

A REINVENÇÃO DO HOMEM E OS ARTÍFÍCIOS DO DISCURSO JURÍDICO PARA A MANUTENÇÃO DAS DESIGUALDES: AS INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO (1851-1861) E A OBRA DE MELLO FREIRE

Karolyne Mendes Mendonça Moreira¹

Resumo: Na seara da sociologia da cultura e na crítica literária há um número expressivo de discussões acerca da influência e funções das teorias norte-americanas e europeias no Brasil desde o período colonial até o século XIX. Esse debate, que há muito se constrói no âmbito da história intelectual, é, todavia, dentro da historiografia jurídica brasileira, demasiado incipiente. A presente pesquisa vem justamente na esteira da edificação de novos olhares à formação da modernidade jurídica brasileira, relativizando os limites e termos em que essas teorias foram recepcionadas, traduzidas e reinventadas. Contrariando a famosa tese de Roberto Schwarz sobre as “ideias fora do lugar”, em que o autor defende a grande incompatibilidade entre as ideias liberais que sustentavam as formulações políticas de consolidação do novo Império e a escravidão, e partindo, ao contrário, da premissa da existente articulação de um ideal de fundo conservador concomitante à articulação da ideologia liberal pelas classes dominantes do cenário político brasileiro nos anos da Independência e da consolidação do novo Império, o presente trabalho teve como objetivo, através das Instituições de Direito Civil Brasileiro, de Lourenço Trigo de Loureiro, desvendar como, no

¹ Professora de História e Introdução ao Estudo do Direito do Centro Universitário Unifacear - UNIFACEAR. Professora de História, Cultura e Instituições do Direito do Centro Universitário Santa Amélia - UNISECAL. Mestre em História do Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Integrante do Núcleo de Pesquisas de História, Direito e Subjetividade do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

funcionamento da cultura jurídica brasileira do século XIX, foram sendo reproduzidos os discursos liberais progressistas em meio à escravidão enquanto uma situação de fato.

Palavras-Chave: Cultura jurídica brasileira; Instituições de Direito Civil Brasileiro; Recepção cultural.

1. INTRODUÇÃO



Quando as relações existentes entre história e ciência jurídica, ao menos no Brasil, são debatidas, a discussão sobre a forma da recepção das ideias estrangeiras emerge com destaque. O debate acerca das funções que as teorias norte-americanas e europeias desempenharam desde o período colonial até a formação do incipiente império brasileiro possui expressivo acúmulo no âmbito da sociologia e da crítica literária.²

Roberto Schwarz, ao tratar da cultura do “favor” e do liberalismo brasileiro do século XIX, confrontando-os, principalmente, com o sistema econômico vigente de escravidão, elabora a sua famosa tese acerca das “ideias fora do lugar”.

Segundo o professor aposentado de Teoria Literária, havia uma incompatibilidade imanente entre os ideais liberais e o universalismo, e a escravidão e suas outras derivações em nossas terras. Em *Ao vencedor as batatas*, por exemplo, o professor afirma que:

Sumariamente está montada uma comédia ideológica, diferente da europeia. É claro que a liberdade do trabalho, a igualdade perante a lei e, de modo geral, o universalismo eram ideologia na Europa também; mas lá correspondiam às aparências, encobrindo o essencial - a exploração do trabalho. Entre nós, as mesmas ideias seriam falsas num sentido diverso, por assim

² FONSECA, Ricardo Marcelo. A recepção da ciência jurídica europeia no Brasil do século XIX: entre invenção, tradução e traição. In: *Direito e Experiências Jurídicas Vol. 3. Temas de História do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 154.

dizer, original.³

Esta tese que apresenta a incompatibilidade entre o discurso liberal e o sistema econômico vigente, no entanto, por muitos já fora desconstruída.

Alfredo Bosi, por exemplo, em *A Dialética da Colonização*, ao resgatar uma das maiores conquistas teóricas do marxismo, qual seja, a conclusão da relação íntima que as representações de uma sociedade mantêm com a sua realidade efetiva⁴, irá afirmar que por trás da articulação da ideologia liberal pelas classes dominantes do cenário político brasileiro nos anos da Independência e da consolidação do novo Império, o que imperou foi um ideário de fundo conservador, muito bem articulado, e não incongruente.⁵

Maria Sylvania de Carvalho, em resposta ao ensaio de Schwarz, também contra-argumenta as conclusões do crítico literário. Em “As ideias estão no lugar”, a filósofa da Universidade de São Paulo, ao falar sobre o sistema de dominação calcado no princípio da igualdade, afirmou que:

“As representações igualitárias eram necessárias para sustentar o sistema de dominação e encobrir as disparidades, articulando-se ao postulado das desigualdades individuais de ordem psicológica, intelectual, biológica e moral. Com efeito, é necessária a premissa de uma sociedade onde todos são potencialmente iguais mas desigualmente capacitados para empreender sua conquista, a fim de legitimar os desequilíbrios de condição social e exploração.”⁶

Como se pode perceber, no âmbito dos estudos relativos

³ SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Duas Cidades, 2000, p. 12.

⁴ “A ideologia compõe retoricamente (isto é, em registros de persuasão) certas motivações particulares e as dá como se necessidades gerais fossem. Nos seus discursos, o interesse e a vontade exprimem-se, ou traem-se, sob a forma de algum princípio geral e abstrato ou alguma razão de força maior” In BOSI, Alfredo. *A Dialética da Colonização*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 194.

⁵ BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 194-245.

⁶ FRANCO, Maria Sylvania de Carvalho. As ideias estão no lugar. In: *Cadernos de Debate I*. São Paulo: Brasiliense, 1976, p. 63.

à cultura e à história intelectual esse é um tema recorrente e ainda em grande parte por ser desbravado. Na seara da historiografia jurídica brasileira, no entanto, segundo nos leciona Ricardo Marcelo Fonseca, essa temática ainda parece estar quase que por completo a ser enfrentada.⁷

Ainda, segundo Fonseca, no âmbito historiográfico jurídico brasileiro, as análises relacionadas à discussão sobre as recepções, acomodações ou invenções dessas teorias recorrentemente encontram-se entre apenas duas alternativas unilaterais: ou se acredita que os juristas brasileiros, mirando os modelos institucionais e de pensamento da Europa, realizaram cópia mais ou menos fiel dos autores estrangeiros, ou baseamo-nos na experiência de extrema peculiaridade do nosso sistema periférico, escravista e recém-saído do julgo colonial, concluindo por acreditar na absoluta independência de nossas produções bibliográficas em relação às raízes intelectuais europeias.⁸ Entretanto, assevera o professor da Universidade Federal do Paraná, parece mais conveniente escaparmos dessas alternativas e reconhecermos, de um lado, que o referencial europeu no campo jurídico era absolutamente inescapável, e de outro, que as limitações desse projeto, tais como a ausência de circulação cultural erudita (assim como ocorria no modelo adotado como referencial), as estruturas sociais mais retrógradas, a pouca efetividade do Estado no âmbito das províncias mais distantes da Corte, são peças fundamentais para a análise das pistas que desvelam a cultura jurídica do século XIX⁹.

É dentro desse panorama complexo do pensamento jurídico brasileiro que o presente artigo se situa. Partindo da premissa acerca da necessária articulação da ideologia liberal pelas classes dominantes, o presente artigo tem como objetivo

⁷ FONSECA, Ricardo Marcelo. A recepção da ciência jurídica europeia no Brasil do século XIX: entre invenção, tradução e traição. In: *Direito e Experiências Jurídicas* Vol. 3. Temas de História do Direito. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 155.

⁸ Idem.

⁹ Idem.

demonstrar como, no funcionamento da cultura jurídica brasileira do século XIX, foram sendo reproduzidos (dentro dessa ordem e coerente com ela) discursos progressistas em meio a uma realidade que convivía com a escravidão enquanto uma situação de fato.

Como recorte específico, nos valem das três edições (1851, 1857 e 1861) da obra intitulada *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, o primeiro compêndio de Direito Civil a aglutinar as esparsas legislações civis do Império, de autoria de Lourenço Trigo de Loureiro.

Através dessa obra, e em comparação com o livro homônimo, as *Instituições de Direito Civil Português*, de 1789, do jurisconsulto português José Pascoal de Mello Freire - em que Trigo de Loureiro confessadamente se baseia -, buscamos compreender, através da verticalização em algumas configurações discursivas¹⁰ e definições relacionadas à temática da personalidade, de que modo alguns conceitos eram reinterpretados, traduzidos e readequados à peculiar realidade brasileira.

Trabalhamos, neste artigo, com dispositivos normativos tangentes à temática da personalidade, tais como o conceito de pessoa, homem, capacidade, status, sujeito de direitos, estado de escravidão, entre outros, na obra de Trigo de Loureiro, por compreendermos que não há maior símbolo que represente as transformações entre os valores do medievo e da modernidade que as concepções relativas à pessoa (comunitariamente concebida) e ao indivíduo. O indivíduo está no centro de toda a formulação moderna. Nas palavras de Paolo Grossi:

¹⁰ Explica Fonseca que, para Foucault, “os discursos e também as práticas que envolvem os discursos só podem ser compreendidos a partir de sua historicidade. Não se compreende um discurso (ou uma prática) fora do tempo em que eles são produzidos e do tempo em que eles circulam. Numa determinada episteme existem determinados discursos, que para serem compreendidos necessitam ser enquadrados dentro dos parâmetros de sua própria episteme”. Ver em: FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 120. As configurações discursivas são, portanto, produto das relações de poder e das conjunturas complexas nas quais são forjadas.

Enquanto nesta [a sociedade medieval] os pilares da ordem são representados pela natureza cósmica (o mundo das coisas) e das várias comunidades nas quais o sujeito singular encontra proteção e possibilidade de existência, agora, no século XIV, a nova sociedade começa a direcionar-se para o indivíduo e sobre as suas forças individuais. A tentativa é a de liberar o indivíduo dos velhos condicionamentos e fazer dele o pilar da nova ordem.¹¹

O presente artigo aparece delineado da seguinte maneira: em um primeiro momento, o trabalho aborda o contexto da cultura jurídica brasileira. Mais especificamente, buscou-se discorrer sobre o panorama plural das fontes do direito brasileiro e a tensão existente entre o moderno discurso liberal e o conservadorismo no modo de produção.

Num segundo momento, o objetivo foi realizar uma investigação sobre o modo como conceitos relativos à personalidade eram reinventados e ressignificados dentro das Instituições de Direito Civil Brasileiro. Para tanto, apresentamos as divergências entre a obra de Trigo de Loureiro e a obra de Mello Freire, edição a edição, demonstrando as diferentes concepções relacionadas à temática da personalidade e o estado de escravidão, situando a passagem da obra de Trigo ao formalismo jurídico e apontando para a tradução de alguns conceitos elencados à realidade progressista e conservadora brasileira.

2. O CONTEXTO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E O PAPEL DE TRIGO DE LOUREIRO NA FORMAÇÃO DO DIREITO CIVIL OITOCENTISTA

O século XIX brasileiro é um momento de transição por excelência. Trata-se de “*um longo e complexo período no qual a ordem jurídica pré-moderna no Brasil se confronta com um projeto jurídico de pretensões modernizadoras, inspirado nos*

¹¹ GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 20.

princípios liberais”.¹²

Nesse momento de aparente tensão - das rusgas do pré-moderno e dos jogos de poder de uma ambiciosa elite intra-oligárquica - fez-se emergir o cunhado “liberalismo à brasileira”. Era um liberalismo em que a medida e o modo de aplicabilidade do preceito liberal dependiam dos ajustes necessários às necessidades dos jogos de poder.

Como se demonstrou, diferentemente do que se tem sugerido às vezes, esse liberalismo “à brasileira” constituía-se de um modelo de dominação em que, por trás da articulação da ideologia liberal pelas classes dominantes, especialmente na segunda metade do século XIX até meados do XX, o que imperava, de fato, era um ideário de fundo extremamente conservador, que aprofundava as desigualdades sociais e econômicas, e manejava com maestria os grupamentos de informação normativa, vale dizer, a “tradição jurídica”. Afinal, conforme sustentou Aragonese, “*la tradición en muchas ocasiones refleja unas dinámicas de la estructura económica. Puede servir para vestir unos intereses de clase*”¹³.

Não foi à toa, por exemplo, que, segundo Ricardo Fonseca, demorou tanto tempo para que se colocasse em prática a codificação do Direito Civil brasileiro, uma vez que:

Um código certamente não era algo adequado à conformação dos interesses econômicos das arcaicas elites econômicas e sociais do império brasileiro. Apesar de formalmente ser o Brasil uma monarquia constitucional, o liberalismo recebido no Brasil [...] sofreu especiais “adaptações” para servir de estofa a uma estrutura sócio-política autoritária e escravista, de modo que os princípios contidos na Carta Constitucional de 1824

¹² FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 9.

¹³ ARAGONESES, Alfons. “El jurista em el barrio gótico: historicismo y tradición en el derecho catalán contemporáneo”. In: WEHLING, Arno; SIQUEIRA, Gustavo; BARBOSA, Samuel (orgs.). *História do direito: entre rupturas, crises e discontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes. No prelo.

poderiam conviver de modo mais ou menos harmônico com a desigual sociedade imperial brasileira.”¹⁴

E foi especialmente no plano jurídico que essas “adaptações às necessidades” se fizeram ecoar de modo mais retumbante, especialmente se considerarmos o panorama extremamente plural do direito brasileiro, que facilitava, justamente por conta de sua complexidade, a seleção de informações normativas¹⁵ que mais se encaixassem às especificidades de nossa cultura.

É dentro desse quadro de aparente tensão entre permanências e descontinuidades, entre o novo e o velho, que a cultura jurídica brasileira “*vai sendo progressivamente trabalhada, burilada e adaptada às inúmeras particularidades vividas pelo jovem Estado, de modo a dar contornos não arbitrários e bastante típicos ao direito*”.¹⁶

O século XIX, até meados do XX, portanto, é um período em que identificamos uma busca constante de nossos juristas por uma prática de acomodação entre discursos aparentemente antagônicos.¹⁷

¹⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, p. 339-369, 2006, p. 72.

¹⁵ Para Patrick Glenn, a tradição jurídica seria, simplesmente, informação normativa. Nas palavras do autor: “*a loose conglomeration of data, organized around a basic theme or themes*” GLENN . H. Patrick. *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law*. Oxford University Press, 2004, p. 16.

¹⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. *A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX*. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006, p. 345.

¹⁷Sobre o tema da acomodação cultural no século XIX brasileiro ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um jurisconsulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp. 341-354, jul./set. 2011b; FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti dela scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, Bernardo; COSTA, Pietro (orgs.). *Storia e diritto*. Milano: Giuffrè, 2013; FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. As ideias estão no lugar. Cadernos de Debate, Campinas, n. 1 História do Brasil, 1976; MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. Nascentes no deserto: regulamentação do trabalho, pensamento jurídico e legislação social no início da República. Dissertação de mestrado apresentada

A conjuntura é eminentemente plural: diversos atos legislativos ocupavam lugares incertos dentro de um sistema com pouquíssima coerência e no qual cabia ao doutrinador a tarefa de seleção, interpretação e difusão do conhecimento jurídico. Em suma, um direito extremamente complexo. Nas palavras de Samuel Barbosa, sobre o Direito civil, no século XIX, em específico:

Direito Civil complexo em razão dos atos legislativos que não formam um sistema coerente; complexo pela mediação de praxistas; complexo pela possibilidade de remissão ao direito codificado e legislado de outros países.¹⁸

Nesta configuração, os livros, compêndios e revistas jurídicas exerceram papel relevantíssimo enquanto instrumentos de seleção, identificação e difusão do direito brasileiro¹⁹. Era a doutrina, o jurista doutrinador, que promovia a adaptação de todo o arcabouço jurídico aos interesses liberais e progressistas dentro de uma conjuntura em que as ideias pareciam, *mas somente pareciam*, não estar no lugar certo.

A “doutrina”, o produto científico do jurista, o resultado invariável da percepção do jurista acerca das matérias relacionadas à aplicação das condutas humanas no campo jurídico²⁰, no século XIX brasileiro, portanto, não era apenas informativa, mas constituía uma das principais fontes do Direito, assim como o eram, entre outros, a legislação, a jurisprudência e as

ao Programa de Pós-Graduação em Direito em 2018. Universidade Federal do Paraná.

¹⁸ BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 365.

¹⁹ DIAS PAES, Mariana Armond. *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014. p. 31.

²⁰ SOUZA, André Peixoto. *Direito Público e Modernização Jurídica: Elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. Tese apresentada para obtenção do grau de doutor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2010, p. 56.

formulações dos bacharéis nas suas ações práticas nos tribunais e em instâncias jurídicas.

E um dos principais responsáveis pela produção e difusão do conhecimento acerca do Direito Civil no Brasil no início do século XIX foi o professor Lourenço Trigo de Loureiro.

Nascido em Portugal, na cidade de Viseu, no dia 25 de dezembro de 1793, Lourenço Trigo de Loureiro principiou seus estudos jurídicos na cidade de Coimbra. Quando das invasões das tropas napoleônicas, fora obrigado a refugiar-se na cidade do Rio de Janeiro e, conseqüentemente, a abandonar os estudos do direito que havia encetado na Universidade de Coimbra. Diferentemente de seus antecessores – e essa informação é valiosa – Trigo de Loureiro realizou parte de seus estudos de Direito já no Brasil²¹.

Em 1832 formou-se a primeira turma de bacharéis em ciências jurídicas da Faculdade de Olinda. Nesta oportunidade, lá estava Trigo de Loureiro. Já no ano seguinte, doutorou-se e foi chamado para exercer, interinamente, o lugar de professor substituto.²² No ano de 1840, tornou-se professor efetivo de Direito. Em 1852, ocupou a cadeira de lente catedrático.²³

Em levantamento magistral²⁴, Giordano Bruno Soares Roberto nos trás alguns elementos para que possamos apreender de modo um pouco mais consistente a relevância e a influência da trajetória bibliográfica de Trigo de Loureiro.

Um dos aspectos elencados pelo professor para análise da importância dessas obras que é trazido aqui a este trabalho diz respeito à quantidade de vezes em que as publicações dos professores de Direito Civil das Academias do Império foram

²¹ BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Diccionario bibliographico brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883-1902, v. 5, p. 326.

²² BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 3ª edição. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, p. 452.

²³ BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. Op.Cit, p. 326

²⁴ Ver em ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas Academias Juridicas do Império*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. Tese de Doutorado em Direito.

citadas em outras teses e dissertações.

Vale destacar que parte significativa da elaboração de textos estava ligada ou ao processo de obtenção de título de doutoramento ou aos concursos para o exercício do magistério. Nestas duas situações os candidatos eram obrigados a entregar, além das teses sobre as várias matérias do curso, uma dissertação acerca de um tema previamente sorteado.²⁵

Ao longo de todo o período imperial, podemos encontrar 35 dissertações que tiveram como tema o estudo do Direito Civil. Dessas, 17 foram apresentadas na Academia de Recife. Em apenas 10 dissertações aparecem referências aos professores de Direito Civil, sendo que, em duas, há menção a conceitos desenvolvidos em sala de aula e não a textos publicados, e, em uma delas, cita-se uma peça processual, não uma produção doutrinária de Direito.²⁶

Segundo levantamento, o compêndio de Loureiro, em cinco dissertações, fora citado 12 vezes. Já o de Ribas, em três dissertações, fora mencionado 5 vezes.²⁷

Por fim, ressaltemos que o Compêndio intitulado Instituições de Direito Civil, escrito pelo jurista em 1851 para servir de base para os estudos na Academia de Recife, não fora substituído por nenhum outro livro durante o restante de todo o período imperial, sendo também integrante exclusivo nas aulas de Direito Civil da Faculdade de São Paulo até o fim do Império.

Esses dados, inevitavelmente, nos levam a concluir que as contribuições de Trigo de Loureiro possuíam especial relevância. Era o professor de Olinda, e posteriormente Recife, um dos grandes responsáveis pela difusão do conhecimento do Direito Civil na formação do Estado Nacional.

3. O COMPÊNDIO DE TRIGO DE LOUREIRO E A OBRA

²⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Op.Cit, p. 479.

²⁶ Ibidem, p. 481.

²⁷ Ibidem, p. 482.

DE MELLO FREIRE.

Antes mesmo de Augusto Teixeira de Freitas, conhecido no Brasil como “o jurisconsulto do império”²⁸, e a quem fora incumbido pelo Imperador o dever de elaborar pela primeira vez um projeto de Código Civil, Lourenço Trigo de Loureiro chamou para si a responsabilidade difícil e árdua de, pela primeira vez, realizar uma exposição minimamente sistemática do Direito Civil brasileiro.

Na segunda metade da década de 1830, as Instituições de Direito Civil Português, de Mello Freire, escritas em latim, e desde o início dos cursos jurídicos brasileiros adotada como referencial para o estudo do Direito Civil, foram traduzidas para o idioma pátrio e publicadas em Pernambuco. Essas edições, no entanto, segundo Beviláqua, tornaram-se raras e em pouco tempo já não se podia mais encontra-las à venda.²⁹

Até o início da década de 1850, os professores de Direito Civil das duas faculdades de direito brasileiras usavam apenas o compêndio do autor coimbrão, lendo muitas vezes o texto em latim e fazendo, aqui e acolá, apenas algumas observações em relação às particularidades do Direito brasileiro.³⁰

Em 1851, quando ainda era professor substituto, e muito antes de se tornar catedrático de Direito Civil, Trigo de Loureiro publica o primeiro compêndio de Direito Civil Brasileiro.³¹

Na confecção do livro, inspirou-se fortemente nas já bastante difundidas Instituições de Direito Civil de Mello Freire; aludindo, inclusive no título publicado na primeira edição do livro, à referenciada obra.

O título da primeira edição, de 1851, foi o seguinte:

²⁸ Esse é o título dado à biografia de Teixeira de Freitas escrita pelo civilista Sílvio Meira. Ver: MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983.

²⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. Op.Cit, p. 307.

³⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Op.Cit, p. 166.

³¹ Idem.

Instituições de Direito Civil Brasileiro, extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do Exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras.

Ao referenciar o título, Trigo não omitiu a escolha consciente pela inspiração na obra do jurisconsulto de Coimbra, e justificou a sua opção nas seguintes palavras:

Sendo geralmente reconhecida a necessidade de um sistema de ensino do Direito Civil Brasileiro para uso das aulas da nossa Academia de Ciências Sociais e Jurídicas na parte relativa a esse ramo do Direito Positivo Brasileiro, e determinando-nos a suprir essa necessidade, pareceu-nos que nada melhor podíamos fazer, do que seguir o sistema do exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Mello Freire, extraindo do seu excelente Compêndio de Instituições de Direito Civil Lusitano, pela mesma ordem dele, tudo quando continua a ter aplicação entre nós, e adicionando-lhe nos lugares competentes a substância das Leis propriamente Brasileiras, publicadas desde 1822 até 1850.³²

Ao optar por esse caminho, Loureiro tornou-se, segundo alguns historiadores brasileiros³³, apenas mais um comentador da obra de Mello Freire.

Na segunda edição, de 1857, Loureiro suprimiu a referência à Obra do autor coimbrão. O título, o seguinte: *Instituições de Direito Civil Brasileiro. Segunda edição mais correta e aumentada, e oferecida, dedicada e consagrada a Sua*

³² LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, Extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do Exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Mello Freire, na Parte Compatível com as Instituições da Nossa Cidade, e Aumentadas nos Lugares Competentes com a Substancia das Leis Brasileiras*. Tomo I. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851; LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, Extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do Exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Mello Freire, na Parte Compatível com as Instituições da Nossa Cidade, e Aumentadas nos Lugares Competentes com a Substancia das Leis Brasileiras*. Tomo II. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851, página não numerada.

³³ “Com tal escolha, Loureiro se tornava mais um comentador da obra de Mello Freire.” Ver em: ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Op. cit, p. 166.

Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II.

A referência ao autor português, no entanto, permanecia expressa em sua nota introdutória. Trigo de Loureiro afirmou que, por mais que o Mello Freire fosse considerado o fundador da jurisprudência brasileira, sua obra não refletia adequadamente a experiência pátria de monarquia constitucional, apresentando forte influência das doutrinas absolutistas. Era necessário e urgente, portanto, segundo Loureiro, que uma nova obra, atenta às nossas especificidades, viesse a lume para o ensino do Direito Civil Brasileiro. Ainda, afirmou que havia dois caminhos que poderiam ser utilizados nas trilhas da confecção de sua obra:

[...] ou reunir em um corpo novo as doutrinas especiais sobre este ramo da Ciência do Direito; ou retocar, e por em harmonia, com a índole do Governo do Brasil, e com o estado atual da sua Legislação civil as ditas Instituições de Direito Civil Lusitano. Um e outro porém, e principalmente o primeiro, era de imensa dificuldade, e exigia insano trabalho. Porquanto não se tratava de explicar um Código Civil, pois que não o temos; nem de reduzir a síntese, ou desenvolver os princípios fixos e constantes de um sistema coerente, porque o não há na nossa Legislação Civil.³⁴

E prosseguiu afirmando que enveredou para a segunda alternativa, a de reorganizar a Obra de Mello à materialidade brasileira, justificando-se, nos seguintes termos:

[...] No meio de imenso caos, em que ela [a Legislação Civil] se acha, o escritor tem não só de investigar nessa imensa multidão de Leis quais são as disposições, ou doutrinas que hoje estão, ou podem estar no Brasil; mas também de fomar o plano da coordenação delas, de redigir, até as suas últimas consequências, a sua substância, e de tomar a algumas vezes até certo ponto o lugar de legislador; porquanto a lei da ordem nas obras destinadas para a instrução não se contenta com a clareza, e distinção. [...] Imenso era portanto o trabalho, e imensas as dificuldades, que oferecia um e outro meio, e principalmente o

³⁴ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, segunda edição mais correta e aumentada, e oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo I. Recife: Tipografia Universal, 1857, página não numerada.

primeiro, à quele que empreendesse um ou outro.³⁵

Na terceira edição, publicada em 1861, a última escrita pelo professor brasileiro, não existe qualquer menção à obra do jurisconsulto coimbrão, tanto no título, quanto na nota introdutória. O título, o seguinte: *Instituições de Direito Civil Brasileiro. Terceira edição mais correta, e aumentada, e oferecida, dedicada, e consagrada à Sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*³⁶.

Existem ainda outras duas edições da obra, uma de 1871 e outra de 1884, ambas exatamente iguais à terceira, vez que realizadas depois da morte do autor. Há também uma recém-gestada edição fac-símile³⁷, publicada em 2004 por iniciativa do Senado Federal e do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

Segundo o professor Giordano Bruno Soares, existiriam alguns supostos defeitos muito evidentes na obra do civilista brasileiro, e que ora são trazidos aqui à discussão, pois pertinentes ao nosso debate que possui como objetivo justamente demonstrar como o Direito português foi burilado, esgarçado, traduzido e reinventado de modo a ser útil e adaptado ao contexto social, jurídico e econômico brasileiro.

O primeiro defeito, segundo o professor de Minas Gerais, residiria no suposto “*servilismo ante outros escritos, a começar pela eleição da obra de Mello Freire como base da que pretendia escrever*”³⁸. O segundo demérito seria a reiterada apropriação do pensamento alheio. Afirma, por exemplo, que é muito significativo o fato de Trigo ter suprimido por inteiro, a partir da segunda edição de sua obra, seis anos apenas após a publicação da primeira, a referência expressa ao autor de Coimbra, tanto no

³⁵ Idem.

³⁶ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, terceira edição mais correta e aumentada, oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo I. Recife: Tipografia Universal, 1861.

³⁷ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. ed. facsim. Brasília: Conselho Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. nv. (História do direito brasileiro. Direito civil, v. 5).

³⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Op.Cit, p. 169.

título, na segunda edição, quanto no título e nas palavras introdutórias, na terceira³⁹. Segundo o professor, “[...] *Na segunda, simplesmente apresenta o texto como se fosse integralmente seu, apropriando-se, sem cerimônias, do trabalho alheio.*”⁴⁰

Antes de prosseguirmos na análise dos conceitos relativos à personalidade, que são efetivamente o objeto deste trabalho, entendemos importante e essencial deixarmos claras algumas impressões nossas que divergem da leitura do professor de Minas Gerais que, inevitavelmente, corroboram com a nossa interpretação acerca da característica inovadora da obra brasileira.

Em primeiro lugar, sobre o apontado servilismo, compreendemos que há, de fato, a partir da análise dos dois volumes das Instituições de Loureiro, em suas três edições, em comparação com os quatro livros da Obra de Mello Freire, uma forte inspiração na obra do autor de Coimbra. Como se disse, aliás, o civilista brasileiro deixa isso bem claro tanto no título quanto nas notas introdutórias. Não há o que divergir. O que não nos parece tão acertado, no entanto, é a leitura de que esse chamado “servilismo” deveria ser considerado um defeito da obra. Explicamos.

O contexto da cultura jurídica brasileira no período de publicação das três edições objeto de análise era o de extremo pluralismo e de uma realidade que bebia, e muito, nas tradições teóricas jurídicas lusitanas. Por mais que houvesse a vontade pela estruturação de um Direito mais duro, sistematizado e coerente com os ideais do progresso liberal que afloravam no Brasil especialmente na segunda metade do século XIX, o que se encontrava aqui era um quadro em que legislações oficiais, doutrinas e a prática dos advogados e dos tribunais se misturavam sobre um pano de fundo em que as normativas portuguesas e todo o cabedal teórico lusitano pululavam.

Não nos parece, desse modo - dado a extrema dificuldade de se aventurar em uma tarefa tão complexa quanto a de, pela

³⁹ Idem.

⁴⁰ Idem.

primeira vez, tentar aglutinar a mole legislação civil brasileira em um único documento – que a característica do alcunhado *servilismo* possa ser considerada um “defeito”, uma falha. É, no entanto, algo absolutamente coerente com o contexto jurídico apresentado. Esperar que o primeiro compêndio de Direito Civil Brasileiro não fosse inspirado na obra portuguesa que era referência teórica à época⁴¹ talvez não seja a atribuição de sentido mais condizente face ao estado de coisas descrito.

Com relação ao segundo suposto “defeito” supostamente presente na obra de Trigo de Loureiro, qual seja, a reiterada apropriação do pensamento alheio, trazemos aqui também algumas considerações que entendemos capazes de relativizar essa impressão.

O padrão doutrinário no Brasil, durante muito tempo, foi o de constantes inspirações em obras estrangeiras, muito em função do já apontado incipiente quadro da cultura jurídica letrada brasileira.

Aliás, o ato de se utilizar de obras outras como base para se produzir uma nova era algo muito comum também entre os próprios autores portugueses contemporâneos a Trigo de Loureiro. O que o professor mineiro chama, com vestes de defeito, de “apropriação do pensamento alheio”, era, na verdade, prática absolutamente normalizada no período.

Ressalte-se, ademais, que a noção de “apropriação de ideias de outrem” só pode ser compreendida dentro de uma seara discursiva em que se comporta a noção moderna de sujeito (esta, por sua vez, intimamente imbricada com a noção moderna de propriedade e de faculdades individuais inerentes a cada ser isoladamente considerado). Sabemos que ideias modernas, no contexto do pensamento jurídico do século XVIII, conviviam com as construções dos séculos anteriores. Portanto, a noção

⁴¹ Desde o início das fundações das Faculdades de Direito no Brasil, as Instituições de Direito Civil de Pascoal José de Mello Freire serviam de base para o ensinamento da matéria.

moderna de sujeito que irá sustentar as formações doutrinárias relativas ao direito autoral e à propriedade intelectual, estava longe do seu completo desenvolvimento no período em questão.

Um terceiro ponto que gostaríamos de trazer à tona, a partir do aprofundamento na análise dos conceitos relativos à personalidade, reside na anteriormente citada atribuição do título de mero comentador da obra de Mello Freire ao professor brasileiro. Por mais que Trigo tenha se baseado fortemente na obra do autor coimbrão, seguindo confessadamente a sistemática estrutural do livro homônimo do jurista português, as nossas pesquisas revelaram que talvez não seja tão preciso designar-lhe tal título. Da comparação entre as obras, através da análise de conceitos relativos à personalidade nas três edições do livro de Trigo de Loureiro, pudemos perceber que o jurista brasileiro apresentou diversas remodelagens inovadoras aos conceitos que foram inicialmente esposados na publicação de Mello Freire; remodelagens estas que tinham como objetivo adequar a realidade material de extrema desigualdade do século XIX brasileiro aos ideais e ao discurso progressista e liberal que já há bastante ventava por aqui. E é o que passaremos a demonstrar detidamente mais adiante.

4. A DEFINIÇÃO DE PESSOA EM MELLO FREIRE E A SUPREMA DIVISÃO DOS HOMENS

No Livro Segundo, intitulado *Do Direito das Pessoas*, Mello Freire discorre, em seu primeiro parágrafo, sobre quais seriam, segundo as leis portuguesas, os direitos inerentes à pessoa:

O QUE É O DIREITO DAS PESSOAS § I- Todo o direito, que usamos no nosso Estado, ou respeita às pessoas, ou às coisas, ou às ações. Por direito das pessoas entendemos aqui a queles direitos que nascem da qualidade, e *diferença dos homens*, ou do seu estado tanto natural como civil. ⁴² (grifo nosso)

⁴² MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de Direito Civil Português: tanto*

E prossegue, no segundo parágrafo de título “Suprema Divisão dos Homens”, complementando a supracitada definição, afirmando que *pessoa* e *homem* possuem o mesmo significado. Ainda, refere-se à liberdade e à escravidão enquanto os dois estados qualitativos definidores da intitulada suprema divisão dos homens. Nas palavras do jurista coimbrão:

SUPREMA DIVISÃO DOS HOMENS § II – O direito das pessoas, ou dos homens, *o que significa o mesmo* (pois as nossas leis não fazem distinção entre estes dois vocábulos), consiste especialmente na liberdade, cidadania e família; e, assim, tanto no direito Romano como no Pátrio, *a suprema divisão dos homens é em livres e escravos*.⁴³ (grifou-se)

Destes dois parágrafos, antes de partirmos para a exposição do conceito de pessoa e a relação com o estado de escravidão em Trigo de Loureiro, gostaríamos de tecer, já aqui, alguns comentários.

A partir da análise literal da definição de pessoa em Mello Freire é possível identificar a presença forte daquele naturalismo marcante do medievo de que fala Grossi *em El orden jurídico medieval*. A noção de direito natural, marcadamente calcada numa realidade factual, não abstrata, “*incapaz de distanciarse de los hechos, realizador de una forma elemental que se sitúa sobre [...] hechos, se modela, se cimenta sobre ellos*”⁴⁴, pode ser cristalinamente identificada na igual significância que Mello Freire atribui à palavra *pessoa* e *homem*. Tal como a realidade apresenta, Mello Freire transporta a noção idêntica de direito dos *homens* e direito das *pessoas* para o seu compêndio, sem utilizar-se de nenhum artifício discursivo racional, sem distanciar o elemento vital intrínseco do *homem* ao conceito que, para ele, e naquele período e lugar histórico, encarna no próprio conceito de *pessoa*.

Ainda, na esteira do naturalismo jurídico, Mello Freire

público como particular, 1789, p. 114 do arquivo eletrônico.

⁴³ Idem.

⁴⁴ GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996, p. 82.

afirma que a chamada *suprema divisão dos homens* consiste justamente naquela característica que, faticamente, mais distancia os homens e que pulsa vibrante no contexto histórico⁴⁵ do juriconsulto coimbrão: o estado de liberdade e o estado de escravidão.

Passemos, agora, para a análise comparada das três edições das Instituições de Direito Civil Brasileiro, interpretando as reinvenções que Trigo de Loureiro faz a partir da Obra de Mello Freire, e demonstrando o caminho perseguido pelo professor de Recife em sua tradução para um maior formalismo jurídico e uma adequação dos conceitos para a realidade complexa e peculiar brasileira.

5. A REINVENÇÃO DO HOMEM EM TRIGO DE LOUREIRO: A PASSAGEM PARA O FORMALISMO JURÍDICO E A TRADUÇÃO DOS CONCEITOS RELATIVOS À PERSONALIDADE PARA A REALIDADE BRASILEIRA

5.1 A PRIMEIRA EDIÇÃO, DE 1851

Na primeira edição das Instituições de Direito Civil Brasileiro, em relação ao conceito de *pessoa*, nota-se que o professor de Recife não o equipara, como o fez Mello Freire, ao conceito de *homem* (natural e encarnado), e, por consequente, não

⁴⁵ É importante ressaltarmos que a escravidão, segundo Mello Freire, já era reprovada desde o século XIII pelos cristãos. Além disso, afirma em outra oportunidade de seu livro que não há, naquela época, escravos por nascimento, cativo ou delito, mas que no Brasil ainda toleram-se a presença de escravos negros. “DOS CATIVOS ALHEIOS § VI- [...] reprovada a escravidão já desde o século XIII entre os cristãos (Bodin, *De republica*, liv. I, cap. V; Selden, *Mare Clausum*, liv. I, cap. XXVI), não hesitamos em afirmar que ela entre nós nunca esteve em uso ou então há muito deixou de estar.[...]” MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Op. cit.*, p. 115 do arquivo eletrônico. E também: “DOS ESCRAVOS NEGROS NO BRASIL § XII – Por conseguinte, actualmente não existem escravos entre nós, por nascimento, cativo, ou delito. Todavia, no Brasil toleram-se os escravos negros, os quais, em passando a Portugal, recebem a liberdade nativa, Constituição de 19 de Setembro de 1761.” MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Op. cit.*, p. 117 do arquivo eletrônico.

equipara os direitos dos homens e das pessoas. Entende-se que essa simples omissão pode ser considerada um substancial avanço em direção à modernidade; primeiras pistas daquilo que poderíamos chamar de formalismo jurídico.

Além disso, utilizando-se da noção de *jus personarum*, retomando a antiga invenção romana de direitos personalíssimos que distinguiam os homens de acordo com o seu *status* (*status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*), Trigo fará a mesma alusão de Mello Freire no que se refere aos direitos que nascem ou da qualidade de homem, ou do estado natural, ou civil. No entanto, e aqui nos chama atenção, irá retirar de seu texto a expressa citação ao termo “*diferença*” - que aparece em Mello Freire junto às outras qualificadoras de direitos de personalidade (qualidade de homem, estado natural e estado civil). Vejamos a definição de Trigo:

§. 2. DO DIREITO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS. Todos os direitos, que nos pertencem na nossa Cidade, ou se referem à nossa personalidade, ou às *cousas externas*, ou aos meios de os fazer valer em Juízo, chamados *acções*. Por direito com relação à nossa personalidade (*Jus personarum*), entende-se toda a faculdade, ou poder jurídico, *que nasce da nossa qualidade de homem, ou do nosso estado natural, ou civil.*⁴⁶ (grifou-se)

A opção pela retirada da expressa referência à “*diferença dos homens*” enquanto mais uma das possíveis situações reais que fazem emergir diferentes direitos relacionados às pessoas, como o fez Mello Freire, a nosso ver, não deve passar despercebida, principalmente se tivermos em mente o caldo político que rodeava as produções de Trigo de Loureiro a que nos referimos no primeiro tópico deste trabalho. O contexto do pós-independência no Brasil era marcado pelos anseios do liberalismo político, pelas ideias do universalismo e o apelo às construções

⁴⁶ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, extraídas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras*. Tomo I. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma e Filhos, 1851, p. 2.

igualitárias oriundas das Revoluções liberais burguesas. Certamente esse imaginário reverberou de maneira significativa na confecção da obra objeto de análise, encetando construções frasais “mais brandas”, que não refletissem no plano abstrato da norma a distinção social (entre pessoas efetivamente consideradas diferentes: os livres e escravos) que era presente no plano factual.

Trigo, ao distanciar-se da definição de *direito das pessoas* calcada em pressupostos que compreendem como naturalmente diferentes os homens em sua essência, mais uma vez, realiza um salto gigantesco em relação à definição de Mello Freire, demonstrando verdadeiro distanciamento do jurista de Coimbra.

Para além dessas já apontadas inovações na obra do civilista luso-brasileiro, gostaríamos de, ainda, debatermos uma terceira modificação que entendemos importante para a compreensão do modo como Trigo de Loureiro traduzia e reinventava a literatura estrangeira, adaptando-a a realidade - progressista no discurso e conservadora no modo de produção econômico-brasileira. Já nesta primeira edição, Trigo de Loureiro não afirma, como o fez Mello Freire, que “*a suprema divisão dos homens é em livres e escravos*”⁴⁷. O professor de Recife mantém a divisão apresentada pelo jurisconsulto de Coimbra, sem, no entanto, referir-se a essa divisão com a qualificante “*suprema*”⁴⁸. Conforme se pode perceber no parágrafo terceiro do Livro I, Trigo traduz a referência à *suprema divisão dos homens* para a expressão “*principal divisão das pessoas*”. Ademais, repise-se que Trigo não calca essa diferença, como fez Mello Freire, na distinção natural entre os homens. Vejamos:

⁴⁷ MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Op. cit.*, p. 114 do arquivo eletrônico.

⁴⁸ O título, o seguinte: “*TÍTULO I. DOS HOMENS LIVRES, E ESCRAVOS, E PRIMEIRAMENTE DAS LEIS, POR QUE O BRASIL SE GOVERNA.*” Em: LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, extraídas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras.* Tomo I. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma e Filhos, 1851, p. 2

§.3. PRINCIPAL DIVISÃO DAS PESSOAS. Os direitos, que nos pertencem em relação a nossa personalidade, referem-se principalmente aos estados de *liberdade, cidade e família*. E daí vem que segundo o Direito Pátrio da mesma sorte, que segundo o Direito Romano, *as pessoas, ou os homens, dividem-se em ingênuos, ou livres, e escravos*.⁴⁹ (grifou-se)

Mais uma vez, e isso ficará mais cristalino posteriormente a partir da análise das transformações relacionadas a esse ponto em cada edição, essa remodelagem pode ser interpretada como um indício de mitigação das diferenças existentes entre os papéis ocupados pelas pessoas no contexto circundante à produção da obra.

Interpretados os distanciamentos entre a primeira edição das Instituições de Trigo de Loureiro e a obra de 1789 de Mello Freire tivemos a oportunidade de visualizar, já aqui, na primeira edição, os primeiros traços de uma cultura jurídica que se amoldava, e que também moldava uma realidade em que i) a não equiparação entre o conceito de *homem e pessoa*, ii) a definição dos *direitos em relação às pessoas* e iii) a opção pela supressão à *suprema divisão dos homens entre livres e escravos* estava de acordo com um discurso que se pretendia universal, mas que convivia de modo coerente com uma realidade que mantinha traços bastante fortes de diferenças sociais.

Passemos agora para análise do conceito de pessoa presente na segunda edição do compêndio de direito civil de Lourenço Trigo de Loureiro, relacionando-o com o estado de escravidão.

5.2 A SEGUNDA EDIÇÃO, DE 1857

Na segunda edição, nota-se mais um avanço substancial

⁴⁹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, extraídas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto português Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e aumentadas nos lugares competentes com a substância das leis brasileiras*. Tomo I. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma e Filhos, 1851, p. 2.

em direção à modernidade e ao formalismo jurídico que nos permitem questionar o título de “mero comentador” da Obra de Mello Freire que fora atribuído a Trigo de Loureiro por alguns historiadores brasileiros.

No segundo parágrafo da obra de 1857, Trigo de Loureiro diferencia as pessoas em “*físicas, morais e jurídicas*”, define pessoa enquanto “*todo o ser capaz de direitos e obrigações*” e, pela primeira vez, há a referência àquela que, segundo Ricardo Marcelo Fonseca⁵⁰, é uma das maiores construções da modernidade: o “*sujeito de direitos*”. Vejamos o que diz o autor:

§2. NOÇÃO E DIVISÃO DAS PESSOAS EM FÍSICAS, E MORAIS, OU JURÍDICAS. *Entende-se por pessoa todo o ser capaz de direitos, e obrigações. Os direitos e obrigações, falando das coisas deste mundo, só podem competir a os entes da espécie humana: todavia, em jurisprudência, admitem-se seres abstratos revestidos de direitos, e obrigações; tais como, v. gr., a Fazenda Nacional, a Igreja, as Câmaras Municipais, a herança jacente; e até se admitem direitos chamados das coisas, ou direitos reais – jura rerum- , isto é, direitos pertencentes a uma pessoa física, moral, ou jurídica, mas tão estreitamente ligados com as coisas, que formam o seu objeto, que o sujeito deles (sic), isto é, a pessoa, a quem eles pertencem, pode fazê-los valer contra todo aquele, a cuja posse passarão contra a sua vontade, e sem justa causa, ou sem seu consentimento. Daí vem a distinção das pessoas em pessoas físicas, e morais, ou jurídicas, e a distinção dos direitos, e obrigações em direitos, em obrigações pessoais, e direitos, e obrigações reais. A pessoa a quem o direito pertence, chama-se sujeito de direito, e a coisa,*

⁵⁰ “[...] Viu-se como foi na obra de jusnaturalistas como Francisco Suárez que se pode notar o nascimento da noção de direito subjetivo, na distinção feita por aquele teólogo entra a *ius* (ou *ius dominativum*) e a *lex* (ou *ius praeceptivum*), que podem aproximarse grosso modo, das distinções atuais entre direito subjetivo e direito objetivo. Viu-se também que foi *Grotius* quem melhor elaborou a noção de direito subjetivo (direito ligado a um sujeito) enquanto uma qualidade moral (*facultas*) que poderia ser exercida pelo seu titular, Fica claro, assim- como também já foi mencionado- que a modernidade (e todo o contexto que a encetou) é o lugar privilegiado de ascensão do direito subjetivo, portanto do direito com um sujeito que o exercita, e, conseqüentemente, do sujeito de direito.” FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

sobre o que o objeto recai, chama-se *objeto de direito*.⁵¹ (grifo nosso)

Esse segundo parágrafo exprime com exatidão as novas roupagens de formalismo jurídico que assume esta parte na obra de Trigo de Loureiro. Nele, estão presentes os traços marcantes de um sistema em que as instituições encontram preferencialmente a própria razão de ser em um artifício humano – a personalidade jurídica e moral- de que somente prescindindo de sua aderência com o real são consideradas válidas.

Conquanto a obra de Mello Freire, eminentemente calcada em um naturalismo jurídico, se esforce para aderir ao real, à natureza das coisas, a obra de Trigo já retrata o esforço racional do homem de distanciar-se dessa natureza, através do conceito abstrato de pessoa.

Grossi, em brilhante exposição, irá nos mostrar que nenhum exemplo demonstra com maior exatidão o esforço racional pelo distanciamento da realidade factual que a noção de pessoa jurídica. Segundo o professor:

Todos saben que, caulquiera que sea el planteamiento doctrinal que se siga, la noción de persona jurídica- como intento acertado de entificación de una realidade metanatural que la naturaleza no entifica y más bien ignora- representa el brillante resultado de un procedimiento de abstracción conseguido por teóricos e por prácticos del Derecho. Decir, em efecto, que un conjunto de personas físicas emerge de una entidade- la asociación- distinta de aquellas personas y de la suma de ellas, o que un conjunto de bienes unificados para un fin determinado puede dar vida al ente jurídico “fundación”, significa apoyarse en el principio de que el Derecho es creación humana, a lende y contra la naturaleza de los fenómenos, y que este Derecho puede, por conseguinte, abstraerse tranquilamente de ella.⁵²

Além de termos nesta edição o conceito de pessoa jurídica e moral, temos também i) a presença do termo “sujeito de direitos”, aquele que, “*como digno representante de la adaptación del derecho natural a las ambiciones positivas y legalistas,*

⁵¹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit, 1857, p. 2.

⁵² GROSSI, Paolo. Op.Cit, p. 830.

se convierte en epicentro del absolutismo jurídico”⁵³ e ii) de um conceito de pessoa completamente incrustado de formalismo. A definição de pessoa para Trigo de Loureiro se resume à capacidade de um “ser” (abstrato ou real) contrair direitos e obrigações.

Em 1934, em Teoria Pura do Direito, Kelsen irá sistematizar de maneira muito rica as bases de um direito positivo, que não seja eivado de valores e que exista isoladamente e sem necessária conexão com o real. Nesta oportunidade, o grande juspositivista sintetiza a noção de pessoa e sujeito de direitos de maneira muito análoga (e, claro, de modo muito mais complexo) àquela definição que já aparecia na segunda edição das Instituições de Direito Civil Brasileiro. Vejamos o que afirma Kelsen:

O conceito jurídico de pessoa ou de sujeito de direitos só exprime a unidade de uma pluralidade de deveres e direitos, ou seja, a unidade de uma pluralidade de normas que estabelecem esses deveres e direitos. A pessoa física corresponde ao homem individual e a personificação, isto é, a expressão unitária personificada das normas que regulam a conduta de um homem. [...] Esta é uma realidade natural, a que uma representação auxiliar do conhecimento jurídico, da qual se poderia também desistir.⁵⁴

Como se pode perceber, o conceito de pessoa em Trigo de Loureiro carregava a mesma característica de exprimir a unidade de uma pluralidade de deveres e direitos. Mello Freire tão somente comparava o direito das pessoas ao direito dos homens, afirmando que estes consistiam especialmente na liberdade, cidadania e família. Isso para não falar (o que seria um tanto quanto esperado) que o conceito de sujeito de direitos não aparece em momento algum na obra do juriconsulto coimbrão. A distância é abismal.

Mas a obra de Trigo de Loureiro também é fruto de seu

⁵³ HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. *La persona en el Derecho Civil: historia de un concepto jurídico*. México: Editorial Porrúa, 2005, p.36.

⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 113.

tempo: um tempo de transição política e jurídica no Brasil. Em que pese Trigo de Loureiro caminhe para um Direito que se apresenta de maneira muito mais lógica, está presente ainda em sua segunda edição a velha distinção que fizera Mello Freire entre *livres* e *escravos*. No entanto, de modo um pouco mais coerente com o discurso lógico contido em seu compêndio, e com a realidade artificialmente progressista brasileira, continuará mantendo a referida divisão (entre livres e escravos), mas não afirmará que os homens são naturalmente diferentes, como fizera o jurista de Coimbra. Vejamos:

§3. OS HOMENS DIFEREM EM DIREITOS SEGUNDO O SEU ESTADO. Todo homem é capaz de direito; e portanto todo homem é pessoa por sua natureza, e fim para si mesmo. *No estado social porém os direitos dos homens variam segundo o seu estado, e posição, que se acham colocados; porquanto, ainda que as leis sociais, quando protegem, ou castigam, devam e possam ser iguais para todos, sem outra diferença, que não seja o merecimento de cada um, segundo os seus talentos, e virtudes, essa mesma diferença cria, e firma diversidade de direitos. Daí vem que em jurisprudência os homens dividem-se* (deixando outras divisões que não são do nosso assunto) *em livres, e escravos; cidadãos, e estrangeiros; pais famílias, e filhos famílias.*⁵⁵ (grifou-se)

Ao invés de apresentar a referida divisão, elencando-a ao patamar de “suprema” e destacando-a em local privilegiado de visibilidade em seu compêndio (o título do parágrafo), como fizera Mello Freire, Trigo de Loureiro, primeiramente, irá dividir as pessoas em “físicas, e morais ou jurídicas”, e em um segundo momento, elencando o estado social enquanto propulsor dos diferentes “estados” em que se encontra o homem, irá dividi-los entre i) cidadãos e estrangeiros, ii) pais famílias e filhos famílias, e também, e não superiormente, iii) entre livres e escravos.

O grande salto de Trigo de Loureiro é, a nosso ver, o distanciamento que ele apresenta entre as pessoas em seu estado natural e as pessoas consideradas no estado social. E isso ficará

⁵⁵ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit, 1857, p. 2.

mais claro ainda quando chegarmos à análise da terceira edição. Todos os homens são naturalmente iguais, o que os difere reside na abstração que modela as capacidades e atribui determinadas aptidões a cada homem considerado socialmente. Um exemplo emblemático reside na normativa que define os escravos, considerados segundo o direito romano. Vejamos:

§5. DOS ESCRAVOS POR DIREITO ROMANO. São escravos segundo o direito romano os que estão no domínio de outros homens, *ainda que contra a natureza, a qual criou todos os homens igualmente livres*, dotados dos mesmos direitos e sujeitos a os mesmos deveres [...].⁵⁶ (grifo nosso)

Mais uma vez, fica clara a distinção entre os homens em seu estado natural e em seu estado social. O escravo, em Trigo de Loureiro, não era considerado coisa. Muito pelo contrário. Era pessoa, dotada de plenos direitos, pois igual a qualquer outra em seu estado natural. Mas, no entanto, na realidade material, era cerceado em praticamente todas as outras aptidões.

Arno Wehling, em *O Escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871)*, retrata a dubiedade que constituía o estado de escravidão nesse período:

Do ponto de vista civil o escravo era *res*, simultaneamente coisa e pessoa. Mas não participava da vida da *civitas*, pois estava privado de toda capacidade. Em consequência, não tinha direitos civis, muito menos políticos e também não podia atuar em atos como testemunhar em juízo, testar, contratar ou exercer tutela.⁵⁷

Como pessoa, o escravo não poderia ser considerado propriedade. Mas o discurso jurídico, instrumentalizador de uma realidade que convivia coerentemente com a escravidão e com as universalidades, novamente, se fez presente e substituiu pela expressão *domínio* aquilo que pelos romanos era chamado *propriedade*. Vejamos o momento em que Trigo afirma que os

⁵⁶ Ibidem, p. 3.

⁵⁷ WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.492.

escravos estão sob o domínio de outros e não sob sua propriedade:

§4. DOS HOMENS LIVRES. Dizem-se livres as pessoas, que não estão em injusta sujeição, *ou no domínio de outras, como estão os escravos*; [...]⁵⁸

Ao que parece, o direito pertencente ao escravo definitivamente não estava na seara das liberdades políticas e garantias individuais de direitos. Por mais que Trigo de Loureiro afirmasse que as leis brasileiras suavizavam muito a condição do escravo em comparação com a legislação romana, a verdade é que o direito que o escravo tinha, basicamente, era o de ser recolhido em cadeias públicas, o de não ser maltratado mais que outros presos e o de ter garantida a subsistência enquanto estivesse enclausurado na prisão. Em suma, o direito paradoxal de ser preso. Vejamos:

§7. DA CONDIÇÃO DOS ESCRAVOS. *Por direito romano os escravos não eram pessoas, mas coisas*; porquanto não eram capazes de direitos, e eram equiparados aos animais domésticos; [...] *As nossas leis porém suavizaram muito a sua condição*. O senhor não os pode castigar com mais dureza, do que aos criados livres [...]; *e se para os corrigir for necessário, recolhê-los à cadeia pública*, não devem ser mais maltratados, do que os outros presos, sendo o senhor obrigado a sustentá-los, enquanto nela estiverem e defendê-los em juízo; [...]⁵⁹

Como se pode perceber, as contradições filosóficas e jurídicas entre as formulações presentes na obra de Trigo de Loureiro, oriundas da tradição iluminista e do liberalismo político, ideologicamente dominante desde a independência, conviviam articuladamente com a escravidão como uma situação de fato, normalizando perfeitamente as incongruências imanentes entre essas duas situações; traduzindo e reinventando os ideários estrangeiros à nossa realidade.

5.3 A TERCEIRA EDIÇÃO, DE 1861

⁵⁸ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit, 1857, p. 3.

⁵⁹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit, 1857, p. 5.

É na terceira edição da obra de Trigo de Loureiro que ficam evidentes os traços mais marcantes de seu formalismo. Os conceitos e a estruturação de seu compêndio aparecem de modo muito mais trabalhado, refinado, racional e artificioso.

Nesta terceira edição, no segundo parágrafo, o primeiro traço que gostaríamos de apontar reside na menção expressa à classificação entre os homens, encarnados e possuidores do elemento vital, e as pessoas, juridicamente consideradas. A criação abstrata nas edições anteriores, como se pôde verificar, era apenas sugestionada, sem, no entanto, haver menção detalhada de quais eram os fundamentos que para o autor embasavam essa distinção. Nesta terceira edição, Trigo descreve com todas as letras que “*a palavra pessoa em fraseologia jurídica, não exprime somente, como em linguagem vulgar, a ideia do ser chamado homem*”⁶⁰. O que nas edições anteriores estava subliminar, agora vem expresso. Além disso, demonstra minuciosamente as três possibilidades em que a palavra pessoa pode ser encarada, quais sejam, i) pessoa propriamente dita, ii) pessoa coletiva e iii) pessoa absolutamente ideal, apresentando de maneira pormenorizada quais eram as características inerentes a cada uma dessas “pessoas”. Ao descrever de modo lógico e coerente a distinção entre as várias significações da palavra *pessoa*, Trigo nos apresenta um grande salto em direção ao positivismo jurídico, se distanciando, mais uma vez, de Pascoal de Mello Freire.

O que mais desperta curiosidade nesta terceira edição, no entanto, não é a menção detalhada do significado da palavra pessoa, tampouco a apresentação minudenciada das características que encerram cada uma delas. O que salta aos olhos é justamente a configuração e o modo como Trigo de Loureiro, a partir da obra de Mello Freire, rearranja, inclusive estruturalmente e esteticamente, e de maneira inovadora, os dispositivos que trazem as definições relativas ao conceito de pessoa.

⁶⁰ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit, 1861, p. 30.

Veremos, a partir de agora, na mesma sequência cronológica em que os parágrafos são apresentados, a nova divisão das pessoas que Trigo de Loureiro apresenta em sua terceira edição, de 1861.

A primeira perspectiva de classificação das pessoas é encontrada no segundo parágrafo. Lá, Loureiro dirá que as pessoas podem ser diferentemente consideradas segundo a sua *natureza*.

§2. DAS PESSOAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO À SUA NATUREZA. A palavra *pessoa* em fraseologia jurídica, não exprime somente, como em linguagem vulgar, a ideia do ser chamado *homem*; porquanto em Jurisprudência chama-se pessoa todo o ser capaz de adquirir direitos, e contrair obrigações, quer ele seja um ser (animado) *singular*, ou *individual*, v.g., o *homem* Pedro, quer seja um ser *coletivo*, ou composto de muitos seres singulares (animados, e da mesma natureza), como, v.g., *Povo*, *Municipalidade*, *Cabido*, *Corporação Religiosa*, etc.; quer seja, enfim, um ser puramente abstracto, ou ideal, como, v.g., *Estado*, *Igreja*, *Fazenda Pública*, etc.; cousas estas, que com muitas outras semelhantes, tem sido personificadas pelas leis, para o fim de lhes communicarem a capacidade de adquirirem direitos, e contraírem obrigações. *No primeiro caso temos pois uma pessoa propriamente dita*, um indivíduo, um ser, que existe naturalmente, e que tem existência visível, a que se tem chamado *pessoa física*, ou *pessoa natural*, para distinção das outras espécies de pessoas. *No segundo caso temos uma pessoa coletiva*, que não existe naturalmente, e que tem existência visível, pelo que se lhe tem chamado *pessoa moral*, ou *jurídica*; e também pode se lhe chamar *pessoa ideal*, por não existir por natureza. *Finalmente temos no terceiro caso uma pessoa absolutamente ideal*, porque não existe naturalmente, e não tem uma existência animada e visível, como o homem.⁶¹ (grifou-se)

Como se pode perceber, a noção de natureza em Trigo de Loureiro não representa, como em Mello Freire, aquela noção de direito natural baseada no retrato fiel do mundo das coisas, do mundo coerentemente ordenado por uma essência tautológica. Não é uma noção de direito natural fidedigna à realidade

⁶¹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit., 1861, p. 30.

como ela *é*, mas sim como ela *deve ser*. A natureza das pessoas, nesta terceira edição, não faz mais referência às qualidades inerentes ao *ser* (humano, encarnado, vivo, real), mas diz respeito às características das pessoas existentes no plano do *dever ser* (pessoas ideais, pessoas coletivas ou pessoas absolutamente ideais).

A partir dessa definição de pessoa considerada em relação ao seu estado de natureza, percebemos a transição de um direito que já estava tomando formas de modernidade, que já se mostrava eivado por aquela noção de Lei de Natureza (*Lex Naturalis*), que, nas palavras de Thomas Hobbes, “*é a Norma ou Regra geral estabelecida pela Razão*”⁶². A natureza da pessoa, aqui, também pode ser abstrata (coletiva ou ideal). Percebe-se cristalinamente neste parágrafo uma concepção de natureza que caminhava em direção à abstração da norma. Aqui, encontramos aquele recorte preciso de passagem escrita por Paolo Grossi, em artigo publicado no México, acerca da adaptação do direito natural ao projeto positivista e legalista:

El iusnaturalismo, con sus fábulas aparentemente ingenuas e inúteles pero que, em substancia, enclavaban al derecho en un modelo férreo, fue llamado a fundar el nuevo derecho del nuevo Estado dando vida a aquella autonomia que está en la base de la historia del derecho moderno y que podría ser acogida en el desliz del todo líquido y plano de precisas premisas a soluciones perfectamente opuestas, esto es en el passo del iusnaturalismo al iuspositivismo, en las fundaciones iusnaturalísticas del moderno iuspositivismo.⁶³

Essa noção, a de Lei natural baseada na razão, não era de modo algum, uma exclusividade do civilista que aqui aprofundamos. Pedro Autran da Matta de Albuquerque, lente titular da cadeira de Direito Natural da Faculdade de Direito de Olinda e

⁶² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000, p. 99.

⁶³ GROSSI, Paolo. Algo más sobre el absolutismo jurídico (o sea: De la riqueza y de la libertad del historiador del derecho). In: GROSSI, Paolo. *Derecho, sociedade, estado: una recuperación para el derecho*. México: Escuela Libre de Derecho: El Colegio de Michoacán, 2004, p. 54.

contemporâneo de Trigo de Loureiro, apresentava a definição de Direito Natural pautado nessa mesma construção racional. Segundo ele: “§12. *O complexo dos direitos e deveres fundados na natureza racional do homem constitui a ciência do direito natural*”⁶⁴.

Finalizadas as explanações acerca da noção de direito natural fundado na razão que nutria as formulações de Trigo de Loureiro e consolidado que, também em relação à natureza, as pessoas poderiam ser diversamente consideradas, passemos a outra divisão das pessoas.

No terceiro parágrafo, Trigo de Loureiro articulará uma segunda classificação: a divisão das pessoas em relação ao seu estado. Vejamos:

§3. DAS PESSOAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO SEU ESTADO. Um só e mesmo homem, considerado em relação ao papel, ou caráter, que representa na cena jurídica, isto é, considerado em relação aos diversos estados, condições, qualidades, ou posições, em que se pode achar colocado na sociedade civil, e em razão dos quais a lei lhe confere certos e determinados direitos, e certas e determinadas obrigações, distintos dos que se dão em homens colocados em estados, ou condições diferentes, pode representar simultaneamente muitos papéis, ou pessoas diferentes, e conseqüentemente achar-se investido de direitos, e obrigações diferentes entre si, correspondentes às diferentes pessoas representadas por ele, como sucede, v.g., naquele, que é ao mesmo tempo marido, pai, filho, mestre, procurador, etc., etc.⁶⁵

E complementar a exposição acerca da distinção entre os homens socialmente considerados, discorrendo, no quarto parágrafo, sobre as bases que fundamentam a dita distinção. Vejamos:

§4. DOS ELEMENTOS, OU FONTES ORIGINAIS DOS DIVERSOS ESTADOS. *Todos os estados*, de que falamos no parágrafo antecedente, e mais largamente na Introdução §§X e

⁶⁴ ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. *Elementos de Direito Natural Privado*. Pernambuco: Tipografia Imparcial, 1848, p. 13.

⁶⁵ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit., 1861, p. 30.

seguintes, *derivam de um ou outro dos três estados principais, de liberdade, cidade e família, os quais reunidos na mesma pessoa formam para ela o que no sistema jurídico dos romanos se chamava *caput**, isto é, fonte original de todos os direitos, e de todas as obrigações sociais, em cuja fruição e observância consiste a perfeita vida social.⁶⁶ (grifou-se)

Como podemos ver, há, pela primeira vez, a referência expressa ao termo *caput*. Trigo de Loureiro, nesse momento, refere-se às capacidades enquanto elemento central definidor de direitos e deveres, apresentando-o, ainda, enquanto fonte originária dos diversos estados.

Narváez Hernández, ao discorrer sobre as “gradações de ser pessoa”⁶⁷, nos possibilita mais um instrumental interpretativo interessantíssimo para a análise desse recorte em específico na terceira edição.

O professor mexicano afirma que no Direito, para além da preocupação existente com a pessoa em si, há também, e principalmente, a preocupação com o desenvolvimento de sua existência no mundo jurídico. Assim, de acordo com o exercício da personalidade de cada pessoa, o direito coloca a si a tarefa de tutelar as mais diferentes situações da vida⁶⁸. E prossegue, afirmando que:

Antiguamente se hablaba de *status*, el lugar donde está la persona, la posición, la colocación: ahora se habla de *capacidade*, la actualización de la condición de persona.⁶⁹

Essa constatação que reconhece que, enquanto no medievo o qualificante para as diferenças sociais era o *status*, e que na modernidade as diferenças sociais possuem o seu fundamento na *capacidade*, para nós, é valiosíssima.

Conquanto na obra de Mello Freire a diferença- natural a cada ser integrante do corpo social- é refletida nos diversos

⁶⁶ Ibidem, p. 31

⁶⁷ Trata-se de análise que o professor mexicano realiza acerca das diferentes capacidades relacionadas ao estado em que cada pessoa se encontra. “Los grados del ser persona”. Ver em HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. *Op. cit.*, p. 60.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

estamentos sociais, nos diversos *status*, em Trigo de Loureiro as distinções entre os direitos e deveres de cada pessoa, as distinções entre as pessoas, não mais se apresentam sob a roupagem do arcaico *status*, mas através da moderna tradução da formulação romana acerca das *capacidades*. Encontramos, aqui, aquilo que Hernández intitulou de “*passo del status antiguo al status moderno*”⁷⁰.

Na formulação do Direito Moderno, encontramos um debate primordial: a distinção entre o *status naturalis* e o *status civitatis*. O *status naturalis* diz respeito à relação de pertencimento ou exclusão de determinado grupo específico, de determinado estamento social; faz referência à noção medieval de *status*. Já o *status civitatis* traz em si a ânsia moderna pela superação das diferenças naturais entre os seres; é uma remodelação moderna da antiga noção de *status*. Esse conceito possui conexão direta com a palavra *capacidade*⁷¹. A fim de clarearmos um pouco mais as ideias, vejamos o que afirma Narváez sobre o significado do termo *status civitatis*:

[...] es un significado prescriptivo, como afirmación de una ‘natural’ condición de general igualdad de frente al ordenamiento, como forma de superación de la fragmentación de la sociedad medieval, utilizando un instrumento conceptual que en el pasado reciente había desarrollado una función del todo diversa.

Como se lê, o *status civitatis* pressupõe uma condição natural de igualdade. A partir desse pressuposto teórico, o da igualdade natural entre os seres, é que as diferenças, relativas aos diversos estados sociais, aos díspares direitos e deveres relativos às diversas capacidades, poderão ser estabelecidas e teorizadas.

É o que se percebe com exatidão em Trigo de Loureiro. A partir da leitura, não só do quarto parágrafo, mas também dos outros dispositivos normativos apresentados até aqui,

⁷⁰ Ibidem, p. 61.

⁷¹ Ibidem, p. 60.

percebemos que o civilista da Faculdade de Recife apresenta uma tentativa de quebra do nexu normativo entre *status naturalis*, propulsor, na Idade Média, de diferentes estamentos sociais, e o *status civitatis*- o *caput*, presente no quarto parágrafo- que pressupõe igualdade natural entre os homens, mas possibilita distinção de acordo com a sua capacidade, com o seu “estado civil”. Verdadeiro passo à abstração, ao formalismo jurídico.

Ainda, a título de maiores exemplificações, vejamos como em Mello Freire a noção de *status naturalis* pulsa vibrante:

TÍTULO III. DOS PATRÍCIOS, CAVALEIROS E PLEBEUS.
Outra divisão dos cidadãos. § I – Na sociedade civil necessariamente existem, *devido à sua desigualdade*, diversas ordens de cidadãos; primeiro, está a *Ordem Patrícia*, e, depois, a *Equestre*, e a *Plebeia*.⁷² (grifou-se)

Já em Trigo de Loureiro, de modo diametralmente oposto, no parágrafo em que essa possível divisão de cidadãos é debatida, podemos presenciar de modo fortíssimo a anteriormente citada tentativa de cisão entre *status naturalis* e *status civitatis*. Vejamos:

§38. OUTRA DIVISÃO DE CIDADÃOS. Os cidadãos brasileiros, a exemplo dos Romanos na L. 4- *de his, qui si, vel alieni, juris sunt*-, ou são pais, ou mães de famílias; ou são filhos, ou filhas-famílias: e esta é entre nós a terceira divisão das pessoas; pois que não admitimos a divisão delas em fidalgos, cavalheiros, e plebeus (que é a terceira no sistema do Sr. Mello Freire): porquanto tais distinções são hoje desnecessárias na ciência do direito, porque não lhes correspondem mais as diferenças e desigualdades de direitos, que dantes lhes correspondiam; Const. Art. 179, §§ 13, 14, 15, e 16.⁷³ (grifou-se)

Como pudemos perceber, a nova divisão dos homens, na terceira edição da obra de Trigo de Loureiro, é trazida em duas grandes frentes: pessoas consideradas em relação à sua natureza e pessoas consideradas em relação ao seu estado social. Mas é o parágrafo a seguir que nos permitirá discorrer, finalmente, sobre a anteriormente citada “nova divisão dos homens”. Eis o grande

⁷² MELLO FREIRE, Pascoal José de. Op. cit., p. 128 do arquivo eletrônico.

⁷³ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. Op. cit., 1861, p. 77.

salto do civilista da Faculdade de Recife:

§6. OS HOMENS DIFEREM EM DIREITO SEGUNDO O SEU ESTADO. Todo o homem é capaz de direitos, e portanto todo o homem é *pessoa* por sua mesmanatureza, e fim para si mesmo (parágrafo antecedente). *No estado social porém os direitos dos homens variam segundo o estado e posição, em que os homens se acham colocados; porquanto o estado civil difere muito do estado natural. Neste os homens são iguais em direitos; naquele não;* porquanto, ainda que não seja o merecimento de cada um, segundo seus talentos e virtudes, essa mesma diferença cria e firma a diversidade de direitos. Daí vem que em Jurisprudência os homens dividem-se (deixando outras divisões que não são do nosso assunto) em *livres e escravos; cidadãos e estrangeiros; pais-família e filhos famílias.*⁷⁴ (grifo nosso)

Nesta terceira edição, Trigo de Loureiro apresenta claramente que os homens, no estado natural, são absolutamente iguais em direitos. Logo, podemos concluir que para o autor, no estado de natureza, escravos, crianças, mulheres, loucos, pródigos, falidos, toda e qualquer sorte de inferiores - para remeter-nos ao sub-título de publicação de António Manuel Hespánha⁷⁵ - eram radicalmente iguais em direitos. O *status social*, no entanto, por mais baseado que fosse nos ideais progressistas do liberalismo, permitia como uma situação de fato o regime de escravidão.

Utilizando-se da elucubração referente aos diferentes estados (ora em relação à natureza, ora em relação ao estado social) e adequando-se a uma configuração discursiva embebida pelo formalismo jurídico e pelo discurso progressista liberal, Trigo de Loureiro apresentará que os homens, no estado de natureza, são absolutamente iguais. Mas apenas em seu estado de natureza.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁷⁴ Ibidem, p. 31.

⁷⁵ Ver: HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade das sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010.

A partir da leitura de conceitos relativos à temática da personalidade, concluímos que o jurista luso-brasileiro remodelava a obra que lhe servia de base, a partir de francas aspirações formalistas, de modo tal que o discurso progressista se apresentasse de maneira articulada com a escravidão como uma situação de fato.

O homem reinventado de Trigo de Loureiro é abstrato, artificial, e se define a partir de suas capacidades, e não sua natureza. O diálogo do artifício conceitual com a realidade é realizado na medida da conveniência, refletindo o complexo tecido político e jurídico que servia de pano de fundo no momento de confecção de suas Instituições de Direito Civil.

Se o direito doutrinário do século XIX, como bem pontuou Hespanha, “*não é nada que exista como entidade definida antes e para além do discurso dos juristas*”⁷⁶, então é certo que o pensamento de Trigo de Loureiro revela com clareza solar o modelo de dominação em que, por trás da articulação da ideologia liberal pelas classes dominantes, especialmente na segunda metade do século XIX até meados do XX, o que imperava, de fato, era um ideário de fundo extremamente conservador, que aprofundava as desigualdades sociais e econômicas, e manejava com maestria os grupamentos de informação normativa.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Pedro Autran da Matta. *Elementos de Direito Natural Privado*. Pernambuco: Tipografia Imparcial, 1848.

⁷⁶ HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Livros Horizontes, 1978, p. 72.

- ARAGONESES, Alfons. “El jurista em el barrio gótico: historicismo y tradición en el derecho catalán contemporáneo”. In: WEHLING, Arno; SIQUEIRA, Gustavo; BARBOSA, Samuel (orgs.). *História do direito: entre rupturas, crises e descontinuidades*. Belo Horizonte: Arraes. No prelo.
- BARBOSA, Samuel Rodrigues. Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- BEVILAQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. 3ª edição. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012
- BLAKE, Augusto Victorino Alves Sacramento. *Diccionario bibliographico brasileiro*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1883-1902, v. 5
- BOSI, Alfredo. *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- DIAS PAES, Mariana Armond. *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*. Dissertação apresentada para obtenção do grau de mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2014
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, p. 339-369, 2006.
- FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Prefácio. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História*

- do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Teixeira de Freitas: um juriscônulto “traidor” na modernização jurídica brasileira. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, a. 172, n. 452, pp. 341-354, jul./set. 2011.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A recepção da ciência jurídica europeia no Brasil do século XIX: entre invenção, tradução e traição. In: *Direito e Experiências Jurídicas Vol. 3. Temas de História do Direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti dela scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, Bernardo; COSTA, Pietro (orgs.). *Storia e diritto*. Milano: Giuffrè, 2013.
- FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. As ideias estão no lugar. In: *Cadernos de Debate I*. São Paulo: Brasiliense, 1976.
- GLENN . H. Patrick. *Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law*. Oxford University Press, 2004.
- GROSSI, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, 1996.
- GROSSI, Paolo. Algo más sobre el absolutismo jurídico (o sea: De la riqueza y de la libertad del historiador del derecho). In: GROSSI, Paolo. *Derecho, sociedade, estado: una recuperación para el derecho*. México: Escuela Libre de Derecho: El Colegio de Michoacán, 2004, p, 54.
- GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). *História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

- HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. *La persona en el Derecho Civil: história de um conceito jurídico*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Livros Horizontes, 1978.
- HESPANHA, António Manuel. *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade das sociedades de Antigo Regime*. São Paulo: Annablume, 2010.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, Extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do Exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Melo Freire, na Parte Compatível com as Instituições da Nossa Cidade, e Aumentadas nos Lugares Competentes com a Substancia das Leis Brasileiras*. Tomo I. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, Extraídas das Instituições de Direito Civil Lusitano do Exímio Jurisconsulto Português Pascoal José de Melo Freire, na Parte Compatível com as Instituições da Nossa Cidade, e Aumentadas nos Lugares Competentes com a Substancia das Leis Brasileiras*. Tomo II. Pernambuco: Tipografia da Viúva Roma & Filhos, 1851.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, segunda edição mais correta e aumentada, e oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo I. Recife: Tipografia Universal, 1857.

- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, segunda edição mais correta e aumentada, e oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo II. Recife: Tipografia Universal, 1857.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, terceira edição mais correta e aumentada, oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo I. Recife: Tipografia Universal, 1861.
- LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de Direito Civil Brasileiro, terceira edição mais correta e aumentada, oferecida, dedicada e consagrada a sua Magestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*. Tomo II. Recife: Tipografia Universal, 1862.
- MEIRA, Sílvio. *Teixeira de Freitas: O Jurisconsulto do Império*. Brasília: Cegraf, 1983.
- MOREIRA, Karolyne Mendes Mendonça. *Nascentes no deserto: regulamentação do trabalho, pensamento jurídico e legislação social no início da República*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito em 2018. Universidade Federal do Paraná.
- MELLO FREIRE, Pascoal José de. *Instituições de Direito Civil Português: tanto público como particular*, 1789. (Esta obra encontra-se integralmente digitalizada na biblioteca portuguesa digital chamada ARDIÉS. Encontra-se no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.fdn.unl.pt/>>).
- ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *O direito civil nas Academias Jurídicas do Império*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2008. Tese de Doutorado em Direito.
- SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Duas Cidades, 2000.

- SOUZA, André Peixoto de. *Direito Público e Modernização Jurídica: Elementos para compreensão da formação da cultura jurídica brasileira no século XIX*. Tese apresentada para obtenção do grau de doutor na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná em 2010
- WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871). In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). *Fundamentos de História do Direito*. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.