

***STATUS LIBERTATIS* E AUTONOMIA DA VONTADE NO CONTEXTO DA ABOLIÇÃO: UMA ANÁLISE DO CONTO *BONS DIAS!*, DE MACHADO DE ASSIS**

***STATUS LIBERTATIS* AND AUTONOMY OF WILL IN THE CONTEXT OF THE ABOLISHING OF SLAVERY: ANALISYS OF THE TALE *BONS DIAS!*, BY MACHADO DE ASSIS**

Julio Cesar Ramos Mendes

Elpídio Paiva Luz Segundo

Resumo: Este artigo busca articular o *status libertatis* à autonomia da vontade no contexto da Abolição da Escravatura, tendo como pano de fundo o conto *Bons Dias!*, de Machado de Assis. O texto permite observar a cultura jurídica brasileira do século XIX, particularmente o *ethos* narrativo, para debruçar-se sobre as noções de *status libertatis* e de autonomia no cenário pós-abolicionista. Neste ensejo, destaca a interferência do Estado nas relações de direito privado, com realce para seus aspectos positivos, dificuldades e falhas. A metodologia de abordagem é a crítica hermenêutica do Direito, e a metodologia de procedimento aponta para a literatura como instância reflexiva do direito e da história institucional para construir uma compreensão do direito e da história do direito para além dos discursos hegemônicos, nos quais as reflexões sobre o direito e a justiça partam de uma narrativa literária como condição subalterna ou secundária, com o propósito de contar histórias da história do direito não contadas.

Palavras-chave: Direito *na* Literatura; autonomia da vontade; pós-abolicionista; escravatura.

Abstract: This article seeks to articulate the *status libertatis* to the autonomy of will in the context of the abolishing of slavery, having the *Bons Dias!* tale, by Machado de Assis, as the backdrop. The text allows for the observation of the Brazilian legal culture in the XIX Century, in particular the narrative ethos, enabling the analysis of the notions of *status libertatis* and autonomy, in the post-abolition scenario. In this context, the interference of the State in private law relations is highlighted, with emphasis on its positive aspects, difficulties and failures. The methodological approach is the hermeneutic critique, and the procedural methodology points to the literature as a reflexive instance of law and institutional history, in order to build an understanding of law and history of law beyond the hegemonic narratives, in which the analysis of law and justice build upon literature as a secondary stance, with the purpose of telling untold stories of the history of law.

Key-words: Law in Literature; autonomy of will; post-abolition; slavery.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito *na* Literatura proporciona um campo reflexivo para melhor compreensão e aplicação do Direito. No presente estudo busca-se articular, de forma reflexiva, o cenário atinente à abolição da escravatura e sua relação com a autonomia da vontade.

Para tanto, selecionou-se o conto *Bons Dias!*, de Machado de Assis, para uma análise estrutural. Esse autor, ao empregar o recurso da ironia, cogita as diferentes visões do homem livre frente ao escravo ante a da abolição da escravatura.

Na sequência, o texto trata das noções jurídicas que se estabeleceram no século XIX, bem como as influências sofridas pelas revoluções americana e francesa, que influenciaram o Direito brasileiro do século XIX.

No momento seguinte, sustenta-se a ideia do *status libertatis* à autonomia da vontade no contexto da abolição da escravatura. A relação que se estabelecia entre o senhor e o escravo, tida por parte da sociedade como uma relação paternalista, que fora abandonada pela visão dos escravos, era uma relação subordinada, de objetificação. Por esse motivo o escravo não tinha direito à personalidade jurídica, salvo em caso de autorização expressa pelo senhor.

Com base na leitura do conto, examina-se a interferência do Estado nas relações de direito privado, com enfoque na autonomia da vontade e no *status* do escravo, na perspectiva do realismo machadiano, no qual as frases são construídas para captar o não dito, seja no vocabulário, seja na sintaxe ou no estilo.

Por fim, a aproximação entre o Direito e a Literatura enseja a diluição de fronteiras epistemológicas, teóricas e metodológicas que podem ser promissoras para ambas. Nesse viés, o Direito *na* Literatura permite uma instância de construção institucional do Direito e da história para além dos discursos hegemônicos, nos quais as reflexões sobre o direito e a justiça partam de uma narrativa literária acerca da condição subalterna, com o propósito de contar histórias não contadas da história do Direito.

2 DIREITO NA LITERATURA, UMA ANÁLISE DO CONTO *BONS DIAS!*, de MACHADO DE ASSIS

O movimento do Direito na Literatura no Brasil vem ganhando notável espaço nos meios acadêmicos, pelas relevantes considerações que essa interdisciplinaridade proporciona ao campo reflexivo do Direito, e tem sido defendido por teóricos das duas áreas para o aprimoramento da matéria jurídica, por meio de obras literárias que abarcam uma profunda visão esclarecedora e complexa das relações sociais (Karam, 2017).

O estudo do Direito e Literatura divide-se em três perspectivas diferentes, sendo: Direito *da* Literatura, Direito *como* Literatura e Direito *na* Literatura, como explica François Ost (2004). Debruça-se aqui na seara do Direito *na* Literatura, a mais significativa entre os acadêmicos brasileiros, “que reúne os estudos dedicados à investigação das *representações literárias da justiça e do direito*, abarcando suas instituições, procedimentos e atores” (Karam, 2017, p. 834).

Partindo-se dos subsídios que as narrativas fornecem para o campo jurídico, com sua representação de homem e de mundo, é que se propõe refletir temas do Direito e da Literatura.

Trindade e Gubert (2008) assinalam que a interdisciplinaridade funda um espaço crítico por meio do qual é possível questionar os fundamentos, a legitimidade, o funcionamento e a efetividade do Direito. Ademais, o paradigma da linguagem fez com que fosse necessário instaurar novas compreensões no discurso, sendo imprescindível o emprego de textos literários para uma sensibilização, humanização e desenvolvimento do pensamento crítico dos atores jurídicos (Karam, 2017).

Nesse sentido, as narrativas literárias e a instrumentalização narratológica que se pode extrair delas desempenham um papel reflexivo do Direito. Exemplo é o conto *Bons Dias!*, de Machado de Assis (1888). Para a eleição desse conto, partiu-se de três aspectos: a) o cenário em que o conto foi publicado pela primeira vez, em meio à abolição da escravatura; b) o papel reflexivo desempenhado pelo conto de Machado de Assis; c) o teor estético.

Além disso, o texto transpõe para o estilo as relações sociais que o autor observara, compondo uma expressão de uma sociedade dividida (Schwarz, 2000, p. 9) por meio da fina ironia e da complexidade formal que sempre o acompanhou. Estudiosos já o acusaram de assumir uma postura de indiferença para com sua época, o que é rechaçado pelas observações da extensa fortuna crítica da obra machadiana (Faoro, 1974).

Para esse texto, importa compreender sua profundidade técnica, os discursos que ele possibilitou e ainda possibilitam uma reflexão de uma sociedade não integrada sob o ponto de vista dos direitos civis e políticos (Schwarz, 2006, p. 65, adaptado).

O autor publicou cerca de seiscentas crônicas, diversificando-as entre jornais de mais alto nome do Rio de Janeiro, procedimento comum na época. Essas publicações vêm a lume muito antes da primeira publicação em romance, que ocorreu em 1872 (Soares, 2012, s/p).

Em *Bons Dias!*, Machado de Assis possibilita a reflexão ao fazer uso do recurso narrativo mais usado por ele: a conversa com o leitor, uma relação entre sujeitos - sujeito (texto) e sujeito (leitor) - critério que se assemelha ao giro hermenêutico, que busca o afastamento da instrumentalização da hermenêutica, trazendo-a para um conteúdo *ontológico* (ser), em que os sujeitos têm um no outro um constante e permanente diálogo. Essa relação entre texto e leitor é uma antiga ambição de Machado, expressa nos periódicos, apresentando ao leitor subsídios para facilitar o debate de ideias, no qual o leitor participa das tomadas de decisão (Soares, 2012, s/p).

O conto *Bons Dias!* instaura a técnica machadiana mais forte no sentido de que, na estrutura do texto, um narrador que ora se apresenta como elitista burguês, ora como burguês clássico decadente, ora como comerciante oportunista, repórter inconveniente, sujeito abobalhado, entre outros tipos. Essa “volubilidade” do narrador machadiano é o princípio formal estruturador de seus romances. (Soares, 2012, s/p). Esses narradores que se vão apresentando ao longo da crônica são reflexos da *elite brasileira* daquela época, final do Império. Ali é apresentada a classe social brasileira dominante, que, por sua vez, sustentava uma certa *ética burguesa*.

Da mesma forma, vale salientar o *ethos* particular que desenrola no decorrer do texto, uma maneira única de ser. Em *Bons Dias!*, o *ethos* é desempenhado, em essência, de forma egocêntrica e maldosa. Nos moldes literários, adentra as mais profundas inclinações humanas, toca suas necessidades de reconhecimento social.

No enredo, o narrador busca sua autopromoção, ora de forma irônica, ora de maneira formal, buscando assim identificar-se com o pequeno grupo burlesco daquele cenário. Entretanto, muitas vezes, há certa recorrência no tocante à autoapresentação arrogante, sustentando a ideia reflexiva de trazer aos leitores a repulsa, “educando-os” moralmente (Soares, 2012, s/p). A dubiedade de caráter do narrador remete a um *ethos* que corresponde à imagem de um sujeito de notória educação, uma ironia disfarçada, que não escapa à rigorosa análise machadiana.

O título da série de crônicas é uma saudação que, desde o início, denota ao leitor um contato próximo. Além dos atributos que já foram apontados, aqui interessa a caracterização irônica que subjaz à construção do *ethos* desse cronista. Como bem explica Soares,

o narrador eleva uma característica sua à categoria de dom divino, o que o torna por si só especial em relação à maioria das pessoas, pois, nesse caso, a boa educação não é determinada apenas por um esforço de vontade (“Não estava em mim [...]”). Em seguida, o narrador menciona um episódio pessoal como prova de que seus bons modos o acompanham desde o berço, afirmando que chegava a pedir licença à ama para amamentar. A explicação que segue denota um efeito de sentido irônico: conta que, já nesta primeira fase da vida, refletia consigo mesmo a respeito da obrigação da ama de amamentá-lo, na condição de escrava alugada, e, conseqüentemente, concluía pela sua própria desobrigação de pedir licença a ela. Ora, é evidente o *nonsense* proposital dessa explicação, pois, no mínimo, é pouco verossímil o fato de uma criança em fase de amamentação desenvolver reflexões a respeito de um modo de trabalho como o escravismo, considerando direitos e obrigações. Demonstrando reconhecer (ironicamente) a inverossimilhança do exemplo dado, o narrador tenta atenuar o improvável da atitude de pedir licença à ama, por meio de mais essa explicação: “Pedia por gesto; parece que era um gesto de olhos [...]” (Soares, 2012, s/p).

Esse argumento faz pensar. É que a explicação funciona de maneira fraudulenta, visando impressionar. Já a ideia de boa criação remete a algo que o acompanha desde pequeno, um comportamento pautado na aparência, o que é típico cenário daquele período, no qual as relações sociais eram pautadas na hierarquização, com base na concessão de favores, por meio de procedimentos públicos.

Bons Dias! tem como mérito facilitar o debate entre interlocutores, convidando-os a pensar na sociedade caricata e burlesca, que reflete, de forma contundente, o escravismo vigente.

A clivagem entre senhor e escravo operou-se como um dos fatores determinantes para uma certa inversão de valores. O escravismo, que se baseava no trabalho forçado, contradizia as ideias liberais. A oposição ideológica ao cenário baseado no trabalho forçado era o liberalismo, que se enraizava na Europa, influenciando as revoluções liberais burguesas, o que reforçava a dubiedade de comportamento ético da elite (Soares, 2012, s/p).

3 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA E O *ETHOS* NARRATIVO DO SÉCULO XIX.

No tempo da abolição da escravatura no Brasil, as revoluções liberais passaram à condição de timoneiras da lei e da ordem da sociedade internacional, o que influenciou as tomadas de decisões em *terrae brasilis*.

Contudo, entre as “velhas revoluções” e as “novas revoluções” havia uma divergência profunda em relação ao que acontecia no passado, ou seja, as “novas revoluções”, a exemplo da Revolução Francesa, trazia consigo um futuro cheio de incertezas, colocando em si mesma a perspectiva histórica (Koselleck, 2011).

O período de abolição da escravatura abre as vias da modernização jurídica no País. Não obstante, o silêncio da Lei Áurea sobre o destino dos ex-cativos traz incertezas ao jovem Estado quanto às suas instituições, recém-formadas, o que desenhava um quadro de insegurança sobre o futuro.

Na época, com a implantação das universidades em território nacional, começa a adensar-se uma cultura jurídica de influência histórico-antropológica a partir dos elementos presentes na sociedade brasileira, compreendida dentro de um espaço-tempo que, de certa

forma, vai caracterizar o “pensar Direito” no Brasil, com marcos teóricos sendo defendidos com maior clareza racional.

Essa suposição não pretende fazer uma avaliação qualitativa quando se discute sobre a cultura jurídica nacional. Não avalia se é ela “boa” ou “má”, mas se, no cenário nacional, é possível pensar em uma cultura jurídica que iria influenciar decisivamente a abolição da escravatura.

O emprego da expressão “cultura jurídica” leva em consideração duas concepções de Direito subscritas pelos juristas, quais sejam: a primeira, que se posiciona com uma visão estreitamente normativista, que não se preocupa com o fenômeno da cultura, da história ou da sociedade, sendo a preocupação o *comando* do Direito, de suas instâncias na relação de poder do Estado. Nessa perspectiva, as *normas* teriam um instituto ontologicamente distinto dos *fatos, valores e cultura* (Fonseca, 2008).

Por outro lado, há uma perspectiva de formação cultural jurídica, que interpreta o fenômeno do Direito com visão histórica, social e cultural, ligado às vicissitudes do cenário que se vai desenvolver, atribuindo ao intérprete um papel importante na compreensão do Direito (Fonseca, 2008). Todavia, a busca obsessiva pela modernização jurídica, como cópia aos países mais desenvolvidos, tidos como “países centrais”, torna relevantes os vínculos com o pensamento jurídico estrangeiro, sobretudo o português.

Do ponto de vista da formação jurídica, a estrutura do sistema jurídico brasileiro foi erguida sobre pilares liberais, tanto no modelo teórico quanto na produção e na aplicação do Direito. Essa supremacia liberal ainda perdura no Direito, o que pode ser percebido por meio da crise que se instaurou em todo o ordenamento jurídico, que vem atravessando, de longas datas, uma postura complexa com o grave problema da época, que contrasta com o problema contemporâneo (Espindola e Sangoi, 2017).

É somente após a ruptura com o pensamento jurídico cultural português que o Brasil esboça uma tentativa de formar um pensamento com identidade nacional. Contudo, isso não ocorre no século XIX, mas sim a construção de símbolos, de heróis e de traços de uma “nação” brasileira, que depois vai influenciar diretamente na construção jurídica nacional (Fonseca, 2008).

A construção desses elementos são pontos de referência, fulcros de identificação coletiva. Instauram um imaginário e práticas sociais que estabelecem arquétipos míticos, seja por meio da eleição de heróis, seja pelo advento da nacionalidade, e mesmo para legitimar

regimes políticos. Desse modo é que se percebe quão importante são suas disputas e usos para a formação da cultura e imaginário republicano no Brasil (Carvalho, 2017).

Nesse passo, se a história exerce tarefa relevante na reconstrução dos elementos centrais à sociedade, o Direito, como prática e interpretação jurídica, pode ser melhor compreendido com o auxílio da Literatura, como explica Ronald Dworkin (2001, p. 217):

a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e Juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda. Proponho que podemos melhorar nossa com a interpretação em outros campos do conhecimento especialmente a literatura. Também suponho que o Direito, sendo mais bem compreendido, propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral.

Ronald Dworkin sustenta que a interpretação do Direito não se limita ou, pelo menos, não deve limitar-se à interpretação literal da legislação. Ele defende que tal premissa deve relacionar-se com outros campos do conhecimento, proporcionando a interdisciplinaridade, especialmente a Literatura (Ricart, Santos, Pedron, 2019). Nessa interpretação, busca-se extrair a intenção do autor e, ainda, observar o cenário que se passa e as reflexões que, por meio da literatura, é possível fazer.

Quando se versa sobre um pensamento jurídico estruturador cultural, a vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial são elementos que tencionam a divergência entre as “ideias novas” e as “velhas ideias”; as “novas ideias”, buscando centralizar o Estado brasileiro como uma nação moderna, e as “velhas ideias”, querendo ainda permanecer com o caráter de exploração.

Aqui, o conto *Bons Dias!*, de Machado de Assis, guia um campo reflexivo para melhor compreensão da época, por meio das finas ironias e da forma estruturadora do conto. Ainda que não tenha escrito uma teoria do conto, ele definiu o gênero não apenas na teoria literária, mas na percepção que existe dele até hoje. (Parrine, 2019, p. 483).

Os contos de Machado de Assis intrigam o leitor com perspicazes compreensões da natureza humana, seja sádica ou benévola, porém não ingênua. São motivadas por interesse próprio, duvidoso, mais ou menos desculpável, sutil em relação ao não dito, o que abre para ambiguidades sugerida pelo estilo do autor (Gotlib, p. 42), seja um lugar retórico ou um modo de ver o mundo.

O texto traça uma relação de sujeitos entre texto e leitor, convidando o último a fazer reflexões sobre as “velhas ideias” de exploração, quando apresenta um personagem burguês-oportunista que, ao fazer uso das suas possibilidades e de sua condição, colocava ao recém-alforriado condições degradantes, tornando as classes sociais superiores ainda mais “superiores”.

4 AS NOÇÕES DE *STATUS LIBERTATIS* E AUTONOMIA DA VONTADE¹ NO CENÁRIO PÓS-ABOLICIONISTA

Para discutir as noções de *status libertatis* e de autonomia privada no cenário pós-abolicionista, faz-se necessário compreender as revoluções liberais americana e francesa, que antecederam o abolicionismo e desempenharam um papel proeminente no cenário brasileiro, para, assim, proporcionar uma melhor exposição da narrativa do Direito *na* Literatura no conto *Bons Dias!*, de Machado de Assis.

A luta pelos direitos humanos, que há tanto buscou humanizar a todos, não teve seu início com um funcionamento adequado. O direito do homem é de aplicabilidade tardia, por parte de discussões polarizadas que dificultavam sua eficácia e efetividade. De um lado, havia os que defendiam o direito do homem; e de outro, os que defendiam uma sociedade hierárquica tradicional.

Ilustre-se o argumento com as visões de Jeremy Bentham e Thomas Jefferson. Para o primeiro autor, os direitos do homem eram meramente “um absurdo retórico, um absurdo bombástico” (Hunt, 2009). O segundo escreve: “Consideramos que essas verdades são agradáveis e inegáveis: que todos os homens são criados iguais & independentes, que dessa criação igual derivam direitos inerentes & inalienáveis, entre os quais estão a preservação da vida, a liberdade & a busca da felicidade” (*Declaration of Independence*, 1776). Escrito por volta de 1776, esse texto está no primeiro rascunho da Declaração da Independência. O que parece ser mínimo, olhando-se com os olhos de hoje, enfrentou repulsa por aqueles que eram contrários a ele.

¹ A *autonomia da vontade* do séc. XIX, não se confunde com a atual *autonomia privada*. Nas palavras de Francisco Amaral, “A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. É uma das mais significativas representações da liberdade como valor jurídico, expresso no Preâmbulo do texto constitucional, no princípio da liberdade de iniciativa econômica (CR, art. 170) e na liberdade contratual (CC, art. 421)” (Amaral, 2017, p. 131). A primeira é o princípio norteador do ordenamento jurídico civil brasileiro do século XIX. Cunho do sistema Liberal, a autonomia da vontade fazia com que os burgueses pudessem pactuar contratos, livrando-se do aval da nobreza.

Essa disputa proporcionava um campo reflexivo para se pensar sobre tal fato (Hunt, 2009). Os que se posicionavam favoravelmente aos direitos dos homens haviam negado, de forma total, a importância da tradição histórica. Eles tinham base motivacional nas “abstrações metafísicas”, na Declaração francesa, que não tinha nenhuma força emocional para impulsionar as massas e impor obediência. Como explica Hunt (2009, p. 118),

Como poderiam aqueles “pedaços miseráveis de papel borrado” ser comparados ao amor a Deus, ao amor reverente aos reis, ao dever com os magistrados, à reverência aos padres e à deferência para com os superiores? Os revolucionários teriam de usar a violência para se manter no poder, ele já tinha concluído em 1790. Quando os republicanos franceses executaram o rei e passaram ao Terror como um sistema reconhecido de governo, como fizeram em 1793 e 1794, o prognóstico de Burke parecia ter-se concretizado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pretende substituir o fundamento divino dos direitos por um rol de direitos de base racional, universal, abstrato, sistemático, que se constituem como uma das raízes do projeto jurídico moderno. No entanto, Burke parece ter certa razão quando afirma a dificuldade de abandonar o legado da história em favor de declarações vagas e abstratas de baixa operacionalidade. Ademais, o reconhecimento de direitos humanos não evitou a busca pela extinção de todos aqueles vistos como inimigos do Terror por aqueles que governavam.

Quando se volve os olhos para o Brasil, mais especificadamente ao se deparar com o alcance das revoluções americana e francesa, há uma melhor compreensão do cenário em que se passa a abolição da escravatura. O rompimento tardio entre o Brasil, com seu pensamento jurídico-cultural com raízes europeias, para um pensamento jurídico-cultural brasileiro não está presente no movimento abolicionista, visto que existia uma forte influência do exterior. Nas relações de *status libertatis* e a autonomia da vontade, é significativa essa vinculação.

Numa relação jurídica de Direito Privado, a livre manifestação da vontade era tida como o princípio norteador dos atos jurídicos. Tratava-se de uma construção já consolidada tanto para os juristas portugueses e brasileiros, ao tomar-se em consideração que a doutrina, tanto a lusa como a brasileira, que se firmaram no séc. XIX recebiam sua influência do Jusnaturalismo individualista² dos séculos XVII e XVIII (Dias Paes, 2014).

² O Jusnaturalismo individualista dos séculos XVII e XVIII consiste em um “ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme à própria natureza racional do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus enquanto autor da natureza [...] a associação perpétua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar os próprios direitos e buscar a utilidade comum”. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições da*

Com a chegada do século XIX, os juristas começam a discutir fortemente a doutrina da vontade como princípio estruturado do Direito Civil. A vontade dos agentes passa a ser indispensável para a formação dos contratos, que podem ser pactuados entre aqueles que podem consentir, ou seja, aqueles que têm a capacidade de expressar a vontade. Esse seria o primeiro requisito para a existência do contrato. Todavia, essa vontade não poderia sofrer nenhum tipo de vício para ser exercida e por fim, deveria estar em conformidade com o ordenamento jurídico vigente (Paes Dias, 2014).

Nesse tempo a escravidão foi empecilho da codificação do Direito Civil, ainda que não fosse o único. As polêmicas sobre a questão religiosa, a qual tratava das relações entre Estado e Igreja, ensejaram intenso debate a partir dos anos 1870. Não obstante, o maior óbice para a unificação do Direito Civil era a definição do *status* de livre, de escravo, de ingênuo e de liberto.

Para Caetano Alberto Soares, a questão jurídica, de enormes implicações políticas, deveria ser resolvida com base na adaptação do Direito romano e das Ordenações Filipinas. Em Teixeira de Freitas, ela deveria ser encaminhada de acordo com os antigos postulados do direito romano (Grinberg, 2010). Em ambos há uma preocupação exacerbada com o formalismo jurídico e indiferença com o destino do cativo.

Em matéria de Direito Civil, Teixeira de Freitas elabora sua reflexão jurídica em torno da teoria de Savigny, sendo que suas reflexões se posicionam, precisamente, no período da primeira geração de juízes, advogados e estadistas com formação brasileira, na Escola de Olinda e na de São Paulo, começando assim a promoção das vias de modernização institucional, que se inicia em meados do século XIX (Reis, 2015).

Merecem ser objeto de análise as dificuldades da legislação privada brasileira entre os séculos XVIII e XIX. A tardia codificação brasileira em relação aos países da Europa continental e mesmo em relação aos vizinhos latino-americanos pode ser explicada parcialmente pela influência da cultura alemã, em que pese a importância do paradigma da codificação francesa. (Fonseca, 2006).

Esse problema aparece quando Teixeira de Freitas é convidado a redigir as Consolidações das Leis Cíveis. Na época, não era possível construir um Código Civil que deixasse de lado a existência da escravidão. Estabelecer um código civil necessariamente

liberal, que trazia consigo os direitos de cidadania, devendo ser atribuídos a todos, frente a um sistema escravista, com grande distinção entre pessoas - livres - e coisas - escravos - era uma contradição insuperável (Grinberg, 2010, adaptado).

Assim, o paradoxo da escravidão que prevaleceu em todo o pensamento brasileiro do séc. XIX, advindo de uma forte herança colonial, não podia ser desprezado. Contudo, Teixeira de Freitas não se ocupa do tema da escravidão em seus textos, não por concepções humanitárias, mas por causa de um demasiado formalismo em sua visão do Direito (Grinberg, 2010).

O desejo da codificação civil no Brasil não poderia ser levado a efeito sem se considerar o elemento servil. Um mesmo indivíduo não tem condições de sustentar o *status* de coisa e de pessoa ao mesmo tempo. Isso porque a liberdade é indivisível. (Grinberg, 2010).

Conforme foi dito, outro fator que atrasou a codificação do Direito Civil brasileiro foram as polêmicas que cercavam o Estado brasileiro e a Igreja. A questão religiosa se dá através das restrições postas ao padroado, ao ponto de os bispos questionarem a relação entre o Estado e o Papado, por meio das críticas à forte existência da maçonaria no Brasil (Grinberg, 2010).

Ademais, por muito tempo não existia nenhum tipo de registro civil. Os casamentos eram regidos pelo Direito Eclesiástico, com efeitos civis, até o advento da República, o que constituiu óbices para a constituição de família de imigrantes e de não católicos. Em relação ao direito de propriedade, a Lei de Terras, de 1850, e o Direito Comercial funcionavam muitas vezes, como Direito Privado comum, por não haver um Código Civil. No que tange a cargos públicos, apenas católicos poderiam ser eleitos para essas funções.

Detalhando-se o argumento da autonomia da vontade, a livre vontade do agente como papel estruturante do contrato era importante no tocante à alforria do escravo. Sem a livre vontade do senhor, esse contrato era tido como um ato nulo para o ordenamento jurídico. Essa perspectiva era tão forte que muitos sustentavam que, mesmo por meio de decisão judicial, a alforria do escravo devia contar com a aceitação de seu senhor. Do contrário, a sentença era nula. (Dias Paes, 2014).

A alforria era tratada como uma espécie de doação, sendo que a maioria dos juristas portugueses anuíam a esse entendimento. Entretanto, no Brasil, a alforria era sustentada com divergências. Para a doutrina nacional, a alforria era considerada análoga à doação. Por isso

era considerada um ato unilateral. Com o avanço do Direito, passou a ser tratada como um ato bilateral, agora, levando-se em consideração tanto a vontade do que recebe (alforriado), quanto a vontade do senhor (Dias Paes, 2014). É importante lembrar que a alforria não poderia tratar-se de doação, pelo fato de que o escravo não recebia *coisa*. O fato ocorrido era o recebimento do direito à liberdade do escravo.

A “ideologia senhorial”, que foi um momento de hegemonia político-cultural do Projeto Saquarema, por meio do qual toda vontade era pautada na inviolabilidade da vontade do senhor, fazia com que essa relação fosse extremamente desigual, produzindo interesse apenas para o senhor (Dias Paes, 2014), ou seja, toda relação que fosse produzida deveria pertencer, exclusiva e unicamente, à vontade do chefe de família.

Essa relação foi denominada por muitos como uma relação paternalista. Contudo, para os dependentes - os escravos -, não era reconhecida como uma relação paternalista devido à subordinação ao senhor.

Para que o escravo tivesse personalidade jurídica que lhe reconhecesse certos direitos, era necessária a concordância do senhor. O mesmo ocorria no caso da alforria por testamento, última vontade geral, considerada como “princípio” de forma absoluta, que era sustentado fortemente pelos advogados (Dias Paes, 2014).

A limitação existente para os escravos atingia proporções exorbitantes, analisando-se que o Código Civil português não fazia distinção entre “pessoa” e “homem”, ou seja, todo homem é pessoa, sendo que se falava na subdivisão empregada de que os homens se dividiam entre livres e escravos. A esses eram atribuídas tais limitações, que culminavam na perda da liberdade, da família e da cidadania (Dias Paes, 2014).

Em relação ao Brasil, deve-se acrescentar que os escravos, no território brasileiro, não podiam ser testemunhas, salvo se todos o reconhecessem como homem livre; não podiam testar; não podiam ser tutores; e poderiam ter sua alforria revogada (Dias Paes, 2014).

Além disso, havia proibições ao escravo, tais como: ocupar ofício público; fazer bailes com outros escravos; andar pelas noites; portar qualquer tipo de arma; e jogar dados e cartas. Além disso, teriam que viver em casa separada de seu senhor. Observam-se várias limitações em meio a tantas outras (Dias Paes, 2014).

Vislumbrar o passado com reflexões contemporâneas remete a pensar sobre o não contado, o silenciado, o subordinado, pela vontade de outro, que, por particularidades, violava

questões elementares de dignidade humana, tantas vezes sustentadas na Revolução Francesa e na Revolução Americana.

Na contemporaneidade, na qual se fala em globalização, é inafastável discutir o funcionamento do Estado e do Direito, observando as condições e as possibilidades apresentadas para a realização da democracia, juntamente com a efetivação dos direitos fundamentais (Streck, 2014) em países como o Brasil, que, ao sair de um regime escravista, precisava retomar o debate sobre os fundamentos e a proteção de questões atinentes à dignidade humana.

O discurso que, durante décadas, desenhou o imaginário social fora muito influenciado pela filosofia de Augusto Comte, o que fez dos positivistas os maiores influenciadores dos símbolos da República (Carvalho, 2017).

No Brasil, a própria institucionalidade do Estado (d)e Direito tinha a pretensão de justificar as mazelas que calaram inúmeros indivíduos que sofreram em condições degradantes, e que faziam atrocidades com os escravos.

Para Streck (2014, p. 23-24),

Grande parte das elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isso parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. A modernidade nos legou a noção de sujeito, o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento, como absolutista e, depois, como liberal; mais tarde o Estado se transforma, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas mais variadas faces.

Essa conformação do Estado tem sido aparentemente alheia às contradições existentes no meio social brasileiro, pois não observa um patamar mínimo para a vida humana digna. É esse o modelo de Estado que atravessa os séculos XIX e XX, com influência das revoluções.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Direito *na* Literatura, como instância reflexiva do Direito, proporciona uma melhor visão da compreensão do Direito, como foi sustentado por Lenio Streck, Ronald Dworkin, Henriete Karam e outros que trataram dessa metodologia de estudo do Direito. Com a interdisciplinaridade entre Direito e Literatura, a humanização, sem deixar de lado a

desumanização do Direito como fim, o conto machadiano *Bons Dias!* faz repensar as noções estruturadoras do Direito de seu tempo e além, remetendo a uma visão cultural do Direito.

Na análise desse conto percebem-se as diferentes visões estruturadoras da sociedade burguesa de influência europeia, por meio da qual é apresentado um comerciante oportunista, um burguês decadente, entre outras personagens, no cenário cultural jurídico que cercavam a abolição da escravatura, com as influências das revoluções liberais americana e francesa.

Percebe-se, ao longo do texto, que as noções estruturantes das narrativas jurídicas europeias assemelham-se às noções estruturantes das narrativas jurídicas brasileiras. Observa-se que isso se dá por meio da forte influência sofrida pelos juristas brasileiros desse período histórico, que tiveram formação europeia.

Ressaltem-se também as divergências existentes entre os ordenamentos. Se de um lado há o ordenamento português autoritário, do outro lado há o ordenamento brasileiro, que é ainda mais autoritário (Dias Paes, 2014).

Por fim, sustenta-se que a ideia do *status libertatis* e da autonomia da vontade, no contexto da Abolição da Escravatura, tinha base exclusivamente fixada na vontade que era produzida pelo senhor. Era uma relação não só de viés paternalista, mas submissa, em que os escravos eram dependentes do senhor, e mesmo a alforria dependia da concordância do titular do escravo.

Como foi visto, para que o subordinado escravizado fosse reconhecido como sujeito que pode contrair direitos e obrigações, e fosse tratado como um cidadão, fazia-se necessário o aval do senhor, que se encontrava no centro de toda relação como um “chefe de família” e, como tal, sua vontade deveria ser respeitada.

Essa visão só apresenta mudanças após a abolição da escravatura. A modernidade do século XVII - XVIII, exerceu papel fundamental nesse rompimento de pensamento ao dispor da igualdade formal entre sujeitos, mas a ruptura com a visão escravocrata caminha a passos lentos, e para que se alcance uma igualdade de direitos entre os indivíduos, ainda são necessários avanços.

Ao longo da história, direitos básicos do homem não têm sido reconhecidos; e apesar de a abolição ter mais de uma centúria, muitas questões permanecem sem resposta. Talvez a aproximação com os duzentos anos de Independência política (2022) sirva como ponto de partida para reflexões sobre as histórias da história do Direito brasileiro, para pensar o presente-passado e o presente-futuro.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 9. ed. rev., modif. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2017.

ASSIS, Machado de. Bons dias. *Gazeta de Notícias*. Rio de Janeiro. 19 de maio de 1888. Disponível em: www.revistas.usp.br/teresa/article/download/127374/124579/. Acesso em: 20 fev. 2019.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições da Filosofia do Direito*; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

DECLARATION OF INDEPENDENCE: The unanimous Declaration of the thirteen United States of America. IN CONGRESS, July 4, 1776. Disponível em: <http://americainclass.org/sources/makingrevolution/rebellion/text8/decindep.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

DWORKIN, Ronald. De que maneira o direito se assemelha à literatura. In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 217 - 250.

ESPINDOLA, A.; SANGOI, B. O senso comum teórico do jurista e a arte de reduzir cabeças. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 3, n. 01, p. 37-56, 1º ago. 2017.

FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1974.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, jun. 2006. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9415>>. Acesso em: 25 dez. 2019.

_____. Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/viewFile/76/74>. Acesso em: 27 fev. 2019.

GOTLIB, Nádya Battella. Teoria do conto. Disponível em: https://moodle.ufsc.br/mod_folder/content/view/full/123456789. Acesso em: 18 dez. 2019.

GRINBERG, Keila. Escravidão, liberalismo e direito civil: as definições de status e cidadania nas memórias sobre a elaboração do código civil brasileiro (1855 - 1916). Disponível em: [eeh2010.anpuh-rs.org.br/resources/Anais/autor/Keila Grinberg](http://eeh2010.anpuh-rs.org.br/resources/Anais/autor/Keila%20Grinberg). Acesso em: 24 dez. 2019.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se gordo!*, de Machado de Assis. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n3/1808-2432-rdgv-13-03-0827.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2019.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2011.

OST, François. *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. Porto Alegre, Unisinos, 2006.

PAES, Mariana Armond Dias. *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860 - 1888)*. Dissertação de mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo. São Paulo, USP, 2014.

PARRINE, Raquel. Aspectos de teoria do conto em Machado de Assis. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/EUTOMIA/article/view/1902/1489>. Acesso em: 18 dez. 2019.

REIS, Thiago. Teixeira de Freitas leitor de Savigny. FGV DIREITO SP - Artigos Acadêmicos, São Paulo, SP, Brasil, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/13836>>. Acesso em: 25 dez. 2019.

RICART, Murilo; SANTOS, Polianna F. da Silva; PEDRON, Flavio Quinaud. De que maneira o direito assemelha-se à literatura e à interpretação construtiva no direito?. *REJUR - Revista Jurídica da UFERSA* Mossoró, v. 3, n. 5, jan./jun. 2019, p. 133-144. ISSN 2526-9488.

SCHWARZ, Roberto. *Leituras em competição*. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 75, jul. 2006, p. 61 - 79.

_____. *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000.

SOARES, Ivanete Bernardino. O ethos narrativo em *Bons dias!*, de Machado de Assis. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-68212012000200009. Acesso em: 27 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti (Orgs.). *Direito & literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-66.