsa da América.

O direito lusitano nela se plantou de galho, applicando-se no campo do direito privado e adaptando-se, até com alguma originalidade, no do direito público, como não podia deixar de ser, no entrechoque de duas civilizações, a bem dizer antípodas, no mesmo território imenso, misterioso e selvagem, em que se defrontaram o índio brasileiro, em estado primitivo, e o português já afeito à conquista em terras de Africa e Asia.

Apreciou SILVIO ROMERO o fenómeno, em termos que não perdem em ser lembrados, quando doutrinou inexistir “um só caso, até hoje consignado, de um povo mais culto deixar suas instituições jurídicas para adotar as de gentes mais atrasadas. O contrário tem-se visto muitas vezes com maior ou menor êxito. Os portugêses, senhores e colonizadores de novas conquistas, não podiam abrir mão de sua cultura, de sua legislação, de suas idéias de direito, para retrogradar, adotando a organização tribal de seus vassálos tupís ou africânos. O direito teve, pois, de seguir fundamentalmente o seu curso reinol, tomando

apenas, de longe em longe, uma coloração divergente na superfície, sob o influxo de fatores étnicos e mesológicos”. Deixou, por isso, bem assentado que, quando falava em história do direito brasileiro, queria simplesmente referir-se “a um capítulo do direito português na América, por mais estranhamente que possa isto soar aos ouvidos de certo patriotismo leviano, que julga ser possível à verdade científica o torcer-se aos capricho de extravagantes e insensatos que acreditam engrandecer-se deprimindo a melhor parte das origens de onde descendemos. Se há uma região em que se possa dizer que bem acertado andou o nosso épico quando lembrou que o Brasil é Portugal transplantado ao Novo Mundo, essa é certamente a região do direito”. Acrescentou, mesmo, que “de todos os fatores da coesão e unidade deste grande, deste imenso e querido Brasil, que almas pequeninas desejariam talvez ver hoje esfacelado, acima da língua de CAMÕES, mais alto talvez do que a religião de SÃO PAULO, parece-nos divisar as Ordenações do Reino, o belo e harmonioso código de FILIPE II”, que houve como “um dos seculares alicerces desta nacionalidade”

O que, em verdade sucedeu, quanto às instituições jurídicas, foi o que SILVIO ROMERO teve como acertado chamar — a *bifurcação brasileira*, ou seja o transplântio do organismo juridico-político português para esta parte do continente sul-americano (8).

Revela êsse fato, por si só, as circunstâncias em que se formou e se desenvolveu o direito brasileiro. Bifurcando-se do trônco original viveu, necessariamente, de sua seiva, apresentando-se com os característicos daquêle no que teve êle de fundamental. Óbvio é isso. Nem há necessidade de subverter o significado dos acontecimentos históricos para perceber-se logo que, descobrindo as terras virgens da América do Sul, do centro e até do norte do

---

8. SILVIO ROMERO, *Ensaio de Sociologia e Literatura*, ed. Garnier (Rio de Janeiro, 1901), páp. 72.

continente, que ainda não perdeu a sua contiguidade territorial, os homens da península ibérica houveram de defrontar-se com os mais árduos e difíceis problemas. Tomando pé nas terras, que descobriram; nelas levantando aldeamentos, que haveriam de transbordar-se em vilas e cidades, os agrupamentos humanos assim fixados em regiões povoadas por homens da mais rude primitividade, não teriam outro meio de subsistir e propagar senão subjugando-os pela força e impondo o prestígio das instituições jurídico-políticas sob cujo império tinham nascido.

9. Não é desinteressante, por isso mesmo, examinar em que medida e com que efeitos se deu a penetração do direito português no Brasil, como a do direito castelhano nas demais colónias da América em que os espanhóis se arrancharam. O assunto é, sem dúvida, palpitante; e não seria demasia que se procedesse a estudo comparado dos meios e modos por que agiram, contemporaneamente, em suas conquistas, os governos de Portugal e de Espanha.

Este capítulo de história sulamericana reclama circunstanciado exame à luz do direito comparado.

No concernente ao direito espanhol, escreveram historiadores modernos que “ao conquistar-se a América, deu-se direito próprio para aquêles territórios, adaptado às suas necessidades, do qual o castelhano era, a um tempo, inspirador e supletório. Para essa adaptação tiveram-se em conta, do direito consuetudinário indígena americano, as condições geográficas, econômicas, sociais e políticas do país para que se legislava. Ainda assim, e a despeito de tudo, as disposições resultavam, com muita frequência, inapplicáveis, porque, ao applicarem-se, produziam males maiores do que os que se cuidava de remediar. Chegou-se, à vista disso, a autorizar aos vice-rês e audiências sua inexecução; e, nesses casos, era o costume, indígena ou não, que servia de norma. Recolhia-se êsse costume, muitas vezes, em disposições posteriores, de fórma que a le-

gislação dada para as Índias se deixou influir pelo costume em medida muito maior do que se tem pensado até agora” (9).

As leis espanholas, acentuou outro historiador, não se aplicaram em sentido rigoroso e uniformista senão apenas, como queria FILIPE II, “enquanto houvesse lugar e permitissem a diversidade e diferença das terras e nações”, sem prejuizo de que mantivesse e proclamasse a igualdade jurídica. Dentro dessa tendência uniformista, advertiu o historiador, “e sem embargo do sistema unitário, o costume indígena era respeitado, não somente através dos órgãos de aplicação do direito, que podiam abster-se de executar a legislação inaplicavel, senão por via da própria lei. Assim, em principio, soberanos *por derecho eminente del Nuevo Mundo, los Reyes de Castilla transplantaron a America el derecho y las instituciones hispanicas*” (10).

Não teriam agido, em circunstâncias idênticas, igualmente os rês de Portugal? Achando-se, em dado momento, Portugal, sob o domínio espanhol, e D. FILIPE II com a corôa dos dois reinos, não teria exercido a mesma influência sôbre o Brasil?

10. Enseja-se responder à pergunta, assim formulada, afim de verificar como se propagou o direito português transplantado. O problema, que desde logo se antepara, é o de verificar como deve agir o historiador. Cabe fazer o estudo de cada instituto jurídico, acompanhando-lhe a marcha evolutiva e sua transfiguração através dos anos, por efeito de sua prática? Ou mais convinavel se antolha relancear o direito, que no Brasil se implantou, no desdobramento cronológico das providências legislativas e re-

---

9. ROMAN RIAZA & A. GARCIA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1932), paragr. 471.

10. J. BENEYTO PEREZ, *Manual de Historia del Derecho* (Saragoça, 1940), paragr. 84.



gulamentarias decretadas e expedidas pela Corôa de Portugal para a sua colônia sul-americana?

Não consiste a história do direito, por certo, na sùmula cronologica das leis que lhe tomaram a essência e enredaram a trama dos institutos em que se cristalizou. Trabalho seria êsse a um tempo de paciência e de cópia, nem sempre de valor histórico pela existência de inúmeras leis e atos de govêrno de apoucada valia para a história do direito. Póde esta certamente ocupar-se de certos institutos que sem a sua coadjuvança poderiam parecer esdruxulos e permanecer incompreendidos. Em verdade, doutrinou BENJAMIN CARDOSO, “restrições à alimentação, a suspensão do direito absoluto da propriedade, o direito eventual de uma pessoa dúbia ou incerta ou condicionado a um acontecimento dúbio ou incerto (*contingent remainders*) e os legados subordinados a uma condição potestativa (*executory divises*), fideicomissos privados e fideicomissos com fins de caridade (*private trusts and trusts for charities*), todos êsses títulos do direito são ininteligíveis a não ser quando encarados à luz da história pois é da história que lhes vem o impulso que configurará seu desenvolvimento subsequente” (11). Já se chegou até a fundir em letras impressas o aforismo de que as instituições jurídicas têm sua história, mas não a possui o direito no seu todo complexo e homogêneo.

Se não toda, parte da verdade defronta-se no enunciado. A história do direito de qualquer povo desmancha-se na história das instituições politicas e jurídicas que no seu território se applicaram ou ainda se applicam.

11 Para que, sob o influxo de tais conceitos, se trace a história do direito brasileiro, cumpre, em primeiro lugar,

---

11. BENJAMIN N. CARDOSO, *A natureza do processo e a evolução do direito*, trad. de Leda Roachat Rodrigues, ed. da Companhia Nacional Editora (São Paulo, 1934), pág. 39.

estruturar o organismo político e jurídico que a sabedoria dos colonizadores e as contingências da terra e da gente impuseram para o bem da metrópole e para o desenvolvimento da colónia nascente. Eis o que vai ser objeto deste curso, neste semestre. Nos anos subsequentes se verificará como o direito privado dos portugueses se ajustou no Brasil, dadas as peculiaridades locais; e como êle se transmudou no direito brasileiro.