

# As palavras e a lei

## **SOBRE O AUTOR**

**José Reinaldo de Lima Lopes** é doutor (1991) e livre-docente (2003) pela Universidade de São Paulo. Professor titular da Faculdade de Direito da USP, fundador da DIREITO FGV em São Paulo, foi ainda professor visitante da Universidade da Califórnia (San Diego), da Universidade Nacional da Colômbia, da Universidade de Munique (Cátedra Rio Branco), da Universidade de Toulouse, da Universidade de Bordeaux e da Universidade Eduardo Mondlane (Maputo, Moçambique), nas quais lecionou história do direito e teoria jurídica, e desfrutou de estadias como *visiting scholar* na Universidade de Roma (*La Sapienza*) e na *Maurer School of Law (Indiana University)*. Foi um dos fundadores do **Instituto Brasileiro de História do Direito** (IBHD). É autor de vasta bibliografia técnico-científica na área do Direito, como *Direitos sociais (teoria e prática)*, *O direito na história*, *O oráculo de delfos: o Conselho de Estado no Brasil Império*, *História da Justiça e do processo no Brasil do século XIX*, *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*, bem como organizador de *Supremo Tribunal de Justiça*, *Dicionário histórico de conceitos jurídico-econômicos*, e *Curso de história do direito* – obra vencedora do prêmio Jabuti de melhor livro jurídico em 2006 (primeiro lugar). Por sua contribuição acadêmica, recebeu em 2010 a **Medalha da Ordem Nacional do Mérito Científico** pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

# As palavras e a lei

Direito, Ordem e Justiça na História  
do Pensamento Jurídico Moderno

2ª. Edição Revista e Ampliada



  
MADAMU

Copyright © 2021 by José Reinaldo de Lima Lopes

1ª edição 1994, Editora 34

2ª edição 2021, Editora Madamu

*Editores*

Marcelo Toledo e Valéria Toledo

*Revisão*

Equipe Madamu

*Projeto Gráfico*

KOPR Comunicação

*Impresso no Brasil.*

*Nenhuma parte desta publicação poderá ser armazenada ou reproduzida por qualquer meio sem a autorização por escrito da Editora.*

*Todos os direitos desta edição são reservados à Editora Madamu*

*Rua Terenas, 66, conjunto 6, Alto da Mooca, São Paulo, SP*

*CEP 03128-010 - Fone: (11) 2966 8497*

*www.madamu.com.br*

*E-mail: leitor@madamu.com.br*

L436p Lopes, José Reinaldo de Lima.

As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno / José Reinaldo de Lima Lopes. 2ª. ed. revista e ampliada. - São Paulo: Editora Madamu, 2021.

348p., 16 x 23cm

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-86224-13-9

1. História do direito. 2. Filosofia do direito. 3. Ciência do direito. 4. Direito e sociedade. I. Título

CDD: 340.1

**Índices para catálogo sistemático:**

1. História do direito. 2. Filosofia do direito. 3. Ciência do direito.
4. Direito e sociedade. I. Título

# Sumário

<i>Apresentação</i> .....	11
<i>Prefácio à Segunda Edição</i> .....	13
<i>Agradecimentos</i> .....	19
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	23
<i>O objeto deste estudo</i> .....	23
<i>A estrutura do trabalho</i> .....	25
<b>CAPÍTULO 1. As definições e os conceitos na história</b> .....	31
Definições em geral .....	31
Definições do direito – características .....	34
<i>Definição de uma prática</i> .....	41
<i>Regras constitutivas: interpretação e classificação</i> .....	45
História da linguagem jurídica .....	46
O caráter prático do direito e a natureza da ciência do direito .....	48
Definições e princípios do direito .....	55
Momentos, temas e autores das mudanças .....	57
<i>O direito natural e os séculos XVII e XVIII</i> .....	62
<i>Da Ilustração ao século XIX</i> .....	73
<b>CAPÍTULO 2. Conceito antigo e moderno – <i>directum, ius, lex</i></b> <b>(ou da semântica)</b> .....	79
<i>Ius e lex</i> – os romanos .....	82
<i>Ius e lex em Gaio</i> .....	85
<i>Ius e Lex no Corpus de Justiniano</i> .....	86
Os medievais .....	89
<i>Directum</i> .....	91
<i>Ius e lex – o direito canônico</i> .....	93

Graciano (ca. 1140?) .....	96
<i>A primeira distinção: direito humano e direito divino</i> <i>(em torno do direito natural)</i> .....	97
<i>Segunda e terceira distinções: as formas do direito</i> <i>humano e eclesiástico.</i> .....	100
Inglaterra .....	103
Glanville (?-1190) .....	103
Bracton (1210-1268) .....	104
Tomás de Aquino (1225-1274): <i>Ius e Lex na Suma de Teologia</i> .....	106
Bártolo de Sassoferrato (1313-1357) .....	112
Os humanistas e o alvorecer da modernidade .....	116
Donellus ( <i>Hugue Doneau 1527-1591</i> ) .....	119
Cujácio ( <i>Jacques Cujas, 1522-1590</i> ) .....	121
<i>Ius e Lex</i> entre os salmantinos .....	123
Luís de Molina (1535-1600) .....	124
Francisco Suárez (1548-1617) .....	129
Os fundadores do jusnaturalismo moderno .....	132
Grócio (1583-1645), <i>a encruzilhada</i> .....	132
Hobbes (1588-1679) <i>e o direito</i> .....	135
Pufendorf (1632-1694) .....	141
Jean Domat (1625-1696) .....	147
Os racionalismos .....	150
O século XIX – O conceitual e o prescritivo .....	154
Coelho da Rocha (1793-1850) .....	158
Antonio Joaquim Ribas (1819-1890) .....	160
Teixeira de Freitas (1816-1883) .....	163
O círculo se fecha .....	165
<b>CAPÍTULO 3. A ordem das exposições (ou da sintaxe)</b> .....	167
O advento da soberania e o <i>ius patrium</i> .....	170
A estrutura das exposições – a estrutura pré-moderna .....	179
Os textos do direito natural .....	190
Grócio .....	192
<i>A Jurisprudência da Holanda</i> .....	193
<i>De Iure Belli ac Pacis</i> .....	197
<i>A lógica do direito em Hobbes (1588-1679)</i> .....	201
Jean Domat (1625-1696) .....	208
<i>Legum Delectus.</i> .....	208
<i>Les lois Civiles dans leur ordre naturel (1689-1694)</i> .....	209
<i>Droit Public (1697)</i> .....	213

<i>Pufendorf (1632-1694)</i> .....	216
O racionalismo .....	222
A ordem, a doutrina e os códigos .....	223
<b>CAPÍTULO 4. Justiça distributiva (ou do sentido)</b> .....	229
A diferenciação do direito público e do direito privado .....	235
O quadro pré-moderno da justiça .....	238
<i>Tomás de Aquino e Bártolo</i> .....	238
Os prenúncios das mudanças .....	247
<i>Humanistas</i> .....	247
<i>Molina</i> .....	252
Jusnaturalistas .....	256
<i>Grócio</i> .....	256
<i>Hobbes</i> .....	260
<i>Pufendorf</i> .....	264
O racionalismo .....	268
A justiça e o direito público: linguagem e instituição .....	269
<i>O interesse: interesse público e interesse particular</i> .....	276
<i>A distinção entre justiça e política</i> .....	280
<i>A explicação do Visconde do Uruguai</i> .....	282
<i>A posição de Pimenta Bueno</i> .....	284
<i>A interpretação de Antônio Joaquim Ribas</i> .....	286
Questões legais ou questões políticas? .....	291
<b>CONCLUSÕES</b> .....	295
A lei: soberania e tolerância .....	297
A ordem .....	302
A justiça .....	305
As interpretações .....	307
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	317
Obras de Referência .....	317
Fontes Primárias .....	317
<i>Antigas (inclusive romanas)</i> .....	317
<i>Medievais e Modernas</i> .....	318
<b>FONTES BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	323
<b>CRONOLOGIA</b> .....	338





*Um dos instrumentos mais poderosos da ruptura é a história social dos problemas, dos objetos e dos instrumentos de pensamento, quer dizer, do trabalho social de construção de instrumentos de construção da realidade social.*  
(Pierre Bourdieu, *O Poder simbólico*)

*Para se não ser objeto dos problemas que se tomam para objeto, é preciso fazer a história social da emergência desses problemas, da sua constituição progressiva, quer dizer, do trabalho coletivo (...) o qual foi necessário para dar a conhecer e fazer reconhecer estes problemas como problemas legítimos, confessáveis, publicáveis, públicos, oficiais.*  
(Pierre Bourdieu, *O Poder simbólico*)

*La science du droit est historique. Pour quelle raison? Parce qu'un système juridique est une oeuvre de longue haleine. Parce qu'il ne se réduit pas aux textes, tous d'origine assez récente, qu'on feint de lui donner pour sources. (...)*  
*Ce que c'est que l'Etat français, ce que c'est que la propriété de chaque citoyen, ce que signifie chaque term de notre système législatif, on ne le saura que par l'histoire.*  
(Michel Villey, *Seize essais sur la philosophie du droit*)

*Ubi lex non est, nec pro lege mos, ibi nec populus est.*  
(Jacques Cujas, *Recitationes Ad. Lib. I, L. 7*)

*O mais seguro indício de que uma sociedade realmente passou a dominar um novo conceito está no desenvolvimento de um novo vocabulário, em termos do qual esse conceito pode então ser articulado e discutido de público*  
(Quentin Skinner, *Fundações do pensamento político moderno*).



# Apresentação

**A**O LONGO DOS ÚLTIMOS VINTE E CINCO ANOS tenho tido o privilégio de dialogar com José Reinaldo de Lima Lopes sobre questões teóricas e empíricas. Nesse diálogo, o que chama particularmente a atenção é sua capacidade de dar sentido teórico aos problemas políticos, econômicos sociais e culturais, sejam eles históricos ou contemporâneos. Essa vocação teórica não traduz, porém, qualquer desejo de erigir torres e menos ainda de nelas se encerrar. Ao contrário, é precisamente a paixão pelo humano que leva o autor a pensá-lo em sua inteireza, ou seja: abstraí-lo para abraçar sua generalidade. É a entrega a essa paixão que faz de Lopes alguém que, *pace* Weber, vive para a ciência (ainda que não da ciência!).

*As palavras e a lei*, escrito para ser submetido como tese de livre docência ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP, soma-se à produção do autor como uma nova etapa. Agora a abordagem histórica e teórica finca ancoragem sólida na filosofia da ciência. A discussão sobre “*direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*” é precedida por um tratamento sofisticado e original da constituição do objeto do Direito. É essa discussão inicial que dá dimensão propriamente teórica à história do pensamento jurídico reconstruída pelo autor. Na realidade, o capítulo inicial, ao discorrer sobre o papel das defini-

ções e conceitos na História, diz respeito ao estatuto das ciências sociais em geral. Lopes se propõe aí a elaborar sobre as bases científicas do Direito e nesse movimento lança luz sobre as diversas disciplinas que dizem respeito ao mundo sociocultural.

O que mais salta à vista nesse esforço de ancoragem epistemológica é o rigor analítico do autor. Aliás, rigor lógico e clareza de exposição são os elementos primordiais que transformam esse trabalho de história das ideias em projeto ainda mais ambicioso. Ao se propor a “explorar a transformação do conceito de direito ao longo de um período da história que vai do século XVI ao século XIX”, o autor busca sobretudo evidenciar como a atividade discursiva constitui a especificidade das ciências sociais. Dialogando com o idealismo Kantiano (mais como *background*), com a fenomenologia (Ricoeur) com a linguística (Searle) e com a sociologia do mundo simbólico (Bourdieu), Lopes elabora seu próprio arcabouço teórico. É essa combinação original (e não eclética) que faz com que autores tão díspares como Aquino, Bártolo, Cujas, Doneau, Molina, Suarez, Grócio, Hobbes, Pufendorf, Mello Freire, Marquês de São Vicente e Visconde do Uruguai ganhem inteligibilidade e unidade.

No feliz ordenamento da discussão em termos de Semântica, Sintaxe e Sentido, o autor envolve especialistas e leigos na aventura do Direito como história, ciência social e espelho ético-moral da sociedade ocidental moderna. Abordando a justiça distributiva, a ordem da justiça, a soberania e a tolerância, Lopes seduz juristas, sociólogos, cientistas políticos e intelectuais de maneira geral à aventura do humano. Certamente, os mais eruditos hão de saborear com mais requinte a leitura do livro. A essa leitura, o prazer do rigor e da clareza são o *nec plus ultra* da boa ciência social.

*Elisa Pereira Reis*  
*Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2003*

# Prefácio à Segunda Edição

É UMA AGRADÁVEL E ENVAIDECEDORA SURPRESA ver um livro de caráter monográfico chegar a uma segunda edição. Uma segunda edição que não poderia nem deveria ser um outro livro. Passadas, porém, quase duas décadas de sua primeira composição pergunto-me o quanto dele deveria ser conservado. Quanto deveria ser alterado ou acrescido?

Tratei essa segunda edição, portanto, como uma revisão apenas. É fundamentalmente o mesmo livro. Depois de relê-lo, diante da solicitação do meu editor concluí que poderia sim ser reeditado, com alguns acréscimos e poucas mudanças. Os acréscimos são especialmente notáveis na bibliografia, que se ampliou de modo não insignificante. É fácil ver que muitas obras surgiram a partir de 2002, época em que terminei as pesquisas originais para o trabalho, mas também tive a oportunidade de continuar lendo a respeito do assunto. Entraram assim no *corpus* bibliográfico tanto alguma produção mais recente quanto coisas que, mesmo anteriores, pude finalmente ler e consultar.

No que diz respeito à tese central do livro, creio que ainda se sustente. Do ponto de vista teórico e metodológico ela afirma que o direito, sendo um campo da prática, distingue-se particularmente por seu sentido, e este é a justiça. Isso é o objeto do quarto capítulo. Dando sentido a essa prática, a justiça precisa, entretanto, articular-se com o conceito mesmo que o direito

oferece de si por meio dos que o cultivam. Isso justifica que em primeiro lugar nos debrucemos sobre o que os juristas dizem a respeito de seu objeto, o que ocupa o segundo capítulo dedicado ao direito e à lei. Assim como para cantar uma cantiga de roda ou uma ária de ópera o cantor precisa saber o que é uma cantiga ou uma ária, para praticar o direito é preciso que os juristas saibam o que é. Diferentemente dos conceitos do puro pensamento, como os da lógica ou das matemáticas, os conceitos jurídicos configuram a própria forma de exercê-lo, forma esta que muda ao longo da história (e das culturas). Os conceitos e princípios organizam-se numa estrutura, numa sintaxe, numa ordem. Esse o assunto do terceiro capítulo.

A postura teórico metodológica é o que me aproxima do contextualismo da Escola de Cambridge, ou da história dos conceitos, de Reinhard Koselleck. Os capítulos referentes à ordem das exposições e ao tratamento, relevância ou irrelevância da teoria da justiça para o mundo do direito correspondem a essas mesmas preocupações. O modo de ordenar a exposição da matéria e as diferenças entre essas estruturações ao longo do tempo mostram com clareza os contextos intelectuais de largo fôlego em que os teóricos do direito (doutrinadores, eventualmente) operaram, como mostram o que de fato concebiam com central para a experiência jurídica. A estrutura das exposições não quer dizer que o trabalho se incline para qualquer forma de estruturalismo naturalmente; quer dizer apenas que o discurso dos juristas tem uma certa semântica, ou seja, que dentro dele se estabelecem hierarquias e articulações de conceitos entre si. Mais fundamentalmente ainda, as mudanças relativas ao papel da justiça no discurso dos juristas é esclarecedora das convicções mais profundas dos tempos.

Essa abordagem tem sua limitação, sem que seja um defeito ou uma falha. É a limitação do objeto que permite um discurso sensato e passível de crítica. Quando alguém diz que tudo tem a ver com tudo e fala de tudo ao mesmo tempo cria uma situação de impossibilidade de exercício crítico. Por isso certos limites não são defeitos, mas condições de possibilidade da inteligência. O limite a que me refiro é concentrar-me nos discursos eruditos, nos autores que fizeram história na posição de juristas. O direito também é compreendido pelas pessoas comuns, pelos leigos, pela gente das ruas. Nas sociedades estratificadas e de classe em que vivemos, ele se torna, porém, objeto de um grupo social. Foi o direito feito por esse grupo social que estu-

dei. Não estudei o grupo social em si, não se trata de um livro de sociologia histórica dos juristas. Está claro, no entanto, que se trata de um grupo social.

A investigação foi concebida a partir de uma ideia que retomei em diversos trabalhos posteriores: a de que o direito, para realizar-se, depende do que as pessoas pensam que é o direito. Para que haja um hospital é preciso que as pessoas tenham alguma ideia do que é e para que serve um hospital, pois hospitais não são coisas que encontramos no fundo prontas, não tropeçamos neles. Da mesma forma o sistema jurídico só existe na medida em que os concebemos e os tornamos realidade. Se isso é assim, hospitais e sistemas jurídicos têm uma história, e uma história que depende do surgimento e elaboração de ideias a respeito deles.

Um segundo ponto na concepção do trabalho foi sua organização em torno dos grandes temas do pensamento jurídico Ocidental, o que poderíamos resumir em uma teoria das fontes, uma doutrina sistematizadora de conceitos fundamentais, e a finalidade primeira desses dois outros elementos. No Ocidente – mas talvez isso valha para qualquer sociedade política – existe uma longa tradição a respeito de quais podem ser as fontes normativas com força vinculante. Dessa elaboração surgiu e permaneceu a distinção entre a lei, em sentido restrito, e outras fontes também utilizáveis em sentido amplo. De certo modo essa ideia encontra-se na base das referências a *ius* e a *lex*, prolongando-se depois nas distinções medievais entre direito canônico e direito civil, entre direito universal e comum e direito local ou pátrio, entre estatutos, costumes e leis, e assim por diante. Em torno dessa elaboração pode-se ter uma primeira ideia do que se chamou direito em distintos momentos da história do direito. Em torno desse assunto desenvolveu-se também a disputa sobre a natureza do direito: seria ele simplesmente a lei? Seria a lei um ato de vontade de quem detém o poder de fato? Este é o objeto do segundo capítulo.

Ao lado desse tema surge outro, também sempre relevante: quais os conceitos elementares do campo jurídico e como se articulam. A questão é saber se há uma forma de organizá-los, hierarquizá-los e integrá-los em algum todo, e qual seria a forma desse todo. A questão se colocou em diversos momentos da história e levantou muitas dúvidas. No mundo antigo e na passagem do mundo antigo para a Idade Média a coleção e organização das fontes apresentava dois problemas: um a respeito das fontes a serem preservadas, o outro a respeito das unidades em que poderiam ser organizadas. Esse

trabalho, confiado ao jurista Triboniano, resultou na coleção de opiniões e doutrina desenvolvida pelos juristas romanos (*Digesto*), das decisões e constituições, isto é, ordens e decretos dos Imperadores sobre diversos assuntos (*Codex e Novellae*), e um manual introdutório ao estudo do direito, de caráter já doutrinário se quisermos (*Instituta*). Essas obras determinaram por mais de um milênio a maneira de organizar o sistema. Foi a partir do século XVII, com o jusnaturalismo moderno, que se abriu uma profunda controvérsia sobre essa ordem, sobre a lógica e a sintaxe pela qual se integravam as fontes. Esse trabalho foi e é principalmente um trabalho de doutrina, não de autoridade legislativa. Mas sem esse trabalho, a própria legislação, as fontes em geral, podem dispersar-se numa fragmentação ininteligível, ou pelo menos ininteligível para certos fins. Esse processo histórico de compreensão do direito de maneira integrada, que faz dos juristas especialistas numa ordem que não está evidente no material bruto, faz o objeto do terceiro capítulo.

Finalmente, se o direito for concebido como prática é preciso que tenha seu próprio sentido ou objeto. Uma das coisas que chama a atenção ao longo da história Ocidental é precisamente a especialização dos saberes e disciplinas da esfera da prática e nesse processo a desagregação de um tema que fazia a unidade de todos eles, a justiça. Na Grécia a filosofia ocupou-se primeiro da natureza física, desenvolvendo as bases do que viriam a ser as ciências. Em seguida, tratou da natureza social. A síntese inovadora de Sócrates, Platão e finalmente Aristóteles consistiu em definir a metodologia do tratamento dessas questões práticas e de sua integração na grande ciência, na ciência arquitetônica da política. Nesta, o tema central era o da justiça, primeira e principal das virtudes sociais. Durante a Idade Média, quando foram criadas as universidades e as escolas de direito das quais somos herdeiros, essa grande síntese estava ainda de pé. Os séculos XVII e XVIII veem a economia e a política deixarem o grande abrigo da filosofia moral, o que o direito veio a fazer especialmente no século XIX. Com isso o tema da justiça, capaz de articular o edifício da vida social, esgarçou-se e cada uma dessas grandes áreas ficou com um pedaço: ao direito coube a justiça comutativa, à economia a justiça distributiva, e à política a justiça geral ou legal. Claro que isso que venho de dizer é apenas um esquema e muito imperfeito, mas tem aqui uma função heurística. O capítulo quarto lida com esse assunto, e investiga como os juristas do século XIX ainda estavam discutindo a ca-



racterística de seu campo, para apartá-lo da política, ou da nascente ciência da administração.

Todo esse percurso histórico, bem se vê, não é acidental, não é um acaso. Não é tampouco resultado de uma direção pré-determinada, mas vai se fazendo em meio a disputas intelectuais mais ou menos articuladas a disputas de interesses concretos: ao surgimento de novas formas de vida ou modos de produção, ao aparecimento de grupos e classes, ao declínio de grupos antigos (como o clero ou a aristocracia militar) e à ascensão de outros (as monarquias nacionais, o grande comércio de largo curso), às guerras dinásticas, às guerras de religião, às guerras coloniais, à mobilização da terra, ao ideal de Estado-nação, à conquista e ocupação das Américas pelos europeus, a seu confronto com as civilizações orientais, ao surgimento de invenções que dispensam a energia corporal de homens e animais, enfim a tudo que há de material na história dos seres humanos. Em meio a tudo isso os juristas organizam suas formas de pensar, que não são um subproduto químico ou mecânico desses embates, mas os configuram e com eles se confundem.

À diferença da primeira edição, resolvi acrescentar algumas passagens que indicam o papel relevantíssimo que a ciência jurídica alemã do século XIX desempenhou. De certo modo, era um elo que faltava, embora o argumento e a narrativa central continuassem, a meu juízo, a sustentar-se. Mas como minhas pesquisas posteriores, principalmente as consolidadas em *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*, houvessem me conduzido à dialética de sociologismo e conceitualismo no século XIX, pareceu apropriado fazer pelo menos alguns acenos nessa direção. Isso não altera a substância do livro, embora o enriqueça.

Essa segunda edição não teria sido possível sem que meu editor, Marcelo Toledo, a houvesse desejado e incentivado. Ela também se deve, como sempre, ao incentivo de colegas e alunos. Àqueles mencionados na primeira edição, muitos dos quais continuam a fazer parte do grupo mais significativo de amigos, gostaria de acrescentar outros, sem os quais não teria tido a coragem de prosseguir. Ítalo Birocchi tornou-se interlocutor privilegiado desde que comecei a ensinar história do direito no já distante ano de 1992 e generosamente esteve no Brasil a meu convite diversas vezes. A ele agradeço essas mais de duas décadas de diálogo. Paulo Eduardo Alves da Silva, da Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, chamou minha

atenção para as possibilidades didáticas do livro. Fernando Rister de Souza Lima, da Universidade Presbiteriana Mackenzie, cada dia mais dedicado ao estudo da história, animou-me com sua constante inquietação. O incentivo de todos eles foi essencial nos últimos anos.

Nos últimos anos também muitos alunos foram fonte de entusiasmo, especialmente quando me ajudaram na elaboração do programa e no ensino de uma disciplina optativa na Faculdade de Direito da USP, a nossa velha São Francisco: *Introdução histórica à moderna teoria do direito*. São eles André Caixeta, Ariel Engel Pessa, Felipe de Almeida Ribeiro Campos, Felipe Gato Dutra, Gustavo Angelelli, João Felipe Oliveira, Luiz Felipe Roque, Maike W. dos Santos, Mariana Barbieri, Marina Barreto, Matheus Della Monica, Matheus Rodrigues.

Em meio à pandemia e ao discurso mórbido, lúgubre e de desesperança promovido pelo governo central nesses últimos dois anos, espero que este esforço de memória jurídica seja uma luz, ainda que trêmula, para os jovens, recolocando a justiça e o anseio por ela no centro de nossa vida intelectual e de nossos corações.

*José Reinaldo de Lima Lopes,  
São Paulo, na Quaresma de 2021*

# Agradecimentos

(Primeira Edição)

**A** ELABORAÇÃO DESTE TRABALHO contou com o apoio e o incentivo de muitos amigos e colegas. Elisa Reis, cativada pela teoria social e por todas as teorias rigorosas, não apenas conversou sobre as grandes linhas em que pretendia desenvolver o trabalho como também propiciou vários encontros e oportunidades que afinal, como efeito colateral, levaram-me a Berkeley e a Munique, onde muitas obras foram consultadas. Elisa deu-me ainda o necessário incentivo intelectual, tanto por seu interesse pelo que eu vinha produzindo como pelas suas primeiras pesquisas que combinavam, com a maestria weberiana, história e estrutura social na experiência republicana brasileira. Maurício Garcia Villegas, da Universidade Nacional da Colômbia, querido amigo ele também, ao indicar-me para professor colaborador do mestrado em direito da Nacional de Bogotá, proporcionou um ambiente tranquilo para pesquisas na bela cidade de Popayán, e grupos interessados de alunos em San Juan de Pasto, Santafé de Bogotá e na mesma Popayán. Deu-me também horas de conversas que descansavam, como todos os encontros com amigos, e instigavam, como todos os encontros com gente inteligente. Valeu-me muito o incentivo de Antonio Hespanha, em nossos breves, mas valiosos, encontros. James Holston, da Universidade da Califórnia em San Diego, antropólogo seduzido pela história, pelo direito e pelo Brasil, estimulou-me com nossas discordâncias, dúvidas comuns e discussões.

O tema que veio a ser objeto deste estudo surgiu pela primeira vez em uma conversa com o professor Paolo Grossi, da Universidade de Florença e foi mais elaborado em conversas rápidas, embora inspiradoras, com James Gordley, da Universidade da Califórnia em Berkeley. Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira permitiram-me, ainda em 1999, gozar de algumas semanas de acesso à biblioteca da Universidade de Coimbra, onde tive a oportunidade de consultar obras de Molina, Melo Freire e Lobão, além da cortês acolhida pessoal e intelectual. Mais recuado no tempo, o agradecimento deve ir também para José Eduardo Faria que sugeriu meu nome para reger a disciplina História do Direito entre 1992 e 1999 na Faculdade de Direito da USP. Antes disso, a primeira leitura que fiz de Francisco de Vitória foi-me proposta por Guido Fernando da Silva Soares, quando ainda era seu aluno na Faculdade de Direito da USP. De lá para cá sua sugestão provou-se cada vez mais valiosa. Enquanto terminava o texto, Gilberto Bercovici e Airton Seelaender colaboraram com algumas de minhas tarefas docentes na Universidade de São Paulo e na Fundação Getúlio Vargas. A banca que examinou a primeira versão deste trabalho, como tese de livre-docência, foi composta pelos professores Tércio Sampaio Ferraz Jr., José Eduardo Faria, Joaquim Salgado, Leonel Severo da Rocha e João Maurício Adeodato. O livro incorpora algumas das sugestões então feitas e pelas quais sou grato.

Um agradecimento cabe ainda aos alunos, da graduação e da pós-graduação, da minha *alma mater*: a Faculdade de Direito da USP. Muitos deles pelo seu interesse e pelas suas perguntas, às vezes quase impertinentes, impuseram o cuidado na frase e nas ideias. Para eles, afinal, é dedicada toda a vida acadêmica. Entre eles lembro os que mais proximamente trabalharam comigo nos últimos anos: Roberto Freitas Filho, Luiza Cristina Frischeisen, Daniela Ikawa, Tatiana Bicudo, Ernani Oda, Rafael Mafei Rabelo Queiroz e Paulo Macedo Garcia Neto. Paulo prestou ajuda inestimável também na revisão da tese e no longo e cansativo trabalho de montagem do memorial do concurso de livre-docência do qual se origina este livro.

Uma pesquisa desta natureza jamais seria possível sem o acesso às bibliotecas. Embora elas existam justamente para serem consultadas, os pesquisadores podem não ter a necessária familiaridade com os acervos e com as obras. Os responsáveis pelas bibliotecas têm sempre um papel indispensável e no estudo que envolve a perspectiva histórica, a memória contida nos livros

enseja bem uma menção inicial a estes verdadeiros zeladores da memória coletiva. No meu caso, fui sempre recebido com prontidão, cordialidade e alegria pela equipe da biblioteca da Faculdade de Direito da USP, comandada por Lúcia Beffa e integrada por Mércia, Nádia e Rita. A elas, uma menção honrosa em público: dificilmente alguém é tão solícito e profissional como elas foram comigo. Fui também particularmente bem recebido pela equipe da *Robbins Collection*, na Universidade da Califórnia em Berkeley: agradeço a James Gordley, professor de história do direito e cultor do direito comparado, que me apresentou à equipe e permitiu em breves e intercaladas idas aos Estados Unidos tirar o máximo proveito do acervo. Na Universidade de Munique devo agradecer à minha assistente Tânia Bossi por ter eliminado as primeiras dificuldades diante da tradicional burocracia alemã. Finalmente, foi muito gratificante minha experiência no arquivo da cidade de Popayán, na Colômbia. Descobri este pequeno tesouro, encravado nos Andes, por indicação de meu amigo professor Mauricio Garcia Villegas e pela apresentação da profa. Zamira Diaz Lopez. Ali também o atendimento carinhoso com que fui brindado pela diretora Happy merece especial referência.

Finalmente, um agradecimento especial ao Rui Sérgio Sereni Murrieta, paciente com infindáveis discussões sobre método em ciências sociais e direito. Ele tornou agradável minha convivência com o século XIX, de cuja música e literatura é um apaixonado, além de ter adicionado muitas alegrias ao tempo que dediquei a este texto.

*São Paulo, no Natal de 2003*



# Introdução

## **O OBJETO DESTE ESTUDO**

A definição do direito e a elaboração de seu conceito têm sido os pontos de partida de seu ensino desde, pelo menos, o século XII na tradição ocidental. O esforço inicial de canonistas e glosadores procedeu em parte, aparentemente, da tentativa de distinguir um campo da esfera da moral (filosofia prática) no qual as indagações teológicas e religiosas fossem minimizadas ou limitadas. Este esforço foi historicamente bem sucedido até certo ponto e resultou na autonomia intelectual da jurisprudência ou “ciência do direito”. A modernidade pareceu necessitar de um novo modo de separar sistema jurídico e sistema moral, teológico e religioso. Isto se fez pela distinção, hoje familiar, entre o espaço público e o espaço privado, distinção cujo paralelo foi certa separação entre direito e moral, coerção e liberdade, corpo e consciência (*res extensa, res cogitans*, nos termos cartesianos). O esforço de conceituação do direito é, portanto, uma tarefa sempre desempenhada por juristas que dão forma e voz ao ideário de seu tempo. Esta tarefa realiza-se em meio a debates e confrontos de visões filosóficas e políticas, e não pretendo examiná-la como o resultado de uma evolução linear de pensamentos que se esclarecem sempre mais. Creio tratar-se de visões alternativas e que ao

longo da história umas saíram vitoriosas enquanto outras deixaram de ser consideradas, muito embora as que permaneceram houvessem incorporado palavras, frases e sentidos das vencidas.

O propósito deste trabalho é explorar a transformação do conceito de direito ao longo de um período da história que vai do século XVI ao século XIX, ou seja, a modernidade e a Idade Contemporânea. Elejo como objeto específico o tratamento que alguns autores deram ao conceito de direito. Nesta esfera da investigação tratarei dos princípios do pensamento jurídico, daquelas ideias que se colocavam no início dos argumentos e das tentativas de justificação das decisões e soluções adequadas. Este processo de mudança além de não ser linear, não se deu apenas na esfera das ideias jurídicas. Ocorreu nas instituições, no mundo material e na prática diária de todos os que lidavam com o direito.

Pretendo, como história da cultura jurídica, realçar, com a leitura da obra de alguns autores, as ambiguidades, as idas e vindas, enfim, as vacilações da constituição de formas de compreender o conceito de direito, a ordem dita natural dos assuntos jurídicos e a justiça. Nesses três temas destacam-se as tensões respectivas: o conceito de direito formula-se no meio de um debate sobre a extensão de palavras como lei e direito; a ordem dos assuntos define-se em um debate sobre os pontos de partida do raciocínio e o elemento mínimo de um sistema jurídico, como o indivíduo ou a pessoa; a questão da justiça aflora (ou submerge) no momento em que se definem, por oposição recíproca, política e direito, governo e jurisdição.

Assim, o tema é como os juristas criam e recriam seu objeto. Sendo que o direito é apropriado por muitos, senão todos os que vivem em sociedade, também as ideias dos “leigos”, dos não profissionais do direito, ajudam a criar e a moldar este objeto. Não apenas a alta cultura jurídica, senão também a prática cotidiana, os comportamentos intencionais e conscientes, isto é, com a consciência de sua obrigatoriedade, importam na definição do direito moderno. Tudo isto, porém, a despeito de sua importância, não é o principal tema deste trabalho.<sup>1</sup>

---

1. O problema especial da história do direito consiste em superar uma história das fontes e dos textos pura e simplesmente. “*Bastará enumerar, um atrás do outro, os artigos de qualquer direito de família para penetrar autenticamente na vida das famílias?*” perguntava-se Marc Bloch (Bloch 1990, 115). A história do direito, por isso, poderia bem ser uma história dos juristas, acrescentava, ou seja, uma história de como um grupo especial tomou para si o regular de modo especial a ação humana (cf. Bloch 1990, 116).



## A ESTRUTURA DO TRABALHO

O objeto do primeiro capítulo é a determinação das funções das definições no direito e na história do direito. É preciso conceber adequadamente o objeto direito para aventurar-se na sua história. A investigação situa-se, pois, mais limitadamente dentro da perspectiva da história das ideias ou do pensamento jurídico, mas não pretende ser uma história dos dogmas ou, mais restritamente, uma história dogmática. Esta corre o risco de retroprojetar seu olhar idealizando o passado, criando modelos que se reproduzem ao longo da história. A história dogmática utiliza-se da dogmática jurídica para “individuar os objetos da investigação” e resulta na ideia de uma “tradição jurídica ininterrupta”, que se moveria de Roma até nós (**Bretone** 1996, 130).<sup>2</sup> Ela corre o risco também de se transformar em história legitimadora, justificando o direito atual como o ápice de um desenvolvimento (uma história do progresso racional) ou como continuidade da razão universal já contida no direito romano clássico (cf. **Hespanha** 1997, 17-19).

A despeito da semelhança no título, não acompanhei especificamente o método de Foucault. A proposta de fazer uma genealogia ou uma arqueologia dos saberes, exemplarmente realizada em *As Palavras e as Coisas*, exigiria duas coisas que não foram feitas neste trabalho. Em primeiro lugar, uma larga pesquisa horizontal, confrontando os textos dos juristas com outros textos vindos de outras áreas. Embora isto possa aparecer aqui e ali, não foi minha preocupação permanente investigar extensamente os extratos temporais contemporâneos dos juristas aqui tratados. Em segundo lugar, na perspectiva de Foucault seria necessário dar mais atenção às práticas (embora práticas que se conservaram em discursos). Isto também não foi objeto de extensa preocupação, sem que esta proposital omissão signifique ignorância do problema ou desconsideração de sua importância. Isto não obstante, é certo que a ideia de que a linguagem e seus “esquemas perceptivos (...) fixam, para cada homem, as ordens empíricas com as quais terá de lidar” (**Foucault** 2002, XVI) foi utilizada aqui. A despeito de a sugestão de Foucault ser importante e de o próprio título escolhido para o trabalho ressoar conscientemente o tema de uma história das ideias por meio de uma história do

2. Em sentido semelhante, Orestano dirige a Betti uma crítica à história dogmática por ele proposta (Cf. **Orestano** 1987, 385-428).

uso dos termos, o trabalho a seguir não pode, porém, ser medido pela sua fidelidade à *arqueologia do saber*, pois não foi concebido segundo suas regras.

A presente investigação é muito mais devedora, e explicitamente, da renovada história das ideias, se assim quisermos dizer, na linhagem da história dos conceitos, ou das linguagens e contextos. Isso significa um débito para com autores como Quentin Skinner e J. Pocock, ou mesmo Mark Bevir e, mais longinquamente a R. Collingwood.<sup>3</sup> Essa perspectiva pareceu-me mais promissora do que os exercícios mais formais do estruturalismo e do pós-modernismo dele derivado.<sup>4</sup>

O segundo capítulo dedica-se à análise do uso, por doutrinadores, das palavras *lei* e *direito*. A história que pretendo traçar é a do uso moderno das palavras e dos conceitos, mas julguei importante apresentar inicialmente um mínimo do seu uso antigo e medieval e da estrutura das respectivas exposições, porque a elaboração do conceito moderno faz-se simultaneamente como herdeira e como opositora da tradição anterior. Há uma guerra pelas palavras e pelos discursos, e por isso mesmo há uma contaminação de discursos. Os adversários apropriam-se das palavras de seus opositores.

As questões que os juristas se colocaram e progressivamente tentaram responder ao longo da história foram, exemplificativamente: o que é uma regra jurídica e por que defini-la em oposição a outras regras? Como distingui-la de outras regras? Como justificar certas regras ou certos sentidos? A quem se aplicam as regras? Como e por que se aplicam assim? Como interpretá-las e integrá-las? O que significaria viver em sociedade sob regras? Consideradas estas perguntas, as respostas foram dadas de formas diferentes em diferentes contextos. Talvez mais relevante ainda, as perguntas foram feitas de formas diferentes e certas perguntas surgiram em momentos e lugares distintos. As respostas foram elaboradas em conjuntos de sentido criados no curso da história, conjuntos que não se assemelham necessariamente aos paradigmas de que falava Kuhn. Pocock lembra que no discurso político, e creio que isto vale integralmente para o discurso jurídico, um “paradigma” não substitui totalmente o outro, pois ocorre uma contaminação e uma transição de uma linguagem

---

3. Cf. Mark **Bevir** 2008; Quentin **Skinner**, 1996; J. G. A. **Pocock**, 1967, 1975, 1985, 1987; M. **Richter**, 1995; R. G. **Collingwood**, 1967; J. Tully, 1988; R. **Koselleck**, 2002.

4. O estruturalismo deu origem a um importante trabalho na historiografia jurídica na obra de Pietro **Costa**, 2002, embora ele estivesse mais interessado na semântica do que na sintática do discurso jurídico medieval e, portanto, encaminhasse a pesquisa para um lado mais substantivo.

para outra. “O discurso político é tipicamente poliglota” (Pocock 1987, 20). O primeiro elemento a ser investigado é, por isso mesmo, a definição de direito.

Um fator de importância determinante na elaboração e uso dos conceitos jurídicos, típico da modernidade, foi sua transferência de um campo (o do ensino, da doutrina ou da dogmática jurídica), para outro campo (o da legislação positiva, dos códigos ou das constituições). É bem significativo da mudança das ideias mais gerais sobre o direito e sobre sua definição o fato de que os códigos modernos e contemporâneos – ou a legislação positiva em geral – tenham incorporado como normas positivas nas respectivas partes gerais e introdutórias, dispositivos definidores de fontes, validade e vigência das normas, definições de pessoa e de negócios e assim por diante. Tais assuntos eram tratados anteriormente sobretudo como matéria de doutrina e eventualmente colocados na legislação em pontos que não nos pareceriam “naturais”. Ao longo da modernidade ganharam o estatuto “natural” de direito positivo (Clavero 1992, 94-95; 1995, *passim*). Ao dispor sobre tais assuntos, a legislação positiva e sistemática, das constituições aos códigos e à legislação ordinária, estipulou e definiu prescritivamente o que é ou pode ser o direito. Um assunto que anteriormente era objeto de debate doutrinário em forma dialética converteu-se em objeto de legislação a aplicar ou de debate exegetico. As consequências intelectuais, ideológicas e metodológicas desta transformação são bem grandes. Em vista disto, o segundo elemento a ser investigado é a incorporação deste assunto na legislação e a estrutura formal da exposição.

Além da mudança no conceito expressamente acolhido pelos juristas, e além da incorporação em textos legislativos de categorias antes tratadas como assunto da ciência do direito, a mudança pode ser observada na estrutura mesma do tratamento dado aos assuntos, ou seja, na ordem de exposição dos temas, a *sedes materiae*. Este é o tema tratado no terceiro capítulo. Os códigos modernos assumiram uma feição sistematizadora – e era este o propósito mesmo da codificação – diretamente herdeira dos debates dos jusnaturalistas (Tarello 1993 e 1995). Tipicamente e de maneira geral os códigos de direito privado e penal partiam de definições estipulativas e gerais sobre as normas, prosseguiriam com definições de pessoa e avançariam pelos temas das trocas de bens entre as pessoas (direito das obrigações e sucessões), pelas formas de apropriação dos bens (direito das coisas) e retribuição dos ilícitos (penas e indenizações). Esta estrutura dos códigos e de todo o sistema legal é mais

um elemento a ser considerado, pois revela não apenas uma definição, senão um verdadeiro método, ou seja, uma construção de objetos teóricos para os juristas. Há um momento histórico em que esta forma de expor e ensinar o direito se estabelece, quando os juristas abandonam a ordem da exposição contida no *Corpus Iuris*: é, por excelência, a segunda metade do século XVII e o século XVIII.

O exemplo mais claro do que pretendo dizer encontra-se no Código Civil dos franceses de 1804. Sua estrutura, exemplar de praticamente todos os códigos seguintes, mesmo o alemão, obedeceu a uma ordem bem precisa. Abria-se com um (1) *Título Preliminar* sobre a lei em geral (publicação, efeitos, aplicação), ao qual se seguia (2) um primeiro livro (*Livro I*) sobre as pessoas onde se encontravam as regras básicas dos direitos civis, da nacionalidade, dos estados civis, e toda matéria de direito de família. Em seguida (3) o *Livro II* tratava dos bens e das formas de propriedade. Finalmente, (4) o *Livro III* englobava todas as formas pelas quais os bens trocariam de mãos, ou seja, (a) o direito das obrigações (contratuais ou não) e de garantia e (b) o direito de sucessões.

O *Título Preliminar* ordenava e racionalizava as fontes do direito, substituindo as definições doutrinárias de lei pelas definições legislativas. Transformada em lei, a própria definição de lei, de direito e de suas características, tornava-se pura e simplesmente norma. Por isso já não seria a mesma coisa especular sobre o que é a lei, ou sobre a sua natureza (como queriam alguns medievais). Bastaria dizer como cumpri-la, já que de qualquer maneira procederia do soberano. Na legislação anterior ao movimento codificador, como no caso de Portugal, a indicação das fontes, de sua hierarquia e ordem estava, para os padrões atuais, dispersa e descontraída. Embora se achasse nas *Ordenações*, não se apresentava como parte introdutória. A matéria vinha tratada como um elemento do julgamento, um critério de juízo (*Ordenações Filipinas*, L. III, T. 64). Encontrava-se entre uma série de disposições sobre a ordem processual, nas quais se aninhava também a disciplina do “recurso de vista” (de revisão extraordinária, fora da ordem do processo) para corrigir a aplicação do direito, ou para aplicar efetivamente a lei régia (cf. **Hespanha**, 1993 a, **Tucci** 1987, **Azevedo** 1976).<sup>5</sup> Isto se explica sempre, e

---

5. O trabalho de Hespanha aqui referido trata justamente dos diversos modos pelos quais o direito régio se impôs vagarosamente sobre os direitos locais e sobre as fontes não legisladas. Um dos instrumentos para esta ampliação do poder do direito legislado real era a correção das decisões locais pelos tribunais superiores do reino. Um dos instrumentos jurídicos para isto, no ordenamento português, era o recurso de revista.

em parte, porque havia uma pluralidade de fontes no Antigo Regime e no direito comum (*ius commune*) que a moderna experiência foi reduzindo.

Há uma aparente e distante semelhança entre o Código Civil francês e a ordem de exposição dos textos romanos. De fato, porém, o Código reproduziu a ordem criada pelos jusnaturalistas e jusracionalistas e, para o caso dos franceses especialmente, a ordem sintetizada por Jean Domat em seu famoso *Loix Civiles dans leur ordre naturel* (1689). Esta estrutura jusnaturalista e jusracionalista deu novos sentidos a conceitos, como o de pessoa, e procedia nitidamente do indivíduo para a sociedade, de modo que todas as relações de obrigação pareciam resultar das trocas entre os sujeitos. Esta ordem de exposição foi uma invenção do jusracionalismo. No que diz respeito à lei e às fontes, deu-lhes destaque tanto pelo simples fato de colocá-las na parte preliminar do texto, quanto por tentar pôr um fim, por meio de legislação clara, a toda controvérsia doutrinária a respeito das fontes. Assim, somaram-se na estrutura do Código Civil francês a contribuição dos jusracionalistas e a dos revolucionários favoráveis à soberania popular, que se haviam imposto sobre os tribunais conservadores e sobre o próprio rei.

Não apenas o conceito de direito, ou a ordem dos assuntos, também o sentido geral do sistema jurídico se vê alterado. Este é o objeto do quarto capítulo. A questão da justiça dava um sentido a todo o estudo e aplicação do direito em tempos pré-modernos. Se bem que se continue a falar de justiça no direito moderno, o papel de sua discussão mudou muito. Falar de justiça é falar sempre de igualdade, de tal maneira que se pode dizer com Canaris que há no sistema jurídico um postulado de justiça que outra coisa não é senão o princípio da igualdade: tratar os casos iguais de forma igual (Canaris 1996, 18-22). Como se verá, ao longo da modernidade mudaram os termos de comensurabilidade, o que define as igualdades e, fundamentalmente, deixa-se de inquirir das formas de igualdade proporcional adequadas às regras de distribuição em situações de indivisibilidade. Desta maneira, o sentido final de um sistema jurídico, a justiça como igualdade, fugiu ao âmbito dos juristas a pouco e pouco, ou pelo menos fugiu naquilo que é a justiça distributiva, a qual passou a pertencer ao universo e à disciplina da política.

As definições de direito variaram ao longo da história, mantendo, porém, proximidades e semelhanças. Isto vale especialmente para a tradição jurídica ocidental, cujas mudanças no tempo e no espaço mantiveram

simultaneamente diversas continuidades, formando o que Braudel chamava de uma *civilização*.<sup>6</sup> Admito, pois, que seja possível verificar historicamente como as definições estipulativas do direito mudaram.<sup>7</sup> Consequentemente, este objeto – o direito – foi diversas vezes constituído ou reconstituído em função destas mudanças. Por isso, poder-se-ia fazer como que uma “gramática histórica” do direito, uma espécie de etimologia do conceito de direito. É parte do propósito deste estudo investigar como os juristas alteraram estipulativamente algumas destas definições. Em resumo, uma investigação dos muitos modos pelos quais se definiu o direito ao longo do tempo e de como ele foi definido na modernidade em oposição à definição pré-moderna abre muitas possibilidades.

---

6. Uso civilização no sentido tomado por Braudel, de uma longa duração. Abaixo da civilização surgem as sociedades (das quais se faz uma história em tempo mais breve) e as fases de uma mesma sociedade (Braudel 1989, 17-49).

7. Tércio S. Ferraz Jr. fala em “redefinições” antes que em definições estipulativas (Ferraz Jr. 1988, 38). Na redefinição o termo conserva-se dentro de um grande campo semântico, não sendo inovador de maneira absoluta. Optei por usar “definição estipulativa” para realçar a imposição de significado das redefinições, para realçar o caráter “nominal” das definições jurídicas (Ferraz Jr. 1988, 37)