

Os guardiões da modernidade: debate jurídico na virada para o século XX

Maria Thereza Rosa Ribeiro*

Resumo: Esta apresentação procura interpretar o embate jurídico travado na controvérsia do projeto do Código Civil, em 1902, entre o jurista Clóvis Bevilacqua e o senador Rui Barbosa, acerca do uso da linguagem da codificação civil brasileira e da concepção diferencial do direito presentes no cientificismo e no liberalismo. A tensão entre estas distintas filiações acadêmicas remete-nos a investigar os dilemas da sociedade, que ainda seguindo padrões tradicionais, já experimentava mudanças nas relações sociais.

Palavras-chave: direito, cientificismo, liberalismo, positivismo.

Abstract: This presentation attempts to articulate three traditions, the juridical knowing, the historical and the sociological with the purpose of interpret the controversy of the project of the Civil Code, in 1902, between jurists concerning to the use of the language of the Brazilian civil codification and the distinguishing conception of the right in the “*cientificismo*” and liberalism.

Keywords: right, “*cientificismo*”, liberalism, positivism.

Na virada para o século XX a sociedade brasileira já experimentava mudanças nas relações sociais propiciadas com o estabelecimento paulatino da modernização das formas mercantis e industriais. A entrada de novas técnicas de produção nas fábricas coincidiu, no período, com: a expansão das cidades, o aumento da massa de trabalhadores, a inovação dos meios de locomoção e de comunicação, e a importação de bens de consumo. Os benefícios desse processo de modernização embora fossem, quase exclusivamente, assimilados pelas elites, outras camadas sociais quando os presenciavam, usufruíam-os precariamente. Foi neste cenário de mudança que despontou o debate dos direitos reais e pessoais, reservado, segundo a nova tradição, aos bacharéis habilitados para nomear os direitos.

No que tange a sociologia do direito, as novas tradições atuam sobre a definição do direito, ressoando em diversos empregos que dele se faz. Por novas tradições entende-se, no sentido atribuído por Giddens (1997), como o produto do entrelaçamento do início da modernidade com a tradição, de sorte que o caráter híbrido assumido pela modernidade se faz por ela não descartar as tradições e religiões, afirma-as na formulação dos elementos que regulam e normatizam a vida social. Como afirma Lash (1997:240), a tradição se constitui da

* Professora do Depto. de Sociologia e Política, UFPEL. Doutora em Sociologia, pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia, USP. Este texto é o resultado da pesquisa - Da racionalidade do direito civil a da segurança social: uma análise da construção do Estado-providência no Brasil, (1891-1945). Colaboraram na pesquisa os alunos Leonildo P. de Sousa (PIBIC/UFPEL, 2000-02) e Priscila F.V.Rodrigues (BIC/FAPERGS, 2000-02).

“memória coletiva” a qual é uma “estrutura normativa de conteúdo moral” voltada “para reconstrução do ‘tempo passado’, que por sua vez ‘organiza o tempo futuro’”. Giddens descreve cinco situações em que se apresentam “interconexões entre o início da modernidade e a tradição”, dentre essas, chama a atenção ao que ele considera: “o papel legitimador da ciência, em geral compreendido de uma maneira positivista, perpetuava idéias de verdade que, em qualquer proporção na cultura popular, mantinha fortes laços com a verdade formular”. Acrescenta que “as lutas entre “ciência e religião” ocultavam o caráter contraditório dos seus apelos à “autoridade” inquestionável. Por isso, muitos especialistas eram, na verdade, guardiães e configuraram formas adequadas de deferência. (GIDDENS, 1997: 116). A ciência é, na modernidade precoce, um campo do especialista, em contrapartida o público leigo aceita o conhecimento daquele como definitivo e acabado, porém são de fato os conhecimentos leigos que bastam para a vida cotidiana e centralizam as idéias de “fé e destino para explicar o futuro”. Haja vista a permanência da distância entre as ações dos especialistas e as práticas cotidianas dos leigos, aparece mais no poder simbólico da deferência (respeito, consideração) do que no da referência (argumentação), o que se mantinha com a difícil compreensão da linguagem jurídica por parte dos leigos. Em analogia, os especialistas da modernidade precoce agem como os guardiães da sociedade tradicional, substituindo “competência” por “sabedoria”, a posse de um desses atributos tanto para um quanto para o outro, confere “um *status* distinto e generalizado na comunidade, como um todo” (GIDDENS, 1997: 110). A natureza da relação do poder e saber está posta nas duas formas sociais, embora a interconexão de ambas marque, na modernidade, o conteúdo de legitimação da mudança social.

Lévy-Bruhl (1997: 41-77) observa que as fontes originárias do Direito podem ser: o costume, a lei, a jurisprudência e a doutrina. Sendo assim, cada uma dessas propostas já traz consigo uma orientação distinta. Estas diferentes concepções normalizam a forma do *corpus* jurídico, na medida em que com a filiação a uma dessas idéias, os bacharéis formalizam as divisões entre “a tradição dita alemã e francesa e a (...) anglo-americana” (BOURDIEU, 1989: 218). Na primeira tradição, cuja orientação segue o jurista Clóvis Beviláqua, a concepção do direito alinha-se a prioridade da doutrina “sobre o procedimento e a tudo o que diz respeito à prova ou à execução da decisão, retraduz e reforça o domínio da alta magistratura, intimamente ligada aos professores, sobre os juízes (...)” (ibidem). Aqui, a formação universitária constitui o “capital jurídico” que habilita os juristas “a reconhecer a legitimidade das suas construções (...)” a partir de tal reconhecimento eles ganham o poder de nomear as coisas, fazendo-as existir. Na vertente anglo-americana seguida por Rui Barbosa, pelo

contrário, o direito tem como fonte a jurisprudência ajustada, na maior parte dos casos, aos “acórdãos dos tribunais e (...) [à] regra do precedente e fracamente codificado (...)”. Ele prioriza os procedimentos “que devem ser leis (...) e cuja mestria se adquire, sobretudo pela prática ou por técnicas pedagógicas que têm em vista aproximarem-se ao máximo da prática profissional” (ibidem). No que cabe a ação jurídica, conforme Bourdieu (1989: 219), “a força relativa das diferentes espécies de capital jurídico (...) [nas distintas] tradições” passam, indubitavelmente pela reconversão das posições no campo jurídico para o campo do poder “que, por meio do peso relativo que cabe ao “reino da lei” (...) ou à regulamentação burocrática, determina os seus limites estruturais pela eficácia da ação propriamente jurídica”. Assim, a ação jurídica pode estar reduzida pela dominação que o Estado exerce na administração pública e privada, ou pode se estender dos limites do campo jurídico, “na política, na administração, nas finanças ou na indústria”. Essas distinções ajudam a leitura dos motivos do debate sobre a codificação das relações sociais datada na sociedade brasileira. Para tanto, é interessante verificar o ambiente acadêmico de formação dos bacharéis em direito o século XIX.

A idéia de criar dois cursos jurídicos no país, um ao Norte e outro ao Sul, foi aprovada na sessão de 31 de agosto de 1826 da Assembléia Geral Legislativa, e depois sancionada por D. Pedro I, convertida em lei a 11 de agosto de 1827. Assim foram instalados dois cursos de ciências jurídicas e sociais no Brasil: um localizado na cidade de São Paulo e outro localizado na cidade de Olinda. Em São Paulo o curso foi inaugurado em 1º de março de 1828, em Olinda foi a 15 de maio de 1828, onde permaneceu até o final de 1854, quando a faculdade foi transferida para a cidade de Recife.

O divisor de águas das duas Escolas deu-se com a afirmação da Faculdade de Direito de Recife como centro de produção e irradiação intelectual, contraposta “a ausência de espírito científico e doutrinário [que] marcou, decisivamente, o processo de ensino aprendizagem na Academia de Direito de São Paulo” (ADORNO, 1998:121). Na Faculdade de São Paulo havia um desprestígio pela carreira de docente de ensino superior. A formação dos acadêmicos obedecia a um clima extracurricular, tendo um papel destacado a atuação na militância política, na literatura e, sobretudo no jornalismo, que se constitui em um espaço de disputa das lutas políticas. No período de 1871-1884, eram três as linhas de orientação que influenciavam a imprensa acadêmica de São Paulo: liberalismo, conservadorismo e republicanismo. Segundo Adorno (1988:176), “o periodismo acadêmico aproximou-se das lutas partidárias. Os jornais circulantes solidificaram-se enquanto órgão de expressão coletiva, pois se constituíam em porta-vozes das associações literárias, científicas e políticas”. O autor

desvela, através da imprensa acadêmica, a maneira como os acadêmicos expressavam a crença na “ciência e (...) [no] pensamento”, a qual deveria “intervir no curso da história, organizar a vida humana, impor padrões adequados e civilizados de sociabilidade”. Este ambiente contribuiu para que saíssem, da Academia de Direito de São Paulo, deputados, senadores, ministros e presidentes de província. Observa-se que a orientação se dava em uma formação muito mais de caráter político do que propriamente jurídico. Já a Faculdade de Direito de Recife, caracterizou-se por formar doutrinadores, tendo inclusive constituído um grupo de estudiosos, a que se deu o nome de Escola do Recife. Este foi um movimento intelectual surgido num processo de diferenciação do chamado *surto de idéias novas* dos anos setenta do século XIX. Segundo Sílvio Romero, o movimento foi primeiramente político, depois crítico e filosófico e, por último, jurídico. A Escola de Recife passou a ser ponto de referência no cenário nacional, “pela reforma na compreensão do direito, pela modernização de instituições, como é o caso do código civil” (PAIM, apud ORLANDO, 1975: 15).

No decorrer da década de 70 do século XIX, o positivismo e o cientificismo mobilizaram os ânimos dos militares, bacharéis, políticos e setores das camadas médias nacionais ao oferecer um conteúdo “filosófico e científico” que semeou a ideologia contrária ao regime monárquico (CARVALHO, 1984:150), de sorte que alimentou o descontentamento dos republicanos advinda da crise do império. Todavia, a doutrina positiva recebeu diferentes interpretações, cujo mapeamento apresenta o comtismo, o agnosticismo spenceriano, o darwinismo, o materialismo, o cientificismo, convivendo lado a lado. Cada uma dessas tendências coexistiu em diversos espaços públicos no território nacional: na Escola do Recife, onde sobressaíram Tobias Barreto, Sílvio Romero, Clóvis Beviláqua, entre outros; no Apostolado e na Igreja Positivista do Brasil, no Rio de Janeiro, onde se destacaram Miguel Lemos e Teixeira Mendes; em São Paulo, o positivismo-metodológico não-ortodoxo a la Littré, agregava o médico, Pereira Barreto, e o bacharel Alberto Salles; no Rio Grande do sul, o positivismo político combinava-se ao castilhismo de Júlio de Castilhos, Borges de Medeiros e Pinheiro Machado (BOEIRA, 1980, ALONSO, 1996, FRAGALE, 1998, RIBEIRO, 1999). Adorno (1988: 162) ressalva que “o liberalismo não foi a única expressão ideológica no interior da Academia de Direito de São Paulo”, os acadêmicos conviveram num ambiente tensionado pela propagação de “outras correntes de pensamento, inclusive com as expressões mais radicais do conservadorismo. Outras vezes, entrou em conflito aberto, sobretudo quando, no curso da década de 1870, a introdução do positivismo veio a lhe disputar supremacia”. Na Escola do Recife, o alvo da ação dos bacharéis fora, também, o combate à monarquia,

“entendida como obstáculo ao progresso (...)” de sorte que a obra de Comte, Darwin, Taine, Renan e tantos outros, serviram de suporte filosófico (PAIM apud ORLANDO, 1975: 14-19).

Na Escola do Recife, Tobias Barreto (1839-1889) formara seus discípulos. Entrou para a Faculdade de Direito como professor substituto em 1882, sendo promovido a catedrático em 1887. No início Tobias Barreto preservou o positivismo como orientação, para depois abraçar o monismo haeckeliano, na tentativa de superar a influência do positivismo. Assim, em filosofia do direito, Tobias filiou-se a escola de Jhering e Hermann Post, que trazia para o direito a teoria de Darwin e Haeckel. O professor compreendia o direito como fenômeno histórico e social, portanto criado pela própria sociedade, a exemplo da concepção de Jhering que dizia: “o conjunto das condições de vida da sociedade, no sentido mais amplo da palavra, coativamente asseguradas pelo poder público”. Entretanto, Tobias Barreto modificou essa máxima retirando da definição o “poder público”, para acrescentar “desenvolvimento da sociedade”. Além disso, ele concebia a idéia de direito a de poder disciplinador do homem em favor da sociedade que “consegue estabelecer a harmonia dos interesses dos indivíduos à coexistência pacífica dos homens”. Com base na visão monística de um evolucionismo *sui generis*, Tobias Barreto considerou o direito “o processo de adaptação das ações humanas à ordem pública, ao bem-estar da comunhão política, ao desenvolvimento geral da sociedade” (BEVILÁQUA, 1977: 365). Dessa forma, para Tobias Barreto, o direito é “uma criação humana que se desenvolve com a civilização”, que “varia no tempo e no espaço, conforme uma multiplicidade de circunstâncias” (ORLANDO, 1975: 86).

Rui Barbosa (1849-1923), jurista e político, cursou os dois primeiros anos da Faculdade de Direito (1866-1867) na Escola do Recife, terminando o curso na Academia de São Paulo. Não seguiu a carreira de docente, mas recebeu da Faculdade de Direito do Recife o título de professor honorário, devido ao “esforço para o progresso do Direito” no país. Durante o primeiro ano, no Recife, participou de uma sociedade abolicionista fundada por Castro Alves, Augusto Guimarães, Plínio de Lima e outros. Foi um dos responsáveis pela elaboração do projeto de Constituição Federal, 1891, a ser submetido à Assembléia Constituinte, onde defendeu a aplicação do pensamento liberal no país (BARRETO, 1991: 28). Clovis Beviláqua (1859-1944) foi jurista e professor da Faculdade de Direito do Recife, bem como autor de diversos livros, principalmente sobre matérias de direito civil. Adepto das teorias de Gabriel Tarde, Beviláqua considerava que a imitação no campo das leis do direito era algo que poderia esclarecer pontos obscuros da jurisprudência. Segundo o jurista, não deveria haver um acúmulo de legislações sobre legislações, porém caberia ao jurista entrar em contato e confrontá-las com a dos “povos mais cultos”. Ponderava que para os “povos

criadores” o direito é tradicional, ainda assim progressivo, pois a imitação se dobra sobre o passado, onde encontra modelos. Segundo o jurista, esses povos são dotados de poderosa seleção jurídica e sabem melhor que os outros extrair dos fenômenos gerais da coexistência as regras. Nos povos imitadores (antítese aos criadores), as legislações possuem um caráter de estrangeirismo, de cunho importado. Ele advertia, porém que esta classificação não é algo fixo, mas deve ser considerado sobre o ponto de vista da “preponderância” das escolas de direito. Com base neste argumento, Beviláqua (1892) propunha o estudo comparado do direito privado francês, alemão e italiano, e nas relações do direito público o inglês e o americano, pois esses representavam o que ele denominava os “povos criadores”. Na perspectiva da Escola do Recife, Beviláqua (1977: 378) admitia o princípio que dominava a idéia do direito, como: “forma da coexistência humana, deverá ser estudado, objetivamente, como os fenômenos do universo”.

R. Barbosa pediu, quando teve seu nome indicado para fazer a revisão do projeto do código civil, para ser dispensado da função, alegando que não teria o tempo necessário para a execução de tal tarefa. O senador justificava que um código civil deveria ser amplamente debatido e pensado, por isso mereceria um espaço de discussão mais longo. Ele definia o projeto do código civil dessa forma: “Rápido, mas ruim. É a última versão de ordem e progresso” (1911: 565). Após muita insistência por parte do Senado, acabou por ceder e entendeu que o Senado colocava a elaboração do código em um plano superior à luta política, ao “antagonismo entre o governo atual e a oposição, que eu [R.Barbosa] represento” (1911: 556). A primeira crítica de R.Barbosa tratou do trabalho da correção gramatical feito por um gramático que não era nem parlamentar, nem “jurisperito” (1904: 42). Ainda criticou o uso de neologismos e galicismos, o que R. Barbosa chamou de “francesice insciente”. Para ele, este tipo de atitude era extravagante, pois, possuía trejeitos que invertiam a corrente natural da linguagem através da imitação. Também se posicionou contra o uso de arcaísmos e classicismos, ao criticar o uso de palavras ininteligíveis ao ouvido comum da época, defendendo uma linguagem mais corrente.

Com base na crítica aos usos de expressões e palavras alheias à língua fluente na sociedade brasileira, a expressão “direito autoral” possibilitou uma discussão. Tobias Barreto já havia utilizado essa expressão que se consolidou na lei n. 496, de 1º de agosto de 1898, denominada pelo homônimo do autor e deputado, Medeiros e Albuquerque. Apoiando-se na autoridade de Bluntschli, Lange, Dahi, Tobias advogava a opinião de que a relação pessoal é preponderante a dos direitos reais, pois é a do direito primitivo e a mais íntima (BEVILÁQUA, 1892). R.Barbosa considerava o vocábulo *autoral* um neologismo, e se

posicionou contra este tipo de criação, sugerindo o termo “direito de autor”. O senador aderiu a esse vocábulo, pois nele estava compreendida a acepção liberal de direito do indivíduo concernente à: liberdade dos autores de “obras literárias e artísticas” de reproduzirem-na, “pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determina” (Constituição Federal, 1891, art.72 §26). Os direitos das pessoas é entendido como atributos inerentes aos indivíduos (ser dotado de inteligência) ou a sua personalidade. Já Beviláqua (1977:371) tinha uma postura simpática quanto termo direito autoral, porém, lamentava que na redação final do Código Civil de 1916, tivesse predominado a denominação francesa de *Propriété Litteraire, Scientifique et Artistique*. Ele disse em defesa daquela expressão: “é hoje aceita geralmente a classificação alemã dos direitos civis; direitos das pessoas, de família, das coisas, das obrigações, de sucessão. É questão saber onde devemos incluir o direito autoral, se na categoria das pessoas (pura personarum), se na dos direitos reais (...)”. Esta discussão acabou por se ligar a outra, quando pretendeu definir o que designar como obra literária. Beviláqua, dizia que possui direitos de autor, quem for o editor de “obra composta de artigos ou trechos de autores diversos, formando um todo, como jornais, revistas, dicionários, enciclopédias (...)” (apud BARBOSA, 1904: 513-514). R.Barbosa opunha-se com o argumento: “revistas, jornais, gazeta, folha”, segundo ele, são publicações. O senador aceitou incluir entre as obras literárias os artigos em jornais, porém, não considerou nessa classificação o meio de comunicação. Segundo ele, o jornal e a revista constituem o meio ou instrumento pelo qual as produções do domínio literário se publicam (BARBOSA, 1904: 520). Estes aspectos apontam para as divergências existentes entre C. Beviláqua e R. Barbosa, principalmente no que se refere a linguagem utilizada no Código Civil. O primeiro admitia que possuía indiferença à correção da linguagem, na elaboração de leis, acreditava que: “a estética das construções jurídicas está antes na disposição e encadeamento hierárquico das idéias, na clareza do pensamento que deve atuar como ordem, no matiz peculiar a cada conceito, do que no sabor clássico da frase” (apud BARBOSA, 1904:503). O segundo dizia defender não “o sabor clássico”, contudo “a exatidão vulgar da sintaxe”, presente no “verdadeiro costume do nosso falar”, que marca individualidade da linguagem do país (BARBOSA, 1904:507).

Durante os debates do projeto do Código Civil Brasileiro, a polêmica centrou-se nas diferentes concepções de direito e interpretação da vida nacional representadas por duas tradições acadêmicas distintas. Nesse cenário de disputas, observa-se a influência do monismo, do positivismo científico, entre outras correntes caudatárias da ideologia conservadora no século XIX, que excederam o ambiente intramuros acadêmicos e se fizeram

atuantes na redação do código civil. Conforme define Lévy-Bruhl (1997:24), a escola monista agrega “quase todos os juristas, acredita que um único tipo de grupo social, o grupo político (atualmente conhecido pela denominação genérica de sociedade global) está habilitado a criar normas de direito”. Esta idéia, inconscientemente ou não, permeou a elaboração do Código Civil. Os leigos, porém distantes e ausentes nas discussões da redação, postaram-se como expectadores do desfecho levado por um pequeno grupo de juristas e de políticos os quais manifestaram e observaram o conteúdo da codificação. Dessa forma, a sociedade civil esteve alijada do processo de decisão, pois os projetos circulavam entre os especialistas em direito. Frequentemente, uma única pessoa ficava responsável pela redação do projeto, não havia espaço para outros grupos sociais darem suas opiniões. Depois os projetos eram debatidos em comissões da Câmara e do Senado, constituindo-se assim, um circuito fechado. A consequência disso, é que aos leigos o conteúdo do código, de caráter cientificista, tornou-se incompreensível. Em que pesem as distintas tradições cientificistas e liberais do direito, pode-se considerar que elas se materializaram na sociedade, com a reconversão das posições no campo jurídico para o campo do poder, onde o bacharel legitimou sua ação e ocupou cargos de mandatário no Estado, além da formação da opinião pública na sociedade civil (ADORNO, 1998).

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Sérgio.(1998) *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- ALONSO, Ângela (1996) De positivismo e de positivistas. Interpretação do positivismo brasileiro. *Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais*. Anpocs, Rio de Janeiro. BIB n. 42.
- ARRUDA JR, Edmundo Lima de (org.).(1996). *Max Weber, Direito e Modernidade*. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica. (Letras Contemporâneas)
- BARBOSA,Rui.(1977). *Obras completas de Rui Barbosa*. v. xxxviii. 1911,Tomo I: *Discursos Parlamentares*. Ministério da Educação e Cultura. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.
- _____. (1904). *Réplica do Senador Ruy Barbosa ás defesas da redacção do Projeto da Câmara dos Deputados*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.
- BARRETO, Vicente (org.)(1991). *O liberalismo e a Constituição de 1988. Textos selecionados de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

- BEVILAQUA, Clóvis.(1892). As leis da imitação no domínio do direito. *Da Revista Acadêmica do Recife* (extraído do Diário Oficial de 21 de julho de 1892)
- BEVILÁQUA, Clovis. (1977). *História da Faculdade de Direito do Recife*. 2ª Edição. Ministério da Educação e Cultura. Brasília: Instituto Nacional do Livro.
- BOEIRA, Nelson. (1980). Rio Grande do sul de Augusto Comte. In: Dacanal. José. e Freitas, Décio (orgs). *RS: Cultura e ideologia*. Porto Alegre: Mercado Aberto.
- BOURDIEU, Pierre (1989). *O poder simbólico*. Lisboa: DIFEL.
- CARVALHO, José (1984) *A construção da ordem: a elite política imperial*. Brasília: UNB.
- CÓDIGO CIVIL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. (1917). Edição Comentada por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.
- FRAGALE FILHO, Roberto da Silva.(1998). *A Aventura Política Positivista: um projeto republicano de tutela*. São Paulo: Editora LTr.
- GIDDENS, Anthony; BECK, U. & LASH, S.(1997). *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social*. São Paulo: UNESP.
- LÉVY – BRUHL, Henri. (1997). *Sociologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- ORLANDO, Artur.(1945) *Ensaio de Crítica*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Editorial Grijalbo Ltda.
- REVISTA ACADÊMICA DO RECIFE*. (1892). BEVILÁQUA, Clovis. *Algumas observações sobre o direito autoral*. (Extraído do Diário Oficial de 02 de julho de 1892)
- RIBEIRO, Maria Thereza Rosa (1999). *Vicissitudes da questão social no Brasil. Liberalismo versus positivismo na passagem do trabalho escravo para o trabalho livre(1870-1905)* Tese de doutorado (Doutorado em Sociologia) – FFLCH, Departamento de Sociologia. Universidade de São Paulo. São Paulo.