

**Ricardo Marcelo Fonseca\***  
**Traducido por: Andrés Botero-Bernal\*\***

## **La Modernización Frustrada: La cuestión de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX**

***Failed Modernization: The question of the advent of the civil codification in Brazil in the Nineteenth century.***

Fecha de recepción: 22 de junio de 2011  
Fecha de aprobación: 11 de febrero de 2012

### **RESUMEN**

Partiendo de la radicalidad y de la novedad histórica de la "forma código", este estudio intenta investigar el modo peculiar como la idea de la codificación civil penetró en la cultura jurídica brasileña, demostrando, en un primer momento, las características del complejo proceso de modernización jurídica en el Brasil (pasando por el "Antiguo Régimen" y por el Brasil imperial). El texto termina por esbozar algunas hipótesis sobre los motivos por los cuales Brasil no hizo su propio código civil en el siglo XIX.

**Palabras Claves:** Brasil; codificación civil; modernización jurídica; historia del derecho.

### **ABSTRACT**

Based on the radical and the historical novelty of the "form code", this study intends to research the peculiar way as the idea of civil codification entered in the Brazilian legal culture. Demonstrating at first the characteristics of the complex legal process of modernization in Brazil (through the "old regime" and the imperial Brazil), this paper concludes by sketching some hypotheses about the reasons why Brazil has not made its civil code in the nineteenth century.

**Key words:** Brazil; civil codification; legal modernization; history of law.

\*Profesor de pregrado y posgrado en Derecho de la Universidad Federal del Paraná (Brasil). Investigador del CNPq (Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, Brasil). Presidente del IBHD (Instituto Brasilero de Historia del Derecho). Correo electrónico: ricardo@historiadodireito.com.br

\*\* Profesor en Derecho de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: botero39@gmail.com. Las citas entre comillas fueron, para mayor comprensión del lector, igualmente traducidas. Las anotaciones y aclaraciones del traductor estarán seguidas de la siguiente abreviación: N.T.

**RESUMO:** Partindo da radicalidade e da novidade histórica da “forma código”, este estudo intente investigar o modo peculiar como a idéia da codificação civil penetrou na cultura jurídica brasileira. Demonstrando num primeiro momento as características do complexo processo de modernização jurídica no Brasil (passando pelo “antigo regime” e pelo Brasil imperial), o texto termina por esboçar algumas hipóteses sobre os motivos pelos quais o Brasil não fez seu código civil no século XIX”.

**PALAVRAS CHAVE:** Brasil; codificação civil; modernização jurídica; história do direito.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA “FORMA CÓDIGO”

Código: antes que nada es necesario estar atento a la novedad que esta palabra representa para la historia del Derecho y a la radicalidad de este concepto. Incluso, se usa la palabra “código” para tantos otros documentos jurídicos, sobre todo –aunque no solo– de la antigüedad (por ejemplo se habla del “código” de Hamurabi, de Manú, de Teodosio, de Justiniano; inclusive se ha denominado así a las “Ordenanzas” francesas y a las “Ordenaciones” portuguesas). Pero el hecho es que aquello que puede ser denominado como “forma código”, para usar la feliz expresión de Cappellini<sup>1</sup>, es un producto típico de la Francia pos-revolucionaria de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX. Según Paolo Grossi, “la forma 'código' proyectada y realizada en Francia en los años que van de 1790 a 1810 se concretiza en una novedad absoluta en el plano de las fuentes, ofreciendo una solución nueva al problema de la producción jurídica”<sup>2</sup>. Desde el punto de vista del código civil, la fecha que marca un “antes” y un “después” es precisamente 1804, fecha del “Code Civil”, o Código de Napoleón<sup>3</sup>, el más radical de los documentos jurídicos producidos en la medida que buscaba: 1) realizar la razón –heredada del movimiento iluminista que precedía a todo este contexto y en la cual se

<sup>1</sup>Cappellini, Paolo, “Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità”, en Cappellini, Paolo y Sordi, Bernardo (a cura di). *Codici: una riflessione di fine millennio* (Firenze, 26-28 ottobre 2000), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 11 y ss.

<sup>2</sup>Grossi, Paolo, “Code civil: una fonte novíssima per la nuova civiltà giuridica”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, Tomo I, 2006, pp. 84-85.

<sup>3</sup>Ibíd., p. 85.

confiaba de modo incondicional – en la forma de preceptos positivizados<sup>4</sup>; 2) encerrar toda la complejidad de la realidad en un documento abstracto y –como ya fue visto– racional; 3) proceder progresivamente a una formalización del derecho (tendencia ésta que completa una vocación que se anuncia desde los inicios de la Era Moderna), que busca cada vez más solucionar un problema concreto a partir de una hipótesis abstracta y formal, por medio de la “subsunción” y no más centrado en casos y problemas concretos (pues eso ahora será visto como un “casuismo” inaceptable), como lo era en el derecho anterior<sup>5</sup>; 4) sacar el derecho de la historia, de los hechos, de la cotidianidad (vista como caótica, aluvional<sup>6</sup>) en pro de un criterio único, nivelador, abstracto, fuera de la historia porque es justamente racional (ya que la razón que revela la verdad no puede ser contextualizada: ella es independiente de las vicisitudes de los momentos y de la historia); 5) realizar una revolución en la teoría de las fuentes, operando una drástica reducción del “droit” en “loi” (para usar los términos de Jean Bodin), eliminando el orden pluralista (compuesto de costumbres, derecho doctrinario –o “ius commune”– y del conjunto de órdenes normativas típicas de una sociedad corporativa). En cuanto a este último punto, basta recordar el tenor del artículo 4º de las “Disposiciones Preliminares” del Código de Napoleón (“*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*”) que de modo coactivo obliga al juez a tener sólo un criterio, una guía y un parámetro: la ley<sup>7</sup>.

Fruto de esa absoluta novedad histórica, se encuentra también, como se dijo, la radicalidad de la 'idea código. Ella será más que una mera idea: será un mito, un símbolo<sup>8</sup>. El código será celebrado, recitado, alabado. Recibido

<sup>4</sup>El momento de la codificación –en el pasaje de los siglos XVIII al XIX– es el absoluto puente de encuentro entre el racionalismo iusnaturalista y la creencia en la posibilidad de “fijar” los preceptos y los principios racionales en un documento cerrado. Es el optimismo revolucionario que acredita poder “cristalizar” la razón, positizándola. Incluso a lo largo del siglo XIX la perspectiva iusnaturalista va siendo progresivamente abandonada por los juristas, este momento es el de la unión entre el iusnaturalismo/iluminismo jurídico y el positivismo –que son concepciones usualmente colocadas como “antípodas” especialmente por los profesores de “teoría del derecho”. Cfr. Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982.

<sup>5</sup>Como eso, el uso de la “*aequitas*”, tan cara al derecho medieval y en particular al derecho canónico, va progresivamente dando lugar al criterio abstracto de la ley, Cfr. Grossi, Paolo, “Diritto canonico e cultura giuridica”, en: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 32, 2003, pp. 373 y ss.

<sup>6</sup>Grossi, Paolo, *Mitologias jurídicas da modernidade*, Trad. Arno Dal Ri Junior, 2<sup>a</sup> ed., Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, pp. 91 y ss.

<sup>7</sup>Sobre el “Code civil” francés, ver también: Halpérin, Jean-Louis, *Le code civil*, 2<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 2003.

como “el documento del ciudadano”, será tomado como una conquista civilizatoria perenne, eterna, inalienable. No por azar Napoleón dirá que él, el Emperador, sería recordado no tanto por las batallas en las que había vencido, sino por su código civil. Y también no por suerte la iconografía de la época muestra a Napoleón siendo coronado por el *tiempo*, en cuanto escribe en la piedra su código<sup>9</sup>. La noción de código no sólo está vinculada a la idea de organizar la realidad, sino también a la intención de *modelar* la propia realidad política y social<sup>10</sup>. El derecho, en la modernidad jurídica, embiste la realidad, conformándola. El derecho, a partir de este momento, funcionará cada vez más como un instrumento del poder político<sup>11</sup>, que de él hará un instrumento de la nueva organización política posrevolucionaria, esto es, del Estado liberal. El Código levantará en el ámbito privado la noción de igualdad formal, lo que permitirá erigir, por su turno, la idea de la “autonomía de la voluntad” y del “sagrado” derecho de propiedad<sup>12</sup>. Ambos –autonomía de la voluntad y derecho de propiedad– serán los pilares estructurales de este nuevo sistema jurídico que, exactamente por esto, será extremadamente funcional al Estado liberal decimonónico, al libre tránsito jurídico y a la circulación de los bienes y negocios, y, en fin, al desenvolvimiento del capitalismo europeo. No por acaso dijo Grossi que “el código habla al corazón de los propietarios”<sup>13</sup>.

## 112

Con toda esta fuerza –real y también simbólica– el código moderno, con sus especificidades, produjo una fuertísima influencia en todo el sistema jurídico europeo continental<sup>14</sup>. Después del Código Civil francés de 1804, el debate sobre la codificación en la ciencia jurídica europea es omnipresente. En 1811 es editado el Código Civil austriaco (ABGB), en 1865

<sup>9</sup>Grossi, *Mitologías jurídicas*, op. cit., p. 89.

<sup>10</sup>Se trata del cuadro de Jean-Baptiste Mauzaisse, “Napoléon le couronné par le Temps”, de 1833.

<sup>11</sup>Cappellini, Paolo, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 111 y ss.

<sup>12</sup>Acordémonos de la lección de Grossi según la cual, en el orden jurídico medieval había una relativa indiferencia del poder político en relación con el derecho (sobre todo en relación con el derecho privado). O sea: al contrario de la época moderna, antes el derecho no era necesariamente un asunto ligado al poder. Cfr. Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 1995, pp. 50 y ss.

<sup>13</sup>La locución “sagrado” para designar el derecho de propiedad está en el artículo 17 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa de 1789. No deja de ser curioso que en una época de ruptura como ésta, que buscaba oponer tan radicalmente la razón, de un lado, con la fe, del otro, se reserve todavía al derecho de, en su léxico, “sacralizar” un instituto jurídico laicizado.

<sup>14</sup>Grossi, *Mitologías jurídicas*, op. cit., p. 108.

<sup>15</sup>Como se sabe, los países de la tradición del “common law” –Inglaterra, Estados Unidos, parte de Canadá, entre otros– por adherirse a un sistema más centrado en la idea del precedente y por sí fíarse más en la figura central do juez que del legislador, serán la excepción occidental del modelo de la codificación. Sobre

el italiano, en 1867 el portugués, en 1889 el español, entre otros tantos códigos importantes<sup>15</sup>. La misma región germánica, que tuvo en Savigny un defensor aguerrido de la ausencia de codificación (como se ve en su famoso libelo de 1814, “De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia”), acaba a finales del siglo XIX también por producir su imponente y original código (o BGB, editado en 1896 y vigente a partir de 1900).

Pero toda esta influencia no está confinada al ambiente europeo: la idea de “modernización” del derecho (y de la política) traída por la “forma código” va a contaminar los rincones más inesperados, incluso a tradiciones jurídicas diferentes de la europea, las cuales irán, a partir de aquí, a adoptar el modelo “racional moderno” de organización del derecho. De hecho, países del Oriente y de África buscaron seguir los modelos codificados europeos. También están los países de América Latina que van conquistando sus independencias a partir de los inicios de los años 1800 y se colocan, casi que unánimemente, la tarea de “ingresar” en la modernidad copiando los modelos de los países europeos (y, eventualmente, de los Estados Unidos). Era necesario, en el momento exacto de la conformación de los novísimos “Estados-nación” recién independientes, siguiendo el modelo (para usar una expresión de la “*Lei da Boa Razão*” de 1769) de las “naciones cultas y civilizadas”. Los países recién independientes, por eso, adhieren inmediatamente al modelo del Estado liberal (lo que, en el plano jurídico, significaba producir constituciones liberales y códigos “modernos” en las más diversas áreas del derecho, inspirados en las ideas racionalistas del período<sup>16</sup>).

Y, en el caso latino-americano, así es que sucederá. O casi, pues hay una gran excepción en el continente americano –a menos en lo que se dijo respecto a la codificación civil–: Brasil. Por razones complejas, el código –que se proyectaba desde el momento del otorgamiento de la

<sup>15</sup>“common law”, véase: Caenegem, Raoul C. Va, *I signori del diritto*, Milano, Giuffrè, 2003. Sobre las peculiaridades de la experiencia de los Estados Unidos, véase: Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 74 y ss.

<sup>16</sup>Para una comprensión general de las codificaciones europeas, ver: Caroni, Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998.

<sup>16</sup>Ver, al respecto: Botero, Andrés, *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010, pp. 146-165.

Constitución de 1824, que se buscaba y deseaba en nuestra doctrina— acabará por no ser realizado, ni en el Imperio (que terminará en 1889) y ni en el siglo XIX. Como se sabe, el primer Código Civil brasileño se remonta al año de 1916, al contrario de lo que ocurrió con prácticamente todos sus vecinos latino-americanos (que efectivamente codificaron en el siglo XIX, bajo la fuerte influencia del “*Code Civil*” Francés). En Brasil el Código Civil fue deseado, proyectado, diseñado, pero nunca realizado en el siglo XIX. Esto revela un problema historiográfico interesante, que debe afrontar peculiaridades y complejidades que son muy propias del joven Estado monárquico brasileño. Y para bien analizar este contexto es necesario ingresar en las peculiaridades de la historia jurídica brasileña: primero en el modelo jurídico presente antes del momento de la independencia, ya que es necesario avalar el contexto colonial, “pre-moderno”, que el joven Estado brasileño va a encontrar al momento de su independencia. Después, analizar el contexto complejo, conflictivo, de tensión que caracteriza el siglo XIX desde el punto de vista jurídico en el Brasil: esto es, tal como se verá más adelante, cómo en momentos de transición el deseo de modernización se enfrenta a fuertes estructuras arcaicas muy propias de nuestras idiosincrasias coloniales, y también enfrenta estructuras pre-modernas (derecho plural, la presencia fuerte de las Ordenaciones Filipinas, entre otras) desde el punto de vista de la conformación jurídica. En la secuencia del texto, finalmente, se esbozan algunas hipótesis para comprender las razones de la ausencia de codificación civil en el Brasil decimonónico.

## 2. EL “ANTIGUO RÉGIMEN”<sup>17</sup> BRASILEÑO: EL DERECHO QUE SERÁ RECIBIDO EN LA INDEPENDENCIA

En primer lugar es necesario librarnos de una concepción historiográfica errónea que, al mirar para el período medieval y también el así llamado

<sup>17</sup>Sobre el uso del término “antiguo régimen” en el caso brasileño, hay una fuerte discusión historiográfica. Ver, de un lado, Mello e Souza, Laura de, *O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006, especialmente pp. 46 y ss. De otro lado, Hespanha, António Manuel, “Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro” en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Tomo I, 2006, pp. 59-81; Fragoso, João, Bicalho, Maria Fernanda y Gouvêa, Maria de Fátima (orgs.), *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial*

*ancien régime*, vislumbra como única posibilidad de divisar el fenómeno jurídico la identificación de “documentos legislativos”. En el pasado –más que en el presente– la *ley* no debe ser identificada con el *derecho*. El *derecho*, antes de la “modernidad jurídica” decimonónica, se manifestaba de manera múltiple, rica y plural.

António Manuel Hespanha nos advierte que hay mucho sobre las especificidades de la naturaleza del poder y del derecho en el Antiguo Régimen<sup>18</sup>, cuando la ley –al contrario de lo que suponían las conciencias legalistas contemporáneas que confunden la propia esencia del derecho con la norma escrita– era una fuente minoritaria y subsidiaria con relación a la multiplicidad de expresiones jurídicas entonces presentes. Y no podía ser diferente, en la medida en que la propia existencia de un poder político centralizado (un Estado con monopolio legislativo centralizado, en que todas las diversas “*iurisdictio*” de la sociedad de órdenes –las “sociedades intermedias”– habían sido anuladas) es una realidad que no operó exhaustivamente antes del fin del siglo XVIII y, sobre todo, en el siglo XIX europeo. Ante una sociedad estratificada, dividida en órdenes particulares, correspondía una sociedad marcada por un fuerte pluralismo jurídico, en que cada parte del “cuerpo” debería ser regido por su propia “*iurisdictio*” –siendo inclusive de allí que acontece el propio equilibrio de la sociedad ordenada del *Ancien Régime*-. Usando una metáfora célebre de un teólogo medieval, tan bizarra es la existencia de un cuerpo que se reduzca a una cabeza como la existencia de una sociedad con un poder único. La sociedad era dividida y jerarquizada y eso era garantía –en la cosmovisión pre-moderna– de que esa sociedad pudiese funcionar armónicamente. Ante eso, como dice Hespanha, existía la imposibilidad lógica de una administración centralizada<sup>19</sup> –y, como consecuencia, la imposibilidad de que hubiese una fuente jurídica única y determinante que tuviese condiciones de excluir todas las demás. Pensar la sociedad política y jurídica europea por lo menos hasta el siglo XVIII, por tanto, es,

portuguesa (séculos XVI-XVIII), Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2001; y, más recientemente, Hespanha, António Manuel, “Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português”, en Fragoso, João e Gouvêa, Maria de Fátima (orgs.), *Na trama das redes: política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2010, pp. 45 y ss.

<sup>18</sup>Ver, especialmente: Hespanha, António Manuel, “Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma”, en, Hespanha, António Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

<sup>19</sup>Hespanha, António Manuel, *História das Instituições: medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982.

de un modo general, pensar en una sociedad plural, no centralizada, con diversas fuentes productivas de derecho y con diversas formas de expresión de la juridicidad.

El caso brasiler -como todo el caso latino-americano- dentro de este contexto, no es fácil de analizar. En la condición de colonia portuguesa, poblada e instrumentalizada teniendo como norte la explotación comercial, Brasil entraba en la dinámica del “antiguo sistema colonial”<sup>20</sup> de modo accesorio y dependiente, con la inserción del trabajo esclavo africano. Portugal nunca tuvo como objetivo “instaurar” una civilización más allá del mar (por ejemplo, jamás permitió que fuesen inauguradas universidades en sus dominios, al contrario de lo que ocurrió en la colonización española). En Brasil -al contrario del caso mexicano o peruano- no fueron encontradas “civilizaciones” con quienes fuese necesario un expresivo diálogo o negociación (los indios brasileros o fueron esclavizados, o progresivamente exterminados). Las grandes donaciones de tierras para plantíos aquí instalados (en régimen de “sesmarias” -contrato portugués típicamente medieval-) beneficiaron a hidalgos portugueses que mantenían relaciones con la corona y tenían, como escenario de fondo, la necesidad de ocupación de los bastos dominios portugueses en América, bien como de producción de riquezas -inmediatamente remetidas para la metrópoli-.

Ante el complejo sistema de explotación instalado en tierras brasileras, la naturaleza del derecho brasiler en el período colonial es muy controvertida. De un lado, es cierto que había poquíssima circulación de derecho “culto” en el Brasil de este período y tampoco había focos que ensayasen la circulación cultural. Como dice Hespanha, había en el Brasil “una colección heterogénea de providencias jurídicas de diferentes grados y tópicos, que se torna aún más confusa por la práctica difusa y constante del casuismo, una característica típica del proceso de decisión de los tribunales de Antiguo Régimen también en las colonias. Lejos de un cristalino imperio de la ley, lo que podemos extraer de las fuentes es una humilde y confusa colcha de retazos de situaciones jurídicas y soluciones jurídicas *ad hoc*”<sup>21</sup>.

<sup>20</sup>Novaes, Fernando, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*, São Paulo, Hucitec, 2001.

<sup>21</sup>Hespanha, *Antigo regime*, op. cit., p. 58.

En la misma línea, toda la reglamentación jurídica “oficial” provino de Portugal (como fue, sintomáticamente, el caso de las “sesmarias”), sobretodo de las Ordenaciones del Reino (las más longevas fueron las Ordenaciones de Felipe II, de 1603). Todavía, por otro lado, como ya fue adelantado, es correcto afirmar que buscar el derecho colonial en el armazón de las leyes regias portuguesas implica la perdida de comprensión de las especificidades del propio derecho del Antiguo Régimen, puesto que “la autonomía de un derecho no dependía principalmente de la existencia de leyes propias, sino, mucho más, de la capacidad local que llenaba los espacios jurídicos abiertos o las indeterminaciones existentes en la propia estructura del derecho común”<sup>22</sup>. Esto es: como el derecho común (del cual las Ordenaciones Filipinas son una forma de expresión) tiene un carácter subsidiario, dejando libre la posibilidad de manifestación de otros derechos, hay que considerar el amplio espectro de la práctica, de las costumbres locales –y también de las decisiones de los tribunales– como componentes integrantes de un derecho típicamente autóctono. Como el *ius commune* no tiene una tendencia a la centralización, en Brasil se puede percibir un derecho que se diferencia de la juridicidad portuguesa metropolitana justamente en la medida en que los usos particulares y, sobre todo, en la medida en que las decisiones judiciales orientan la práctica y adaptan el derecho a las específicas condiciones del Brasil colonial. Es que, como nos recuerda Hespanha, en el Antiguo Régimen “el gobernar estaba muy próximo del juzgar”, de modo que lo que se dice sobre la teoría del gobierno (*régimen*) está próximo a la teoría del juicio (*iudicium*)<sup>23</sup>. Al final, hasta el siglo XIX, estamos ante un paradigma *jurisdiccional* del poder (lo que Fioravanti llama ‘Estado jurisdiccional’), en el que la presencia y la fuerza del *imperium* se da por el ejercicio de la jurisdicción, que “consiente de modo más bien elástico gobernar una realidad territorial compleja, esencialmente con el intento de mantener la paz, de conciliar y mantener en equilibrio las fuerzas concretamente existentes”<sup>24</sup>. Gobernar, aquí, es sobre todo juzgar, en una arquitectura jurídico-política en que la ideal división de los poderes debe estar bien alejada.

<sup>22</sup>Hespanha, *Por que*, op. cit., pp. 59-61.

<sup>23</sup>Ibid., p. 81.

<sup>24</sup>Fioravanti, Maurizio, “Stato e costituzione”, en Fioravanti, Maurizio (org.), *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2002, p. 9.

Sigamos el raciocinio de Hespanha: “la regla más general de conflictos en el sello de esta orden jurídica pluralista no es, por tanto, una regla formal y sistemática que jerarquiza las diversas fuentes del derecho, más bien es *el arbitrio del juez en la apreciación de los casos concretos* (“*arbitrium iudex relinquitur quod in iure definitum non est*”, queda *al arbitrio del juez aquello que no está definido por el derecho*). Es él quien, caso por caso, ponderando las consecuencias respectivas, decidirá el equilibrio entre las varias normas disponibles. Este arbitrio está, en consecuencia, guiado por los principios generales a los que nos referimos. Pero, sobre todo, por los usos del lugar al decidir cuestiones semejantes (...) usos que, así, se van a transformar en un elemento decisivo de este derecho pluralista”<sup>25</sup>. Esta parece ser también la posición de Arno Wehling y María José Wehling, para quienes “un magistrado como el juez *de foro* y el oidor de la comarca, quien actuaba de juez en su jurisdicción, ejercita diversas otras funciones inherentes a su *munus*, pero que no eran de carácter judicial. Así, el juez de *fora* presidía la cámara municipal y acumulaba actividades administrativas, como la gestión de los bienes de huérfanos y ausentes, en cuanto que el oidor de la comarca, especialmente en el siglo XVIII y a la luz de las concepciones iluministas, se esperaba que fuese un fomentador, identificando fuentes de recursos para la explotación económica de particulares y para el aumento de la recaudación estatal”<sup>26</sup>.

En suma: el Brasil está dotado de un “Antiguo Régimen” *sui generis*, con gran pluralidad político-jurídica y donde brilla por su ausencia la idea de una fuente legal exclusiva y excluyente de otras formas de juridicidad –inclusive un fuerte poder local (muchas veces derivado de un caudillismo que vendrá a ser definido posteriormente como “coronelista”<sup>27</sup>) que tendrá aún gran presencia en nuestra historia-. El proyecto jurídico moderno que se va a instaurar a partir de 1822 tendrá que enfrentar estas peculiaridades.

<sup>25</sup>Hespanha, *Por que*, Op. Cit., p. 81.

<sup>26</sup>Wehling, Arno y Wehling, María José, “A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais”, en Neder, Gislene, *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade*, Rio de Janeiro, Revan, 2007, p. 84.

<sup>27</sup>Leal, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, 4<sup>a</sup> ed., São Paulo, Alfa Ômega, 1978.

### 3. EL BRASIL INDEPENDIENTE Y EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” JURÍDICA: LA RETICENCIA DE LAS ESTRUCTURAS DE DECISIÓN LOCALES.

Aún faltan investigaciones en el ámbito historiográfico-jurídico que den cuenta de un modo satisfactorio de la dinámica de los procesos de decisión en el siglo XIX y, en consecuencia, del impacto que el derecho tiene (o, se supone, no tiene) en el juego de fuerzas políticas en buena parte del joven Estado brasileño (especialmente en sus partes más periféricas). De cualquier modo, se puede intuir que un estado del arte que solamente tenga en cuenta el derecho “letrado” (las decisiones de los tribunales superiores, la doctrina y, sobre todo, la idea de la “fuerza de la ley” decimonónica) conseguirá vislumbrar apenas la “punta del iceberg”: ciertamente, por el contexto histórico brasileño del período, será cierto percibir que las lógicas de decisiones “locales” (ciertamente orientadas por una lógica que no fuese exactamente burocrática, racional y legal) tiene aún tremenda importancia en el Brasil de este período. Se trata, al fin, del proceso de “modernización jurídica” –incipiente y complejo– que caracteriza el derecho brasileño decimonónico, como se decía.

Incluso, aunque sea más plausible la intuición de que con el pasar del tiempo (en el siglo XIX) el Brasil se torna más y más ligado a las lógicas “legales y centralizadas” de decisión, la historiografía está ocupada en demostrar el otro lado de la moneda. Según José Murilo de Carvalho, en la época imperial, los derechos civiles existían sólo en el texto de la ley, tornando a las personas comunes en aquello que él denomina “ciudadanos en negativo”<sup>28</sup>. En otras palabras: en la estructura social agraria, mayormente rural, predominantemente analfabeta<sup>29</sup>, patriarcal y con significativa presencia esclava<sup>30</sup>, no se puede suponer que la mayor parte de los conflictos viniesen a ser resueltos por la legislación oficial del Imperio.

<sup>28</sup>Carvalho, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, Civilizaçāo Brasileira, 2002, pp. 45-64.

<sup>29</sup>En 1872, ya en los últimos decenios del Imperio, solamente el 16% de la población estaba alfabetizada, según informa: *Ibid.*, p. 23.

<sup>30</sup>En la época de la independencia, en 1822, los esclavos constituyan cerca del 30% de la población. En 1873, el 15%. Cfr. *Ibid.*, p. 47.

Evidentemente que hay innumerables casos de demandas judiciales populares fundamentadas en la legislación oficial y vehiculadas mediante los órganos judiciales estatales (inclusive de esclavos<sup>31</sup>) a lo largo de todo ese período. Pero la presencia de un gran pluralismo jurídico, donde se hacen sentir las presencias preponderantes de diversas órdenes de regulación jurídica (como ya fue visto) en detrimento de un derecho estatal de la que la población parecía distante y alejada, no puede ser absolutamente despreciado.

De hecho, el mismo José Murilo de Carvalho recuerda que la centralización burocrática del gobierno en la capital imperial estaba construida de tal modo que la obligaba a establecer necesarios compromisos con poderes locales (generalmente propietarios rurales), como único modo de hacer llegar la voluntad del poder central a las provincias y a los municipios; justamente en vista de eso el Visconde de Uruguay llegó a afirmar que la administración imperial “*tiene cabezas enormes, pero casi no tiene brazos ni piernas*”, o que es un cuerpo “*cuya circulación no llega a sus extremidades*”<sup>32</sup>. Todo esto muestra cómo, ciertamente, la presencia jurídica del Estado, en sus numerosos rincones, no era absolutamente suficiente para que la población, en especial la más periférica, se sintiese partícipe de una sociedad política unitaria y, menos aún, de un ordenamiento jurídico e institucional exclusivo y excluyente de otras formas de solución de los conflictos. De ese modo, no se puede entender que solamente una modificación en el ámbito legislativo estatal, en un período y en un lugar donde la presencia del Estado era difusa y muchas veces minoritaria, pudiese ser sentida por el pueblo -aquellos que deberían ser los destinatarios de una nueva ordenación jurídica de las relaciones privadas- como algo que revolucionaría y “modernizaría” sus vidas personales.

<sup>31</sup>Existe una enorme historiografía que pone en evidencia acciones de esclavos contra sus señores, como, por ejemplo: Chalhoub, Sidnei, *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990; Grinberg, Keila, *Liberata, a lei da ambigüidade: as ações de liberdade na Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994.

<sup>32</sup>Carvalho, José Murilo, *A construção da ordem/ Teatro das sombras*, 2<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 1996, pp. 137-142.

#### 4. EL BRASIL INDEPENDIENTE Y EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” JURÍDICA: LA PRESENCIA DEL DERECHO DEL “ANTIGUO RÉGIMEN”

Por lo que ya fue aducido, quedó claro que es necesario entender que el proceso de modernización del derecho brasileño en los años 1800 (sobre todo luego de la independencia) implica vislumbrar cómo el derecho “moderno”, que entonces se irá estructurando lentamente, va conviviendo (a veces de modo más o menos armónico, otras veces en franca competición) con el derecho anterior. Y se entiende por “derecho anterior” tanto el “orden” social y jurídico plural y fuertemente anclado en los usos y costumbres, como el derecho culto portugués y europeo que, desde el punto de vista formal, continúa existiendo luego de la independencia brasileña. El siglo XIX, desde el punto de vista del derecho, es, por tanto, un siglo de tensión, de transición, de contraposición y convivencia de tradiciones jurídicas diferentes<sup>33</sup>.

Por lo que se vio en el ítem precedente, al momento de la independencia brasileña el derecho era “experimentado” sobre todo a través de poderes descentralizados, poderes locales –como los donatarios, gobernadores de capitánías, magistrados, cámaras municipales, oficiales y funcionarios, etc.– en una estructura permeable a la pluralidad de manifestaciones jurídicas, bien al gusto del “Antiguo Régimen” europeo y su orden corporativa plurifacética. Cabe analizar, también, como la tradición “culto” del derecho que circulaba (que era de raíz fundamentalmente portuguesa y ligada al sistema jurídico del “Antiguo Régimen”) va a ser recibida y adaptada por el joven Estado brasileño. En suma, Brasil, con su legado de un derecho esencialmente “pre-moderno”, va a encontrar y a convivir con un nuevo orden jurídico-político que implicaba, al final, la necesidad de transceder y superar este propio orden jurídico antiguo.

Luego de la independencia del Brasil, ocurrida en 1822, el nuevo gobierno (establecido sin una guerra de independencia a partir de una composición

<sup>33</sup> Al respecto ver nuestra “Introducción” en: Fonseca, Ricardo Marcelo y Seelaender, Airton Cerqueira Leite (orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 7-11.

entre las élites brasileras, la corona portuguesa e Inglaterra<sup>34</sup>), promulga la ley del 20 de octubre de 1823 que determinó que continuasen en vigor las Ordenaciones, leyes, reglamentos, *alvarás*, decretos y resoluciones promulgadas por los reyes de Portugal hasta el 25 de abril de 1821, “mientras se organiza un nuevo código o no fueran especialmente modificadas”. Ya la Constitución del Imperio, promulgada en 1824, determinó en su artículo 179, numeral XVIII, la “necesidad de organizar, cuanto antes, un código civil y uno criminal, fundado en sólidas bases de Justicia y Equidad”.

El hecho es que este dispositivo de la Constitución fue cumplido apenas parcialmente: el Código Criminal fue promulgado en 1830<sup>35</sup> y el Código Comercial, en 1850<sup>36</sup>. Ya el Código Civil deberá esperar hasta el año de 1916, ya en pleno siglo XX y en plena República, de modo que la intención da aquella ley de 1823 (o sea, la vigencia provisoria de las Ordenaciones y de la legislación portuguesa) de cierto modo se frustró, pero por lo menos se tomaba la legislación civil de un modo global.

Estos hechos muestran un cierto elemento de continuidad en relación con la tradición jurídica “culto” portuguesa heredada de los tiempos coloniales y, en consecuencia, una relación de continuidad con respecto a las Ordenaciones Filipinas. Pero, a partir de 1822, el Brasil independiente intentará cada vez más romper –siempre de un modo lento, gradual, pero insistente– con la vieja legislación portuguesa representada sobre todo por las Ordenaciones, sea por medio de la propia legislación brasileña que a lo largo de todo el Imperio será promulgada, sea por los caminos que van ser trillados por la naciente cultura jurídica brasileña en ese mismo período.

Por ahora, nos atenemos a las vicisitudes de la legislación brasileña a lo largo del Imperio, bien como a la importantísima tentativa de Teixeira de

<sup>34</sup>Carvalho, *Cidadania no*, op. cit., p. 26.

<sup>35</sup>Ver al respecto: Slemian, Andrea, “À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos códigos criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil”, en, Ribeiro, Gladys Sabina (org.), *Brasileiros e cidadãos: modernidade política (1822-1930)*, São Paulo, Alameda, 2008, pp. 175 y ss.

<sup>36</sup>Ver: Neves, Edson Alvisi, *O tribunal do comércio: magistrados e negociantes no Império do Brasil*, Rio de Janeiro, FAPERJ/ídéia jurídica, 2008 y Neves, Edson Alvisi, “Códigos comerciais e direito civis na formação da legislação brasileira”, en, Ribeiro, Gladys Sabina (org.), *Brasileiros e cidadãos: modernidade política (1822-1930)*, São Paulo, Alameda, 2008, pp. 273 y ss.

Freitas en formular un Código Civil brasílico que, a pesar de ser malograda, tuvo reflejos profundos en el campo legislativo nacional.

Obviamente que con la institución de una monarquía constitucional (que tenía, todavía, trazos visiblemente autoritarios) el recién creado Estado brasílico pasó a poseer una profusa génesis legislativa, buscando reglamentar, por primera vez con una legislación autóctona, varias relaciones privadas. Y este el punto donde las tradiciones jurídicas portuguesa y brasílica se separan: en cuanto la antigua metrópoli, a partir de 1822, sufrirá una fuerte influencia del pensamiento liberal, con una consecuente susceptibilidad a los principios y las premisas contenidas en el *Code Civil* napoleónico de 1804 (que culminará con la promulgación del Código Civil de 1867, de clara inspiración francesa), la antigua colonia continuará aplicando la vieja legislación heredada de los tiempos coloniales<sup>37</sup> sin proceder a grandes y radicales rupturas, adaptando a las tradiciones específicas de los brasílicos la cultura jurídica entonces en formación y sobre todo a los intereses económicos de las élites agrarias brasílicas. Baste recordar que, a pesar del tenor liberal de la Constitución de 1824, la esclavitud africana, implantada en la colonia por los portugueses, va a subsistir en Brasil hasta 1888 (o sea: hasta un año antes del final del Imperio), demostrando de modo bastante elocuente la reticencia de estructuras arcaicas en las propias instituciones político-jurídicas, que, a cada paso de las transformaciones institucionales brasílicas y con una forma muy peculiar de adaptación de los principios liberales provenientes sobre todo de Francia y de los Estados Unidos, siempre terminar por ser adecuados a los intereses de las élites. La coexistencia de una Monarquía constitucional con la esclavitud, o de la esclavitud con un rol de libertades individuales copiadas de la Constitución Francesa de 1791, demuestran cómo la incidencia de los principios jurídicos en Brasil se caracterizó, desde el inicio del Imperio, por una 'flexibilidad' conveniente y por una 'adaptabilidad' oportuna.

<sup>37</sup> Se insiste: aquí, en este lugar, se está describiendo la manera como el derecho "culto" portugués (representado por las antiguas leyes, por el legado doctrinario, pero sobre todo por las Ordenaciones Filipinas – representante típico del antiguo "*ius commune*" europeo) tuvo que haberse con los eventos modernizantes que soplaban en Brasil. Todavía, paralelamente a eso hay aún – y eso no es menos importante – toda la confrontación del derecho "modernizante" brasílico (legal, centralizado, etc.) con un pasado de un derecho que era efectivizado en bases no cultas, locales y plurales.

Y con la producción legislativa brasileña, que progresivamente va reglamentando innumerables institutos importantes del derecho privado brasileño, la cultura jurídica va tomando contornos cada vez más particulares, que, poco a poco, se distanciaba de la vieja herencia portuguesa. Un ejemplo claro, y al mismo tiempo sintomático, es aquel referente a la reglamentación de la propiedad. Absolutamente no se puede decir que las Ordenaciones Filipinas estuviesen vigentes en el Brasil a lo largo del siglo XIX en esa materia y, por tanto, menos aún que haya sido el Código Civil de 1916 el que haya instituido una disciplina jurídica completamente nueva. Hubo una serie de importantes eventos legislativos a lo largo del Imperio que dieron a la propiedad en Brasil un carácter liberal y “moderno”, como por ejemplo la reforma hipotecaria de 1864, pero sobre todo la “Ley de Tierras” de 1850 que, con el intento de transformar la propiedad rural en una verdadera mercancía de libre circulación en el mercado, buscó promover radicalmente una, hasta entonces inédita, separación de las tierras públicas de las privadas<sup>38</sup>. Así, como se puede notar, las progresivas intervenciones legislativas brasileñas provocaron una forma de “actualización” legislativa (más allá de aquella que ya había sido representada por la “Lei da Boa Razão”, antes de la independencia) que promueve una verdadera discontinuidad entre la tradición jurídica brasileña y aquella del derecho común.

Esas intervenciones legislativas en el Imperio brasileño llegaron a un punto tal que cuando finalmente, en la década de los 50 del siglo XIX, se resolvió iniciar un proceso de codificación civil en el Brasil, el jurista Augusto Teixeira de Freitas –que fue escogido como codificador por el gobierno imperial– consideró oportuno hacer, antes que cualquier otra tarea, una 'Consolidación de las Leyes Civiles' en el Brasil, ante el gran tamaño que ya tenía para entonces el laberinto legislativo existente. Más allá de eso, como el propio Teixeira de Freitas resaltó en la larga introducción hecha a su 'Consolidación', las pobres disposiciones de las Ordenaciones recorrian desde las disposiciones de derecho romano, la Glosa de Acursio, pasando por los comentarios de Bártholo, llegando hasta las mismas disposiciones de derecho canónico, a pesar de la prohibición expresa de la “Lei da Boa

<sup>38</sup>Fonseca, Ricardo Marcelo, “A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil”, en, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Mexico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, XVII, 2005, pp. 97-112.

*Razão*” de 1769. Más allá de eso, la propia “*Lei da Boa Razão*”, según Teixeira de Freitas, “dio largas al arbitrio” de los juristas, cargando “sus obras de materiales extraños, ultrapasando incluso las rayas de los casos omisos”. Dice el jurista, por fin, demostrando la insuficiencia de las Ordenaciones Filipinas como fuente de derecho, que “*las cosas han llegado a tal punto, que menos se conoce y estudia a nuestro Derecho por las Leyes que lo constituyen, que por los Praxistas que lo invadieron*”<sup>39</sup>. Se percibe en las críticas hechas por Teixeira de Freitas al orden jurídico civilista entonces vigente que este jurista controvertía abiertamente con el derecho culto del “Antiguo Régimen” (que valorizaba la costumbre, la doctrina y daba mayor libertad a la “*interpretatio*” judicial) y se colocaba como agente de la “modernización” del derecho (que debería eliminar el arbitrio, tener mayor seguridad jurídica, centrarse en la ley). Teixeira de Freitas aquí, por tanto, nada más hace repetir las críticas de mucho juristas del siglo anterior que ya venían haciendo (sobre todo aquellas de los que quedaron conocidos como integrantes del “iluminismo jurídico”<sup>40</sup>) contra la “confusión” del derecho antiguo en pro de la valorización del papel del Rey, del Estado y de la ley.

El trabajo preparatorio de la 'Consolidación' fue seguido de la elaboración de los 'Esbozos del Código Civil', para el cual el Imperio brasileño contrata, en 1859, al mismo Teixeira de Freitas. El trabajo comienza a ser publicado en 1860, en partes, hasta 1865. Por su espíritu perfeccionista, se detiene en el Libro III, “de la parte especial” (en un proyecto que preveía la elaboración de cuatro partes), y, después de varias discusiones en el parlamento brasileño y en la comisión instituida por el Ministerio de Justicia, el nuevo Ministro de Justicia, Duarte de Azevedo, continuando una secuencia de obstrucciones que habían sido iniciadas por su antecesor, José de Alencar (también reconocido como novelista), se termina por rescindir el contrato con el jurista en el año de 1872, de modo que el proyecto de Teixeira de Freitas (su 'Esbozo'), a pesar de haber servido hasta cierto punto de

<sup>39</sup>Teixeira de Freitas, Augusto. “Introdução”, Em: Teixeira de freitas, Augusto, *Consolidação das leis Civis*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859. pp. VII e VIII.

<sup>40</sup>Sobre el iluminismo jurídico, ver: Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 223 y ss.

<sup>41</sup>Meira, Silvio, *O direito vivo*, Goiânia, Ed. UFG, 1984, p. 225. Karam, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro (da *consolidação* de T. de Freitas ao projeto Beviláqua): o sistema do esboço”, en,

inspiración para las tentativas posteriores de codificación, va a ser dejado definitivamente aparte<sup>41</sup>.

Aunque no haya un consenso entre los autores sobre las razones del fracaso del 'Esbozo' en su pretensión de transformarse en código, parece efectivamente que contribuyeron decisivamente dos razones. La primera fue la firme e inflexible convicción de Teixeira de Freitas en promover la unificación del derecho privado, lo que encontraba una oposición del gobierno, que, secundado por los firmes intereses de la élite agraria, no veía con buenos ojos esa mudanza<sup>42</sup>. De hecho, en su carta de 1867 que rechazaba los trabajos ya impresos, decía que resistía "*invenciblemente a esa calamitosa duplicación de las leyes civiles*"<sup>43</sup> (que, como se sabe, se terminó una vez aprobado el Código Civil vigente de 2002). La segunda razón se encuentra en la decisión de Teixeira de Freitas de negarse a establecer una disciplina jurídica para la esclavitud de los negros. En efecto, él escribió claramente en su 'Esbozo' (reiterando lo que había escrito en la 'Introducción' de su 'Consolidación de las leyes Civiles'<sup>44</sup>) lo siguiente: "*Se sabe que en este proyecto prescindo de la esclavitud de los negros, reservada para un proyecto especial de ley; pero no se crea que había que considerar a los esclavos como cosas. Por muchas que sean las restricciones, aún les queda aptitud para adquirir derechos; y tanto esto basta para que sean personas*"<sup>45</sup>. Así, las convicciones de Teixeira de Freitas entraban en choque con uno de los pilares centrales de los intereses de las élites, para quien un código civil no podía simplemente ignorar las estructuras esclavizadoras<sup>46</sup> de la sociedad agraria brasileña, inviabilizando, así, el éxito de su proyecto. Otras tentativas de codificación de la legislación civil (mucho menos célebres, a pesar de todo) fueron aún

Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 322-324.

<sup>42</sup>Surgik, Aloysio, "O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil", en, Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 443-444.

<sup>43</sup>Ibid., p. 443.

<sup>44</sup>"Cabe advertir que no hay un solo lugar de nuestro texto, donde se trate de –esclavos–. Tenemos, es verdad, la esclavitud entre nosotros; pero, ese mal es una excepción que lamentamos, y que ya está condenada a extinguirse en una época más o menos remota, hagamos también una excepción, un capítulo aparte, en la reforma de nuestras leyes Civiles, no las maculemos con disposiciones vergonzosas, que no pueden servir para la posteridad" (N.T.: traducido del portugués) Teixeira de Freitas, *Consolidação das*, op. cit., p. XI.

<sup>45</sup>Surgik, *Opensamento*, op. cit., p. 443.

<sup>46</sup>Mercadante, Paulo, *A consciência conservadora no Brasil*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 3<sup>a</sup> ed., 1979, pp. 190-192 y Surgik, *Opensamento*, op. cit., pp. 443 y 444.

intentadas en el Brasil imperial: la de Nabuco de Araújo (1872) y la de Felício dos Santos (1881)<sup>47</sup> cuyos proyectos, que mucho debían al 'Esbozo' de Teixeira de Freitas, acabaron borradas por el rechazo del Ministerio de Justicia y del Parlamento, o por el final del régimen imperial en 1889.

De cualquier modo, el 'Esbozo' de Teixeira de Freitas, aunque no aprovechado en Brasil, acabó inspirando fuertemente algunas de las codificaciones decimonónicas, sobretodo en América Latina<sup>48</sup>. Y su trabajo anterior de 'Consolidación de las Leyes Civiles', llevado a cabo solamente con el propósito de, en sus palabras, 'mostrar el último estado de la legislación', fue recibido con elogios por toda la comunidad jurídica nacional. Ya tal punto fue el juzgamiento positivo del trabajo del jurista brasileño (trabajo que, se repite, debería ser solamente preparatorio para la codificación), que a partir de entonces (estamos en 1858), dada su sistematicidad y organización, hace las veces de verdadera guía de la legislación civil brasileña y referencia casi obligatoria a ser seguida por los tribunales y juristas del Brasil. Así, es de notar que este trabajo de Teixeira de Freitas –que fue meramente de sistematización de una legislación ya existente– acabó cumpliendo la función de perpetuar la permanencia de un derecho antiguo<sup>49</sup>. Esa función 'conservadora' –que, todavía, no debe llevar a equívocos, en la medida en que no significa inamovilidad de la legislación– constituye uno de los trazos de la cultura jurídica brasileña a lo largo del siglo XIX que, como veremos, ayudó, junto a otros factores, a apartar la tendencia mayoritaria en otros lugares en el sentido de adoptar la "forma código" en la legislación civil brasileña.

<sup>47</sup>Gomes, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, Salvador, Universidade da Bahia, 1958, p. 17.

<sup>48</sup>El 'Esbozo' de Teixeira de Freitas fue fuente de inspiración explícita en la formulación del Código Civil de Argentina, a cargo de Dalmacio Vélez Sarsfield, de 1869, bien como del código paraguayo (que adoptó el texto argentino) y del código uruguayo de 1868. Ver a propósito: Meira, Silvio, "O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal", en Schapani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 77-79. Por demás, atendiendo esta comunicación constante entre los codificadores, en especial entre Brasil y Argentina, Rabinovich considera que, jurídicamente hablando, es más lo que une que lo que desune a Luso-América con Hispano-América. Rabinovich, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006, pp. 209-216.

<sup>49</sup>Gomes, *Raízes históricas*, op. cit., p. 18; Braga da Cuz, Guilherme, *Obras esparsas: estudos de história do direito moderno*, Vol. II., Coimbra, Coimbra Editora, 1981, pp. 65-66; Couto e Silva, Clóvis, "O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro", en Fradera, Vera Maria Jacob de, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 17; y Barbosa, Samuel, "Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação", en Fonseca, Ricardo Marcelo y Seelaender, Airton (orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 370-372.

## 5. LA MODERNIZACIÓN FRUSTRADA: ¿POR QUÉ BRASIL NO CODIFICÓ SU DERECHO CIVIL EN EL SIGLO XIX?

Una vez descrito, aún que de modo resumido, el modo de inserción de la tradición “culto” del derecho privado en Brasil (y sus tensiones con las tentativas de “modernización” del Estado independiente, de un lado, y con las vicisitudes de la experiencia jurídica colonial, del otro), conviene identificar y sistematizar algunos de los factores que explican las razones por las cuales Brasil, al contrario de prácticamente todas las demás naciones latinoamericanas (y también de Europa continental), acabó por adoptar tan tardíamente la codificación de su legislación civil, bien como, al hacerlo, se distanció un poco (al contrario de sus vecinos latinoamericanos) del paradigmático modelo de la codificación francesa.

Antes de eso, cabe una advertencia: al contrario de un importante sector de la historiografía, no considero que las élites brasileras del siglo XIX se hayan opuesto al proyecto de la codificación civil por identificar en él un óbice natural (ya sea porque fuese “modernizador” o porque fuese promotor de la “igualdad” de las personas al ser transformadas en “sujetos de derecho”) a sus mezquinos intereses privados (sobre todo aquellos ligados a la esclavitud). Creo que pensar de esta manera sería dar demasiado crédito al código civil como instrumento de “emancipación”. Ahora bien, el código civil decimonónico, como fue visto antes, es un típico instrumento burgués, totalmente congruente con el proyecto del Estado liberal del período –que, como se sabe, se caracterizó por un tremendo elitismo que apartó, casi siempre con mucha eficacia, inmensos extractos de la población de las esferas decisorias de la política e incluso de las esferas de la ciudadanía-. Es de notarse que no fue la presencia de un Código Civil que, en el ambiente europeo, consiguió volver iguales a hombres y mujeres, ya fuesen industriales o proletarios. Al contrario, la desigualdad absoluta entre propietarios y no propietarios era, de cierta manera, sufragada y autorizada por el código, preso –como la modernidad jurídica lo será– a criterios formales (y no sustanciales) de igualación de “sujetos de derecho”. Con eso se quiere decir que el Estado de Derecho decimonónico y sus instrumentos jurídicos (sobre todo sus constituciones y sus códigos civiles) no eran instrumentos naturalmente emancipadores –aunque, en

tantos casos, pudieron haber superado antiguos privilegios e iniquidades del *ancien régime*–; eran, al contrario, totalmente congruentes y adaptados a la disimetría que era propia del Estado “mono-clase” decimonónico. Recuérdese que el Estado europeo solo asume una estructura más compleja y plural (desde el punto de vista del conjunto de fuerzas que lo dirigen) en la parte final del siglo XIX, en cuanto que el código civil es creación e inspiración del primer momento burgués pre-revolucionario. En el caso brasileño (en que el carácter de clase del Estado es todavía más claro a lo largo de todo el siglo XIX) la situación es aún más grave. Es de notarse que el advenimiento de una Constitución (que es un documento “moderno” por excelencia), que buscaba copiar el carácter liberal de los países europeos –tal como fue la Constitución brasileña imperial de 1824–, no consiguió acabar con la esclavitud (ni también con la desigualdad de género, con el carácter censitario de los votos, con la ciudadanía tarifada, con el abismo entre propietarios y no propietarios, etc.) la cual persistió hasta finales del Imperio, ya casi a las puertas del siglo XX. En suma: las estructuras jurídicas burguesas del siglo XIX –aún con inspiraciones iluministas y liberales– siempre se mostraron extremadamente permeables a la existencia de una sociedad bastante desigual y hasta injusta, sin que, como eso, sus pilares jurídicos se sintiesen fuertemente cuestionados.

Dicho esto, se pasa al análisis de los factores que, al contrario, efectivamente contribuyeron para la no ocurrencia de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX.

Un primer factor se encuentra en la ausencia de una tradición culta del derecho luego de los años que se siguieron a la independencia de Brasil. Y aquí, por “tradición culta del derecho”, se quiere referir a la tradición de un derecho letrado, de discusión doctrinaria elaborada, de la presencia de “doctores” y de juristas. Todo esto, naturalmente, es un factor que sirve de presupuesto para una discusión con respecto tanto de un documento jurídico como de un código moderno. De hecho, en el período colonial la metrópoli portuguesa no tuvo como política, al contrario de España, el establecimiento de universidades en sus dominios ultramarinos. En Brasil sólo fue permitido el establecimiento de escuelas superiores en 1808 –cuando la familia real portuguesa, huyendo de las invasiones napoleónicas, estableció allí la Corte– cuando ya se verificaba en la

América española, al final del período colonial, la existencia de al menos veintitrés universidades<sup>50</sup>. En ese período los hijos de las élites brasileras, si así lo querían, debían hacer sus estudios superiores en el exterior y, en el caso de la formación jurídica, eso generalmente se daba en la Universidad de Coimbra. Apenas para dar un dato, entre los años de 1772 e 1872 pasaron por la Universidad de Coimbra 1242 estudiantes brasileros, mientras que en América española en ese mismo período 150 mil estudiantes pasaron por las universidades<sup>51</sup>. Los cursos jurídicos en Brasil solamente fueron inaugurados, luego de largos debates legislativos, en el año de 1827, con una Facultad establecida en Olinda (y transferida para Recife en 1854) y otra en São Paulo. Se puede decir, por tanto, que es solamente a partir de aquí que se va formando, de modo lento y gradual, una cultura jurídica (en el sentido de una tradición letrada) típicamente brasilera<sup>52</sup>. En 1854 hubo una importante reforma de la enseñanza –donde, por medio de un decreto, fue inserido por ejemplo la obligatoriedad de la enseñanza del derecho romano– que intentó así dar un aire menos práctico a la enseñanza que entonces se daba en los cursos brasileros<sup>53</sup>. Como se nota, la cultura jurídica letrada brasilera en la primera mitad del siglo XIX estaba compuesta por un puñado de hijos de las élites con formación en la Universidad de Coimbra y otro contingente (ciertamente no significativo) de estudiantes formados a partir de la década de los 30 en los jóvenes y pragmáticos cursos de derecho de Olinda (y después en Recife) y São Paulo. Por cierto que no se podía esperar una fuerte conciencia científica de recepción cultural de la tradición del Código Civil francés, bien como de la discusión de los juristas franceses, en un contexto como éste. Eventuales decisiones a favor de una codificación ciertamente pasaban mucho más por otra suerte de conveniencias (como por ejemplo el deseo y la necesidad de las élites del joven Imperio en proclamar principios jurídicos “modernos”) que por una especie de prevalencia cultural avasalladora, que invadió tanto la Europa continental como a buena parte de América Latina a lo largo del siglo XIX.

<sup>50</sup>Carvalho, *Cidadania no*, op. cit., p. 23.

<sup>51</sup>Ibíd., p. 23.

<sup>52</sup>Al respecto de observaciones más desarrolladas sobre la noción de “cultura jurídica” en el Brasil imperial, véase: Fonseca, Ricardo Marcelo, “Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX”, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giurídico Moderno*, 35, Tomo I, 2006, pp. 339-371.

<sup>53</sup>Pereira, Aloysio Ferraz, “O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova: CEDAM, 1988, pp. 84-85.

Un segundo factor importante fue el hecho de que el incipiente derecho letrado brasileño de la segunda mitad del siglo XIX, a pesar de no haber sido indiferente a las influencias francesas, sufrió mucho más el impacto de la cultura alemana. Ese hecho no deja de ser hasta cierto punto curioso, una vez que en otros ámbitos culturales no jurídicos (como por ejemplo el filosófico) la influencia francesa –y sobre todo del positivismo de Comte– se mostró predominante en Brasil. De hecho, la así llamada “Escuela de Recife”, como es conocido ese movimiento de la cultura jurídica capitaneado por Tobias Barreto<sup>54</sup> (y que contó con nombres como el de Silvio Romero y Clóvis Beviláqua –el autor del proyecto del código de 1916–), tenía una clara orientación cultural alemana<sup>55</sup>. Incluso, fuera de la academia nordestina esto era también verdadero: no es despreciable el hecho de que Teixeira de Freitas, cuya ‘Consolidación de las Leyes Civiles’, como vimos, se volvió la referencia de consulta obligada de la comunidad jurídica brasileña, tenía una fuerte influencia de la cultura jurídica alemana. Como aclara Miguel Reale<sup>56</sup>, aunque se note un cierto eclecticismo en Teixeira de Freitas (donde el elemento innovador no puede ser despreciado), había en sus escritos una mixtura, aunque sin un explícito tratamiento filosófico unitario, de elementos de la Escuela Histórica y del Derecho Natural. A pesar de que, ciertamente, los autores franceses y de relevantes conceptos de la Escuela de la Exégesis no le eran desconocidos<sup>57</sup>, es a la ciencia jurídica alemana (que él aduce haber “alcanzado los más brillantes triunfos”<sup>58</sup>) y de modo particular a Savigny (por él llamado de “profundo” y “sabio”<sup>59</sup>), a los que se les rinde los mayores tributos<sup>60</sup>.

Un tercer y último factor de la ausencia de una “voluntad codificadora” en el Imperio brasileño –ya mencionado en el ítem anterior– está en un aspecto que, en realidad, se coloca como uno de los reversos de la ausencia

<sup>54</sup>Ver al respecto: Losano, Mario, “La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano”, en Tarello, Giovanni (a cura di), *Materiali per la storia della cultura giuridica*, V, IV, Bolonha: Il Mulino, 1974. pp. 321-412.

<sup>55</sup>Couto e Silva, *O direito*, op. cit., pp. 17-19.

<sup>56</sup>Reale, Miguel, “Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988, pp. 41-44.

<sup>57</sup>Ibíd., p. 42.

<sup>58</sup>Teixeira de Freitas, op. cit., p. XXVII.

<sup>59</sup>Ibíd., pp. CLVI y CXLII, respectivamente.

<sup>60</sup>Opinión también de: Couto e Silva, *O direito*, op. cit., p. 17.

de una cultura jurídica letrada en Brasil (sobre todo en la primera mitad del siglo XIX): la inexistencia en Brasil de un verdadero patrón de ciudadanía y, por tanto, la ausencia de una relación de identificación entre los derechos y las garantías jurídicas aseguradas por la legislación oficial, de un lado, y el modo efectivo como las personas vivían sus formas de ordenación en sociedad, del otro. Todo esto remite, precisamente, al carácter complejo, en el ámbito de la reglamentación de las relaciones civiles, de la relación entre el Estado y las poblaciones –especialmente las más pobres–.

Al final, como fue visto, a lo largo del siglo XIX, el Estado siempre tuvo una relación muy tenue con los particulares: aunque en el ámbito político hasta hubiese un sistema formal de participación de las persona en la elección de los representantes (sistema ese, todavía, que era una mera fachada, donde se escondía sobre todo el mando de los jefes políticos locales, es decir, de los “coroneles”<sup>61</sup>), en el ámbito civil ese intercambio era realmente escaso. Una intervención radical del Estado en la vida privada de las personas –ante la ausencia de un genuino orden jurídico oficial pre-codificación y de un proceso revolucionario burgués, que fueron factores que caracterizaron el pasaje a la época del código en Europa– ciertamente sería sentida como una indeseada invasión en el ámbito de los valores tradicionales por parte de una entidad –el Estado– que al final no tuvo tanto que ver con la vida de las personas. No es sin motivo que Sergio Buarque de Holanda observa, con su acostumbrada argucia, que “*de ese comportamiento social, en que el sistema de relaciones se edifica esencialmente sobre lazos directos, de persona a persona, proceden los principales obstáculos que en España y en todos los países hispánicos –Portugal y Brasil inclusive–, se erigen contra la rígida aplicación de normas de justicia y de cualesquier prescripción legales*”<sup>62</sup>.

Para ilustrar lo que se quiere aquí decir conviene recordar un episodio representativo de la historia brasileña, ocurrido ya en el siglo XX, pero poco antes de la promulgación del primer Código Civil, que marca muy bien una reticente realidad pre-moderna constantemente instigada por una

<sup>61</sup>Leal, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, São Paulo: Alfa Ômega, 2<sup>a</sup> ed., 1975 y Carvalho, *Cidadania no*, op. cit., pp. 30-44.

<sup>62</sup>Holanda, Sergio Buarque, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 26<sup>a</sup> ed., 1995, p. 134.

constante pretensión de modernización, que va avanzando lentamente a costo de la conformación de una fuerte tradición<sup>63</sup>: se trata de la Revuelta de la Vacuna, ocurrida en Río de Janeiro en 1904.

Al contrario de otras grandes insurrecciones ocurridas más o menos en el mismo período en defensa de los valores tradicionales (como la Guerra de Canudos en Bahía o la Guerra del Contestado en Santa Catarina), la Revuelta de la Vacuna ocurrió en la mayor y más cosmopolita ciudad brasileira, Río de Janeiro, la capital de la República, que contaba para la época con aproximadamente setecientos veinte mil habitantes. Ante la clara voluntad política del presidente Rodrigues Alves y del prefecto Pereira Passos en 'modernizar' la ciudad, y tomando como modelo de acción las reformas urbanas hechas en París por Hausmann y como credo científico los descubrimientos de Pasteur, una serie de innovaciones –no sin mucha resistencia de la población– fueron siendo emprendidas en la ciudad: las calles fueron abiertas o alargadas, modificando la fisonomía de la vieja ciudad colonial y expulsando mucha gente de sus casas; fueron recogidos mendigos, vacas y perros de la calle; brigadas sanitarias recorrían la ciudad inspeccionando y desinfectando, con poderes inclusive para determinar la reforma o el derrumbe de las casas. Llegó a haber hasta incluso un esfuerzo por modificar los hábitos de la población, explícitamente tomando como modelo la "civilizada"<sup>64</sup> París. Luego de varias tentativas frustradas de sanear la ciudad y acabar con las epidemias (sobre todo la viruela), fueron dados por el presidente de la República a los médicos y a los funcionarios públicos municipales poderes casi dictatoriales para que la "limpieza" de la ciudad se implementase. Ante eso la revuelta popular explotó: partes enteras de la ciudad fueron tomadas por los rebeldes. Era visible la gran simpatía con que la mayoría de la población

<sup>63</sup> Hubo importantes episodios de la historia brasileira en los cuales se reveló la fuerza de la tradición, especialmente a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX. El más famoso de dichos episodios fue la Guerra de Canudos, ocurrida en la zona agreste de Bahía entre 1896 y 1897 (inmortalizada por una de las obras primas de la lengua portuguesa: Cunha, Euclides da, *Os sertões*, São Paulo, Ateliê Editorial/Imprensa oficial do estado/Arquivo do Estado, 2<sup>a</sup> ed. 2001; y más recientemente recordada al ser tema del libro de: Vargas Llosa, Mario, *La guerra del fin del mundo*, México, Alfaguara, 2000)], cuando una multitud de "sertanejos" (N.T. trabajadores y campesinos de los *sertões*, esto es, de zonas agrestes apartadas de los centros urbanos) se agruparon en torno de un líder carismático, Antonio Conselheiro, en defensa de sus valores tradicionales y de sus ideales comunitarios y que, vista por el joven gobierno republicano como una amenaza a la modernización (y como un movimiento monárquico subversivo), fue, después de cuatro expediciones militares, brutalmente masacrada por el Estado. Ver, en esa línea de interpretación: Carvalho, José Murilo de, *Pontos e bordados: escritos de historia e política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998, pp. 114-115.

<sup>64</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

veía tal movimiento. Sectores “marginales” (malandros, *capoeiras*, ambulantes, prostitutas, etc.) tomaron parte, pero también operarios de fábricas de tejidos se adhirieron. El gobierno manda bombardear los morros que eran reductos de la insurrección, y los cadetes de la Escuela Militar de la playa roja sorprendentemente se rebelan contra el gobierno y contra su comando. Solamente luego de revocar la ley de la vacuna obligatoria es que el gobierno, con la ayuda del ejército y de la marina, consiguió ocupar los morros y contener el movimiento, restableciendo finalmente el orden<sup>65</sup>.

Tal episodio no puede ser leído únicamente como una demostración de la “ignorancia” del Pueblo en no comprender las “civilizadas” tentativas del gobierno en sanear la ciudad y las casas de los ciudadanos; puede ser leída, también, como una tentativa de un gobierno autoritario en implementar cambios significativos en la vida privada de las personas basados en teorías científicas, estéticas y urbanísticas completamente extrañas a la cotidianidad de las personas, como la tentativa de imprimir en el ámbito privado de las familias novedades que le parecían substancialmente extrañas, no importando que tales novedades fuesen provenientes del Estado. Como dijo Carvalho, se trata mucho más de una reacción popular contra una acción político-jurídica del gobierno absolutamente incompatible con sus valores tradicionales. La idea de que el gobierno pudiese mandar alguien para dentro de las casas, incluso en ausencia del jefe de la familia, examinar a las esposas y a las hijas, sonaba como una ofensa insoportable ante el patrón de moralidad entonces vigente. Además de todo esto, así, había una concepción tradicional de que el gobierno no debería interferir en los valores tradicionales que regían la vida privada de las personas, sobre todo en su vida doméstica (máxime que las personas del común no se sentían partícipes de la sociedad política, siendo para ellos el Estado un ente más o menos extraño), so pena de desencadenar una reacción, hasta con proporción de insurrección popular<sup>66</sup>.

Este episodio es representativo para la comprensión de la cultura jurídica brasileña porque desvela esa misma relación dialéctica, compleja y tensa

<sup>65</sup>Ibid., pp. 117-118.

<sup>66</sup>Ibid., p. 118.

entre, de un lado, una tendencia estatal en imponer autoritariamente sus reglas en el ámbito privado, intentando hacer valer una pretensión de “absolutismo jurídico”<sup>67</sup>, y, del otro, la existencia de personas de carne y hueso portadoras de una tradición, de valores, de una cultura, en fin, de una noción viva de derecho, diferente, todavía, a la del derecho “oficial”.

---

<sup>67</sup>Sobre esta noción, ver: Grossi, Paolo, *História da propriedade e outros ensaios*, Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, pp. 123-137.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barbosa, Samuel, “Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação”, en Fonseca, Ricardo Marcelo y Seelaender, Airton (orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*, Curitiba, Juruá, 2008.
- Botero, Andrés, *Modelo de lectura del constitucionalismo provincial hispanoamericano*, Medellín, Universidad de Medellín, 2010.
- Braga da Cruz, Guilherme, *Obras esparsas: estudos de história do direito moderno*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- Caenegem, Raoul C. Van, *Isignori del diritto*, Milano, Giuffré, 2003.
- Cappellini, Paolo, “Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità”, en Cappellini, Paolo y Sordi, Bernardo (a cura di), *Codici: una riflessione di fine millennio (Firenze, 26-28 ottobre 2000)*, Milano, Giuffré, 2002.
- 136 Cappellini, Paolo, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010.
- Caroni, Pio, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffré, 1998.
- Carvalho, José Murilo de, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.
- Carvalho, José Murilo de, *Pontos e bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998.
- Carvalho, José Murilo, *A construção da ordem/ Teatro das sombras*, Rio de Janeiro, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2<sup>a</sup>. ed. 1996.
- Cavanna, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982.

Chalhoub, Sidnei, *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.

Couto e Silva, Clóvis, “O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro”, en Fradera, Vera Maria Jacob de, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

Cunha, Euclides da, *Os sertões*, São Paulo, Ateliê Editorial/Imprensa oficial do estado/Arquivo do Estado, 2<sup>a</sup>ed., 2001.

Fioravanti, Maurizio, “Stato e costituzione”, en Fioravanti, Maurizio (org.), *Lo Stato Moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2002.

Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995.

Fonseca, Ricardo Marcelo y Seelaender, Airton Cerqueira Leite (orgs.), *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade jurídica*, Curitiba, Juruá, 2008.

137

Fonseca, Ricardo Marcelo, “A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Mexico, XVII, 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Fonseca, Ricardo Marcelo, “Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX”, em, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, Tomo I, 2006.

Fragoso, João, Bicalho, Maria Fernanda y Gouvêa, Maria de Fátima (orgs.), *O antigo regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2001.

Gomes, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, Salvador, Universidade da Bahia, 1958.

Grinberg, Keila, *Liberata, a lei da ambigüidade: as ações de liberdade na Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1994.

Grossi, Paolo, "Code civil: una fonte novíssima per la nuova civiltà giuridica", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, Tomo I, 2006.

Grossi, Paolo, "Diritto canonico e cultura giuridica", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 32, 2003.

Grossi, Paolo, *História da propriedade e outros ensaios*, trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 1995.

Grossi, Paolo, *Mitologias jurídicas da modernidade*, trad. Arno Dal Ri Junior, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2<sup>a</sup> ed., 2007.

Halpérin, Jean-Louis, *Le code civil*, Paris, Dalloz, 2<sup>a</sup> ed., 2003.

Hespanha, António Manuel, "Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do império colonial português", en Fragoso, João e Gouvêa, Maria de Fátima (orgs.), *Na trama das redes: política e negócios no império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2010.

Hespanha, António Manuel, "Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma", en Hespanha, António Manuel (org.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, Lisboa, fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Hespanha, António Manuel, "Por que é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro", en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Tomo I, 2006.

Hespanha, António Manuel, *História das Instituições: medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982.

Holanda, Sergio Buarque, *Raízes do Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 26<sup>a</sup> Ed., 1995.

Karam, Munir, “O processo de codificação do direito civil brasileiro (da consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua): o sistema do esboço”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988.

Leal, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, São Paulo, Alfa Ômega, 2<sup>a</sup> ed., 1975.

Leal, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto*, São Paulo, Alfa Ômega, 4<sup>a</sup> ed., 1978.

Losano, Mario, “La scuola di Recife e l'influenza tedesca sul diritto brasiliano”, en Tarello, Giovanni (a cura di), *Materiali per la storia della cultura giuridica*, V, IV, Bolonha, Il Mulino, 1974.

Meira, Silvio, “O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988.

Meira, Silvio, *O direito vivo*, Goiânia, Ed. UFG, 1984.

Mello e Souza, Laura de, *O sol e a sombra: política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

Mercadante, Paulo, *A consciência conservadora no Brasil*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 3<sup>a</sup> ed., 1979.

Neves, Edson Alvisi, “Códigos comerciais e direito civil na formação da legislação brasileira”, en Ribeiro, Gladys Sabina (org.), *Brasileiros e cidadãos: modernidade política (1822-1930)*, São Paulo, Alameda, 2008.

- Neves, Edson Alvisi, *O tribunal do comércio: magistrados e negociantes no Império do Brasil*, Rio de Janeiro, FAPERJ/idéia jurídica, 2008.
- Novaes, Fernando, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)*, São Paulo, Hucitec, 2001.
- Pereira, Aloysio Ferraz, “O uso brasileiro do direito romano no século XIX: papel de Teixeira de Freitas”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988.
- Rabinovich, Ricardo, *Principios generales del derecho latinoamericano*, Buenos Aires, Astrea, 2006.
- Reale, Miguel, “Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988.
- Slemian, Andrea, “À nação independente, um novo ordenamento jurídico: a criação dos códigos criminal e do Processo Penal na primeira década do Império do Brasil”, en Ribeiro, Gladys Sabina (org.), *Brasileiros e cidadãos: modernidade política (1822-1930)*, São Paulo, Alameda, 2008.
- Surgik, Aloysio, “O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil”, en Schipani, Sandro (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, CEDAM, 1988.
- Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.
- Teixeira de Freitas, Augusto, “Introdução”, en Teixeira de Freitas, Augusto, *Consolidação das leis Civis*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859.
- Vargas Llosa, Mario, *La guerra del fin del mundo*, México, Alfaguara, 2000.

Wehling, Arno y Wehling, Maria José, "A questão do direito no Brasil colonial: a dinâmica do direito colonial e o exercício das funções judiciais", en Neder, Gizlene. *História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade*, Rio de Janeiro, Revan, 2007.