

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO PÚBLICO

EVOLUÇÃO DA FILOSOFIA JURÍDICA NO BRASIL

Dissertação elaborada pelo
aluno ANTONIO CELSO MENDES,
sob a orientação do Prof.
Dr. Luiz Fernando Coelho.

CURITIBA

1989

I N D I C E

Capítulo I - Os antecedentes históricos e o despertar da consciência jurídica brasileira

1. Antecedentes históricos do pensamento jurídico brasileiro .. 3
2. A evolução jurídica nos séculos XVII e XVIII 8
3. O despertar da consciência jurídica nacional 14

Capítulo II - O período imperial e a tradição jusnaturalista

1. Monumentos legislativos do período imperial 21
2. A tradição jusnaturalista 27
3. Grandes juristas do império 34

Capítulo III - Positivismo e Bacharelismo no alvorecer da República

1. Influência do positivismo no direito brasileiro 41
2. A sociologia jurídica da "Escola do Recife" 47
3. A república e o bacharelismo 61

Capítulo IV - O real e o legal no Brasil revolucionário

1. País real versus país legal 73
2. O direito na transição revolucionária 81
3. Aprofundamento da consciência jurídica 91

Capítulo V - O período autoritário

1.O direito nos tempos da revolução	100
2.Culturalismo jurídico	106
3.Perlustrando novos caminhos	112

Capítulo VI - As direções contemporâneas

1.A Tradição Jusnaturalista	117
2.A Orientação Sociológica	121
3.Lógica e Linguística	125
4.O Pensamento Crítico	132
Conclusão: Visão do conjunto	140

PREFÁCIO

Foi por demais gratificante percorrer os fracassos e os sucessos das idéias jurídicas brasileiras, quando em confronto com as contingências históricas e políticas vividas pelo povo.

Como se pôde constatar, muitas das idéias sociais e políticas patrocinadas pela intelligentsia brasileira, mesmo brilhantes, não deixaram de refletir certo conservadorismo, contribuindo para a perpetuação de muitos problemas que ainda hoje nos afligem.

Isto não obstante, as aspirações de liberdade, ínsitas em todos os povos, mas presentes de forma marcante no ethos brasileiro, nunca deixaram de fornecer os parâmetros ideológicos para a assunção, ainda que em nível apenas retórico, por lideranças jurídicas que se destacaram ao longo da história, de posições que dignificam e engrandecem a cultura jurídica nacional.

Desejo manifestar ao ilustre professor Dr. Luiz Fernando Coelho, meu orientador, as oportunas intervenções para que o trabalho atingisse o nível compatível com o vigor de sua inteligência e de sua dedicação à transformação da ordem jurídica que aí está.

Igualmente, pelos trabalhos de datilografia, às dedicadas Regina do Rocio Pereira e Wanessa Mara Abram de Souza e a tantos outros que, direta ou indiretamente, colaboraram para que esta

pesquisa fosse levada a termo.

Ao concluí-lo, é apresentá-lo ao Curso de Pós-Graduação em Direito, cumpro a exigência regulamentar de elaborar dissertação, para obter o Título de Mestre.

OS
— ANTECEDENTES HISTÓRICOS
E O DESPERTAR
DA
• CONSCIÊNCIA JURÍDICA
BRASILEIRA

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1.1. O processo colonizador português

As condições do ambiente cultural, à época do Brasil-Colônia, no que diz respeito ao surgimento de idéias jurídicas , não poderia ser mais adverso.

— Como se pode facilmente depreender, vivendo sob o tacão autoritário de Sua Majestade, onde as leis maiores eram o fanatismo e a intolerância, era evidente que as instituições jurídicas passassem por flutuações constantes, sem demonstrar qualquer sentido de continuidade e coerência. O poder da Metrópole era absoluto e castrador das liberdades, não oferecendo à escassa elite, qualquer vislumbre de contestação. (1)

O sistema político-jurídico montado por D.João III, no primeiro momento da ocupação territorial por portugueses, a partir de 1534, ou seja, as chamadas capitanias hereditárias , constituíram-se, no dizer de Martins Júnior, em um retorno ao feudalismo. (2)

Esta constatação torna-se fundamental para explicar o fracasso do regime de colonização posto em prática pela Metrópole, que não conseguiu corresponder às novas exigências econômicas causadas pelo mercantilismo ascendente.

(1) CÂMARA, J. Subsídios para a História do Direito Pátrio. Rio Livraria São José. 1954, p.4.

(2) As Cartas de Doação das Capitanias Hereditárias eram documentos longos e minuciosos, constituindo foral dos direitos, foros e tributos e coisas. Cf. MEIRA, Silvio. O Direito Vivo. Goiania, Ed. UFGO, 1984, p.27 e seg.

Ainda mais, acrescenta-se o fato de que as próprias leis do reino, bafejadas pelo caráter imperialista do direito romano, trouxessem implícita a sua contradição com os privilégios do sistema feudal.⁽³⁾

1.1.2. O sistema político-jurídico

Assim, a condição social e jurídica da incipiente população era de completa dependência:

Distribuída entre raros colonos livres e uma maioria de trabalhadores escravos, seus direitos estavam codificados no arbítrio dos donatários das capitanias, que enfeixavam em si a figura do único proprietário, do único responsável pelos castigos e pelas penas, chefe industrial e militar, distribuidor de sesmarias e de prêmios.⁽⁴⁾

Como é de conhecimento, por esta época, vigiam em Portugal e, portanto, na Colônia, as Ordenações Manoelitas, que vieram substituir as Afonsinas.

O propósito de D. Manoel era consolidar a preeminência regalista, o que fê-lo aproximar-se mais e mais do direito romano justinianeu. Com isto, o resultado foi a eliminação gradativa das autonomias locais e o fortalecimento do poder absoluto do Rei.⁽⁵⁾

Isto não obstante, protegidos pelas outorgas reais, os despóticos administradores, longe das vistas de Sua Majestade, independentes entre si, detinham um formidável poder político e

(3) JUNIOR, Martins. História do Direito Nacional. 2ª ed. Cooperativa Ed. e de Cultura Intelectual. Pernambuco, 1941, p.161.

(4) Id. ib, p.161/2.

(5) Id, ib, p.95

jurídico, só limitado pelo seu próprio arbítrio individual.⁽⁶⁾

Como se vê, o sistema então vigente trazia implícito a voracidade de sua própria desagregação, o que precipitou a sua substituição pelo sistema de governadores-gerais (1548), formado por um conjunto de funcionários da corôa, incluindo, além do governador-geral, um ouvidor-geral, um provedor-mor, um capitão-mor da costa, um tesoureiro de rendas, um almoxarife, um mestre de fortificações, alguns escrivães da provedoria e variado número de artífices.⁽⁷⁾

Dessa forma, tanto no campo do direito privado, como no do direito público, as extravagantes leis portuguesas chegavam à Colônia pelas mãos dos governadores-gerais, sob a forma de Regimentos, Alvarás, Cartas Régias, Ordens, Provisões e Instruções, consubstanciando uma vasta legislação de direito público e administrativo, principalmente a partir da segunda fase do colonato.⁽⁸⁾

Os encargos da justiça eram tarefa do ouvidor-geral que, na maioria dos casos, incumbia-se de resolver sozinho as questões jurídicas, ficando contudo algumas ao arbítrio do governador.

Por outro lado, a conquista do gentio para a fé católica, como era do desejo de Sua Majestada, fez incluir na caravana do 1º governador-geral Thomé de Souza (1549), padres jesuítas, dos quais destacaram-se Manoel da Nóbrega e José de Anchieta, que

(6) Id, Ib, p.163.

(7) Id, ib, p.169.

(8) JUNIOR, Martins. Ob. Cit.p.176.

exerceram profunda influência no processo inicial de educação da pequena população local.

Com eles é que tem início o processo de formação da consciência nacional, desenvolvendo-se às expensas do domínio português, com todas suas mazelas e virtudes.⁽⁹⁾

(9) CRIPPA, A. As Idéias Filosóficas no Brasil. São Paulo. Ed. Convívio, 1978. p.19, passim.

1.2. A EVOLUÇÃO JURÍDICA NOS SÉCULOS XVII E XVIII

1.2.1 As Repercussões das Novas Leis

Com o domínio espanhol sobre Portugal, a partir de 1580 , tratou o monarca de rever toda a legislação portuguesa.

Assim, ao cabo de alguns anos de trabalho, Felipe II decretou a observância e o cumprimento, em todo o reino, das Ordenações que levaram o seu nome, a legislação que iria reger, por mais de dois séculos, o povo português e brasileiro, em nosso caso, até o advento do Código Civil Brasileiro (1916).

Apesar de algumas críticas, tidas como chauvinistas, os autores, de um modo geral, tecem comentários favoráveis às últimas Ordenações, sendo opinião de Cândido Mendes que elas serviram para neutralizar a grande influência do Direito Canônico sobre a legislação portuguesa, imposta pela regência do Cardeal D. Henrique, durante a menoridade de D. Sebastião (1569).⁽¹⁾

Com a restauração da soberania portuguesa (1640), foi o novo rei pressionado para alterar a legislação. Porém, como os tempos eram profundamente adversos, marcados por guerras e insurreições, aqui e na metrópole, Sua Majestade D. João IV, pela Lei de 24 de janeiro de 1643, resolveu acolher definitivamente as Ordenações Filipinas, cujas alterações mais profundas só ocorreram em 1769, com a promulgação da Lei da Boa Razão.

(1) JUNIOR, Martins. Ob.cit.pp.92 e seg.

9

Por esta, consagra-se iniludivelmente o poderio imperial e o trabalho dos juristas passa a ser o de acólitos da vontade governamental. (2)

Contudo, ela trouxe outras consequências, que convém assinalar.

Produto do "despotismo esclarecido" de Pombal, a referida lei tentou desfazer velhos hábitos e costumes forenses, implantando novos rituais nos processos, permitindo uma interpretação mais flexível das leis.

Tentando impedir falcatruas ou chicanas processuais, a citada lei colocava a razão como critério oportuno para selecionar as regras do direito romano utilizadas para complementar ou suprir o direito vigente.

Sob o aspecto formal, era apenas uma modernização na prática forense, mas sob o aspecto cultural, esta lei representou a entrada do iluminismo racionalista na política régia portuguesa, reflexo do que estava acontecendo em outros países europeus.

Era o começo do fim do escolasticismo e a semente de implantação de um pensar renovado. (3)

1.2.2. Acelera-se a transformação social e política

Enquanto isto, as condições sociais e políticas da Colônia transformavam-se rapidamente. Às tentativas mal sucedidas de escravização dos índios, compensa-se com a intensificação do

(2) Id. ibidem, p.103

(3) SALDANHA, Nelson. O Pensamento Político no Brasil. Rio Ed. Forense, 1979.p.23.

tráfico escravo de negros.

Com isto, fortalece-se o poderio econômico e social dos proprietários territoriais.

Dessa forma, configura-se um quadro paradoxal guiando as forças de domínio político e jurídico: de um lado, a pulverização do poder na mão dos donos das terras e dos engenhos, seja pelo profundo quadro de divisão de classes, seja pelo vulto da extensão territorial; de outra parte, o esforço centralizador que a Coroa impunha, através dos governadores-gerais e da administração regalista.

A ordem jurídica vigente, seja no domínio privado ou público, marchará decisivamente no sentido de preeminência do poder público sobre as comunidades, solidificando uma estrutura com tendência à perpetuação das situações de domínio estatal.

Esta tendência centralizadora reflete-se diretamente no declínio das autoridades das câmaras municipais, que detinham até então uma autonomia quase soberana, seja em assuntos políticos e administrativos, seja igualmente em assuntos jurídicos. Seus poderes vão sendo paulatinamente transferidos para as autoridades centrais, que começavam, a partir de então, emergir do segundo plano apenas fiscalizador a que estavam relegadas.

O episódio ocorrido em 1662 com o governador do Maranhão, Rui de Siqueira, reflete as novas tendências do direito público na Colônia. Às pretensões da Câmara de S. Luiz em decidir à margem da autoridade governamental, este retruca que "ficasse entendido que daquele dia em diante era ele quem, ali no Maranhão, governava em nome de El-Rei."⁽⁴⁾

(4) JUNIOR, Caio Prado. Evolução Política do Brasil. 11ª edição São Paulo. Ed. Brasiliense. 1979, p.40.

1.2.3. O Declínio da Escolástica

Já em 1746, Luís Antônio Verney lançava o seu famoso Verdadeiro Método de Estudar, no qual propõe novos processos pedagógicos, baseados não tanto na tradição, como era o vigente nas escolas jesuíticas, mas que fosse calcado no uso crítico da Razão.

De cunho acentuadamente humanístico, suas propostas eram verdadeiramente inovadoras no campo jurídico.

Assim Verney, com base em seus princípios iluministas, foi o primeiro a pugnar, junto às autoridades portuguesas, para que se eliminassem da prática judicial os autos-de-fé, as penas de morte por delitos de opinião, a tortura, e que fossem adotadas medidas mais humanas no julgamento e punição dos réus.⁽⁵⁾

Quanto à situação do ensino em geral na Colônia, à época da expulsão dos jesuítas (1759), sabe-se que o mesmo, além de se reduzir a poucos estabelecimentos, não contava com quadros de professores suficientes, o que se constituiu num verdadeiro caos.

Muito menos possuíamos Universidade e os poucos que de-sejassem cursá-la recorriam às da Europa, principalmente a de Coimbra.

Com isto, decaiu o ensino escolástico, sem que tivesse ocorrido a sua substituição por outro melhor, além de que estava proibida a publicação aqui de quaisquer livros.⁽⁶⁾

(5) OGGERO, Ubirajara. As Origens do Pensamento Filosófico no Brasil. In Revista Convivium. nº 01-86, S. Paulo, p.69.

(6) Id, Ib., p.65.

Tais fatos nos indicam em primeiro lugar, a completa dependência do Brasil-Colônia ao ensino eclesiástico, baseado na Ratio Studiorum dos jesuítas. Em segundo lugar, que a cultura da época já esboçava os primeiros sinais de reação ao monopólio pedagógico e cultural mantido pela Igreja.

Eram os primeiros raios da filosofia iluminista, que tiveram no Marquez de Pombal um dos seus corifeus mais resolutos.

Admirado por poucos e odiado por muitos, suas leis "fizeram à monarquia e, podemos dizer, à civilização, o enorme serviço de afastar delas os tentáculos perigosos da teocracia e da oligarquia aristocrática".⁽⁷⁾

Com este objetivo, restringiu-se drasticamente a jurisdição ordinária dos prelados, limitada agora apenas aos assuntos espirituais; proibiram-se testamentos com herança para as almas; reduziram-se os privilégios da nobreza, com o fortalecimento da burguesia; procedeu-se a expulsão dos jesuítas do território colonial, reformulou-se o ensino jurídico (com a reforma da Universidade de Coimbra).

A intenção era superar toda a legislação filipina, com a confecção de um novo código, tarefa que se frustrou com a loucura de D. Maria I^a e os tempos revoltos das incursões francesas.

Enquanto isto, refletindo os dilemas entre a antiga e a nova ordem, surgia a obra de Tomás Antônio Gonzaga (1744-1810) Tratado de Direito Natural, onde o autor "procura uma conciliação entre o jusnaturalismo do Grócio e Pufendorf, doutrinas es-

(7) MARTINS, Junior. Op. Cit. p. 104.

tas alheias à escolástica (ao tomismo, em particular), com as teses tradicionais da Escola".⁽⁸⁾

1.2.4. Situação geral da Colônia

Contudo, não nos iludamos. O quadro cultural, social e político do Brasil na ocasião é dos mais lamentáveis.

A população empobrecida pelo ciclo do ouro, que beneficiava apenas a metrópole; o ódio crescente aos portugueses, motivado pelo despertar do espírito nacional, o abandono completo da educação pela saída dos padres jesuítas, tudo colaborava para um quadro de agravamento.

Com isto, mergulha-se o país num atraso social e político cada vez maior, a riqueza material na mão de uns poucos privilegiados, a grande população do país estagnada pela falta absoluta de oportunidades econômicas e culturais.

Há um completo alheamento do povo com relação aos assuntos políticos, a aceitação servil de qualquer regime, ficando os movimentos de rebeldia reduzidos a pequenos focos de intelectuais burgueses.⁽⁹⁾

(8) CAMPOS, Fernando Arruda e Outros. As Idéias Filosóficas no Brasil. S. Paulo. Ed. Convívio, 1980, p. 54.

(9) TOBIAS, J. A. História das Idéias no Brasil. S. Paulo, E. P. U., 1987, p. 47.

1.3. DESPERTAR DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA NACIONAL

1.3.1. Os antecedentes

Assinala José Antonio Tobias⁽¹⁾ que o Brasil, no final do século XVIII, vivia duas tendências antagônicas: uma conservadora, que acabou sucumbindo, tendente a perpetuar no Brasil o colonialismo, com proibições e atos prejudiciais ao povo e as terras brasileiras.

A outra, revolucionária, refletia a tomada de consciência de brasileiros patriotas, que desejavam ardentemente a libertação do Brasil do colonialismo português, como foi o frustrado movimento inconfidente das Minas Gerais.

Isto se deveu às novas idéias políticas e jurídicas que campeavam pela Europa (Rousseau, Victor Cousin, o Iluminismo), como também pela ocorrência da Independência da América (1776) e da Revolução Francesa (1789).

1.3.2 D. João VI e o Segundo Descobrimento

O aporte da Família Real Portuguesa com seu séquito logo no começo do século XIX, assinala as profundas e rápidas transformações que estavam por vir.

Consideradas por muitos como um segundo descobrimento, a vinda de D. João VI para o Brasil deu-se num momento propício para a organização e modernização da Colônia e os decretos,

⁽¹⁾ Op.cit., p.98

alvarás e cartas-régias, causaram profunda repercussão administrativa e política. (2)

A abertura dos portos ao livre-comércio, a criação da imprensa, a suspensão do controle sobre a leitura de livros e ao seu livre comércio, a criação do ensino superior (Academia Real Militar), escolas de enfermagem, demonstram quão significativa foi a obra administrativa do referido monarca.

Com a criação da Imprensa Régia foi autorizada a impressão no Brasil da obra de Silvestre Pinheiro Ferreira " Preleções Filosóficas".

A obra e a influência do diplomata, político e jurista português no Brasil foi pioneira, pelas suas idéias conciliatórias entre o empirismo sensista, o teísmo e o pensamento religioso. (3)

Como um "teórico liberal da monarquia representativa" , publica em 1831 as "Observações sobre a Constituição do Império do Brasil" e a "Carta Constitucional do Reino de Portugal".

Edita igualmente um "Manual do Cidadão", destinado a preparar o espírito das pessoas diante das leis e das instituições.

Com tal propósito, a sua terceira parte trata "dos direitos e deveres do homem e do cidadão", na qual o autor procede a uma indagação sobre a noção de direitos e deveres a partir da "lei do justo", base de toda atividade moral e política:

(2) Op. cit., p.103

(3) CERNEV, Jorge. Silvestre Pinheiro Ferreira. Revista Convivium. S. Paulo. Vol.29, nº 1, Jan./Fev.86, p.28.

- "Em que consiste a lei do justo?
- Como se pode conhecer o que é mais útil ao homem e ao cidadão?
 - Como é que os homens, reunidos em sociedade, esperam atingir o máximo de felicidade possível?
 - Quais são os direitos que se chamam naturais?
 - Quais são os direitos que se chamam sociais?
 - Quais são as leis sociais?
 - O que é pacto social?
 - Em que casos se pode presumir o consentimento tácito da nação?
 - O que se entende por leis fundamentais?
 - O que se entende por direitos políticos?
 - O que se entende por direitos civis?" (4)

Contudo, convém assinalar que sua obra jurídica inovadora não repercutiu no grande público, pois não havia no país e nem em Portugal as condições sociais e políticas que pudessem fazê-las frutificar.

1.3.3. Transformações na Sociedade Brasileira

A sociedade brasileira, até então polarizada na vida rural (engenhos e fazendas), com a instalação do Reino Unido, vai sofrer cada vez mais a influência de uma administração pública tipicamente voltada para a vida na cidade.

Este fato não veio mais que confirmar uma tendência social que se esboçava já de algum tempo, pois os filhos das famílias abastadas que iam estudar Direito em Coimbra, ao retornar traziam consigo o desejo de implantar no Brasil os benefícios da vida urbana organizada.

Aliás, o papel e a importância social do Bacharel em Di-

(4) Id, ibidem, p.28/29.

17

reito, mesmo dos formados aqui a partir de 1827, não é de se desconsiderar. Dentre todas as possibilidades de estudo existentes, eram as Faculdades de Direito as que ofereciam maior atração, pois correspondiam a uma necessidade premente do país: a regularização da posse agrária, a venda e a legalização de terras griladas, que se constituíam no ponto nevrálgico da economia, riqueza e organização social da época.

Das Faculdades de Direito saíam os verdadeiros donos do país, destinados a merecer a consideração pública e o conceito de uma sociedade onde as atividades técnicas e científicas gozavam de pouca ou nenhuma reputação, pois eram as atividades literárias e retóricas, as que mais se compatibilizavam com o espírito do povo.⁽⁵⁾

1.3.4. Os Juristas e a Independência do Brasil

Quando o Brasil se emancipou definitivamente da coroa portuguesa, eramos uma nação sem cultura, com o acesso de apenas pequeno número de pessoas ao curso secundário.

Voltados para as atividades simples da agricultura, tal população analfabeta não possuía as condições mínimas para aspirar algo melhor.

Com relação ao direito, esta ignorância era igualmente a mais completa, pois, sem escolas para ensiná-lo, sem imprensa para divulgá-lo, sem agremiações que o desenvolvessem, seu conhecimento estava restrito apenas àqueles que pudessem conseguir-lo nos "acanhados e rudes ensinamentos da Universidade de

(5) TOBIAS, J. A. Op.cit., p.100
V.igualmente de Sérgio Adorno. Os Aprendizizes do Poder. Rio Ed.Paz e Terra, 1988.

Coimbra".(6)

Isto não obstante, deve-se assinalar que os principais mentores da Conjuração Mineira, da Insurreição Pernambucana de 1817, bem como da Independência do Brasil, eram bacharéis formados pela Universidade de Coimbra,

Entre estes citam-se José Bonifácio de Andrada e Silva, Conceição Veloso, Ar-ruda Câmara, Câmara Bittencourt de Sá, Silva Alvarenga, Alexandre Rodrigues Ferreira, José da Silva Lisboa, Cipria-no Barata, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada e Silva, Hipólito da Costa , Maciel da Costa, José Vieira Couto e muitos outros".(7)

Nelson Saldanha, comentando a atuação dos juristas em 1817 e porque não dizer, nos sucessos transformadores da realidade política do país, vê com destaque a sua participação , apesar de que uma certa historiografia pretenda denegrí-la. Em virtude do espírito eclético e conciliador do bacharel, este tem sido visto, muitas vezes, como um dos responsáveis pela ocorrência sistemática de situações sociais inalteráveis, contribuindo dessa forma para eternizar o status quo dominante.

Contudo, como salienta o professor pernambucano, foram o bacharel, juntamente com o militar e o sacerdote, os que formaram a elite pensante deste país.

E ser bacharel significava ter acesso a leituras latinas, jurídicas e teológicas, era ter acesso a livros recentes , que sem dúvida serviriam para despertar-lhes o espírito crítico reformista. Ou quando menos, a atuarem de forma a conciliar

(6) BARRETO, Plínio. A Cultura Jurídica no Brasil. (1822/1922). S. Paulo, 1922, p.5/6.

(7) FILHO, Alberto Venancio. Das Arcadas ao Bacharelismo. 2ª ed. S. Paulo. Ed. Perspectiva, p.8.

tendências radicais... (8)

(8) SALDANHA , Nelson. Op.cit.p.39.

O
PERÍODO IMPERIAL
E A
TRADIÇÃO JUSNATURALISTA

2.1. MONUMENTOS LEGISLATIVOS DO PERÍODO IMPERIAL

2.1.1 Características conciliadoras de nossa Constituição

Conta-nos Paulo Mercadante, citando Oliveira Viana (1), o caráter eclético, artificial e conciliador que inspirou a feitura de nossa primeira constituição.

O povo, como vinha ocorrendo desde os tempos coloniais, não dispunha de uma consciência jurídica pública que pudesse dar legitimidade e eficácia a um projeto transformador.

Isto é facilmente constatável, bastando verificar a composição da Assembléia Constituinte reunida a partir de maio de 1823, que era formada com o predomínio de elementos do clero e de advogados, estamentos tipicamente dominantes da sociedade de então.

E a liderança dos trabalhos, sob a capitânea dos Andradas, preservavam os interesses da monarquia reinante.

No final, o texto apresentava influências bastante diversas, como aquelas do constitucionalismo francês e do liberalismo inglês, a conseqüente divisão de poderes e garantia de estabilidade institucional, mas albergando também alguns preceitos destinados a manter os grupos hegemônicos da sociedade.(2)

(1) MERCADANTE, P. A Consciência Conservadora no Brasil, 2ª Ed. Ed. Civilização Brasileira, 1972, p.82.

(2) SALDANHA, Nelson. Ob. Cit. p.48.

Dessa forma, constata-se claramente, no texto constitucional, a outorga apenas parcial dos chamados direitos políticos, de que eram detentores exclusivos os possuidores de determinado nível de renda, então fixado em 150 alqueires de farinha de mandioca ...

Com isto, excluíam-se do processo político quase a totalidade da população obreira do país, aqui compreendendo naturalmente os servos, os escravos, os caixeiros, etc.

Igualmente, criou-se um complexo processo hierarquizado de eleições através de assembleias (primárias e de 2º grau) , que iam restringindo paulatinamente o círculo dos cidadãos participantes.

No fundo, era a legitimação do poder dos grandes proprietários de terra.⁽³⁾

Isto não obstante, refletindo os conflitos entre liberais e monarquistas, a Constituição Outorgada, em seu título III, art. 10, estabeleceu a figura do Poder Moderador, exclusivo do Imperador, que com ele se transformava numa autoridade "neutra e preservadora", nas palavras do Visconde do Uruguai.

A idéia do Poder Moderador, originária do francês Benjamin Constant, teve em Zacarias de Góis e Vasconcelos um polêmico comentarista, ao que se seguiram os do Visconde do Uruguai em seu famoso, "Ensaio sobre o Direito Administrativo"(1862).

Braz Florentino chamou-o de "reflexo sublime da soberania nacional"⁽⁴⁾ e Tobias Barreto arrasou-o no ensaio "A Ques-

(3) JUNIOR, Caio P. Op.Cit.p.51.

(4) SOUZA, Braz F.H. de. Do Poder Moderador. Recife. Tipografia Universal, 1864.

tão do Poder Moderador".

2.1.2 Os Novos Códigos

O Código Criminal de 1830 é um dos grandes monumentos legislativos da monarquia. De cunho prático e inovador, o código criminal brasileiro mereceu elogios na França e na Argentina e influenciou a legislação belga.

Tendo como principal inspirador Bernardo Pereira de Vasconcelos, vigorou no Brasil durante 60 anos e foi o primeiro código penal autônomo da América Latina.⁽⁵⁾

Igual sorte não teve o Código de Processo Criminal, cuja discussão teve início em 1828. Iniciado com uma proposta do governo, o Parlamento preferiu o projeto de Manoel Alves Branco. De tendência liberal esta lei

" Criou uma nova hierarquia judiciária. Extinguiu os Ouvidores, os Juizes de Fora, e uma série de magistraturas especiais. Os Juizes de Paz, Juizes Municipais, Juizes de Direito e os Desembargadores em Relações passaram a ser os membros da escala da magistratura".⁽⁶⁾

Conforme comenta João Mendes de Almeida, este Código foi inovador no procedimento criminal, pondo fim às devassas indiscriminadas, passando a submeter a processo formal todas as que-relas e denúncias. Nos crimes cominados com pena maior do que seis meses de prisão ou degredo, o processo era público e oral perante o juiz.

(5) HOLANDA, S.B. História Geral da Civilização Brasileira. 4ª Ed. Vol.II.S.Paulo.Difel, 1982,p.356.

(6) Idem, p.358.

Este por sua vez, era formado por dois conselhos, um para verificar a legitimidade da acusação; o segundo, era um júri de sentença.

Por este Código foram igualmente regulados os recursos ordinários e extraordinários, o procedimento do habeas-corpus, que a partir de então fica inserido no direito brasileiro. (7)

Contudo, a reação conservadora não se fez por tardar, e pela Lei nº 261 de 03 de dezembro de 1841, foi o Código de Processo Criminal derogado, pela retirada da Polícia do âmbito do Poder Judiciário e pela redução das atribuições do júri popular.

— Por outro lado, o Código Comercial teve sua discussão iniciada em 1833, mas só conseguiu sua aprovação em 1850.

Seu principal mentor foi José Antônio S. Lisboa, o Visconde de Cairú, que com a publicação da obra "Princípios de Direito Mercantil" (1798), influenciou decisivamente sobre a prática jurídico-mercantil durante mais de meio século. De formação humanista e liberal, foi o primeiro divulgador entre nós das idéias de Adam Smith.

No âmbito do direito processual, o Regulamento 737, expedido pelo governo em 25/11/1850 representou o papel de um verdadeiro Código de Processo Comercial e Civil, com larga influência até os tempos da República. Paula Batista dedicou-lhe a sua obra doutrinária e interpretativa.

2.1.3 A Criação dos Cursos Jurídicos

Na Assembléia Constituinte, instalada em 1823, não esteve

(7) *Idem*, p. 358.

ausente a discussão em torno da necessidade da criação e funcionamento de Universidades no Brasil.

Tanto que após a sua dissolução, a Carta Outorgada por D. Pedro I acabou por reconhecê-la (art.179,§ 33);

" A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: Colégios e Universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas-artes e artes".

Foi assim que a 9 de janeiro de 1825, foi assinado pelo Ministro dos Negócios do Império, Estevão Ribeiro de Rezende, com a rubrica do Imperador, decreto que criava, provisoriamente, um Curso Jurídico na Corte. (8)

Nos considerandos, o reconhecimento da "notória falta de bacharéis formados para os lugares da magistratura".

Com a instalação da Assembléia Geral Legislativa em 1826, por iniciativa de Teixeira de Gouveia, o assunto voltou à discussão, opinando-se pela urgente necessidade da formação de juristas, vitais na sustentação e defesa do Estado Constitucional.

Ocorreu que, após longas discussões, foi aprovado o projeto pela Assembléia Geral e pelo Senado, tendo sido convertido em lei por S.M. Imperial em 11 de agosto de 1827, com o referendo do Ministro José Feliciano Fernandes Pinheiro, Visconde de São Leopoldo, ardoroso defensor da idéia, desde os tempos da Assembléia Constituinte.

(8) VENANCIO FILHO, A. Op.Cit.p.19.

Autorizou-se a criação de dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um em São Paulo e outro em Olinda, com duração de cinco anos e nove cadeiras.

2.2. A TRADIÇÃO JUSNATURALISTA

Com a criação dos cursos jurídicos, a disciplina básica do primeiro ano chamava-se Direito Natural.

Conforme é de opinião de Clóvis Bevilacqua, o propósito não era dar aos primeiranistas uma visão geral do labor jurídico, como seria de todo conveniente, mas sim fornecer aos estudantes um conjunto de princípios, que se supunham universais e imutáveis. Era uma verdadeira filosofia do direito, como a entendiam os mestres daquele tempo. (1)

É notório que a formação cultural do povo e da época vai dar surgimento a uma influente corrente jusnaturalista, como aquela já esboçada por Tomás Antônio Gonzaga.

A. Luiz Machado Neto assinala o surgimento de cinco modelos de jusnaturalismo, no momento que se seguiu à criação das duas escolas jurídicas (2):

2.2.1. Jusnaturalismo ilustrado

Corporificado nos escritos do primeiro ocupante da cátedra de Direito Natural na Faculdade de Olinda (depois Recife), Pedro Autran da Matta e Albuquerque e de seu sucessor e discí-

(1) BEVILÁQUA, C. História da Faculdade de Direito do Recife. Rio. Ed. Francisco Alves, 1ª vol., p.26.

(2) MACHADO NETO, A.L. História das idéias Jurídicas no Brasil. S.Paulo. Editorial Grijalbo. 1969. p.18 e seg.

pulo, João Silveira de Souza.

Este último escreveu em 1880 as Lições de Direito Natural sobre o Compêndio do Sr. Conselheiro Autran", representando uma síntese entre o pensamento do mestre e do discípulo.

Adeptos do racionalismo iluminista e liberal vigente na época, a preocupação básica era encontrar um princípio de razão que pudesse dar legitimidade aos mandamentos da lei.

Mesmo reconhecendo que os dotes racionais não são iguais em todas as pessoas, há em todos, contudo, uma intuição, uma luz interna da consciência que lhes permitiria captar a universalidade e a imutabilidade do ius naturale.

Isto não obstante, o direito não se confundiria com a moral, sendo desta independente pela coatividade e pelo maior nível de concessão.

Ora defendendo idéias liberais avançadas, como o divórcio, tal individualismo ilustrado não pôde resistir às pressões da estrutura familiar tradicional, quando exclui do direito de sucessão os filhos naturais em relação aos legítimos nascidos do matrimônio posterior.

Na área do direito público, o prof. Autran defende as liberdades de culto, opinião, reunião e associação, apresentando largos comentários sobre o direito de resistência, o que mereceu severas críticas do conselheiro Zacarias, na Câmara dos Deputados.

2.2.2. Jusnaturalismo ideológico

Por força do regulamento do Visconde de Cachoeira, des -

tinado a reger o funcionamento das duas escolas jurídicas brasileiras, cada lente designado para dirigir uma cátedra deveria, ou elaborar o seu próprio manual, ou indicar livro-texto de autor recomendado pelo próprio regulamento. (3)

A primeira opção foi a escolhida pelo prof. José Maria de Avelar Brotero, que apressadamente compôs os seus "Princípios de Direito Natural", na qualidade de primeiro lente da Disciplina na Academia de São Paulo, designado que fôra pelo Imperador, antes mesmo da criação oficial das Escolas.

Contudo, no ensejo de sua publicação, o Compêndio de Avelar Brotero mereceu severas críticas do Deputado Lino Coutinho, considerando-o prejudicial, pela imprecisão das doutrinas que o mesmo continha, "chegando mesmo a colocar em dúvida a existência de Deus, como fazem muitos filósofos"

Foi assim que, depois de diversos debates, a Comissão de Instrução Pública da Câmara dos Deputados acabou por condenar o Compêndio de Brotero, imediatamente substituído pelos Elements de Legislation Naturelle, de Perreau. (4)

No propósito de conciliar doutrinas tradicionais com autores modernos, o Compêndio (como o autor sempre o designava), acabou por ser uma mescla de citações heterogêneas e desconexas, numa tentativa de vingar entre nós as teses dos ideólogos franceses (Destutt de Tracy, Holbach, etc.). (5)

Misturando panteísmo com doutrinas tradicionais, o texto

(3) VENÂNCIO FILHO, A. Op. Cit. p. 33.

(4) MACHADO NETO, A. L. Op. Cit. p. 24.

(5) REALE, M. Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. S. Paulo, Ed. Saraiva, 1978, p. 158.

seguinte é sintomático:

" Muitos Authores querem que o direito Natural derive seu nome por causa da promulgação, isto é, por ser promulgado pela razão natural do homem.

" O Compêndio porém não quer que elle derive seu nome da promulgação, mas sim de seu Author (§30), isto é, Lei Dictada pela Natureza Naturante, pela Natureza do Universo, ou alma do universo, isto é, Deos".(6)

2.2.3 Jusnaturalismo escolástico

Contudo, isto não significou a decadência do pensamento ortodoxo, que se manteve vivo e atuante na pessoa de José Soriano de Souza (1833-1895), médico, filósofo, jurista e jornalista, professor de Direito Natural na Faculdade de Direito de Recife.

Autor de diversas obras no campo da filosofia e da política, editou as seguintes obras no campo jurídico: Elementos de Filosofia do Direito (1880), Apontamentos de Direito Constitucional (1883), Pontos de Direito Romano (1884), Projeto de Constituição para Pernanbuco (1890) e Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional (1893).

Distinguindo, à maneira tomista, entre lei natural e lei humana, procurou Soriano de Souza caracterizar a filosofia jurídica como a ciência que, apoiada em princípios evidentes (sic), investiga os direitos da natureza humana em suas características essenciais e em seu desenvolvimento.

O propósito era sempre fazer fincapé na distinção entre direito natural e direito positivo.(7)

(6) BROTERO, Avelar. Princípios de Direito Natural. Rio. Typografia Imperial. 1828.p.77.

(7) MACHADO NETO, L.A. Op.Cit.p.32.

Suas preocupações básicas foram conciliar razão e fé , poder divino e soberania popular, moral cristã e moral relativista.

Conforme analisa Ubiratan de Macedo, a grandeza do pensamento de Soriano foi consideravelmente obscurecida pelo prestígio do sociologismo de Silvio Romero e Tobias Barreto, seus adversários ideológicos e pessoais, que lhe impuseram pesado combate. (8)

2.2.4. Jusnaturalismo Católico

Consentânea com o espírito cristão e católico do povo brasileiro, não poderia faltar uma corrente jusnaturalista que representasse a ortodoxia da Igreja.

Tais são as características do pensamento do Prof. Sá Benevides, Catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo, de 1865 a 1890.

Reconhecendo como necessária a atuação da Igreja na tarefa de inspecionar as doutrinas filosóficas e jurídicas, com vistas a defender a sociedade contra os erros daquelas contrárias aos dogmas cristãos, diz-nos Sá e Benevides que a lei natural é apenas uma influência da lei eterna, tendo portanto as características de ser divina, universal, perpétua, absoluta, necessária, moral, racional, social, revelada e obrigatória. (9)

Isto não obstante, ele não nega que a lei natural não possa igualmente ser demonstrável pela experiência e pela razão, competindo à filosofia do direito a sublime tarefa de desenvol-

(8) MACEDO, Ubiratan de. Metamorfoses da Liberdade. São Paulo, Ibrasa/MEC, 1978, p.199

(9) SÁ E BENEVIDES. Philosophia Elementar do Direito Público. S. Paulo, 1887, p.5 e seq.

vê-la. (10)

Contudo, Sá e Benevides não deixa de reconhecer as virtudes do ecletismo desenvolvido por Victor Cousin, nos seus esforços para restaurar o tradicionalismo e a crença, abalados pela influência dos materialistas franceses (Condillac, Helvécio e os enciclopedistas).

Em sua última obra "Analyse da Constituição Política do Império do Brasil" (1891), o professor paulista manifesta o seu reacionarismo, renegando a transformação do Império em República, não reconhecendo legitimidade no Governo Provisório do Mal. Deodoro da Fonseca.

Por fim, contesta a participação da mulher na vida pública.

2.2.5. Jusnaturalismo Krausista

Miguel Reale considera o surgimento das idéias de Karl Christian Friedrich Krause no Brasil como um sopro de arejamento intelectual no positivismo imperante. (11)

Coube a Xavier de Mattos, professor da Academia de São Paulo de 1870 a 1878, com a obra Teoria Transcendental do Direito, a tarefa de transplantar o krausismo de Portugal para o Brasil.

De caráter harmônico e otimista, Krause considera o mundo uma vivência integrada de seres finitos, que têm em Deus o seu polo de atração. Por isto a tendência de todo ser criado é

(10) Idem. Elementos de Philosophia do Direito Privado. S. Paulo, 1884, p.4.

(11) REALE, Miguel. Filosofia em São Paulo. 1962.p.28 e seg.

para o bem.

Dessa forma, compete ao direito ser o instrumento que permita à sociedade, como comunidade nacional, atingir com facilidade os seus altos objetivos, sem ferir a liberdade.⁽¹²⁾

(12) MACHADO NETO, A.L. Op.Cit.p.40.

2.3. GRANDES JURISTAS DO IMPÉRIO

2.3.1 Contradições entre direito público e privado

Com o advento do Código Civil de Napoleão (1804), o so -
pro renovador por novas leis fêz-se presente em todos os cantos
do mundo ocidental.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem havia tor -
nado fundamental a idéia de que a ordenação política e jurídi -
ca do povo tinha que se basear nos direitos inerentes à liber -
dade e dignidade humanas, tão duramente conquistados com a der -
rubada do Ancien Régime.

Relata-nos Paulo Mercadante ⁽¹⁾ que entre nós, contra -
riamente ao que ocorreu na área do direito público, em que as
idéias de Montesquieu e Benjamim Constant tiveram larga reper -
cussão, no caso do direito privado tal não ocorreu, pois não
havia ambiente social adequado.

As escolas jurídicas, por seu turno, limitavam-se a mi -
nistrar um ensino prático, com o aprendizado das Ordenações e
das regras do direito romano. Desconhecia-se o Código de Napo -
leão e os exegetas franceses, incluindo Savigny, só bem mais
tarde foram trazidos às terras brasileiras.

Combinando um ecletismo teórico à moda de Cousin, vivia a

(1) Op.Cit. p.171.

sociedade patriarcal o conflito permanente entre ter que defender as liberdades, sem abandonar o escravismo e o conservadurismo social.

Daí o dualismo de nosso direito privado, que na relutância de instituir um Código Civil avançado, limitou-se a promulgar um Código Comercial e, posteriormente, uma Lei Criminal.⁽²⁾

Inspirado no Código de Comércio da França, nossa Lei Comercial a ele expressamente autorizava recorrer, bem como "às leis dos países civilizados", em caso de lacunas, o que demonstra o caráter artificial de nossa legislação, interessada apenas em conciliar, mas não atingir a medula de nossos problemas sociais.

Contudo, não demorou muito tempo para que alguns juristas pátrios denunciasses as contradições, promovendo esforços para atualizar a legislação.

2.3.2 Juristas eméritos do Império

Clóvis Beviláqua⁽³⁾ assinala como notáveis figuras jurídicas desta época: Paula Batista, Teixeira Freitas, Cândido Mendes e Conselheiro Lafayette sem deixar de nominar Tobias Barreto, Sylvio Romero e Ruy Barbosa.

Segue-se um resumo, não exaustivo, das obras e das idéias daqueles juristas mais eminentes:

- Paula Batista (1811 - 1881) - Natural do Recife, é considerado o maior processualista do país. Professor em Olinda, editou duas obras consideradas clássicas: Teoria e Prática do

(2) Vide Supra.

(3) BEVILÁQUA, C. Linhas e Perfis Jurídicos. Rio. Ed. Freitas Bastos, 1930, p.57.

Processo Civil (1855), que gira em torno do Regulamento 737 e Hermenêutica Jurídica (1860), um verdadeiro clássico sobre a interpretação jurídica.

Paula Batista assinala um momento brilhante da Faculdade de Direito de Olinda e Recife, antes que por lá pontificassem Tobias Barreto e Silvio Romero.

- Pimenta Bueno (Marquês de São Vicente), segundo Machado de Assis, uma das grandes sumidades da ciência jurídica. Originário da Universidade de Coimbra, colou grau na Faculdade de Direito de São Paulo.

Político e hábil negociador diplomático, Pimenta Bueno notabilizou-se como comentarista de nossa primeira constituição, através da obra Direito Público Brasileiro (1857).

Ainda há que citar Direito Internacional Privado (1863), obra inédita e descortinadora; Apontamentos sobre as Formalidades do Direito Civil Brasileiro (1850); Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro (1857) e, finalmente, Apontamentos sobre o Processo Criminal pelo Juri (1849).

Nos conflitos da Coroa com a Igreja, Pimenta Bueno manifestou-se regalista, no opúsculo Considerações Relativas ao Beneplácito e Recurso à Coroa em Matérias de Culto (1873).

- Paulino José Soares de Souza (Visconde do Uruguai) - é o artífice jurídico do Partido Conservador, no Segundo Reinado.

Com a obra "Ensaio sobre o Direito Administrativo" (1862), procura caracterizar de forma própria o nosso modelo político, que por formação deverá ser centralizado, naquilo que for geral, deixando às províncias a regulamentação daquilo que lhes for peculiar.

Contrariando os liberais em seu federalismo americanófilo , defendeu o fortalecimento da Monarquia.

São de sua lavra a Lei de Interpretação do Ato Adicional (12. de maio de 1840) e Lei de Reformulação do Código de Processo Criminal (1841).

Em 1862 publicou, em dois volumes, os "Estudos Práticos sobre a Administração das Províncias do Brasil".

Jurista prático, exerceu enorme influência na consolidação de nosso modelo administrativo.

- Cândido Mendes de Almeida - Senador do império, falecido em 1881.

Segundo Clóvis Beviláqua, Cândido Mendes, em todas as suas obras, seja nos Comentários ao Código Filipino, no Auxiliar Jurídico ou no Direito Canônico, sempre demonstrou ser um erudito.

Pesquisando as mais diversas fontes, pôde colocar ao alcance de advogados e juristas pátrios, uma variada gama de comentários bem fundamentados.

Cândido Mendes não foi um criador de doutrinas, mas um investigador infatigável, que descortinou novos rumos para a nossa jurisprudência, contribuindo para a sua consolidação. (4)

- Conselheiro Lafayette - político e jurista, foi senador, conselheiro de Estado, Presidente do Conselho, Enviado extraordinário e plenipotenciário.

Editou duas obras magistrais: Direitos de Família(1869) e Direito das Coisas (1877).

(4) BEVILÁQUA, C. Linhas e Perfis Jurídicos, cit.p.60.

Segundo Pedro Lessa, o Conselheiro Lafayette foi o maior de nossos jurisconsultos, não havendo quem com ele ombreasse.

A opinião de Clóvis Beviláqua é idêntica, considerando-o "um artista da palavra", cujos livros representaram uma renovação doutrinária do direito pátrio, a partir de material genuinamente nacional.⁽⁵⁾

- Teixeira de Freitas (1816 - 1883) - Autor da Consolidação de nossas leis civis, Augusto Teixeira de Freitas é considerado um gênio na sistematização e no estilo jurídicos.

Tendo iniciado seus estudos jurídicos na Faculdade de São Paulo, vai completá-lo em Recife, em 1837 e desde então já revelava o fulgor de sua inteligência. A 15 de fevereiro de 1855 o governo imperial o incumbia de preparar a consolidação de nosso direito privado, o que representou um notável avanço em nossa civilística.

Contrariamente ao que comentaram alguns juristas estrangeiros, diz-nos Miguel Reale que o trabalho realizado por Teixeira de Freitas demonstra que nem a legislação, nem a Ciência Jurídica brasileira ficaram distantes das doutrinas jurídicas que ocorriam na época em outros países, cujo projeto do Código Civil, de grande vigor sistemático, incluía um corpo de normas comuns ao direito civil e comercial.

Perfilhando com o historicismo de Savigny, nem por isto desconsiderou as vantagens do processo codificador.⁽⁶⁾

Propugnando, pois, pela precedência das leis civis so -

(5) Apud. Holanda, S.B. Op. Cit. p. 367, vol. II.

(6) REALE, M. Horizontes do Direito e da História. São Paulo. Ed. Saraiva, 1977, p. 173.

bre aquelas do comércio, nosso Autor igualmente silenciou-se quanto ao problema da escravidão.

Esta atitude, segundo Clóvis Beviláqua, foi proposital, por Teixeira de Freitas considerá-la repugnante à Ciência Jurídica.

Por isto, não há em seu projeto um só artigo que trate da condição do escravo. Sua inclusão em legislação posterior só seria tolerada em caráter de excepcionalidade.⁽⁷⁾

(7) BEVILÁQUA, C. Op. cit. p. 100.

POSITIVISMO
E
BACHARELISMO
NO ALVORECER
DA
REPÚBLICA

3.1. INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO NO DIREITO BRASILEIRO

3.1.1. Os Antecedentes

É clássico o testemunho de Sílvio Romero, sobre as condições do Brasil na segunda metade do século passado.

Diz-nos ele que até 1868 a doutrina católica reinou no Brasil sem sofrer a mais leve perturbação; a filosofia espiritualista, pura ou eclética, a menor oposição; o monarquismo, o menor ataque que o abalasse; o latifúndio e o escravismo, a mais indireta repulsa; e o romantismo, com seus enganosos enlevos, a mais velada crítica.

Isto não obstante, fatos novos estavam a principiar a contestação da aparente tranquilidade. O término da Guerra do Paraguai serviu para denunciar o acanhado de nossa estrutura social, maculada pela escravidão. Igualmente, a ocorrência da questão religiosa motiva a discussão ampla de nossa instituição monárquica, envolvendo ao mesmo tempo o autoritarismo policial, a magistratura, e, como não poderia deixar de ser, nossos problemas econômicos⁽¹⁾.

Como se vê, o ambiente era por demais propício ao acolhimento de novas idéias. E o pensador que passou a exercer maior influência sobre as gerações emergentes foi, sem dúvida, Augusto

(1) Apud MACHADO NETO. Op.cit.p.45.

Comte, com a sua Filosofia Positiva.

Assim foi que, a partir da década de 40 (na Bahia) e na de 50 (na Escola Militar do Rio), pôde-se constatar a influência do pensamento comteano, principalmente nas áreas das ciências naturais, como a Matemática, Física e Biologia. Só mais tarde, na década de 60, observa-se a sua influência no campo social e político⁽²⁾.

3.1.2. Nomes mais representativos na área jurídica

Luís Pereira Barreto (1843 - 1923)

Inspirado na crítica que Augusto Comte havia feito dos juristas, "classe eminentement méthaphysique des jurisconsultes"⁽³⁾, o considerado introdutor do positivismo no Brasil estendeu tais críticas também às nossas Academias Jurídicas, considerando-as, ao lado da Igreja, como as "grandes cúmplices" pelo embrutecimento e corrupção de nossos costumes sociais.

Consciente de que a tarefa da jurisprudência é a de descobrir leis e não de fazê-las, Pereira Barreto não vê a hora em que a moral substituirá a jurisprudência, da mesma forma que a higiene substituirá a medicina.

Tecendo críticas agudas quanto à incapacidade real dos benefícios da lei atingir a todos, principalmente aqueles mais pobres, Pereira Barreto não poupou comentários negativos quanto a atuação conservadora e retrógrada dos "legistas" em nossa história⁽⁴⁾.

(2) BARROS, Roque S.M. As Idéias Filosóficas no Brasil, Séc. XVIII e XIX. São Paulo, Ed. Convívio, 1978. ps. 119/120.

(3) COMTE, A. Cours de Philosophie Positive. 4 e. éd. Paris. Hibraire Barilliere, 1877. 4^o vol., p. 207.

(4) PEREIRA BARRETO, L. Obras Filosóficas. São Paulo, Ed. Grijalbo, 1957. p. 139.

Comenta Machado Neto, que embora Pereira Barreto tenha sido um médico, isto não o impediu de dedicar-se aos problemas sociais e políticos. Sua peculiar visão positivista do direito o faz merecedor de ser incluído numa retrospectiva da filosofia jurídica brasileira⁽⁵⁾.

Paulo Egydio de O. Carvalho (1842 - 1905)

Ecoando entre nós a problemática sociológica em torno da jurisprudência desenvolvida na Europa a partir de Comte, Durkheim, Léon Duguit, propõe-nos o Prof. Paulo Egydio, em seu livro Ensaio sobre algumas questões de Direito e de Economia Política (1896), uma visão do fenômeno jurídico também tributária do evolucionismo de Spencer e do biologismo de Darwin.

Assim, pretende o autor atingir a construção de uma ciência do direito de perfil positivista, partindo da análise objetiva dos fatos e de suas causas determinantes, mas só daquelas imediatas, pois é inerente ao método positivo renunciar à indagações metafísicas.

Depois disto, seremos elevados a um outro nível de pesquisa, geral, abstrato e sintético, cujo propósito será não mais delimitar os fenômenos jurídicos, mas estabelecer, via indutiva, as leis e os princípios gerais que os condicionam⁽⁶⁾.

Em outro livro famoso Estudos de Sociologia Criminal, procura Paulo Egydio refutar as teses durkheimianas de que o crime seja um fenômeno normal da vida social, destacando a importância da sociologia jurídica na tarefa de demonstrar as causas mais preponderantes das origens da criminalidade.

(5) MACHADO NETO, Op.cit., p.48.

(6) Op.cit. São Paulo, Ed. Arruda Leite, 1896, p.5 e seg.

Dessa forma, conclui otimista, que o crime e a criminalidade serão abolidos do convívio social, quando os homens progredirem e se aperfeiçoarem em seus costumes e em sua moral coletiva.

Aliás, este é o estado normal a que tende o progresso da sociedade⁽⁷⁾.

Alberto Salles (1857 - 1904)

Ardoroso defensor das idéias republicanas, nosso autor não dispensou de tratar de teoria jurídica, o que fez no seu Ensaio sobre a Moderna Concepção do Direito (S.P., 1885), livro que Sílvio Romero chamou de "lacunoso", "confuso", "cheio de idéias contraditórias".⁽⁸⁾

Ardoroso defensor de Comte, vê a evolução do direito submetida à leis dos três estados: numa primeira fase, o direito está estrito à classe sacerdotal; numa segunda fase, o direito é reflexo do domínio das aristocracias (militar, nobre ou dinástica); e, finalmente, numa última fase, o direito é democrático, pela igualdade política e jurídica dos cidadãos.

Crítico feroz do ensino jurídico das Academias, Alberto Salles igualmente deixa de poupar a "Philosophia do Direito" e os jusnaturalistas.

Como remédio, vê que a emancipação da ciência jurídica só se fará quando assumir as suas origens positivas, sociológicas e políticas, pois o direito é o reflexo dinâmico das instituições.

João Monteiro

Processualista notável, autor de uma Teoriã de Processo Civil e

⁽⁷⁾ Op.cit. 2ª ed. São Paulo.Ed. gráfica Revista dos Tribunais,1941,p.262.

⁽⁸⁾ Ensaio de Philosophia do Direito. Rio, 1895,p.XIII.

Comercial(1910), onde expõe as suas qualidades de erudito, a partir das análises das escolas alemã e italiana, sem descurar do pragmatismo português.

Adepto ardoroso das idéias evolucionistas de Herbert Spencer, transpõe-nas para o campo jurídico e, com excesso de otimismo, prevê uma universalização jurídica, quando o mundo inteiro passará a se chamar Cosmópolis do Direito (9).

Sob a égide do direito o mundo será um só e os direitos serão iguais em todas as partes.

Pedro Lessa (1859 - 1921)

Professor de Filosofia do Direito na Academia de São Paulo, o primeiro a ocupá-la sob a nova designação, que anteriormente era Direito Natural.

De pensamento eclético, aceita a presença inelutável das idéias metafísicas na cultura, apesar de perfilar com o otimismo científico de Comte.

Ardoroso socialista, nem por isto deixava de ressaltar a importância da religião na vida de um povo.

Concebida a philosophia do direito como o conjunto de princípios e idéias fundamentais que estruturam a ciência do direito, reservando para a dogmática a característica de ser uma arte, não confundível com a ciência.

Segundo Miguel Reale, o Prof. Pedro Lessa é defensor de um legítimo empirismo jurídico, pela sua preferência por uma análise indutiva do fenômeno jurídico, partindo da observação dos fatos

(9) MACHADO NETO, Op. cit.p.62.

para as leis jurídicas⁽¹⁰⁾.

José Mendes, discípulo de Pedro Lessa, procurou retratar o pensamento do mestre no livro Ensaio de Filosofia do Direito.⁽¹¹⁾

(10) REALE M. Filosofia do Direito. 9ª edição São Paulo, Ed. Saraiva, p.313 e seg.

(11) (2 vol.) São Paulo Duprat e Cia, 1905.

3.2. A SOCIOLOGIA JURÍDICA DA "ESCOLA DO RECIFE"

3.2.1. Antecedentes políticos e sociais

Assinala Caio Prado Junior, as grandes transformações processadas na vida e nas instituições brasileiras, a partir do Segundo Império (1):

- 1) a transformação do trabalho servil em livre
- 2) o estímulo à imigração européia
- 3) a transformação material do país, pelos recursos acumulados da estrutura agrícola (café), onde desponta a figura de Irineu Evangelista de Souza, o Visconde de Mauá (1813-1889).

4) a evolução das instituições políticas e administrativas. Aquí cabe assinalar, entre outras, a lei de 4 de setembro de 1850, que estancou o tráfico de escravos (Lei Eusébio de Queirós, diplomado na primeira turma de Olinda); a estabilidade política que se seguiu à atitude moderada de D. Pedro II e do Gabinete de Conciliação do Marquês do Paraná; a reforma dos cursos jurídicos e de medicina, através do Decreto 608 de 16 de agosto de 1851, que alterou a designação de Curso para Faculdade, permitindo a transferência do antigo curso de Olinda para Recife (1854).

Contudo, comenta Caio Prado que para fazer evoluir a le -

(1) Evolução Política do Brasil, Op.cit.p.191 e seg.

gislação no Império, houve a ocorrência dos mesmos obstáculos já presentes no imobilismo geral das instituições sociais da época, pois a maioria dos juristas brasileiros atuavam muito apegados ao passado, contribuindo assim para dificultar o aparecimento de instituições jurídicas mais adequadas aos novos tempos.

Igualmente, apegados a generalizações abstratas, não tinham na devida conta a especificidade e a diversidade das condições brasileiras. Com isto, ficava o esforço legislativo artificial e inaplicável, distante das situações peculiares do país.

Isto é concretamente verificável no caso da propriedade agrária, que nunca mereceu um adequado tratamento pela legislação, inobstante o seu arcaísmo e conservadorismo, prejudiciais à justiça social. A chamada "lei de terras" de 1850, a única tentativa séria de sua regulamentação, nunca foi eficazmente aplicada. Com isto, grande parte de nosso território permaneceu improdutivo e acessível a uma pequena minoria.

Dessa forma, fica demonstrado o relativo fracasso de nosso direito imperial, herdeiro do velho direito metropolitano⁽²⁾.

Isto, no entanto, não impediu que nas Arcadas frutificassem novas idéias, eivadas de inconformismo, lirismo e polemica, como aconteceu com o movimento intelectual chamado "Escola do Recife".

3.2.2. O Destaque dos Cursos Jurídicos

Comenta Miguel Reale, o papel destacado que tiveram as

(2) Id. p. 197.

duas escolas jurídicas brasileiras, desde a sua fundação, como forjadoras da mentalidade não só jurídica, como também filosófica, política e social de nossa intelligentsia⁽³⁾.

Tal se deu pela ausência no país de instituições de ensino filosófico, de letras ou de sociologia, em nível superior, durante todo o século dezenove, com o que coube aos cursos jurídicos suprir aquela deficiência.

E a História nos mostra que elas se desimcumbiram muito bem desta tarefa, bastando considerar o vulto de brilhantes figuras que perlustraram os seus bancos escolares ou suas cátedras.

Na verdade, constitui problema deveras interessante este do porquê do sucesso das escolas jurídicas no Brasil, apesar do esforço que D. João VI fez no sentido de promover escolas técnicas, no momento em que todo o mundo voltava-se para a exploração econômica das descobertas científicas dos Oitocentos.

Creemos que tenha faltado para nós o background tecnológico e o ambiente propícios para dar início ou mesmo acompanhar o que vinha ocorrendo alhures.

Contudo, não foram as Faculdades de Direito as responsáveis por aquele desinteresse. Como nos diz Miguel Reale, a importância dos Cursos Jurídicos no Império é facilmente justificável, bastando citar o fato de que eles centralizavam o que de melhor havia em nossa cultura, servindo de local privilegiado para vicejar também as atividades políticas, filosóficas, econômicas e jornalísticas, literárias e sociológicas, repetindo

(3) REALE, M. Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.p.156.

tardiamente como ocorreu na renascença um modelo de jurisprudência como centralizador de todas as "humanidades"⁽⁴⁾.

Dessa forma, podemos constatar a amplitude da influência dos estudos jurídicos no Brasil, bastando tomarmos conhecimento da opinião de José Antonio Tobias, segundo a qual o Brasil, desde os seus primórdios, viveu condicionado pelo "mito do padre", que depois, no século XIX, foi paulatinamente sendo substituído pelo "mito do doutor".

Ambos, de cunho eminentemente retórico e literário, vieram a condicionar o caráter de nosso ensino, seja nos níveis médios (de cunho jesuítico), seja nos níveis superiores (de cunho bacharelesco).

Conta-nos José Antonio Tobias que no final do século XIX, das quatorze instituições de ensino superior existentes no país, seis eram de Direito: São Paulo e Recife (1827); duas no Rio de Janeiro (1891); uma na Bahia (1891) e uma em Minas Gerais(1892).

Contudo, a hegemonia pertencia a de Recife, na região norte e nordeste, e a de São Paulo, no centro e sul do país⁽⁵⁾.

3.2.3. A Escola do Recife

Relata-nos Nelson Saldanha as dificuldades naturais que perpassam a caracterização de qualquer história de idéias, vindo normalmente denegridas ou exaltadas em demasia.

Isto ocorre em virtude dos esteriótipos intelectuais, ei-

(4) REALE, M. Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.p.156.

(5) Op. cit.,p.128.

vados de maniqueísmo, como aqueles que ocorrem em relação ao marxismo, ao tomismo e quaisquer outros, onde há sempre uma preconceituosa dogmática, como aquelas do certo e do errado, que são categorias abstratas, não históricas.

É lógico que uma adequada apreciação de uma determinada escola deve comportar a sua capacidade criadora em nível especulativo, não devendo ser apenas a repetição de pontos de vista alienígenas, nem tampouco pretensamente aborígene⁽⁶⁾.

Ora, com a caracterização da chamada "Escola do Recife" ocorre justamente isto, onde os perfis biográficos são nítidos, não podendo se dizer o mesmo quanto aos contornos ideológicos ou aos seus períodos cronológicos.

É por isto que Clóvis Beviláqua acha melhor, neste caso, apenas acompanhar a marcha dos acontecimentos e a evolução do pensamento ali processado.⁽⁷⁾

Contudo, isto não impediu que Antônio Paim destacasse quatro fases "perfeitamente distintas" (sic) do perfil filosófico da escola⁽⁸⁾: a primeira fase caracterizou a assimilação das novas idéias, positivistas, evolucionistas e materialistas, como reação ao ecletismo espiritualista vigorante até então; a segunda fase, marcada pelo incidente ocorrido com Sílvio Romero em seu concurso de cátedra, quando declarou morta a metafísica, representa igualmente um abandono ao positivismo; a terceira fase, monista, está representada pelo combate ao positivismo e ao

(6) As Idéias Filosóficas no Brasil. Séc. XVIII e XIX. São Paulo, Ed. Convívio. 1978, p.82.

(7) História da Faculdade de Direito do Recife. 2ª Ed. Inst. Nac. do Livro, 1977, p.303.

(8) História das Idéias Filosóficas no Brasil. 4ª Ed., São Paulo, Ed. Convívio, 1987, p.378.

espiritualismo, tem características kantianas; finalmente, a última e quarta fase, da morte de Tobias (1889) até a morte de Romero (1914), temos a dispersão das idéias da escola.

Assinala Clóvis Beviláqua na Escola do Recife três momentos, o primeiro de cunho poético-literário (Tobias Barreto, Castro Alves, Palhares, Guimarães Júnior, Plínio de Lima, Carvalho); o segundo de cunho crítico e filosófico, tem no materialismo de Littré, Taine e Letourneau as suas bases (aqui aparecem Barros Pimentel, Altino de Souza, Aníbal Falcão, Amazonas de Almeida, Leovigildo Filgueiras, Moniz Freire, Martins Júnior, Fausto Cardoso); e uma terceira fase, jurídica e filosófica, onde despontam o próprio Tobias, Sílvio Romero, Artur Orlando, Gumercindo Bessa, Martins Júnior, Adelino Filho, Fausto Cardoso, Faelante Câmara, Graça Aranha e Clóvis Beviláqua, entre outros.

3.2.4. Tobias Barreto (1839 - 1889)

Natural do Estado de Sergipe, professor de latim, aluno da Faculdade de Direito do Recife (1864).

Durante o curso prestou dois concursos, um na própria Faculdade (Latim - Curso Anexo), outro no Ginásio Pernambucano (Filosofia), não obtendo sucesso em ambos.

Em 1882, após prestar concurso que ficou famoso, adentra as Arcadas como professor substituto, sendo promovido a catedrático em 1877.

Espírito aguerrido, foi poeta, jornalista, brilhante orador, poliglota, polemista, musicista, jurista e filósofo do direito.

Além de numerosos artigos e crônicas esparsas, é importante citar as seguintes publicações de sua obra:

- 1881 - Dias e Noites - poesias (Rio de Janeiro)
- 1883 - Estudos Alemães (Recife)
- 1884 - Menores e Loucos (Rio de Janeiro)
- 1888 - Questões Vigentes de Filosofia e de Direito (Recife)
- 1889 - Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica (Recife)
- 1898 - Estudos de Direito (Rio de Janeiro)
- 1900 - Vários escritos, Discursos (Rio de Janeiro)
- 1901 - Polêmicas (Rio de Janeiro)

Idéias Jurídicas

Como destaca Clóvis Beviláqua, foi notável a influência de Jhering e Hermann Post sobre o pensamento de Tobias Barreto, que tinham em Darwin e Ernest Haeckel a fonte genealógica de suas idéias.

Contudo, Tobias não era daqueles que se limitasse apenas a reproduzir as lições dos mestres. De forma própria e original sabia extrair com propriedade as suas consequências para uma ilustrada interpretação de fenômeno jurídico⁽⁹⁾.

Para Tobias o direito é uma criação natural da sociedade o que não significa perfilhar com o jusnaturalismo clássico (teológico) ou kantiano (krausista).

Adotando uma perspectiva eminentemente sociológica, conclui Tobias pela negação da existência do Direito Natural, mas reconhecendo uma lei natural do direito.

Assim como não existe uma linguagem natural, mas sim uma

(1) BEVILÁQUA, C. História da Faculdade de Direito do Recife. 2ª Ed., Brasília. INL. 1977, p.364.

lei natural da linguagem; assim como não há indústria natural, mas uma lei natural da indústria; assim como não há uma arte natural, mas uma lei natural da arte, não há igualmente um direito natural, mas uma lei natural do direito.

Dessa forma, "é preciso cem vezes repetir, que o direito não é uma doação celeste, mas é um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade. Serpes nisi serpentem comederit non fit draco: A serpente que não devora a serpente não se faz dragão. A força que não vence a força não se faz direito. O direito é a força que matou a própria força⁽¹⁰⁾."

Divulgador entre nós das idéias de Jhering, Tobias entende que a força no direito só se torna eficaz quando se concilia com os interesses da sociedade organizada.

Da mesma forma, a ciência do direito não é uma estrutura cultural, mas é - diríamos - um epifenômeno antropológico e social, algo que a humanidade desenvolveu através da herança e da adaptação.

Como estudioso do direito criminal, Tobias fica em seus escritos entre a escola clássica e a escola positiva, considerando o crime "uma irregularidade social, que a hereditariedade faz persistir nos indivíduos".

Crítico mordaz do conceito de ciência social imperante em sua época, aquele oriundo de Comte, Tobias acabou antecipando o que seria hoje um conceito moderno de sociologia, menos abrangente, mais cultural e mais especializado⁽¹¹⁾.

Como já afirmara Clóvis Beviláqua, o pensamento de Tobias é fragmentário, mas perpassado de lances iluminadores.

(10) Questões Vigentes. Recife p.125 e seg.

(11) Machado Neto. Op.cit.p.97.

3.2.5. Sílvia Romero (1851 - 1914)

Sergipano como Tobias, legou-nos Sílvia Romero uma vasta obra literária, crítica e filosófica.

Bacharel pela Faculdade do Recife em 1873, dois anos depois candidata-se à láurea de doutor, porém, ao afirmar perante o examinador que a metafísica estava morta, aquele pergunta-lhe se fôra ele quem dera o tiro.

Retrucando com veemência que fôra o progresso e a civilização que a tinham matado, Sílvia Romero levanta-se e abandona o recinto da prova invectivando contra a ignorância da Banca Examinadora.

Vindo para o Rio de Janeiro, assume depois de memorável concurso, a cadeira de Filosofia do Colégio D.Pedro II.

Colaborou na criação da Faculdade Livre de Direito do Rio e ajudou a organizar a Academia Brasileira de Letras.

De sua vasta obra, destacamos:

- A Filosofia no Brasil (1878)
- A literatura brasileira e a crítica moderna (1880)
- Ensaio de crítica parlamentar (1883)
- Etnografia brasileira (1888)
- História da Literatura Brasileira, 2 vol.(1888, 1903)
- Ensaio de sociologia e literatura (1901), contendo um capítulo sobre o direito brasileiro no séc.XVI
- Ensaio de filosofia do direito, 2ª ed.(1908).

Germanófilo, autodidata e polemista como seu colega e amigo Tobias, Sílvia Romero não poupou críticas ao ensino na Faculdade do Recife.

Considerando-a exageradamente conservadora, permanecia a Faculdade infensa às pugnas que lá fora abalavam as estruturas tradicionais do saber.

Indiferente a tudo, afirma Sílvio Romero, a Congregação Togada não alterou, desde cinquenta anos, a religiosa herança das "fórmulas programáticas".

Adepto do positivismo, sofreu a influência do criticismo de Kant, tendo depois, aderido ao evolucionismo de Spencer, porém, mantendo sempre a autonomia de pensamento.

Dissentindo de seu amigo Tobias quanto ao papel exercido pela Sociologia na fundamentação das Ciências Sociais, Sílvio Romero afirma que "a sociologia ocupa-se com os fenômenos humanos estudáveis nos diversos grupos, raças, povos, etc., em que se acha dividida a humanidade, para desses fatos, induzir os princípios gerais, que se podem aplicar ao grande todo".

Isto, contudo, não o impediu de referir-se ao sociologismo comteano e a sua Religião da Humanidade com expressões de ironia e desprezo.

Sua concepção do direito é monista, antropológica, evolucionista, com a ciência jurídica encaixada como um ramo especial da socialística, ao lado da Indústria, Arte, Religião, Política e Moral.

Contudo, observa Romero que a passagem do social ao jurídico não se dá de forma mecânica, mas por um processo de decantação cultural que se acumula e se transmite em cada fase da evolução humana: o direito é, portanto, produto da cultura.

(12) Apud Venâncio Filho. Op.cit.p.97.

3.2.6. Clóvis Beviláqua (1859 - 1944)

Cearense, cursou a Faculdade do Recife de 1878 a 1882. Bibliotecário e professor na mesma Faculdade, retira-se dela em 1899 para elaborar o anteprojeto do Código Civil, fixando-se no Rio de Janeiro.

Clóvis Bevilaqua materializou a vocação jurídica da "Escola do Recife", anunciando contudo o início de seu declínio filosófico (13).

Escritor de estilo claro e moderado, Clóvis Beviláqua nos legou:

- História da Faculdade de Direito do Recife - 2 vols. (1927)
- Teoria Geral do Direito Civil (2ª Ed., 1929)
- Epochas e Individualidades (Bahia, 1895)
- Criminologia e Direito (Bahia, 1896)
- Juristas Philósofos (Bahia, 1897)
- Esboços e Fragmentos (Rio, 1899)
- Linhas e Perfis Jurídicos (Rio, 1930)
- Código Civil Comentado - 6 vols., 7ª ed. (Rio, 1944)

Jurista de reconhecida competência, não o foi menos como professor.

José Augusto considerou-o insigne em suas lições, cuja erudição fluía naturalmente de sua voz pausada, encantando os seus discípulos (14).

(13) PAIM, A. História das Idéias Filosóficas no Brasil, Op.cit, p.407 e seg.

(14) JOSÉ AUGUSTO. Clóvis Beviláqua e a Faculdade de Direito do Recife. In Revista da Fac.Dir. da UFMG, Ano XI, Outubro, 1959.

Positivista e evolucionista como seus antecessores Tobias e Sílvio Romero, Clóvis representa um início de superação da temática geral da "Escola do Recife", ao conceder à metafísica uma presença constante na filosofia, sob a forma de pensamento criticista.

Adepto da perspectiva sociológica do direito, compreende-o analisável sob três ângulos: a arte ou técnica jurídica, a ciência geral do direito e a filosofia jurídica.

A primeira é conhecimento jurídico prático aplicado aos casos; a segunda é tarefa teórica de história, comparação e investigação econômica e social do fenômeno jurídico e a terceira, confundindo-se com a segunda, é uma visão de conjunto, uma sociologia e uma etnologia do direito.

Sobre a codificação do direito civil, diz-nos Miguel Reale que o grande problema que nos foi legado pela jurisprudência imperial foi a Codificação do Direito Civil, que encontrou no projeto de Clóvis Beviláqua a sua mais eloquente expressão, a partir dos estudos já elaborados por Teixeira de Freitas. Tendo como modelo o Código Civil alemão de 1896, a conclusão dos estudos veio a lume em 1899 (porém só logrou vigência a partir de 1916). Isto porém, não significa que não tenha sido aproveitada a já rica tradição doutrinária do direito pátrio, o que tornou o projeto compatível com a realidade das condições sociais brasileiras. Contudo, a tese de unificação do direito privado, proposta anteriormente por Teixeira de Freitas, não foi acolhida⁽¹⁵⁾.

(15) Horizontes do Direito e da História. 2ª Ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 1977, p. 190.

Vamireh Chacon resume bem as características do novo Código, ao afirmar que 'a sua índole é conservadora, consagrando o ius fruendi, utendi ac abutendi. Privilegiando mais os bens que as pessoas, declara um pátrio poder abusivo, só minorado posteriormente pelas sucessivas concessões de novos direitos à esposa.

Deixando intocados os privilégios jurídicos burgueses, faltou-lhe uma visão mais avançada dos direitos sociais, porém era isto o que a condições da época permitiam e é o que ficou até hoje⁽¹⁶⁾.

3.2.7. Fausto Cardoso (1864 - 1906)

O mais ardoroso defensor das idéias monistas e mecanicistas de E. Heackel. Escreveu Concepção Monística do Universo (Rio, 1894), Cosmos do Direito e da Moral e Taxionomia Social (1898).

Partindo de uma concepção sociológica do fenômeno jurídico, Fausto Cardoso pretende demonstrar que o direito não é um ideal (individual ou social), mas é um fato inerente a qualquer sociedade.

Machado Neto afirma que o propósito de Fausto Cardoso era incluir o fenômeno jurídico na realidade mecânica universal, propondo a ética como integrada num monismo, pois é dessa forma, no dizer de Graça Aranha, que poderiam ser superados os velhos dualismos filosóficos que afligem o direito⁽¹⁷⁾.

(16) Da Escola do Recife ao Código Civil. Rio. Organização Simões. Ed. 1969, p. 177

(17) Machado Neto. Op.cit.p.128.

Fenômeno de relação, a ordem jurídica nasce espontaneamente da coexistência entre as famílias (direito privado), da coexistência das classes (direito público) e da coexistência dos Estados (direito das gentes).

Para Fausto Cardoso "lei é toda relação formulada", o que o conduz a distinguir entre fenômeno jurídico e ciência do direito.

3.2.8. Martins Júnior (1860 - 1904)

Profêssor de história do direito, político e literato. Docente na Faculdade de Direito do Recife (1889), escreveu:

- Fragmentos Jurídicos - Philosophicos
- História Geral do Direito - (Recife, 1898)
- História do Direito Nacional - (Rio, 1895)

Dentro do espírito da escola, é evolucionista e sociologista, com uma mitigada dose de culturalismo.

Na sua concepção, a ontogenia jurídica passa inicialmente por reconhecer uma necessidade bio-sociológica do direito , que evolui na historicidade dos institutos jurídicos.

É esse o seu único marco de dissensão com relação à doutrina tradicional da escola, o que justifica ideologicamente a sua posição de renomado historiador do direito.

3.3 A REPÚBLICA E O BACHARELISMO

3.3.1. Os Ideais Republicanos

Como sabemos, nos diversos movimentos rebeldes que vimos acontecer no Império, em todos eles, implícita ou explicitamente, vinha agregada a idéia de superar o regime monárquico.

A partir de tal propósito, podemos citar a Inconfidência Mineira, a Inconfidência Baiana, a Revolução de 1817 e a Confederação do Equador, o episódio de Frei Caneca (1824), as agitações no período regencial, a Cabanada ao Norte (1834/1840) (que chega a proclamar a república), a revolução dos Farrapos (1835/1845), (proclamando a república rio-grandense), a Sabinada, em 1837, na Bahia. (1)

Contudo, no dizer de Cruz Costa, os fracassos acumulados por todos estes movimentos deram-se por uma única causa: a ausência ou falta de consciência de uma classe média que pudesse viabilizá-los.

Pois isto só seria possível, quando as classes dominantes, a dos senhores da terra e da escravaria se enfraquecesse e se dividisse, pela perda de sua expressão social e do regime que as sustentava. (2)

(1) GARCIA, M. A República no Brasil. Brasília. Curso Modelo Político Brasileiro, vol.II, 1985.p.21. Prog.Nac.de Desburocratização.

(2) CRUZ COSTA. Pequena História da República. São Paulo, Ed. Civilização Brasileira. 1968, p. 27.

De um modo geral, os autores indicam três grupos de causas para a concretização da república:

- a) causas econômicas, como a escravidão, a monocultura latifundiária, os problemas monetários.
- b) causas políticas, como centralização administrativa, o regime eleitoral, os governos de gabinete.
- c) causas sociais, como o incremento da cultura, o positivismo, o fortalecimento da classe média, o domínio dos bacharéis, o "espírito de corpo" da classe militar, a "Questão Religiosa".

O Manifesto Republicano, publicado em 3 de dezembro de 1870 no Rio de Janeiro, de autoria de Quintino Bocaiúva, denunciava a monarquia como um regime de privilégios, ora religiosos, ora étnicos, ora políticos, todos albergados no excessivo poder do Imperador.

Afirmavam os republicanos, onde não há eleições livres, não pode se corporificar uma representação nacional que denuncie o arbítrio dos agentes imediatos do poder, pois a monarquia, sendo concentradora do poder, era contrária aos interesses do povo.

Atacando todo o regime monárquico, o sistema eleitoral, o Senado Vitalício, os republicanos pretendiam e aspiravam transformar a situação vigente. (3)

Contudo, ninguém mais do que Eduardo Prado sentiu o artificialismo do movimento republicano. Classificou o advento da República como "uma farsa tumultuária e pretoriana", uma legí-

(3) GARCIA, M. Op. Cit. p. 24.

tima "quartelada latino-americana"⁽⁴⁾, representando apenas um movimento político, sem conteúdo social, onde não entraram em conta as necessidades reais do povo ⁽⁵⁾.

Quanto à participação dos bacharéis em direito, sabe-se que Tobias Barreto não se empolgou com a idéia, enquanto Joaquim Nabuco era francamente monarquista.

A propósito, Araripe Júnior, comentando a participação de médicos e engenheiros no movimento, expressou a opinião de que os bacharéis em direito constituíam a categoria mais refratária aos novos ideais, pois se aderissem, teriam que se colocar em luta contra o foro, além do que teriam comprometidas as suas aspirações políticas. Ainda mais, como acólitos do governo e da administração, com quem mantinha suas querelas jurídicas, pouco se poderia esperar de entusiasmo para as idéias transformadoras⁽⁶⁾.

Dessa forma, fica patenteado o artificialismo do liberalismo jurisdicista, o que não significa minimizar a sua importância histórica. Como bem expressou o prof. Nelson Saldanha ao se referir à figura de Rui Barbosa, o liberalismo bacharelisco foi uma constante no Brasil do século XIX, seja como idéia, como crença ou posição crítica.

Assumindo diferentes matizes conforme as épocas e os personagens, tais posições atingiram o clímax em Rui Barbosa, cujo pensamento e ações refletem não apenas a força e a fraqueza daquele liberalismo, mas igualmente a sua louvável eficácia his -

(4) PRADO, E. Fatos da Ditadura Militar no Brasil. S. Paulo, 1902, p. 294.

(5) SALDANHA, N. Op. cit., p. 99.

(6) Introdução a 2ª Ed. da História Constitucional da Rep. dos E.U. do Brasil, de Felisberto Freire. Ed. Univ. Brasília, 1983, p. 42.

tórica (7).

3.3.2. Rui Barbosa e a Polêmica Liberal

Como é de conhecimento, uma semana após a proclamação da República, um homem pensou e agiu no país, e este foi Rui Barbosa (1849 - 1923).

Natural da Bahia, iniciou seu curso jurídico em Recife, vindo completá-lo em São Paulo em 1870, onde conviveu com colegas que viriam exercer importantes papéis na vida do país, como Joaquim Nabuco, Afonso Pena, Rodrigues Alves.

Advogado e jornalista em sua terra natal, foi eleito deputado provincial em 1878. Com a proclamação da república, foi convocado pelo Governo Provisório para a pasta da Fazenda.

Sua curta permanência no ministério foi marcada por uma política de horizontes largos, com vistas a "libertar as forças novas que já pulsavam no seio da sociedade e que substituiriam a estrutura agrária e feudal do Império, por uma estrutura de maior diversificação econômica, em que se distribuisse e estabilizasse a incipiente classe média", no dizer de San Thiago Dantas (8). O resultado foi a hiperinflação e o "Encilhamento".

Ardoroso defensor das liberdades, incompatibilizou-se com os métodos usados pelo novo governo, o que lhe grangearia um curto período de exílio na Argentina e na Inglaterra.

Regressando ao país em 1895, passou a exercer as tarefas advocatícias em sua terra natal. Eleito para o Senado Federal,

(7) As Idéias Políticas no Brasil. Vol.I, São Paulo, Ed. Convívio, 1979, p. 163.

(8) CRUZ COSTA. Op.Cit.p.63.

chefiou a missão brasileira à Conferência de Haia (1907), onde se houve com brilhantismo.

Jurista de erudição, empolgado tribuno, jornalista de prestígio, a obra de Rui é vasta e dispersa, da qual destacamos:

- Cartas de Inglaterra
- Parecer sobre a Redação do Código Civil Brasileiro
- Discursos e Conferências
- Queda do Império
- Oração aos Moços, etc.

3.3.3. A Constituição de 1891

Dezoito dias após a Proclamação, o governo provisório do Marechal Deodoro baixou o Decreto nº 29, criando uma comissão de cinco membros para redigir o projeto da nova Constituição.

A 22 de junho de 1890 o governo tornou público o decreto aprovando a nova Constituição, ad referendum da Assembléia Constituinte, depois de ter sido o projeto da comissão inteiramente revisado por Rui Barbosa. Tal projeto, inspirado nas constituições norte-americana e argentina, bem como algumas idéias da Suíça, teve em Rui Barbosa um exímio revisor, merecendo de João Barbalho os mais efusivos elogios.⁽⁹⁾

Os princípios sob os quais se assenta o novo sistema constitucional passam a ser:

- a) regime representativo, livre e democrático
- b) forma republicana federativa
- c) governo presidencial
- d) separação do Estado e da Igreja

(9) NOGUEIRA, Otaviano. A Constituição Republicana. Fasc.I do curso "O Poder Legislativo". Fundação Petronio Portella.

Conforme comenta Anníbal Fonseca, foi, como se sabe, enorme a influência dos Estados Unidos na nossa nova Constituição. O próprio Rui Barbosa tal fato ratificou, quando disse: "nossa lâmpada de segurança será o direito americano, seus mestres, suas decisões e seus antecedentes. A Constituição Brasileira é filha dele e a própria lei nos põe nas mãos esse foco luminoso" (10).

Isso não obstante, a Constituição de 1891 representa um esforço sincero de ciência política, cujas imperfeições não devem obscurecer o idealismo inovador daqueles que a conceberam.

De cunho liberal, civilizador e humanitário, esta Carta mereceu o aplauso de juristas e políticos estrangeiros, como bastante avançada para o país.

Pergunta Anníbal Fonseca se uma carta política pode extinguir, de um só golpe, os problemas críticos que afligem uma nação, considerando, que em toda parte, os fatos políticos se submetem às fatalidades dos fenômenos econômicos.

Contudo, às limitações de fato, sobrelevam-se a grandeza das idéias. Como afirma Nelson Saldanha, o perfil de Rui Barbosa, discutido e contestado desde seus dias, permanece como um exemplo de erudição humanística, verbosidade, mas também dotado de muita combatividade.

Por isto, Rui permanece maior do que seus críticos ou acólitos, representando a figura do bacharel liberal, de pouca formação filosófica ou sociológica, mas ferrenho defensor dos direitos humanos e do poder civil (11).

(10) FONSECA, Anníbal Freire da. O Poder Executivo na República Brasileira, apud A Constituição de 1891. Fundação Projeto Rondon. Brasília, 1986, p.7.

(11) Op.cit. p. 111.

3.3.4. A instituição do ensino livre

O frêmito libertário que se apossou das elites brasileiras no final do Império, teve as suas repercussões imediatas no campo do ensino.

A 19 de abril de 1879 a chamada "Reforma Leôncio de Carvalho", consubstanciada na idéia do "ensino livre", abolia a frequência, os deveres e as sabatinas, ficando apenas o "rigor" dos exames finais; criam-se cursos livres e a livre docência, o que levou ao caos o precário sistema de ensino existente, em pouco mais de quinze anos ⁽¹²⁾. Surgiram os estudantes migradores e os "bacharéis elétricos".

— Com o advento da República, coube ao Ministro Benjamim Constant concretizar, no campo educacional, o laicismo do Estado, o que nos cursos jurídicos resultou na eliminação da disciplina de Direito Eclesiástico.

Igualmente, com vista a ampliar o ensino jurídico no Brasil, o decreto 1232 - H de 2 de janeiro de 1891 dava fim ao tradicional monopólio das Faculdades de São Paulo e Recife, do que resultou a imediata instalação de novas faculdades de direito (Bahia, 1891; Rio, 1891; Minas, 1892; Porto Alegre, 1900; Paraná, 1912, já com idéia de universidade).

(12) ALMEIDA JUNIOR, A. Problemas do Ensino Superior. São Paulo, Cia. Ed. Nac. 1956, p. 73 e seg.

Em 1911, a chamada "Reforma Rivadávia Corrêa" exasperou a proliferação de cursos e escolas autônomas, propugnando pela abstenção completa do Estado na administração escolar, concedendo autonomia completa às escolas públicas. Seus resultados foram catastróficos ⁽¹³⁾.

Em 1915, tal situação levou o Ministro Carlos Maximiliano a baixar o decreto 11.530, procedendo um reajustamento geral do sistema, deformado pelo excesso de liberalização.

Comentando os efeitos da Lei Orgânica Rivadávia Correa, o referido ministro afirma que ela deu início a uma epidemia de bacharelismo jamais vista anteriormente.

Num país com 80% da população analfabeta, o estímulo à criação desenfreada de escolas superiores representa no mínimo uma temeridade. Só na cidade do Rio de Janeiro abriram-se nada menos que seis faculdades de direito, sem haver, naturalmente, o número de juristas preparados para assumir as numerosas cátedras ⁽¹⁴⁾.

Com este decreto foi extinta a Universidade Federal do Paraná, da qual remanesceram três faculdades autônomas: Direito (reconhecida em 1920), Engenharia e Medicina.

3.3.5. Evolução das Idéias Jurídicas

Na Faculdade do Recife, destacamos Gumersindo de Araújo Bessa (1859 - 1915), Faelante Câmara (1862 - 1909) e Soriano de Albuquerque (1877 - 1914).

O primeiro, no ensaio "Que é Direito", introdutório aos

(13) Ib., p. 216.

(14) Apud Venâncio Filho. Op. cit., p. 214.

Ensaio de Philosophia do Direito de Sílvio Romero, conceitua o Direito como o conjunto das medidas formuladas pelo Estado, a partir do espírito da época e do caráter do povo, com vistas a impedir ou reparar toda afirmação da vontade humana que resulta em sofrimento ou negação da personalidade de outrem⁽¹⁵⁾.

Considerando o direito natural como uma idealização do direito positivo, Gumersindo Bessa vê o seu conceito de direito como uma síntese das idéias de Jhering, Savigny e Schopenhauer.

Faelante Câmara, como Martins Júnior, estuda o direito em suas perspectivas históricas, nas obras "A Faculdade do Recife como Centro de Cultura e Coesão Nacional" (1906) e Memória Histórica (1903).

Soriano de Albuquerque divulgou o ideário da "Escola do Recife" em seu magistério jurídico na Faculdade do Ceará. Escreveu "O Fator Jurídico na Integração Social Brasileira" (1907) e O Direito e a Sociologia (1912).

Na Faculdade de Direito da Bahia, destacaram Almachio Diniz, Leovigildo Filgueiras, Virgílio de Lemos e Edgar Sanches, cujas obras refletem a explicação do fenômeno jurídico a partir da sociologia, num processo natural de reação à metafísica arcaica do jusnaturalismo de índole religiosa. A temática é aquela provinda da Escola do Recife, sob a inspiração de Comte, Haeckel e Spencer.

No Pará, com a instalação da Faculdade Livre de Direito em 1902, destacou-se a figura de Raimundo Farias Brito (1826 - 1917), professor de Filosofia do Direito durante sete anos, pe-

(15) Op.Cit.p.288.

ríodo em que o discutido filósofo brasileiro escreveu dois de seus grandes livros O Mundo como Atividade Intelectual (3ª parte de Finalidade do Mundo) e A verdade como regra das Ações.

Miguel Reale, comentando trechos desta última obra, de autêntica filosofia do direito, nos afirma que o conceito britânico de direito é sempre tributário de uma "cosmovisão", e que na obra de Farias Brito é preciso distinguir entre idéia e conceito de direito⁽¹⁶⁾.

Dessa forma, enquanto o conceito é a explicação estática, dependente dos tempos e das ideologias, a idéia é algo pré-conceitual, indistinto, que nem sempre conduz àquela conceitualização.

Assim, impossibilitados que estejamos de fornecer um conceito absoluto do direito, nada impede que façamos um estudo da idéia do direito.

Farias Brito considera as leis da natureza física como abstrações inertes, enquanto que as leis morais são realidades espirituais ativas, o que o leva à necessidade de distinguir entre verdades de fato e verdades de conduta, estas baseadas em nossas convicções.

Contudo, o que dá consistência às verdades de conduta só pode ser a consciência coletiva, a convicção comum do povo, que não é outra coisa que um processo de auto-consciência da idéia (panpsiquismo).

Com o declínio da Escola do Recife, é São Paulo que vai retomar o cetro de irradiação de cultura jurídica do

(16) Pluralismo e Liberdade. S.Paulo.Ed.Saraiva, 1963,p.121 e seg.

71

país, com a consolidação da influência de dois grandes juristas do Império: João Montèiro e Pedro Lessa⁽¹⁷⁾.

Substituindo Pedro Lessa na cátedra de Filosofia do Direito (1911), João Arruda publicou a sua Filosofia do Direito, em dois volumes. Nesta obra, a ciência jurídica é concebida sob a influência de Comte, Icílio Vanni e Jellinek, compreendendo três partes: Doqmática, História e Filosofia do Direito.

Em João Arruda estão bem presentes as dificuldades quanto à cientificidade da experiência jurídica, já presentes em Pedro Lessa, o que levou-os a considerá-la mais como uma arte.

Quanto ao direito natural, João Arruda concebe-o como algo "superior ao direito positivo", o que constitui o objeto da filosofia do direito.

Ainda ocupam lugar de destaque nas Arcadas Paulistas e merecem ser lembrados: Spencer, Vampré, Mário Masagão, Sampaio Dória, Hermes Lima, Vicente Ráo, Honório Monteiro, Gabriel de Rezende Filho, Almeida Júnior e Braz Arruda⁽¹⁸⁾.

Pelágio Lobo assinala que na Faculdade de Direito de São Paulo predominou, nos primeiros decênios que se seguiram à proclamação da República, "um grupo antigo de monarquistas de convicção arraigadas e católicos de convicções conservadoras".⁽¹⁹⁾

(17) Vide Retro.

(18) MIGUEL REALE. Memórias. São Paulo, Ed. Saraiva. 1986, vol 1, p. 41 e seg.

(19) Recordações das Arcadas. S. Paulo. Ed. USP. 1953, p. 115.

O
REAL E

O
LEGAL

NO
BRASIL REVOLUCIONÁRIO

4.1 PAÍS REAL VERSUS PAÍS LEGAL

4.1.1. Coronelismo e Caudilhismo

Afonso Arinos de Melo Franco deixou-nos preciosa síntese do confronto entre o caráter político do Regime Monárquico e o jurídico da Primeira República.

Pois enquanto os juristas imperiais eram principalmente oradores, líderes partidários e diplomatas, os da República foram políticos acobertados pelo regime das leis, confiantes no Direito para apenas acobertar a ilegalidade de suas práticas.

Por isto, a República presidencial viveu muito mais fora da lei do que o império, o que necessariamente não elide a juridicidade de fundo⁽¹⁾.

Era previsto que os preceitos jurídicos contidos na Carta de 91 não seriam suficientes para corresponder às expectativas práticas de modernizar as estruturas arcaicas do país.

O coronelismo e a corrupção eleitoral estavam a demonstrar com suficiente evidência o divórcio que existiu em todo o período compreendido pela velha República, entre as estruturas legais vigentes e a dura realidade social e política do povo⁽²⁾.

(1) A Alma do Tempo. Rio. Ed. José Plympio, 1961,p.79.

(2) LEAL, V. Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto. Rio. Ed.Forense, 1948.

O incremento do ciclo do café não fez mais do que reforçar o poderio dos latifundiários rurais, provocando uma onda de repulsa ideológica contra o incipiente processo industrial, tornado necessário para absorver a mão de obra escrava recém liberta e o próprio processo de urbanização que se concretizava.

Campeou o empreguismo de Estado, como forma de atender ao bacharelismo, incapaz que se revelou desde então a sociedade em criar uma eficiente estrutura educacional profissionalizante.

Caudilhismo e autoritarismo constituem a tônica dominante, aquecida que foi pela decadência dos "legistas" e sua substituição pelos "militares".

No campo das idéias os desdobramentos do positivismo com - teano (Miguel Lemos, Teixeira Mendes), a proliferação de cursos sociais em nossas universidades vão despertar uma onda nacionalista, de que são corifeus tanto uma ala inconformista (Alberto Torres, Gilberto Amado, Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Francisco Campos), como uma conformista (Jackson de Figueiredo, Afonso Arinos)⁽³⁾.

Ao modelo liberal-juridicista vigente no Império, e às crises deles resultantes, a intelligentsia da Velha República vai se orientar guiada pelos seguintes estereótipos:

- Predomínio do princípio "estatal" sobre o princípio de "mercado"
- Visão orgânico-corporativa da sociedade (proto-fascismo)

(3) LAMOUNIER, B. Formação de um Pensamento Político Autoritário na 1ª República, In História Geral da Civilização Brasileira. Vol.9. S.P. Difel, 3ª Ed. 1985, p.351.

- Objetivismo tecnocrático (contra o juridicismo formal)
- Visão autoritária do conflito social
- Não-organização da "sociedade civil"
- Não mobilização política
- Elitismo e voluntarismo como visão dos processos de mudança política
- O Leviatã benevolente (4).

4.1.2. Evolução Jurídica e Nomes mais Importantes

Se bem já ocorressem na Europa transformações importantes nas bases epistemológicas da ciência jurídica, distanciando-se do sociologismo naturalista do século XIX, como aquelas esboçadas pela Allgemeine Rechtslehre e pelo Direito Puro, entre nós, durante um longo período, iriam ainda surtir efeitos aquelas tradicionais abordagens sociológicas, carregadas agora de forte teor juspositivista, como em Francisco Campos e Pontes de Miranda.

No campo da literatura jurídica e histórica, são citadas: de Aureliano Leal, História Constitucional do Brasil (1915); de Antônio Moniz, O Direito Constitucional Brasileiro (1914); Agenor de Roure, A Constituinte Republicana, 2 vol. (1918) e Formação Constitucional do Brasil (1914); de Plínio Barreto, A Cultura Jurídica no Brasil (1922); Max Fleiuss, História Administrativa do Brasil (1925) e de diversos autores, o Livro do Centenário dos Cursos Jurídicos, em 2 volumes.

Dentro da chamada "corrente naturalista", sobressai a

(4) Ib., p. 359.

obra de Francisco Campos Introdução Crítica à Philosophia do Direito (Belo Horizonte, 1918), onde o renomado jurista do Estado Novo, distingue entre posturas críticas e dogmáticas no campo da filosofia em geral.

No caso específico da filosofia do direito, vê nela apenas a reunião de subsídios fornecidos por outras disciplinas (sociologia, história, economia política), retirando-lhe a sua função deontológica (deve-ser), depois de considerá-la "um puro philosophema, uma pura philosophisse inútil, um artifício de logomachia intemperante e viciosa"⁽⁵⁾.

A tarefa da filosofia do direito é portanto a de uma prática indireta, na forma de detectar, a partir do ordenamento jurídico, as idealidades reclamadas para torná-lo mais eficaz e mais adequado às novas exigências da sociedade.

De natureza histórica, indutiva e sintética, Francisco Campos vê a Filosofia do Direito como indicadora das transformações que a política jurídica deverá efetuar no ordenamento, para torná-lo consentâneo com as realidades sociais emergentes.

Na mesma linha naturalista encontramos Carlos Campos, com a sua tese Hermenêutica Tradicional e Direito Científico (Belo Horizonte, 1932) e Sociologia e Filosofia do Direito (Rio, 1943), onde apenas exaspera as teses tradicionais do sociologismo europeu (Durkheim, Lévy-Bruhl, Duguit), pretendendo com isto atingir "um rigoroso realismo jurídico"; Armando Prado, em sua Concepção do Direito (São Paulo, 1906); Cursino Belém (Finalidade do Direito e Anarquismo Social, Fortaleza, 1934).

(5) Edição Imprensa Oficial do Estado de Minas. 1918.p.59.

Porém, o mais notável jusfilósofo da época vai ser, sem dúvida, PONTES DE MIRANDA, nascido em Maceió em 1892 e formado em Recife em 1911.

Escreveu um Tratado de Direito Privado em 60 volumes, um Comentário à Constituição em 7 volumes, um Comentário de Processo Civil em 13 volumes, um Tratado das Ações em 4 volumes, além de obras menores. A partir delas, foi conduzido à filosofia do direito de uma forma compulsiva e original (6).

Repetindo, quase cinquenta anos depois, a influência germânica sobre a Escola do Recife, as suas bases de concepção do direito permanecem as mesmas daquelas vigentes então, do naturalismo e do sociologismo. Contudo, o seu projeto é mais ambicioso: estabelecer a radical objetividade da Ciência do Direito (7).

Partindo de um inventário básico de nosso processo de conhecimento (O Problema Fundamental do Conhecimento. 2ª ed. Rio Editor Borsoi, 1972), Pontes de Miranda deseja fazer "filosofia científica", em oposição à "filosofia clássica".

Para tanto, esboça uma verdadeira filosofia da linguagem científica, a partir de Wittgenstein e Carnap, entre outros.

Contudo, sua atitude é eminentemente crítica, optando , não por um ecletismo entre as diversas correntes (Inglaterra , Áustria, E.U.A. e Alemanha), mas concluindo por uma posição própria, original: sua teoria do abstrato, do universal, no Jecto,

(6) Sílvio de Macedo. História do Pensamento Jurídico. Rio.Liv.Freitas bastos, 1982.p.158 e seg.
(7) MENEZES, Djacir. Tratado de Filosofia do Direito. S.Paulo. Ed. Atlas, 1980.p.245.

é uma espécie de realismo moderado, o que faz aproximar-se de Stº Tomás de Aquino (Op cit.p.130).

Diz-nos Sílvio de Macedo que Pontes de Miranda foi um dos grandes filósofos do direito deste século. Dominando com propriedade e maestria tanto o direito privado quanto o público, sua competência foi reconhecida tanto pela extensividade quanto pela profundidade de sua obra.

Seguindo o paradigma dos juristas alemães, procurou sempre manter atualizado o seu vasto saber, justificando-se ter dito que "quem só Direito sabe, nem Direito sabe". (8)

No Sistema de Ciência Positiva do Direito, Pontes de Miranda pergunta e responde o que é direito. Para ele, o direito é o que estabelece a solução nos conflitos da vida social.

Como uma porteira que apenas dá passagem a cada um a seu tempo, o direito parece fugidio em sua substância. Onde ele reside? Em nossos espíritos? Ainda mais, há que distinguir entre o direito e a sua idéia, o sentimento do direito.

O direito encontra-se nos Códigos e nas leis escritas? Sem dúvida que não. Na Sociedade? Sim, sem dúvida que é ali que haveremos de encontrá-lo, imiscuído na vida social. E para encontrá-lo basta ferí-lo, provocá-lo, quando se manifestará seja como garantia, seja como reparação coercitiva (9).

Noutra oportunidade, define o direito "como sistema de regras, sistema lógico, que satisfaz às exigências metalógicas

(8) Op. Cit. p.174.

(9) Rio, 1922, 1ª vol., p.72.

da coerência, ou lógicas de consistência" (10), por onde se pode perceber a sua intuição "filosófica" do fenômeno jurídico.

Contudo, ao entender a ciência jurídica como um "fenômeno natural", insito no social, de características indutivas, causais, não-finalistas, Pontes de Miranda recusa o "eidos" próprio do jurídico, no estilo kelseniano, o sollen - ficando apenas com o sein.

Seu conceito do jurídico passa a ser um sein soltende um imperativo tirado do indicativo (o - ser - que - deve - ser) (11).

Por outro lado, o pensamento católico, tomista, não estava ausente de nossas faculdades de direito, durante a República Velha.

João Mendes de Almeida Júnior (1856 -) aluno e depois professor e diretor da Academia de São Paulo, ocupa na opinião dos professores Alfredo Buzaid e Miguel Reale, "lugar de primeira grandeza entre os nossos juristas" (12).

Escreveu Direito Judiciário Brasileiro (Rio, 1908) e Elementos de Psicologia e Lógica (São Paulo, 1937).

Usando a linguagem da lógica aristotélico-tomista, de procedência ibérica (séc.XVI), João Mendes contribuiu para precisar a linguagem processual.

Para ele o direito é uma ciência especulativa quanto ao modo de saber e prática quanto ao seu fim, cujo método adequado é o empírico-racional ou analítico-sintético, o qual nos permite distinguir na ciência jurídica três momentos:

(10) Introdução à Política Científica. Rio Ed. Ed. Garnier. 1924.p.33.
 (11) Sistema de Sciencia Positiva do Direito. 2º vol., Rio, Jacinto Soares, ed., 1922.p.8.
 (12) Alfredo Buzaid. João Mendes Júnior, em Revista dos Tribunais, vol.255, janeiro de 1957, pp. 579/94; Miguel Reale. Escolástica e Praxismo na Obra Mendes Júnior, em R.B.F.VII 1957p.12-14.

- a) jurisprudência simplesmente teórica
- b) jurisprudência prática fundada na prudência
- c) jurisprudência formulária ou casuística

Aplicando a teoria do movimento de Aristóteles ao processo jurídico, João Mendes o concebe como o caminhar da ação em juízo. Assim, da distinção entre substância e acidente, torna-se possível distinguir entre lei (substância) e ação (acidente).

A ação "é o acidente mediante o qual a substância (lei) produz efeito: actio est accidens quo mediante substantia producit effectum."

Estamos, pois, diante de uma legítima filosofia do direito judiciário, como nos afirma o prof. Buzaid⁽¹³⁾.

Outro pensador católico influente na década de 20 foi Jackson de Figueiredo, discípulo de Farias Brito, que propôs um catolicismo atuante e moderno.

Através da revista que fundou, A ORDEM, pretendia atacar as falácias do liberalismo, propugnando por um tradicionalismo engajado.

Por causa de sua morte prematura, foi substituído por Alceu Amoroso Lima, que desvinculou o catolicismo de suas implicações políticas⁽¹⁴⁾.

(13) Art. cit.p. 584.

(14) CAMPOS, Fernando Arruda. Tomismo e Neotomismo no Brasil, S.Paulo. Grijalbo, 1968.p.81.

4.2 O DIREITO NA TRANSIÇÃO REVOLUCIONÁRIA

4.2.1. A Revolução de 30 e as novas faces do Direito

Era mais que evidente que o pacto conservador que vigorou durante a República Velha não demorasse muito a sucumbir diante das rápidas transformações econômicas e sociais que se processavam entre nós e alhures.

A eclosão da Primeira Grande Guerra, o cracking de 29, o declínio do mercado cafeeiro, o incremento das populações urbanizadas, o ativismo dos intelectuais, tudo conduzia para o rompimento de uma situação social e política que, entre nós, era extremamente precária desde os anos vinte.

A Carta de 91, liberal e individualista, já há muito era letra morta diante das novas realidades.

Evaristo de Moraes Filho, comentando as características da Revolução de 03 de outubro, encabeçada por Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba, diz-nos que o movimento, sem ser obra de um homem só, foi muito mais o reflexo de um estado de espírito, de uma filosofia social, que procurou romper com o liberalismo claudicante presente até então.

Neste fato é que repousa a virada para a construção de uma abrangente política trabalhista, com vista a equacionar os desníveis sociais existentes.

Propondo a sua solução via estatal, o propósito era atin-

gir o seu equacionamento evitando luta de classes e desperdícios retóricos. O resultado, porém, foi o surgimento de um acentuado corporativismo, que o golpe de 1937 não fez mais do que consolidar, na procura do equilíbrio entre o capital e o trabalho.

Contudo, o resultado final foi a consolidação de uma política paternalista de Estado, como vinha sendo praticada in nuce, desde os primórdios de nossa história política(1).

Tomado de "febre legiferante", passou o Poder Executivo imediatamente a baixar atos, decretos e decreto-leis sem nenhuma cobertura constitucional, destinados a compensar o atraso em que vivia o país, em matéria institucional e social. Criou-se o Ministério do Trabalho, a sindicalização, a justiça do trabalho, a previdência social; foi regulado o trabalho das mulheres e dos menores, criou-se o voto secreto.

Revolução de classe média, de índole militarista (tenentismo), fez-se à custa do crescimento da hegemonia dos militares sobre os bacharéis, estes, na maioria e já naquela época, preocupados em salvar o Estado-de-Direito e as autonomias liberais, o que não deixava de representar um certo grau de reacionarismo.

Isto ficou logo evidente no chamado "movimento constitucionalista de 32", que nas palavras de Miguel Reale, teve um caráter revolucionário ou reacionário, dependendo da perspectiva em que se coloque para analisá-lo.

Pois o seu propósito explícito foi o de defender as estruturas jurídicas inerentes à democracia, mas nada impede que sejam detectados, na revolução de 09 de julho, os propósitos de retorno aos valores clássicos do liberalismo, sustentadores

(1) As Ideias Políticas no Brasil. Vol.II. São Paulo.Ed.Convívio, 1979.p.115.

do tradicional conservadorismo(2).

Mesmo com o fracasso militar do movimento paulista, este, contudo, não deixou de exercer os seus efeitos, tanto que em seguida o governo cria a chamada "Comissão Itamarati", um grupo de juristas e políticos escolhidos para elaborar o anteprojeto da nova Constituição, que seria enviado ao Congresso em 1933 , para discussão.

Promulgada a nova Carta (1934), ficaram patentes as novas tendências políticas e jurídicas do Estado Brasileiro.

4.2.2. A Constituição de 16 de Julho de 1934

De cunho eminentemente social, a nova Carta teve como espelho a Constituição de Weimar (1919).

Contudo, respeitando os variados compromissos da Aliança Liberal que o conduzira ao Poder, o novo governo teve de conciliar tanto a corrente nacionalista dos militares quanto as velhas oligarquias remanescentes, tanto os democratas quanto os intervencionistas.

Assim, optando por um Estado centralizador, a nova Carta não deixou de instituir uma tecnocracia, um poder-moderador (o Senado) , um corporativismo político (representação classista) e a disseminação de direitos individuais e sociais.

O próprio Presidente da República, em discurso proferido no dia 4 de maio de 1931, indicava a índole conciliadora do novo Direito, que deveria não apenas apoiar incondicionalmente o

(2) Memórias, Vol. I. São Paulo. Ed. Saraiva. 1986,p.60.

domínio econômico, já demonstrado incapaz de promover a justiça social, nem tampouco fornecer amparo irrestrito à classe trabalhadora, o que seria outra forma de mutilar a harmonia social.

Por isto, o propósito era promover uma integração efetiva e inteligente entre os setores em conflito, cabendo à ordem jurídica dar forma e patrocínio a uma nova aliança, única forma de evitar um colapso geral. Assim reunidos sob a égide política do Estado, patrões e empregados, sindicatos patronais e trabalhadores, juristas e intelectuais, todos, integrados, haveriam de encontrar o caminho para uma verdadeira construção nacional⁽³⁾.

Paulino Jacques resume as principais novidades da Lei Magna de 1934:

- a) quanto à forma: 1) introdução do nome de Deus no preâmbulo; 2) incorporação ao texto de preceitos de direito civil, de direito social e de direito administrativo; 3) multiplicação dos títulos e capítulos, ficando a Constituição com mais do dobro de artigos que tinha a de 1891;
- b) quanto à substância: 1) reforço dos vínculos federais; 2) poderes independentes e coordenados entre si; 3) sufrágio feminino e voto secreto; 4) o Senado com funções de prover a coordenação dos poderes, manter a continuidade administrativa e velar pela Constituição; 5) os ministros de Estado, com responsabilidade pessoal e solidária com o Presidente da República e obrigados a comparecer ao Congresso para prestarem esclarecimentos ou pleitearem medidas legislativas; 6) a Justiça Militar e Eleitoral, como órgãos do Poder Judiciário;

(3) As Ideias Políticas no Brasil. cit.p.117.

7) o Ministério Público, o Tribunal de Contas e os Conselhos Técnicos, coordenados em Conselhos Gerais, assistindo os Ministros de Estado, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais; 8) normas reguladoras da ordem econômica e social, da família, educação e cultura, dos funcionários públicos, da segurança nacional⁽⁴⁾.

O golpe de 10 de novembro de 1937, contudo, viria dar a tônica da gravidade da crise que vivia o país, o que demonstrou a ineficácia da ordem constitucional pretendida pela aliança liberal, em promover a idealizada conciliação nacional.

A Nova Carta, instituidora do chamado Estado Novo, pretendeu superar as contradições do liberalismo burguês, criando um regime de direitos e liberdades vigiados, sob a tutela do Estado. Nas palavras do seu criador, jurista Francisco Campos, o conceito tradicional de democracia política não estava mais em condições de corresponder aos novos ideais de vida, e o liberalismo clássico, não imunizava as novas formas de domínio.

Como ideais de não-fazer, não garantiam nenhum bem concreto às aspirações conspurcadas pelas novas realidades econômicas, morais e políticas⁽⁵⁾.

O que está presente no ideário dos golpistas é a efetivação do direito por meio do Estado forte, autoritário.

Sob tal regime ditatorial, ocorreu uma verdadeira hecatombe legiferante, contando-se no período de 1937 a 1945, 8.154 decretos-leis, 17.768 decretos e dez leis constitucionais.

(4) BASTOS, Celso Ribeiro. A Constituição de 1934. Projeto Rondon. Minter, 1968. p.3.

(5) ROCHA, Francisco Brochado da. A Constituição de 1937, Projeto Rondon, Minter, 1987, p.2.

Foram promulgados o Código de Processo Civil, vigente até 1972; o Código Penal, de Processo Penal, Código Brasileiro do Ar, Lei de Estrangeiros e Imigração, Consolidação das Leis do Trabalho, Previdência Social, Lei de Introdução ao Código Civil⁽⁶⁾.

4.2.3. Evolução das Idéias Jurídicas

A reforma da universidade brasileira, promovida pelo Dec. 19.851 de 11-4-31, sob a inspiração do jurista mineiro Francisco Campos, vai patrocinar, além de outras consequências, a integração das Academias Jurídicas no âmbito das Universidades e são criados cursos de doutoramento jurídico destinados a prover as cátedras.

Elimina-se a disciplina de Filosofia do Direito, substituindo-a pela Introdução à Ciência do Direito, com o propósito nítido de limitarem-se os questionamentos críticos sobre a ordem jurídica.

Em 1936, Oliveira Vianna publica Problemas de Direito Corporativo, no qual denuncia o artificialismo das medidas legislativas tomadas pelo governo⁽⁷⁾.

Naquela época, o centro cultural e ideológico do país desloca-se para a Capital da República, colocando-se em confronto tendências conservadoras (catolicismo, integralismo) e tendências revolucionárias (marxistas), das quais as escolas jurídicas não ficaram indiferentes.

(6) VALLADÃO, Haroldo. História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro. 4ª ed., Rio, Liv. Freitas Bastos, 1980, p.205.

(7) Rio, Ed. José Olympio, 300p.

Em 1933, assume a disciplina de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade Nacional de Direito, o prof. Hermes Lima, de tendências marxistas. Não tardou para que o governo o demitisse, juntamente com outros colegas.

Em 1940, desdobra-se a disciplina de Direito Público Constitucional em teoria Geral do Estado e Direito Constitucional propriamente dito, admitindo-se na primeira apenas professores em caráter precário, demissíveis conforme a índole de seus ensinamentos (políticos).

4.2.4. Nomes de Destaque no Período

Com a ênfase dada à disciplina de Introdução à Ciência do Direito, houve o surgimento de uma variedade de obras versando sobre as idéias gerais que fundamentam o fenômeno jurídico, sendo dignas de nota, como continuadoras da tradição sociológico-naturalista:

- Djacir Menezes, Introdução à Ciência do Direito, 4ª Ed., Rio Ed. Freitas Bastos, 1954.
- Jonathas Serrano, Filosofia do Direito, 3ª Ed., F.Grignuet, 1942.
- Helvécio Gusmão, Introdução à Ciência do Direito, Rio, Livraria Jacinto, 1931.
- Aducto Fernandes, Introdução à Sciencia do Direito. Rio, Ed. Coelho Branco, 1937 e Teoria Cômica do Direito (Rio, 1939).
- Euzébio de Queiróz Lima, Princípios de Sociologia Jurídica. 5ª Ed., Rio, Ed. Freitas Bastos, 1941.
- Hermes Lima, Introdução à Ciência do Direito. Rio, Ed. Freitas Bastos, com inúmeras reedições.

4.2.5. A tradição jusnaturalista

O pensamento tomista e católico não esteve ausente no período. Muito pelo contrário, tomando características de maior engajamento social, podemos citar Plínio Salgado, com o integralismo (Deus - Pátria - Família), que sofreu feroz combate do governo ditatorial.

Na linha da democracia-cristã de Jacques Maritain, Alceu Amoroso Lima, o Tristão de Athayde, disputou em 1933 a cátedra de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade Nacional de Direito com o livro Introdução ao Direito Moderno e durante a sua longa e profícua existência, escreveu diversos trabalhos na área política e social.

Alexandre Correia (1890 - 1984) - catedrático de Direito Romano nas Arcadas, desde 1934, representou, de forma brilhante, a sustentação do tradicionalismo católico, à moda de Chateaubriand e Lamennais.

Traduziu do latim as Institutas de Gaio, em colaboração com Gaetano Sciascia, além da Suma Teológica de Tomás de Aquino.

A sua obra literária é vasta, envolvendo ensaios de filosofia jurídica, filosofia política e filosofia geral, reunidos em recente volume⁽⁸⁾.

Em 1940, sendo figura influente, opôs-se à entrada de Miguel Reale na Faculdade de Direito de São Paulo, optando pelo tomista José Pedro Galvão de Souza.

⁽⁸⁾ CORREIA, Alexandre. Ensaio Político e Filosófico. São Paulo, Ed. Convívio, 1984, 394pp.

Sua concepção do direito natural é original e própria , fugindo tanto do racionalismo como do empirismo, como o conjunto de regras inatas à natureza humana, que orientam retamente o homem nas suas ações. Este direito natural é o mesmo que aquele vislumbrado por Aristóteles, Cícero e outros jurisconsultos romanos, consubstanciado nos princípios captados intuitivamente pela razão, a partir da experiência⁽⁹⁾.

Benjamim Oliveira Filho, professor na Faculdade de Direito de Niterói, escreveu A Lei Natural como Fundamento do Direito (1933) e Introdução à Ciência do Direito (Rio, 1957).

A.B. Alves da Silva possui uma interessante Introdução à Ciência do Direito (Rio, ed. Agir, 3ª ed., 1956), de sólida orientação doutrinária jusnaturalista.

José Toledo, Noção de Lei Positiva Humana (S. Paulo, 1940), uma introdução à filosofia jurídica de Stº Tomás.

Edgar de Godoi da Matta Machado, professor da Faculdade de Direito em Minas Gerais, publicou Direito e Coerção (Forense, Rio, 1957) e Fontes do Direito e Direito subjetivo (Belo Horizonte, 1955).

4.2.6. Enrico Liebman e Tulio Ascarelli

Durante esta época, o ensino e a pesquisa jurídica brasileira tiveram a honra de contar com a colaboração de dois importantes mestres estrangeiros, que se fixaram na Faculdade de São Paulo.

O primeiro, Enrico Liebman, emérito processualista da es-

(9) Id., ib., p.36.

cola de Chiovenda, desenvolveu sólidos estudos na área, vindo a caracterizar a chamada "Escola Paulista de Direito Processual".

O segundo, Tulio Ascarelli, professor de direito comercial, desenvolveu importantes pesquisas no relacionamento do direito comercial com o tributário, lançando as bases para a formação de uma corrente de importantes tributaristas brasileiros, entre os quais se destacaram Rubens Gomes de Souza e J.B. Pereira de Almeida.

Igualmente, colaborou para a criação da Faculdade Católica de Direito do Rio de Janeiro, na década de 40, outro exilado de guerra, o professor Jerzy Sbrozek, que trabalhou com o Pe. Leonel Franca e o jurista San Thiago Dantas.

4.3 APROFUNDAMENTO DA CONSCIÊNCIA JURÍDICA

4.3.1. Breve Intermezzo Democrático

Com a vitória dos aliados e o fim da II Guerra Mundial , recrudesceram as aspirações pelas liberdades em todo o mundo.

A criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem serviram de forte motivação para uma alteração profunda nos métodos de condução da vida social e política, vigentes até então.

A deposição de Vargas em 29/10/45, a convocação de eleições, a criação de novos partidos e a transformação do Congresso eleito em Assembléia Constituinte, tudo prometia ser um re - começo promissor.

As esperanças resultaram numa nova Constituição (18/9/46), síntese da estrutura federal montada em 1891 com o Estado social de 1934 e na qual marcaram presença todas as correntes ideológicas presentes no Congresso, de um extremo a outro, do PDS,UDN, PCB, PSP e PDC.

De características semi-liberais, a nova constituição restaurou a dignidade do Poder Judiciário, tratou da discriminação das rendas entre a União, Estados e Municípios, condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social, previu a participação dos empregados nos lucros das empresas, mediante regulamentação, que nunca aconteceu.

Isto não obstante, continuava a linha intervencionista do Estado na Sociedade. O governo do Marechal Eurico Gaspar Dutra, criando o Plano SALTE, aumentava ainda mais a máquina e as despesas do governo, com o que agravou a inflação, sem a melhoria das condições sociais.

A consequência foi o retorno de Getúlio por via de eleições diretas, o que significou um retorno de fato à situação política anterior, que a nova ordem jurídica procurava tanto ultrapassar, frustando portanto, o sonho de grandes juristas da época, entre eles, Hermes Lima e Prado Kelly.

Com isto, radicalizavam-se as posições ideológicas, favorecidas pelo descompasso existente entre a retórica político-jurídica e as situações reais sofridas pelo povo, este cada vez mais conscientizado pelo incremento dos meios de comunicação, das escolas e da propaganda das alas radicais.

Temas como a reforma agrária, anti-americanismo, reformas de base, direitos-sociais, começam a tomar características de mobilização popular, o que, depois do fracasso de Jânio Quadros, conduzirá o país ao rompimento da ordem democrática, sob a égide da Revolução de 64.

4.3.2. Caminhos Cruzados do Direito com a Política

Nesta época, ninguém sentiu mais a crise jurídica do país do que Francisco Clementino de San Thiago Dantas, advogado, professor e político emérito.

Companheiro de Miguel Reale nos embates integralistas no final da década de 30⁽¹⁾, San Thiago Dantas perlustra a vida

(1) REALE, Miguel. Memórias; cit.p.114 e passim.

política e jurídica brasileira como um farol a iluminar os novos tempos.

Já em 1941, quando proferia a aula magna comemorativa do cinquentenário da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, enfocando as relações da política com o direito, indagava se qualquer política pode criar um direito, ou se este, por sua natureza própria, estaria comprometido com certos princípios éticos e sociais. Seria por isto que o direito se harmoniza melhor com certos sistemas políticos do que com outros?

Para responder à questão proposta, San Thiago Dantas passa a distinguir entre o caráter "formal" e "material" da norma jurídica, aquele o elemento técnico-jurídico, este o elemento ético-político.

Em seguida, evoluindo para o conceito de sistema jurídico, verifica que este não é formado por normas abstratas, mas implica em acréscimo um ajustamento prático que garanta a sua eficácia como comando, quando conclui que este equilíbrio interno não se encontra eo ipso onde quer que o governo legisle e quando se verifica este equilíbrio, aí está o índice calibrador de sua legitimidade.

Percebendo com extrema agudeza e finura o dilema do direito a serviço dos donos do poder, como diria Faoro (2), remata San Thiago Dantas que não há um direito para cada sistema político, assim como, reciprocamente, não é possível declarar-se a indiferença absoluta do direito frente à vontade do Estado.

(2) FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Rio. Ed. Globo, 1958, 271 pgs.

A verdade estaria numa terceira posição, num meio termo em que se constata que nem toda política cria um direito, mas é inconstatável que criar um Direito é a suprema meta a que deve se dedicar uma política⁽³⁾.

Propugnando por uma nova técnica de ensino jurídico, San Thiago Dantas via nas faculdades de Direito o único lugar capaz de restaurar o estamento burocrático nacional, compatibilizando-o com as necessidades e as aspirações do povo⁽⁴⁾.

4.3.3. MIGUEL REALE e o Instituto Brasileiro de Filosofia

Não é exagero dar-se a Miguel Reale o título de maior jusfilósofo brasileiro, pela vastidão de sua obra jurídica e pela profundidade de suas considerações no campo da filosofia jurídica.

Bacharel em Direito pelas Arcadas em 1934, já em 1940 assumia a cátedra de Filosofia do Direito na mesma Escola.

Ativista político, advogado e administrador, Miguel Reale ocupou a Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo em 1947; em 1949, foi nomeado pela primeira vez Reitor da USP; nesse mesmo ano funda o Instituto Brasileiro de Filosofia, congregando a elite pensante do país, através da Revista Brasileira de Filosofia, de edição trimestral, a partir de março de 1951, já no seu 130º exemplar; chefiou, em 1951, a delegação brasileira junto à Organização Internacional do Trabalho, em Genebra; participou e representou o Brasil em inúmeros congressos internacionais de filosofia geral e jurídica; em 1963 é novamente

(3) DANTAS, San Thiago. Renovação do Direito. Ed. Universidade de Brasília, Texto de Aula s/data.

(4) VENANCIA FILHO, A. Op. cit., p.315.

conduzido à chefia da Secretaria de Justiça do Estado; em 1969 foi nomeado pelo Presidente da República para a "Comissão de Alto Nível" que reviu a Constituição de 1967, da qual resultou a "Emenda nº 1", ainda em vigor; foi supervisor da Comissão de Revisão do Código Civil, cujo anteprojeto nº 634, encontra-se em discussão na Câmara dos deputados; finalmente, em 1969 é novamente reconduzido à reitoria da Universidade de São Paulo.

De sua vasta obra jurídica e literária, cabe destacar:

- O Estado Moderno (SP, 1937)
- Fundamentos do Direito (SP, 1940)
- Teoria do Direito e do Estado (SP, 1ª ed., 1940)
- Filosofia do Direito (SP, 1ªed., 1953)
- Horizontes do Direito e da História (SP, 1956)
- Filosofia em São Paulo (SP, 1962)
- Pluralismo e Liberdade (SP, 1963)
- O Direito como Experiência (SP, 1968)
- Teoria Tridimensional do Direito (SP, 1968)
- Lições Preliminares de Direito (SP, 1973)
- Conjectura e Verdade
- Memórias, I e II (SP, 1986, 87)

Com livros traduzidos para o espanhol e o italiano, detentor de inúmeras condecorações, a figura de Miguel Reale se projeta no mundo jurídico como um atestado eloquente da inteligência brasileira.

Seu pensamento exerceu enorme influência em toda uma geração de intelectuais brasileiros, bastando citar Heraldo Barbuy, João de Scantimburgo, Luiz Washington Vita, Renato Cirell Czerna, Vicente Ferreira da Silva Filho, Djacir Menezes, Evaristo de

Moraes Filho, Pinto Ferreira, Romano Galeffi, Alexandre Correa, Hélio Jaguaribe, Ivan Lins, Lourival Vilanova, Milton Vargas, Paulo Dourado de Gusmão, Pontes de Miranda, Roland Corbisier, Teófilo Siqueira Cavalcanti, Hermes Lima, Carlos Campos, Gofredo Telles Júnior, João Cruz Costa, José Pedro Galvão de Souza, João Camilo de Oliveira Torres, Gerd H. Bornheim, José Salgado Martins, A. Machado Paupério, Newton Sucupira, Roque Spencer Maciel de Barros, Roberto Lyra Filho, Adolpho Crippa, F.H. Le - pargneur, Sílvio Macedo, Eudoro de Souza, leônidas Hegemberg, Antonio Paim, Ubiratan B. de Macedo, Paulo Mercadante, Tarcísio Padilha, Gilberto de Melo Kujawski, José Antônio Tobias, José Cretella Júnior, Inineu Strenger, Nelson Saldanha, A.L. Machado Neto, José Guilherme Merquior, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Celso Lafer, Ricardo Velez Rodrigues, Luíz Fernando Coelho e Vamireh Chacon⁽⁵⁾.

4.3.4. A Teoria Tridimensional

A filosofia jurídica de Miguel Reale começa sofrendo a influência do neo-kantismo da escola de Baden, com Emil Lask, Rickert, Windelband.

O problema é a caracterização própria das ciências culturais, com a noção tipicamente humana dos valores. Wilhelm Sauer, Gustav Radbruch e outros autores europeus e americanos já tinham explorado o tema dos valores dentro do campo jurídico, numa concepção trilateralista do direito (perspectiva fática, normativa e axiológica).

Contudo, para o jusfilósofo brasileiro, o relacionamento

(5) Memórias, op.cit.,p.281

destes três aspectos do direito não se dá de forma direta ou num mesmo plano, mas envolve um processo contraditório e complementar que Reale chamou "dialético de implicação e polaridade", o que conduz à consideração do fenômeno jurídico em tridimensionalidade.

Miguel Reale não desconhece as dificuldades e os problemas que envolvem uma consideração axiológica da experiência jurídica, que acabaria por desequilibrar a harmonia dos três elementos que a compõem (fato social - norma - valor), dado que ocorreria uma eticização do direito (6).

Contudo, devemos considerar como mérito ímpar do Prof. Reale esta coragem na sua tentativa de submeter as contradições éticas da historicidade na estrutura ontognoseológica do direito.

A propósito, a expressão ontognosiologia é de sua autoria, e foi cunhada para significar a fusão intencional do sujeito e do objeto, no processo de conhecimento.

Por fim, cabe fazer referência à idéia realeana de modelos jurídicos e modelos dogmáticos, os primeiros de natureza casuística, resultam da aplicação prática das leis, enquanto que os segundos, teóricos, são estruturas lógicas da ciência jurídica (7).

Como se vê, as teorias filosóficas e jurídicas de Miguel Reale não poderiam deixar de exercer profunda influência em seu

(6) GLAUCIO VEIGA. Reale no Recife. In Estudos em Homenagem a Miguel Reale. S.P. Ed. Revista dos Tribunais, 1977p.82.

(7) REALE, M. Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. S.P. Ed. Saraiva, 1978.p.16 e seg..

tempo e permanecerão por largo período, como uma fonte obrigatória de referência, dadas as suas características culturais e históricas muito bem situadas.

O

PERÍODO AUTORITÁRIO

5.1 O DIREITO NOS TEMPOS DA REVOLUÇÃO

5.1.1. A ciranda nos estamentos burocráticos

Imperceptível, mas de forma cada vez mais concreta, verificou-se no país, a partir da década de 40, a ascensão de um novo estamento burocrático, dos tecnocratas, que paulatinamente foi tomando o lugar na tradicional liderança governamental dos juristas, com isto favorecendo para estes, uma nova postura em sua dimensionalidade crítica.

Como resultado, pela primeira vez puderam as elites jurídicas passar da situação de responsáveis ou cúmplices pela situação social e política que se agravava continuamente no país, para a de espectadores e críticos, propugnando pelo advento de uma nova ordem.

Isto não obstante, desde a década de 20 vinham as correntes comunistas e marxistas agitando a bandeira de radicais transformações no palco econômico e político da sociedade brasileira, o que foi uma das causas dos acontecimentos de 1930 e 1937.

Antônio Paim distingue no Brasil um marxismo acadêmico e um marxismo político ⁽¹⁾, ambos de natureza contraditória,

(1) História das Idéias Filosóficas no Brasil. cit.,p.485.

porquanto o primeiro permaneceu fechado e elitista, enquanto o segundo, mesmo disseminando popularmente as suas teses, jamais logrou sucesso político (2).

E o marxismo acadêmico inicia-se justamente no seio das escolas jurídicas, mais precisamente na Faculdade Nacional de Direito, com a ascensão de Hermes Lima e Leônidas de Rezende às cátedras do bacharelado, onde já se encontrava Edgard de Castro Rebelo.

Em Pernambuco, há que citar Luiz Pinto Ferreira e Gláucio Veiga.

Dessa forma, tomava corpo uma consciência transformadora da realidade nacional, que foi se intensificando, a partir do agravamento das crises políticas que se sucediam.

O Movimento Militar de 1964, após uma breve experiência parlamentarista, representa justamente a retomada do poder pelas forças conservadoras, garantindo portanto a vigência de uma "nova" ordem jurídica que seria mantida manu militari.

Miguel Reale ouviu de viva voz do Presidente Costa e Silva o relato da situação, segundo a qual era necessário que a revolução se fizesse, "para fazer uma limpeza em regra", tornando o país livre dos parlamentares e políticos coniventes com a corrupção e a subversão.

A cassação de mandatos era uma exigência que se impunha no momento, por pressão das Forças Armadas do país, atendendo a um compromisso de autoridade.

Foi assim que para a redação dos primeiros atos institu-

(2) Id., p. 504.

cionais do processo revolucionário, foi lembrado o nome do jurista Carlos Medeiros Silva, que imediatamente começou a trabalhar.

Contudo, sentiu-se que estava faltando algo, o fundamento justificador para as graves atitudes que seriam tomadas. Foi assim que veio à baila o nome do Prof. Francisco Campos, o "Chico Ciência", aquele mesmo que redigira para Getúlio a Constituição de 1937. Com a anuência deste, pronta e decidida, passou-se à redação da Introdução ao Ato Institucional ... (3)

O Ato referido é o Ato Institucional nº 1, de 10 de abril de 1964, que na sua introdução declara que a revolução vitoriosa se investe de poderes constitucionais, numa forma radical e extraordinária de Poder Constituinte.

Assim legitimando-se por si mesma, a revolução destituiu o governo anterior e se capacita para constituir um novo, cuja ordem jurídica a ser implementada, não sofre com a que estava vigendo até então, nenhuma forma de limitação.

Depois disto, graças à iniciativa das Forças Armadas, e o apoio incondicional da Nação, os chefes da revolução vitoriosa passam a legislar em nome do povo, detentor exclusivo do Poder Constituinte (sic) (4).

5.1.2. Novidades Jurídicas trazidas pela Revolução

Com a ruptura do Estado de Direito, procurou desde logo o governo revolucionário consolidar a constitucionalidade jurídica

(3) REALE, M. Memórias. vol.II, São Paulo, Ed.Saraiva, 1987, p.126.

(4) Idem.

de seus atos. Para tanto, o presidente Castelo Branco escolheu, em 15 de abril de 1966, uma Comissão de Juristas formada por Levi Carneiro, Orozinho Nonato, Seabre Fagundes e Themístocles Brandão Cavalcanti, com a precípua missão de rever a Constituição de 1946, a ela incorporando os Atos Revolucionários.

Com a edição do Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966, convocando o Congresso Nacional para "discussão, votação e promulgação do projeto enviado pelo Executivo" (sic), pôde a Nova carta ser promulgada, a 24 de janeiro de 1967.

Tendo característica de semi-outorga, nas palavras de Paulo Bonavides ⁽⁵⁾, a Carta de 1967 visou garantir a segurança do Estado, em detrimento das prerrogativas individuais; de características centralizadoras, prejudicou o federalismo em favor do poder da União; ampliou as atribuições da Justiça Militar, dando-lhe poderes para julgar civis nos crimes contra a Segurança Nacional.

Por relegar a um plano secundário os problemas sociais, mereceu de Miguel Reale o reparo de que, se esta Constituição tivesse dado mais atenção aos problemas sociais (sabe-se que inicialmente ela não continha nenhuma declaração de direitos), e se tivesse olhado com mais cuidado as salvaguardas da democracia, teríamos evitado a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que suspende definitivamente os resquícios democráticos da revolução, generalizando a violência política contra os seus adversários, além de afrontar a soberania dos poderes legislativo e judiciário. ⁽⁶⁾

(5) MACHADO, Carlos Augusto A. A Constituição de 1967. Publicação do Projeto Rondon, Min. Interior. 1987, p.7.

(6) Memórias, vol.II, cit.p.135.

Isto, contudo, não impediu que se agravasse a crise institucional do país.

Como bem resumiu o jurista Alcântara Machado, com a eclosão da doença do Presidente Costa e Silva, pouco mais de dois anos depois de promulgada, a Carta de 1967 viu-se novamente agredida pela edição de novos atos institucionais, dando poderes especiais à Junta Militar que passou a governar o país.

Daí foi um passo para a outorga de uma grande emenda constitucional (nº 1, de 1969), que praticamente encerrou a vigência da Constituição de 1967, de vez que a modificou em sua quase totalidade (7).

5.1.3. O Julgamento da Revolução pelos Juristas

Era lógico que um regime baseado em leis de exceção, cassação de mandatos e aposentadorias compulsórias só poderia resultar numa repulsa geral pelo ethos brasileiro.

E foi assim que os perseguidos pelo regime encontraram nos juristas o estamento apropriado para fazer valer os direitos conspurcados.

Relevo especial tomaram as associações de classe, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto dos Advogados Brasileiros, os Diretórios estudantis das Faculdades de Direito, como sentinelas de defesa da ordem jurídica profundamente afetada.

Sobral Pinto, Raimundo Faoro, Bernardo Cabral, Heleno Fragoso, Alceu de Amoroso Lima, Evaristo de Moraes Filho, Alci-

(7) Id.p.6.

des Munhoz Netto, Goffredo Teles Júnior, Aliomar Baleeiro, são apenas alguns nomes- símbolos do espírito que arrebatou os juristas e advogados, no propósito de resistir as investidas do Poder Discricionário.

5.2 CULTURALISMO JURÍDICO

5.2.1. Experiência e Cultura

Como se sabe, toda a temática do culturalismo refere-se ao problema dos valores (dever - ser), das preferências humanas, quando postas em relação com o mundo do ser ou da natureza.

Como uma característica tipicamente humana - o homem é o único ser cuja essência é o seu dever-ser⁽¹⁾ - o valor constitui o pressuposto de qualquer tipo de experiência.

Dessa forma o valor, na experiência humana, toma um triplice sentido, operando:

- a) - como categoria ôntica, subjacente em todas as expressões concretas da vida humana objetivada.
- b) - como categoria lógica, condicionadora das estruturas e modelos que possibilitam o conhecimento (natural ou histórico).
- c) - como categoria deontológica, na escolha das preferências e dos fins, individuais ou coletivos ⁽²⁾.

Constituindo portanto o mundo da cultura, o valor está presente no ser, na ciência, e no agir, fazendo do homem isto que ele é: criador do seu mundo, intérprete de sua própria rea-

(1) REALE, M. Filosofia do Direito, 9ª ed., S.Paulo, Ed. Saraiva, 1982, p.211.

(2) Id, Experiência e Cultura. S. Paulo, Ed. Grijalbo, 1977, p.176.

lidade, escravo de sua liberdade.

Ser histórico, o homem está no mundo como forjador de seu próprio destino.

5.2.2. Cultura e Direito no Brasil

Como vimos anteriormente, o fenômeno jurídico caracterizado como manifestação cultural começa a tomar corpo com Tobias Barreto, Sílvio Romero e Arthur Orlando, ou, mutatis mutandis, a temática cultural instala-se entre nós via filosofia jurídica, constituindo-se hoje num largo espectro de idéias e pensadores nacionais (3).

Posteriormente, enriquecido pelas novidades do neo-kan-tismo, da fenomenologia, do marxismo, do existencialismo ou do neo-positivismo, o culturalismo brasileiro e, em especial, o culturalismo jurídico vão se espriar numa variedade muito grande de autores, o que levou Nelson Saldanha a falar apenas da existência entre nós de uma corrente culturalista descontínua e ainda por consolidar-se (4).

Isto não obstante, podemos caracterizar como pertencentes a esta corrente todos os pensadores que manifestam, de forma direta, os temas desenvolvidos pela obra de Miguel Reale e dele sofreram uma influência imediata, seja na forma de interpretar a experiência jurídica, seja na forma de conceituar o direito, seja finalmente na estruturação de uma teoria do Estado.

Renato Cirell Czerna, substituto de Reale na cátedra de

(3) PAIM, Antônio. Op. cit.p.578.

(4) Revista Brasileira de Filosofia, fasc.135, set/84,p.250,nota 12.

filosofia do direito na USP, tem percorrido uma trajetória intelectual multiforme. Partindo do idealismo alemão e italiano, fez parada no marxismo, retornando posteriormente às suas posições iniciais. Além de suas obras no campo da filosofia geral, escreveu as seguintes no campo da filosofia jurídica:

- Ensaio de Filosofia do Direito. S.P., Ed. Saraiva, 1952.
- Ensaio de Filosofia Jurídica e Social. S.P., Ed. Saraiva, 1965.
- A Filosofia Jurídica de Benedetto Croce. S.P., 1955.

Luiz Washington Vita (1921 - 1968), dedicado pesquisador de filosofia e história das idéias, colaborou intimamente com Reale no Instituto Brasileiro de Filosofia. Na área jurídica, produziu Namoro com Themis, uma coletânea de notas sobre ciência e filosofia do direito (S.P., ed. Mestre Jou, 1958).

Goffredo Telles Júnior, professor catedrático de Introdução à Ciência do Direito na USP, desenvolveu uma temática muito semelhante à de Reale, porém de forma muito própria e pessoal.

Já em 1940, com a edição de seu livro A Definição do Direito (S.P. Rev. dos Tribunais), nosso autor revela a sua formação jusnaturalista, procurando comparações com a escola histórica, o neo-kantismo, o sociologismo, o psicologismo, a escola do direito livre e o institucionalismo.

Posteriormente (1953), com a aparição do seu novo livro em dois volumes A Criação do Direito, reforça a tese da natureza ética da experiência jurídica, através do imperativo: o eu é a razão do dever-ser, distinguindo entre obrigação moral (dever-ser metanatural) e obrigação jurídica (dever-ser natural).

Na Filosofia do Direito (S.P. Max Limonad, 1965/67, 2 vol.),

o prof. Telles Jr. caracteriza o seu tridimensionalismo, consubstanciado no fato, juízo de valor e juízo de dever, tomado este último no sentido puramente normativo.

Sua última obra, Direito Quântico (Max Limonad, 6ª ed., 1985) é a visão do direito sob uma perspectiva cósmica. É a passagem natural do ser para o dever-ser, que o ser humano concretiza despendendo uma certa quantidade de energia ética (p.429).

Em São Paulo, há que citar ainda Teófilo Cavalcanti Filho, Irineu Strenger, Leonardo Van Acker e Aloysio Ferraz Pereira.

No Rio de Janeiro, Oliveiros Litrento tem produzido obras didáticas sob inspiração culturalista realeana, sendo dignas de nota:

- Um Estudo de Filosofia do Direito (Rio, 1976)
- Curso de Filosofia do Direito (Rio, 1980)

Na mesma linha, Machado Paupério, com Introdução Axiológica ao Direito. Rio, Forense, 1977, Paulino Jaques e Dante Pacini.

Paulo Dourado de Gusmão, professor e jurista radicado no Rio de Janeiro, é autor de vasta obra compiladora e didática:

- Curso de Filosofia do Direito. Rio. Ed. Freitas Bastos, 1950.
- O Pensamento Jurídico Contemporâneo. SP., Saraiva, 1955.
- Introdução à Ciência do Direito. Rio. Ed. Forense, 1956, diversas reedições.
- Teorias Sociológicas (Rio, 1962).
- Introdução à Sociologia (Rio, 1959).
- Introdução à Teoria do Direito. Rio. Ed. Freitas Bastos, 1962.

Djacir Menezes - De estilo rebuscado, como seu mestre Pontes de Miranda, esforçou-se Djacir para relacionar cultura e ontologia, o que faz percorrendo o caminho de Kant para Hegel⁽⁵⁾.

Filósofo do direito de veia poética, seu Tratado de Filosofia do Direito (S.P., Editora Atlas, 1980) procura abordar o assunto através de citações e frases de impacto, método que também empregava em suas aulas, procurando despertar nos alunos o senso crítico e hermenêutico, incentivando com isso a pesquisa.

Djacir Menezes escreveu ainda:

- O Sentido Antropógeno da História. Rio, Ed. Simões, 1958.
- Textos Dialéticos de Hegel. Rio. Zahar, 1968.
- Premissas do Culturalismo Dialético. Rio, Ed. Cátedra, 1979.

No Rio Grande do Sul, sofrem a influência culturalista-axiológica: Luís Luisi, Silvino Lopes, Wilson Chagas e Lenine Nequente.

No Nordeste, desenvolveram estudos jurídicos sob prisma axiológico:

- Sílvio de Macedo (Introdução à Filosofia do Direito, 1978).
- Paulo Bonavides (Reflexões: Política e Direito; Fortaleza, 1973).

Nelson Saldanha - Dentro de um prisma histórico e cultural, o ilustrado professor da Universidade Federal de Pernambuco vem produzindo um vasto acervo de obras, além de dezenas de artigos

(5) Ieses quase Hegelianas. S.P., Grijalbo, 1972.

e conferências:

- O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea (Recife, 1964).
- Velha e Nova Ciência do Direito (Recife, 1974).
- Legalismo e Ciência do Direito. São Paulo, Ed. Atlas, 1977.
- Sociologia do Direito. S.P., Ed. Rev. dos Trib., 1980 (2ª ed.).
- Humanismo e História. Rio, Ed. José Olympio, 1983.

Diz-nos Nelson Saldanha, que sob um enfoque histórico, a perspectiva cultural e os valores tornam-se mais compreensíveis; as variadas dimensões do direito se mostram mais inteligíveis, em sua complexa e dialética correlação; e as contradições entre norma e conduta se compatibilizam de forma mais harmônica⁽⁶⁾.

Maria Helena Diniz, professora paulista, autora de características didáticas, tem publicado diversos títulos em filosofia jurídica e teoria geral do direito, que destacamos:

- Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1976, 150p.
- A Ciência Jurídica. S.P. Ed. Resenha Universitária, s/data, 212 p.
- Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. S.P. Ed. Saraiva, 1988. 533p.

(6) A Filosofia do Direito no Brasil. In Rev. Bras. de Filosofia, nº 135, set/84, p.263.

5.3 PERLUSTRANDO NOVOS CAMINHOS

5.3.1. O Processo de "Abertura" e o Restabelecimento do Estado de Direito

Relata-nos Miguel Reale em suas Memórias ⁽¹⁾, a sua convocação pelo presidente do Senado, Senador Petrônio Portella, em nome do Presidente Ernesto Geisel (nos idos de fevereiro de 1978), com vistas a oferecer saídas jurídicas para a crise institucional criada pelo chamado "Pacote de 15 de abril de 1977", que alterava a Emenda nº 1, de 1969.

Era o início do processo de retorno à normalidade democrática, que culminou com a anistia e a eleição de Tancredo Neves, após o término do mandato do presidente João Figueiredo, que havia assumido com a promessa de "fazer deste país uma democracia". ⁽²⁾

Isto não obstante, e já que estamos às vésperas de ver promulgada uma Nova Constituição, cujas contradições ninguém desconhece, convém ter em mente a advertência do experimentado jurista. Diz-nos o ilustre jurista, em suas memórias, que o que mais o preocupa é o iluminismo constitucional, a tentação irresistível de querer moldar integralmente o perfil global da Nação por via de uma Lei Maior (holismo constitucional).

(1) Vol. II, cit.p.305.

(2) Id., p.311.

Isto poderá resultar num formidável equívoco, bloqueando a vida democrática, que só é saudável, quando se preservam as alternativas e opções da liberdade. (3)

Ora, isto vem demonstrar com suficiente clareza que não bastariam as boas intenções jurídicas para dar eficácia e legitimidade à ordem legal.

Os exageros de um processo legiferante são tão prejudiciais quanto o seu contrário, a ausência de preceitos mínimos que assegurem a vida normal dos cidadãos.

Assegurar este equilíbrio entre os fatos e as leis, compatibilizando a sua mútua dependência, eis uma das tarefas mais importantes da filosofia do direito.

Sem dúvida, transparece a opinião de que o Congresso Nacional Constituinte, na hora atual, não soube captar o sentido dos graves desafios que perpassam o modelo político, econômico e administrativo brasileiro.

No momento em que fica patente a exaustão de um modelo estatocrático montado desde a Revolução de 30, era hora de se esperar que a Nova Carta procurasse desmontar o regime de irresponsabilidade pública, diminuindo a influência política nos negócios da sociedade.

Lamentavelmente, não há nenhum indício de que seja instaurado neste país, via normativa, um processo indutor que modificasse os nossos seculares vícios sociais.

O que apenas vem reforçar a conclusão de Raymundo Faoro, segundo a qual a civilização brasileira, como o personagem de

(3) Id., p. 315.

114

Machado de Assis, chama-se Veleidade, ou a dúvida entre o ser e o não-ser, entre o ir e o ficar, entre a indecisão e a vontade.

Verdadeira "monstruosidade social" engendrada por instituições anacrônicas, criadas pelo estamento burocrático, que se alimenta do próprio veneno que produz. Como Hércules, que sucumbia pela própria túnica que envergava, o nosso modelo político igualmente, enquanto não se livrar dos hábitos perniciosos que o afligem. (4)

5.3.2. A modernização política e social por via constitucional

De índole inovadora, a Constituição brasileira recém - promulgada traz inúmeros preceitos, que se adquirirem eficácia, haverão de precipitar inúmeras alterações em nossos tradicionais costumes políticos.

Criticada como minuciosa e autoritária, a atual Carta Magna resultou, como se sabe, de um processo constituinte não sistemático, o que resultou na aprovação de preceitos ora considerados muito avançados socialmente, ora de outros considerados retrógnos, como aconteceu com o tratamento da questão fundiária.

Propugnando por uma desconcentração das receitas públicas das mãos do governo federal, a nova sistemática tributária valoriza as administrações locais e regionais, com insofismáveis benefícios para as populações correspondentes.

Alterando a ordem tradicional dos títulos, nossa Consti-

(4) Os Donos do Poder, cit.p. 271.

tuição começa definindo os direitos e garantias fundamentais, trazendo profundas limitações na interferência do poder público na vida dos cidadãos. De outro lado, cria diversos institutos protetores, que, sem dúvida, oneram as finanças públicas e as empresas com pesados encargos.

Quanto à estrutura dos poderes, há um nítido fortalecimento do Congresso Nacional, que de agora em diante, entre outros votará e discutirá a proposta orçamentária, interferirá na administração do Banco Central, orientará a política nuclear, além de promover a participação popular na elaboração de leis e emendas à Constituição.

Minuciosa na estrutura da máquina administrativa, a Constituição disciplina a concessão de salários aos servidores, bem como amplia e fortalece o Poder Judiciário.

Por outro lado, uma pletora de direitos novos vem preencher a ausência no tocante à proteção do ambiente, das minorias, da família, dos trabalhadores e dos aposentados. No tocante à família, passa-se a reconhecer a união estável, deixando de considerar marginais as famílias que não fossem constituídas a partir da celebração do matrimônio. Fixa para o trabalhador a semana de 44 horas, o turno diário de 6 horas, a licença-maternidade em 120 dias e inova uma licença-paternidade de 5 dias.

Moderniza-se a estrutura dos partidos políticos, que poderão organizar-se e funcionar livremente, ao largo da tutela estatal.

Segundo opinião generalizada, esta Constituição situa-se em algum tempo anterior a 1964, representando um estágio político, econômico e social que de há muito deveríamos ter ultrapassado.

AS
DIREÇÕES CONTEMPORÂNEAS

6.1 A TRADIÇÃO JUSNATURALISTA

6.1.1. A constância da influência católica no pensamento brasileiro

Num país marcado por fortes pendores religiosos, nada mais natural do que constatar a sua permanente presença na intelectualidade de seu povo.

Isso não obstante, tal presença tem sido obstada por poderosas forças antagônicas, como aquelas advindas do sociologismo e do positivismo reinantes no final dos oitocentos, ou, neste século, pelos fortes pendores agnósticos da cultura moderna.

Contudo, as crises sucessivas que abalaram os nossos tempos oferecem uma coincidente oportunidade de revitalização do pensamento religioso tradicional, o que se verifica em concreto com cada vez mais intensidade.

Tal fato pode ser constatado a partir do ressurgimento da filosofia de St^o Tomás, que desde Alexandre Corrêa tem, na jusfilosofia pátria, inúmeros representantes.

Antonio Paim (1) distingue duas fases de influência tomista no pensamento brasileiro: a primeira, na continuidade

(1) Op. Cit. p. 564.

política do integralismo, tem na "Ação Popular", na década de 60, o ápice do seu ativismo; a segunda, a partir da década seguinte, nada tem de explicitamente político, conservando apenas a preocupação acadêmica de aprofundar o pensamento cristão a partir dos novos acontecimentos. Nesta etapa, merecem ser destacados: João de Scantiburgo, D. Estevam Bitencourt, Fernando Arruda Campos, Cassiano Cordi e Ubiratan Macedo (do Paraná), Geraldo Vidigal da Cunha, Gilberto de Mello Kujawski, Francisco Pinheiro Lima Junior, Geraldo Pinheiro Machado, Leonardo Van Acker.

6.1.2. Jusnaturalismo brasileiro

A partir da década de 50, constata-se na jusfilosofia brasileira um nítido fortalecimento do jusnaturalismo.

Sob a liderança de juristas como Miguel Reale e o seu culturalismo, a idéia do direito natural vai perdendo as suas características teológicas, merecendo o assentimento de grande número de juristas.

Contudo, este recebimento não se dá ex abrupto, o que se constata pela presença de inúmeros autores, que publicando obras no campo da ciência jurídica, representam uma ensaística de transição. Dentre estes podemos citar:

- Flóscolo da Nóbrega, professor da Universidade Federal da Paraíba: A Teoria Ecológica do Direito e Introdução ao Direito (Rio, 1954, com diversas reedições).
- Roberto Piragibe da Fonseca, Breviário de Principiologia Jurídica (Rio, 1958).

- Paulo Jorge de Lima, Dicionário de Filosofia do Direito (São Paulo, 1968).
- Alípio Silveira, O Fator Político Social na Interpretação das Leis (São Paulo, 1946).
- Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Interpretação do Direito (1927, com sucessivas reedições).

6.1.3. Representantes atuais da corrente jusnaturalista

A jusfilosofia brasileira conta hoje com ilustres juristas e eminentes professores ligados às concepções do direito natural, muitos deles gravitando em torno do culturalismo realéano.

Goffredo Telles Junior, Oliveiros Litrento, Ellias Ferreira da Costa, José Pedro Galvão de Souza, Franco Montoro, Esther de Figueiredo Ferraz, Paulo Dourado de Gusmão, Machado Paupério, Aloysio Ferraz Pereira, são todos autores preocupados na inserção do fenômeno jurídico numa fatia mais vasta da realidade, um Direito que não se esgota na sua própria positividade.

Com este propósito, podemos citar:

- José Pedro Galvão de Souza:
 - Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.
 - Iniciação à Teoria do Estado. 2ª ed. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1976.
 - Introdução à história do direito político brasileiro. 2ª ed. S.P. Ed. Saraiva, 1962.

- Oliveiros Litrento:
 - Curso de Filosofia do Direito. 2ª ed. Rio. Ed. Forense, 1984.
 - Lições de Filosofia do Direito, Ed. Rio, 1976.
- Aloysio Ferraz Pereira
 - O Direito como Ciência. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1980.
 - Estado e Direito na Perspectiva da Libertação. S.P., Ed. Rev. dos Tribunais, 1980.
 - Textos de Filosofia Geral e de Filosofia do Direito. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1980.
- Ubiratan Macedo:
 - A Liberdade no Império. S.P. Ed. Convívio, 1977.
 - Metamorfoses da Liberdade. S.P. Ed. Ibrasa/Mec, 1978.
 - A Democracia no Brasil. Inédito, 1984.
- André Franco Montoro, Os Princípios Fundamentais do Método no Direito (São Paulo, 1942).
- Wilson de Souza Campos Batalha, Diretrizes de Filosofia Jurídica (Rio, 1951); Teoria Geral do Direito (Rio, 1982).
- Paulino Jacques, Do Conceito do Direito (Rio, 1964).
- Vicente Rao, O Direito e a Vida dos Direitos (Rio, 1952).
- Auto José de Castro, O Direito como Determinação do Absoluto (Salvador, 1953).
- Evaristo de Moraes Filho, O Problema de uma Sociologia do Direito (Rio, 1950).
- Osny Duarte Pereira, Quem Faz as Leis no Brasil (Rio, 1962).

6.2 A ORIENTAÇÃO SOCIOLOGICA

6.2.1. Os antecedentes sociológicos do pensamento brasileiro

Conforme pudemos constatar, à presença do estudo das Ciências Sociais no Brasil fez-se de forma acentuada e brilhante, desde que tomou fôros de maioria com a "Escola do Recife".

Portanto, convém salientar que esta desenvoltura da sociologia no Brasil teve como patrocínio privilegiado as escolas jurídicas, que nunca deixaram de desenvolver estudos profundos pertinentes às relações entre fenômeno jurídico e sociedade, numa evolução que vai desde Tobias Barreto até Pontes de Miranda; incluindo hoje nomes de reconhecida consideração.

Com vistas a integrar esta orientação sociológica tradicional com os dias de hoje, nada melhor do que fazermos uma referência especial a Leônidas de Rezende (1889/1950), professor da Faculdade Nacional de Direito.

Assumindo a redução marxista dos fenômenos sociais à economia, Leônidas de Rezende desenvolve a sua sociologia na esteira de Augusto Comte, promovendo uma interessante síntese entre os dois pensamentos (1).

(1) PAIM, Antonio. Op. Cit. p. 507.

As idéias de Leônidas de Rezende foram continuadas por João Cruz Costa (1904/1978), professor paulista, cujas principais obras foram:

- Augusto Comte e as origens do positivismo (1951)
- Contribuição à História das Idéias no Brasil (1956)
- O positivismo na República (1956).

6.2.2. A sociologia jurídica

Ponto alto da cultura jurídica brasileira, a sociologia jurídica teve continuidade a partir de nomes de mais alta respeitabilidade.

O propósito é sempre aquele destacado ainda por Rui Barbosa, que recomendava a inclusão da sociologia no ensino jurídico: "substituir a ideologia, isto é, o culto da abstração, da frase, da hipótese, pelos resultados da investigação experimental, do método científico". Com vistas a superar a "crise do direito", fazer avançar um processo de desideologização de nossa realidade jurídica atual".(2)

Alguns nomes merecem destaque: Evaristo de Moraes Filho, José Cretellò Junior, Sérgio Ferraz, Ivo Dantas, Paulo Nader, Orlando Gomes, Pinto Ferreira, Amaral Vieira, Limongi França, Tarcísio de Miranda Burity.

Antônio L.Machado Netto (1930-1977), professor das Universidades Federal da Bahia e de Brasília, representa um dos sociólogos do direito de mais versatilidade, no vasto âmbito da sociologia jurídica.

(2) SOUTO, Cláudio/FALCÃO, Joaquim. Sociologia do Direito. S.P. Ed. Pioneira, 1980, Introdução.

São suas obras principais:

- O Direito e a Vida Social. S.P.Cia Ed. Nac.,1966.
- Sociologia Jurídica. 4ª edição., S.P.Saraiva, 1979.
- Sociedade e Direito na Perspectiva da Razão Vital. Salvador, Liv. Progresso, 1957.
- Introdução à Ciência do Direito. S.P., Ed.Saraiva,1960.
- Teoria do Direito e Sociologia do Conhecimento. Rio , Ed. Tempo Brasileiro, 1965.
- História das Idéias Jurídicas no Brasil. S.P.,Ed. Grijalbo, 1969.
- Teoria da Ciência Jurídica. S.P. Ed. Saraiva, 1974.

Autor de grande capacidade didática, foi, inicialmente , divulgador entre nós do raciovitalismo de Ortega Y Gasset e Luis Recasens Siches; e a partir desse perspectivismo, assimilou a Teoria Sociológica do Direito, de Carlos Cossio, da qual se tornou o mais influente representante no Brasil.

Todavia, cumpre salientar que o egologismo de Machado Neto afasta-se da metafísica formalista cossiana e procura dar-lhe fundamentação sociológica, que o torna bastante original.

Em Pernambuco, desenvolvem pesquisas de Sociologia Jurídica, Cláudio Souto (Introdução ao Direito como Ciência Social. Rio. Tempo Brasileiro, 1971) e Nelson Saldanha (Sociologia do Direito. S.P., Ed. Rev. dos Tribunais, 1970).

Do primeiro pode-se afirmar certo ecletismo, ao tentar conciliar o jusnaturalismo de um dever-ser imanente com o sentido sociológico revelado em noção de um "sentido básico e permanente do dever-ser", que se infere pela observação sociológica.

Do segundo, além das referências culturalistas e históricas já citadas, observà-se um aprofundamento teórico cada vez mais intenso e presente na sua constante e vasta produção filosófica e jurídica.

Dessa forma, refletem-se como suas preocupações principais na atualidade a compatibilização da crítica com a hermenêutica (3), ou as relações desta última com o direito natural (4).

(3) Crítica, Compreensão e Hermenêutica. In Rev. Bras. de Filosofia, fasc. 150, p.117.

(4) O Direito Natural como Ordem e como Hermenêutica. In Anais do III Congresso Bras. de Fil. do Direito. J. Pessoa, 1988. p.239.

6.3 LÓGICA E LINGUÍSTICA

6.3.1. A Lógica Jurídica no Brasil

Apesar de ser uma ciência antiga, a lógica só adquiriu maiores profundidades epistemológicas a partir deste século , quando se vislumbraram a existência de novos modelos de raciocínio, que não aqueles fundamentados por Aristóteles.

No caso específico da Ciência Jurídica, a aplicação pura e simples da lógica formal ou material, como se sabe, apresenta sérios comprometimentos, na medida em que o direito é uma ciência prática, tópico-retórica. Aliás, isto já tinha sido detectado por Aristóteles.

Contudo, a hermenêutica jurídica sempre fez uso dos procedimentos tradicionais da lógica formal, que passaram para a história sob a forma de princípios gerais do raciocínio jurídico.

Na época moderna, a Teoria Pura do Direito (Kelsen) foi indutora influente na discussão da logicidade jurídica, que despertaram modernas teorias sobre o raciocínio jurídico, como aquelas de Von Wright, Chaim Perelman e Theodor Viehweg.

Os juristas brasileiros não têm estado indiferentes a estes avanços, havendo hoje a ocorrência de bons pensadores sobre a lógica jurídica.

Nos deteremos nos trabalhos dos professores Sílvio de Macedo, Luiz Fernando Coelho e Lourival Vilanova.

- Sílvio de Macedo - professor da Universidade Federal de Alagoas, possui um variado elenco de obras publicadas, das quais destacamos:
 - Introdução à Ciência do Direito. Rio, Forense, 1970.
 - Curso de Lógica Jurídica. Rio, Forense, 1984.
 - Introdução à Filosofia do Direito. 2ª ed. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1978.
 - A Estética e a Lógica na Linguagem Jurídica. Recife, UFPr, 1954.
 - A Ciência Atual do Direito. Rio, Forense, 1987.
 - História do Pensamento Jurídico. Rio, Ed. Freitas Bastos, 1982.

Em seu último trabalho apresentado ao III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, o prof. Sílvio de Macedo afirma que "a lógica jurídica tenta explicar o processo motivação-decisão, num contexto sócio-cultural". (1)

- Luiz Fernando Coelho - professor titular de Filosofia do Direito na Universidade Federal do Paraná, teve um longo período de suas pesquisas centradas em torno das condições lógicas do conhecimento jurídico. No entanto, paulatinamente, ao tomar consciência das limitações lógicas que o fenômeno jurídico apresenta, evoluiu para uma dialética e uma crítica do direito. A apresentação cronológica de suas obras indica esta transformação de perspectivas. (2)

(1) Da Lógica da Motivação à Lógica da Decisão. João Pessoa, 1988.

(2) Vide infra.

Em sua comunicação ao "II Encontro Nacional de Filosofia do Direito", realizado em Maringá (1981), o professor Luiz Fernando critica o neutralismo lógico da Teoria Pura, demonstrando o seu caráter ideológico. (3)

- Lourival Vilanova - professor da Universidade Federal de Pernambuco, tem no kelsianismo a inspiração maior de suas pesquisas no campo da lógica jurídica, da qual resultou a sua obra principal As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

6.3.2. O Direito como Linguagem

A verificação de que o direito é uma forma de linguagem representa significativo esforço no sentido de colocar o discurso jurídico em nível de compreensão signífica, na medida em que distingue entre a sua expressão puramente gramatical (sintaxe), seus significados (semântica) e seus usos (pragmática).

Disto resulta, em primeiro lugar, uma mais ampla compreensão da lógica jurídica, a quem cabe investigar a disposição léxica e sintática das palavras usadas nas normas jurídicas, facilitando a captação de seus vários sentidos.

Da mesma forma, pela semântica jurídica, indicam-se os variados significados que podem envolver as expressões jurídicas, enriquecendo a sua hermenêutica.

Finalmente, pela pragmática, tornar-se-á possível captar os processos de inter-comunicação da linguagem jurídica, pela

(3) Positivismo e Neutralidade Ideológica em Kelsen. In Anais, Ed. Rev. dos Tribunais, 1985.

apreensão de seus usos solenes, retóricos, instituidores de novas situações sociais.

Enfocaremos dois de seus maiores representantes:

Luiz Alberto Warat - de origem argentina, professor de filosofia do direito radicado no Brasil (no Rio Grande de Sul e Santa Catarina), tem desenvolvido importantes pesquisas na área de relacionamento do direito com a linguagem e a semiologia. Suas principais obras:

- O Direito e sua Linguagem. 2ª versão. Porto Alegre, Fabris, 1984.
- Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Porto Alegre, Ed. Síntese, 1979.
- A Definição Jurídica: suas Técnicas. Porto Alegre, Ed. Atrium, 1977.
- A Ciência Jurídica e seus dois maridos. Sta Cruz do Sul, 1985.
- Ensino e Saber Jurídico. Rio, Ed. Eldorado, 1977.
- Ensaio sobre o Surrealismo Jurídico. S.P., 1988.

O que pretende o prof. Warat é uma caracterização do fenômeno jurídico em nível simbólico, pela superação das posturas tradicionais, dogmáticas ou críticas ortodoxas, onde o direito adquire um nível de significação pré-conceitual: é o nível de vivência originária da experiência jurídica, em seus aspectos míticos e proto-formativos.

O propósito é atingir uma crítica semiológica do direito, no chamado grau zero de significação, que o autor, ao aplicar à cultura e ao direito, transforma-os num processo barthiano de carnavalização, que estimula as ousadias semiológicas e libera mais ainda o tom profanador das reflexões sobre o direito e a

epistemologia. (4)

Sob a influência dos chamados "novos filósofos" (Benoiist, Dollé, Guérin, Lardreau, Legendre), utiliza-se o prof. Warat da literatura fantástica de Cortázar e Borges, da poética de Bar-chelard e da imagética de Castoriadis, como instrumentos ade- quados para exprimir a simbologia fantástica da lei. Como ele mesmo se expressa, pelo processo de carnavalização torna-se pos- sível efetuar uma busca erótica, lúdica, mágica e poética do processo político.

Através dela, denunciando o autoritarismo, aprenderemos o`que é a vida democrática. E o novo espaço político que se de- senha, será caracterizado por um procedimento lúdico que permi- tirá acolher o novo, escapando assim às ilusões das intoxicações ideológicas. (5)

Tércio Sampaio Ferraz Júnior - professor de direito na Universidade de São Paulo, do círculo próximo a Miguel Reale , evoluiu o seu pensamento do culturalismo para as posições mais avançadas da sociologia jurídica(sob a influência de Luhmann)e do direito como linguagem.

São obras de sua lavra:

- Direito, Retórica e Comunicação. S.P., Saraiva, 1973.
- Conceito de Sistema no Direito. S.P., Rev. dos Tribunais , 1976.
- A Ciência do Direito. S.P., Ed. Atlas, 1977.
- Teoria da Norma Jurídica. Rio, Ed. Forense, 1978.
- Função Social da Dogmática Jurídica. S.P., Rev. dos Tribunais,

(4) A Ciência Jurídica e seus dois maridos. cit., p. 109.

(5) Id.,ib.p. 111.

1978.

- Constituinte - Assembléia, Processo, Poder. S.P., Rev.dos Tribunais, 1985.

- Introdução ao Estudo do Direito. S.P., Atlas, 1988.

De estilo difícil, suas primeiras obras já demonstram a preocupação com os aspectos linguísticos e semiológicos do direito.

Na abordagem do direito como sistema, analisa a obra de Emil Lask, com o seu conceito de valor, para conceber a ciência do direito como um sistema de significações normativas⁽⁶⁾.

Nas relações do direito com a linguagem, as suas teorias abordam principalmente os aspectos lógicos do direito, a partir das contribuições de Kelsen, Capella, Alf Ross, Von Wright e Niklas Luhmann.

Quanto as funções sociais da dogmática jurídica, o prof. Tércio analisa o fenômeno das ideologias dentro da ciência jurídica, caminhando para uma forma de neutralizá-las.

Finalmente, em sua última obra, Introdução ao Estudo do Direito, as preocupações são aquelas atinentes a uma análise funcional do direito, ainda sob a inspiração do sociólogo N. Luhmann, apoiada agora na teoria da argumentação jurídica de T. Viehweg.

Segundo Tércio Sampaio, o direito é um fenômeno caracterizadamente decisório, uma tecnologia de organização e controle das relações de poder.

De característica introdutória, a obra contém valiosas informações no campos da dogmática e teoria da ciência jurídica,

(6) Conceito de Sistema no Direito. cit. p.143.

sem descuidar dos seus aspectos de dominação social ou política.

6.4 O PENSAMENTO CRÍTICO

6.4.1. Uma Nova Visão da Realidade Jurídica

Com o aprofundamento da sociologia marxista e weberiana, bem como das novas bases epistemológicas de fundamentação do discurso das ciências, com Bachelard, Foucault e Popper, entre outros, era evidente que o discurso tradicional da experiência jurídica não poderia continuar o mesmo.

Dessa forma, foi tomando corpo entre os jusfilósofos, a consciência cada vez mais nítida do papel conservador e quase sempre reacionário que a ciência jurídica tradicional, cristalizada sob a forma dogmática, desempenha no processo de legitimação das estruturas do poder político, comumente desvinculadas de seus compromissos democráticos e populares.

O que pudemos verificar até agora com relação à evolução do direito brasileiro confirma esta tese da função de encobrimento e salvaguarda das aparências, como se a tarefa da ordem jurídica fosse apenas aquelas de manter um equilíbrio (precário) no exercício da dominação política.

Assim, justificando uma postura crítica, José Saraiva Filho, professor da Universidade Federal do Maranhão, declara que o direito brasileiro só se transformará quando substituir a premissa ideológica da harmonia social pela idéia de conflito, para desmascarar, sem ocultação, as contradições entre as classes so-

ciais.

Para tanto, será necessário que o direito abandone o seu papel histórico e tradicional de legitimador dessas alternativas, o que só será possível pela denúncia explícita de como agem tanto os protagonistas dos discursos oficiais, como aqueles que detêm posições hegemônicas. (1)

O pensamento crítico no direito brasileiro possui duas vertentes de características autônomas, que se distinguem apenas em suas metodologias, permanecendo idênticas quanto as origens e objetivos:

- a) A Nova Escola Jurídica Brasileira
- b) A Teoria Crítica do Direito.

6.4.2. A Nova Escola Jurídica Brasileira

Partiram do irreverente professor do Rio de Janeiro e posteriormente da Universidade de Brasília, Roberto Lyra Filho, as mais contundentes e incisivas pesquisas quanto às possibilidades e os limites de uma postura crítica no campo jurídico e o que ela representa na transformação do ensino tradicional em nossas faculdades de direito.

É de sua lavra as seguintes obras:

- Karl, meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito. Porto Alegre. Co-edição Sérgio Antônio Fabris/IARS, 1983, 95pp.
- Para um Direito sem Dogmas. Porto Alegre. Ed. S.A. Fabris, 1980, 51pp.
- O Direito que se ensina errado. Brasília, Centro Ac. Direito/UNB, 1980.

(1) Pensamento Crítico sobre o Conhecimento Jurídico. In: Crítica do Direito e do Estado. Rio, Ed. Graal, 1984.p.101.

- O que é Direito. 2ª ed. S.P., Ed. Brasiliense, 1982.
- Problemas atuais do ensino jurídico. Brasília. Obreira, 1981.
- Por que estudar Direito, hoje? Brasília, Nair, 1984.
- Razões de Defesa do Direito. Brasília. Obreira, 1981.

Crítico mordaz da dogmática jurídica em sua expressão tradicional, Roberto Lyra não duvida de sua vinculação aos processos ideológicos de dominação, através da hegemonia e luta de classes.

Contudo, rechaçando simultaneamente o direito socialista (soviético) e a visão ocidental da teoria crítica, por considerá-los expressões oportunistas do jogo do poder⁽²⁾, declara Roberto Lyra que o Direito não é uma coisa feita e acabada, mas sim um processo dentro do processo histórico.

É um constante vir-a-ser, que se enriquece continuamente nos movimentos de libertação das classes oprimidas e das minorias relegadas⁽³⁾.

Assim, propugnando por uma visão utópica do Direito, à maneira de E. Bloch, conclui que o Direito, em síntese, não é nada mais que a positivação das liberdades conscientizadas e concretizadas nos movimentos que propugnam as transformações sociais, fazendo brotar princípios novos de justiça social.⁽⁴⁾

A nova escola jurídica brasileira, a partir das bases lançadas por Roberto Lyra Filho, tem ensejado o surgimento de uma profícua geração de pensadores sobre o direito, que mesmo

(2) RODRIGUES, H.W. Ensino Jurídico: Saber e Poder. S.P. Ed. Acadêmica, 1988 p.93.

(3) O que é Direito. cit.p.121.

(4) Id. ibidem, p.124.

não sendo jusfilósofos stricto sensu, aplaudiram e deram a sua adesão a um projeto renovador da teoria e praxis jurídica. Da coletânea de estudos sobre o direito em homenagem a R.L.Filho⁽⁵⁾, podemos destacar: Marilena Chauí, R. Faoro, José Eduardo Faria, Boaventura de Souza Santos, José Geraldo de Souza Junior, Aloísio Swgik, Leandro Konder, Cláudio Souto, Jairo Bisal, Elaine T. de Ávila.

Na mesma linha de orientação, a coletânea de artigos publicada pela Universidade de Brasília sob o título "O Direito Achado na Rua", sob a coordenação do prof. José Geraldo de Souza Júnior, procura disseminar um discurso crítico do direito a partir dos movimentos minoritários de contestação (sem terras, grupos marginais, favelados, etc), com o objetivo de conscientizar os líderes comunitários quanto a verdadeira natureza do fenômeno jurídico⁽⁶⁾.

6.4.3. A Teoria Crítica do Direito

As preocupações com uma fundamentação ontológica e epistemológica da crítica jurídica, levaram o prof da Universidade Federal do Paraná, Luiz Fernando Coelho, a assumir explicitamente uma Teoria Crítica do Direito.⁽⁷⁾

Autor de diversas obras no campo da filosofia jurídica, das quais destacamos, além das inúmeras monografias e conferências:

- Existencialismo e Direito. Curitiba. Ed.Lítero-Técnica, 1974.

(5) Desordem e Processo. P.Alegre. Sergio A.Fabris Ed., 1986, 333p.

(6) Publicação de 1988.

(7) Introdução à Crítica do Direito. Curitiba, Ed.HDV, 1983, 213p. Teoria Crítica do Direito. Curitiba, Ed. HDV, 1987, 420pp.

- Teoria da Ciência do Direito. S.P., Ed. Saraiva, 1974.
- Introdução Histórica à Filosofia do Direito. Rio, Ed. Forense, 1977.
- Fundações Públicas. Rio, Ed. Forense, 1978.
- Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 2ª ed., Rio, Forense, 1981.

Da listagem, podemos perceber que a trajetória intelectual do autor paranaense se inicia com as preocupações existenciais do fenômeno jurídico, sem descurar de uma análise da contribuição das diversas correntes do pensamento jurídico universal.

Posteriormente, fazendo incursões nos aspectos lógicos do fenômeno e da ciência jurídica, Luiz Fernando Coelho acaba por centrar-se nas incoerências daqueles discursos, passando então a explorar uma crítica jurídica de forma sistematizada.

Isto o conduziu à estruturação de uma teoria crítica do direito, onde são analisados não só os pressupostos metodológicos (formas de aquisição do conhecimento jurídico, pensamento dialético, categorias críticas), como principalmente as vertentes do pensamento crítico, provenientes das variadas posturas assumidas na época contemporânea, por diversos autores (na epistemologia, na sociologia, na psicanálise, na semiologia).

Em seguida, após este profundo e colossal inventário, o autor passa a explorar os condicionamentos ideológicos da ciência jurídica tradicional, o que o conduz a propor novas formas de racionalizar e legitimar a experiência jurídica, libertando-a, pela assunção consciente da ideologia. (8)

(8) Cf. Teoria Crítica do Direito. cit., resumo.

6.4.4. A Disseminação do Discurso Crítico

Aproximado o direito da política, a discussão crítica no campo jurídico envolve hoje uma vasta pletora de autores, todos eles preocupados em estabelecer com certa precisão o alcance e os limites do fenômeno jurídico, diante de seu papel legitimador do exercício do poder e a falência deste em promover a justiça social.

Assim, José Eduardo Faria, em sua obra Retórica Política e Ideologia Democrática (Rio, Ed. Graal, 1983), procura uma legitimação do discurso jurídico liberal, procurando estabelecer em bases novas, as relações do direito com a democracia.

Na mesma linha, Tércio Sampaio Ferraz Júnior questiona quanto à eficácia das teorias críticas, no momento em que as normas jurídicas passam a ser concebidas como técnica social, inerentes ao próprio processo de legitimação pelo procedimento, à maneira de Luhmann. (9)

Luiz Alberto Warat, como presidente da Associação Latino-Americana de Metodologia do Ensino do Direito (ALMED), prefere dirigir a discussão crítica do direito para os seus aspectos semiológicos. (10)

Roberto A.R. de Aguiar, respaldado em Foucault e Marx, no seu Livro Direito, Poder e Opressão (S.P., Ed. Alfa Ômega, 1980), "procura caracterizar o direito dos opressores e o direito dos oprimidos, o direito do capital e o direito do trabalhador..."

Paulo Bessa, professor da PUC/Rio, em seu manual Uma Nova Introdução ao Direito (Rio, Ed. Renovar, 1986), tem o propô-

(9) Existe espaço para uma teoria crítica? In Crítica do Direito e do Estado. Rio, Graal, 1984. p.71.

(10) A Produção Crítica do Saber Jurídico. In Crítica ..., p.17.

sito de constituir uma forma "diferente" de apresentar a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito.

F.A. de Miranda Rosa, com as publicações Poder, Direito e Sociedade (Rio, Zahar, 1982) e Sociologia do Direito (Rio, Zahar, 1980), também desenvolve temas críticos.

Tarso Genro, com a sua Introdução Crítica ao Direito. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Ed., 1988.

Aloízio Sivik, professor titular de Direito Romano na Universidade Federal do Paraná, um pesquisador incansável, de cujos inúmeros trabalhos e artigos selecionamos:

- Temas Críticos do Direito. Curitiba, Ed.HDV, 1986 e;
- Compêndio de Direito Processual Canônico. Curitiba, Ed. Livro é Cultura, 1988.

Clèmerson Merlin Clève, professor de Direito Internacional Público da Universidade Federal do Paraná, com diversas monografias versando sobre a crítica do direito, com especial destaque:

- Acerca do Direito ao Direito. In Anais do II Encontro de Filosofia do Direito. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- O Direito em Relação. Curitiba, 1983.
- O Direito e os Direitos. S.P. Ed. Acadêmica, 1988, 150p.

Edmundo Lima de Arruda Junior, professor adjunto do Departamento de Direito Privado e Social na Universidade Federal de Santa Catarina, além de diversas monografias datilografadas, resumiu as suas idéias críticas sobre o direito em sua tese de mestrado (sob a orientação do Prof. Luiz Fernando Coelho) com o título:

- Introdução ao Idealismo Jurídico. Campinas, Julex Livros Ltda, 1988, 140p.

O estudo é um importante referencial das ambiguidades contidas na famosa aula magna proferida pelo não menos famoso prof. San Thiago Dantas, na Faculdade Nacional de Direito, em 1955.

UMA
VISÃO DO CONJUNTO

VISÃO DE CONJUNTO

Ao Direito está reservada a importante tarefa social e política de restaurar a normalidade pública ou privada, quando alterada pelos comportamentos desviantes. Em acréscimo, a ele atribui-se também a função de promover o bem-estar coletivo, colaborando com a sociologia, a política, a economia, etc.

Isto, não obstante, não impede que ele facilmente se desvirtue de suas nobilitantes tarefas, transformando-se num discurso apenas retórico, simulativo e portanto apenas justificador das situações de domínio.

Ora, conforme pudemos constatar ao longo de nossa trajetória histórica, os momentos culminantes do juridicismo político brasileiro permaneceram e significaram, para a nossa sociedade em geral, apenas um artificialismo retórico, que colaborou e muito para simplesmente perpetuar as situações de imobilismo social e domínio econômico.

Esta é a mesma conclusão a que chegou o excelente estudo do sociólogo paulista Sérgio Adorno ⁽¹⁾, envolvendo as condições de formação de bacharéis na Academia de São Paulo, do período que vai de sua criação até o ano de 1883. Aos "legistas" brasileiros foi reservada a tarefa paradoxal de compatibilizar o discurso liberal com o autoritarismo de Estado, na qual se desin -

(1) ADORNO, Sérgio. Os Aprendizes do Poder. Op.cit, 1988, 266p.

cumbiram de forma magistral⁽²⁾, pois a Academia paulista foi exímia em preparar uma geração de intelectuais "disciplinados para privatizar conflitos sociais", colocando o indivíduo e sua liberdade como motor coordenador da luta política, porém relegando a um plano secundário a autonomia da ação coletiva.⁽³⁾

Este papel ao mesmo tempo retórico e conciliador do "mandarinato imperial dos bacharéis" deixa à mostra como a ideologia jurídica dos estamentos dominantes da sociedade brasileira foi eficaz no protelamento de tomadas de decisões radicais por parte das classes menos favorecidas, o que ainda hoje se reflete em nosso modo de ser como povo.

Portanto, a tarefa urgente da filosofia jurídica consiste justamente em denunciar e pugnar pela superação de tais obstáculos históricos, pela conscientização de uma postura crítica que denuncie, a todo o momento, as contradições do dogmatismo e do direito oficial.

Dessa forma, a vivência eficaz dos ideais jurídicos só se viabilizará quando os próprios bacharéis deixarem os discursos teóricos e se debruçarem a pensar mais concretamente nas formas como tem sido o seu desempenho ao longo da nossa história, alienada, dependente, econômica e culturalmente.

Portanto, compatibilizar os ideais políticos com os fatos da realidade social, eis um dos maiores desafios que se apresentam para a filosofia do direito, cujo discurso não deve ficar apenas em nível dogmático, abstrato, cientificista, mas deverá estar vincado nas realidades e nos problemas mais imedia-

(2) Ib,p.24.

(3) Ib,p.27.

tos do povo⁽⁴⁾.

Pois, o que se quer evitar é o uso ideológico da filosofia jurídica, mascarando ou protelando a solução dos problemas, pela postulação de doutrinas desvinculadas de nossa realidade.

Afonso Arinos de Melo Franco deixou-nos páginas célebres, ao descrever, em suas memórias, as características do bacharelismo e do juridicismo no Brasil⁽⁵⁾.

Para ele, o bacharelismo é o império do academicismo discursivo. De fortes pendores políticos, é pragmático e pouco filosófico. Segundo ele, são exemplos marcantes do bacharelismo brasileiro: Rui, Epitácio, Raul Fernandes, Prado Kelly, João Neyes, Pedro Aleixo.

Como aplicadores de leis, primam pelo dedutivismo e conservadorismo.

Já os juristas, teóricos e apolíticos, amam a filosofia e a pesquisa: Teixeira de Freitas, Tobias, Lafayette, Clóvis, Pedro Lessa, são exemplos de juristas marcantes.

Dotados de espírito inovador, seu traço característico é a capacidade indutiva, criadora do Direito, aspiração de justiça.

Contudo, conclui Afonso Arinos, ambos - bacharéis e juristas - com raras exceções, nunca estiveram à altura de indicar verdadeiros caminhos nacionais (os primeiros por cooptação, os segundos por rebuços teóricos).

(4) O Direito Achado na Rua. Ed. UNB, 1988. Temas Jurídicos Engajados, sob a direção de José Geraldo de Souza Junior.

(5) A Escalada. Rio. Ed. José Olympio, 1965, p.48 e seg.

Portanto, o de que se trata é restabelecer a autenticidade da atuação do homem da lei no meio social e, com este propósito, nada melhor que trazer à lume a recomendação de Miguel Reale:

" Se as nossas armas de jurisperitos revelam-se gastas, se as categorias e os institutos, que brotaram da experiência e se aperfeiçoaram no caminho da doutrina, tornaram-se obsoletos, cuidemos de forjar outros instrumentos de trabalho e aferição, afrontando a realidade de nossa época, levantando as coordenadas sociais orientadoras de nossa missão de homens da ordem e da lei, mas sem rídículos arremedos e equívocos imperdoáveis, alienando nossa própria imagem".(6)

(6) Horizontes do Direito e da História. cit.p.278.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Os Aprendizizes do Poder. Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA JUNIOR, A. Problemas do Ensino Superior. S.P. Cia Editora Nacional, 1956.

BARRETO, Plínio. A Cultura Jurídica no Brasil, 1822/1922. S.P., 1922.

BARROS, Roque S.M. As Idéias Filosóficas no Brasil, Séc.XVII e XIX S.P. Ed. Convívio, 1978.

BEVILÁQUA , Clóvis. História da Faculdade de Direito do Recife. R.J. Ed. Francisco Alves, 1º Vol.

_____. Linhas e Perfis Jurídicos. R.J. Ed. Freitas Bastos, 1930.

BROTERO, Avelar. Princípios de Direito Natural. R.J. Ed. Typografia Imperial, 1828.

CAIO PRADO JR. Evolução Política do Brasil. 11ª ed. S.P. Ed. Brasiliense, 1979.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil. Documentos Parlamentares. Brasília, 1977.

CÂMARA, José. Subsídios para a História do Direito Pátrio. R.J. Ed. Livraria S. José, 1954.

CAMPOS, Fernando A. e Outros. As Idéias Filosóficas no Brasil. S.P. Ed. Convívio, 1980.

_____. Tomismo e Neotomismo no Brasil. S.P. Ed. Grijalbo, 1986.

CAMPOS, Francisco. Introdução Crítica à Philosophia do Direito. B.H. Ed. Imp. Oficial, 1918.

CARVALHO, P. Egydio de O. Ensaio sobre algumas questões de Direito e de Economia Política. S.P. Ed. Arruda Leite, 1896.

CAVALCANTI FILHO, Teófilo. Estudos em Homenagem a Miguel Reale. S.P. Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

CERNEV, Jorge. Silvestre Pinheiro Ferreira. In Rev. Convivium. S.P. vol 29, nº 1, Jan/Fev. 86.

CHACÒN, Wamireh. Da Escola do Recife ao Código Civil. R.J. Ed. Org. Simões, 1969.

COELHO, Luís Fernando. Introdução à Crítica do Direito. Curitiba, Ed. HDV, 1983.

_____. Teoria Crítica do Direito. Curitiba. Ed. HDV, 1987.

_____. Introdução Histórica à Filosofia do Direito. R.J. Ed. Forense, 1977.

_____. Lógica Jurídica e Interpretação das Leis. 2ª ed. R.J. Ed. Forense, 1981.

_____. Teoria da Ciência do Direito. S.P. Ed. Saraiva, 1974.

CRIPPA, Adolpho. As Idéias Filosóficas no Brasil. S.P. Ed. Convívio, 1978.

CRUZ COSTA. O Positivismo na República. S.P. Cia. Ed. Nacional
Coleção Brasileira, vol. 291, 1956,

_____. Pequena História da República. S.P. Ed. Civilização Bra-
sileira, 1968.

DIVERSOS AUTORES. As Idéias Políticas no Brasil. Vol I e II. S.
P. Ed. Convívio, 1979.

_____. Crítica do Direito e do Estado. R.J. Ed. Graal, 1984.

FAORO. Raimundo. Os Donos do Poder. R.J. Ed. Globo, 1958.

FERRAZ JR, Tércio S. Conceito de Sistema no Direito. S.P. Ed.
Rev. dos Tribunais, 1976.

_____. Introdução ao Estudo do Direito. S.P. Ed. Atlas, 1988.

FREIRE, Felisbertô. História Constitucional da República dos
Estados Unidos do Brasil. Brasília Ed. Universidade de Bra-
sília, 1983.

GENRO, Tarso. Introdução Crítica ao Direito. P. Alegre, Sérgio
A.F.Ed, 1988.

HOLANDA, Sérgio B. História da Civilização Brasileira. 4ª ed.
vol II, S.P. Difel, 1982.

LEAL, Vitor Nunes. Coronelismo, Enxada e Voto. R.J.Ed. Forense,
1948.

LYRA FILHO, Roberto. O que é Direito. 2ª ed. Ed. Brasiliense ,
1982.

LOBO, Pelágio. Recordações das Arcadas. S.P. Ed. USP, 1953.

- MACEDO, Sílvio. História do Pensamento Jurídico. R.J. Ed. Freitas Bastos, 1982.
- MACEDO, Ubiratan. Metamorfoses da Liberdade. S.P. Ed. Ibrasa/MEC, 1978.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. Histórias das Idéias Jurídicas no Brasil. S.P. Ed. Grijalbo, 1969.
- MARTINS JR. História do Direito Nacional. 2ª ed. Pernambuco, Coop. Editora e Cultura Intelectual, 1941.
- MEIRA, Sílvio. O Direito Vivo. Goiânia, Ed. da Universidade Federal de Goiânia, 1984.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. A Alma do Tempo. R.J. Ed. José Olympio, 1961.
- MENEZES, Djacir. Tratado de Filosofia do Direito. S.P. Ed. Atlas, 1980.
- _____. Teses quase Hegelianas. S.P. Ed. Grijalbo, 1972.
- MERCADANTE, Paulo. A Consciência Conservadora no Brasil. 2ª ed. Rio. Ed. Civilização Brasileira, 1972.
- MIRANDA, Pontes de. Introdução à Política Científica. R.J. Ed. Garnier, 1924.
- OGGERO, Ubirajara. As Origens do Pensamento Filosófico no Brasil. In Revista Convivium, nº 1/86. S.P.
- PAIM, Antônio. História das Idéias Filosóficas no Brasil. 4ª ed., S.P. Ed. Convívio, 1987.
- PEREIRA BARRETO, L. Obras Filosóficas. S.P. Ed. Grijalbo, 1957.

- PROJETO RONDON. As Constituições Brasileiras. Brasília, Min. do Interior, 1986.
- REALE, Miguel. Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. S.P. Ed. Saraiva, 1978.
- _____. Filosofia em São Paulo. Ed. Grijalbo, 1962.
- _____. Horizontes do Direito e da História. S.P. Ed. Saraiva, 1977.
- _____. Filosofia do Direito. 9ª ed., S.P. Ed. Saraiva, 1985.
- _____. Pluralismo e Liberdade. S.P. Ed. Saraiva, 1963.
- _____. Memórias. Vol I e II. S.P. Ed. Saraiva, 1986/88.
- _____. Experiência e Cultura. S.P. Ed. Grijalbo, 1977.
- RODRIGUES, H.W. Ensino Jurídico, Saber e Poder. S.P. Ed. Acadêmica, 1988.
- SÁ & BENEVIDES. Philosofia Elementar do Direito Público. S.P., 1887.
- SALDANHA, Nelson. O Pensamento Político no Brasil. Rio, Ed. Forense, 1979.
- SALLES, Alberto. Ensaio sobre a Moderna Concepção do Direito. S.P., 1885.
- SENADO FEDERAL. O Poder Legislativo e a Criação dos Cursos Jurídicos. Brasília, 1977.
- SOUTO, Cláudio & FALCÃO, J. Sociologia do Direito. S.P. Ed. Pioneira, 1980.

SOUZA, Braz F.H. de. Do Poder Moderador. Recife. Ed. Tipografia Universal, 1864.

SOUZA JR, José Geraldo e Outros. O Direito achado na rua. Brasília. EUB, 1988.

TOBIAS, J. A. História das Idéias no Brasil. S.P. Ed.E.P.U.,1987.

VALADÃO, Haroldo. História do Direito, especialmente do Direito Brasileiro. 4ª ed. R.J. Ed. Freitas Bastos, 1980.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao Bacharelismo. 2ª ed.S.P. Ed. Perspectiva, 1987.

VIANNA, Oliveira. Problemas do Direito Corporativo. R.J. Ed.José Olympio, 1936.

WARAT, L.Alberto. O Direito e sua Linguagem. 2º vol., Porto Alegre, Ed. Sérgio Fabris, 1984.

_____. A Ciência Jurídica e seus dois Maridos. Ed. Sta Cruz do Sul, 1985.

_____. Ensaio sobre o Surrealismo Jurídico. S.P. Ed. Acadêmica, 1988.