

O pandectismo, direito subjetivo e interesse legítimo

André R. C. Fontes¹

Resumo

O artigo trata da construção do direito subjetivo pelo pandectismo alemão, pela formação do interesse legítimo na Itália e da sua incorporação do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito alemão; direito italiano; direito brasileiro.

Abstract:

The article concerns the building of subjective law by German pandectism, by the formation of lawful interest in Italy and its incorporation in Brazilian law.

Keywords: German law; italian law; brazilian law.

§1º

O direito subjetivo tal como nós o conhecemos somente foi assim concebido após laboriosa e profunda movimentação pandectística.² Pandectismo é termo originado de *Pandectas*³ (Digesto em grego, como preferiam os juristas alemães), a partir da ideia de que o Direito Romano poderia ser utilizado como direito comum a todos os alemães.⁴ Considerada a questão do lado lógico, pode-se retomar o raciocínio de Windscheid, que, como adverte Aarão Reis, com um entusiasmo que nós partilhamos

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

² Os mais conhecidos trabalhos sobre o pandectismo são os de Franz Wieacker *História do Direito Privado Moderno* e de Schlosser, Hans. Molitor, Erich. *Perfis de la Nueva Historia del Derecho Privado*, tradução de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1979. Merecem registro os textos dispersos de Carlos David Aarão Reis, talvez o mais importante pandectista do país, especialmente o escrito *A Elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil Alemão in Doutrina*, v. 1, Niterói: ID – Instituto de Direito, 1996. p. 150. Em segunda vem o texto *A matematização do Direito e as origens da Parte Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: IEJ, 1992 e depois, *in Ensaios Jurídicos*. v. 1, Niterói: ID - Insituto de Direito, 1996.

³ *Digesta, Pandectae ou Codex enucleati juris*. Cf. Silva, Luis Antonio Vieira de, *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*, Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmer, 1854. p. 174.

⁴ Perlingieri chama a atenção para o fato de que a sua expressão universalista vem sendo abandonada por causa da separação dos poderes, que prega uma visão estatal e nacionalista. cf. *Perfis* p. 30.

inteiramente, em seu estado bruto não poderia o material romano, o Corpo de Direito Civil (ou como é universalmente conhecido, em sua versão latina: *Corpus Juris Civiles*) ser aplicado sem o seu aprimoramento e refinamento.⁵

I

A situação do direito antes de 1900 na Alemanha era caracterizada por uma grande dispersão.⁶ Depois que, em todos os lugares até esta época valeram direitos locais, ocorria pelo fim da Idade Média a chamada *recepção do direito romano*.⁷ O direito romano floresceu nos primeiros dois séculos depois de Cristo e tinha sido compilado no século VI pelo imperador romano do Oriente Justiniano no chamado *Corpus Juris Civiles*. Principalmente, essa obra de legislação formava o fundamento para a formação dos juristas eruditos da Idade Média da última fase, que aos poucos substituíram os juízes leigos populares. Em todo o caso, eles o aplicavam subsidiariamente diante do direito tradicional local.⁸

Por volta de 1800, várias tentativas surgiram para se regulamentar (“codificar”) de modo abrangente o direito civil.⁹ Importantes são o Direito Nacional Geral de 1794 para os Estados prussianos, o Código Napoleão da França de 1804, o Código Civil Geral da Áustria de 1811 - o Código francês valia na Alemanha nas áreas renanas.¹⁰ Além dos âmbitos de validade dessas leis, valia muitas vezes ainda o chamado *Direito Comum*, que se baseava de modo não codificado no Direito Romano aperfeiçoado e que formava o objeto principal de trabalho científico com o direito.¹¹

⁵ Aarão Reis, Carlos David. *A elaboração do BGB: homenagens no centenário do Código Civil Alemão* in “Doutrina I, Niterói: Instituto de Direito, 1996. p. 156.

⁶ Acreditamos que as ideias devem ser acompanhadas por um conhecimento concreto dos acontecimentos que se deram ao mesmo tempo. Por isso este parágrafo, como outros, oferece uma história intelectual sob domínio mais amplo. Seguimos aqui a orientação de J. Bronowski e de Bruce Mazlish in *A tradição intelectual do ocidente*, tradução de Joaquim João Braga Coelho Rosa, Lisboa: Edições 70, 1988. p. 13.

⁷ Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil* trad. do alemão para o castelhano por Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987. p. 197.

⁸ *Conceptos fundamentales del derecho civil* de Hans Hattenhauer, trad. de Pablo Salvador Coderch, Barcelona: Ariel, 1987. Van Caenegam, *op. cit.* p. 160.

⁹ Wieacker, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 97.

¹⁰ Ainda por resquícios das guerras napoleônicas. Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet *Introduction Historique au Droit XIIIe-XXe siècles*, 2. ed., Paris: LGDJ, 2003. p. 401. Wiacker, p. 97. R. C. van Caenegam, *op. cit.*, p. 160.

¹¹ Peters, Frank. *op. cit.* p. 4. R. C. van Caenegam, *op.cit.* p. 161.

II

Depois que se findaram as guerras de libertação napoleônicas, surgiu a exigência de uma unificação do direito para a Alemanha (*a favor*: o professor de direito Thibaut, na época professor em Heidelberg; *contra*: Savigny, ministro prussiano).¹² Ela foi coroada de êxito após a formação do Império Alemão em 1871. Em 1874 uma Comissão foi instituída, à qual pertencia Windscheid, reconhecido teórico, e pelo juiz Planck, que era marcado pela *praxis*.¹³ Ela publicou em 1888 o chamado Iº projeto juntamente com a fundamentação (os chamados motivos).¹⁴ Esse projeto foi criticado em quase toda a sua extensão. Ele era demasiadamente lastreado no Direito Romano, segundo os seus críticos e com isso seria “não-alemão” (*Undeutsch*), além de ser doutrinário e incompreensível no modo de expressão, e ainda antissocial.¹⁵

Em 1890, uma segunda comissão foi instituída, à qual pertenciam, sob a presidência de Planck, também representantes da economia e dos partidos dos Parlamento da Alemanha Imperial.¹⁶ Até 1895 foi criado então o chamado IIº projeto por ela; de 1897 até 1899 publicaram-se as atas motivadoras da IIª Comissão.¹⁷ Após a aprovação do projeto pelo Conselho Federal, houve, em 1896, a apresentação no Parlamento da Alemanha Imperial, juntamente com um memorial elaborado na repartição da Justiça na Alemanha Imperial. Acrescido de alterações insignificantes, o Código Civil foi aprovado no dia 1º de julho de 1896, pelo Parlamento da Alemanha Imperial, e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900.¹⁸

III

O Código Civil alemão (conhecido pela sigla BGB, abreviação de *Bürgerliches Gesetzbuch*) é marcado por *conceitos fixamente definidos*,

¹² Sobre os aspectos mais particulares da vida de Friedrich Carl von Savigny cf. Clarence Morris (organizador) *Os grandes filósofos do Direito*, trad. de Rinaldo Guarany, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 288.

¹³ Schlosser-Molitor, *Perfiles de la nueva história del Derecho Privado*, tradução de Ángel Matínez Jarrión, Barcelona: Bosch, 1986. p. 110.

¹⁴ Sobre o Iº Projeto *Perfiles de la nueva História del Derecho Privado*, de Hans Schlosser e Erich Molitor, tradução do alemão para o castelhano por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1980. p. 110.

¹⁵ Peters, Frank. *op. cit.* p. 5. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

¹⁶ Sobre o IIº Projeto Schosser-Molitor *op. cit.* p. 112.

¹⁷ Schlosser-Molitor *op. cit.* p. 112.

¹⁸ Frank Peters. *op. cit.* p. 5. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

que, às vezes, divergem muito do significado da linguagem coloquial.¹⁹ Alguns conceitos importantes são desconhecidos na expressão usual, como é exemplo o conceito de “disposição” do seu § 185. Esses conceitos são úteis para o jurista experiente, mas que impossibilitam a compreensão para o leigo, que os caracteriza pelo esforço de alcançar a maior concisão possível.²⁰ Com isso o Código Civil alemão tornou-se o resultado de um direito altamente desenvolvido a respeito da técnica jurídica²¹ e, nas suas valorações, pode-se afirmar que ele era comprometido com o Século XIX.²²

Sinteticamente, a ideia da *relação jurídica*, a *Teoria do Negócio Jurídico* com a conexas *Teoria da Vontade*, que a toda hora informa a literatura de importação tradicional, nasce, então, através da obra de conceitualização e de sistematização que a Escola Histórica produziu trabalhando no Direito Romano, na tradição do *corpus juris*.²³

Por conta do seu método de exposição, considerado como padrão para o chamado Sistema abstrato-generalizador, dada a sua precisão e imensa possibilidade de abstração dos conceitos que enuncia, serviu para a formação e o desenvolvimento de uma outra metodologia, que o estima como modelo e referência dos movimentos e escolas da Itália e do Brasil.²⁴

§ 2º

O pós-pandectismo italiano e a configuração do interesse legítimo

O significado do prefixo “pós” induz o raciocínio da *ultrapassagem total* e a *ruptura parcial* de algo dentro de um contexto de continuidade.

¹⁹ Peters. *op. cit.* p. 9. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

²⁰ Peters. *op. cit.* p. 9. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 162.

²¹ Karl Larenz o classifica no sistema abstrato-generalizador dentre as grandes codificações. Cf. *Metodologia da Ciência do direito*, 2ª ed. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

²² Peters *op. cit.* p. 10. Sobre o compromisso do Código Civil Alemão com o Século XIX, cf. R. C. van Caenegam *Uma introdução histórica ao Direito Privado*, trad. de Carlos Eduardo Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 160.

²³ Montanari, *op. cit.* p.175. Franz Wiacker *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. José Castan Tobeñas *Las diversas Escuelas Jurídicas y el concepto del Derecho*, Madri: Reus, 1947. Hans Schlossen Erich Molitor *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1980. Hans Hattenhauer *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, trad. de Pablo Salvador Copderch, Barcelona: Ariel, 1982. Salvador Lissarrague *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*: Bosch, 1948.

²⁴ Larenz, Karl *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 52.

De fato, é possível se pensar em um pós-pandectismo como um estágio último, em sentido parcialmente antagônico com o pandectismo clássico desenvolvido na Alemanha e que se revela também de sua evolução e que tem a sua sede na Itália. Se o Pandectismo surge como adaptação de um direito comum²⁵ aos vários estados alemães²⁶ com base no Digesto (Pandectas em grego²⁷), o movimento na Itália já não parte dos textos brutos romanos, mas dos apurados textos alemães que daqueles decorrem. O Pandectismo italiano não é imediatamente originário dos textos romanos, mas sim das interpretações germânicas dos textos romanos.²⁸ Esse foi o paradigma da literatura italiana²⁹ e nesse campo é que não encontram os italianos, nos textos alemães, a dimensão da tutela que não fosse a tipicamente outorgada, razão pela qual falavam em um interesse que seria tutelado, o interesse legítimo.³⁰

Os pós-pandectistas italianos revelam uma negativa da existência de padrões invariáveis e de significados diferentes dos conceitos jurídicos transmitidos pela literatura alemã³¹ e os tomam como verdadeira

²⁵ Não se está negando que o direito comum preconizado para os Estados alemães signifique a inexistência de um direito comum na Itália, que sabidamente também não existia então como um Estado-nacional, mas era dotada de um complexo e variado Direito Comum. Cf. Giovanni Cassandro. *Lezioni di Diritto Comune*. Nápoles: ESI, 1981.

²⁶ Caenegem, C. van – *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 159.

²⁷ Pandectas em grego significa “livros que contêm tudo”. Cf. Abelardo Torrè *Introducción al Derecho*, 14ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 525.

²⁸ Redescoberto na Universidade de Bolonha consoante farta referência. Por todos: R. C. van Caenegem., *op. cit.*, p. 161.

²⁹ A especialidade da Ciência Jurídica italiana, com o conceptualismo germânico não impediu que fosse considerado o Código Napoleão o seu paradigma legislativo. Cf. Sergio Cotta *Il Dilemma della Scienza Giuridica attuale in La Dottrina Giuridica Italiana alla fine de XX Seculo -un Bilancio-* a cura di Bruno Montanari. Milão: Giuffrè, 1998. p. 223.

³⁰ É de se notar que não houve a formação de um movimento jurídico unificador na Itália, que se sujeitava ao mesmo regime de balcanização que enfrentava a Alemanha, não nos moldes alemães, conquanto fosse a Itália sabidamente receptiva ao Pandectismo. Sobre a situação dos territórios italianos cf. Tarello, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonha: Il Mulino. 1976. p. 92. Cf. ainda Adolfo Omodeo, *Letà del risorgimento italiano*, 9ª ed., Nápoles: Esi, 1960.

³¹ Uma amostra da influência técnica da Pandectística na Ciência Jurídica italiana pode ser vista na obra *Introduzione al Diritto della Civiltà Europea*, de Tito Ravà – Pádua: Cedam, 1982. p. 176. É de boa lembrança que um dos mais preciosos trabalhos na linha da tradição disso que Reale chama de Escola Italiana pertence a Mario Allara, que foi simplesmente o Professor de Pietro Perlingieri. As duas obras de Allara que mais foram utilizadas neste trabalho foram *La nozione fondamentali del Diritto Civile*, v. 1, ed., Turim: Giappichelli, 1958 e *La Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Turim: Giappichelli, 1950.

doutrina no incomparável sistema³² que elaboraram.³³ Partiram de premissas conceituais fixas e perfeitas para construir o seu sistema e, com essas linhas teóricas definidas, desvendaram lacunas as quais procuram cientificamente colmatar por meio de *construção* de outros conceitos, dentre os quais o mais característico seria o do *interesse legítimo*.³⁴ Dele se exigiu precisão teórica e vozes importantes para operar em um campo de conhecimento jurídico no qual reina, ainda hoje, com absoluta preponderância e vigor no Sistema Romano-Germânico, o *direito subjetivo o conceito central*³⁵ do Direito Privado e, ao mesmo tempo, a última abstração da vida jurídica multiforme³⁶ – figura da qual parte toda a técnica tradicional do Direito.³⁷

³² É de se notar que a qualidade dos textos produzidos na Itália e o seu caráter de verdadeiro cânon doutrinário, do qual ainda hoje se vale a cultura jurídica italiana, prenhe de boa literatura clássica sobre os mais fundamentais assuntos jurídicos, motivo pelo qual Franz Wieacker designou a Itália de “pátria jurídica da Europa” in *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

³³ Miguel Reale denomina tal linha de orientação simplesmente de “Escola Italiana”, que, segundo ele, mantém-se fiel à claridade latina das ideias com assimilação fecunda do denso labor filosófico e dogmático dos mestres germânicos in *Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982. p. 416.

³⁴ Merece registro a forma elegante e eloquente como discorre a Escola sobre os mais variados assuntos e uma amostra dessa característica foi destacada na obra *Filippo Vassalli Il Diritto Civile come Opera D’Arte* – Ferri, Giovanni B., Pádua: Cedam, 2002.

³⁵ Na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, ao por em evidência a relação constituição-lei, não poderá elevar o direito subjetivo ao patamar de conceito central, razão pela qual Pietro Perlingieri e assim todo o movimento que congrega a sua forma de pensar reduz, como na obra do mestre, o direito subjetivo “à clássica situação jurídica subjetiva”, embora ressalve que “é um *prius* a respeito dos deveres de outrem” in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: ESI, 1984. p. 274. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5. H. Coing *Signification of the notion of droit subjectif in Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, Paris: Sirey, 1964. p. 1.

³⁶ Tuhr, Andreas von. *Op. cit.* p. As críticas à afirmação de Andreas von Tuhr são grandes, especialmente porque querem que a relação jurídica seja o conceito central, porque deixaria espaço para o dever jurídico. cf. Medicus. p. 32. No Brasil, Francisco Amaral *Direito Civil – Introdução*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.153. Na literatura alemã se perdem em inúmeras variantes, sendo as principais as que preferem deslocar a consideração para proteção legal ou das instituições, ou ainda que tenha como tarefa de ordem jurídica, além da proteção das posições jurídicas individuais, também a organização de uma colaboração dos membros da comunidade jurídica para fins comuns. Cf. resumo de Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4 ed., Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990. p. 33 da obra citada.

³⁷ Tuhr, Andreas von. *op. cit.* p. Barbero, Domenico. *Il diritto soggettivo in Il Foro Italiano*. v. LXIV, Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1939. p. 3.

§ 3º

O difusionismo como explicação do empréstimo cultural ao Brasil

O Estruturalismo é originário da linguagem e movimentou-se pela Antropologia, pela Filosofia³⁸ e também pelo Direito.³⁹ Em percurso transdisciplinar, pode-se, de forma semelhante, formular e propor, analogicamente, *mutatis mutandis*, a utilização de um pensamento difusionista da Antropologia como aplicável ao Direito.⁴⁰ Se do Estruturalismo da linguagem vem o Estruturalismo, mais tarde levado à Antropologia, pode então da Antropologia, de onde se originou⁴¹ o Difusionismo, se indagar da possibilidade de ser empregado em outros ramos do conhecimento.

Difusão significa, de modo geral, a adoção por uma sociedade independentemente de inovações iniciadas por outra.⁴² O pensamento

³⁸ Vigora a orientação de que o Estruturalismo não é uma “Filosofia”, mas tão-somente um método. De que não é Filosofia: Legrand, Gerard. Dicionário de Filosofia, tradução de Armindo José Rodrigues e João Gama. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 156. Jerphagnon, Lucien. Dicionário das Grandes Filosofias, trad. Manuel Peixe Dias. Lisboa: Edições 70, 1973. p. 116. De que é um método: Russ, Jaqueline – *Dicionário de Filosofia* trad. de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. p. 96. Durozoi, Gerard. Roussel, André. *Dicionário de Filosofia*. 3ª ed. trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Papirus, 1999. p. 169.

³⁹ Reportamo-nos novamente às obras de Lamdorff-Galagne e de Antonio Hernández Gil já citadas, assim como o excepcional trabalho de descrição de estrutura de Norberto Bobbio *Dalla Struttura alla funzione* também referida. Sobre o direito como estrutura cf. Pietro Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: Esi, 1984. p. 56.

⁴⁰ A aplicação da Antropologia ao Direito Civil não constitui uma novidade, especialmente nos estudos do Direito de Família, conquanto seja o seu principal desagudouro, seguida do instituto da propriedade, cujos fundamentos remontam à necessidade fisiológica de apropriação. Não é a esses quadrantes, entretanto, que se limita o variado número de autores dedicados a esse tema de pesquisa, incidindo em todos os campos do Direito Civil e do Direito em geral. Por seu caráter principal e vanguardista de estudos no seu tempo, nos reportamos à obra de Camillo Cavagnari (*Nuovi Orizzonti del Diritto Civile*, Milão: Fratelli Dumolard, 1881. p. 12), embora o autor pareça se limitar à aplicação da Teoria Evolucionista em toda a grandeza do seu trabalho. A obra mais completa parece ainda ser a de Giuseppe D’Aguano, que se apresenta útil e atual mesmo passados mais de um século de sua edição (*La Genesi e L’Evoluzione del Diritto Civile*, Turim: Fratelli Bocca, 1890. *passim*).

⁴¹ O Difusionismo se afirmou na Antropologia a partir do final do Século XIX e permaneceu ativo até a década de 1930, quando perderia lugar para o Funcionalismo de Malinowski. Os anos que precederam a essa corrente e os que se seguiram eram ocupados também por outra mais importante corrente teórica da Antropologia, que é o Evolucionismo. Sobre o Difusionismo cf. o verbete correspondente na *Enciclopedia della Filosofia e delle Scienze Sociali*. Novara: De Agostini, 1996. p. 218. *Dicionário de Sociologia*. Porto: Porto, 2002. p. 105.

⁴² Gordon Childe, Cf. *Evolução social*. tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1961. p. 164. Franz Boas *Antropologia Cultural*, trad. de Celso Castro, Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

difusionista pode ser sintetizado com máxima de que *cada traço cultural surge uma só vez e em um único lugar*. Em parte essa definição indica uma circunstância óbvia e objetiva: o núcleo das afirmações é a de que *um centro transmite a cultura*.

Em uma primeira ordem de ideias, podemos afirmar, como uma sentença, que o interesse legítimo é produto italiano⁴³ emprestado ao país de forma direta e exclusiva: é da Itália que surge o seu conceito e de lá que chega diretamente ao Brasil. Como é implícito nas formulações difusionistas o papel desempenhado pela História, o postulado da disseminação de um sistema para outro quer significar que, a experiência jurídica italiana, na sua versão pós-pandectista, projeta-se no Brasil a partir de uma leitura primeira e original dos textos italianos, imprimida pelos juristas nacionais. De maneira que o interesse legítimo no Brasil é de formulação italiana, extraído da literatura jurídica original peninsular e que foi recebido⁴⁴ e assimilado⁴⁵ em nosso sistema jurídico. Essa trajetória impõe uma busca original e introdutória da sua *ratio essendi* no sistema italiano. E qualquer tentativa mínima e consistente da sua compreensão derivará da *ratio cognoscenti* operada originalmente pelos juristas da Itália como o *moto* inicial da explicação do instituto.

Ressuscitar o pensamento difusionista poderia parecer algo insubsistente, diante da formidável operância do pensamento *evolucionista*⁴⁶ de que as

⁴³ Que é exclusiva a origem italiana cf. Luigi Galateria e Massimo Stippo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Turim: Utet, 1995. p. 86.

⁴⁴ Recepção é o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida em um outro ordenamento. Norberto Bobbio. *Teoria Generale del Diritto*, Turim: Giappichelli, 1993. p. 282.

⁴⁵ Sobre a *assimilação* cf. Gordon Childe, *op. cit.* p. 149. Demais disso, deve ser lembrado que *assimilação* não se confunde com a *aculturação*. Aquela é gênero e esta espécie. A *aculturação* – muito utilizada para caracterizar a progressiva transmissão aos silvícolas da nossa civilização – é a *assimilação* de elementos culturais de um grupo por parte de outro. Nesse sentido: Irene Mello Carvalho – *Introdução aos Estudos Sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967. p. 18. Ainda sobre *assimilação* cf. Dominique Schnapper. *La relation à l'autre. Au coeur de la pensée sociologique*, Paris: Gallinard, 1998. p. 192.

⁴⁶ A concepção sobre a qual todos se habituaram a considerar que Teoria da Evolução repousa, por exemplo, na afirmação de que “a lei do progresso continua” (Anthony, R. – *La Force et le Droit* – Paris: Félix Alcan, 1917. p. 16) – é a *lei do progresso social*, segundo a qual *a lei nova traz consigo a presunção de que é melhor e é mais perfeita do que a antiga, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico* (Silva Pereira, Caio Mario – *Instituições de Direito Civil* – v. 1, 9ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 97). O progresso constitui um dos conceitos fundamentais (ao lado da necessidade) do Historicismo – doutrina que tanta contribuição deu ao Direito. Cf. *Dictionnaire e Sociologie*, Gilles Ferréol. 3ª ed., Paris: Armand Colin, 2002. p. 85. Uma visão crítica sobre a existência do progresso em Direito *Introduction Générale ao Droit*, 4ª ed., Paris: Dalloz, 2001. p. 52. Um esboço geral e introdutório sobre a evolução pode ser encontrado em *Du Droit Civil ao Droit Public*, por René Savatier, Paris: LGDJ, 1945. p. 3.

formas simples mudam para formas complexas, por tendência ainda hoje dominante,⁴⁷ e das linhas *funcionalistas* de que as coisas devem ser consideradas a partir das funções que exercem, forma aliás de pensar que mais influência tem exercido no panorama jurídico contemporâneo.⁴⁸ A particularidade da formação jurídica do Brasil,⁴⁹ conjugada com a atitude culturalista⁵⁰ de recepção conceitual dos pensamentos continentais europeus, permite que se estabeleça uma correspondência imediata entre a criação e a incorporação do instituto e, dessa forma, a adoção da forma difusionista de pensamento passa a ser a única maneira sólida e fundada de justificar esse acontecimento.

⁴⁷ A perspectiva evolucionista não é só dominante como é comparativamente tida por mais moderna, determinando, inclusive, uma interpretação “evolutiva” do Direito. cf. *Il modernismo nel diritto* de Luigi Ferrara in *Moderni Problemi del Diritto* – Milão: Giuffrè, 1938. p. 29. Sobre o evolucionismo: Tanon, L. *L'Évolution du Droit et la conscience social*. Paris: Felix Alcan, 1900. p. 21. Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, São Paulo: RT, 1980. p. 91. Para uma análise geral do evolucionismo sob a perspectiva epistemológica cf. Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 38.

⁴⁸ A exuberância do pensamento funcionalista atual se dá a olhos vistos. Uma descrição de todas as obras de forma a exauri-las se faz impossível em uma pesquisa que não é vocacionada ao seu estudo. Trabalho que merece registro, em razão da sua atualidade e precisão, é o de Juarez Tavares, vez que dirigido às Teorias do Crime (*Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000).

⁴⁹ Ao encerrar-se o ciclo das guerras napoleônicas, estabeleceu-se, no começo do Século XVIII, uma organização e um estilo nos cursos jurídicos iniciados no país, que tinham como fundamento e característica dominante o pensamento eurocentrista. A independência do Brasil em 1822 não constituiu uma verdadeira *ruptura* com Portugal, mas uma *bifurcação* da ordem jurídica em vigor, até então sob a forma de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve, fruto da inspiração teórica no então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda. As leis do Reino Unido vigoraram normalmente no novel Império do Brasil. E o novo Estado, contrariamente aos outros latino-americanos, seus contemporâneos, já nasceu dotado de uma estrutura administrativa própria que passou a funcionar normal e continuamente, bem como a incorporar as novas tendências do pensamento europeu, assim, aliás, como ainda hoje ocorre. Deste modo, podemos dizer que havia instituições estatais no Brasil, mas não havia do Estado nacional. Sobre instituições estatais sem Estado cf. R. M. MacIver, *O Estado*, tradução de Mauro Brandão Lopes e Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins, 1945. p. 10. Sobre a situação política em perspectiva histórica do Brasil recém-independente cf. Moniz Bandeira, L A *O Expansionismo brasileiro, Rio de Janeiro: Philobiblion, 1985*. Sobre a situação do Império cf. Oviveira Vianna *O ocaso do Império*, 2ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1925. Sobre o “Europeísmo” cf. Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1980. p. 141.

⁵⁰ Sabidamente *pluralista e relativista*. Sobre *relativismo* cf. Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. Sobre *pluralismo* cf. Alberto Buena, *Metafísica y Filosofía*, Buenos Aires: Ediciones Theoria, 2002. p. 119. p. 152. Sobre relativismo cultural e pluralismo cf. Andrew Edgar e Peter Sedgwick *Teoria da A a Z Cultural*, tradução de Marcelo Rollemberg, São Paulo: Contexto, 2003. p. 244 e 282. Sobre relativismo jurídico cf. *Relativismo e Derecho*, de Gustav Radbruch, trad. de Luis Villas Borda, Bogotá: Temis, 1999.

Torna-se, entretanto, compreensível que o interesse legítimo resulte de um empréstimo cultural da Itália para o Brasil. E sabidamente o empréstimo cultural é um fenômeno inverso ao da evolução, pois a Teoria Evolucionista⁵¹ não o explicaria, uma vez que pressuporia um encadeamento de fatos naturalizados que revelassem algum desenvolvimento ou transformação da ideia *ab ovo* até a sua concepção atual – algo que definitivamente não ocorreu, assim como o Funcionalismo, porque o empréstimo foi conceitual e não prático-funcional, a justificar uma tal necessidade imediata de sua criação e tampouco encontrou resultado por causa da utilidade e necessidade de um conceito apropriado.⁵² Depreende-se que é no fenômeno difusionista que se desvenda a forma única de que de fato houve o empréstimo cultural e, portanto, a capacidade de ser difundido de um para outro lugar.⁵³

A recepção, assimilação e nacionalização de um instituto jurídico por qualquer povo demonstram-se, por si mesmas, como expressões de uma inteligência: é esse instituto que patenteia o espírito e a tendência de suas diversas fases, marchando em progresso ou decadência, segundo as modificações de seus costumes, de seus usos, de suas leis e de seu caráter.⁵⁴

⁵¹ Não deve ser confundida a *Teoria Evolucionista* com a *Teoria da Evolução*, que constitui antes um sistema científico que uma doutrina filosófica, segundo a qual os seres vivos, que se agrupam em espécies, adquirem os caracteres fisiológicos e morfológicos que se distinguem através da ação de diversos fatores, como, por exemplo, o ambiente (Lamarck) para o qual a evolução é movida por uma necessidade interna, a seleção natural (Darwin) para o qual é movida pela luta pela sobrevivência, ou o impulso universal e interno de melhoramento orgânico (Bérgson). Ambas as teorias, sob a forma de verbetes, podem ser bem identificadas no Dicionário de Sociologia Globo. Porto Alegre, Rio de Janeiro: Globo, 1981. p.126. Referência direta e contrastante é a de Remo Bodei *A Filosofia do Século XX*, trad. de Modesto Florenzano, São Paulo: Edusc, 2000. p. 21. Demais disso, embora as teorias antropológicas da evolução da cultura tivessem recebido um grande impulso com a publicação das obras de Darwin e Spencer, devemos compreender que foram os filósofos do Iluminismo, especialmente Turgot e Condorcet, as primeiras fontes de muitas ideias que consituíram a Teoria da Evolução Cultural. Cf. Petro, Peti J. *Iniciação ao Estudo da Antropologia*. 2ª ed., trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 30.

⁵² O pensamento difusionista não excluiu a ideia de que haja, de forma correlata, um *processo cumulativo* das informações incorporadas, tanto assim que não se excluiu nenhum instituto em razão de outro assimilado, de modo que ficariam intactos os conhecimento anteriores com as modificações introduzidas pela recepção do novo instituto. Cf. Gordon Childe, *op. cit.* p. 164.

⁵³ Para um exame do Direito Civil desde a Roma antiga até os tempos atuais abrangendo as suas relações com o Direito Constitucional, cf. Heloisa Helena Barboza *Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ* – Rio de Janeiro: Renovar, 1998-1999. p 27.

⁵⁴ Sobre as nossas matrizes culturais e históricas cf. Nelson Saldanha *História das Ideias Políticas no Brasil*, Recife: Imprensa Universitária, 1968. p. 25 e seguintes.

Negar essa nacionalidade originária de um povo, que tenha idêntico sistema, somente pela atitude prévia e teórica de que consistiria uma mera absorção de ideias, é, em razão dos vínculos que unem todos os povos, condená-lo à condição mais subserviente, que ainda depois de ser povo liberto de outro povo, como o brasileiro em relação ao português, e do qual se fez, ignora cardinalmente que tem por destino produzir um benefício em razão da experiência de um em função de outro.⁵⁵

⁵⁵ Temos a crença de que o Funcionalismo constitui hoje o principal obstáculo à recuperação das ideias e teses difusionistas. Entretanto, o vigor e a afirmação do Funcionalismo, sempre presente e citado na mais moderna e atual literatura jurídica, não escapou à crítica arguta e precisa de Nelson Saldanha de que o Funcionalismo encontra-se em verdade um tanto olvidado ou desprestigiado, devido ao fato de pressupor uma visão de *estrutura* social que constitui algo a um tempo complexo e uniforme *in Ordem e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 182. Na oportunidade da última nota deste § 8º, é de se registrar que não se faz aqui nenhuma ode à antropologização do Direito, segundo o qual substituir-se-ia a natureza das coisas pela natureza do homem (Simone Goyard-Fabre *Les fondamentes de L'Ordre Juridique*, Paris: Puf, 2002. p. 40). Também não se está querendo admitir relações confusas e ecléticas (Lucien Goldmann *Ciências Humanas e Filosofia*, trad. de Lupe Cotrim Garande e José Arthur Giannotti, 10ª ed., São Paulo: Difel, 1986. p. 35), mas tão-somente buscar respostas aos novos problemas da arte jurídica (Michel Villey *Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 2001. p. 205).