



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marja Mangili Laurindo

**A INTERPRETAÇÃO NA CULTURA JURÍDICA DA PRIMEIRA
REPÚBLICA:**

“Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu
espírito”

Florianópolis

2022

Marja Mangili Laurindo

**A INTERPRETAÇÃO NA CULTURA JURÍDICA DA PRIMEIRA
REPÚBLICA:**

“Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu
espírito”

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Doutora em Direito
Orientador: Prof. Dr. Diego Nunes

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra

Laurindo, Marja Mangili

A interpretação na cultura jurídica da Primeira República : "Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito" / Marja Mangili Laurindo ; orientador, Diego Nunes, 2022.

229 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

1. Direito. 2. Interpretação. 3. Cultura jurídica brasileira. 4. Primeira República. 5. História constitucional brasileira. I. Nunes, Diego. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. III. A interpretação na cultura jurídica da Primeira República : "Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito" .

Marja Mangili Laurindo

A interpretação na cultura jurídica da Primeira República: “Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito”.

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Arno Dal Ri Jr., Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profa. Débora Ferrazzo, Dra.
Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Prof. Antônio Carlos Wolkmer, Dr.
Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutora em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Diego Nunes
Orientador

Florianópolis, 2022.

Ao Bandini, meu fiel escudeiro.

AGRADECIMENTOS

Finalmente cheguei a esta parte, em que posso agradecer àqueles que me ajudaram durante este longo período de escrita da tese. Confesso que por muitas vezes perdi de vista este momento. Encontrá-lo é como alcançar um sentimento de redenção, em que sou invadida por lembranças tão positivas e tão duras. Estou muito feliz de estar aqui e poder escrever estas palavras.

Muitas pessoas passaram pela minha vida ao longo deste doutorado. Todas elas contribuíram para o meu crescimento, independentemente do que deixaram. Aqui, cabe apenas citar as pessoas que me fizeram imenso bem e contribuíram para a concretização deste trabalho.

À Joana Rigoni, que me amparou incondicionalmente durante todo esse período. Sem você, amiga, nada disso seria possível. Te amo!

À Rosana e Reginaldo Rigoni, que me acolheram em muitos momentos como parte de sua família.

À Manuela Pessoa, amiga querida, que me deu força e exemplo para seguir lutando neste mundo cão para as mulheres.

Ao Victor Cavallini, pelo apoio durante todo o tempo de escrita da tese. Também agradeço seus pais, Rosane e Auri Cavallini.

À Karine Grassi, ao Daniel Rocha Chaves, Gabriela Kyrillos, Camila Damasceno, Ana Paula Rengel e Danilo Christiano Antunes Meira, companheiros de luta no PPGD. Mesmo distantes, vocês foram e ainda são fundamentais para esta pesquisa.

Ao Guilherme Zimmer, pela compreensão e suporte.

À minha família, que me ensinou a ter amor ao conhecimento.

Ao Professor Diego Nunes, meu grande exemplo de professor e orientador, que me acolheu durante esta caminhada como um excelente profissional e um verdadeiro *gentleman*.

À secretaria do PPGD, à Cida, à Helô e ao Fernando.

A todas as políticas públicas fomentadas nos anos do governo do Partido dos Trabalhadores, que possibilitaram a minha permanência na Univerdade durante toda minha formação acadêmica, por meio de bolsas e outros incentivos. Sem elas, seria praticamente impossível para uma família pobre do interior de Santa Catarina ir além da formação escolar incompleta.

Ao CNPq, órgão indispensável para o desenvolvimento científico no Brasil, agência fomentadora desta pesquisa.

Aos professores que gentilmente aceitaram fazer parte da banca deste trabalho. Meus sinceros agradecimentos a todos vocês.

“Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito, que não é a interessada exploração das suas ambigüidades, mas o gênio positivo do seu sistema e a translúcida expressão dos seus textos capitais, derramando a sua claridade sobre os outros. Toda a letra, sem razão que a domine, e anime, morta é e mata”.

Rui Barbosa *In* Obra Completa, vol. XLI 1914, tomo IV, p. 52.

RESUMO

Este trabalho vai aos textos produzidos pela cultura jurídica da Primeira República a fim de apreender possível(is) conceito(s) de interpretação jurídica à época e verificar se estaria(m) atado(s) estritamente ao texto da lei. Utilizou-se a metodologia da história das ideias de Quentin Skinner para tal investigação, cujas fontes consistem em produções acadêmicas das faculdades de direito existentes no período: a Faculdade de Direito de São Paulo, Faculdade de Direito de Recife e a Faculdade de Direito de Minas Gerais. Além disso, serão analisados os textos de Pedro Lessa, Alberto Torres e Carlos Maximiliano, com o intuito de verificar se tais juristas, que ocuparam a posição de ministros do Supremo Tribunal Federal, dispunham de um conceito de interpretação constitucional e quais seus limites. Conclui-se que havia uma pluralidade de conceitos de interpretação jurídica no período, sendo boa parte dos juristas analisados adeptos de uma posição moderada e suscetível às necessidades contingenciais na busca por modernização social.

Palavras-chave Interpretação. Cultura jurídica brasileira. Primeira República. História constitucional.

ABSTRACT

This work goes to the texts produced by the legal culture of the First Republic to apprehend possible concept(s) of legal interpretation at the time and to verify if they were strictly tied to the text of the law. Quentin Skinner's history of ideas methodology will be used for this investigation, whose sources will be the academic productions of the existing law faculties in the period: Faculdade de Direito de São Paulo, Faculdade de Direito de Recife and Faculdade de Direito de Minas Gerais. In addition, the productions of Pedro Lessa, Alberto Torres and Carlos Maximiliano will be analyzed, to verify whether these jurists, who held the position of ministers of the Federal Supreme Court, had a concept of constitutional interpretation and what its limits. There was a plurality of concepts of legal interpretation in the period, with a good part of the analyzed jurists supporting a moderate position and sensitive to the contingent needs of social modernization.

Keywords: Interpretation. Brazilian Legal Culture. First Republic. Constitutional History

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
2	A HISTÓRIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA CONFORME OS MANUAIS DE DIREITO CONSTITUCIONAL.....	24
2.1	A interpretação situada na cultura (jurídica) brasileira: a procura pela identidade nacional	32
2.2	Entre fidelidade e atualização: a interpretação do direito no período colonial	55
2.3	Interpretação no período imperial: boa razão e moralismo.....	61
2.4	quem dá a última palavra é quem pode interpretar: o controle de constitucionalidade como parâmetro de competência interpretativa do judiciário	71
3	A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA ENTRE MARASMO E VERTIGEM.....	76
3.1	A interpretação constitucional política e juridicamente situada.....	79
3.2	O supremo tribunal federal da primeira república: a “sentinela de duas soberanias” não deve ser <i>cega</i>	85
3.3	DE PERTO TODO MOSAICO É INCOERENTE: A INTERPRETAÇÃO RETRATADA NAS REVISTAS ACADÊMICAS.....	93
3.3.1	Revista da Faculdade de Direito de São Paulo	95
3.3.2	Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife	115
3.3.3	Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais.....	129
4	JURISTAS INTÉRPRETES DO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO NACIONAL EM DISPUTA.....	154
4.1	o espírito da lei sob disputa: a interpretação e os limites políticos do judiciário	157
4.2	INTERPRETAÇÃO E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE (JURÍDICA) BRASILEIRA EM DISPUTA.....	182
4.2.1	Pedro Lessa e a modernização jurídica civilizatória	182

4.2.2	Alberto Torres e a questão nacional.....	190
4.2.3	Carlos Maximiliano: a interpretação jurídica entre a “velha” e a “nova” República	200
5	CONCLUSÃO.....	216
	REFERÊNCIAS.....	219

1 INTRODUÇÃO

Paolo Grossi, em *Mitologias jurídicas da modernidade* (2004, p. 11), descreve como deve agir um historiador do Direito: ao lado do operador do direito positivo, deve atuar como uma espécie de consciência crítica que põe em dúvida a narrativa do senso comum dos juristas. Aquilo que Grossi aponta como uma verdadeira *desmistificação cultural* (2004, p. 12) é necessária à passagem de um mecanismo de *crença* a outro, de *conhecimento*. Não por descuido terminológico, Grossi compreende o primeiro como *propaganda*.

O iluminismo político-jurídico precisa do mito porque precisa de um absoluto ao qual se agarrar; o mito cobre nobremente a carência de absoluto que foi colocada em prática e preenche um vazio que poderia se tornar arriscadíssimo para a estabilidade da nova estrutura da sociedade civil (GROSSI, 2004, p. 58).

Tal esforço de criação de um local firme sobre o qual repousar os fatos, isto é, a própria criação de mitos jurídicos, é certamente suscitado por interesses contingenciais de classe: aquilo que é “confusão, desordem, mundanidade, complexidade” (GROSSI, 2004, p. 60) é transformado pela mitologia em produto certo de uma história provida de sentido claro.

Embora o autor esteja situando tal observação para o contexto europeu do direito moderno, em uma crítica à redução do direito à norma e da lei positiva como única fonte de soberania, pensa-se que há algo nesse olhar sobre a cultura jurídica ocidental que pode, dentro dos alguns parâmetros comuns, servir de partida para o estudo do Direito brasileiro e sua história.

Desconfio que há também uma mitologia histórica em torno do constitucionalismo brasileiro.

A história contida nos manuais de Direito Constitucional do período posterior à Constituição de 1988 dita um enredo uníssono, certo, cuja estrutura se repete, pode-se dizer, de maneira *enfadonha*. Trata-se da narração de uma trama de glorioso movimento revolucionário, em alguns aspectos, que coloca abaixo, de maneira epopeica, uma tradição jurisdicional e institucional de completa negligência relativamente à interpretação jurídica nacional.

Diz Hespanha que “a missão da história do direito é antes a de *problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos

nostros dias é *o racional, o necessário, o definitivo*” (HESPANHA, 2009, p. 21). O direito e as soluções jurídicas são sempre *situadas*. Ele também nos ensina que a “intromissão de conhecimento social empírico no mundo dos valores jurídicos é ainda largamente inaceitável”, devido ao grande apego ao estudo das normas e às vagas demonstrações de conhecimento que costumam terminar como apologias (HESPANHA, 2009, p. 22).

O direito costuma se legitimar, afirma Hespánha, em “argumentos de caráter histórico” (HESPANHA, 2009, p. 23). Ainda que esteja tratando da cultura jurídica europeia, penso que a ideia se encaixa perfeitamente ao contexto brasileiro. Se a história do direito ofereceu aos juristas do século XIX ferramentas para “ajudar a definir o conteúdo da constituição – como pretendeu uma boa parte do constitucionalismo dos inícios do sec. XIX a identidade (ou o “espírito”) jurídica ou política de uma nação” (HESPANHA, 2009, p. 24), sabe-se que o objeto, hoje, é atravessado pelo olhar daquele que lê.

Assim, a tarefa a que me proponho se depara com uma dificuldade em particular quando se trata de analisar o entendimento de “interpretação” na Primeira República: muitas palavras utilizadas pelos juristas daquele período se mantiveram, ao menos terminologicamente, as mesmas. O seu sentido, sua *semântica*, no entanto, foi atravessada pelos inúmeros contextos desde então.

Será levado em consideração que o significado das palavras está diretamente associado à sua situação, nos mais diversos níveis. Isso porque “o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*” (HESPANHA, 2009, p. 27). O próprio sentido de “república”, no contexto do fim de uma monarquia, ganha outro viés quando comparado ao seu sentido hoje. O passado, diz o autor, tem sua *autonomia* (HESPANHA, 2009, p. 23).

Os trabalhos atuais na área jurídica, como vêm apontando estudiosos da área da História do Direito, pecam por uma introdução histórica genérica, muitas vezes completamente desnecessária para o avanço do tema proposto como objeto. Assim, é comum, a título de exemplo, que em alguns parágrafos se retorne à Lei de Hamurabi para introduzir qualquer tópico de pesquisa.

É um recurso natural para aqueles que acreditam que é preciso partir de algum ponto em que a história do direito *passou a ter um propósito*, ou *sentido*, do ponto de vista daquilo do que se deseja falar.

Quando se fala em interpretação jurídica, hoje, vai-se aos trabalhos produzidos no âmbito do direito constitucional. Assim se delineou a história jurídica brasileira, principalmente a partir dos discursos que, crescentemente, surgiram a partir da redemocratização pós-ditadura militar de 64, com a Constituição de 1988. Grande parte dos estudantes de direito encontra, nos manuais de direito constitucional, direcionamento sobre como interpretar o direito. Neles – ouso dizer – e na grande maioria das análises de Teoria do Direito (não necessariamente as melhores), se verifica a utilização do recurso a essa espécie de “história introdutória”, cuja linha de argumentação dificilmente é demonstrada, ao que parece para que seus comentários *façam sentido*.

A fim de tratar de tópicos de direito constitucional atual, como questões de interpretação constitucional, controle judicial de constitucionalidade, teoria constitucional e, de maneira mais ampla, de teoria do direito, esses manuais costumam seguir o mesmo percurso. Fala-se acerca da Revolução Francesa e Sieyès, da Constituinte Americana e do *Justice Marshall*, dá-se um salto para a Europa pós-Segunda Guerra e, por fim, chega-se ao Brasil de 1988.

Ao se falar propriamente da *história constitucional* brasileira, normalmente são apresentadas as constituições anteriores à Constituição Federal de 1988 em tópicos curtíssimos, os quais servem como menções de um passado distante. O âmbito do debate constitucional histórico nacional, seja em nível de doutrina ou de jurisprudência, sequer é mencionado. Quando trazidas, as constituições pré-88 são analisadas a partir da perspectiva estritamente legal, por análise de alguns artigos constitucionais, ou um ou outro tópico de maior relevância que alterou dispositivos das leis anteriores. A Constituição monárquica e da Primeira República recebem os menores comentários.

Este estudo vai a textos produzidos durante a Primeira República brasileira que possam indicar o que entendiam os juristas sobre interpretação, isto é, quais os termos, debates, que circulavam à época em torno de tal conceito. Além disso, busca-se compreender qual o conceito de interpretação – se há – constitucional para os juristas do período, a fim de avaliar não apenas se há ou não particularidades no âmbito da literatura constitucional com relação ao sentido amplo de interpretação. Visa-se, com isso, localizar o conceito “interpretação”, em suas implicações históricas e teóricas, na cultura jurídica da época, delineada pelas fontes escolhidas.

Tendo em vista a necessidade de *situar* o tema de maneira a fazê-lo dialogar com seu passado, será trazida a problemática a partir da Constituição de 1824, em diálogo com o trabalho produzido por Marcelo Casseb Continentino (XXXX) e os comentários de Francisco de Paula Baptista em *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* (1860), que perdurou como referência no assunto até a publicação, no século seguinte, de *Hermenêutica e aplicação do Direito* (1925), de Carlos Maximiliano.

Para adentrar de maneira mais adstrita à interpretação constitucional, optou-se pela investigação dos textos voltados especificamente à matéria ou que a tangenciem. Nesse sentido, o terceiro capítulo abordará obras de juristas como Alfredo Varela, Felisbello Freire, João Barbalho, Castro Nunes, Aliomar Baleeiro, Manoel de Mendonça e João José de Andrade Pinto, que trataram da Constituição de 1891 e situaram a interpretação em nível de “manual”, sobretudo.

Em atenção ao campo acadêmico, optou-se por promover a análise de textos das revistas das Faculdade de Direito de São Paulo, da Faculdade de Direito de Recife e da Faculdade de Direito de Minas Gerais, centros formadores dos juristas brasileiros à época. Com isso, espera-se saber de que maneira o conceito aparece nesse cenário.

Por fim, julgou-se pertinente ao presente estudo o olhar de três ex-ministros do Supremo Tribunal Federal à época: Pedro Lessa, Alberto Torres e Carlos Maximiliano. Ainda que os três autores não estejam ligados por uma linha direta entre si, seja por diálogo entre si ou convivência direta, ocuparam posição de intérpretes da constituição no exercício da posição de ministro daquele tribunal. Esses autores indicam perspectivas sobre a questão interpretativa de um ponto de vista situacional da interpretação constitucional do período e indicam distintas formas de encarar a interpretação ante a cultura jurídica brasileira: em Lessa, a discussão jurídica que se situa já nos anos iniciais da República que busca fazer conversar, quase como uma *ponte*, questões de direito natural e cientificização do direito; em Torres, a tentativa de alçar as discussões jurídicas às questões da construção de uma identidade (jurídica) nacional; em Maximiliano, a proposta de um modelo hermenêutico em meio à transição para a Era Vargas. Tais autores percorrem os percursos que desejo analisar: as discussões sobre interpretação envolta no contexto de discussões entre direito natural e direito positivo e a procura por uma identidade jurídica nacional.

Uma tentativa mais recente de conceituar o tema partiu de Fonseca (2008), que assim define cultura jurídica: “conjunto de significados (*standards* doutrinários, padrões de interpretação, marcos de autoridade doutrinária nacionais e estrangeiras, influências e usos particulares de concepções jusfilosóficas) que efetivamente circulavam na produção do direito e eram aceitos” e que “atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro”; seria também “um fato histórico antropológico que se dá a partir de elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, etc.) presentes na sociedade brasileira” (FONSECA, 2008, p. 259-260).

Não parece haver atualmente – ao menos em uma primeira visada – uma *discussão* sobre o conceito, ou sobre a *história* desse conceito, no campo do direito brasileiro. Isso quer dizer que, em maior ou menor medida, promover uma análise da cultura jurídica nacional demandaria um extenso trabalho ainda a ser feito.

Diante da carência de pesquisas históricas na área do direito que expliquem o termo “cultura jurídica brasileira”, adotar-se-ão as conceituações oferecidas por Geertz dentro dos parâmetros de análise de Chartier quanto ao rompimento com o pensamento dual da pesquisa histórica que chama de “tradicional” – linha adotada por historiadores do direito como Duve em *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*¹ (2014) e Pihlajamäki² – e todas aquelas apresentadas que oferecem a possibilidade de se estudar a história do direito desde um ângulo cultural, que compreenda a análise de discursos, conceitos, instituições, discussões acadêmicas, debates legislativos, doutrinas, isto é, análises que possam indicar a borda que dá corpo cultural ao(s) conceito(s) de interpretação circulados no Brasil.

Skinner já apontara para a tomada de espaço de estudos históricos em termos culturais, em detrimento de análises de história política, social e econômica. Nessa nova visada, passou-se a interpretar textos até então ignorados: “paintings and buildings no less than poems and philosophical treatises can be viewed and interpreted as texts” (SKINNER, 2008). Em *Visions of politics* (2002), Skinner parece equivaler “história da [nossa] cultura” à história da

¹ Um dos principais pontos dessa discussão de viés crítico, para Duve, é sobre como não cair nas aproximações eurocêntricas das realidades históricas: como parar de projetar as categorias europeias nas análises dos conceitos de outras realidades? O *Global Studies* também procura suscitar debates póscoloniais, salientando a necessidade de analisar não apenas a interconexão dos centros e das periferias, mas também de rever as categorias críticas utilizadas.

² O problema com as histórias do direito orientadas pela perspectiva da Escola Histórica do Direito europeu é que elas estabelecem um padrão pelo qual o direito da periferia é sempre medido em comparação com o direito do centro, do qual parte a análise. Aos periféricos é preciso dizer, defende Pihlajamäki (2015), que analisem suas histórias não com relação ao seu contato com a do centro, mas de que modo a história do direito difere dela e em que medida se assemelham.

linguagem³. Ele reflete sobre a alteração da palavra “cultura” como uma alteração concomitante da percepção sobre o que deve ou não ser encarado como uma, o que se dá *linguisticamente*⁴.

Desta forma, as fontes a serem analisadas o serão a partir do entendimento de que ocupam posição dialética diante do *outro*, isto é, aquilo que é produzido por autores estrangeiros e é deglutido pelos autores nacionais e que permite a visualização de sua própria imagem, daquilo que poderia ser considerado – ao menos uma parte – da cultura jurídica nacional, e que possa ser apreendido textualmente. Quer-se saber, ao fim, qual era o conceito (ou *conceitos*) de interpretação que circulavam e eram aceitos entre os juristas brasileiros, verificando os padrões de interpretação (se existirem), os autores ou escolas de pensamento com os quais se relacionavam. Para isso será de grande auxílio a compreensão do que os juristas entendiam por outros conceitos como direito, lei/constituição e a função do juiz, tópicos que dialogam e se associam a “interpretação”.

Dentre os autores que avançam para a área crítica do discurso apontado, Dimoulis parece ser um dos poucos que aborda a questão a partir de uma perspectiva mais cautelosa quanto ao aspecto teórico e histórico dessa questão constitucional. Quanto ao reconhecimento da força normativa da Constituição, cita Sieyès, que já no século XVIII defendia que “uma Constituição é um corpo de leis obrigatórias ou não é nada” (DIMOULIS, 2008, p. 4). Sobre a jurisdição constitucional, afirma que desde o século XIX os Estados Unidos – e em seguida diversos países europeus – adotaram o modelo de controle constitucional, inclusive o Brasil (desde a instauração da República no século XIX), o que entraria em conflito direto com a afirmação de que somente a partir da Segunda Guerra teria havido um pleno desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito (DIMOULIS, 2008, p. 6).

Por fim, quanto à “nova interpretação”, Dimoulis afirma que certamente o número de decisões que se baseiam em princípios cresceu nas últimas décadas, mas isso não significa um

³ “The history of our culture (and in consequence our language) has been punctuated with many such misunderstandings” (SKINNER, 2002, p. 167).

⁴ “Among terms previously used to evince condescension or even hatred, the classic example is provided by the word black (used as the description of a person), whether employed as an adjective or a noun. So too with the word queer. Among terms previously used to commend, we may note the relatively new and carefully neutral applications of such words as culture and civilisation. As Williams himself observes, these latter usages appear to have originated within the discipline of social anthropology, but have since come to be very generally accepted by those who wish to disavow any suggestion that one particular civilisation may be more deserving of study than another”. (SKINNER, 2002, p. 170) Ainda: “What is changing – at least initially – is nothing to do with sense; what is changing is simply a social or intellectual attitude on the part of those who use the language”. (SKINNER, 2002, p. 171)

rompimento com o modo tradicional de interpretação constitucional que caracterizasse uma nova interpretação (DIMOULIS, 2008, p. 11). Contudo, Dimoulis não adentra propriamente o campo da historiografia jurídica brasileira.

É possível observar que há algo em comum entre esses discursos, algo que se repete por meio de uma tentativa de apropriação de uma história não brasileira, mas europeia, o que Kehl chamou de *bovarismo*, uma construção que deixa um *vazio* histórico, conceitual, quanto ao que de fato ocorreu no campo da interpretação constitucional brasileira até 1988. A grande e constante referência a autores estrangeiros, aos eventos europeus e norte-americanos decorridos desde o século XVIII que se põem alinhados em direção à explicação do presente. Está mais próxima à filosofia do direito que procura dizer o que *deveria ser* hoje, mas também um dever ser de um passado nacional que pouco se apresenta. Discorre-se sobre autores como Kant, Sieyès, Savigny, Jhering, Müller, Hesse, Marbury com grande frequência. Fala-se da história europeia com bastante propriedade. Das ondas constitucionais e dos direitos das mais diversas gerações. Dos tipos de Estado desde então. Na outra mão, cita-se brevemente autores nacionais, como Rui Barbosa. Comentários acerca dos eventos brasileiros se resumem às análises quase inteiramente dogmáticas das Constituições republicanas brasileiras. As menções aos fatos históricos brasileiros funcionam, nesses discursos, como adereços destinados à colar duas pontas de contextos distintos, tanto no tempo quanto no espaço: a história constitucional europeia à recente história constitucional brasileira. O artifício, apesar de parecer rebuscado, é simples. Suprime-se uma análise detida sobre as circunstâncias constitucionais nacionais. Na ausência da compreensão do desenvolvimento das ideias e das práticas nacionais, cria-se o mito, que serve como ponte entre o que é conhecido, porém estrangeiro, e o fruto do mito, que se poderia chamar de neoconstitucionalismo à brasileira.

Na outra ponta, os críticos aos adeptos de tal perspectiva (que amplamente é reconhecida como *neoconstitucional*, ainda que haja muita discussão sobre o termo e até mesmo sobre a existência de tal teoria⁵), combatem-na, desde o âmbito da Teoria do Direito e da Teoria Constitucional, a partir de argumentos que ignoram discussões da historiografia brasileira acerca das constituições e do controle de constitucionalidade.

⁵ Para fins de denominação, veja-se a diferença dos termos utilizados por Lenio Streck e Dimitri Dimoulis. Sobre o questionamento da existência de tal corrente, veja-se Riccardo Guastini.

Tais críticos, em busca de apontar os problemas decorrentes da *judicialização da política*, de uma *juristocracia*⁶ ou, ainda, de uma *supremocracia*⁷, se comprometem, também, com uma narrativa *mitológica* sobre o papel do Supremo Tribunal Federal anterior à Constituição de 1988. Apesar de apontarem dados expressivos sobre a crescente atribuição de pautas de dimensão política ao Tribunal, a adoção do instrumento de Súmulas Vinculantes e demonstrarem, com boas razões, os problemas relativos às decisões em termos argumentativos, seguem o enredo de que, até então, o Supremo Tribunal Federal seguia um rígido modelo de positivismo jurídico puramente subsuntivo e que, contraditoriamente, *não possuía efeito normativo*.

De acordo com esse modelo, o judiciário seria um Poder menor; o STF, um órgão aviltado; as decisões jurídicas, exegéticas. O Direito teria estado confinado ao conceito de lei. Pouco importavam princípios ou efetivação de direitos. O STF pós-88 teria alçado a cidadania e os direitos sociais a um novo patamar. No entanto, tudo isso é questionável⁸.

A história da república brasileira tem pouco mais de cem anos. É uma história recente. O que se pretende demonstrar é que, além de ser necessária uma contextualização da história constitucional, é preciso clarear a ideia de como se amparava a interpretação e aplicação constitucional: talvez existam mais coincidências do que os constitucionalistas contemporâneos gostariam de assumir. Tampouco quer-se dizer que o que se tem hoje é resultado de um *desenvolvimento necessário* da história. De outro modo, não haveria necessidade de escrever sobre isso. Deseja-se tornar visível certos aspectos históricos descartados pelo discurso constitucional vencedor que o tornaria um tanto menos *heróico*, um tanto menos *mitológico* e um pouco mais *realista*.

Tendo em vista a necessidade de *situar* o tema de maneira a fazê-lo dialogar com seu passado, será trazida a problemática a partir da Constituição de 1824, em diálogo com o trabalho produzido por Marcelo Casseb Continentino (2015) e os comentários de Francisco de Paula

⁶ Cf. Ran Hirschl.

⁷ Cf. Oscar Vilhena.

⁸ Fazer menção ao trabalho sobre a duvida da cidadania na primeira republica, mas também trazer questionamentos sobre a atuação sobre os direitos sociais do stf hj.

Baptista em *Compêndio de Hermenêutica Jurídica* (1860), que perdurou como referência no assunto até a publicação, no século seguinte, de *Hermenêutica e aplicação do Direito* (1925), de Carlos Maximiliano.

Em atenção ao campo acadêmico, optou-se por promover a análise de textos das revistas das Faculdade de Direito de São Paulo, da Faculdade de Direito de Recife e da Faculdade de Direito de Minas Gerais, centros formadores dos juristas brasileiros à época. Com isso, espera-se saber de que maneira o conceito aparece nesse cenário.

Por fim, julgou-se pertinente ao presente estudo o olhar de três ex-ministros do Supremo Tribunal Federal à época: Pedro Lessa, Alberto Torres e Carlos Maximiliano. Ainda que os três autores não estejam ligados por uma linha direta entre si, seja por diálogo entre si ou convivência direta, ocuparam posição de intérpretes da constituição no exercício da posição de ministro daquele tribunal. Esses autores indicam perspectivas sobre a questão interpretativa de um ponto de vista situacional da interpretação constitucional do período e indicam distintas formas de encarar a interpretação ante a cultura jurídica brasileira: em Lessa, a discussão jurídica que se situa já nos anos iniciais da República que busca fazer conversar, quase como uma *ponte*, questões de direito natural e cientificização do direito; em Torres, a tentativa de alçar as discussões jurídicas às questões da construção de uma identidade (jurídica) nacional; em Maximiliano, a proposta de um modelo hermenêutico em meio à transição para a Era Vargas. Tais autores percorrem os percursos que desejo analisar: as discussões sobre interpretação envolta no contexto de discussões entre direito natural e direito positivo e a procura por uma identidade jurídica nacional.

Levando em consideração todos esses pontos, penso ser de fundamental importância a tentativa de recolher as ideias centrais, recorrentes, *dialógicas*, sobre interpretação nas fontes escolhidas, e elaborar os frutos do pensamento de uma determinada classe de juristas nacionais os possíveis entendimentos sobre interpretação. Quer-se saber, ao fim, qual era o conceito (ou *conceitos*) de interpretação que circulavam e eram aceitos entre os juristas brasileiros, verificando os padrões de interpretação (se existirem), os autores ou escolas de pensamento com os quais se relacionavam. Para isso será de grande auxílio a compreensão do que os juristas entendiam por outros conceitos como direito, lei/constituição e a função do juiz, tópicos que dialogam e se associam a “interpretação”.

2 A HISTÓRIA DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA CONFORME OS MANUAIS DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Os trabalhos atuais na área jurídica, como vêm apontando estudiosos da área da História do Direito, pecam por uma introdução histórica genérica, muitas vezes completamente desnecessária para o avanço do tema proposto como objeto. Assim, é comum, a título de exemplo, que em alguns parágrafos se retorne à Lei de Hamurabi para introduzir qualquer tópico de pesquisa.

É um recurso natural para aqueles que acreditam que é preciso partir de algum ponto em que a história do direito *passou a ter um propósito*, ou *sentido*, do ponto de vista daquilo do que se deseja falar.

Quando se fala em interpretação jurídica, hoje, vai-se aos trabalhos produzidos no âmbito do direito constitucional. Assim se delineou a história jurídica brasileira, principalmente a partir dos discursos que, crescentemente, surgiram a partir da redemocratização pós-ditadura militar de 64, com a Constituição de 1988. Grande parte dos estudantes de direito encontra, nos manuais de direito constitucional, direcionamento sobre como interpretar o direito. Neles – ouso dizer – e na grande maioria das análises de Teoria do Direito (não necessariamente as melhores), se verifica a utilização do recurso a essa espécie de “história introdutória”, cuja linha de argumentação dificilmente é demonstrada, ao que parece para que seus comentários *façam sentido*.

A fim de tratar de tópicos de direito constitucional atual, como questões de interpretação constitucional, controle judicial de constitucionalidade, teoria constitucional e, de maneira mais ampla, de teoria do direito, esses manuais costumam seguir o mesmo percurso. Fala-se acerca da Revolução Francesa e Sieyès, da Constituinte Americana e do *Justice Marshall*, dá-se um salto para a Europa pós-Segunda Guerra e, por fim, chega-se ao Brasil de 1988.

Ao se falar propriamente da *história constitucional* brasileira, normalmente são apresentadas as constituições anteriores à Constituição Federal de 1988 em tópicos curtíssimos, os quais servem como menções de um passado distante. O âmbito do debate constitucional histórico nacional, seja em nível de doutrina ou de jurisprudência, sequer é mencionado.

Quando trazidas, as constituições pré-88 são analisadas a partir da perspectiva estritamente legal, por análise de alguns artigos constitucionais, ou um ou outro tópico de maior relevância que alterou dispositivos das leis anteriores. A Constituição monárquica e da Primeira República recebem os menores comentários.

A linha de debate constitucional que se apresenta como mais frequente e, também, mais importante no presente momento, é da atuação do Poder Judiciário. Sua relevância é mundial. Autores de diversos países apontam para o modo de atuação do judiciário e questionam seu papel institucional quanto ao conteúdo e à forma de suas decisões. Devido ao seu caráter central, as Cortes Supremas são constantemente alvo de análises. Não é diferente no Brasil.

Os autores sérios se debruçam sobre dados, decisões, teorias, com o intuito de compreender o que se passa e, eventualmente, prescrever um outro modo de ação; os autores *práticos*, que apenas almejam passar um guia para os pragmáticos, ou *convencidos*, que descrevem um sistema interpretativo que se diz bem assentado no país desde 1988, diante do qual “tudo vai pelo melhor no melhor dos mundos possíveis”. Os primeiros são raros e, na maior parte do tempo, são cautelosos quanto às afirmações de caráter histórico, limitando-se às críticas pontuais a partir do panorama do constitucionalismo em geral.

Em geral, nenhum deles deixa de comentar, mesmo que brevemente, sobre uma nova teoria que instaurou um novo modelo de interpretação, base do surgimento de uma *verdadeira* ou *primeira* hermenêutica constitucional, a qual reconfigurou a divisão tradicional de poderes de Montesquieu, estabeleceu uma relação entre direito e moral e, por fim, tornou possível a elevação da ideia de constituição como mera carta política à de Constituição como norma *efetiva*. Por fim, apresenta-se a convicção da criação de uma *leitura constitucional* de todos os dispositivos normativos infraconstitucionais a ela associada.

É comum, ao falar-se de um estilo exegético de aplicação de leis, fazer subentender-se uma ausência de interpretação propriamente dita da lei ou texto constitucional. No entanto, parte-se aqui da ideia de que a atividade interpretativa é inerente ao leitor de qualquer texto. Nesse sentido, resta saber, sobre a interpretação realizada pelos juristas da Primeira República, a quais tipos de parâmetros recorriam para fundamentar seus textos. Defendia-se uma interpretação estritamente “legalista”, como costumam afirmar os manuais? De que maneira era

compreendido o fenômeno do Direito e o fenômeno constitucional? Qual era o papel atribuído aos juízes diante desses entendimentos?

De início, ressalta-se que os manuais dificultam tais perguntas de serem respondidas de maneira específica porque, como já dito, as menções aos sistemas constitucionais anteriores ao da Constituição de 1988 são lacônicas. Ali, claramente, não é possível encontrar respostas. No entanto, o histórico constitucional apresentado pelos manuais se dá de maneira uniforme e generalíssima, permitindo que as questões colocadas obtenham conclusão.

A figura de Barroso é muito pertinente para o presente estudo. Ele oferece a possibilidade de ser tanto referência acadêmica quanto de prática da Suprema Corte.

Barroso se tornou referência nacional no que tange à teoria constitucional. São inúmeros artigos, manuais de direito constitucional, livros a seu respeito (veja-se *A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pelo qual diversos estudiosos debatem os conceitos tratados pelo ministro), bem como é alvo de análises em artigos jornalísticos, periódicos, teses e dissertações por todo o país. Não se olvidam os indicados como mais vendidos no Brasil os manuais de Pedro Lenza, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino⁹.

Esses autores propagam, por meio de manuais e artigos, a ideia de uma história constitucional *flat*: costuma-se apresentar o STF anterior ao presente momento quase como *marginal*¹⁰. E isso se dá, claro, não apenas a partir de uma perspectiva institucional, mas também a ver com algo de seu suposto recém adquirido poder interpretativo.

Conforme o ministro Alexandre Moraes (2017), instrumentos como a “interpretação conforme a Constituição” e Súmulas Vinculantes permitiram que ao STF que atuasse como

⁹ Conforme site: <https://www.oabrs.org.br/noticias/saiba-quais-sao-os-15-livros-mais-vendidos-em-2017/26715>

¹⁰ Nos comentários da contracapa da segunda edição de *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (2014), de Luiz Werneck Vianna, apresenta-se o STF anterior como adepto de um positivismo autopoietico que fazia dele um Poder periférico: “[...] Nos três anos que separam o Perfil do Magistrado Brasileiro do presente trabalho, processos identificados como tendenciais se confirmaram, desde os que anunciavam a feminização e a juvenilização da magistratura, até os que reconheciam no Poder Judiciário um crescente envolvimento com a questão social, abandonando, progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo kelseniano. *Agora, no trabalho que o leitor tem em mãos, o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distantes das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, que no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social.*” (grifo meu)

legislador positivo ao “completar” e “especificar” princípios ou lacunas com alto grau de subjetividade¹¹.

Pedro Lenza, um dos autores mais vendidos atualmente, também é vetor eficiente da narrativa histórica aqui analisada. Conforme o autor, o século XXI, dentro do marco teórico de um “constitucionalismo pós-moderno”, pós-positivista ou neoconstitucional, teria alçado o constitucionalismo à superação de uma retórica vazia e sua ineficiência adjacente em termos de concretização de direitos. Lenza adota como referência Luís Roberto Barroso, para quem, de uma perspectiva histórica, o novo constitucionalismo se origina da formação recente de um Estado constitucional de direito, amparado sobre preceitos filosóficos que aproximariam Direito e Ética e, por fim, a criação de uma *nova dogmática* da interpretação constitucional, relacionada à recém adquirida força normativa da Constituição e à expansão da jurisdição constitucional do final do século XX¹².

Isso faria parte de um processo histórico mais recente iniciado na Europa e trazido ao Brasil, momento em que pode ser lido, de maneira *implícita*, que antes predominava, de maneira ampla, o *positivismo jurídico*. Esse mesmo positivismo jurídico se colocava como entrave à concretização de direitos e princípios, alcançados apenas pelo *verdadeiro* Estado Constitucional de Direito do pós-Segunda Guerra. Conforme a narrativa, passou-se desde então a defender-se a tutela de direitos difusos, cenário em que os valores sociais, via princípios, se sobrepuseram às “regras específicas”, trajeto que se deu em primeiro lugar na Europa e adotado

¹¹ Principalmente , a possibilidade do Supremo Tribunal Federal em conceder interpretações conforme a Constituição, declarações de nulidade sem redução de texto, e, ainda, mais recentemente, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, a autorização constitucional para editar, de ofício, Súmulas Vinculantes não só no tocante à vigência e eficácia do ordenamento jurídico, mas também em relação à sua interpretação, acabaram por permitir, não raras vezes, a transformação da Corte Suprema em verdadeiro legislador positivo, completando e especificando princípios e conceitos indeterminados do texto constitucional; ou, ainda, moldando sua interpretação com elevado grau de subjetivismo. (MORAES, Alexandre. 2017, P. 549-550)

¹² “Em interessante trabalho, Barroso aponta três marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo”: o histórico, o filosófico e o teórico. Ao analisar o quadro a seguir, conclui-se que “o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito” (LENZA, 2015, p. 221)

posteriormente com a promulgação da Constituição de 1988 no Brasil¹³. A adoção de valores é entendida como uma superação do velho positivismo e suas regras, incapaz de atender à demanda por concretização desses novos valores sociais. No “Estado Constitucional de Direito”, inovação da segunda metade do século XX, “os princípios deixaram o papel de coadjuvantes para serem os protagonistas”.

Esse discurso envereda, finalmente, para defesa de uma nova e *verdadeira* hermenêutica constitucional graças aos novos instrumentos metodológicos de interpretação constitucional¹⁴ inserida em contexto de superioridade normativa da Constituição – em detrimento da tradicional divisão tripartite dos poderes. O responsável por tanto seria o surgimento de “um controle de constitucionalidade que materializa valores morais e políticos”¹⁵. No Brasil do passado, a Constituição havia sido vítima de uma visão que a considerava como “mera folha de papel”, sem expressão prática, porque a interpretação era ou inexistente, ou exegética. Esse salto teria se dado pela “incorporação de métodos e ‘estilos’ hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis”¹⁶.

¹³ Logo após a Primeira Guerra Mundial, as Constituições começaram a adotar em seus textos os chamados direitos sociais, inspirados na ideia de Estado Social, e os homens passaram a exigir determinadas prestações, tais como: educação, saúde, trabalho, assistência, previdência. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as Constituições modernas também passaram a defender a tutela dos chamados “direitos difusos” e o novo jogo de valores socioculturais apontou, diante desse novo cenário, os princípios frente às regras específicas, como se observa principalmente nas Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e na brasileira de 1988. (BAHIA, 2017, p. 76).

¹⁴ A interpretação constitucional é um dos principais objetos de preocupação dos estudiosos do direito. Nos últimos anos, com o surgimento de novos instrumentos metodológicos, desenvolvidos com o intuito específico de atender às peculiaridades envolvendo a interpretação e aplicação dos enunciados normativos constitucionais, tem se cogitado a existência de uma verdadeira hermenêutica constitucional. (NOVELINO, 2016, p. 131)

¹⁵ Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo.[...] Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatidade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico. (MENDES; GONET, 2014. p. 66).

¹⁶ Com exatidão, Daniel Sarmiento assinala: “Muita coisa mudou no Brasil nos últimos 20 anos no campo da interpretação constitucional. Se, no cenário pretérito, em que a Constituição era pouco mais do que a ‘folha de papel’ de Lassale, o tema não tinha maior relevância prática, ele assume uma importância central no atual ambiente institucional brasileiro, que é marcado por diversos fenômenos relevantes de inter-relacionados, como a constitucionalização do Direito, a judicialização da política e a progressiva incorporação à prática judicial de métodos e ‘estilos’ hermenêuticos mais dinâmicos e flexíveis”. (Por um constitucionalismo

Assume-se que a história europeia foi reproduzida aqui em sua integridade, apenas de maneira atrasada.

É bastante comum a percepção de que a Constituição, no “constitucionalismo contemporâneo”, ganha *status* normativo, em contraposição ao “constitucionalismo moderno”. A efetividade constitucional – e a preocupação com ela - é compreendida como um fenômeno recente, apontam, fruto do entendimento de que a Constituição também produziria efeitos normativos. As normas legislativas teriam ocupado lugar de “fonte principal, quase exclusiva” das análises interpretativas, exegéticas. O juiz, no começo do século XX, seria “boca da lei” e, não sendo considerada norma a Constituição, não consistiria em fonte “para defesa de direitos”¹⁷. A superação do positivismo se daria pela centralidade do texto constitucional¹⁸.

Uma “constitucionalização do Direito” é criada na Europa pós-guerra e, por consequência, uma interpretação das leis ordinárias conforme a constituição e seus valores. Não se tratam mais apenas de puras e simples regras, mas de princípios que, diferentemente de regras, possuem “abertura semântica” e demandariam uma “nova hermenêutica”, que lidam com problemas de natureza moral que a “velha hermenêutica”, do até então prevalente positivismo jurídico (assumido como todo o período anterior à “nova hermenêutica”), teria desprezado:

E a busca de legitimidade para estas decisões, no marco de sociedades plurais e complexas, impulsionou o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, que incorporaram ao Direito elementos que o positivismo clássico costumava desprezar, como considerações de natureza moral, ou relacionadas ao campo empírico subjacente às normas. (NETO; SARMENTO. 2012, p. 165, grifo nosso).

inclusivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 2017) (nota de rodapé p. 146) Interpretação da Constituição - Noções elementares, p. Curso de Direito Constitucional Gilmar Ferreira Mendes Paulo Gustavo Gonet Branco. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷ *Assume-se que a história europeia foi reproduzida aqui em sua integridade, apenas de maneira atrasada* “Contudo, se formos ao berço da questão, entenderemos melhor o neoconstitucionalismo. Isso porque, até a Segunda Guerra Mundial, prevalecia no velho continente a cultura de que a lei editada pelo legislativo era fonte principal, quase exclusiva, de Direito. O Juiz era a “boca” da lei, como se referia Montesquieu. As Constituições eram vistas como programa político que serviam para inspirar a atuação legiferante, mas não podiam ser invocadas perante o Poder Judiciário para defesa de direitos.” (PADILHA, 2014, p. 58).

¹⁸ Por todo o exposto, o neoconstitucionalismo já é a nova realidade constitucional, fazendo que a Constituição passe a ocupar o centro do sistema jurídico, não havendo mais espaço para o simples constitucionalismo, assim como o pós-positivismo está alcançando o lugar outrora ocupado pelo positivismo. Podemos inclusive afirmar que estas questões estão gerando os mais instigantes debates jurídicos da atualidade. (PADILHA, 2014, p. 61). Rodrigo Padilha. Direito Constitucional. 4ª ed. Editora Método. São Paulo. 2014.

As descrições histórico-interpretativas do passado constitucional parecem desembocar, em sua grande maioria, na concepção de que, até 1988, a interpretação não configurava como parte do “processo de concretização constitucional”, tampouco considerava a realidade concreta para fins de decisão judicial. Neto e Sarmiento (2012) exemplificam bem o pensamento recorrente sobre o tema:

Nessa perspectiva, a interpretação é concebida como parte do processo de concretização constitucional, que inclui desde a definição das possibilidades interpretativas do texto até a decisão do caso concreto, a qual demanda consideração da realidade abrangida pela norma a ser concretizada. O processo de concretização parte da interpretação do texto normativo e avança por meio do exame do “setor da realidade” sobre o qual incide. Por isso, na atividade de concretização normativa, deve-se lançar mão de dados empíricos, colhidos por meio de métodos próprios a áreas como a Sociologia, a Ciência Política e a Economia. A integração da realidade à interpretação constitucional não pode, contudo, ser confundida com qualquer submissão acrítica da Constituição e de seus intérpretes aos “fatores reais de poder”. (NETO; SARMENTO; 2012, p. 345)

No geral, esse entendimento de que a interpretação jurídica deve lançar mão de outras áreas do conhecimento para uma decisão mais efetiva no campo social vem acompanhada do discurso de queda do juspositivismo e sua aderência à lei. Os valores universais de justiça defendidos pelo jusnaturalismo haviam sido esmagados pelo cientificismo do início do século XX, que não tardaria em decair em meados do mesmo século. Assim, diz Lenza, “Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX” (2015, p. 122)¹⁹.

Toda a interpretação axiológica promovida pelo constitucionalismo hodierno decorre, segundo esses autores, de uma abertura filosófica e científica interpretativa, apoiada sobre a expansão da jurisdição constitucional e de uma “nova dogmática da interpretação

¹⁹ A ideia de jusnaturalismo moderno se desenvolve a partir do século XVI, aproximando a lei da razão e se transformando, assim, na filosofia natural do Direito, e vai servir de sustentáculo, “fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos”, para as revoluções liberais, consagrando-se nas Constituições escritas e nas codificações. “Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2.^a Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”. (LENZA, p. 122)

constitucional”, que nenhum dos manuais consegue esclarecer exatamente o que seja, capaz de conferir à norma constitucional a mesma força de aplicabilidade das leis ordinárias²⁰.

Diz Bonavides sobre a interpretação constitucional e a “velha hermenêutica”:

O positivismo formal concebe a Constituição normativa como sistema unitário, completo, absoluto, sem contradições ou incongruências, em que o intérprete na aplicação do Direito procede por via silogística, em bases racionais e lógicas, mediante uma subsunção que afasta de toda aquela necessidade de uma busca de premissas materiais ou de conteúdo, derivada da Constituição mesma, bem como dispensa toda apreciação dos fins e valores, sendo sua mais alta virtude metodológica eliminar qualquer influência do intérprete sobre o resultado da interpretação. (BONAVIDES, 2004, p. 133-134).

Apesar de Bonavides situar os movimentos de interpretação constitucional de acordo com as teorias de maneira coerente – ao menos de maneira *teórica* -, é impossível saber se os movimentos constitucionais com relação à disputa entre formalismo e interpretação principiológica se aplicam ao Brasil por meio da leitura de seu texto. Supondo-se, no entanto, que o entendimento de Bonavides seja de um movimento universal e que se possa colocar, assim, em paralelo a história dos constitucionalismos europeu e americano à história do constitucionalismo brasileiro, as críticas promovidas ao formalismo parecem se dirigir a uma etapa cujo marco é Hans Kelsen. Nesse sentido, deve-se dizer: resumindo a questão ao se supor que a história universal da qual fala cobre a história brasileira, restaria um período anterior a Kelsen no esquema brasileiro que estaria à revelia, pois parte-se de Kelsen e de sua influência sobre o esquema de interpretação Constitucional para a nova hermenêutica.

Diz Bonavides ao tratar da distinção entre teoria formal e material da Constituição:

[...]. A Constituição do positivismo é em primeiro lugar conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente. O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte, e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. (BONAVIDES, 2004, p. 172-173).

²⁰ “Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia; teórico: a) força normativa da Constituição; b) expansão da jurisdição constitucional; c) nova dogmática da interpretação constitucional. Dentro da ideia de força normativa (Konrad Hesse), pode-se afirmar que a norma constitucional tem status de norma jurídica, sendo dotada de imperatividade, com as consequências de seu descumprimento (assim como acontece com as normas jurídicas), permitindo o seu cumprimento forçado.” (LENZA, 2015, p. 123)

De acordo com Luis Roberto Barroso (2005), o advento da Constituição Federal de 1988 marcou a era do novo constitucionalismo no país. A Constituição teria se tornado o centro do ordenamento jurídico e conferido aos princípios caráter normativo, a exemplo do que ocorreu nos demais países europeus constitucionalizados do pós-guerra. A “Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios²¹.” (BARROSO, 2005, p. 26). A constitucionalização conferiria aos juízes e aos tribunais o poder de controle difuso da constitucionalidade, e ao Supremo Tribunal Federal o poder concentrado, podendo, de ambas das formas, “recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional” (BARROSO, 2005, p. 44).

A Constituição, por sua maior abertura interpretativa, permitiria a nova abordagem hermenêutica, uma que relacionaria de maneira original Direito, Moral e Política. Fala-se em uma razoabilidade prudencial em detrimento de um cientificismo formal característico da “velha” hermenêutica positivista (CADERMARTORI; DUARTE, 2009).

2.1 A interpretação situada na cultura (jurídica) brasileira: a procura pela identidade nacional

No intento de manter a independência das fontes com relação ao presente contexto interpretativo no direito nacional, procura-se estabelecer os parâmetros metodológicos desta pesquisa, que pretende pautar-se no campo da *História Intelectual*.

Conforme aponta Ricardo Silva, Reinhart Koselleck e Quentin Skinner representaram o fortalecimento de tal campo em uma época de produções massivas de *História Social*²², que

²¹ Tais princípios atuariam: 1) condensando valores; 2) dando unidade ao sistema; 3) condicionando a atividade do intérprete (BARROSO, 2001, p. 25).

²² Tanto a História Social quanto a História dos Conceitos “reclaman una generalidade que se puede extender y aplicar a todas las historias especializadas” (KOSELLECK, 2012, p. 9). Contudo, afirma Koselleck, a História Social submeteu-se à “la pretension de atribuir y deducir todas las manifestaciones de la vida y su transformación a partir de las condiciones sociales” (KOSELLECK, p. 10). O que pretendia esse autor seria a investigação de conceitos sem, contudo, desliga-los de seu “contexto sociopolítico concreto”, nem fazer, por outro lado, uma mera história dos acontecimentos políticos (KOSELLECK, 2012, p. 11). Por isso mesmo, “la historia social o historia

ameaçava “uma completa absorção” o segundo ao primeiro, por tratar-se, criticavam os autores da história intelectual, de uma leitura histórica totalizante. Koselleck, partindo de uma *história dos conceitos* e, Skinner, de uma *história das ideias*, somam um conjunto de teorizações que se distinguem, porém, dialogam, e muitas vezes são mesmo confundidas.

Conforme Andersen (2008), Reinhart Koselleck representa o clarão da virada linguística no estudo da história, que resultou nos volumes da enciclopédia de conceitos *Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland* (Brunner et al, 1972). Sua relevância – dentre outras – estaria em ser “extremamente sensível” ao empírico e “analiticamente poderoso” (ANDERSEN, 2008, p. 34).

Por meio de sua teoria, a constituição social poderia ser examinada como uma “batalha sobre o político e o social; uma batalha sobre a definição, defesa e ocupação de posições conceitualmente compostas”²³ (ANDERSEN, 2008, p. 34).

Koselleck adentrou, mais propriamente, à *semântica* dos conceitos, inferindo a partir da sua alteração histórica transformações linguístico-estruturais sobre a política, o jurídico e o social. O estudo da linguagem utilizada nos mais diversos cenários permitiria identificar os sujeitos sociais e suas relações de continuidade ou contestação dos sentidos transmitidos (AGUIAR, 2020). A história (também) se desenvolveria por meio de *conceitos*, isto é, um certo tipo de palavra (ou um conjunto de palavras de determinada “unidade semântica”) cujo sentido abstrato dispõe de reconhecimento: é possível, por meio da análise histórica, verificar quando

de la sociedad y la historia conceptual se encuentran en una tensión condicionada por la materia histórica que hace que ambas remitan una a otra sin que esa reciprocidad pueda ser superada en algún momento” (KOSELLECK, 2012, p. 12). Assim, “en los acontecimientos cotidianos esta relación se presenta de forma indiferenciada debido a que el hombre aparece simultáneamente como ser dotado de lenguaje y como ser social” (KOSELLECK, 2012, p. 12). No geral, a crítica de Koselleck sobre a História Social se resume à ideia de que “Constituem objeto da história social a investigação das formações das sociedades ou as estruturas constitucionais, assim como as relações entre grupos, camadas e classes; ela investiga as circunstâncias nas quais ocorreram determinados eventos, focalizando as estruturas históricas de médio e longo prazos, bem como suas alterações. A história social pode ainda investigar teoremas econômicos, por força dos quais se pode questionar os eventos singulares e os desenvolvimentos políticos dos fatos. Os textos, assim como as circunstâncias de origem, a eles associadas, têm aqui apenas um caráter de referência. Os métodos da história dos conceitos, por sua vez, provêm da história da terminologia filosófica, da gramática e filologia históricas, da semasiologia e da onomasiologia. Seus resultados podem ser comprovados pela retomada de exegese textual, remontando sempre de volta a ela (KOSELLECK, 2006, p. 97). Conforme Andersen (2008, p. 33), ainda: “although the history of concepts has developed as an indication of limitations and problems in traditional social history, it has never proclaimed itself to be a new, radical, historical science in opposition to all traditional historiography. The history of concepts has therefore been able to develop without a destructive conflict with the less theoretical historical sciences”.

²³ Traduzido livremente de: “The constitution of society can therefore be examined as a semantic battle about the political and social; a battle about the definition, defence and occupation of conceptually composed positions” (ANDERSEN, 2008, p. 34)..

palavras tomam feição de conceito, alvo de diversos “conteúdos semânticos” como, por exemplo, é o caso da palavra “Estado” ou “Revolução”. A construção e a desconstrução de tais unidades semânticas estão acompanhadas por fatos históricos, e vice-versa. Tais conceitos seriam intimamente conectados, indissociáveis, de seu contexto histórico e seus fatos, forma e conteúdo que se relacionam dialeticamente, refletindo e deixando-se refletir, compondo e sendo composto.

Diferentemente da História Social, pela qual muitas vezes as fontes tem sua própria voz (sua *linguagem*) supressa por uma *teoria* que pretende englobar os fatos em terminologias específicas (como a economia) (KOSELLECK, 2012, p. 22-23), a História dos Conceitos descrita por Koselleck busca identificar outros fatores que “no prodrían investigarse si no se interpreta su propia articulación lingüística” (KOSELLECK, 2012, p. 23), que mesmo não sendo total (pois considera a existência de “comportamentos extralingüísticos”), seria a mediadora de maior peso entre os fatos.

O grande problema que se apresenta ao pesquisador que se detém sobre tais conceitos é, para além de captar a *sincronia*²⁴ presente nas fontes, podê-la localizar de modo situacional situando-a a outro modo de dizer, outro contexto histórico. Assim, a análise de textos jurídicos datados do final do século XIX e começo do século XX demanda o cuidado de diferenciá-los da estrutura e do conteúdo dos conceitos atuais. Ao mesmo tempo em que se deve evitar o *anacronismo*, é fundamental para própria particularização das fontes *situá-la* entre o passado e o presente, *diacronicamente*²⁵, não somente com vistas ao sentido dos conceitos, mas também ao próprio momento histórico ao qual se referem e se inserem.

Como afirma Andersen (2008, p. 35), “The purpose of the history of concepts is not merely to add yet another object to the historical sciences. The purpose is to examine the way in which the shaping of concepts and the transformation of the semantic fields move history and reach into our future”.

Estudar o conceito de “matrimônio” implicaria compreender as “premissas articuladas lingüísticamente” que estariam nos costumes, no sermão, no ato jurídico, perscrutando-se os campos da magia, da metafísica e do sacramento: é em meio a tudo isso que se situa e se

²⁴ Aquilo que faz referência ao momento presente do acontecimento histórico (KOSELLECK, 2012, p. 19)

²⁵ Diacrônico diz sobre a “profundidad temporal” (KOSELLECK, 2012, p. 19). Para Koselleck, é impossível separar, empiricamente, sincronia e diacronia.

desenvolve aquele conceito, afirma Koselleck. Assim, a seleção de textos feitas por meio de critérios (histórico) sociais pode-se verificar “tradiciones ligadas al lenguaje que fijan diacrónicamente la esfera vital de un matrimonio posible. Los cambios solo se perciben cuando el matrimonio se ha plasmado en un nuevo concepto”²⁶ (KOSELLECK, 2012, p. 23).

Aquilo que é falado, escrito, geralmente é deixado de lado no que Koselleck chama de “historias narrativas”, voltadas diretamente aos “fatos” como sequência de eventos entendidos como “êxito” ou “fracasso”, ou *emudecem* seus objetos de estudo, deixando de lado a própria linguagem, o principal veículo dos atores históricos. Por outro lado, utilizando-se daquilo que circula linguisticamente, utilizaria-se muitas vezes de tal escopo como instrumento de justificativas ideológicas, “intereses previamente dados o intenciones perversas” (KOSELLECK, 2012, p. 18). Aquilo que é dito pelas fontes, independentemente de seu “sucesso” ou “fracasso” também é um acontecimento *real* (KOSELLECK, 2012, p. 15-16), e como tal, merece análise independente, merece ser localizada, inclusive com relação ao próprio estado de coisas naquilo que se *diferencia* (KOSELLECK, 2012, p. 18).

O autor assinala alguns caminhos pelos quais é possível identificar a relação entre conceito e estado de coisas²⁷. Considerando a relevância da metodologia defendida na esfera da

²⁶ Koselleck discorre sobre a análise conceitual do matrimônio, a título de exemplo: “En este sentido, en Europa, ha dominado hasta bien entrado el siglo XVIII la interpretación teológica del matrimonio concebido como una institución indisoluble establecida por Dios, cuyo objetivo principal es la conservación y la multiplicación de la especie humana. A esta concepción se ajustaban las normas legales estamentales según las cuales un matrimonio solo estaba permitido cuando la base económica del hogar era suficiente para alimentar y criar a los hijos y para garantizar la ayuda mutua del matrimonio. De esta forma muchas personas estaban excluidas de poder contraer legalmente matrimonio. El matrimonio considerado como núcleo de la casa estaba integrado en el marco del derecho estamental. Esta concepción se modificó con la Ilustración, que en el Derecho Común General para los Estados prusianos (1791 -1794) [Allgemeines Landrecht für die preufischen Staaten] creó un nuevo fundamento contractual legal para el matrimonio. La referencia a la situación económica se flexibilizó y la libertad de los cónyuges como individuos se amplió hasta el punto de llegar a permitirse el divorcio – prohibido desde la perspectiva teológica –. Esto no quiere decir que el derecho común abandonase en modo alguno las disposiciones teológicas y las procedentes del derecho estamental; sin embargo el concepto de matrimonio sufrió desplazamientos – lo cual solo puede registrarse mediante un enfoque histórico-conceptual – de matices decisivos que favorecieron una mayor libertad y autodeterminación de ambos cónyuges” (KOSELLECK, 2012, p. 24).

²⁷ Como ha señalado Heiner Schultz, solo hay — en sentido estrictamente lógico— cuatro formas en que puede articularse la transformación correlativa de concepto y estado de cosas⁵. Primera: el significado de una palabra así como el estado de cosas captado permanecen iguales sincrónica y diacrónicamente. Segunda: el significado de una palabra permanece igual, pero el estado de cosas se modifica. Se aleja del significado anterior. Por tanto, la realidad que está cambiando debe captarse y comprenderse lingüísticamente de nuevo. Tercera: el significado de una palabra cambia, pero la realidad que antes captaba permanece igual. Por tanto, la semántica que ha cambiado necesita encontrar nuevas formas de expresión lingüística para ajustarse a la realidad. Cuarta: los estados de cosas y los significados se desarrollan de forma completamente separada de modo que la relación que existía antes ya no se comprende. Solo el método histórico conceptual permite averiguar cómo y con qué concepto se plasmaba antes una realidad. Desde un punto de vista estrictamente lógico, no hay más alternativas que estas cuatro

História dos Conceitos, contudo, optou-se por adotar outra perspectiva nesta pesquisa, que é, no entanto, bastante compatível com essa (SILVA, 2009, p. 302).

Conforme afirma Silva (2009), Quentin Skinner, assim como Koselleck, rejeitava a ideia de que a linguagem fosse mero reflexo da realidade material e oferecia “elementos para a compreensão da Teoria Política como arena de disputas em torno do significado das crenças, conceitos e ações lingüísticas” (SILVA, 2009, p. 302). Enquanto Koselleck deu maior ênfase ao conteúdo semântico dos conceitos sob sua análise, Skinner percorreu o caminho das ideias de maneira mais pragmática, visto que, ao seu ver, os conceitos só importariam ao historiador quando fossem atos linguísticos.

Para Skinner, a leitura contextual promovida pelo marxismo, ainda que auxiliar na compreensão histórica de um determinado período, partiria de um equívoco sobre a natureza da relação entre ação e circunstância que sacrifica as ideias contidas nos textos ao seu contexto social, ainda que este possa indicar uma explicação, acaba por enclausurar as ações humanas, em última instância, a uma relação de *causalidade* (SKINNER, 1969, p. 43) que poderia levar até ao caricaturismo de um determinado período.

O método que Skinner propunha, em resumo, que compreender um texto pressupõe tanto aquilo que pretendeu dizer tanto como aquilo que foi desejado que se entendesse dele. Assim, apreender historicamente um texto requer que sejam levadas em conta a intenção do autor – seja ela qual for – de que o texto seja entendido, bem como requer a compreensão da intenção do autor de que essa intenção deveria ser entendida por aquele que o lê (SKINNER, 1969, p. 48). O texto seria o ato de comunicação que dá corpo a essa intenção.

Assim, diz Skinner, a principal questão para qualquer historiador no momento em que examina o texto sobre o qual se debruça é adotar uma metodologia que permita localizar como interagem as produções no seu tempo tanto de maneira particular de uma determinada discussão quanto pelo contexto linguístico, que servirá de meio para “decodificar” a intenção do autor do texto. Tratando do contexto em seu aspecto *lingüístico*, a metodologia se apresenta como uma “empreitada linguística” que visa “recuperar intenções” dos textos e, então, captar os fatos de sua época como *contexto linguístico*, isto é, como lugar de reconhecimento de certos sentidos

posibilidades al escribir una historia conceptual. Sin embargo, como es habitual en la historia, empíricamente hay innumerables variantes de formas intermedias” (KOSELLECK, 2012, p. 32).

em suas possibilidades localizadas, e não como fator determinante ao exame dos escritos (SKINNER, 1969, p. 48-9).

Diz Silva (2009, p. 308) sobre a crítica de Skinner: “O contextualismo sociológico, tanto em sua vertente marxista quanto em sua “namierista”⁴, repousaria sobre a confusão entre dois procedimentos intelectuais inteiramente distintos: a determinação causal de uma idéia e a sua compreensão propriamente dita. Não se trata de negar que as condições econômicas e sociais das sociedades em que os autores produzem seus textos possam ser apresentadas como antecedentes causais contingentemente conectados com o conteúdo do texto a ser compreendido. A determinação das causas externas à ação lingüística seria um procedimento relevante para a explicação da referida ação. Todavia, isso estaria muito longe da exagerada e errônea presunção de que ‘as idéias de um dado texto devem ser compreendidas em termos de seu contexto social’” (SKINNER, 1988a, p. 59; grifos no original).

Skinner criticou a ideia de “ler e reler” os textos sob análise até que, por fim, fosse alcançado seu *verdadeiro* sentido, o que implicaria na aceitação de que há quaisquer elementos intemporais a serem compreendidos, isto é, comprometeria o texto à uma suposta autonomia do que foi dito/escrito com relação ao próprio tempo. Tal método criaria não leituras históricas, mas *mitologias* nos mais diversos âmbitos. Assim, surgiriam categorizações forçosas no âmbito das doutrinas, que não passariam de “construções típico-ideais do próprio historiados”; a idealização das produções em análise com o objetivo de demonstrar a coerência de sistemas intelectuais quando ela, por vezes, não existe; a identificação de significados do autor analisado com a do historiador, situação em que o sentido do texto só se revelaria no contexto daquele que promove a análise; e, por fim, o mito da continuidade cultural, em que passado e presente são familiares/idênticos, quando não o são (SILVA, 2009, p. 307), especialmente porque a linguagem muda (SKINNER, 1969, p. 50).

Disse este último autor que qualquer texto coincide com uma intenção particular de resolver alguma questão situada em um determinado contexto. Daí se afigura que o historiador não deve tratá-lo por uma perspectiva que o *transcenda*: deve trazer aquilo que a própria fonte evoca. Skinner vai além e afirma que

there are only individual answers to individual questions, with as many different answers as there are questions, and as many different questions as there are questioners. There is in consequence simply no hope of

seeking the point of studying the history of ideas in the attempt to learn directly from the classic authors by focusing on their attempted answers to supposedly timeless questions (SKINNER, 1969, p. 50).

Tendo isso em mente, cabe ao leitor se esquivar de possíveis interpretações anacrônicas sobre o objeto, interpretações essas que apontam para respostas indisponíveis no contexto histórico visado: deve evitar a *mitologização* de suas fontes. Não

Skinner propôs que o objeto deve ser estudado em perspectiva social, com relação a outros objetos e em contraposição ao método que procura distinguir um autor e sistematizá-lo partindo unicamente de seus próprios escritos, como se fossem “auto-suficientes” (SKINNER, 2007, p. 91). O autor adverte, no entanto, que o historiador das ideias não se deixe levar por meras suposições de “familiaridade” entre os textos, como por exemplo, recorrer à generalização de “influências” entre determinados autores, sem demonstrá-las (SKINNER, 2007, p. 85). Assim, para afirmar a influência do autor *a* sobre *b*, é preciso, ao menos, identificar a conexão entre ambos²⁸.

Por outro lado, é preciso que se reconheça a *autoridade* do autor sobre o conhecimento daquilo que enuncia. Mesmo que seja possível que pudesse ter colocado de outra forma – normalmente a forma que o historiador acredita ser a melhor, ou então utilizando-se dos sentidos contemporâneos dos conceitos utilizados²⁹. Skinner orienta a leitura não para aquilo unicamente que *é dito*³⁰, mas para aquilo que se quis dizer: assim, por exemplo, seria possível analisar, por exemplo, uma *ironia* (SKINNER, 2007, p. 92).

Investigar as intenções dos autores é procurar entender que tipo de vínculo o autor estabelecia com aquilo que procurou dizer: se buscava defender ou atacar certo argumento,

²⁸ Diz Skinner: “i) que se sepa que B haya estudiado las obras de A; ii) que B no hubiese podido encontrar las doctrinas relevantes en ningún otro escritor a excepción de A; y iii) que B no hubiera llegado a las doctrinas relevantes de forma independiente” (SKINNER, 2007, p. 87).

²⁹ “Tomemos como ejemplo la recepción de la doctrina del inmaterialismo del obispo Berkeley en las manos de sus críticos contemporáneos. Tanto Andrew Baxter como Thomas Reid inciden sobre el «egoísmo» del punto de vista de Berkeley, y fue bajo este encabezamiento como se discutió la obra en la Encyclopediem. A sí pues tiene ciertas consecuencias saber que, si los contemporáneos de Berkeley hubieran intentado acusarle de lo que tendríamos que considerar como egoísmo, hubiera sido más probable que se hubieran referido a su «hobbesianismo». Cuando hablan de egoísmo, lo que querían decir era algo más cercano a lo que consideraríamos como solipsismo” (SKINNER, 2007, p. 92).

³⁰ “La razón fundamental es que, si queremos entender cualquiera de los textos, debemos de ser capaces de ofrecer una explicación no sólo del significado de lo que se dice, sino también de lo que el escritor en cuestión pudo haber querido decir al decir lo que dijo” (SKINNER, 2007, p. 92).

criticar ou contribuir com a tradição de determinado discurso (SKINNER, 2007, p. 122). Conforme Skinner, “saber lo que un escritor quiso decir al escribir una obra es conocer las intenciones primarias que tuvo al escribirla” (SKINNER, 2007, p. 122).

Levando tal metodologia em consideração, este estudo vai a textos produzidos durante a Primeira República brasileira que possam indicar o que entendiam os juristas sobre interpretação, isto é, quais os termos, debates, que circulavam à época em torno de tal conceito. Além disso, busca-se compreender qual o conceito de interpretação – se há – constitucional para os juristas do período, a fim de avaliar não apenas se há ou não particularidades no âmbito da literatura constitucional com relação ao sentido amplo de interpretação. Visa-se, com isso, localizar o conceito “interpretação”, em suas implicações históricas e teóricas, na cultura jurídica da época, delineada pelas fontes escolhidas.

Em *Dois artistas das sombras: El Greco/Oswaldo Goeldi* (NAVES, Rodrigo; 2019. SP, Cia das letras, 1ª ed.), Naves lembra que muitos artistas brasileiros tiveram formação em “países adiantados”; inclusive, boa parte do movimento modernista, que tivera início na década de 20, havia estudado na Europa. A busca por uma identidade nacional, arrisca o autor, limitava seu próprio alcance: “A busca de uma arte que ajudasse na construção de uma *identidade nacional* – ainda que com intenções críticas – necessariamente dava ao projeto uma dimensão *positiva* cheia de problemas. Não só ele se via de saída comprometido com a obtenção de significados facilmente legíveis – o que sem dúvida diminuía a radicalidade dos trabalhos artísticos -, como também precisou reduzir o país não apenas aos seus contornos geográficos mas sobretudo a um conjunto de características estáveis e congruentes. Em geral, o conhecimento de outras culturas servia mais para sabermos o que *não* éramos do que para entendermos as relações do Brasil com os demais países.” (NAVES, p. 169). Goeldi teria sabido retratar em seus trabalhos “um duplo movimento que caracteriza muitas regiões semelhantes ao Brasil, sem fazer dessas relações de exterioridade com o que seria um modelo de desenvolvimento – os países avançados – algo exótico ou uma simples utopia regressiva”. (NAVES, p. 191).

Há algo em comum que pode ser pensado entre os caminhos da arte brasileira e o desenvolvimento jurídico nacional. Não se trata aqui de afirmar que Direito é arte, ou de estabelecer paralelos ontológicos ou deontológicos sobre ambos, mas de entendê-los como dois

fenômenos distintos que dividiram contextos culturais e políticos semelhantes: os de um país periférico, de histórico colonial, industrialização tardia, arcaico e moderno, desigual, cuja identidade vacila. Há algo que artistas e juristas progressistas da alta estirpe brasileira à época tinham em comum: uma posição de intelectualidade que fitava inquisitivamente o fenômeno brasileiro de uma perspectiva particular e universal. Olhos divididos entre os países do velho mundo, de antigas tradições e de grandes revoluções, e os do novo mundo, entre ruralismos e promessas de desenvolvimento.

Quando se lê a passagem na qual Naves aponta para o alcance de uma identidade nacional através daquilo que nos falta, isto é, aquilo que *não somos* quando comparados às culturas estrangeiras, há um lugar vazio, que de tempos em tempos é alvo de disputa por certos discursos.

Em direção à análise do Direito e das instituições de Poder brasileiras, parece ser moderadamente fácil, por um viés crítico, retratar as instituições brasileiras como “exóticas” ou “primitivas”. Há uma tendência comum, no Brasil, talvez advinda de um certo sentimento geral, de que se está muito distante de patamares civilizatórios europeus ou americanos, como se o progresso não houvesse chegado em terras brasileiras. Seria necessário, então, romper com aquilo que é, no Brasil, representativo dessa cultura exótica, particular, em direção a um certo modo de ser unívoco, sem contradições, algo do qual se pudesse constatar sem poréns.

A ideia de um desempenho superior das instituições estrangeiras tende, na melhor das hipóteses, a nos colocar em um lugar vazio, ou a nos levar ao que Maria Rita Kehl chama de *bovarismo brasileiro*³¹. O desejo de modernização, associado a uma posição colonial,

³¹ “Como se define o bovarismo? Como “o poder conferido ao homem de conceber-se diferente do que é” [...]. (p. 21). “Se o bovarismo pode ser considerado uma das condições que definem o sujeito moderno, vale lembrar que o historiador Sérgio Buarque de Holanda o incluiu entre os traços que compõem o conjunto das formações imaginárias que nós, brasileiros, compartilhamos. Em *Raízes do Brasil*, o historiador enumera a série de “panaceias” utilizadas, durante o longo reinado de Pedro II, para produzir efeitos secundários de modernização, à maneira dos países europeus emancipados e republicanos, sem alterar as estruturas arcaicas de mando e poder [...] (p. 27). “Nas sociedades da periferia do capitalismo, que se modernizaram tomando como referência as revoluções industrial e burguesa europeias sem, no entanto, realizar nem uma nem outra, a relação com os ideais passa forçosamente pela fantasia de “tornar-se um outro”. Só que esse *outro* é, por definição, inatingível, na mesma medida em que o momento histórico que favoreceu a modernização, a expansão e o enriquecimento dos impérios coloniais não se repetirá. O bovarismo dos países periféricos não favoreceu sua modernização; pelo contrário, sempre inibiu e obscureceu a busca de caminhos próprios, emancipatórios, capazes de resolver as contradições próprias de sua posição no cenário internacional – a começar pela dependência em relação aos países ricos. Se a forma predominante do bovarismo brasileiro consiste em nos tomarmos sempre por não brasileiros (portugueses no século XVIII, ingleses ou franceses no XIX, norte-americanos no XX) [...] (p. 31).

periférica, se realizou de maneira torta. De alguma forma, era como se o Brasil tivesse perdido o trem da história. Correr, no entanto, não o tiraria do próprio lugar. A proposta de Kehl parece ser: é preciso saber o que se é despidendo-se do bovarismo.

Para tanto, para ser possível analisar o conceito de interpretação jurídica brasileiro, aqui, no caso, relativo ao primeiro período republicano, é preciso entender as particularidades do contexto cultural e a produção dos juristas nacionais.

Mas o que é cultura jurídica? Ainda que muito se remeta ao conceito, é difícil encontrar uma definição precisa. Conforme estudo realizado por Čehulić (2021), o conceito é bastante utilizado de forma indiscriminada e heterogênea, e tomada muitas vezes como “*self-evident*” (ČEHULIĆ, 2021, p. 257).

O termo ganhou popularidade nos países anglófonos a partir de 1969, quando Lawrence Friedman cunhou o termo em *Legal Culture and Social Development*, desenvolvendo-o em 1975 em *The Legal System: A Social Science Perspective*, pelo qual a cultura jurídica seria, de maneira resumida, “the values, ideologies, and principles of lawyers, judges, and others who work within the magic circle of the legal system” (FRIEDMAN, 1975, p. 194) e, ainda, aquilo que “refers to public knowledge of and attitudes and behaviour patterns toward the legal system” (FRIEDMAN, 1975, p. 194). A cultura jurídica consistiria em “those parts of general culture – customs, opinion, ways of doing and thinking – that bend social forces toward or away from the law and in particular ways”³². Tal análise parte de uma perspectiva bastante sociológica, de maneira tanto *externa* quanto *interna*, que parece não atender muito bem à demanda de um conceito de cultura jurídica dentro dos marcos da história do direito.

Como todos os conceitos, “cultura jurídica” é situado historicamente, o que implica dizer que além de ter percorrido um determinado caminho de uma determinada maneira, talvez seja viável determiná-lo desde diferentes tradições jurídicas (DEDEK, 2013, p. 4). De maneira geral, em se tratando da cultura jurídica europeia, tal entendimento atende a inúmeros níveis de abstração, o que torna possível pensar a cultura a partir de dois eixos: em um nível geral, como uma grande unidade; e em nível plural, observando-se a existência de diversas culturas jurídicas particulares, que interagem mais ou menos entre si, de acordo com as circunstâncias.

³² Embora o texto tenha gerado discussões acadêmicas, como as análises de Roger Cotterrell em *Law, culture and society: legal ideas in the mirror of social theory* (2006), para o qual Friedman abordaria a questão como “a kind of residue; the contingent, even arbitrary, patterning produced by many specific, diverse and possibly unrelated factors” (COTTERRELL, 2006, p. 83), o tema ainda permanece um tanto obscuro.

Nos países de *common law* o termo teria pouca expressão entre os operadores e os teóricos do direito³³. (DEDEK, 2013, p. 8). Na Europa continental, é remetido frequentemente à Escola Histórica do Direito³⁴, mais especificamente a Savigny em *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, em que “direito” e “cultura” aparecem como agentes dos espíritos dos povos de maneira particular, momento em que o direito estaria em vias de cientificização. Na Europa, a questão da cultura jurídica é envolta pela dicotomia do estabelecimento de uma “cultura jurídica europeia” e a independências das culturas jurídicas nacionais, em um embate entre universalismo – a que Dedek chama de “iluminista” – e um particularismo “romântico” sobre o espírito de cada povo. Assim, o conceito se apresentaria por duas possíveis frentes: dentro do contexto da nacionalidade, marcando a sua particularização diante das demais; por outro, diante de uma perspectiva integrativa (do bloco europeu).

Nas últimas décadas, os debates produzidos em diálogo com as análises históricas de autores como Foucault, Bourdieu, conduzidos por Roger Chartier nos anos 80, passou-se a falar no que se intitulou de “nova história cultural”, uma “virada cultural” (*cultural turn*), uma crítica à ideia de divisão entre “alta cultura” (a cultura da elite, educada) e “baixa cultura” (popular).

Em *A história cultural: entre práticas e representações* (2002), Chartier aponta para a revisão, no campo das análises históricas, de conceitos tradicionais opositivos, como os acima citados, fundamentos da historiografia que permaneciam sem amplo questionamento e que determinavam o olhar sobre os objetos estudados no campo da história intelectual ou cultural (CHARTIER, 2002, p. 54). O autor trata de explicar, então, que “importa antes de mais identificar a maneira como, nas práticas, nas representações ou nas produções, se cruzam e se imbricam diferentes formas culturais” (CHARTIER, 2002, p. 56). A cultura da dita elite, por exemplo, como a produção da literatura dos irmãos Perrault, não pode ser sem que houvesse o que Chartier nomeia de “apropriação” da literatura oral. A dualidade existente na contraposição “elite” *versus* “popular” é geradora de uma falsa relação de interioridade *versus* exterioridade dos conjuntos culturais quando, em verdade, tais elementos seriam como “ligas metálicas”

³³ Dedek baseia-se no texto de Alice Erh-Soon Tay, “Law and legal culture”, publicado em 1989 em “Tradition and Progress in Modern Legal Cultures”, organizado por S Jørgensen, J Pöyhönen e C Varga. Infelizmente, não foi possível o acesso a tal publicação.

³⁴ Os debates produzidos nos meios da *civil law*, no entanto, seriam fruto da retomada do conceito pelos pesquisadores dos países anglófonos, e não um desdobramento do conceito de maneira contínua desde o aparecimento da relação entre “direito” e “cultura” na tradição germânica (DEDEK, 2013, p. 8)

(CHARTIER, 2002, p. 57). Disso, resulta que aquilo que é cultural não se resume a “um campo particular de práticas ou de produções” (CHARTIER, 2002, p. 66).

Mesmo Chartier, contudo, aponta para a dificuldade de definir o conceito de cultura: “tão arriscado quanto o de objeto intelectual é o conceito de cultura” (CHARTIER, 2002, p. 66). Ele recorre a Geertz, para quem cultura seria um conjunto de significados transmitidos historicamente por meio da comunicação (CHARTIER, 2002, p. 67).

Em Geertz, é possível encontrar outra definição – que não exclui a primeira – talvez mais útil ao presente estudo, do conceito, a qual compreende cultura como “sistemas entrelaçados de signos interpretáveis”, signos estes que não se apresentam como um poder determinante sobre as instituições, acontecimentos ou comportamentos, mas como um *contexto*, uma borda dentro da qual seria possível descrever os objetos de leitura de maneira *inteligível* e *corpulenta* (GEERTZ, 2008, p. 10).

Na produção especificamente jurídica, quando procuradas publicações na área de história do direito que abordem diretamente ou tangenciem o assunto, encontra-se diversas referências. Há inúmeros títulos que carregam o conceito. A grande maioria deles, no entanto, não se dispõe a explicá-lo. Isso não quer dizer, necessariamente, que não contenham um conceito. No entanto, a tarefa de compreender de onde partem tais autores torna-se bastante difícil.

Por exemplo, em *Foundations of European Legal Culture*, Franz Wieacker não define o que seja cultura jurídica. Ele indica, ao discorrer sobre a matéria que se dispõe a analisar, que “in the face of matters of such magnitude, a statement about the foundations of our legal culture can do no more than to perform, as modestly and truthfully as possible, the duty of a chronicler” (WIEACKER, 1990, p. 3). Apesar de não conceituar cultura jurídica, ele indica o método do qual se utiliza: o da crônica, isto é, a narração de eventos históricos, de ações individuais e interpessoais, isto é, de “human affairs”³⁵ (WIEACKER, 1990, p. 4) e sua relação com os conceitos. A tarefa do *cronista* é superar, no mundo moderno, a narração mitológica dos fatos.

Em *História do direito privado moderno* (WIEACKER, 2015), no tópico “As origens da cultura jurídica europeia”, Wieacker justifica e pauta a pesquisa que dá nome ao título de

³⁵ “Accordingly, when we talk about a legal culture, we do not conjure up something very pure and delicate, something, so to speak, that is to be savored with refinement; rather we have in mind nothing more than an understanding of human affairs, ability to deal with concepts, and fundamental value judgments that underlie, at a given time, the historical legal systems or groups of legal systems” (WIEACKER, 1990, p. 4).

sua obra contrapondo-a à história jurídica alemã daquele período, a qual se ocupava, diz, das fontes do direito, da organização judiciária, da jurisprudência, da dogmática, em detrimento do que chama de “história do direito privado [...] [que] ocupa-se dos pressupostos culturais e científicos do direito privado de hoje” (WIEACKER, 2015, p. 1). Seu trabalho seria o de dar uma visada para além do que chama de “*ciência jurídica*” (WIEACKER, 2015, p. 2, grifo do autor), em direção a uma “história do pensamento jurídico-científico” (WIEACKER, 2015, p. 3), fundamentada na ideia de que a história do direito não serve para “fundamentar historicamente os direitos atuais”, ou mesmo “tornar possível a interpretação histórica do direito vigente”. Assim, a tarefa do historiador do direito seria a de afastar-se dos modelos históricos dogmáticos para promover uma “inclusão contínua de novas camadas da experiência histórica, da realidade histórica individual” (WIEACKER, 2015, p. 6), esta última compreendida como aquilo que está para além dos atos institucionais e contida nos atos de aplicação do direito, por exemplo.

Nesse sentido, o conceito de cultura jurídica utilizado pelo autor parece estar enraizado no seu próprio entendimento do que seja construir uma história do direito. Aqui, tomo a liberdade para equiparar a busca pelo conceito de interpretação jurídica à procura de atos jurídicos que indiquem também “actos de consciência humana” (WIEACKER, 2015, p. 5) para além de atos dogmáticos e institucionais, ainda que indissociáveis destes últimos.

Em *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*, de António Manuel Hespanha, também não é possível encontrar um entendimento *objetivo* deste tópico. Porém, da mesma forma que Wieacker, Hespanha parece se utilizar de um amplo espectro de ações e eventos sob a perspectiva de uma “tradição europeia” que vai além do estudo de normas e instituições e chega à análise de *discursos*, estudos de *conceitos*, para compreender e situar os fenômenos jurídicos e, assim, visualizá-los desde uma perspectiva da história do direito que se aproxima da sociedade e de seus contextos materiais e simbólicos. Em *Cultura jurídica acadêmica no período do “Estado Novo”* (HESPANHA, VENTURA, 2008), afirma-se a pretensão de pesquisar o “discurso jurídico” acadêmico, este capaz de “criar *habitus* mental dos juristas”.

Em busca de publicações neste sentido, pesquisei por “cultura jurídica brasileira” no *Google*, e encontrei alguns artigos, dissertações, teses e outros textos mais curtos. É curioso notar que parte dos textos começam pela pergunta se há, de fato, uma cultura jurídica

brasileira³⁶. Os trabalhos que não negam a existência de uma cultura jurídica nacional, por outro lado, ou não se debruçam sobre o conceito³⁷, a fim de explicá-lo ao leitor, ou o fazem de maneira *en passant*³⁸.

Em *Aspectos da cultura jurídica brasileira*, Cavalcanti (1980) trata de analisar a cultura jurídica brasileira a partir de uma breve análise histórica que remete às suas origens europeia e norte-americana, ressaltando que as influências sobre as mais diversas áreas jurídicas, como acontece no direito privado e público, respectivamente, indicam a ausência de homogeneidade na formação do direito nacional. Além disso, observa que a assimilação de tais culturas não se deu de maneira integral, o que assume acontecer com qualquer outro tipo de assimilação de institutos estrangeiros fora do país. Para o autor, o direito comparado como método de análise, neste sentido, seria de grande utilidade. O autor faz tais afirmações pautando-se sobretudo na importação das legislações estrangeiras, e faz referência a algumas delas. Trata, brevemente, sobre os currículos das faculdades, das instituições; da criação de portos, bancos; a criação do Código Civil de 1916. Salienta os atos de juristas como Pimenta Bueno, Rui Barbosa, etc. O autor ressalta, inclusive, que durante a Primeira República teria havido uma certa “displícência, beirando o marasmo, na atualização dos antigos regulamentos” por parte do Poder Legislativo, que seria contrastante com a produção de “literatura jurídica e as discussões acadêmicas” (CAVALCANTI, 1980, p. 14). A cultura jurídica brasileira seriam as produções acadêmicas, as produções legislativas e a adoção e diferenciação de leis e doutrinas estrangeiras, a codificação, as relações entre os juristas, os currículos das faculdades de direito, os fatos socioeconômicos, as escolas de pensamento jurídico e filosófico que aqui se desenvolviam e a relação entre direito e moral.

Uma tentativa mais recente de conceituar o tema partiu de Fonseca (2008), que assim definiu cultura jurídica: “conjunto de significados (*standards* doutrinários, padrões de interpretação, marcos de autoridade doutrinária nacionais e estrangeiras, influências e usos

³⁶ É o caso de “A cultura jurídica brasileira: da exceção à atual promessa de emancipação” (MATOS; RAMOS, 2016) e “Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX” (FONSECA, 2008). O primeiro nega a existência de uma cultura jurídica brasileira até a década de 80, já que “apenas nas últimas décadas tenham se estabelecido no país as condições de crítica e da autonomia a partir das quais uma verdadeira cultura jurídica brasileira poderá ser forjada” (MATOS; RAMOS, 2016, p. 380).

³⁷ É o caso da dissertação “A construção de uma cultura jurídica: análise sobre o cotidiano do bacharel na academia do largo de São Francisco entre 1857-1870” (RAMENZONI, 2014)

³⁸ É o caso de “Vias da modernização jurídica brasileira: a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX” (FONSECA, 2008).

particulares de concepções jusfilosóficas) que efetivamente circulavam na produção do direito e eram aceitos” e que “atribuíam uma tipicidade ao direito brasileiro”; seria também “um fato histórico antropológico que se dá a partir de elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, etc.) presentes na sociedade brasileira” (FONSECA, 2008, p. 259-260).

Não parece haver atualmente – ao menos em uma primeira visada – uma *discussão* sobre o conceito, ou sobre a *história* desse conceito, no campo do direito brasileiro. Isso quer dizer que, em maior ou menor medida, promover uma análise da cultura jurídica nacional demandaria um extenso trabalho ainda a ser feito.

Diante da carência de pesquisas históricas na área do direito que expliquem o termo “cultura jurídica brasileira”, adotar-se-ão as conceituações oferecidas por Geertz dentro dos parâmetros de análise de Chartier quanto ao rompimento com o pensamento dual da pesquisa histórica que chama de “tradicional” – linha adotada por historiadores do direito como Duve em *Entanglements in Legal History: conceptual approaches*³⁹ (2014) e Pihlajamäki⁴⁰ – e todas aquelas apresentadas que oferecem a possibilidade de se estudar a história do direito desde um ângulo cultural que compreenda a análise de discursos, conceitos, instituições, discussões acadêmicas, debates legislativos, doutrinas, isto é, análises que possam indicar a borda que dá corpo cultural ao(s) conceito(s) de interpretação circulantes no Brasil.

Skinner já apontara para a tomada de espaço de estudos históricos em termos culturais, em detrimento de análises de história política, social e econômica. Nessa nova visada, passou-se a interpretar textos até então ignorados: “paintings and buildings no less than poems and philosophical treatises can be viewed and interpreted as texts” (SKINNER, 2008). Em *Visions of politics* (2002), Skinner parece equivaler “história da [nossa] cultura” à história da linguagem⁴¹. Ele reflete sobre a alteração da palavra “cultura” como uma alteração

³⁹ Um dos principais pontos dessa discussão de viés crítico, para Duve, é sobre como não cair nas aproximações eurocêntricas das realidades históricas: como parar de projetar as categorias europeias nas análises dos conceitos de outras realidades? O *Global Studies* também procura suscitar debates póscoloniais, salientando a necessidade de analisar não apenas a interconexão dos centros e das periferias, mas também de rever as categorias críticas utilizadas.

⁴⁰ O problema com as histórias do direito orientadas pela perspectiva da Escola Histórica do Direito europeu é que elas estabelecem um padrão pelo qual o direito da periferia é sempre medido em comparação com o direito do centro, do qual parte a análise. Aos periféricos é preciso dizer, defende Pihlajamäki (2015), que analisem suas histórias não com relação ao seu contato com a do centro, mas de que modo a história do direito difere dela e em que medida se assemelham.

⁴¹ “The history of our culture (and in consequence our language) has been punctuated with many such misunderstandings” (SKINNER, 2002, p. 167).

concomitante da percepção sobre o que deve ou não ser encarado como uma, o que se dá *linguisticamente*⁴².

Levando em consideração todos esses pontos, penso ser de fundamental importância a tentativa de recolher as ideias centrais, recorrentes, *dialógicas*, sobre interpretação nas fontes escolhidas, e elaborar os frutos do pensamento de uma determinada classe de juristas nacionais os possíveis entendimentos sobre interpretação. Quer-se saber, ao fim, qual era o conceito (ou *conceitos*) de interpretação discutidos e aceitos entre os juristas brasileiros, verificando os padrões de interpretação (se existirem), os autores ou escolas de pensamento com os quais se relacionavam. Para isso será de grande auxílio a compreensão do que os juristas entendiam por outros conceitos como direito, lei/constituição e a função do juiz, tópicos que dialogam e se associam à “interpretação”.

É de grande relevância para esta *crônica* a percepção de que a formação jurídica nacional se deu, sempre, em relação a um *outro*, especialmente levando-se em consideração sua posição colonial no mundo. Ainda que submetido à ordem *real* imposta por medidas estrangeiras em território brasileiro, acredito que a intelectualidade jurídica nacional, inevitavelmente, produziu algo de original, talvez não de acordo com os parâmetros externos, muitas vezes adotadas pelos próprios juristas brasileiros, produção que *vale a pena ser estudada como são estudados os autores europeus e americanos*.

A elite do direito tupiniquim, parcialmente formada no exterior ou herdeira de estudos estrangeiros, parecia, ao menos durante a Primeira República, um tanto diversa da narrada por Claude Lévi-Strauss em *Tristes Trópicos*⁴³. Se há, como se verá, referências a autores recentes,

⁴² “Among terms previously used to evince condescension or even hatred, the classic example is provided by the word black (used as the description of a person), whether employed as an adjective or a noun. So too with the word queer. Among terms previously used to commend, we may note the relatively new and carefully neutral applications of such words as culture and civilisation. As Williams himself observes, these latter usages appear to have originated within the discipline of social anthropology, but have since come to be very generally accepted by those who wish to disavow any suggestion that one particular civilisation may be more deserving of study than another”. (SKINNER, 2002, p. 170) Ainda: “What is changing – at least initially – is nothing to do with sense; what is changing is simply a social or intellectual attitude on the part of those who use the language”. (SKINNER, 2002, p. 171)

⁴³ Obra publicada em 1957 como resultado de viagem do autor às terras brasileiras, narra as impressões de sua passagem como professor visitante pela Universidade de São Paulo: “Nossos estudantes tudo queriam saber; mas, em qualquer domínio que fôsse, somente a teoria mais recente lhes parecia merecer a atenção. Embotados por todos os festim intelectuais do passado, que, aliás, só conheciam de oitiva, pois não liam as obras originais, conservavam um entusiasmo sempre disponível para os pratos novos. No seu caso, deveríamos falar mais em moda que em cozinha: idéias e doutrinas não possuíam aos seus olhos um interesse intrínseco, eles as consideravam como instrumentos de prestígio cujas primícias deviam assegurar-se. Partilhar uma teoria conhecida de outrem equivalia a apresentar-se com um vestido já visto; seria

há também demonstração de cultura jurídica de uma maneira universal, e não tão superficial quanto apontam os estudos do autor francês na metade do século XX. A cultura jurídica do início da Primeira República, como se verá nos capítulos seguintes, consistiu em um grande mosaico de fontes e demonstrações de conhecimento, indicadores de uma formação intelectual *bastante* ampla. Os fundamentos para as análises jurídicas estavam amparados sobre grandes linhas de argumentações filosóficas de proporções tanto universais quanto locais.

Sérgio Buarque de Holanda já houvera identificado, em *Raízes do Brasil*, as diferenças de tratamento sobre as colônias sul-americanas, perspectiva que José Murilo Carvalho enfatizaria ao indicar a ausência de interesse na formação de uma cultura nacional pela via da construção de espaços universitários (CARVALHO, 2002, p. 23). Os juristas brasileiros se formariam, até 1827, em Coimbra. Conforme Fonseca (2005), a cultura jurídica brasileira, então, se via dependente do aparato colonial, que mantinha e estabelecia seus poderes institucionais também na formação dessa intelectualidade. Este seria um sinal de que a cultura jurídica brasileira seria, em verdade, uma continuidade da cultura jurídica portuguesa. Para este autor, seria possível apenas falar em cultura jurídica brasileira a partir da independência, “quando a vida jurídica do Brasil começa a ganhar autonomia com relação àquela de Portugal”, ainda que mantivesse um processo de continuidade desta por meio da manutenção das “Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821” (FONSECA, 2005, p. 98).

Teria sido a independência política brasileira o estopim para o incentivo da formação de uma *intelligentsia* local que permitisse, lado a lado às novas leis, o desenvolvimento de uma “nova consciência” (SCHWARCZ, 2005, p. 104), isto é, uma independência também do ponto de vista intelectual, o que teria levado ao estabelecimento das faculdades de direito nacionais. A cultura jurídica estaria atada às heranças europeias, em geral, e, no direito público, aos

desmoralizante. Em compensação, uma encarnizada concorrência exercia-se com enormes quantidades de revistas de vulgarização, de periódicos sensacionais e de manuais, para obter a exclusividade do modelo mais recente no domínio das idéias. Produtos selecionados dos haras acadêmicos, meus colegas e eu nos sentíamos às vezes embaraçados: criados no respeito exclusivo das idéias amadurecidas, éramos alvo dos assaltos de estudantes duma ignorância total com relação ao passado, mas cuja informação estava sempre alguns meses adiante da nossa. Contudo, a erudição, de que não tinham nem o gosto, nem o método, lhes parecia, apesar de tudo, um dever; assim, suas dissertações consistiam, fôsse qual fôsse o assunto, em uma evocação da história geral da humanidade, desde os macacos antropóides, para terminar, através de algumas citações de Platão, de Aristóteles e de Comte, na paráfrase dum polígrafo viscoso cuja obra era tanto mais encarecida quanto a sua própria obscuridade deixava supor que ninguém mais se lembrara ainda de pilhá-lo” (LÉVI-STRAUSS, 1957, p. 105).

Estados Unidos. O estabelecimento da cultura jurídica demandaria a independência política, nos termos liberais, em um “contexto de tensão”, porque as legislações liberais⁴⁴ conviveriam com práticas oligárquicas e autoritárias. A formação da cultura jurídica brasileira teria se dado “num processo em que se deverá ler e experimentar o direito adaptando as tradições recebidas, relendo e dando um novo significado à cultura herdada, inaugurando um modo próprio de lidar com o direito” (FONSECA, 2005, p. 99).

Somente a partir da segunda metade do século XIX é que os professores das duas únicas faculdades de direito do Brasil (em São Paulo e Olinda, esta última transferida para Recife em 1854) passariam a ser brasileiros formados no próprio país, momento em que a cultura jurídica ganhava, apesar de custosamente, feições nacionais, diz Fonseca (2005, p. 101). Conforme este autor, o currículo dessas faculdades em muito se assemelhava ao português, com cadeiras como Direito Natural e Direito Público Eclesiástico, mais próximas ao antigo regime português que da própria Constituição de 1824. A partir da década de 1850 prevaleceria um “desejo de inserir o Brasil numa modernidade política e jurídica” (FONSECA, 2005, p. 104) que andou lado a lado com a construção do “pensamento jurídico brasileiro”. A essa altura, a produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial se desenvolveria como um “sistema eminentemente brasileiro, com tipicidades marcantes e diversas de qualquer outra experiência jurídica estrangeira, mesmo a portuguesa” (FONSECA, 2005, p. 105).

Tratando da Faculdade de Direito de São Paulo em *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*, Sérgio Adorno produz uma crítica bastante dura – que se assemelham às impressões de Claude Lévi-Strauss acerca de sua experiência na mesma instituição nos anos de 1930 – à cultura jurídica estabelecida naquele que seria um dos únicos centros de formação de juristas do Brasil. Ali, diz, não teria havido produção ou transmissão de conhecimento, meramente uma “profissionalização do bacharel”, que “se operou fora do contexto das relações didáticas estabelecidas entre corpo docente e corpo discente, a despeito das doutrinas jurídicas difundidas em sala de aula” (ADORNO, 1988, p. 93). Antes de formar juristas propriamente, a faculdade de direito teria formado políticos, jornalistas, burocratas e toda a sorte de funcionalismo público, completamente avessos a qualquer sistematização que os caracterizassem como *verdadeiros* pensadores. Seriam aparentemente *incoerentes*, pois

⁴⁴ Fonseca se refere às inovações legislativas como a criação do Código Criminal de 1830 e a Lei de Terras de 1850.

teriam falhado em conciliar as reminiscências de um jusnaturalismo à modernização e cientificização do pensamento jurídico. Tal “incoerência”, ao meu ver, é justamente e precisamente aquilo em que *consiste* a cultura jurídica nacional. E não de uma forma pejorativa.

A estrutura curricular da Faculdade de São Paulo desejava formar uma “elite intelectual aberta à modernidade” e era “influenciada pelo jus-naturalismo”, que teria vigorado desde o século XVII até o final do XIX (ADORNO, 1988, p. 95-96). Adorno indica que o fracasso da formação jurídica naquele contexto seria fruto da constante antinomia das grades curriculares, que não passariam senão de um compilado de correntes filosóficas tão pouco alinhadas que aos discentes não restaria outra coisa além de autodidatismo. As produções jurídicas do período imperial estariam repletas de ambiguidades e esvaziadas de coerência, na medida em que procuravam, por exemplo, atribuir à conceitos liberais como “propriedade” a adjetivação de “sagrado” (ADORNO, 1988, p. 97).

O jusnaturalismo perderia força progressivamente com a inserção de autores como Savigny em a partir de meados do século XVIII e, pelos idos de 1870, se depararia com correntes antimetafísicas, positivistas, sentidas nas aulas de Direito Civil. O positivismo teria reduzido as aulas aos comentários sobre leis e centralizado o direito na figura dos “códigos”, “considerados a expressão perfeita do direito de um povo, ditado conforme a idéia preconcebida de um sentimento de justiça absoluta, interpretada ou concretizada pela autoridade legislativa” (PORCHAT *apud* ADORNO, 1988, p. 101), pensamento que teria se difundido, pela imprensa acadêmica, entre os estudantes de direito paulistas. De maneira geral, Adorno destaca uma série de argumentos recolhidos a partir de excertos opinativos que indicariam uma completa desorganização e falta de comprometimento dos professores relativamente aos planos de ensino, os quais seriam “pouco críticos” e se limitariam a reproduzir os mesmos conteúdos tradicionais de maneira pouco coerente.

Lilia Schwarcz (2005) dialoga com Adorno no mesmo sentido. A autora fala de um “rompimento com o pensamento religioso” a partir de 1870, década de um momento de “modernidade cultural” associada ao abandono da teoria do direito natural no país (SCHWARCZ, 2005, p. 110). Entrava em cena um “discurso secular e temporal” atrelado aos estudos “evolucionistas e social-darwinistas” – refere-se sobretudo à Faculdade de Recife, e especialmente a figura de Silvio Romero – no âmbito do direito. Difundia-se, em tempo semelhante, nas duas faculdades do Império, a visada científica sobre as análises jurídicas. Tal

percepção, manifesta por um discurso que indica a sobreposição de uma forma sobre outra (positivismo sobre naturalismo), ao meu ver, é questionável. Procurarei tratar disto neste trabalho.

Nesse período histórico, a transformação do pensamento nacional se dava de maneira generalizada nos círculos letrados. O romantismo, na literatura, se mesclaria com os novos marcos teóricos científicos, e o discurso se tornaria naturalista. Nos debates acadêmicos, também o discurso mudava. Antônio Cândido (2006) indica que é possível falar em uma *forma* discursiva compartilhada no campo da literatura e do direito, particularmente no contexto de formação brasileiro. Analisando as descrições de Adorno sobre a antinomia que procurava conciliar o discurso jusnaturalista com elementos liberais, pode-se pensar que os juristas brasileiros dispunham de um bom arsenal retórico para suprir o que lhes faltaria em “coerência”.

Cândido afirma que a literatura⁴⁵ ocupou, no Brasil Colônia, a lacuna deixada pela ausência de centros de formação, o que tornou impossível qualquer forma de pesquisa técnica ou filosófica. Assim, o indianismo romântico, com sua “etnografia intuitiva e fantasiosa”, desempenhava papel de *conhecimento* e elaborava uma consciência nacional (CÂNDIDO, 2006, p. 137). A ficção, diz o autor, “adquiria significado de iniciação ao conhecimento da realidade do país” (CÂNDIDO, 2006, p. 142). Nesse cenário, a formação em direito, que logo seria possível em terras brasileiras, despontava como lugar de estudo e conhecimento. Diz Cândido:

É pois compreensível que se tenha propiciado a cultura jurídica (provida desde logo de bases universitárias), com toda a sua tendência para o formalismo, como orientação, através da retórica, como técnica. Se lembrarmos que o discurso e o sermão (sobretudo este) foram os tipos mais frequentes e prezados de manifestação intelectual no tempo da Colônia, veremos quanto a sua fusão no corpo da jurisprudência importa em triunfo do espírito literário como elemento de continuidade cultural. (CÂNDIDO, 2006, p. 138).

As culturas jurídica e literária estariam tão intrinsecamente ligadas que Cândido acredita que a criação da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1827, seria decisiva para a

⁴⁵ Cândido explica o conceito de literatura: “Com efeito, entendemos por literatura, neste contexto, fatos eminentemente associativos; obras e atitudes que exprimem certas relações dos homens entre si, e que, tomadas em conjunto, representam uma socialização dos seus impulsos íntimos. Toda obra é pessoal, única e insubstituível, na medida em que brota de uma confiança, um esforço de pensamento, um assomo de intuição, tornando-se uma ‘expressão’. A literatura, porém, é coletiva, na medida em que requer uma certa comunhão de meios expressivos (a palavra, a imagem), e mobiliza afinidades profundas que congregam os homens de um lugar e de um momento, para chegar a uma ‘comunicação’” (CÂNDIDO, 2006, p. 146).

história da segunda (CÂNDIDO, 2006, p. 154). A fim de demonstrar que os agrupamentos surgidos a partir da faculdade foram responsáveis pelo desenvolvimento de um modo particular de pensamento estético/literário, recupera o estudo de Almeida Junior, para quem a Faculdade de Direito de São Paulo fora, no período imperial,

menos uma escola de juristas do que um ambiente, um meio plasmador da mentalidade das nossas elites do século passado. Bastante deficiente do ponto de vista didático e científico, foi não obstante o ponto de encontro de quantos se interessavam pelas coisas do espírito e da vida pública, vinculando-os numa solidariedade de grupo, fornecendo-lhes elementos para elaborar a sua visão do país, dos homens e do pensamento (CÂNDIDO, 2006, p. 154).

A faculdade de direito aparece aqui, outra vez, mais para um *clube* da elite do que, propriamente, uma instituição formadora de juristas. Porém, se apresentou como um local de discussões antes inexistente. Ante à escassez técnica e da pouca estrutura científica, a literatura teria sido instrumento primordial, um instrumento *paliativo* da formação do pensamento nacional, inclusive para a cultura jurídica, que se via no *front* do estabelecimento da ordem, juntamente com a política. A formação da burguesia brasileira, e dentre ela os juristas, “se desenvolveu sob influxos predominantemente literários, e **sua maneira de interpretar o mundo circundante foi estilizada em termos, não de ciência, filosofia ou técnica, mas de literatura**” (CÂNDIDO, 2006, p. 139, grifo meu). Para Cândido, Sílvio Romero (e a Escola de Recife) seria um exemplo perfeito disto. A renovação, modernização intelectual e jurídica brasileira teria se dado *retoricamente*. Não à toa, diz, esses “bacharéis de mente acesa”, de “maior verbalismo”, atuavam “alastrando de literatura, e mesmo literatice, noções científicas vagamente aprendidas em Haeckel, Huxley ou Büchner” (CÂNDIDO, 2006, p. 139). É certo que, no afã de demonstrar cultura jurídica, a utilização de incontáveis referências nos textos acadêmicos da Primeira República, o conhecimento das teorias pode parecer, inclusive, um *pretexto* para o exercício da retórica.

Já no começo do século XX seria possível apontar para uma transformação da cultura intelectual brasileira pela cientificização crescente. A literatura de *Os sertões* representaria um passo em direção à superação do que Cândido chama de “tirania jurídico-retórica”, movimento que seria apropriado – no sentido do que o autor chama de “reajustamento da cultura às condições sociais e ideológicas” (CÂNDIDO, 2006, p. 140) – pelo Modernismo entre 1920 e 1935, facilitador do desenvolvimento “até então embrionário da sociologia, da história social, da etnografia, do folclore, da teoria educacional, da teoria política”. As alterações sofridas no

cenário urbano paulista entre 1890 e 1910 possibilitaram a criação de outras instituições de ensino superior, e a Faculdade de Direito de São Paulo perde em centralidade (CÂNDIDO, 2006, p. 164). A literatura ensaiava caminhar sobre as pernas de escritores profissionais (até então, muitos escritores eram juristas) (CÂNDIDO, 2006, p. 86). Tal teria sido o momento em que as ciências sociais se separariam do “idioma literário”, em direção a sua forma autônoma. Apesar de poder identificar uma maior inclinação à *tecnicização* da linguagem nesse período, com a introdução de termos científicos, acredito que a estrutura retórica permaneceu inerente ao pensamento jurídico nacional, seja em maior ou menor medida.

Os autores aqui trazidos têm discursos parecidos sobre a formação dos juristas brasileiros. Aparentemente, ela teria se dado em um circuito elitista pouco aplicado, mais interessado nas possibilidades das relações produzidas dentro das instituições e no encaminhamento para outras áreas de atuação que não o direito. Além disso, parece haver consenso quanto às deficiências dos currículos, dos professores e dos alunos, em parte pela precariedade das instituições, outra parte atribuída à um certo descomprometimento dos corpos docente e discente.

Contudo, mesmo sob tais condições, produziram-se *textos* jurídicos, debates mais ou menos prolíficos, desenvolvimento de ideias, em aulas, jornais, revistas acadêmicas, livros, etc. Não necessariamente *à maneira europeia*. Mas necessariamente *à brasileira*. Aquilo que chamam de *antinomia*, talvez, seja o que há de mais caro à cultura jurídica nacional.

Se em São Paulo a vida acadêmica do período imperial em muito lembraria, como deram a entender os autores acima citados, uma verdadeira boemia, em *História da Faculdade de Direito do Recife* (2012) Beviláqua recolhe depoimentos de Carvalho Moreira, para quem os estudantes de direito viviam de maneira *escolástica* na cidade de poucos habitantes e distrações (BEVILÁQUA, 2012, p. 435) que, no entanto, formavam um “espírito de corporação” que tomava as repúblicas estudantis, logo tomado pelo “espírito religioso” de cerimônias tais (BEVILÁQUA, 2012, p. 440-441). Quando da sua criação, alguns estudantes transferiram o curso de Coimbra para Recife, trazendo de lá tudo, “menos a batina e o gorro da velha Universidade”. Ele relata que “o estudo acadêmico era sério e proveitoso” e, apesar de não dispor de professores “notórios” em seu início, não tardou para surgirem nomes como o de Paula Baptista.

Aquele espírito religioso logo daria lugar às novas ideias do século XIX, ideias filosóficas e republicanas. A partir de 1879, ele afirma, com a dispersão dos estudantes pela cidade e com o fim da concentração das repúblicas estudantis, os debates acadêmicos teriam esmorecido, logo agitada pelas tendências liberais.

Tomás Pompeu teria descrito, no entanto, a vida acadêmica entre 1868 e 1872 como *boêmia*. Contudo, os exames demandavam dos estudantes forte aplicação (BEVILÁQUA, 2012, p. 442). Entre 1878 e 1882, os estudantes eram tomados, pela comunidade da região, como doutores ou aristocratas, mas “a aristocracia da inteligência e do saber, que, por não ter base real, nem por isso deixava de exercer influência no meio social” (BEVILÁQUA, 2012, p. 443). Os estudantes se ocupavam de “exercícios escolares, lições, sabatinas e dissertações, eram ocupações intelectuais dos moços as revistas, os jornais de efêmera duração, as sociedades literárias, os clubes políticos, os panfletos de crítica, os livros de versos”, sendo a grande maioria republicana, embora houvesse monarquistas (BEVILÁQUA, 2012, p. 443).

Entre 1828 e 1854, afirma o autor, a instituição produzira “ensaios ainda fracos, apesar da boa vontade dos mestres”, atribuindo este fato a ausência de tradição acadêmica do ambiente. Nessa época, circulariam ideias liberais iluministas e “um perfume de floração intelectualista” que advinha das academias, das lojas maçônicas, dos juristas, médicos e sacerdotes, que “discutiam política impregnados dos princípios do direito natural e da filosofia dos fins do século XVIII” (BEVILÁQUA, 2012, p. 447). Havia um esforço geral, dentre os docentes, de tradução de obras de autores como Bentham, Mill, Comte e Erasmo.

Isso teria mudado a partir de 1855, ano em que Paula Baptista publicara *Teoria e prática do processo civil*, quando “a faculdade se vai afirmando como centro apreciável de produção mental”, período se encerraria em 1882 com a nova onda introduzida por Tobias Barreto (BEVILÁQUA, 2012, p. 446).

As faculdades de direito São Paulo e Recife, diferentemente da de Minas Gerais, formavam juristas desde o império, e, diz Fonseca, “queira ou não, e para o bem e para o mal, a catalisadora da cultura jurídica do período” (2005, p. 110). O autor reforça que a política centralizadora do período imperial sobre as disciplinas ofertadas pelos cursos de direito, bem como a determinação de métodos de avaliação por parte do governo, fortalecia aquelas faculdades. A faculdade de Minas Gerais, criada durante o período republicano, composta por professores advindos de outras instituições, iniciava seu percurso acadêmico procurando

estruturar-se. Conforme Dias (2000), a intelectualidade mineira republicana se formara “substancialmente na Faculdade das Arcadas (São Paulo); só em escala menor, nos estabelecimentos locais, no Recife ou na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro”. Não houve naquela região “nenhum pensador social do porte, por exemplo, de Silvio Romero, Pontes de Miranda, Alberto Torres, Oliveira Viana ou Pereira Barreto”. A criação da Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais, em 1894, representava um passo para a consolidação do pensamento da instituição. De fato, a produção acadêmica se desenvolvia nesse período. As discussões jurídicas tomariam fôlego com o tempo.

Mas qual era o cenário jurídico dessa intelectualidade nacional em formação? Qual era a herança portuguesa com a qual o Brasil dialogava e quais as suas implicações sobre o cenário cultural jurídico? Como vinha se desenvolvendo o entendimento sobre interpretação? Para responder a essas perguntas, e poder situar melhor o pensamento do qual partiria os juristas da Primeira República, penso que seria importante investigar o período antecedente e seus conceitos.

2.2 Entre fidelidade e atualização: a interpretação do direito no período colonial

É muito interessante observar como se dá a formação dos conceitos. Por exemplo, no Brasil da Primeira República, muito se utilizava a expressão interpretação de acordo com o *espírito da lei*. Outro conceito bastante utilizado pelos brasileiros é interpretação *lógica*. Hespanha localiza e remonta a utilização desses conceitos a tempos distantes, mas a sua explicação parece muito adequada para indicar sua utilização pelos brasileiros. Penso que o autor concordaria.

Ao tratar do modelo discursivo no direito comum europeu medieval, uma grande miscelânea de direito romano, feudal, canônico e urbano, Hespanha elucida a relação entre *espírito* e *letra* da lei. Fazia-se a oposição entre ambos os elementos quando se desejava promover uma interpretação “inovadora”, e se pautava nas máximas de S. Paulo (*littera occidit, spiritus vivificat*, isto é, a letra mata, o espírito dá vida) e do Digesto (*scire leges non est verba earum tenere sed vim ac potestate*, “saber as leis não é dominar a sua letra, mas o seu sentido e intenção”). Tal artifício seria utilizado a fim de que os interesses normativos dos intérpretes contornassem eventuais “dificuldades” dos textos: “quando formulava uma regra que, nos

novos tempos, não podia ser aceite em toda a sua extensão, o intérprete afirmava que tal regra excedia a vontade racional do legislador”; caso fosse restritiva, “estendia-se o preceito legal a casos que ele, manifestadamente, não visava” (HESPANHA, 2009, p. 230-1).

A interpretação dita *lógica* surgia, no âmbito jurídico, com o intuito de equilibrar a relação entre aqueles dois elementos. Ela consideraria a existência de uma determinada *ratio* que se infere do texto como um todo; o intérprete deve promover uma leitura *contextual*. Tal pensamento era manifesto na Europa do século XIV (HESPANHA, 2009, p. 231). Tal doutrina teria permitido aos juristas uma fundamentação amparada sobre “instrumentos lógico-dialéticos” que alçaria o intérprete e o doutrinador às fronteiras da criatividade jurídica, amparada no seu domínio sobre tal *ratio* (HESPANHA, 2009, p. 232).

Tal modo de interpretar, pautado na razão da lei, dependia sobretudo de condições dialéticas e retóricas sobre aquilo que pode ser deferido do texto jurídico. Não havendo uma verdade, mas uma *ratio*, o espaço se abriu para o cenário de argumentações, onde prevaleceria o modelo da *tópica*, que surgia como meio para a resolução e acordo de várias fontes do direito que em muitos aspectos eram divergentes. O consenso jurídico e os axiomas gerados em tal período serviriam, entre os séculos XVII e XVIII, ao método dedutivo utilizado pelas escolas juracionistas e, já no séc. XVIII, bem elaborado pela pandectística, em um sistema cada vez mais particular que se separava da Igreja e, através da definição dos institutos jurídicos visualizados por uma perspectiva aristotélica, se hierarquizavam, concomitantemente à independência das jurisdições dos reinos (HESPANHA, 2009, p. 235).

A interpretação passaria a estar condicionada a tal ordenação, passando a se desenvolver por outros meios como a comparação (instrumentos *a pari* e *a fortiori*) e a analogia. Eventualmente, aquilo que era considerado *discutível* passa a ser um tanto menos diante da ideia da autoridade da “opinião do maior número ou dos melhores” (HESPANHA, 2009, p. 239). A interpretação válida seria aquela resultante da disputa argumentativa/doutrinal entre *doutores/peritos (opinio communis)*.

Sintetiza Hespanha tomando de Gribaldo de Mopha (1541) o método interpretativo, ou, nas suas palavras, método de discorrer sobre o direito, o qual perduraria até hoje⁴⁶.

⁴⁶ “1) Introdução à análise do texto considerado, primeira interpretação literal; 2) divisão do texto nas suas partes lógicas, com a definição de cada uma das figuras aí referidas e sua concatenação lógica, através das noções dialéticas de género, espécie, etc.; 3) com base nesta ordenação lógica, reelaboração sistemática do texto; 4) enunciação de casos paralelos, de exemplos, de precedentes judiciais; 5) leitura “completa” do texto, *i.e.*, leitura

A partir do século XV, a interpretação se utilizaria apenas subsidiariamente das velhas fontes do direito romano, que já não poderiam atender às novidades das relações reguladas pelos direitos nacionais em termos comerciais. Em Portugal, iniciaria-se o processo de compilação de legislações, iniciadas pelas Ordenações Afonsinas (1446-1447), Ordenações Manuelinas (1512-1514) e as Ordenações Filipinas (1603), estas últimas presentes até a promulgação do Código Civil de 1916 no Brasil, como é sabido.

Se na França se adotou um distanciamento em relação ao direito romano, naquilo que Hespanha chama de Escola Humanista (ou culta, ou elegante) e, na Alemanha, optou-se por ou abandonar ou dar *uso moderno* àquele direito, na Península Ibérica, a civilística ainda se pautava fortemente nos Comentadores, muitas vezes sem qualquer desenvolvimento moderno (HESPANHA, 2009, p. 250). Tal cenário passaria a mudar com as Ordenações Afonsinas. Do século XVII ao XVIII, o direito pátrio de Portugal ainda não fazia frente ao direito comum, amplamente difundido, e considerada a *ratio iuris*. A ampliação da cultura jurídica letrada permitiu, no país Ibérico, uma verdadeira miscelânea entre direito comum e direito “novo”: os juristas se viam obrigados ao *duplex interpretatio* de “velhas fórmulas” de modo a compatibilizá-las com as novas normas. Um exemplo disso seria a proibição de usura “perante o disparar da economia mercantil” (HESPANHA, 2009, p. 286).

Ao tratar da interpretação dos textos no Antigo Regime, o intérprete deveria reconstruir o pensamento do legislador de maneira muito semelhante à dos teólogos que procuravam relevar o sentido das escrituras (HESPANHA, 2005b, p. 115). A hermenêutica ou teoria da interpretação era entendida, diz, como o saber que permitiria o alcance de tal sentido. Apesar de haver uma demanda *formal* à referência direta aos textos, a necessidade de atualização ou inovação, e mesmo em razão das diversas leituras e releituras que incutiam e eram incutidas pela subjetividade dos intérpretes ao longo do tempo (voluntárias ou não), *factualmente* as interpretações se modificavam. Os diversos diálogos entre os textos oficiais e as demais fontes de direito eram mediados por um processo que, segundo Hespanha, buscava “compatibilizar a

do texto à luz do contexto lógico e institucional construído nos estádios anteriores; 6) indicação da natureza do instituto (causa material), das suas características distintivas (causa formal), da sua razão de ser (causa eficiente) e das suas finalidades (causa final); 7) ulteriores observações, indicação de regras gerais (brocardos) e de opiniões de juristas célebres (*dicta*); 8) objecções à interpretação proposta, denotando o carácter dialéctico das opiniões sobre problemas jurídicos, e réplicas, com larga utilização do instrumental da dialéctica aristotélico-escolástica” (HESPANHA, 2008, p. 243).

fidelidade com a actualização” (2005b, p. 116, grifo do autor). Tal processo seria a *interpretação*.

Desta forma, **“a tradição textual clássica do direito europeu, embora pareça imobilista e conservadora, só formalmente o é”**, já que **“embora as referências invoquem incessantemente os mesmos textos, estes recebem, também, incessantemente, novos conteúdos, pensados ou impensados”** (HESPANHA, 2005b, p. 117, grifo do autor). Muitas vezes, as inovações aparecem como *estilo*, que no Antigo Regime se agregavam em um processo de tradição, ao invés de substituição legislativa dos sistemas jurídicos atuais.

No Antigo Regime, *lei* seria compreendida como “qualquer proposição dotada de autoridade, como a afirmação dos sábios”. Com o texto observado, era necessário que o jurista a legitimasse como razoável e demonstrasse a sua aplicabilidade de um ponto de vista interno, razão que se sobrepunha ao próprio poder normatizador do príncipe em termos de hierarquia, em um cenário de prevalência do *ius commune*. A interpretação era casuística, pautado no critério do justo, por meio de um processo *argumentativo, tópico*, diz Hespanha, que se alterava conforme as circunstâncias. Nesse sentido, a interpretação dos textos disponíveis realizadas pelos juízes, em pleno arbítrio, representava a própria criação do direito em diversos domínios e de maneira bastante ampla, como, por exemplo, no âmbito penal, em que era possível determinar que “os juízes podem temperar as penas estabelecidas na lei em razão da amizade, quando a pena for arbitrária; pois, neste caso, podem agir de forma mais branda com o amigo, de acordo com as inclinações da sua consciência” (FRAGOSO, 1641, *apud* HESPANHA, 2009, p. 131). Somente a partir do século XVI teria havido um movimento de unidade legislativa.

Tais estruturas certamente impactaram o Brasil Colônia, onde se implementavam as soluções Portuguesas e prevalecia um pluralismo de dimensões correspondente ao seu próprio tamanho e descentralidade administrativa. Das inúmeras controvérsias decorrentes dessa pluralidade de fontes de direito apresentadas aos juízes e, na ausência de uma centralidade legislativa, prevaleciam como fontes, ao fim, as doutrinas circulantes, pautadas em soluções tópicas, casuísticas, relativas às práticas e argumentações. O intérprete dispunha de uma “grande margem de liberdade na altura de decidir”, o que, certamente, favorecia os “poderosos locais” (HESPANHA, 2006, p. 100).

O modelo brasileiro era em todo semelhante ao modelo português, tanto que, paradoxalmente, isso lhe dava grande autonomia. O direito se constituía de baixo para cima,

prevalecendo o particular sobre o geral, cruzando-se com elementos de direito natural, por diversos *mores* que criavam obrigações, algo em muito semelhante com a prática medieval. Na variedade de tantas fontes, a utilização de *conceitos genéricos*, como os brocardos, servia como ponte para o diálogo entre todas elas (HESPANHA, 2006, p. 104).

Um desses conceitos seria o de *equidade*, de longa história na tradição europeia, que permitia aos operadores do direito grande flexibilidade no momento de interpretar as fontes, uma *justiça especial*, particular, que, em São Tomás de Aquino “decorria dessa forma superior de entendimento das coisas que alcançava níveis superiores e mais escondidos da ordem do mundo” (HESPANHA, 2006, p. 111), e que atravessou o Antigo Regime como fundamento de um direito que se criava argumentativamente e atendia a fins imediatos, provisórios.

É interessante notar resquícios, na produção dos juristas da Primeira República, de tais considerações. As constantes citações de brocardos, bem como a crítica ao seu uso (BAPTISTA, 1981; MONTEIRO, 1898), a adoção de um sentido de justiça pautado pela equidade em Baptista (1901), Bevilacqua (1903b; 1906a), Ferreira (1906) e Lins (1917) e mesmo Maximiliano (2017). São peças do mosaico que constitui a interpretação do direito brasileiro.’

As Ordenações Filipinas (III, 64), vigentes durante a Primeira República, determinaram que permaneceriam apenas as disposições de direito romano que vigorassem “pela boa razão em que são fundadas” (HESPANHA, 2009, p. 261). A utilização das fontes romanistas seria, conforme Hespanha, diretamente proporcional à envergadura do direito nacional. Nos países em que a legislação cobria os casos novos, o recurso àquela fonte seria menor.

A Lei da Boa Razão, de 1769, foi introduzida pela Reforma Pombalina, foi um fato marcante para o estabelecimento de limites para a interpretação do direito tanto em terras portuguesas quanto brasileiras. Seu objetivo consistia em garantir *segurança* às relações de propriedade e família, a fim de que

umas não inquietem as outras com as injustas demandas, a que muitas vezes são animadas por frívolos pretextos tirados das extravagantes subtilezas, com que aqueles, que as aconselha, e promovem, querem temerariamente entender as Leis mais claras, e menos susceptíveis de inteligências, que ordinariamente são opostas ao espírito delas, e que nelas se acha literalmente significado por palavras exclusivas de tão sediciosas, e prejudiciais cavilações⁴⁷ (LEI DE BOA RAZÃO, 1769)

⁴⁷ <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7599.pdf>

Procurava evitar-se interpretações abusivas diante de “expressa disposição da Lei” ou arbitrariamente de acordo com “inteligência duvidosa”; buscava-se assegurar “a interpretação do genuíno sentido da mesma Lei, “por quanto a experiência tem mostrado, que as sobreditas interpretações de Advogados consistem ordinariamente em raciocínios frívolos e ordenados mais a implicar com sofismas as verdadeiras Disposições das Leis, do que a demonstrar por elas a justiça das partes” (1769, nº 7). Nessa lei, a autoridade do Rei se colocava como último intérprete, limitando o uso de fundamentos romanísticos no âmbito civil, a não ser quando estes estivessem de acordo com a lei pátria e com a ética, direito natural e divino (nº 9). Tal movimento indicava a intenção de promover a civilização em Portugal ao adotar-se a visão de direito colocada pelo movimento iluminista, que viria a dar um golpe no sistema doutrinal dos juristas substituindo-se a fundamentação sobre as doutrinas romanistas de Acursio e Bártolo por um conjunto de entendimentos pautados nos direitos naturais da burguesia ascendente em suas relações jurídico-comerciais, uma vez que “do Comercio, da Navegação, da Aritmética Política, e da Economia de Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegarem a ter o menor conhecimento” (1769, nº 9) as velhas doutrinas⁴⁸. A unidade do direito nacional se constituiu, assim, por via do conceito de direito natural, e a interpretação jurídica sobre ela deveria se apoiar nos casos duvidosos (BUSTAMANTE, 2015, p. 104). A interpretação da Casa de Suplicação, por meio de seus assentos, passaria a constituir, dessa forma, como fonte de interpretação autêntica, à qual os juízes deveriam recorrer (1769, nº 6), interpretação que recepcionariam jurisprudencialmente as novas ideias jusnaturalistas (CABRAL, 2010)

A Lei da Boa Razão estabeleceria um novo modo de fundamentação que se desligava das doutrinas como fonte de direito, especialmente as de direito romano, já que desconheciam quaisquer regras de direito natural ou divino relativas à *boa razão*.

A centralidade das leis do reino certamente encontrava lugar no discurso intelectual do século XVIII e XIX. Conforme Cabral (2010), o pensamento do português José Homem Correa Telles representaria o entendimento sobre interpretação em Portugal a partir daquele momento.

⁴⁸ Em concomitância à Lei da Boa Razão, se deram a Reforma dos Estudos Jurídicos e os Estatutos da Universidade de Coimbra, bem como o *Compêndio Histórico* e o *Usus modernus pandectarum*.

Em *Theoria da interpretação das leis* (1815), Telles afirmara a necessidade de interpretar um texto em apenas dois casos:

1.º quando na Lei se encontra alguma obscuridade, alguma ambiguidade, ou falta de expressão; 2.º quando o sentido da Lei he claro nos termos, mas conduzir-nos-ia a consequencias falsas, e decisões injustas, se indistinctamente fosse applicada a tudo o que parece ser compreendido em suas palavras. (TELLES, 1815, p. 5).

Não só em Portugal passaria a prevalecer tal entendimento. No Brasil, se recepcionaria tal entendimento por meio de Paula Baptista.

2.3 Interpretação no período imperial: boa razão e moralismo

Nome do Direito Processual do Império, Francisco de Paula Baptista tornou-se referência, no campo da interpretação jurídica, ao publicar em 1860, seu *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. Como afirma Carlos Maximiliano, esse livro teria ocupado uma solitária posição sobre o assunto nas publicações jurídicas nacionais, até que fosse publicada *Hermenêutica e aplicação do Direito*.

Paula Baptista graduou-se pela Faculdade de Direito de Recife em 1833, onde viria a ser professor a partir de 1835 por 46 anos, quando foi aposentado compulsoriamente, aos 70 anos. Publicara apenas dois livros de direito, que se costumou publicarem juntos (em conjunto a *Teoria e prática do processo civil*). Além disso, fora deputado e redator do partido conservador, aderindo ao liberalismo após 1865. Para Beviláqua, Baptista soube condensar “os conhecimentos jurídicos da época”⁴⁹. Tratando de sua obra sobre hermenêutica, chamando-a de “obra-prima” que não pode ser “excedida” por muito tempo, a não ser por Maximiliano⁵⁰.

⁴⁹ E Beviláqua conta uma anedota: “Tão grande prestígio adquiriu o ensino de PAULA BATISTA que a imaginação popular o envolveu numa auréola de lenda. Afirmou-se que a sua Hermenêutica jurídica fora traduzida para o alemão e servia de compêndio na célebre Universidade de Heidelberg. Não era verdade, mas o livro do juriconsulto brasileiro merecia bem que tivessem trasladado para uma língua em que mais extensamente se lhe pudesse apreciar o vigor do pensamento”. (BEVILÁQUA, 2012, p. 456)

⁵⁰ “Certamente a lógica jurídica fez assinalados progressos depois que, em 1860, o professor do Recife publicou a sua Hermenêutica. Outros princípios conduzem hoje o intérprete das leis. A transformação operada na concepção do Direito pelos trabalhos de JHERING, KOHLER, POST, STAMMLER e a influência de mais em mais acentuada sociologia na formação dos conceitos jurídicos não podiam deixar de modificar a mentalidade do intérprete, dando-lhe instrumentos mais aperfeiçoados para a determinação da norma jurídica. O livro de PAULA

O sistema hermenêutico que teria regido Portugal, como apontado brevemente a Telles como seu representante, em muito se parece com o que Paula Baptista se utilizaria em 1860 em *Compêndio de hermenêutica jurídica*. Não apenas a estrutura da abordagem, em sentido formal, quanto o próprio conteúdo em muito se parece com a que Paula Baptista se utilizaria em 1860 em *Compêndio de hermenêutica jurídica*. O jurista brasileiro certamente se amparou no trabalho do português para conceituar *interpretação*: ambos defendiam que ela deveria ocorrer na muito pontual situação de obscuridade do sentido da lei. Além disso, assim como Telles, Baptista acreditava que a interpretação deveria ser realizada pelo legislador. Em Portugal, diferentemente do Brasil, deu-se competência à Casa de Suplicação para que indicasse a interpretação autêntica da lei e, em último caso, o próprio rei, conforme a Lei da Boa Razão. No Brasil, a Relação do Rio de Janeiro passaria à condição de Casa de Suplicação em 1808, com a transferência da Corte portuguesa ao país. Ela daria lugar ao Supremo Tribunal de Justiça em 1828.

Baptista define, de início, no que se constitui hermenêutica jurídica: “é o systema de regras para interpretação das leis” (BAPTISTA, 1901, p. 367). Mas não são todas as leis objeto de interpretação, mas aquelas que, por serem *obscuras* (defeitos de redação, concisão e do silêncio) demandam a *exposição* de seu *verdadeiro sentido*, isto é, aquilo que desejou o legislador. Sua finalidade seria, em última instância, atende ao interesse público. Leis claras, precisas, não devem sofrer interpretação, já que *interpretatio cessat in claris* (BAPTISTA, 1901, p. 369). Em crítica a Savigny, afirma que interpretar uma lei clara seria o mesmo que criar Direito, duas tarefas distintas, das quais somente a primeira seria de competência do “intérprete”: interpretar uma lei clara consistiria em “usurpação á autoridade legislativa” (BAPTISTA, 1901, p. 370), a quem Baptista atribui a competência de promover uma interpretação *autêntica*. Aliás, afirma que, até a Circular de 7 de fevereiro de 1856, os juízes recorriam constantemente ao governo para esclarecer obscuridades acerca da lei.

O intérprete, operador do direito, decide sobre questões de direito diante da obscuridade da lei; diante de sua clareza, apenas aprecia os *factos*. Sua interpretação só pode ser *doutrinal*. A

BAPTISTA continuará, porém, a representar, com muita honra, uma forma do pensamento humano no domínio por ele explanado, um belo produto da inteligência em sua tentativa para dar forma ao sentimento de justiça”. (BEVILÁQUA, 2012, p. 459).

tarefa do juiz é a de fazer a “justiça de hoje”, diz Baptista, e não a de amanhã. A questão da divisão entre interpretação autêntica e doutrinária parecia estar na ordem do dia do Império, pela qual se discutiam os limites de atuação dos poderes, especialmente do legislativo com relação ao executivo, como é possível identificar nas discussões parlamentares das sessões do Senado⁵¹. Até aqui, apesar de Baptista afirmar que somente parte das leis são interpretáveis, o intérprete também aparece diante da lei clara. Não há outra palavra para designar uma separação de funções. A leitura da lei, afirma, sempre “acompanha a condição natural de dever ser entendido segundo o pensamento de seu autor”. A questão, para Baptista, parece ser de *escolha* de aplicar a claridade da lei ou *interpretá-la* “positivamente”⁵² (BAPTISTA, 1901, p. 370).

Interpretar – no que parece ser seu sentido *mais* original, verdadeira, *autêntica* – invariavelmente *modifica a lei*, estando autorizados a fazê-los apenas aqueles que tem competência de modificá-la. O legislador é, aqui, considerado o sujeito que “não pôde ficar indiferente á motivos superiores”; sobre a lei obscura, deve se impor a vontade do legislador, que em um primeiro momento não estivera clara. A interpretação autêntica, assim, é uma *lei interpretativa*. Seu caráter seria *público*⁵³, enquanto a interpretação doutrinária, promovida pelo judiciário e pela administração, teria caráter *privado* (BAPTISTA, 1901, p. 373).

Soa muito estranho, hoje, tal distinção, e isso se dá, acredito, pela expansão da esfera do direito público que o país viria a experimentar, progressivamente, ainda no começo da República. E é interessante que, no campo do que se poderia chamar de “interpretação pública”, autêntica, tal competência advenha de *autoridade* (do legislador). A interpretação das leis claras, doutrinárias, seriam *científicas* (“as luzes e a sciencia do interprete”). Advindo uma

⁵¹ Aparentemente, conforme os Anais do Senado de fevereiro de 1856, conforme fala de Ferraz, o governo imperial teria “mania da interpretação [...] a mania do governo interpretar todas as leis, e interpretar, não doutrinariamente, porque isso não lhe podia competir, mas tomando tais arbítrios como aquele que o nobre ministro da justiça tomou declarando que ao governo devia pertencer a interpretação autêntica!” (ANNAIS, 1856, p. 169).

Pimenta Bueno: “Em vez de distender de cada vez mais o abuso, creio que é preciso volver ao respeito da lei. Seria já muito curioso e muito importante fazer um inventário de tais delegações ou transferências do poder de legislar. Veríamos que em grande extensão já temos dois legisladores, um de direito e outro de fato. O ministério da justiça em seu relatório já quis adiantar esse inventário; pretende o direito de interpretar por via de autoridade, não esta ou aquela lei, sim o direito em massa, a soma dos direitos legislativos. O princípio é o mesmo, a questão é um pouco mais ou um pouco menos; concedamos, mas reste-nos então uma virtude, poupemos mais de 600:000\$ que a nação despense conosco, declarando-lhe que somos uma perfeita inutilidade”. (ANNAIS, 1856, p. 242).

⁵² Baptista separa a leitura do texto em duas fases: a primeira, crítica, da qual, em seguida, pode se dar a interpretação propriamente dita (BAPTISTA, 1901, p. 405).

⁵³ Que seria, ao fim, o próprio interesse público materializado na lei por intermédio do legislador (BAPTISTA, 1901, p. 390).

interpretação autêntica sobre a doutrinal, prevaleceria a primeira, sem retroagir. A interpretação doutrinal é *casuística*, isto é, “quem [operador do direito, seja juiz ou administrador] não se convencer por esses motivos e razões, póde em presença de outras, que pareçam melhores, seguir diversa opinião”, isto é, a ideia de que a coisa julgada vale somente para as partes (BAPTISTA, 1901, p. 374). A discricionariedade casuística, assim, é a permitida. Soa como uma justificativa, em verdade, para sustentar a liberdade interpretativa, pautada em critérios científicos, e não de autoridade. Afinal, a centralidade do governo ocuparia sozinha o posto de autoridade de interpretações oficiais, em nível geral, em sobreposição ao Poder Judiciário, que ocupava posição de menor expressão quando em comparação às competências estabelecidas a ele pela Constituição de 1891.

A Circular demandaria do intérprete “probidade, illustração e criterio de intelligencia”: probidade para procurar o verdadeiro sentido da lei; illustração para alcançar todas as possibilidades; intelligencia para discernir “o verdadeiro do falso” (BAPTISTA, 1901, p. 377). Para tanto, o intérprete deveria considerar que as leis se constituiriam de três partes: “palavras, pensamentos e exacta conformidade destes pensamentos com a razão natural, justiça, ordem e bem geral”. Para cada uma dessas partes, o intérprete deveria promover, respectivamente, uma análise gramatical, lógica e científica⁵⁴, correspondentes à letra da lei (seu aspecto *formal*) e ao seu conteúdo, sua “força íntima e espírito” (BAPTISTA, 1901, p. 378). É possível que um elemento se sobressaísse aos demais

Assim, umas vezes são as palavras que com suas significações proprias determinão o sentido da lei (interpretação geralmente conhecida por grammatical), outras vezes o pensamento em sua verdade é que determina o sentido, rectificando as palavras (interpretação lógica); mas em qualquer dos dous methods, que segundo as circumstancias fôr empregado, os três elementos estarão presentes como necessários para dar ao interprete plena consciência da lei. (BAPTISTA, 1901, p. 383).

O autor define o elemento científico como o conjunto que envolveria o direito natural, a moral, o direito público no que diz respeito ao conteúdo das leis, bem como sua própria história. O direito natural consistiria na base de todo direito, e deve ser aplicado em casos de

⁵⁴ Baptista explica que chama de científico aquilo que Savigny chamara de “sistemático”; o aspecto histórico, adotado pelo autor alemão, seria, para o brasileiro, parte sua estrutura científica.

“silêncio da lei positiva”, bem como nos casos “ambíguos e duvidosos”, com fins à “justiça universal” e a “equidade”. Baptista não se escusa de enfrentar o debate sobre a existência do direito natural, em resposta a uma teoria positivista do direito como fonte de si mesmo. Cita a Lei de 18 de agosto de 1769, **“a mais importante, senão a única que temos sobre matérias de interpretação”**, a qual determina o sentido de “boa razão”, isto é, o direito natural, estabelecido pelas Ordenações⁵⁵. Faz referência, também, ao art. 16 do Código Civil português, que determinava, nos casos em que “não poderem ser resolvidas [as questões sobre direitos e obrigações] nem pelo texto da lei, nem pelo seu espírito, nem pelos casos analogos prevenidos em outras leis, serão decididas pelo direito natural”. Também faz referência à equidade *jurídica*, “pela qual os juizes, no silêncio, duvida ou obscuridade das leis escriptas, devem submeter-se por um modo esclarecido á vontade suprema da lei, para não cometer em nome della injustiças” que, ao fim, *entende ser direito natural* (BAPTISTA, 1901, p. 389). Baptista faz questão de ressaltar que estão envolvidos o interesse público, na forma do direito público materializado pelo legislador, bem como a moral (aqui associada aos “bons costumes”, “cimento do edificio social” que, ao fim, se conecta ao próprio interesse público), que é, ao fim, aquilo que fundamenta a lei, que corresponderia para o autor aquilo que para os romanos tinha o sentido de *útil* (aquilo que traz o bem para todos): **“o certo é, que mesmo nos justos limites da interpretação, todas as regras de hermenêutica jurídica fundão-se na bôa razão”** (BAPTISTA, 1901, p. 392). E ressalta: **“Assim, o autor condena aqueles que descartam a moral como parte da ciência das leis e de sua interpretação”** (BAPTISTA, 1901, p. 393).

Tal método levaria em conta, então, aquilo que diz a letra da lei (aquilo que indica, por exemplo, se o ato é obrigatório ou facultativo), de acordo com a lógica ordenamento jurídico, esta pautada na cientificidade da construção legislativa, que deve alinhar gramática com os fins da lei da maneira mais clara possível (BAPTISTA, 1901, p. 380).

Há, visivelmente, uma preocupação que vai além da preservação e submissão da lógica interpretativa à teleogia do texto. Ainda que a Lei da Boa Razão tivesse por objetivo a centralização da produção do direito, e esta parece ser a causa de Baptista, ela também admitia

⁵⁵ “Mando por outra parte, que aquella boa razão, que a Ord. do I. Ill tit. 64 determinou que fosse na pratica de julgar subsidiaria seja aquella boa razão, que consiste nos primitivos, princípios, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido, e o direito dino e o direito natural formalisarão para servirem de regras civis e moraes entre o Christianismo”

a possibilidade de recorrer-se ao Direito Natural para atender eventuais “obscuridades”. Mas não apenas isso. Baptista fala, por exemplo, na existência de leis de sentido *anormal*, isto é, que feririam a “razão natural”. Aqui, Baptista recorre a Sêneca, *para dizer que a razão natural vale tanto ou mais que aquilo que está escrito*, e aí a letra da lei esbarra diante do absurdo: não é possível interpretar uma lei de modo que “autorise a vingança, o crime e a fraude contra os direitos de alguém” (BAPTISTA, 1901, p. 382). Assim, mais importante que a letra da lei são seus *motivos*, seus *princípios gerais*. E cita Aguesseau, para quem “o poder de julgar não seria dirigido por preceitos formais: “o templo da justiça não deve ser menos consagrado á sciencia, do que ao estudo das leis escriptas”, sendo a doutrina superior ao conhecimento da letra da lei (BAPTISTA, 1901, p. 385).

A interpretação *regular* é aquela que relaciona as palavras e o pensamento de maneira harmoniosa; o pensamento, no entanto, não deve ser sacrificado “às imperfeições e inconsequencias da linguagem”: apenas as palavras é que são sujeitas à interpretação (BAPTISTA, 1901, p. 384). O conhecimento do “espírito das leis”, isto é, o pensamento da lei, a *ratio legis*, é o que constitui a “verdadeira ciência do jurisconsulto”. O espírito da lei não seria justamente a discricionariedade a que Hespanha se referia?

Baptista também ressalta a importância da análise histórica da lei, de seu contexto de surgimento, seus fins e desenvolvimento, para a interpretação. Diz ele que o tal aspecto, por vezes, é a melhor forma de interpretação, uma vez que a história da lei se fundamenta em princípios cujo fim é a ordem. **Deve-se partir da ideia de que o legislador é “justo e humano”. O juiz deve agir com “prudencia”**. O intérprete deve conciliar o espírito da lei com suas palavras. Essa é basicamente a sua função primordial.

Todos os problemas elencados são de ordem muito prática, e quase todos os exemplos vêm do direito civil, com uma ou outra exceção ao habeas corpus e direito penal. Nenhuma menção a direito *constitucional*, apesar de que se fala em direito administrativo/público.

O manual de Paula Baptista era, de fato, bastante difundido nas faculdades de Direito, sendo objeto de estudos detalhados, realizados por meio de apostilas comentadas, como é o caso de *Postillas de pratica: colleção completa das licções de pratica do anno de 1865, precedidas de cinco licções de hermeneutica juridica e seguidas de dez de processo criminal, inteiramente correctas* (1872), de Joaquim Ignácio Ramalho, professor na Faculdade de Direito

de São Paulo. Ramalho promove a leitura pontual da obra de Baptista, e acrescenta suas próprias impressões.

Uma de suas principais reivindicações seria a de que o conhecimento sobre *como* interpretar deveria anteceder o próprio conhecimento da lei. Seu fim último seria o de fazer com que intérprete se “apoderasse” do pensamento do legislador, partindo o texto da separação entre hermenêutica filosófica e “Hermeneutica Juridica Patria”, esta uma *arte* especial, ainda que esta busque na primeira seus princípios gerais. E explica:

Nós limitamo-nos á hermeneutica das leis patrias. Convêm conhecer a razão porque dissemos “leis patrias”; sabem os senhores que cada legislação tem seu systema, segue um principio que lhes serve de base e que domina todas as disposições de lei, além de que toda a legislação resente-se do paiz para que é feita, por causa da influencia da lingua, dos costumes, do regimen politico, etc., visto que tem cada nação seu character especial: é por isso que dissemos “hermeneutica das leis patrias. (RAMALHO, 1872, p. 3),

O termo “hermenêutica jurídica pátria” não aparecera na obra *Hermenêutica Jurídica* de Paula Baptista. É muito interessante notar tal especificação. O conceito de hermenêutica, ou interpretação, pode ser assim adjetivado porque sua função é justamente apreender as especificidades das leis nacionais, em seu contexto como um todo. A interpretação das leis brasileiras, portanto, exigiria, pode-se concluir, uma *interpretação voltada ao contexto brasileiro*.

Nesse sentido, recrimina-se a aplicação de regras romanas como “princípios gerais” de interpretação – refere-se, por exemplo, aos contidos no *Digesto*: “se ellas são verdadeiras e applicaveis em muitos casos, falthão tambem em muitos outros” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 4). E assim promove-se uma cisão entre tal corrente nacional e a de autores como Grotius, Puffendorf e Eckardus. Suas obras serviriam à compreensão da interpretação do direito romano, e não tanto ao direito nacional. Os portugueses pouco teriam tratado do assunto, uma vez que lá teria prevalecido o sistema de *glosas* ao invés da criação de tratados hermenêuticos. Nesse esquema de interpretação, prevaleceria aquela que mais tivesse sido aplicada, deixando-se de

lado qualquer regra geral de interpretação⁵⁶.

Para o autor, ainda que a doutrina de Paula Baptista tivesse sido adotada pelo governo (adotada também por aquele que escreve, que também faz referência à Mello Freire), o país ainda sofria com o problema da jurisprudência quantitativa, herança portuguesa. Antes mesmo de se promover uma *interpretação*, os juristas recorriam aos “avisos do governo” ou a “um aresto, uma decisão qualquer aplicada a um caso”, e assim “tem-se entendido applicavel aos Casos iguaes” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 6). Tal modo casualístico de decidir impediria de aplicar os motivos da decisão a outros casos a não ser que idênticos: “tem, pois, esta Hermeneutica inconvenientes”. Ramalho demandava, me parece, maior autonomia da interpretação e dos intérpretes brasileiros.

Ramalho discorda de Baptista quando este definiu hermenêutica jurídica como um sistema de regras para interpretação das leis, justamente por conta de sua generalidade, que poderia ser corrigida com a adição *pátrias* ao conceito (RAMALHO *et al*, 1872, p. 6). Além disso, já de partida, discorda de que a interpretação deva ser realizada apenas nos ditos casos obscuros, recorrendo a Savigny, quem consideraria a “intepretação como necessaria para conhecer o pensamento do legislador, não só quando a soa expressão é obscura e defeituosa, mas mesmo ainda quando elle disse bastante para ser conhecido o seu pensamento”) e, nesse sentido, seria em verdade a “*reconstrução do pensamento do legislador*” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 7, grifo do autor).

A interpretação só poderia se realizar na compreensão da linguagem contida no direito de um povo e da linguagem de seu legislador. O autor faz uma distinção entre a linguagem do direito (que aparenta ser aquilo que a lei individualmente expressa) e a linguagem jurídica, que seria propriamente aquela que a interpretação alcançaria. O próprio *sentido das palavras* é que conduz à interpretação, sendo ele obscuro ou não. Toda a legislação do país se referiria ao próprio sistema jurisprudencial nacional, ao qual os juristas devem atentar de modo a realizarem uma interpretação verdadeira, a qual só se realiza quando levados em consideração os princípios da legislação em detrimento dos seus próprios.

⁵⁶ Faz-se referência maior à obra do português Mello Freire, *Institutiones juris civilis lusitani* (1789-1793), que havia, também, procurado estabelecer um “systema racional de interpretação” (RAMALHO; BAPTISTA; FILHO, 1872, p. 5).

Ramalho entende que a interpretação se dá para além da análise gramatical, lógica e “usual”, as quais não seriam *interpretações*, mas elementos de um único processo interpretativo – ideia retomada por Maximiliano em 1915 –, uma única *arte*, que envolveria “o emprego de todos os meios” possíveis para se alcançar o pensamento do legislador. A interpretação se utilizaria se análises inclusive retóricas e poéticas, ou médicas, tantas quantas “são as sciencias do estudo humano” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 9). Contudo, tal entendimento não facilitaria o trabalho do jurista, que deve recorrer, portanto, ao sentido geral, a fim de não se perder nas particularidades dos conteúdos de cada lei.

A lei é entendida como a manifestação escrita da vontade do legislador. Seu fim seria o de regular as relações sociais, e por isso ela deve ser “fielmente executada”. É preciso, assim, que todo intérprete disponha da mesma metodologia hermenêutica, “para que todos entendão do mesmo modo uma lei” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 9). Quando há dúvidas, ainda que as regras sejam aplicadas, Ramalho aponta para a necessidade de que seja manifestada a vontade do legislador através da interpretação autêntica, do mesmo modo concebida por Baptista, interpretação esta que associa à Casa de Supplicação portuguesa. Ramalho não faz menção, no entanto, ao Supremo Tribunal de Justiça do Império. Ainda que a interpretação devesse sempre se ater à hierarquicamente superior, Ramalho considera “um abuso” que os juízes recorram ao governo para saber como decidir sobre os casos, assunto também tratado por Baptista.

Porém, o que é mais interessante é a distinção entre interpretação autêntica e doutrinal, que é o próprio limite entre a interpretação legislativa e judicial nos dois autores. Ainda que Ramalho expanda o conceito de interpretação para todas as leis – não seria isso um indicativo de um destacamento do Poder Judiciário, já na década de 70 do século XIX, por meio da interpretação? –, e não apenas aquelas consideradas obscuras, como fez Baptista, que reduzia a tarefa do juiz à interpretação doutrinal, o autor atribui à Casa de Supplicação portuguesa a tarefa de interpretar a lei de maneira *autêntica*.

A expressão “espírito da lei” é utilizada quando Ramalho trata do aspecto *lógico* – a *ratio* – da interpretação, isto é, aquilo que vai além das palavras para alcançar o conjunto das leis analisados desde uma perspectiva analítica, de acordo com as “regras do direito, ou, antes segundo o *elemento científico*” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 15). O elemento científico está atrelado, me parece, ao próprio espírito da lei, à sua lógica e, por consequência, ao pensamento do legislador. É o próprio pensamento da lei, seu raciocínio, que não pode ser deduzido de

palavras isoladas, mas apenas contextualmente.

A aplicação da maioria das leis não se daria de maneira tão clara. Aqui, Ramalho estabelece uma discordância com relação ao posicionamento de Baptista, para quem a lei seria clara na maior parte dos casos. Estende para 3 os casos em que há necessidade de interpretar um texto: a obscuridade da lei, “resultante de expressões indeterminadas, ou improprias, e de orações amphibologicas; 2º do silencio da lei; 3º de concisão, com que são escriptas todas as leis, nascendo d’ahi duvidas a respeito de sua applicação” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 17).

É interessante notar que, para além de uma simples ausência de clareza no sentido da lei, Ramalho afirma a possibilidade de seria possível uma interpretação diferente daquela que “o pensamento do legislador teve em vista”, isto é, “pensamento diverso daquelle que é seu fim exprimir”. Se a finalidade pode ser procurada pelos meios apontados, e é justamente a proposta de estabelecer-se as regras da hermenêutica jurídica, a finalidade da lei é deduzível do texto. Se a lei é demasiado concisa, ou seja, diz menos do que deveria para que fosse compreendido, “deve-se neste caso recorrer aos meios da Hermeneutica, para dessas palavras concisas se determinar qual o pensamento do legislador” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 18). Interessante é a solução dada para os casos em que a lei é silenciosa: “nós [...] entendemos que neste caso, bem como em outros semelhantes quiz a lei deixar ao juiz o arbitrio, que é o melhor correctivo nestas circunstancias” (RAMALHO *et al*, 1872, p. 18).

Em geral, a interpretação volta-se ao texto e às intenções do criador da lei. Isso é bastante claro nos textos de Baptista e Ramalho. No entanto, em ambos os casos é possível identificar que, mesmo havendo uma centralidade na produção de normas, a interpretação judicial, *doutrinal*, se desenvolve de acordo, no primeiro caso, com as questões de direito natural e justiça; no segundo caso, o entendimento de interpretação parece tentar se desvencilhar das questões trazidas pela Lei da Boa Razão diretamente, sem grandes movimentos bruscos, mas no sentido de afirmar uma hermenêutica nacional e uma maior liberdade judicial.

2.4 QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA É QUEM PODE INTERPRETAR: O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO PARÂMETRO DE COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA DO JUDICIÁRIO

Ao tratar da história do controle de constitucionalidade no Brasil, Marcelo Casseb Continentino (2017) afirma que ao juiz era atribuída a função de interpretar, a ser “realizada individualmente, por meio do estudo dos fundamentos da lei”, com a condição de ser restrita ao caso particular, sem criação de “regra geral obrigatória para outros juízes ou tribunais” (CONTINENTINO, 2017, p. 2524). O controle judicial de constitucionalidade seria instituído oficialmente apenas pela Constituição de 1891, sendo até então objeto dos Poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, Continentino nos indica que em Pimenta Bueno é possível encontrar indicações de que a tarefa de interpretar não era atribuição exclusiva daqueles dois poderes. Pimenta Bueno separa em *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio* (1857), no tópico *Da atribuição de interpretar as leis*, interpretação por via de autoridade da por via de doutrina (BUENO, 1857, p. 69). A primeira pertenceria exclusivamente ao legislativo, pautada sobre o art. 25 do Ato Adicional de 1834: apenas ele seria competente para declarar o sentido da lei, isto é, de seu próprio ato. Contudo, “pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou o juiz [...] formar sua opinião a respeito da intelligencia della”, porém, “querer que essa opinião seja infallivel e obrigatoria, que seja regra geral, seria dizer que possuia a faculdade de advinhar qual a vontade e o pensamento do legislador” (BUENO, 1857, p. 70). Tal feito não somente seria impossível como consistiria em usurpação de atribuições. A interpretação não se distinguiria da própria lei e de quaisquer atos legislativos de caráter regulatório. Nessa perspectiva, o judiciário seria mero aplicador da lei (BUENO, 1857, p. 71), e sua interpretação *não cria direito* geral. A interpretação “por via de doutrina quanto ds [sic] leis do direito commum” seria propriamente a interpretação judicial, como já dito, seria admitida apenas em caso concreto, individualmente. Segundo Bueno

É pois irremediavel que as leis circunscrevão-se em principios, ou theses geraes, e que só previnão o que podem antever; mas por isso mesmo manifesta-se que é tambem irremediavel, que alguem tenha a faculdade,

quando indispensavel, de interpreta-las quanto aos factos que se passão, e que demandão solução (BUENO, 1857, p. 77).

A tarefa interpretativa consistiria em “combinar suas palavras [da lei] com o seu espirito, com outras leis correlativas, deduzir sua força, comprehender suas vistas” (BUENO, 1857, p. 77), regulada pela Ato Adicional. Assim,

A interpretação *judicial*, ou por via de doutrina, propriamente dita, consiste pois na faculdade que a lei deu ao juiz, e que por isso elle tem, de examinar o verdadeiro sentido, o preceito da lei, ou dos principios do direito, e de applico-lo á questão ante elle agitada tal qual o comprehende, e sob sua responsabilidade. Esta interpretação, esta deducção logica pertence a elle e só a elle, e não é mesmo possivel pretender que não lhe pertença, ou que pertença conjuntamente a outrem, porque sem esse direito exclusivo, elle, que é o applicador da lei, não poderia cumprir o dever de seu cargo, e muito menos ser responsavel. (BUENO, 1857, p. 78).

É muito interessante notar que a Bueno não prescreveu aos intérpretes que procurassem pelo sentido estipulado pelo legislador e, além disso, responsabilizou-os totalmente pelas próprias leituras em suas possíveis consequências. Afinal, como responsabilizar o legislador nesses casos? O jurista também afirmou ser constitucional que, no momento de aplicação da lei, ao juiz fosse possível “estender, esclarecer, e mesmo supprir suas disposições segundo seu espirito quando incompletas, obscuras ou omissas”, usando-se de recursos como princípios gerais do direito, regras de justiça, equidade e costumes, justificados pelo brocardo *de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est* (BUENO, 1857, p. 78), bem como do “espirito da lei e da jurisprudencia, os arestos e exemplos, mas também os escriptos e opiniões dos jurisconsultos” (BUENO, 1857, p. 79). Tais amparos, no entanto, teriam o propósito de *esclarecer a doutrina*, e não poderiam ser confundidos com o “direito exclusivo que elle [juiz] tem de estabelecer a doutrina, **que deduz da lei segundo sua consciencia e responsabilidade**” (BUENO, 1857, p. 79).

Além disso, diz que “suas disposições são proferidas depois de longa e luminosa disposição, ouvidas as partes, mediante formulas que ministrão ampla garantia, e que debatem qual a melhor intelligencia da lei”, tudo isto constitucionalmente aceito e à causa da “ampla garantia para a sociedade e para os direitos individuais”. E diz: “por certo que se o juiz pudesse e ser obrigado a applicar a lei, não como elle a entendesse, sim como lhe fosse ordenado,

reduzido a um estado puramente passivo, feito instrumento material do ministerio, que conceito mereceria, que protecção offereria?” (BUENO, 1857, p. 78).

A decisão certamente não tem a razão da autoridade, e por isso é passível de novas análises, de recursos, garantidos pela existência do Supremo Tribunal de Justiça. É *muito* interessante ver articuladas a liberdade interpretativa dos juizes, em qualquer instância, à própria existência de um Tribunal Superior. É impressionante, disso tudo, que embora haja uma divisão no conceito de interpretação, que separa a promovida por legisladores e juizes, não haja uma um condicionamento do segundo ao primeiro. Outra coisa muito importante é a utilização da palavra *necessidade* para justificar a autonomia das decisões nos casos particulares. Não se trata de limitar a discricionariedade à *obscuridade* da lei, mas de admitir a condição própria de existência das leis, que em seu aspecto geral, não poderiam englobar todas as questões possíveis surgidas na contingencialidade daqueles casos.

Pimenta Bueno teria sido responsável pela “primeira grande reflexão sistemática e consistente sobre o direito constitucional positivo brasileiro com significativo impacto no cenário jurídico e político brasileiro” (CONTINENTINO, 2015, p. 211). Continentino nota que o jurista defendia que aos juizes cabia “observar religiosamente as leis” (BUENO, 1857, p. 83), vinculando legalmente a decisão do intérprete. Isso se dava, ao ver do autor, em razão do grande impacto da liberdade de interpretação sobre a esfera política do período imperial, quando sentia-se a necessidade de blindar tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo: seria impensável que o poder imperial se submetesse à interpretação judicial, visto que sua autoridade se justificava por questões de interesse público; de outro lado, o artigo 15, VIII, da Constituição de 1824 atribuía unicamente ao legislativo a interpretação de lei via autoridade (CONTINENTINO, 2015, p. 217). Reconhecia o caráter político da função do Supremo Tribunal de Justiça, mas entendia que as decisões ali tomadas não dispunham de caráter imperativo, mas meramente moral sobre as futuras decisões dos tribunais inferiores. Rechaçava, assim, modelo de Corte de Cassação, o qual julgava absolutista.

A possibilidade da instituição do controle judicial de constitucionalidade durante a Primeira República seria um desenvolvimento das ideias e da prática do controle judicial de legalidade que se mostrava ao longo do Império. Nada disso teria se dado, evidentemente, sem quaisquer embates, discordâncias e descontinuidades em um cenário não muito homogêneo e previsível, diz Continentino (2005, p. 331). A partir de nomes como os de Pimenta Bueno e

Paula Baptista, passou-se a reconhecer “a possibilidade de os juízes realizarem a interpretação exclusivamente limitada á resolução do caso concreto, isto é, desde que não se tornasse aquela decisão individual uma geral” (CONTINENTINO, 2005, p. 351).

Continentino analisa que, durante o período de Imperial, os juristas se dividiam em diversas opiniões sobre os limites da interpretação jurídica; parte deles acreditava que o Poder Judiciário apenas declararia a lei nos casos concretos, como um mero reproduzidor da letra da lei e das intenções do legislador (Avellar Brotero, Ramon Salas, Lourenço José Ribeiro); outros limitavam a interpretação aos casos de obscuridade (divergência jurisprudencial) a ser resolvida necessariamente pelo legislativo (Silvestre Pinheiro); aqueles que dividiam-na entre autêntica e doutrinal, ambas circunscritas à competência do Poder Legislativo (Paulo Autran); outros, atribuíam a interpretação doutrinal ao judiciário, limitando seu efeito e alcance aos casos particulares (Pimenta Bueno) (CONTINENTINO, 2015, p. 357-365).

Continentino frisa que Pimenta Bueno e Paula Baptista estariam em “franca sintonia” (2015, p. 365), visto que ambos separaram a interpretação em autêntica e doutrinal, e ambos limitariam esta última aos juízes em casos particulares. Mas acredito que haja uma diferença sutil entre ambos. De fato, ambos partem do mesmo preceito. O entendimento que parecia prevalecer durante o Império, inclusive legislativamente (LYNCH, 2014, p. 190), era a de que a interpretação se bifurcava em autêntica e doutrinal. Além disso, em termos de interpretação constitucional, como aponta Lynch, o Senado determinada que devia-se proceder leitura literal do texto (LYNCH, 2014, p. 189). Acredito, no entanto, que dificilmente isso se mantinha integralmente em termos doutrinários. O discurso de Bueno, por exemplo, me parece mais flexível que o de Baptista, e isso é perceptível pela preocupação deste último com o cerceamento dos limites da própria interpretação doutrinal. Bueno, diferentemente, ainda que demonstre preocupação na manutenção dos preceitos legislativos ao contornar o fronteira criativa no momento do estabelecimento de jurisprudência e mesmo da separação entre as funções do Poder Legislativo e do Supremo Tribunal de Justiça em face da pergunta “quem decide por último/dá a última palavra?”, reconhece que os juízes são impelidos a responderem às necessidades de acordo com o “espírito da lei”, em um movimento de dedução. Trata, logo depois, de responsabilizar individualmente tais interpretações, o que parece fazer para dissociá-las de interpretá-las apenas diante de *obscuridade* da lei. O limite da liberdade interpretativa, nesse caso, parece ser maior do que o limite de seu alcance. Independentemente disso, é possível

identificar uma constante procura de justificação das decisões com base na lei, bem como a preocupação de traçar a linha entre os Poderes.

O contexto em que estavam inseridos tais autores é justamente aquele momento em que se buscava uma resposta formal à centralização da produção jurídica tal qual descrita por Hespanha. Ao fim, parece, não se tratava tanto da criatividade dos juízes, desde que mantidas sob um certo controle, quanto da manutenção das estruturas institucionais. Nesse sentido, a liberdade e a possibilidade parecem ser reconhecidas por Bueno, que adverte, no entanto, para possível responsabilização pessoal. Reconhecia-se, então, a liberdade individual desses juízes de interpretar conforme o “espírito da lei”, este certamente amparado pelo direito natural. Parece que o que não se permitia era que tal liberdade alcançasse o patamar de controle de constitucionalidade e a centralidade do Poder Executivo e Legislativo.

Agostinho Marques Perdigão Malheiro indicara, entre 1868 e 1869, a necessidade de revisão dos limites do Supremo Tribunal de Justiça, uma vez que o país estaria sofrendo da ausência de jurisprudência e da incertitude sobre os direitos. Para o deputado, diz Continentino,

o remédio [...] seria atribuir ao Supremo Tribunal de Justiça – por paridade de razão em relação ao Poder Executivo, que tinha a prerrogativa de interpretar por autoridade as leis administrativas – a mesma prerrogativa, autorizando-o a interpretar as leis civis, criminais e comerciais. [...]. A “lei da necessidade”, sustentava ele, adviria do fato constatado de que o Poder Legislativo não tinha nem tempo nem disponibilidade para resolver as demandas relacionadas à interpretação e à aplicação das leis, que lhe foram seguidamente apresentadas por iniciativa do Supremo Tribunal e do governo imperial. (CONTINENTINO, 2015, p. 376).

Havia, como claramente indicado pelo autor, um paradoxo institucional que permitia aos juízes inferiores que interpretassem ampliando ou restringindo a lei conforme a necessidade e não autorizava o mesmo àquele Tribunal. Não se tratava de uma disputa apenas de saber apenas quem diria o direito, mas quem o diria *por último*.

A discussão sobre os limites da interpretação trazidos na República remontaria ao período imperial, isto é, não seria fruto *ex nihilo* do pensamento de Rui Barbosa, nome associado comumente ao instituo, esta é a tese de Continentino (2015, p. 400).

Os debates estabelecidos durante o período imperial indicariam que os limites da interpretação jurídica já estavam em disputa anteriormente à Primeira República. Tal debate teve continuidade nos trabalhos da Assembleia Constituinte com a pergunta pelo papel do

Supremo Tribunal Federal como última palavra de um sistema jurídico e, em última instância, a última palavra política do sistema federativo. A politização do STF representaria, na fala de Campos Salles, a garantia dos estados de não sofrerem quaisquer interferências do Executivo nos domínios das assembleias estaduais. Assim, para Continentino, o instrumento do controle judicial de constitucionalidade estaria muito mais atrelado “à necessidade de manutenção das prerrogativas e competências constitucionais da União por causa do novo modelo federal do que propriamente com a proteção e com a efetivação dos direitos individuais” (2015, p. 410). A inspiração no modelo americano provinha do conhecimento de que a sua Corte atuava como árbitro político e constitucional dos conflitos federativos.

No entanto, acredito que, apesar de tal enunciado fator ter sido de fundamental importância para a determinação das atribuições ao Supremo Tribunal Federal e também da ascensão, por assim dizer, do *status* da liberdade de interpretação do judiciário, está longe de ser o único fator responsável por isso. Há que se considerar que, em verdade, houve um complexo de fatores, *inclusive* políticos, que se viam às voltas com a modernização do país em termos de adoção de doutrinas jurídicas dos ditos países civilizados e modernos, como os Estados Unidos, e das diversas repúblicas europeias, de quem os juristas nacionais bebiam doutrinas, e que apontavam para a urgência da atualização nacional em seu anseio de integração internacional e estabelecimento de institutos jurídicos atualizados. A reconfiguração das instituições e das doutrinas não seria produto simples de uma intenção política muito clara, mas de um mosaico de interesses *inclusive culturais* da circunstância jurídica nacional.

3 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA ENTRE MARASMO E VERTIGEM

Entre *marasmo* e *vertigem*⁵⁷, a vida na virada do século XIX para o XX poderia ser avaliada como uma grande miscelânea entre a vida pacata do interior e a vida movimentada das grandes capitais. As cidades cresciam; a vida política se intensificava. A Ditadura que instaurou a República abalou a ordem do dia. No interior, diz Neves, a República teria apenas alterado

⁵⁷ Adjetivos utilizados por Neves (2018, p. 11) para colocar em evidência a contraposição entre o Brasil rural e o Brasil que experimentava o “progresso” e a turbulência do final do século XIX.

“os selos que estampilham as cartas que o correio de quando em vez faz chegar” (NEVES, 2018, p. 12).

O progresso fazia parte das preocupações da crescente burguesia e da pequena “aristocracia” brasileira. Todos os olhos estavam voltados para o velho mundo e os Estados Unidos, que escreviam a cartilha moderna do progresso tão almejado pela alta sociedade brasileira. Dividido entre liberais e conservadores, o Brasil adaptava seus moldes coloniais à nova ordem mundial⁵⁸, o que importava, também, em criar novos modelos de instituição e seus fundamentos. O grande arcabouço teórico americano e europeu⁵⁹ recepcionado por meio dos intelectuais viajados ou com algum acesso aos livros estrangeiros parece ser uma questão importante na Primeira República. O tema da “civilização por empréstimo” é tão recorrente quanto a própria pergunta pela nacionalidade brasileira. O Brasil ascendia de chofre, arrebatado pelos “ideais modernos”. A questão era grande, e a preocupação percorria todas as esferas letradas, como manifesta Euclides da Cunha em *Os sertões*, em 1902:

Iludidos por uma civilização de empréstimo, respingando, em faina cega de copistas, tudo o que de melhor existe nos códigos orgânicos de outras nações, tornamos, revolucionariamente, fugindo ao transigir mais ligeiro com as exigências da nossa própria nacionalidade, mais fundo o contraste entre o nosso modo de viver e o daqueles rudes patricios mais estrangeiros nessa terra que os imigrantes da Europa. Porque não no-los separa um mar, separam-no-los três séculos. (Cunha, 1966, v. 2, pp. 141 e 231).

De fato, conforme aponta Velloso (2018, p. 339), o Manifesto Republicano de 1870 já poderia ser considerado como um marco do desejo de modernização brasileiro com a demanda pela abolição da escravatura e pela instauração de um modelo republicano. Na Faculdade de

⁵⁸ “O Brasil se inundava pela ideia de modernidade, assim como pelos conceitos de progresso e civilização, que se impunham pela cientificização das áreas do conhecimento na Europa, a exemplo do surgimento da Sociologia. Também na medicina e na psicologia as pesquisas avançavam e tiveram seu lugar no Brasil da Primeira República com Oswaldo Cruz e Carlos Chagas. Essas novas ideias, aqui, “acenavam com a possibilidade de um otimismo sem limites em função das conquistas da ciência e da técnica, impunham uma determinada concepção de tempo e história, e ocultavam aos olhos da maioria o reverso de um panorama apresentado, quase sempre, como uma espécie de parusia terrena na qual as conquistas da técnica e do engenho humano transformariam a barbárie das guerras no reinado da emulação entre os países mais aptos, destinados a anunciar, por todo o orbe, a boa-nova da redenção do atraso”. (NEVES, 2018, p. 15).

⁵⁹ “A influência de matrizes européias no pensamento social brasileiro se fez presente tanto nas situações em que buscávamos nos integrar ao mundo dito civilizado quanto nos momentos em que estávamos procurando acentuar a singularidade brasileira e, portanto, demarcar nossa diferença. Isso só vem reforçar a tese de que, como herdeiros da Península Ibérica no Novo Mundo, somos parte, para o bem ou para o mal, do chamado mundo ocidental. O *pertencimento* a este mundo ocidental se faz presente na avaliação do ‘estágio’ em que se encontra o país. Independentemente das diferentes conceituações do moderno, estimamos o quanto nos distanciamos de um padrão ocidental tomado como meta. As palavras europeização, cosmopolitismo e americanização aparecem como sinônimos do que seja moderno”. (LIPPI, 1990, p. 190.)

Direito de Recife – e na de São Paulo –, buscava-se integração à ocidentalidade, condição para que o país deixasse sua condição de “atraso”. Diz Velloso que “o instrumento científico era, então, configurado como a grande arma para essa geração [...] Nessa época, o ideal de observação precisa e laboriosa coleta de dados exercia atração irresistível entre os estudiosos da cultura e da civilização” (VELLOSO, 2018, p. 340). O paradigma científico era não apenas um modo de inserção na cultura ocidental, mas também uma busca dialética pelo sentido da nacionalidade brasileira diante do cenário internacional⁶⁰. Tal cientificidade alçaria o Brasil não apenas ao presente, mas ao seu passado pela análise de sua constituição física e etnográfica, como ditavam os estudos científicos do final do século XIX.

Essa preocupação se expressa também na formação do judiciário e nas suas doutrinas. De fato, o ideal do desenvolvimentismo apontava para esse *outro* dentro dos marcos teóricos do positivismo e sua ideologia do progresso⁶¹. Esse período é apontado como uma “cegueira” – nas palavras de Euclides da Cunha –, porque, afinal, dentro de uma perspectiva histórica evolutiva-linear, o Brasil estava separado da Europa não por suas peculiaridades em termos político-sociais, mas por três séculos; ao longo do século XX, ensaiou-se pensar sobre tais particularidades da nacionalidade brasileira por diversas frentes⁶².

Diante de tudo isso, o Brasil poderia ser tomado como o símbolo da dialética⁶³ entre liberalismo e perifericidade: os contornos de sua história colonialista o marcam dentro de um cenário global progressista, do qual não pôde escapar, e as particularidades que daí resultaram sobre a constituição das ideias nacionais e, também, de suas instituições e funcionamento.

A Primeira República foi tradicionalmente apontada como ou uma permanência mascarada do velho sistema senhorial⁶⁴ ou como uma piora em relação à monarquia⁶⁵. Os

⁶⁰ “De acordo com essa perspectiva, a nacionalidade passa a ser compreendida como matéria-prima, uma espécie de pedra bruta a ser trabalhada pelo saber científico das elites intelectuais [...] O período entre 1870 e 1914 deve ser compreendido como a preparação do terreno para a modernização conservadora que marcaria a década de 1930” (VELLOSO, 2018, p. 340). Partindo-se de estudiosos como o evolucionista Hipolyte Taine, os intelectuais brasileiros se utilizariam sobretudo das perspectivas do meio físico e de raça para traçar a nacionalidade brasileira, como é possível ver em Alberto Torres, mais a frente.

⁶¹ “O ideal do rompimento [para *vários republicanos*] com a presença lusa na vida do país, ou seja, com o passado histórico, esteve presente naquelas vertentes republicanas radicais que tiveram um papel marcante na vida da cidade do Rio de Janeiro. A nacionalidade seria para estes o resultado da construção de uma nova sociedade rompida com o passado luso e integrada ao mundo americano” (LIPPI, 1990, p. 191).

⁶² Como Alberto Torres, Sérgio Buarque de Hollanda, Gilberto Freyre, dentre muitos outros.

⁶³ Ver *Dialética da Dependência*, de Rui Mauro Marini.

⁶⁴ Raimundo Faoro, Konder Comparato;

⁶⁵ Atualmente, Lynch.

primeiros afirmam, parafraseando a clássica citação de *Il Gattopardo*, de Tomasi de Lampedusa, que “tudo mudava para que permanecesse o mesmo”. Como diz Neves: “concluído o movimento circular no plano político, a sociedade voltaria ao ponto de partida sem grandes convulsões” (2018, p. 22). Em *Esau e Jacó*, Machado de Assis descreve o impacto da transição do regime imperial para o republicano na pequenez da preocupação do Sr. Custódio, que substituía a velha placa de sua Confeitaria Imperial: afinal, deveria manter-se como Confeitaria do Império ou da República? A situação estava instável. Para o Sr. Custódio, “revoluções trazem sempre despesas”, e, muito possivelmente, afastaria os fregueses de uma ou outra maneira. “Diabos levassem a revolução!” (ASSIS, 1904, p. 68-69).

— É verdade, conselheiro, vi descer as tropas pela Rua do Ouvidor, ouvi as aclamações à república. As lojas estão fechadas, os bancos também, e o pior é se se não abrem mais, se vamos cair na desordem pública; é uma calamidade. Aires quis aquietar-lhe o coração. Nada se mudaria; o regímen, sim, era possível, mas também se muda de roupa sem trocar de pele. Comércio é preciso. Os bancos são indispensáveis. No sábado, ou quando muito na segunda-feira, tudo voltaria ao que era na véspera, menos a constituição. (ASSIS, 1904, p. 71).

Como se situava o Poder Judiciário e quais os discursos que circulavam ele neste cenário? Que tipo de projeto a República preparava e qual o contexto de atuação que se apresentava? Qual o discurso sobre interpretação à época e como ele se relacionava a tal contexto? O que, afinal, *vai impresso na tabuleta* do judiciário? É o que se pretende saber.

3.1 A interpretação constitucional política e juridicamente situada

Inicialmente composto por 15 ministros⁶⁶ nomeados pela presidência e aprovados pelo Senado, parte deles da velha guarda do Supremo Tribunal de Justiça imperial, dos quais apenas 3 restaram passados os quatro primeiros anos de criação (COSTA, 2006, p. 25).

Grande parte dos ministros provinham das regiões nordeste e sudeste, isto é, provinham dos centros que continham faculdades de Direito: São Paulo e Recife. Muitos deles

⁶⁶ Como já constava no Decreto do Governo Provisório, com alteração posterior sobre a Procuradoria Geral da República: “Na organização que vos apresento, afastando-me do molde americano, institui uma secção judicial em cada Estado, assim também no districto federal, com um só juiz, tendo a sua séde na respectiva capital; ao todo 21 juizes com outros tantos substitutos que considerarei indispensáveis para que a marcha da justiça não possa sofrer solução de continuidade nos casos de impedimentos temporarios. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de quinze juizes, dos quaes um será o seu presidente e outro o Procurador Geral da República”. (SALLES, 2009, p. 330).

eram políticos de carreira, magistrados ou advindos da administração do governo. Encaravam as novas questões trazidas pelo novo projeto de Constituição⁶⁷, a exemplo da própria criação do regime federal e o sistema dual de justiça.

Tais mudanças se deram em ambiente conturbado e instável politicamente. Muitas foram as intervenções de caráter militar nos Estados para conter revoltas, como Canudos. A instabilidade provinha de vários lados: desde as discussões entre os jornais da época ao dissenso sobre as novas formas a serem adotadas pelo governo e a própria existência do Governo Provisório.

Difícilmente o STF deixou de se envolver em questões políticas, seja se aproximando ou se afastando delas. Emília Viotti da Costa afirma que os debates entre os ministros eram intensos e frequentes, e que as opiniões divergiam, chegando à imprensa e também ao Congresso. Demonstrações de erudição eram comuns, bem como “rixas e ressentimentos pessoais”, freados pelo decoro. Para além disso, a autora descreve um Tribunal que travava discussões políticas que envolviam assuntos de ordem como habeas-corpus e os diversos conflitos entre as oligarquias dos Estados em períodos de eleição. Envoltos por redes de indicações e patronagens, os ministros do Supremo Tribunal Federal dificilmente “escapavam das malhas das lealdades que haviam forjado ao longo da vida. O Supremo Tribunal politizava-se.” (COSTA, 2006, p. 29).

De início, em seu primeiro ano, as suas decisões não teriam tido grande divulgação, diz a autora, tanto por conta da ausência de publicização quanto por ter-se retirado de matérias em que alegou incompetência. Momentos de transição em que se recusou a julgar atos do Executivo, como a deposição de governadores apoiadores de Deodoro no governo de Peixoto.

Em 1892, em decorrência das diversas intervenções promovidas por Floriano Peixoto, o STF passou a enfrentar diversos habeas corpus impetrados, pelo qual debates históricos de grande ilustração tomaram lugar, especialmente por conta do debate promovido por Rui Barbosa. Em tal momento, o Tribunal decidiu que não era de competência do Poder Judiciário resolver acerca da legitimidade do habeas corpus na questionável validade dos momentos de estado de sítio, delegando-a ao Congresso e, na prática, decidindo à favor da presidência. Já em

⁶⁷ Dentre eles, cita Viotti (2006, p. 27): a separação entre Igreja e Estado; a naturalização de estrangeiros residentes no país; casamento civil obrigatório previamente ao religioso; a secularização dos cemitérios; obrigatoriedade de registro civil; etc.

1893, o STF adotaria perspectiva distinta, reconhecendo a validade dos habeas corpus e sua competência para julgá-los, momento em que se estabeleceu o precedente e a garantia de que em casos de prisão por quaisquer autoridades não-judiciárias seria possível recorrer ao tribunal por meio daquele instrumento (COSTA, 2006, p. 31). Eventualmente, haveria retaliação por parte do Executivo, inclusive ameaça de dissolução do órgão. O tribunal andava na cordabamba e suas decisões oscilavam ora em favor ora contra o Executivo, quando houve, também recusa por parte desse em acatar decisões de soltura de presos políticos. Viu também o STF a recusa, por parte do primeiro, de preencher vagas de ministros aposentados e, em 1896, um fracassado projeto de reforma da instituição com vistas à sua neutralização (COSTA, 2006, p. 38).

O conflito parecia ser, afinal, sobre quem era, de fato, o guardião “de todos os direitos” e, além disso, da “ordem e da segurança social”: uma disputa que tensiova as relações institucionais entre Executivo e Judiciário.

O conflito era caracterizado pelos inimigos do presidente como uma luta entre si e a ditadura, e, pelos que o apoiavam, como um embate entre **um imaginário constitucionalismo mal pensado**, na opinião do senador governista Aristides Lobo, e o Executivo, **representante das garantias de todos os direitos e fiel intérprete da ordem e da segurança social**, de cujo fortalecimento dependia a **permanência da República**. (COSTA, 2006, p. 32, grifo da autora).

Também sua relação com o Legislativo foi conflituosa, a exemplo dos momentos de declaração de inconstitucionalidade de leis de taxaço estadual de artigos importados já taxados pela União. Tendo alegado incompatibilidade constitucional, o STF viria a ser derrotado no assunto por promulgação de lei no Congresso, alterando sua jurisprudência.

Nos cinco primeiros anos, o Tribunal atuou, segundo Emília Viotti da Costa, pela “defesa das liberdades civis e o estabelecimento de jurisprudência” em casos como direito de indenização em casos de desapropriação, garantia de aposentadoria no serviço público, direitos de imigrantes, incompetência da Justiça Militar para julgamento de civis, imunidades parlamentares, liberação de presos ilegalmente detidos, e de limites ao estado de sítio (COSTA, 2006, p. 35), que revelavam decisões claramente antimonarquistas⁶⁸.

⁶⁸ Interessantíssimo caso é citado por Viotti: “Em 1897, João Mendes de Almeida entrava com um pedido de *habeas corpus* em favor do Centro Monarquista de São Paulo, que fora intimado pela polícia a fechar as suas portas. O procurador da República se opôs, argumentando que os monarquistas queriam garantias do governo para conspirar contra ele. O Supremo Tribunal negou o *habeas corpus* por sete votos contra cinco. O ministro Macedo Soares, voto vencido, declarou na ocasião que seria *ridículo, impolítico, incurial e injurídico* que os

Lêda Boechat Rodrigues classifica os primeiros anos do STF como os de “defesa das liberdades civis” (RODRIGUES, 1991, p. 1), fase em que segundo esta autora foi o “auge de ostentação de conhecimento da jurisprudência e dos constitucionalistas dos Estados Unidos” – permeavam não apenas o tribunal constitucional, mas toda a prática forense e legislativa – que, por vezes, “serviram de fundamento e, até, em alguns casos, de razão de decidir dos acórdãos”.

Rodrigues entende que a fase entre 1899 e 1910 marca, para o Tribunal, um momento de resolução de problemas ligados ao federalismo, para a qual serviria de sustentação a jurisprudência norte-americana, servindo de fundamentação nas práticas judiciais em geral. (RODRIGUES, 1991, p. 1). Leda descreve a atuação do STF nesse momento como um contrapeso à política dos governadores de Campos Salles, pela qual se promoveria o controle de constitucionalidade das leis dos estados, permitindo, assim, a proteção de direitos individuais em todas as esferas de regulação nacional, e não apenas no poder federal: ela “fulminava a ilegalidade”, diz a autora (RODRIGUES, 1991, p. 2-3).

Diante do duro debate sobre a adoção de um federalismo centrado na soberania da União, ao STF coube resolver os desentendimentos e manter o equilíbrio entre as autonomias dos Estados e a soberania federal. Teria, levando-se em consideração as diferenças entre os sistemas federativos, adotado uma postura constitucional *avant-garde* para sua época, já que, segundo Rodrigues, a Corte estadunidense pecou por não amparar os indivíduos em seus direitos frente aos próprios estados.

Ao garantir sempre, por outro lado, a aplicação integral da Constituição Federal a todo o território nacional, tratando todas as violações dos direitos individuais trazidas ao seu conhecimento, seja na esfera federal, seja na estadual, debaixo dos mesmos critérios e como merecedoras, em princípio, do mesmo amparo e da mesma proteção, adotou uma posição a que só agora chegou a Corte Suprema dos Estados Unidos. (RODRIGUES, 1991, p. 2).

Habeas corpus, liberdade de imprensa, liberdade para reuniões, casamento civil e questões de bens da Igreja: questões que eram atravessadas pelo direito constitucional. Tudo exigia, na nova ordem, se não interpretação, o posicionamento político-constitucional do Supremo Tribunal Federal. A Constituição era a lei – aos menos em sentido formal – máxima, e o modelo constituinte funcionava de acordo com o controle de constitucionalidade proposto, subjacente e sobreposto aos atos, leis e códigos. Além disso, via-se a Constituição de modo

monarquistas tivessem na República menos liberdade e direitos do que os republicanos no Império (Janotti, 1896)” (COSTA, 2006, p. 35, grifo da autora).

integral: não era possível fazer de outra forma. A lei, sempre oblíqua, demandava seus intérpretes, dentre eles os ministros do Supremo Tribunal.

A atuação do Supremo Tribunal Federal nesse período importa, para esta pesquisa, porque tensiona a relação entre interpretação jurídica, a posição do Poder Judiciário com relação aos demais poderes pela disputa dos limites da competência interpretativa.

Recondo considera que a transição do período imperial para o republicano foi conturbada: ministros portadores de títulos de nobreza; os inúmeros *habeas-corpus* de Rui Barbosa durante período de Estado de Sítio, o que levou o STF a ter de se manifestar em termos políticos no esquema de divisão de poderes, tornando clara divergências internas de opinião; e, além disso, uma constante tentativa de Rui Barbosa de fazer o tribunal assumir o seu papel de controle de constitucionalidade⁶⁹. (RECONDO, 2018, p.10-12). Teria sido a partir do governo de Prudente de Moraes, segundo o autor, que o STF teria abandonado papel de “coadjuvante e submisso” ao fazer valer a “doutrina brasileira do habeas corpus”⁷⁰ (2018, p. 14).

A análise das questões jurídicas da Primeira República aponta para a sua singularidade, por conta de um redimensionamento do Poder Judiciário e em especial do controle de constitucionalidade. A doutrina brasileira do habeas corpus se mostra como um ponto de importante análise, pois além de suscitar o interesse jurídico e político da nova Constituição, abre brecha para a pesquisa sobre o papel dos ministros do Supremo Tribunal Federal com relação ao modo de compreender e aplicar o instrumento, que havia passado da legislação penal para a constitucional e tido sua redação modificada.

Em se tratando da primeira constituição republicana que via o Brasil e, além disso, a compreensão de que a carta deveria ser pouco detalhista, nota-se que suas garantias previstas eram pouco atentas à especificações ou detalhes, o que resultou em uma ausência de definição,

⁶⁹ “Certo dia, [...], Barradas encontrou Rui Barbosa no bonde, na praia do Flamengo. O ministro fora informado de que Barbosa entraria com outro habeas corpus contra os atos de Floriano Peixoto. E perguntou se era possível confrontar no Judiciário as decisões do presidente e a Constituição. – É que no regime de agora, não só os atos administrativos, mas até os legislativos, em sendo contrários à lei constitucional, são nulos, e a Justiça é o poder competente para declarar a nulidade, pronunciando-lhes a inconstitucionalidade – respondeu Rui.” Em 1898, seis anos após esse encontro, o STF decidiria o habeas corpus 300, pelo qual o argumento de Rui finalmente venceu: o governo teria sido derrotado “pela nova composição do Supremo”, já que apenas 3 dos ministros originais permaneciam. (RECONDO, 2018, p. 12-13).

⁷⁰ “Disputas políticas da Primeira República, como duplicidade das assembleias legislativas, fenômeno gerado por eleições fraudadas, desembocavam no Supremo por meio de habeas corpus. O stf deu-lhes um escopo original, ampliando as garantias fundamentais do cidadão e buscando encontrar remédio para dilemas e conflitos que antes não encontravam instrumento para a proteção judicial adequada” (RECONDO, 2018, p. 14)

enumeração ou categorização de direitos, para além do problema da ausência de indicação de instrumentos para seu cumprimento, sem os quais dificilmente poderiam se efetivar. Desta forma, tanto doutrina quanto a jurisprudência, tanto quanto a atividade forense⁷¹, atuaram com “esforço interpretativo constante”⁷² a fim de promover direitos individuais, como foi o caso da doutrina acima mencionada, entendida há algumas décadas como um “ponto de emergência, no pensamento jurídico, de uma desconstinuidade da prática judicial” (KOERNER, 1998, p. 272).

Koener entende que, a partir de tal momento, que o que estava em jogo não era apenas a letra da Constituição de 1891, mas também o “espírito da época”, marcado por uma limitação do “Poder Público”⁷³ e uma necessidade de garantia de direitos via judiciária. Parece haver, assim, para além de um problema de hermenêutica constitucional, uma vontade política de ampliação e efetivação de direitos, que muitas vezes seriam reclamados pela via de uma interpretação extensiva de dispositivos constitucionais.

Falando em *espírito da lei*, em detrimento da observação da letra, disse Rui Barbosa que

Nenhuma dessas impossibilidade* está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito, que não é a interessada exploração das suas ambigüidades, mas o gênio positivo do seu sistema e a translúcida expressão dos seus textos capitais, derramando a sua claridade sobre os outros. Toda a letra, sem razão que a domine, e anime, morta é e mata. Com a letra perdereis a melhor das constituições, se pelo seu espírito a não regerdes e vivificardes. Alheando uma constituição do seu espírito, esvazialaeis da sua energia orgânica; e o resultante será um aparelho mecânico, do qual os práticos hábeis removem ou trocam, a seu sabor, as peças mais delicadas. Animai-a do seu espírito, e vos achareis com uma entidade vivente, que rejeita de si os corpos estranhos, e não tolera a falsificação de seus órgãos. (BARBOSA, 1989, p. xvii).

⁷¹ Nesse momento, aos juízes, ministros e juristas em geral parecia se impor a tarefa de sedimentar entendimentos de caráter liberal. Paulo Bonavides (2005, p. 529): “Ora, foi basicamente por via doutrinária e forense que as garantias constitucionais, extraídas da Carta e da interpretação de seus princípios, entraram no idioma jurídico de nosso Estado liberal, tornando-se uma das expressões diletas de Rui Barbosa ao promover, escudado nos artigos da Constituição, a defesa da liberdade do cidadão contra os abusos e as violências do Estado.”

⁷² Cabia, portanto, à doutrina e à jurisprudência, num esforço interpretativo constante, abstrair do texto constitucional as garantias individuais. No caso brasileiro, isso foi ainda mais grave e flagrante, ao ponto de se alterar e se alargar substancialmente o conteúdo do clássico habeas corpus. Diz o autor, ainda: “O desenho de contornos mais precisos se faz necessário, porque é nessa doutrina que se manifesta, com maior intensidade, o discurso de construção de uma nova dimensão jurídica da justiça brasileira e o processo de ressignificação do papel do Poder Judiciário”. (SANTOS, 2018).

⁷³ Os argumentos utilizados para defender essa interpretação mais generosa da extensão do habeas corpus, embora pareçam à primeira vista focados tão só na redação da Constituição de 1891, revelam, na verdade, muito do espírito da época de atribuir ao sistema alguma alternativa que reforçasse a limitação do Poder Público e possibilitasse a rápida reparação de direitos violados. (KOERNER, 1998, p. 272).

Tratava-se, em termos discursivos, de afirmar o *espírito* sobre a *letra*, mas de uma maneira um tanto inédita. E a República parece atribuir, timidamente, ao juiz a competência de afirmar qual é o espírito da lei.

3.2 O supremo tribunal federal da primeira república: a “sentinela de duas soberanias” não deve ser *cega*

O Supremo Tribunal Federal da Primeira República, projetado entre interesses políticos conservadores-liberais⁷⁴, céticos e idealistas, teve tanto em sua discussão quanto em sua prática momentos atribulados.

Estabelecido antes mesmo das discussões constituintes de 1891 pelo Decreto nº 510 de 1890⁷⁵, trouxe consigo um certo caráter de urgência da instauração do novo regime⁷⁶. Foi

⁷⁴ Em se tratando de uma República de “liberalismo oligárquico” (RESENDE, 2018, p. 81), cuja Constituição liberal conflitava com a prática política, persistiam, de acordo com Resende, duas palavras: federalismo e individualismo (RESENDE, 2018, p. 82), este último já adotado pela Constituição de 1824. A instauração do federalismo vinha a galope para atender a insatisfação dos governos e oligarquias locais, garantindo-lhes força política. Diz Resende: “O federalismo rompe com o sistema de relação direta entre os detentores do poder local e o centro de poder nacional prevaemente no Brasil Império. Na República, governadores ou presidentes, conforme denominado na respectiva constituição de cada estado, são eleitos e detêm uma enorme soma de poder que lhes advém do próprio texto constitucional. Eles dirigem e controlam a política do estado a partir de poderosas máquinas partidárias estaduais. Nesse processo, os coronéis, nos municípios, serão peça-chave” (RESENDE, 2018, p. 85).

⁷⁵ “Considerando na suprema urgencia de acelerar a organização definitiva da Republica, e entregar no mais breve prazo possivel á Nação o governo de si mesma, resolveu formular sob as mais amplas bases democraticas e liberaes, de accordo com as lições da experiencia, as nossas necessidades e os principios que inspiraram a revolução a 15 de novembro, origem actual de todo o nosso direito publico, a Constituição dos Estados Unidos do Brazil, que com este acto se publica, no intuito de ser submettida á representação do paiz, em sua proxima reunião, entrando em vigor desde já nos pontos abaixo especificados.” (Decreto 510 1890)

⁷⁶ Aurelino Leal (1915) reproduziu a preocupação de Marechal Deodoro com o destino da República: “Considerando que o maior perigo da transição do antigo para o novo regimen, estabelecido em 15 de novembro do anno passado, é a desagregação do território nacional; Considerando que a melhor garantia da união das antigas províncias, convertidas em Estados, (é depois da identidade da lingua e da religião a identidade do direito, que tende naturalmente a estabelecer a homogeneidade de costumes; Considerando que essa identidade não é possível sem a jurisprudência, nem esta sem a identidade dos códigos civil, commercial, criminal e dos respectivos processos; Considerando que ainda consagrada a identidade desses códigos não é possível fundar uma jurisprudência uniforme entre juizes e tribunaes investidos por autoridades diversas, e nomeadas ou constituídas por motivos diffêrentes e em condições varias ; Considerando que o Supremo Tribunal de Justiça, tal como se acha organizado, é muitas vezes uma roda inutil, manca e cara no mecanismo de nossa magistratura; Considerando, finalmente, que o maior defeito do ensino juridico das faculdades officiaes é a preocupação da theoria com preterição da pratica, ao passo que o dos nossos tribunaes é a preocupação da praxe com preterição da doutrina, comprehende-se que o maior serviço que o Governo Provisório pode prestar ao novo regimen e ao paiz é a consagração de disposições que garantam a communhão social: 1.0 A unidade dos códigos civil e commercial e dos respectivos processos ; 2.0 A organização de uma magistratura federal, relativa e uniformemente investida ; 3.0 A conversão do Superior Tribunal de Justiça em Tribunal de Cassação; 4o. O exercicio do magistério das cadeiras de pratica por magistrados propectos, em commissão temporária, que não prejudique a sua antigüidade nem os seus

um dos pilares, então, para a construção republicana, considerado com parte indissociável do novo modelo a ser adotado.

Por via do Decreto nº 848/1890, Campos Salles, então Ministro da Justiça do Governo Provisório, expõe os motivos para a instauração antecipada da Justiça Federal. Salles, como bem aponta Naves (2018, p. 29), azeitou as “engrenagens da chamada República Velha” e teria sido o “grande arquiteto e executor da obra de engenharia política” dessa, “serenando” o período de transição de regimes e o estabilizando. O ministro afirma a necessidade de uma Assembleia Constituinte, mas defende que sua abertura “ficaria certamente incompleta” sem uma Justiça organizada, já que se fazia primordial a constituição dos três poderes e, com isso, o fim do “período dictatorial”⁷⁷.

Além disso, Salles assevera que a importância disso estaria sobretudo na sua alta função no corpo social⁷⁸, já que

Não se trata de tribunales ordinários de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restricta à applicação das leis nas múltiplas relações do direito privado. **A magistratura que agora se installa no paiz, graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na execução dos actos do poder legislativo.** Antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria à lei orgânica. (SALLES, 2009, p. 323, grifo nosso).

Tal era a sua importância: não mais, ao ver do ministro à época, um “instrumento cego” ou “mero interprete na execução dos actos do poder legislativo”. Isso demonstra, desde já que, ao menos, as intenções sobre o funcionamento da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal estavam longe de uma visão restritiva sobre sua competência interpretativa. Criava-se um órgão cujo poder frente ao texto legal seria o de interpretar, diferentemente da tarefa do *juiz boca da lei*, as leis e atos do poder legislativo de acordo com a lei orgânica. E, de acordo com

acessos; 5o. A organização do Ministério Publico, de modo que os procuradores da Fazenda e soberanias nacionaes possam ser tirados do foro e do magistério”.

⁷⁷ “O principal, sinão o único intuito do Congresso na sua primeira reunião, consiste sem dúvida em collocar o poder publico dentro da legalidade. Mas esta missão ficaria certamente incompleta si, adoptando a Constituição e elegendo os depositários do poder executivo, não estivesse todavia previamente organizada a Justiça Federal, pois que só assim poderão ficar a um tempo e em definitiva constituídos os três principais órgãos da soberania nacional. Trata-se, portanto, com este acto, de adoptar o processo mais rápido para a execução do programma do Governo Provisório no seu ponto culminante – a terminação do período dictatorial.” (SALLES, 2009, p. 323)

⁷⁸ “Mas o que principalmente deve caracterisar a necessidade da immediata organização da Justiça Federal é o papel de alta preponderancia que ella se destina a representar, como órgão de um poder, no corpo social.” (SALLES, 2009, p. 323).

a constituição, teria a liberdade de considerá-los nulos ou sem efeito. Tal poder recairia, também, sobre o Executivo, conforme a cartilha republicana. Verifica-se, além disso, uma grande preocupação com a limitação do poder majoritário legislativo⁷⁹, preocupação semelhante à que é apresentada atualmente na defesa de uma atuação contramajoritária das decisões do STF.

A grande inspiração é a Corte norte-americana⁸⁰, garantidora eficaz das liberdades individuais tanto do aspecto privado quanto de direito público; caberia ao Judiciário a defesa de um governo da lei e próprio princípio federativo⁸¹.

Nota-se, assim, de acordo com as palavras de Campos Salles, que a ideia de governo da lei não conflitava – no seu entendimento e, provavelmente, no entendimento da época – com a de interpretação constitucional distante de um mero legalismo “cego”.

A função do Judiciário Federal, na República, seria conter eventuais problemas relativos à adoção do federalismo, mediando a relação jurisdicional entre União e Estados sob controle no novo regime, com a preocupação, contudo, de preservar as respectivas autonomias. Isso se evidencia tanto na exposição de motivos acima citada quanto nos Anais da Assembleia Constituinte, a ser tratada mais a frente.

⁷⁹ “A função do liberalismo no passado, diz um eminente pensador inglês, foi oppor um limite ao poder violento dos reis: o dever do liberalismo na epoca actual é oppor um limite ao poder illimitado dos parlamentos.” (SALLES, 2009, p. 324).

⁸⁰ “Nos Estados Unidos da America do Norte existem, além da Corte Suprema, como entre nós, e dos juizes de districto, que correspondem aos nossos juizes seccionaes, os tribunaes de circuito. O territorio da União é dividido em nove circuitos, com um juiz em cada um. A córte de circuito compõe-se do juiz respectivo, do juiz de districto e de um membro da Córte Suprema, especialmente commissionedo para o circuito nas epocas em que esta Córte funciona. Por sua vez os tribunaes de circuito constituem commissarios judiciais para lhes servirem de auxiliares na execução de actos e diligencias dentro da sua circumscripção jurisdiccional. Desta breve exposição veri'ca-se que a União Americana com o seu systema judicial, pretendendo manter a mais completa separação entre a justiça nacional e a local, tem tido a necessidade de instituir commissarios, juizes de occasião ou magistrados ambulantes para estender a sua acção a todos os pontos da respectiva jurisdicção. São evidentes os inconvenientes e dificuldades, que devem resultar deste mecanismo complicado”. (SALLES, 2009, p. 327). Salles também menciona a Suíça diversas vezes, ainda como mau exemplo em termos de levar à Corte Suprema uma extensa competência para julgar casos de direito civil, quando sua “natural destinação é conhecer de questões de direito público” (SALLES, 2009, p. 325).

⁸¹ “E’ por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com eficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues à austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo. De resto, perante a justiça federal, dirimem-se não só as contendas que resultam do direito civil, como aquellas que mais possam avultar na elevada esphera do direito publico. Isto basta para assignalar o papel importantissimo que a Constituição reservou ao poder judiciario no governo da Republica. Nelle reside essencialmente o principio federal; e da sua boa organização, portanto, é que devem decorrer os fecundos resultados que se esperam do novo regimen, precisamente porque a Republica, segundo a maxima americana, deve ser o governo da lei.” (SALLES, 2009, p. 324).

Para Salles, o modelo dual de justiça adotado pelo Governo Provisório *seria mais liberal que o próprio sistema americano*, e mais avançado no sentido de competência mais ampla às jurisdições locais, o que permitiria, também, uma importante função geral de garantir “moralidade”, “pureza da consciência”, “elevação do talento” e “preparação do espírito”, que não encontrariam “superior hierarchico”: “É no trajeto de uma instância para outra que muitas vezes tem parecido a justiça” (SALLES, 2009, p. 326). Tratava-se, também, de uma descentralização da competência da última instância da Justiça Federal, em alteração ao que ocorria no período monárquico: o STF se constituiu como tribunal de última instância.

A base dos direitos era, coerentemente ao sistema liberal adotado, o indivíduo. A sua garantia e efetividade fazia parte da preocupação de Salles⁸², que partia da visão moderna de defesa do indivíduo frente ao Estado. Ao Judiciário competia sua proteção. O então ministro ressalva que o Poder Judiciário se restringiria às questões jurídicas e não políticas, a fim de manter a separação e independência dos Poderes⁸³

Além da exposição de motivos contidas no Decreto nº 848/1890, encontra-se também nos Anais da Constituinte de 1890 a concepção de Salles sobre a função do STF.

Em seus discursos, transparece a preocupação do Ministro da Justiça em manter, por meio do Decreto anteriormente mencionado, o Regime Provisório dentro da legalidade. Era preciso preservar o funcionamento da justiça, “o supremo fundamento da ordem social”⁸⁴, em

⁸² “O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu ás disposições relativas ao habeas-corpus . As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior eficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que sofre o constrangimento, (cou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de habeas-corpus. Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. E’ este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes.” (SALLES, 2009, p. 328).

⁸³ “A magistratura federal fica de posse das principaes condições de independencia – a perpetuidade, a inamovibilidade e o bem-estar. E , si accrescentar-se a isto, que ella, no nobre exercicio de suas elevadas funções, applicando a lei nos casos occurrentes e julgando a inapplicabilidade das suas clausulas ou preceitos mediante provocação dos interessados, todavia não desce jamais a immiscuir-se nas questões políticas, ver-se-ha que ficou-lhe assignalada uma posição solida, de socego e tranquillidade de consciencia, aliás indispensavel para que ella possa manter-se nas altas e serenas regiões de onde baixam os arestos da justiça. Os paizes que se acham organizados debaixo deste principio, pondera um profundo observador, são livres e prósperos. Os que não seguem o seu exemplo, acham-se opprimidos e atrazados. Seus juizes temporarios e amoviveis são agentes servis do governo, não ministros independentes da justiça” (SALLES, 2009, p. 329).

⁸⁴ “O SR. CAMPOS SALLES – De facto, muitas vezes o Ministro da Justiça foi censurado, e , até, com certa aspereza, por seus proprios amigos, porque a todas as solicitações e esforços de pretensões que não lhe pareciam opportunas, respondia que para a magistratura não se havia interrompido o regimen da legalidade; que, ao contrario, era indispensavel preserval-a de todas as violencias, para que não soffresse a mais leve

contraste à ausência de limites de legalidade que uma revolução impõe. Em vista da urgência de manter o fio condutor da ordem, Salles justifica a decisão antecipada de estabelecer a Justiça antes das deliberações do Congresso⁸⁵ (BRASIL, 1926, p. 235-236).

Como seria de se esperar, a decisão do Ministro de Justiça foi alvo de apoios e tentativas de retaliação durante a Assembléia Constituinte, alvo de grandes debates e momento para Salles justificar seu posicionamento: era preciso instaurar a divisão dos poderes e encaminhar a ditadura ao seu fim, e isso teria sido possível somente com a decisão de antecipar o viés democrático antes dos trabalhos do Congresso (BRASIL, 1926, p. 236).

Defendeu uma posição *prática*, sob a desconfiança geral com relação aos seus motivos por parte dos representantes. No entanto, não se escusou – ou pode se escusar – de sustentar a escolha, inclusive por meios doutrinários, especialmente no que concerne à soberania dos Estados diante do duplo grau de jurisdição, ponto em que salienta a persecução do modelo estadunidense⁸⁶. Nesse discurso, a Justiça Federal, dentro do modelo dual, figura como a “sentinela das duas soberanias”, isto é, entre Estados e União⁸⁷.

solução de continuidade a justiça, que é o supremo fundamento da ordem social. (Apoiados; muito bem). Fiz-me sentinella dos direitos dessa honrada classe, outr’ora tão desprotegida”. (BRASIL, 1926, p. 235-236).

⁸⁵ “O SR. CAMPOS SALLES [...] – Felizmente, Senhores, conservo bastante calma e serenidade de animo para dar o devido valor ás censuras e para comprehender quando ellas me não pódem attingir.

Mas, como dizia, o meu intuito lançado o decreto que deu organização á justiça federal foi este que, ao terminar o Congresso o seu trabalho constituinte pelo voto da Constituição e pela investidura do Poder Executivo, pudessem ficar instituidos e organizados, simultaneamente, os tres grandes poderes federaes, ficando, assim, terminada a situação revolucionária, e legalizada a Nação (Muito bem.)

O Sr. Elyseu Martins – Isto que é pratico.”

⁸⁶ “Senhores, não conheço publicista moderno que não diga, que não affirme, em frente do Direito Publico americano, ser incontroverso o principio que reconhece uma dualidade soberana no Estado federativo. Não ha publicista que, fundado na observação e na experiencia, não assignale que nesta fôrma de governo, que planejamos para o nosso paiz, apparecem dous governos, ambos soberanos, funcconando, paralelamente, um ao lado do outro (Muito bem): - o governo do Estado ao lado do governo da União; aquele soberano, como este, nos limites da sua competencia, visto que a reciproca independencia exclue qualquer hypothese de subordinação.

Senhores, para que possamos bem estabelecer os principios, cumpre não subordinar a apreciação ás vagas abstracções do que se deva ou não fazer para, de preferencia, observar aquillo que a experiencia e a pratica ensinam lá onde estas instituições se acham em vigor. Tomemos com primeiro exemplo a União americana; lá, como é regra geral, a Nação, isto é, a União, exerce a sua soberania pelo órgão dos seus tres poderes – o Legislativo, o Executivo e o Judiciario. Mas o que há de particular ao character de suas instituições é que em cada Estado encontra-se a mesma soberania, manifestando a sua acção por órgãos semelhantes.”

⁸⁷ O Sr. José Hygino – Mas, quem é que resolve o conflicto?

O Sr. Campos Salles – É a justiça federal.

O Sr. José Hygino – Portanto, é a União, porque essa justiça é o órgão da União.

O Sr. Campos Salles – Perdão; é órgão da União, como é dos estados. Este é o papel destinado a esta justiça, como logo mostrarei. É sentinella entre as duas soberanias. (p. 240)

Houve ainda a resistência por parte do argumento de que, em um país com legislação praticamente unificada, não faria sentido o duplo grau de jurisdição. Aí entra a atuação do Supremo Tribunal Federal, como autoridade forte, para além das disputas entre soberanias, ainda que em nível da União, garantia de resguardo do Direito Federal e do próprio sistema federativo republicano⁸⁸.

A importância do Supremo Tribunal Federal como corte soberana frente à soberania subsidiária das jurisdições estaduais não se impunha apenas sob o argumento de arranjo político-institucional para o novo regime em termos de disputas de soberania. Há algo para além disso, situado no âmbito da garantia do que hoje poderia se chamar de direitos fundamentais, direitos políticos que da perspectiva liberal republicana se apresentavam como direitos individuais. Nesse sentido, o trabalho do STF era de *alcance político*.

Citarei um facto para accentuar melhor a indole desta instituição. O Estado da California auctorizou por lei a auctoridade policial do condado de S. Francisco a fazer um regulamento para as prisões do condado. Á primeira vista parecia que se tratava de um acto simplicissimo, sem alcance algum politico, como seja um regulamento para prisões. Entretanto, havia no fundo desta lei alguma coisa de grave, affectando a ordem social, pois que entravam em jogo os interesses da immigração chinesa. Fundada naquella auctorização, a auctoridade policial formulou uma ordenança estabelecendo que todo homem aprisionado, ao entrar para a cadeia, teria o cabelo cortado até uma pollegada acima do couro da cabeça. Aconteceu que logo fôra preso um chinez de nome Ho Ha Row, contra o qual se applicou a ordenança. O chinez interpoz a demanda por perdas e danos contra a auctoridade policial, perante a justiça federal, e a venceu, decidindo os tribunaes que era contraria ao espirito da Constituição Americana, emenda 14, a dita ordenança, visto estar em opposição á tolerancia proclamada pela mesma Constituição em materia religiosa, e por ser entre os chinezes a preservação do cabelo uma questão de religião e de honra. (*Apartes.*) Ahi está como um interesse individual, envolvendo uma questão de Direito Publico, provoca a acção benefica da justiça federal, que intervem em defesa da Constituição. (BRASIL, 1926, p. 244).

O exemplo americano levantado pareceu servir aos propósitos da construção do Supremo Tribunal brasileiro. Um caso de polícia, de dimensões culturais, religiosas,

⁸⁸ “O Sr. Campos Salles – Não é a diversidade de legislação, como erradamente pensam os nobres representantes, que tem creado a necessidade desta organização judiciaria: o que determinou esta criação foi a necessidade de collocar uma auctoridade – forte, mas isenta de interesses, entre as duas soberanias paralelas – a do Estado e a da União -, para evitar ou resolver os conflictos entre ellas, obrigando cada uma a manter-se dentro das linhas que limitam o seu dominio. Compreenderam os americanos, no momento em que fundavam a sua Patria, que para vigiar a marcha e a conducta destes dous governos, desenvolvendo a sua acção paralela e exercendo as suas funções, lado a lado, em frente um do outro, para evitar conflictos e perturbações de ordem social, politica e economica, e reciprocas invasões, quer dos estados entre si, quer entre estes e a União, compreenderam, repito, que era necessario collocar de permeio um tribunal, precisamente para evitar que as contendidas suscitadas fossem resolvidas, não á luz do Direito federal, mas pelo espirito parcial ou pela força prepotente de uma das soberanias.” (p. 243)

imigracionais e, menos importante, minoritária, levado à alçada da Suprema Corte e decidido *conforme a Constituição*. Caso em que o interesse individual, nas palavras do estadista, tomou proporções de *Direito Público*.

Salles se utiliza do exemplo dos impostos a fim de afirmar seu ponto. Qualquer cidadão que se sentisse ameaçado em seu direito em face da Constituição poderia levar sua questão ao STF, onde se “estabelecerá jurisprudencia, e tanto bastará para que cessem os efeitos abusivos da lei”.

[...] si as assembléas legislativas dos estados lançarem, qualquer que seja a necessidade, impostos sobre a importação, bastará para cessar o abuso, que um simples cidadão tributado recuse-se ao pagamento do imposto e leve a questão para os tribunales federaes. A decisão que assim for provocada por um interesse individual, recahindo sobre o nosso Direito Constitucional, declarará inapplicavel a lei do Estado respectivo, por ser contraria á Constituição Federal. Essa decisão estabelecerá a jurisprudencia, e tanto bastará para que cessem os efeitos abusivos da lei. (BRASIL, 1926, p. 248).

E marca as diferenças quanto ao sistema monárquico. Ao invés do “direito da força”, prevaleceria a “força da sentença”⁸⁹.

Salles atenta para o caráter político em sentido *lato* da função judiciária.

[...] no momento em que votamos o nosso código político, e é que o voto sobre a organização do Poder Judiciario é um voto substancialmente político. Dar um passo errado, hoje, no momento de se votar esta parte do projecto, é sacrificar na sua essencia o systema e roubar aos nossos concidadãos as mais seguras garantias de liberdade, que deve conter a lei organica. (*Apoiados; muito bem; apartes*). (BRASIL, 1929, p. 248-249).

Ao falar da Alemanha, salienta que seu tribunal, senão uma superior instancia de justiça ordinaria, é inteiramente diferente do que se pretendia adotar no Brasil, uma vez que “não tem um caráter político, não julga as constestações de Direito Publico, como é da indole da nossa justiça federal; mas julga sómente as questões de Direito Privado” (BRASIL, 1929, p. 248-249).

⁸⁹ Note-se, agora, a diferença entre os dous systemas. No antigo regimen, o Poder Executivo geral, quando havia um Ministro energico, interferia nos actos das assembléas provinciaes, para suspendel-os e annullal-os. No emtanto que, agora, a soberania, esta mesma soberania que os nobres representantes não querem comprehender nem acceitar, mas que pertencerá, realmente, aos estados, será protegida e não poderá ser desrespeitada pela acção de qualquer Ministro. Quando esta soberania transpuzer as fronteiras do Poder federal, será obrigada a recuar, não pelo direito da força, mas pela força da sentença de um tribunal de justiça. (Muito bem.)” (p. 248)

Faz referência ao livro *A Província* (1870), de Tavares Bastos, que cita: “O que dá relevo original ás instituições judiciais dos Estados Unidos, não é sómente o cuidado com que se formou alli um poder independente de acção do Governo, mas a parte importantissima que na politica e na administração cabe aos juizes.” (BRASIL, 1926, p. 264). Ali, o Poder Judiciário é apontado como o encarregado da defesa constitucional ante a União dos Estados, a parte mais importante da República nascente⁹⁰. E, para portar tal importância, deve ser a ele conferida não apenas hierarquia no sistema jurisdicional, mas também supremacia moral⁹¹.

Sobre a questão jurisprudencial, Salles bateu de frente a com a ideia de que não era necessária uma Corte para tanto, mas que seria simples resultado da execução fiel das leis em nível dos Estados⁹². A ideia de uma legalidade exegética⁹³ ordenadora, autoexecutante, contra a ideia jurisprudencial de um Supremo Tribunal Federal, se colocava no Congresso. Há diversas falas na mesma linha.

⁹⁰ “O Sr. Campos Salles - Senhores [...]. Tudo depende de vós, tudo está em vossas mãos, porque sois a suprema auctoridade. Mas, para que um governo seja bom, é indispensável que elle se apoie no Direito. Pois bem, fundai uma justiça que, garantindo a effectividade do Direito, possa ser em nossa Patria, como o tem sido na União Americana, o mais seguro ponto de apoio para o desdobramento completo desse vastissimo programma nacional – os estados indestructiveis na União indestructivel. (Muito bem; muito bem; palmas. O orador é calorosamente felicitado por grande numero de representantes.)
Amphilophio – [...] Passando a tratar do modo por que são nomeados os membros do Supremo Tribunal, diz que a organização desse Tribunal é a questão mais importante de todas para o nosso futuro republicano. [...]” (p. 266)

⁹¹ “Senhores, já os fundadores da Republica americana, com aquelle bom senso que ainda hoje todo mundo admira, diziam que, si alguma coisa há que deva merecer particular attenção em um organismo politico, é, precisamente, o Poder Judiciario. Todos os poderes são fortes: o Legislativo dispõe do thesouro, o Executivo commanda a força armada; o Judiciario só dispõe do julgamento. Pois bem, para que a sentença seja tambem uma força, é preciso, é indispensável, dar aos juizes e tribunaes a supremacia moral. Ahi está a base de seu poder, o pedestal de sua auctoridade.” (Muito bem; muito bem). (p. 265)

⁹² “Entretanto, Sr. Presidente, a unificação do Direito não é, nem póde ser, o resultado de um decreto do Governo (Apoiados); a uniformidade da jurisprudencia é a resultante legitima da fiel execução da lei, da exacta comprehensão de seus preceitos. (Apoiados; muito bem.)
Organizai, senhores, com sabedoria a vossa magistratura nos estados; estabelecei regras reguladoras da capacidade scientifica dos magistrados de primeira, como de segunda instancia; firmai, rigorosamente, a sua independencia, offerecendo-lhes as mais amplas garantias, e os seus julgados obedecerão ao mesmo criterio scientifico em todo o paiz, e dahi advirá a unificação do Direito. (Muito bem.)”

⁹³ Sr. Amphilophio - Sr. Presidente, no systema da unidade judiciaria, há um tribunal central, o mais elevado na hierarchia judiciaria, constituído por juizes antigos, proectos, ricos de saber e experiencia, ao qual incumbe definir os pontos duvidosos da lei, dando-lhe seu verdadeiro sentido; e a intelligencia assim dada ao texto da lei é aquella que há de prevalecer em todos os casos de applicação futura da mesma lei, deante de todos os outros tribunaes e juizes do paiz.

3.3 DE PERTO TODO MOSAICO É INCOERENTE: A INTERPRETAÇÃO RETRATADA NAS REVISTAS ACADÊMICAS

As vozes que ecoam da Primeira República partem de direções distintas e nem sempre convergem para um mesmo sentido. Lévi-Strauss de *Tristes trópicos*⁹⁴ de fato tinha um ponto: há, nas fontes pesquisadas, uma visível preocupação em fazer transparecer o conhecimento nacional sobre os textos estrangeiros, seja de maneira superficial ou aprofundada. Isso também pode ser explicado pelo caráter acadêmico das fontes, especialmente porque muitas das publicações provinham de revistas de faculdades de direito pelas quais os professores – que detinham, à época, certo peso doutrinário – direcionavam comentários aos alunos, como parte do processo didático.

Por outro lado, comentários e referências aos textos estrangeiros constituíam, além de exibição de erudição, tentativas de construção argumentativa trazidos aos problemas nacionais enfrentados à época. No entanto, ainda que algumas dessas referências ocupassem lugar comum no meio doutrinário, outras inúmeras tantas permaneciam isoladas. Não me ocuparei detalhadamente dessas últimas. Considero, contudo, que indicam algo importante sobre o cenário interpretativo: *não havia uma diretriz clara, mas circulação – e eventualmente disputa – de entendimentos atravessadas por fontes comuns e outras nem tanto*, que criavam em sua maioria doutrinas particulares, mosaicos teóricos cujas fontes encontravam espaço improvável de diálogo, que se alteravam de acordo com autor e período.

A análise dos artigos das revistas serve, sobretudo, para indicar o que se discutia ou simplesmente se declarava acerca do que é o direito e possíveis modos de interpretação e aplicação. Compreender os debates sobre as origens e funções do direito pode dizer sobre ***como entendê-lo a partir da perspectiva de sua aplicação***. Indica, portanto, para onde se prescrevia o olhar daquele que estudaria e aplicaria o direito. Situa as bases filosóficas e teóricas daquele que diz sobre o direito, sobre um possível esquema de interpretação e aplicação jurídica.

É sobre tais fundamentos e compreensões mais ou menos diretas acerca do conceito de interpretação que tratarão as próximas páginas. Em alguns textos, os tópicos são discutidos

⁹⁴ Publicado originalmente em 1955, o livro diz respeito à passagem de Strauss pelo Brasil na década de 1930. Parte de suas impressões dizem respeito ao período entre 1935 e 1939, quando lecionou sociologia na Universidade de São Paulo.

de modo prevalentemente conceitual; em outros, o conceito está enlaçado em casos práticos. Serão elencados os pontos mais frequentes levantados à época, no intuito de identificar aquilo que se apresenta mais recorrentemente no pensamento dos juristas que escreviam às revistas das faculdades elencadas.

Evidentemente, o meu olhar selecionará aquilo que aparenta ser de maior utilidade a este trabalho. Alguns artigos das revistas selecionadas foram deixados de lado por não adentrarem nas discussões aqui propostas, ou pelo menos assim o pareceu à primeira vista à autora deste texto.

Os textos publicados nas revistas acadêmicas aqui tratados se iniciam com a fundação da República, ano também da primeira publicação da *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito* de Recife, 1891. O último ano a ser considerado será o marco dado pela Revolução de 1930, data simbólica para fins do recorte histórico quanto ao “encerramento” da República Velha.

Conforme Wolkmer, a criação dos cursos de direito a partir de 1827 indicaria um desejo de independência político-cultural que andasse a par com as novas estruturas de poder, bem como o de formar um aparato jurídico-burocrático para a administração do país (WOLKMER, 2002, p. 80). Ali, cindia-se o pensamento jurídico, “ilustrado, cosmopolita e literário” (WOLKMER, 2002, p. 81) da realidade agrária nacional. Observa que, durante o período entre 1870 e 1930, a Faculdade de Direito de São Paulo vivenciava o ápice do desenvolvimento socioeconômico proporcionado pelo estado, investidor de um aparato burocrático – em consonância com a tese de Adorno –, enquanto a Faculdade de Direito de Recife, outrora reconhecida como formadora de um pensamento cientificista bastante forte, enfrentava, na contramão, as consequências do declínio econômico local. De qualquer forma, tais faculdades formariam os “legitimados para o exercício de construção da identidade nacional”, pautadas pelo liberalismo paradoxal brasileiro. O poder judicial, diz, na prática, andava associado ao poder político, visto que estavam à mercê das nomeações, promoções e remoções do governo (WOLKMER, 2002, p. 93-94). As universidades formariam, então, “bacharéis da legalidade”, distantes da pluralidade social e de suas “necessidades reais, reivindicações, lutas, conflitos e conquistas” (WOLKMER, 2002, p. 103), dentro de um esquema jusnaturalista adepto ao racionalismo iluminista liberal, o qual poderia se entender a partir de um sistema de referências

extremamente eclético, sem fundação em um único sistema filosófico (WOLKMER, 2002, p. 127).

É o que se confirmará com a análise dos artigos a seguir.

3.3.1 Revista da Faculdade de Direito de São Paulo

Se a regra geral era um certo positivismo jurídico ou não, o fato é que o tópico “direito natural” recebeu alguma atenção em fins do século XIX.

Levando em consideração que, à época, desenvolviam-se as ciências naturais e, em seu calço, as ciências sociais no continente europeu, não é de se estranhar que tais questões aparecessem no Brasil, tanto por via impressa quanto por juristas viajantes que traziam à América do Sul, recém-chegados de congressos internacionais, as boas-novas do velho mundo.

A pergunta pela existência de um direito anterior, ao qual se pudesse fazer consulta, parecia encontrar respostas que flertavam com o desligamento da cultura jurídica brasileira da religião – algo que a própria Constituição de 1891 já havia se encarregado de instituir ao separar o Estado da Igreja Católica – e com a perspectiva sociológica que se disseminava sobre as relações sociais no contexto brasileiro e internacionalista.

Nesta seção, os artigos de Pedro Lessa se sobressaem aos demais. Não que os outros não tenham mérito. A questão é que Lessa esteve, visivelmente, preocupado em estabelecer alguma sistematização e reflexão crítica sobre as diversas discussões da época. Ele também indica aquilo que eu acredito que seja uma espécie de *transição* entre o período imperial e republicano, que culminaria na alçada do Supremo Tribunal Federal ao papel de Poder de desataque.

Também há um *quê* de pragmatismo quanto à função do direito, bastante atrelada à perspectiva sociológica: ao mesmo tempo em que os fundamentos apresentados eram pautados em doutrinas estrangeiras, a ordem do dia também se mantinha pela *tradição*: ainda que o Estado seja laico, a Igreja é apresentada não pela via da imprescindibilidade moral, mas por seu *papel social*, coadjuvante da ordem jurídica estatal, por exemplo.

Há, porém, um outro viés que se coloca é o de que a evolução humana, ainda que no paradigma dos direitos e liberdades individuais do período, atrelada à evolução comum e

jurídica da sociedade, se dá não *intuitivamente*, ou por meio de uma *razão universal* à maneira de Kant, mas *discursivamente* (LESSA, 1902a).

Trata-se de um ponto bastante interessante de ser notado em um texto publicado em 1894 na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, de autoria do futuro ministro do Supremo Tribunal Federal e então professor da mencionada instituição de ensino. O direito, ainda que distanciado de uma origem natural, era apresentado como ligado a ideia do justo: tal justeza, encontrada historicamente, era encontrada por meio de uma “serie de juízos” (LESSA, 1894, p. 122) que indicariam boas ou más consequências de sua aplicação. Tais entendimentos sobre o que é bom ou mau se amparavam em outras áreas do conhecimento, como a psicologia e a etnografia, consideradas como ramos da ciência social e capazes de indicar, por meio de observação – e não de um racionalismo universalista –, aquilo que promove uma ou outra coisa aos homens.

Lessa afirma, assim, em *Ha um direito natural?* (LESSA, 1894), que “o principio do justo [...] é apprehendido discursiva, e não intuitivamente” (LESSA, 1894, p. 122).

A relação entre direito e moral é analisada, desta forma, também *discursivamente*. Através da observação dos fatos, é possível induzir e deduzir logicamente as leis às quais estão subordinados os fenômenos morais, dotadas de *sancção natural*, as quais cominam em boas ou más consequências. A necessidade de se atentar à lei moral está atrelada a esta *sancção natural observável*, e o “instincto de conservação” o leva a adotá-la socialmente (LESSA, 1894, p. 125).

O direito, assim como a moral, é tratado como um ramo da ética. Tal instincto de conservação é possível por uma espécie de determinismo psicológico, seja por “impulso da sensibilidade moral”, seja pelo temor de sanção, e tal teoria, segundo Lessa, “é de facto a theoria acceita por todos os legisladores, moralistas e jurisconsultas”, e a existência do direito advém daí⁹⁵.

A moral é conhecida como são conhecidos os fenômenos de ordem natural, isto é, por processo lógico de observação, comparação, abstração, indução e dedução, tendo ambos os tipos de fenômenos implicações *necessárias*: O direito existe para que sejam evitados os efeitos das sanções naturais: desta forma, se cria uma *sanção fictícia* (LESSA, 1894, p. 133).

⁹⁵ Todas as leis têm por base a presumpção de que a nossa vontade está sujeita á coacção dos motivos. Que é um código penal, senão um conjuncto de motivos creados pelo legislador para o fim de superar os moveis e motivos possíveis que impellem o homem á perpetração do crime ? (LESSA, 1894, p. 130).

Recorrendo ao pensamento de Herbert Spencer, Lessa entende que, assim como os demais animais “gregários”, o homem também depende de normas de convivência para manter a existência social. Tal modo de existir não seria, então, apenas um modo *histórico*, mas também *natural e universal*.

Lessa, então, reconhece a existência de princípios *necessários*, ou *fundamentais*⁹⁶, “troncos sobre os quaes se enxertam as mais variadas instituições jurídicas, constituem o direito natural” (LESSA, 1894, p. 134).

Em *Da complexidade do direito. Distincção entre a moral e o direito. Relações do direito com a sociologia, com a anthropologia, a sciencia economia e a politica* (1899a), Lessa trata desse método científico que possibilitaria apontar o que é bom e o que é mau quanto às prescrições de conduta por meio da observação⁹⁷ das relações necessárias entre os atos e suas consequências. Nesse sentido, parece ser também a ciência do direito uma *ciência moral*⁹⁸, capaz de apontar para o que produz felicidade ou infelicidade. A maior referência de Lessa nesse período é Spencer, representante da busca por uma “sciencia da recta conducta”, determinante na compreensão de quais modos de conduta são “prejudiciaes, e outros convenientes”, porém não puramente utilitários⁹⁹. Reconhecidas cientificamente, devem ser adotadas independentemente de eventuais “considerações directas e immediatas”¹⁰⁰. Como parte

⁹⁶ Os princípios fundamentais, aqui, se referiam a uma série de direitos liberais, de acordo com os padrões à época estabelecidos – e que tampouco deixam de ser *fundamentais* atualmente –, como o direito de propriedade e contrato. Diz Lessa: “É impossível a existência de uma agremiação humana sem normas que, de qualquer modo, regulem a propriedade, a prestação de serviços por contractos, a união do homem com a mulher, a transmissão de bens dos mortos aos sobreviventes. Esses principios fundamentaes, específicos do organismo social [...]” (LESSA, 1894, p. 134).

⁹⁷ “As sciencias sociaes não têm retortas; não se conhecem laboratórios de sociologia; a observação e a comparação são as únicas bases de suas generalizações, e a observação carece de ser paciente e diuturna, e a comparação é difficultosa e emmaranhada pela multiplicidade das circumstancias que revestem os factos. Não é licito substituir as leis com a mesma freqüência e anciedade com que o enfermo varia as posições em um leito de dores cruciantes.” Em *Discurso proferido por ocasião da collação de gráu aos bacharelados de 1896 pelo paranympo*, (LESSA, 1896, p. 335)

⁹⁸ “Temos um único processo científico para discriminar o bem do mal, e aprovar certa conducta e reprovar a contraria: é o estudo das connexões causaes, das ligações necessárias, entre os nossos actos e suas consequências. Fora delle não ha base científica para a ética. Investigar as leis geraes da vida e as condições da existência, para dellas deduzir quaes as acções que tendem necessariamente a produzir a felicidade, e as que dão resultados contrários, - eis o objecto da sciencia da moral”. (LESSA, 1899, p. 307).

⁹⁹ Afasta-se de Bentham ao repudiar uma moral utilitária em detrimento de uma moral científica, uma vez que “a primeira, observando um grande numero de casos, induz que uma certa conducta produz o bem, e a conducta contraria o mal. Não passa de uma affirmação parcial, deficiente, do principio de que as regras moraes se basêam em leis naturaes”. (LESSA, 1899a, p. 309).

¹⁰⁰ “Ninguém melhor do que SPENCER ainda expoz o methodo para a formação desta sciencia. Em uma carta dirigida a S. Mill, dizia o profundo pensador: «A idéa que eu sustento é que a moral propriamente dita – a sciencia da recta conducta – em por objecto determinar como e porque certos modos de conducta são

de uma leitura sobre a ação dos homens em direção ao bem, portanto, Lessa compreende que “o direito é uma parte da moral” (LESSA, 1899a, p. 310) que se cientificizou ao ser submetida ao método dedutivo-indutivo¹⁰¹. Em texto publicado quase 10 anos depois, *A escola histórica (resumo para os alumnos do 1º anno)* (LESSA, 1903), Lessa não se afasta de tais entendimentos.

Os preceitos jurídicos, ao seu ver, iriam além das circunstâncias particulares dos povos, seriam frutos de “leis fundamentaes”, princípios comuns à condição humana – o que afasta o jurista da Escola Histórica do Direito. E são tais princípios o fundamento da ciência do Direito¹⁰², princípios que nada mais seriam do que uma “moral da collectividade”, instrumento inato ao homem que o confere a capacidade de distinguir o justo do injusto¹⁰³.

A origem desses princípios seria a *linguagem*. Lessa entende que, apesar das peculiaridades de cada língua, há sempre denominadores comuns, como verbos, substantivos, adjetivos, preposições, etc: há uma estrutura linguística que permite a criação de leis fundamentais e universais¹⁰⁴ (LESSA, 1903, p. 383-385). No entanto, isso não implicaria dizer que o direito seja ou deva ser o mesmo em toda parte¹⁰⁵, pois não haveria, em sua visão, uma

prejudiciaes, e outros convenientes. Em minha opinião, a sciencia moral tem por fim deduzir das leis da vida e das condições da existência as espécies de acções que tendem necessariamente a produzir a felicidade, e as que causam a infelicidade. Feito isso, taes deducções devem ser reconhecidas como as leis da conducta; devem ser obedecidas a despeito de quaesquer considerações directas e immediatas de felicidade, ou de desgraça”. (LESSA, 1899a, p. 308).

¹⁰¹ “Logicamente, pois, a sciencia da moral é anterior á arte da moral. Mas, chronologicamente, a moral pratica precede a sciencia da moral. Antes de haver um conjuncto systematico de conhecimentos verdadeiros e certos sobre as leis a que estão subordinados os phenomenos moraes, e consequentemente também os phenomenos jurídicos, já havia a pratica, ou a arte, da moral, e consequentemente também a pratica, ou a arte, do direito. Foi o que se deu com a medicina, com a navegação, com a agronomia, e com todas as mais applicações de conhecimentos de uma ou mais sciencias. As artes se tornam scientificas quando a sciencia exerce sua influencia sobre ellas”. (LESSA, 1899a, p. 311).

¹⁰² “Na formulação das regras de direito, as nações pelos costumes e os legisladores pelas leis, attendendo ás necessidades communs a todas as sociedades, e ás condições especiaes de cada uma dellas, estabelecem preceitos que são applicações de leis fundamentaes, de principios que traduzem essas necessidades communs, ás condições peculiares á cada agremiação humana. Esses principios, sem os quaes não ha sciencia, eis o que a escola historica tem negado” (LESSA, 1903, p. 375-376).

¹⁰³ “Se entendermos que a consciencia nacional é a consciencia moral da collectividade, mais evidente será a contradicção da escola historica. A consciencia moral é a facultade que directa e immediatamente distingue as acções justas das injustas; e, portanto, as escolas que admittem a existencia dessa facultade da psychologia subjectivista, reconhecem necessariamente que a creação do direito obedece a principios ou idéas innatas, o que a escola histórica sempre negou.” (LESSA, 1903, p. 375-376)

¹⁰⁴ Haveria, portanto, princípios universais, como em todas as línguas há verbos. A observação de tais princípios, ou mesmo da moral é, contudo, científica, uma vez que demanda método de observação.

¹⁰⁵ “O medico não prescreve o mesmo remédio para todas as moléstias. Do mesmo modo, o direito não estabelece sempre e por toda a parte as mesmas disposições; mas, adapta os seus preceitos ao estado do povo, ao gráo de civilização, ás necessidades da época. Suppôr que o direito deve ser o mesmo em todos os pontos do globo, é tão absurdo como acreditar que podemos submeter todos os doentes ao mesmo

verdade jurídica absoluta: só se poderia falar em “resultados da experiência applicada á realização de certos fins humanos” (LESSA, 1901, p. 118-119), assunto sobre o qual se deteu em *A theoria de Ihering* (LESSA, 1901).

Nesse último, desenvolvido para sua disciplina de “Philosophia do Direito”, Lessa critica Ihering, afirma que o ponto de partida do direito não pode ser a utilidade ou a finalidade em si¹⁰⁶, visto que essa se alteraria conforme interesses variantes, bons ou maus; antes de se basear em interesses históricos flutuantes, Lessa defendeu que o direito deve partir da verdade, de um critério fixo para a distinção, baseado em princípios fundamentais, daquilo que seria justo ou injusto. Se o motor da arte, isto é, da prática, for a utilidade ou o puro interesse circunstancial, qualquer lei poderia ser considerada justa, repudia Lessa¹⁰⁷. Isso também impossibilitaria, ao seu ver, o desenvolvimento da arte do direito, porque esta precisaria de fundamentos científicos, que são também fundamentos *justos*¹⁰⁸.

tractamento. Ha, sem duvida, regras de direito admittidas por todas as nações; todos os povos punem o assassino e o bandoleiro, todos consagram o Estado, a propriedade, a família e o contracto. Eis ahi, poderão dizer, verdades jurídicas absolutas. Não: com esse critério poderiam qualificar de verdades as casas, as ruas, a vestimenta, o uso do fogo e o da luz, instituições fundamentaes da civilização humana, que são apenas resultados da experiência applicada á realização de certos fins humanos. Garantir a segurança das vias publicas contra os crimes dos salteadores, constitúe um fim, do mesmo modo que defender os logares em que a vida dos homens corre perigo, por meio de diques, contra as inundações. O direito é uma sciencia que tem por objecto a oportunidade (!). As leis uniforme e permanentemente consagradas formam o opportuno que resistio á prova dos séculos, a oportunidade consolidada pela experiência. O direito inteiro é criação exclusiva do fim. Indagar o fim das instituições— eis o mais elevado objecto da sciencia jurídica”. (LESSA, 1901, p. 118-119).

¹⁰⁶ “Sciencia (quando no mundo dos juristas será comprehendida esta verdade?) quer dizer conjuncto systematico de conhecimentos verdadeiros e certos sobre leis, isto é, sobre o que ha de constante, geral, uniforme, na producção dos phenomenos. Todas as sciencias se reduzem a conhecer as leis dos factos, e o único methodo que com segurança pôde ministrar-nos o que ha de permanente na reproducção dos phenomenos é o methodo positivo. Basta sabermos que o methodo de Ihering é o teleológico, para immediatamente comprehendermos que a sua theoria nada tem de commum com a sciencia.” (LESSA, 1901, p. 131).

¹⁰⁷ A theoria philosophico-juridica de Ihering tem o defeito capital de nos dar mais uma doutrina sem base scientifica, para se juntar ás innumeras de que está repleta a litteratura jurídica. O ponto de partida de Ihering é a distincção entre a lei da causalidade e a da finalidade, para concluir que a vontade humana está sujeita á ultima, e não á primeira. [...]O conteúdo do direito na escola de Ihering é o interesse, e o interesse variável, o interesse de cada época, de cada sociedade, o que cada povo supõe ser seu interesse. Hoje o Estado pune com a pena de morte os que professam uma religião differente da sua. Amanhã obriga sob a mesma pena a professar a religião antes condemnada. Qual das duas leis é a expressão da verdade? Nada temos com a verdade. O direito não tem por objecto a verdade, mas a utilidade; e sob o aspecto da utilidade ou do interesse social, ambas as leis podem ser perfeitamente boas. O direito não se formula em virtude de raciocínios ou deducções, mas em conseqüência da lucta dos interesses. Não ha, pois, um critério fixo por meio do qual se possam distinguir as leis justas das injustas. Todas as leis são justas, legitimas, porque são promulgadas para resguardar o interesse, objectivo ou subjectivo, da sociedade. (LESSA, 1901, p. 130-1)

¹⁰⁸ A força ao serviço do interesse variável, eis, em synthese, ao que se reduz o direito segundo a concepção de Ihering. O direito não tem princípios; não ha leis que dominem os phenomenos jurídicos; a observação nada

Há, portanto, princípios e leis superiores ao direito positivo. *A Evolução do Direito* (Ihering) trataria-se da negação do direito, porque negaria a ideia de princípios e leis superiores ao direito positivo, um direito positivo sem substância e insustentável, já que “o conteúdo da norma jurídica deve ser sempre uma verdade científica, uma condição de vida e desenvolvimento da sociedade e do indivíduo, dada pela indução, ou deduzida de uma verdade superior” (LESSA, 1901, p. 137). Lessa não descarta a evidência de que os conteúdos das normas ao longo da história se alteram. A verdade estaria para o direito como está para as ciências exatas, isto é, a ser posta à prova e, eventualmente, *renovada*. Se algumas normas tidas por verdades se provassem prejudiciais, outras, no entanto, permaneceriam.

Quando os legisladores reputavam a escravidão uma instituição legítima, isto é, uma condição de desenvolvimento para a sociedade, quando proibiam com o máximo rigor a adoção de um culto religioso diferente do do Estado, quando suffocavam a liberdade da consciência e a do pensamento, quantos erros, igualmente graves, não eram sustentados convictamente pelos astrônomos, pelos físicos, pelos químicos! [...] Se essas sciencias, muito mais fáceis que o direito, porquanto os phenomenos de que se occupam são muito mais simples, ou muito menos complexos, foram a pouco e pouco e penosamente descobrindo as suas verdades, que ha de extranhavel nas theorias errôneas acceitas pelos legisladores como a expressão da verdade? [...] Se a sociedade rectifica o seu conceito, averigua que uma norma jurídica ordena a pratica de um acto que a experiência prova ser contrario ás suas condições de vida e desenvolvimento, dá o envolucro legal á nova verdade descoberta. Em meio das afirmações do direitos discutidas ou contestadas – quantas verdades não possuímos já, superiores a qualquer controversia? A liberdade de locomoção, a igualdade jurídica, a liberdade de consciência, a de pensamento, o direito de dignidade, o de associação, a união conjugal monogamica, o direito de punir, e tantos e tantos outros, traduzem verdades scientificas sobre as quaes ha pleno accordo entre os homens sensatos. (LESSA, 1901, p. 138-139).

Há um lugar, na teoria de Lessa, para o direito ideal: o antilugar do interesse momentâneo, puramente *empírico*. O direito deve “elevator-se aos princípios, ás verdades geraes fundamentaes, espiritualisar a sciencia pela philosophia” (LESSA, 1901, p. 142).

O jurista aderira ao pensamento – citando Comte – de que há apenas uma grande ciência social, a sociologia, da qual direito, assim como a economia e a política, fariam parte (LESSA, 1899, p. 317). O fenômeno particular do qual se ocupa o direito seriam as leis que “regem áquelles factos sociaes que são condições de vida e desenvolvimento do individuo e da

nos mostra de commum, constante, invariável, nos factos jurídicos. Não é possível constituir uma sciencia do direito. Será possível formar a arte do direito? Também não, porquanto, como bem ensina Stuart Mill, a arte se compõe das verdades da sciencia, dispostas na ordem mais conveniente para a pratica, e não para a theoria. A arte formula os seus preceitos, baseando-os nas verdades geraes, nas leis, de uma ou mais sciencias. (LESSA, 1901, p. 131, grifo nosso).

sociedade, dependentes da vontade humana, e garantidos ou que o devem ser pelo Estado” (LESSA, 1899, p. 317-318). O Direito não teria, ao seu ver, apenas a função de restringir a atividade dos homens em sociedade. Ele deve garantir não apenas o princípio da liberdade e iniciativa individual, mas também o desenvolvimento da economia. As normas que não garantissem a viabilidade de desenvolvimento social a partir das outras áreas de conhecimento não poderiam ser tidas como propriamente jurídicas.

Em atenção à ideia de desenvolvimento social, outro entrecruzamento apontado é entre direito e política. Apesar de não delimitar este último conceito, diz Lessa que se subordinaria à moral e ao direito e, portanto, a eles condicionado. Por outro lado, o direito dependeria da política, uma vez que ela “interpretando as necessidades e utilidades sociaes, converte o direito ideal em direito positivo”. Através da política se instrumentalizaria a filosofia do direito com fins de criação – ou reforma – de institutos jurídicos. Porém, o direito não é um ramo da ciência política, apesar dos efeitos sobre a análise de sua influência na vida: as regras jurídicas não obedecem às ciências políticas, mas poderiam ser consideradas assuntos políticos¹⁰⁹.

No artigo *Interpretação do art. 11, n.º 2, e do art. 72, §§ 3.º e 7.º, da Constituição Federal* (LESSA, 1902b), o jurista defende a necessidade de liberdade quanto ao direito de disposição de propriedade por parte da Igreja Católica, assunto controverso na jovem República. Para fundamentar seu entendimento sobre a legislação, recorre às discussões da assembleia constituinte para afirmar que tal ponto não merecia controvérsia (1902b, p. 208). Além disso, faz referência à Constituição dos Estados Unidos analisada por Cooley¹¹⁰, para

¹⁰⁹ “Não se deve dizer que o direito está compreendido na política, ou é uma parte desta sciencia. Como bem pondera HOLTZENDORFF, o direito só pôde ser considerado assumpto de estudo politico, quando se examina, não o seu valor intrínseco, mas a sua influencia real na vida. Neste sentido, a guerra, o imposto, o trabalho, a religião, idéas e interesses extranhos á política quanto aos princípios e regras a que obedecem, são assumptos de ordem politica quando examinados sob o aspecto da influencia que exercem nelles os homens de Estado, modificando-os em beneficio da sociedade.” (LESSA, 1899, p. 335)

¹¹⁰ Thomas M. Cooley, *Justice e Chief Justice* da Suprema Corte de Michigan entre 1864 e 1885. O livro referenciado por Lessa seria *Principles of Constitutional Law*, de 1880. A obra se detém sobre os princípios fundamentais dos Estados Unidos desde sua independência e também os que se criavam naquele momento histórico, quais sejam: União, Estados, Municípios, Poderes (*checks and balances*), Questões econômicas como regulação do comércio, cartas de crédito, direitos autorais, impostos, naturalização, Tesouro Nacional, emendas constitucionais, direitos civis, liberdade religiosa, escravidão, tribunal do juri, direito a vida, liberdade e igualdade, liberdade de expressão, eleições, direitos de propriedade, garantias aos acusados de crimes, etc. **Se o entendimento do que eram “princípios” não era tão fluido como nos dias atuais e parecia estar ligado à lei expressa, positivada, ao mesmo tempo – e na mesma medida – estava ligado fundamentalmente ao próprio espírito republicano federativo, que no Brasil surgia como proposta liberal não conservadora ante o status quo monárquico. Um possível ângulo de análise sobre a questão dos princípios em termos de interpretação no Brasil da Primeira República: os princípios**

fundamentar seu entendimento. É interessante notar, porém, que a preocupação de Lessa vai além de tais determinações. Para o autor, a Igreja Católica cumpriria a função de conservação da moral pública e da ordem social, um ator que compartilharia razões de agir com o Estado (LESSA, 1902b, p. 200).

Lessa explana sobre o caso de um município cujo único relógio público se encontrava na torre de sua Igreja, cuja reforma determinada pela câmara de vereadores local foi negada pela intendência do município sob alegação de atentar contra o princípio da liberdade religiosa. Tratando-se de questão de interpretação constitucional, sobre a qual se deteve, ponderou que em conjunto com o princípio da liberdade constitucional pesaria o **“interesse geral e a própria vida dos munícipes”**: **a preservação da torre e o cumprimento por parte da intendência eram indispensáveis e defensíveis juridicamente com base não apenas no princípio constitucional, mas também de acordo com a sua relevância para a localidade**. E pergunta: o que diriam os publicistas americanos?¹¹¹.

Seria *juridicamente defensível*, portanto, não apenas o princípio que está positivado constitucionalmente (no caso, a liberdade religiosa e a laicidade do Estado), mas também aquilo que é *relevante* para a comunidade. A interpretação jurídica não deveria pecar por “excesso de zelo” com relação àqueles primeiros princípios, mas, de certa forma, ponderá-los com o interesse social. Para além de serem considerados princípios *constitucionais*, Lessa considera que tais princípios eram, antes de serem positivados, princípios de *organização do poder e de garantia dos direitos públicos*¹¹².

fundamentais eram sobretudo voltados à construção e manutenção do projeto político federativo republicano.

¹¹¹ Para dar uma idéia da errônea interpretação que se tem dado às disposições constitucionaes acerca da liberdade religiosa, lembraremos o facto de que recentemente tivemos conhecimento por uma consulta: em uma cidade do interior deste Estado a Câmara Municipal votou uma pequena verba para auxiliar os reparos indispensáveis na torre principal da igreja matriz, cumprindo notar que o poder municipal assim procedeo, porque a torre ameaçava ruina, e nella havia um relógio, que era o único publico em toda a cidade. Não obstante, e desprezando o interesse geral e a própria vida dos munícipes, o intendente oppoz-se ao cumprimento da resolução, allegando que esta envolvia offensa ao principio constitucional da liberdade religiosa! Que diriam a esse excesso de zelo os publicistas da America do Norte, a pátria da liberdade de culto – em toda a sua amplitude?” (LESSA, 1902, p. 216).

¹¹² O fenômeno da constitucionalização do Direito é tratado no artigo *O direito no século XIX* (LESSA, 1900) como tendo sido inspirado pelo modelo inglês e pelo *Espírito da leis*, de Montesquieu, e reforçado pelos movimentos revolucionários americano e francês do século XVIII, bem como o Tratado de Vienna (1815), os quais explicariam a “a vasta ebulição social, que transfundiu em preceitos constitucionaes os principios concernentes á organização do poder e ás garantias dos direitos públicos” (LESSA, 1902, p. 161).

Tal caso é muitíssimo interessante. Ele indica que a letra da lei não pode ser interpretada cegamente. Há outros interesses em jogo, por trás da simples leitura do texto. Lessa conciliou a necessidade contingencial, pontual, com a regra jurídica. Parece absurdo, hoje, que fosse preciso defender tal posicionamento. Porém, aparentemente, à época os limites constitucionais ainda não estavam muito claros para muitos intérpretes. E, agora, seria necessário construir um *sentido* republicano para o ato de interpretar.

Em *O direito no século XIX* (1900), Lessa define o direito como sendo a “proteção dos fracos contra os fortes”. Por meio dele – e parece equivaler direito à constituição – é preciso aumentar a qualidade de vida, habitação, higiene dos trabalhadores, a educação física e moral, bem como seguros contra doenças, acidentes e aposentadoria¹¹³. No âmbito da justiça, defende a multiplicação dos tribunais e da descentralização da justiça, a fim de que os juízes tenham “contacto íntimo com a população” e possam julgar “**de accôrdo com as regras do bom senso, com a experiência dos homens e da vida**” (LESSA, 1900, p. 181, grifo meu). Defende, com vista no modelo alemão, uma Constituição enxuta, da qual o juiz possa deduzir as regras particulares; um modelo de constituição cujos princípios permitissem aos intérpretes liberdade o suficiente para cobrir todas as causas, de acordo com as “regras do bom senso”. *Uma interpretação ampla, portanto, baseada em princípios fundamentais, e casualística*. E mais: aos intérpretes da Constituição seria possível, ainda *deduzir os corolários dos princípios firmados*. Nesse sentido, parece haver uma reivindicação de liberdade interpretativa para decidir de acordo com as demandas, isto é, de acordo com o caso particular.

Apesar de julgar o método positivo o único possível, está longe de poder ser considerado um positivismo “puro”. Como já se viu, dificilmente se encontra um autor que não recorra aos ditames do direito natural. No caso de Lessa, e no de diversos outros juristas do período, o entendimento do Direito como ciência se mescla com uma perspectiva sociológica. Não se trataria de um sistema fechado em si mesmo, cujos conceitos são autorreferentes. Aliás, o método científico tal como proposto por Lessa, ao invés de afastar o Direito dos demais campos, prometia apagar “a antithese profunda que havia entre a moral, o direito, e todas as disciplinas que se ocupavam com os factos do organismo social” (LESSA, 1900, p. 199). As

¹¹³ “cumpre [...] facilitar ao proletariado a aquisição dos alimentos e habitações hygienicas; uniões profissionaes; a organização da assistência publica; a educação physica e moral da infância abandonada; luctar contra a imprensa licenciosa, que envenena a alma popular; estabelecer seguros operários contra a moléstia, o accidente e a velhice”.

normas jurídicas atuariam como manifestações práticas, ou traduções, de verdades gerais *ou* leis científicas, cujo objetivo é o desenvolvimento da humanidade, algo que o direito compartilharia com a moral (LESSA, 1900, p. 201). Lessa deseja ir além do empirismo e do subjetivismo, além dos mandamentos religiosos e de “princípios indemonstráveis”, em crítica ao racionalismo; une, no entanto, o direito à moral, por meio de *princípios demonstráveis*¹¹⁴ que indicariam caminho para a evolução social, cujo sentido excede o próprio direito e engloba outras áreas do conhecimento, bem como os próprios fundamentos republicanos.

Dos textos encontrados na Revista da Faculdade de Direito da USP, o único a tratar especificamente de questões de interpretação constitucional é *Da competência do Estado para legislar sobre o processo das justiças locais* (LESSA, 1899b), resultante de debate com o também professor uspiano João Mendes Junior, acerca da competência dos Estados de legislarem sobre o processo das justiças locais, assunto de pauta dos *Annais da Constituinte*.

Para Lessa, falar na não existência de tal competência seria assunto para reforma constitucional do art. 34 da CF, e não questão de *direito constituído*. *A interpretação, diz, deve partir daquilo que é, e não do que deveria ser: daquilo que está disposto pelo direito positivo* (LESSA, 1899b, p. 127). Contra Mendes Junior estariam “o elemento grammatical, o elemento lógico e o elemento histórico da lei.” (LESSA, 1899b, p. 128). Recorre à Paula Baptista, a quem se refere como “um dos nossos melhores jurisconsultos” para fundamentar que sobre o “pensamento” do art. 34, n.º. 23, em convergência com as outras “disposições dessa lei” – a Constituição Federal – e os anais da Assembleia Constituinte, não haveria dúvidas “quanto ao princípio consagrado pelo legislador brasileiro” (LESSA, 1899b, p. 132).

“Compete privativamente ao Congresso Nacional, prescreve o art. 34 n.º 23, legislar sobre o direito civil, commercial e criminal, da Republica e o processual da justiça federal”: Lessa entende que o legislador deixou aos Estados que legislassem sobre seu próprio Direito Processual, sob o argumento de que o art. 34, em conjunto com a leitura do art. 35¹¹⁵, não fazia

¹¹⁴ Seu apelo à moral não se interessa por questões metafísicas. É preciso estudar os fatos a fim de se emitir qualquer julgamento. Em seu texto *O idealismo transcendental, ou criticismo, de Kant* (LESSA, 1902a), o filósofo alemão é criticado pela *vacuidade* de seu sistema de pensamento, incapaz de dizer no que consiste o bem, defeito atribuído pelo brasileiro aos “pensadores do século XVIII”, dos quais Lessa indica Rousseau como personagem essencial da criação de “um mundo á parte – diferente do real”, porque não adotaria “um dos preceitos capitaes do methodo scientifico, que só permite a indução depois de observado attenta e pacientemente o maior numero possivel de factos” (LESSA, 1902a, p. 242).

¹¹⁵ “Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) egislar [sic] sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; Art 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

inferir que os Estados não tivessem *nenhuma* competência no assunto¹¹⁶. Acreditava que o modelo adotado pelo Brasil seja o mesmo que o da Argentina, onde as províncias se viam livres para legislar sobre organização judiciária e processo (LESSA, 1899b, p. 136). Cita Louis Le Fur com o intuito de fundamentar a ideia de que basta a regulação da União – e do Congresso, como sugerido na constituição, não privativamente – para haver liberdade de regulação processual por parte dos Estados. Promove uma *analogia*¹¹⁷ entre o poder de organização judiciária e tal liberdade, em conjunto com uma pesquisa pela *intenção do legislador*¹¹⁸.

Se preocupava com a possibilidade de que o conteúdo constitucional pudesse ser violado pelas leis processuais particulares de cada Estado, caso em que o Congresso deveria interferir. Nesse caso, é curioso notar que o Congresso Nacional aparece, neste artigo de 1899,

1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal;

2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;

3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;

4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.” (BRASIL, 1891).

¹¹⁶ “A competência privativa, conferida pelo art. 34, está em antithese, não o contesto, com uma competência não privativa; mas, os termos antitheticos são os artigos 34 e 35. No primeiro o legislador declarou o Congresso Nacional privativamente competente para praticar todos os actos enumerados no artigo. No segundo estatuiu: «Incumbe, outrosim, ao Congresso, mas não privativamente, velar na guarda da Constituição e das leis, e providenciar sobre as necessidades de character federal; animar no paiz o desenvolvimento das letras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilégios que tolham a acção dos governos locaes; crear instituições de ensino superior e secundário nos Estados; prover a instruccão secundaria no districto federal.» A antithese está, pois, encerrada nos dois artigos 34 e 35. Limita-se a essas duas disposições. Não privativamente legisla o Congresso Nacional sobre os assumptos do art. 35. E' a lei que o diz expressamente. O art. 35, § i.º, confia ao Congresso Nacional a missão de velar na guarda da Constituição e das leis. O art. 72 assegura a inviolabilidade dos direitos. Deduz-se dessas disposições que, se os congressos dos Estados fizerem leis de processo ou de organização judiciaria (matéria em que ninguém lhes nega competência) que firam o direito civil, commercial e criminal, da Republica, ao Congresso Nacional cumpre abrogar essas leis. E' um conseqüentio lógico e necessário do regimen federal, em que a soberania está encarnada na União, e os Estados apenas são autônomos.” (LESSA, 1899, p. 134).

¹¹⁷ “Dahi não é permittido concluir que os Estados não tenham competência para organizar as suas leis processuaes, pela mesma razão por que até hoje ainda ninguém concluiu, nem mesmo o meu illustre collega, que os Estados não possam legislar sobre a sua organização judiciaria. Ter uma competência limitada não é equivalente a não ter competência. Que o pensamento do legislador constituinte foi o que tem sido exposto neste artigo – podemos facilmente verificar pela leitura dos debates [da assembleia constituinte]” (LESSA, 1899b, p. 135).

¹¹⁸ “José Hygino em magistral discurso pedia não só a unidade das leis de processo, como a unidade da organização judiciaria, demonstrando com eloquência os inconvenientes do regimen judiciário adoptado. («Annaes da Constituinte», vol. 2.0, pag. 64). O sr. Amphiphio queria ao menos que as leis de processo fossem as mesmas para toda a nação. Na sessão de 8 de outubro de 1897 dizia elle: «Não conheço, em san consciência o digo, coisa mas repugnante no terreno dos principios, attentado maior contra a lógica e o pouco que o meu passado de juiz me fez conhecer do assumpto. A lei processual deve ser o reflexo da lei substantiva; naquella se devem reflectir como em um espelho sem aço todo o pensamento, espirito, intuitos e previsões desta. Uma é complemento e execução da outra.» («Diário do Congresso Nacional», de 10 de Novembro de 1897). (LESSA, 1899b, p. 135-136)

como o maior responsável pelo controle de constitucionalidade quanto ao assunto. Aliás, o Supremo Tribunal Federal sequer é mencionado. Ele parecia entender que todo o direito estaria permeado pelo que chamou de “espírito constitucional”. Ao invés de descrever o segmento de Processo Civil como “mero procedimento” do direito, o nomeou como uma *forma* ligada indissociavelmente ao *espírito* do conteúdo constitucional¹¹⁹, cujos efeitos sobre o ordenamento jurídico são, não deixa de enfatizar – como parece ser sua grande preocupação – de origem *científica*¹²⁰. Nesse sentido, sua fala tem consequências visíveis: os princípios constitucionais podem tomar diversas formas processuais; os princípios constitucionais mantêm a unidade do ordenamento por meio de seu *espírito*; os princípios constitucionais são apreendidos de maneira científica e técnica.

Se a forma se associa ao conteúdo constitucional, discordando de Mendes Junior, para quem a dualidade da lei processual poderia ser prejudicial à execução da lei material, Lessa defendeu que “as disposições processuais podem variar sem que se diminua a segurança dos direitos”¹²¹. A forma da ação, a parte essencialmente *técnica* do direito, poderia variar desde que fossem respeitados “*certos principios cardenas*” (LESSA, 1899, p. 146-8), isto é, princípios constitucionais. Vê-se, logo, que sua preocupação estava mais voltada à questão de direito material que processual propriamente dita. A sistematização de Paula Baptista, pela qual a interpretação jurídica seria composta pelos componentes gramatical, lógico e histórico da lei, não autorizariam “interpretação diversa” do dispositivo constitucional (LESSA, 1899b, p. 137). O entendimento de tais técnicas interpretativas protegeria o cerne material da constituição, seus princípios cardenas, mesmo havendo uma multiplicidade de leis processuais.

¹¹⁹ Contudo, diferencia as as normas de conteúdo das formais na medida em que as primeiras seriam fruto da sociedade, enquanto as segundas produto de uma “atividade intelectual”: “As normas jurídicas que determinam esses actos, as leis de processo, distinguem-se do direito material, porquanto, ao passo que este tem suas raízes nas condições próprias da sociedade, as leis processuais são «prodotti totalmente intellettuali, mezzi escogitati dal legislatore alio scopo di pervenire alia più pronta scoperta e definizione dei diritti e dei doveri controversi» (Gabba, *Retroattività delle Leggi*, vol. 4.0, pag. 399, 3ª ed.)” (LESSA, 1899b, p. 139).

¹²⁰ “Lastarria termina a sua obra—«Lecciones de Política Positiva» com um projecto de constituição, que denomina — «Bosquejo de una constitución política arreglada á los principios y dotrinas de la ciência», em cujo art. 39 dá ao congresso nacional a faculdade de «hacer todas las leyes necesarias para ejercer las precedentes atribuciones y para regir ei derecho comun de la República en lo civil y penal, menos los procedimientos judiciales que son de la competencia de las asambleas de provincias.” (LESSA, 1899b, p. 137).

¹²¹ “Ha, pois, processos especiaes, como o da fallencia, que por excepção não se podem separar das leis materiaes. Admittidas essas excepções, a regra é a alterabilidade do processo sem prejuizo das instituições de direito substantivo”. (LESSA, 1899b, p. 151).

Ainda que fosse desejável disposição constitucional diferente quanto à dualidade das fontes de processo civil, ele indica “estudar como deve ser executado o preceito constitucional”, e insinua que tal dubiedade interpretativa provém de uma confusão de adoção de modelos constitucionais estrangeiros, mais especificamente estadunidense e argentino. Para o autor, a mera cópia dos institutos constitucionais seria um erro: as constituições *fazem-se* (LESSA, 1899b, p. 148). No entanto, coloca-se como seu defensor, e critica João Mendes Júnior: “**que se disponha a observar o preceito constitucional, em vez de o modificar pela sua interpretação**” (LESSA, 1899b, p. 152).

A questão interpretativa passaria, para Lessa, pela análise da lei e, em grau subsidiário, pela doutrina¹²²: a primeira permitiria que possa *existir* uma interpretação; a segunda concederia uma interpretação.

Assim, o autor permanece em defesa da letra da lei. O jurista se opõe ao entendimento de “alguns juristas pátrios” que atuariam “sem o menor apoio em texto de lei, ou *theoria juridica*”¹²³. Para o jurista, a lei seria tão clara em seu texto que não se faria azo a uma nova interpretação: ela estaria limitada à sua própria evidência textual. Claramente, a esta altura, permaneceria com o entendimento de interpretação dado por Paula Baptista.

Em *A arte, a sciencia e a philosophia do direito* (1906), Lessa expande sua compreensão de direito, subdividindo-o em arte, ciência e filosofia. O Direito é descrito como composto por dogmas, regras de direito positivo, variadas na forma. Elas poderiam ser consideradas, também, “preceitos artísticos”, na medida em que seriam destinadas à aplicação prática, isto é, sua parte técnica. Em outra esfera de composição, a científica, se verificaria a ação da inteligência dos fatos em geral com fins de expressão de relações necessárias¹²⁴. A parte

¹²² “Quer-se saber se ha lei, ou decreto, que prescreva a preferencia da fazenda publica contra as hypothecas anteriores á divida fiscal, e a este respeito LEITE VELHO, como todos os outros, não indicou uma só lei, decreto, ou regulamento, ou opinião fundamentada, que deva prevalecer contra a doutrina de LAFAYETTE e T. FREITAS, doutrina baseada na interpretação de um claro e fácil texto de lei”. (LESSA, 1905, p. 42).

¹²³ “Ha alguns juristas patrios, que inconsideradamente, e sem o menor apoio em texto de lei, ou *theoria juridica*, entendem que a fazenda publica tem um privilegio absoluto, ou preferencia contra os proprios credores hypothecarios com hypothecas anteriormente inscriptas.” (LESSA, 1905, p. 40)

¹²⁴ “A dogmática jurídica, muito claramente o indica a própria expressão, tem por objecto o dogma do direito, isto é, os cânones, as regras do direito positivo, as leis (no sentido technico, especial, do termo), escriptas ou consuetudinarias. Mas, as regras do direito são preceitos artísticos, normas para fins práticos, determinações, ordens, que se impõem á vontade. Não se confundem com as afirmações scientificas, que se dirigem á intelligencia. E' uma verdade de ordem didactica, evidente e corriqueira, a que ensina STUART MILL no Systema de Lógica: tudo o que se exprime por meio de regras, ou normas, formuladas para a realização de actos com um fim útil, pertence ao domínio da arte, assim como pertence ao domínio da sciencia tudo o que se exprime por meio de asserções geraes acerca dos factos, de proposições em que se

científica do Direito consistiria na formulação da lei com base em princípios de observação dos fatos e princípios filosóficos. A aplicação do Direito, no entanto, não poderia ser considerada científica, mas *artística*. Caberia à *arte* “Investigar como se formou uma lei (na acepção *technica*, ou como expressão *synonyma* de norma), para bem lhe apprehender o sentido, afim de applical-a convenientemente, em toda a sua pureza, de perfeita conformidade com o pensamento e a vontade do legislador” (LESSA, 1906, p. 33-34).

Lessa entende que a função da aplicação e interpretação das leis é uma espécie de ofício que não se confunde com o trabalho científico, o qual compete não ao aplicador, mas ao legislador. E caberia ao intérprete, portanto, interpretá-la de acordo com o propósito científico. No entanto, reconhece que a arte se antecipa à ciência, já que “Em toda a parte e sempre, as normas jurídicas precederam a sciencia jurídica, assim como aarte de curar precedeu as sciencias que – enfeixadas – formam a medicina”. A arte, para Lessa, precederia a sciencia, para então ser por esta explicada, corrigida e desenvolvida.

No mesmo texto, afirma haver dois possíveis métodos de interpretar o direito positivo: o exegético e o sistemático (também chamado de sintético). Todos consistiriam em processos lógicos artísticos e serviriam a “descobrir e explanar” a vontade do legislador¹²⁵. A exegese, diz Lessa, forma moderna da *glosa*, permitiria descobrir o sentido da lei, ou seja, aquilo que ela ordena, por meio dos termos gramaticais, bem como as ideias contidas no conjunto da lei, para fins de compreensão lógica. Para além da questão gramatical, Lessa levanta a necessidade de se compreender o tempo e as circunstâncias em que a lei foi escrita, seu contexto histórico. A lei deveria ser interpretada de acordo com o ordenamento jurídico vigente e suas instituições, de maneira *sistemática*. Desta forma:

Pela exegese, que a principio revestia a forma e a denominação de glosa, e que hoje se chama *commentario*, procuramos conhecer o sentido da lei, seguindo a ordem estabelecida na mesma lei. Para conseguirmos esse fim, estudamos a significação dos

enunciam as relações necessárias de sucessão, de coexistência, ou de similhaça, entre os phenomenos. Um código, ou qualquer lei extravagante, encerra uma série de preceitos, impostos á actividade voluntária do homem, injuncções pelas quaes se ordena que se faça, ou deixe de fazer, alguma coisa. (LESSA, 1906, p. 33-34).

¹²⁵ “Mais claramente ainda se vê o character artístico da dogmática jurídica, desde que se lembrem os dois methodos applicaveis, e geralmente applicados, ao estudo e ao ensino do direito positivo: o exegetico e o systematico, ou synthetico. São processos lógicos artísticos, destinados a descobrir e explanar o pensamento e a vontade do legislador, o que elle, bem ou mal, com ou sem fundamento scientifico, quer que se faça, a revelar o exacto sentido da lei, na accepção *technica* do termo, e não a descobrir connexões necessárias entre os factos sociaes, relações causaes entre antecedentes e consequentes, ou leis, no sentido geral e scientifico da palavra”. (LESSA, 1906, p. 34).

termos, de que se serviu o legislador (elemento grammatical); analysamos as idéas contidas na lei, conciliando umas com as outras, e fazendo de todas ellas um conjuncto harmônico e bem comprehensivel (elemento lógico); investigamos o estado do direito, ao tempo em que a lei foi promulgada, e os factos históricos que determinaram a formulação do novo preceito (elemento histórico); tendo em attenção, afinal, o conjuncto das instituições e regras jurídicas, vigentes no paiz, relacionamos a lei com todas as demais normas do direito, subordinando-a ao systema geral da legislação (elemento systematico). Todo esse vasto trabalho mental tem um fim útil: reconstruir o pensamento do legislador, para bem applicar a lei, para cumprir a determinação, para obedecer á vontade do legislador”. (LESSA, 1906, p. 43).

Tal tarefa interpretativa não seria científica. Se a ciência do direito consiste na observação dos fatos durante a formulação das leis, isto é, procura por relações sociais e morais *necessárias* para produzir leis¹²⁶, a sistemática da interpretação não se aproximaria da ciência, mas das determinações resultantes do processo científico que são meras *imposições às vontades*, e não *verdades*¹²⁷.

A ciência do direito¹²⁸ consiste em criar uma teoria *verdadeira* sobre o modo mais apropriado de restringir as atividades humanas: procura conhecer das relações necessárias da *natureza das coisas*, do indivíduo e da sociedade, com o intuito de utilizá-las para obrigá-lo (psicologicamente ou à força) em sua vontade em direção ao progresso. Por ser tal competência do legislador, ao intérprete “não é licito deixar de applicar a norma vigente, para proceder de accordo com as mais seguras pesquisas scientificas, concernentes ás condições reaes de vida e

¹²⁶ “A sciencia do direito, pois, para nos dar a theoria verdadeira acerca da restricção das actividades voluntárias, precisa de estudar as condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, o que pôde fazer, estudando os factos e induzindo, ou deduzindo essas condições das sciencias que estudam especialmente o homem e a sociedade. Um tal estudo é perfeitamente scientifico. Procuramos depois conhecer as relações necessárias, derivadas da natureza das coisas, entre a conducta humana, ou os actos voluntários, e a conservação e desenvolvimento da vida individual e social. Verificadas taes relações, o legislador pelo methodo teleologico tracta de obter a pratica dos actos voluntários, necessários para a conservação e progresso da collectividade e dos seus membros, isto é, formula os preceitos, as regras praticas, garantidas em sua observância pela sancção material, ou força physica, de que dispõe o Estado”. (LESSA, 1906, p. 43-44).

¹²⁷ “Em taes esforços nada ha de commum com a tarefa da sciencia, que é observar os factos para formular as leis, isto é, as relações necessárias, derivadas da natureza das coisas. Adoptando o methodo systematico, distribuimos logicamente as varias instituições de direito; e, partindo das idéas geraes, que dominam o direito positivo de um dado paiz, em uma determinada época, expomos as normas jurídicas positivas, as regras formuladas para a pratica, filiando os preceitos particulares aos preceitos geraes. Ainda aqui temos uma exhibição de cânones, uma explanação systematica de determinações, de ordens, impostas á vontade, e não de verdades geraes, de connexões necessárias entre os factos, de leis — no sentido scientifico da expressão”. (LESSA, 1906, p. 34-35)

¹²⁸ “Sendo assim, a sciencia do direito, sciencia que ainda hoje não é objecto de nenhuma explanação em obras destinadas a este fim especial, e cujas idéas vemos esparsas nos livros de philosophia do direito, nos próprios tractados de dogmática jurídica e nos relatórios e discursos dos parlamentos, é a sciencia que tem por objecto o conjuncto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do individuo e da sociedade, dependentes da vontade humana, que convém garantir pela força coercitiva do Estado. (LESSA, 1906, p. 45)”

desenvolvimento da sociedade” (LESSA, 1901, p. 34, grifo meu). Ao fim, a perquirição do jurista parece ser uma pergunta circular sem resposta. Se a interpretação, a decisão judicial se dá antes mesmo da criação ou aperfeiçoamento de uma lei, por que insiste em afirmar a necessidade de declarar a vontade do legislador? Ele reconhece a necessidade disso, como foi possível observar de sua defesa pela conjugação de interpretação e necessidade social. Talvez Lessa estivesse inclinado para as novas correntes, mas atado ainda aos ensinamentos tradicionalistas do império.

A consideração de tal definição de direito se nos apresenta como de fundamental importância quanto à pergunta pela questão interpretativa do período em análise, uma vez que o próprio entendimento do que é e como deve ser interpretado o direito é atravessado por questões da ordem da origem e da função do direito. O que me parece, da análise dos textos de Lessa, é que a profusão de referenciais que chegavam até os juristas – ou a *esse* jurista – criou um quadro de investigações sobre o direito que, em muitos sentidos, se assemelha a um quadro cubista.

Para desenhar o corpo da mulher posicionada no primeiro plano de "*Les Femmes d'Alger*" (1907), Pablo Picasso se utiliza de muitas perspectivas, linhas e ângulos assimétricos que, ao fim, formam uma figura. Ela encara o público com os dois olhos, apesar de estar de costas.

Imagem 01 – “Título”



O primeiro decênio do século XX apresentava inúmeras possibilidades de leitura e representação da realidade. Surgiam movimentos no campo das artes, da sociologia, das ciências, da psicologia. No Brasil não foi diferente. O borbulhar de ideias afetaria, também, os juristas. Como conciliar, na virada de século e no momento de irrupção da República e a adoção do sistema federalista aos moldes estadunidenses, as doutrinas jurídicas tradicionais européias, a cientificização do campo social e a tentativa de conciliar aquela modernidade que ensaiava delineamento com um sistema brasileiro que lidava, ainda, com relações de patriarcalismo extremamente fortes.

Os direitos individuais crescentemente travavam diálogo com a sociologia e com a também crescente ampliação da esfera do Direito Público – vale lembrar a fala de Campos Salles quanto ao caso particular levado Suprema Corte com repercussão sobre o direito público (ainda que sem efeito erga omnes). O “salto civilizatório” tão buscado se mesclava à moralidade da fundação familiar e religiosa.

O pensamento jurídico nacional parecia buscar conciliar a estrutura republicana, estabelecer a divisão de competência entre os poderes, cientificizar e se civilizar, mantendo o direito natural, ou uma série de princípios e fundamentos morais. Para Lessa, a cientificização do direito percorria o mesmo trilha da cientificização da moral. Ao prescrever ao intérprete a busca pelo sentido proposto pelo legislador, propunha a observação da ciência das leis que, ao fim, corresponde à ciência moral.

Talvez a questão sobre a interpretação jurídica se desenvolva de maneira mais complexa do que uma simples e marcada distinção entre jusnaturalismo e juspositivismo.

E as incoerências e dissonâncias não param por aí.

Contemporâneo de Lessa, o catedrático uspiano João Pereira Monteiro apresentava uma visão do que hoje parece ter cedido lugar à função do magistrado na busca pelo justo: a do advogado. Em *A Advocacia* (1897), diz que “a lei, devendo ser invariavelmente remédio cuja virtude prove de forças a deficiência individual, pode muitas vezes ser entidade mórbida, perturbadora da saúde colectiva”, e cita Leibnitz, para quem a lei seria até mesmo antípoda do

direito. A verdade jurídica seria fruto científico, da mesma forma como para Lessa¹²⁹. E o maior responsável para garantir a verdade, ou melhor, uma lei justa, seria o advogado e, seguindo-o, o juiz¹³⁰.

Monteiro, definiu o direito como a guarda da família e da propriedade¹³¹, – dentro do marco liberal comum à época. Em relato trazido em *Congressos internacionais de Paris (1900). Carta ao Dr. Ataulfo de Paiva* (MONTEIRO, 1901), o jurista descreve o direito como sendo o “o infalível dogma da nossa religião social, esse outro divino pão da eucaristia humana” (MONTEIRO, 1901, p. 7-8).

No texto acima, em resposta ao artigo de Ataulfo de Paiva intitulado *Direito Comparado* (Jornal do Commercio), Monteiro defendeu que o direito, para além da lei e sua “economia legislativa” ou do estudo do histórico das leis, seria apenas uma parte do fenómeno jurídico, consistindo muito mais de uma “consulta á historia geral do que da mutua comparação de textos legislativos”. Monteiro acreditava na existência de uma “cosmogonia jurídica”, ou na construção de uma “Cosmopolis do Direito”, amparada em uma *história comparada*, que iria além da história do direito e envolveria as demais ciências, com fins nas “leis fundamentais do desenvolvimento”. Seria por meio da história “que [se] vai buscar as leis fundamentaes do desenvolvimento intellectual da Europa, ou, mais acertadamente, do desenvolvimento intellectual humano” (MONTEIRO, 1897, p. 247). Entendia que a lei seria apenas um dos aspectos do jurídico, que compreenderia uma gama de outros fenómenos históricos, os quais não poderiam ser superados pela utilização da técnica interpretativa de direito comparado. Maior que a lei, o Direito seria aquilo que separaria o homem dos animais, uma “percepção” que se daria no momento em que o homem “sente na tranquillidade e segurança da vida

¹²⁹ “Se nova lei, moldada agora na verdade jurídica, contrariando a negação científica operada pela primeira, restabelece a norma positiva do direito, bem vai. *Lostificat cor hominis*. A lei pode aniquilar a lei”. (MONTEIRO, 1897, p. 241).

¹³⁰ “Mas si persiste a antagonia? si a lei faz contubernio manteúdo com o injusto? ou si, na melhor hypothese, foi a lei vasada nos moldes do justo, mas da reciproca manifestação de duas actividades livres nasceu um contraste nas relações de direito, operou-se, como diz Herzen em sua *Physiologia da Vontade*, a desorganisação funcional de dous centros paralelos? Quem o medico que ha de operar a reorganisação jurídica, o reconstructor do edificio, que a lei esboroou no momento em que delle desapossou o direito? O magistrado, dir-me-ia Bacon. Engano; ou melhor: inversão de posições. Primeiro, o advogado, e só depois deste, o juiz”. (MONTEIRO, 1897, p. 242).

¹³¹ “No templo da nossa religião ha também mercadores. Pois bem: da acção collec-tiva do nosso notabilissimo e independente ministério pode vir, e é nosso dever procurar que venha, a larga, a inteira, a moralisadora nobilitação d'este officio, que é a guarda da Familia e da Propriedade, isto é, do Direito.” (MONTEIRO, 1897, p. 246)

collectiva; percebe-lhe o poder na consciência da própria majestade; recebe a impressão da matéria jurídica com a mesma evidencia da que lhe transmite a sensação dos objectos externos” (MONTEIRO, 1901, p. 14-15). E completa: “mas tudo isso não vem só da lei positiva, sinão também de qualquer das possíveis manifestações da actividade social, pois que o Direito é o modo de ser moral da humanidade, é o próprio homem visto além do quadro das classificações zoológicas”. (MONTEIRO, 1901, p. 14-15).

Aquilo que separa o homem dos animais é o próprio modo moral de ser da sociedade, isto é, o direito.

No mesmo sentido apontava em *Cosmopolis do direito* (MONTEIRO, 1895), quando afirmou que “o direito é a athmosphera moral das sociedades”, prevendo um fim da escola histórica do direito em direção a um “internacionalismo evolutivo” (MONTEIRO, 1895, p. 154).

No artigo intitulado *Da pretensa regra. Error communis jus facit* (1898), o jurista trata dos *brocardos* – máximas de direito que, de maneira não muito forçosa, poderiam ser equiparadas à princípios. Porém, ao recorrer a um certo autor francês, H. Thiercelin, autor de *Essais de littérature du droit* (cuja publicação data de meados do século XIX), o brasileiro indica que “certas máximas jurídicas, que por não andarem vestidas da fôrma legislativa, não exprimem menos verdadeiros principios de direito, nem são menos dignas do respeito geral do que as regras emittidas pela auctoridade do legislador. Nem taes maximas pertencem em particular á sciencia do direito” (MONTEIRO, 1898, p. 279-280). E diz: “os adagios da moral, os proverbios do bom senso popular, todo ramo do saber humano tendente a um fim pratico, [...] fructo do tempo e da experiencia, [...] mas que, por serem anonymas, não merecem menos um logar no deposito da verdadeira sciencia” (MONTEIRO, 1898, p. 279-280)

Monteiro parece notar que a utilização desses “verdadeiros princípios de direito”, especialmente comuns à ciência do direito, tem “força identica á das regras legislativamente promulgadas” (1898, p. 280, grifo meu).

O que torna ainda mais interessante o tema de seu artigo não é a constatação da existência de *brocardos*, ou *princípios*, descritos como regras *extrajurídicas* comparáveis às legislativamente promulgadas, mas o fato de que Monteiro observa em seu tempo uma “abusiva elasticidade impressa á jurisprudência dos brocardos; o que já lhe tem sido acrimoniosamente increpado” (1898, p. 281, grifo meu), e recorre ainda ao autor francês, para quem o uso

indiscriminado de adágios inúteis e inexatos, como podem ser os brocardos, é questionado. Monteiro declara ser um *erro* considerar brocardos como *regras* de direito: eles seriam *máximas* de direito, “sabedoria pratica amadurecida pelo tempo” (MONTEIRO, 1898, p. 282, grifo do autor) e que “para lhes não recusarmos auctoridade preciso é que sejam applicados tão somente aos casos para que exclusivamente foram formulados” (MONTEIRO, 1898, p. 282). E vai a Ihering¹³² para afirmar que tal “elaboração extralegislativa do direito” é desfavorável ao direito, e a Bacon, para quem os brocardos seriam como “bússolas”: “abri cortinas ao nevoeiro das interpretações discricionarias, e a bussola não mais vos prestará serviço algum”. (MONTEIRO, 1898, p. 282, grifo nosso).

Ao mesmo tempo em que não nega a função jurídica dos brocardos, emite seu parecer sobre sua utilização: não deve servir ao nevoeiro das interpretações discricionárias. E o mais importante: parece indicar que esse tipo de recurso de *interpretações discricionárias* aos princípios era algo, se não um fato recorrente, ao menos *válido de ser mencionado* em artigo à Revista da Faculdade de Direito da USP. Isto é: a aplicação do direito já era atravessada por interpretações e compreensões do direito e de sua aplicação que não estavam limitadas à ideia do direito como apenas um conjunto de leis.

João Mendes de Almeida Junior (que viria a ser ministro do STF entre 1917 e 1922) publicou em 1893, na Revista da Faculdade de Direito da USP, artigo intitulado *Introdução ao estudo da pratica forense* (1893). Nele, descreve o direito como uma ciência contemplativa e prática, e entendia que a principal condição da teoria jurídica seria sua *realisabilidade* (cita Ihering de *Espirito do Direito Romano*), e que tal característica dependeria de *prudência* e de *arte* (1893, p. 105). Para Almeida Junior, a aplicação da lei se daria por meio de um juízo prático¹³³, por meio de “discurso ou raciocínio”, pelo qual a lei se coloca como predicado das ações do sujeito.

Em sua visão, o “jurisconsulto perfeito” não consiste em “núa sciencia e intelligencia das leis”, qualidades que constituem apenas um “jurisperito”. A jurisprudência, por outro lado, consistiria justamente em uma ciência da aplicação do direito (ALMEIDA JUNIOR, 1893, p. 105). Prudência, em seu entendimento, seria uma virtude tanto intelectual quanto moral; a arte,

¹³² “[...] a linha divisória entre regra e máxima de direito, firmæ-vos no § 3.º do Espirito do D. R. de Ihering.” (MONTEIRO, 1898, p. 282). (nota de rodapé).

¹³³ O autor cita como referência os Estatutos da Universidade de Coimbra.

uma virtude intelectual prática¹³⁴. E a prática é a melhor intérprete as leis (ALMEIDA JUNIOR, 1893, p. 146). *E a aplicação das fórmulas da arte, pela prudência, é uma oportunidade moral.* (ALMEIDA JUNIOR, 1893, p. 110).

Em *Regimen hypothecario. Casos de renuncia tacita* (OLIVEIRA, 1893), se estabelece relação entre “prudente arbítrio”, “princípios amplos, flexíveis”, “livre margem à apreciação prudente do magistrado” ou “bom senso”.

Fica reservado ao prudente arbítrio do juiz decidir si os actos ou factos, emergentes em qualquer dos casos em que se trate de renuncia tácita, são indicativos ou não da intenção contractual que se pretenda fazer prevalecer. São questões de facto, para as quaes o direito costuma proporcionar certos princípios, mas princípios amplos, flexíveis, que derem livre margem á apreciação prudente do magistrado, ou, como dirá Giorgi – *al buon senso*. (OLIVEIRA, 1893, p. 48).

A interpretação não dependeria apenas da ciência, mas da mencionada prudência sobre “princípios flexíveis”.

Nesse sentido, algumas visões contemporâneas sobre a própria história do constitucionalismo nacional se revelam distorcidas ou carentes de conhecimento. Ainda que, de fato, o Brasil tenha passado por um momento em que a lei se mostrasse maior que os próprios fundamentos constitucionais, conceituados ou praticados separadamente, os discursos teórico, histórico e interpretativo, mesmo marcado pela discordância quanto à organização da União e seu Poder Judiciário, por suas singularidades autorais, manifesta-se como preocupação geral dos autores dos artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito da USP a questão dos princípios dentro do ordenamento jurídico e de sua aplicação, no campo interpretativo e teórico.

3.3.2 Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife

O problema da adoção da federação se mostra como um grande problema com relação à dualidade da justiça e a própria dualidade entre Estado(s) e União. João Vieira de Araújo, em *Em face dos arts. 1º e 65º 2º da Constituição Federal e da legislação comparada, a successão dos bens vagos pertence aos Estados ou á União?* (1894) coloca tal questão de maneira bastante

¹³⁴ “A prudência é uma virtualidade intellectual pratica e ao mesmo tempo uma virtude moral; a arte é simplesmente uma virtualidade intellectual pratica” (ALMEIDA JUNIOR, 1893, p. 106).

clara quando escreveu sobre o art. 65, 2º, da Constituição de 1891¹³⁵. O autor reclamava mais independência aos Estados, o que não se daria apenas pela liberdade política, mas também com relação aos seus direitos. Sua interpretação do dispositivo constitucional em questão se deu de maneira a ampliar tais direitos. Não haveria, na lei – a Constituição é assim entendida – palavras ociosas ou pleonásticas¹³⁶.

O artigo de Araújo demonstra a dimensão dos conflitos de jurisdição vividos à época, produto objetivo de uma grande reforma institucional, os quais também consistiam em um sintoma de disputas entre os limites constitucionais e políticos entre os Estados e a União, algo muito perceptível desde os debates travados durante a Assembleia Constituinte de 1890. Reclamava-se pela maior liberdade político-jurídica dos Estados, o que envolvia, em última instância, a liberdade dos juízes e tribunais estaduais na interpretação e aplicação da lei. Dessa forma, o problema da república federativa se desenvolvia não apenas quanto à interpretação dos artigos constitucionais no que concerne aos limites de jurisdição, mas à própria formação de uma jurisprudência homogênea, isto é, a fixação de interpretação dos dispositivos constitucionais e de legislação ordinária. A crítica da centralização política do período monárquico despertava nos juristas não apenas o desejo de maior liberdade política aos Estados, mas também liberdade interpretativa dos Tribunais inferiores. E disso queixou-se Araújo: “não temos jurisprudência nacional em ramo algum de direito para transformar pelo direito costumeiro moderno as antigualhas do direito civil portuguez [...]” (ARAÚJO, 1894, p. 49). O moderno e as “antigualhas” se debatiam no cenário jurídico da república que se instaurava, e o problema de uma jurisprudência unificada se atrelava aos limites entre Estados e União.

No artigo *Os Civilistas e o Direito Civil*, Adolpho Cirne, o direito é descrito como resultado da cultura social de seu tempo. Tratando das inovações no campo do direito civil, como a utilização de novas técnicas de gravação pelo fonógrafo – o casamento entre o direito e

¹³⁵ “Art. 65. E' facultado aos Estados: 1º Celebrar entre si ajustes e convenções sem caracter politico (art. 45, n. 16); 2º Em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas clausulas expressas da Constituição”. (BRASIL, 1891).

¹³⁶ “É bem significativa a locução – todo e qualquer poder ou direito – de que usa a constituição, quando allude á somma das facultades outorgadas aos Estados, não se podendo admittir nas leis palavras ociosas ou pleonasticas; como se daria si a duas palavras – poder ou direito – fossem mera repetição. [...] Querer, pois, que a justiça federal intervenha naquelles actos é de um lado manter um tradicionallismo incompatível com o nosso direito publico interno e de outro consagrar, como dizia um publicista argentino (Duarte – Las Provincias ante la Corte), a repugnante contradicção de uma nação constituída sob o regimen federal e entretanto governada pelas inspirações do espirito unitário e centralizado”. (ARAÚJO, 1894, p. 58).

as demais ciências “físicas” -, o jurista defende que “o direito civil não é um direito estacionário, e preso á letra dos textos”. Ainda que a lei só pudesse ser alterada por “meios competentes”, haveria sempre a formação “científica do direito”, citando Ihering, de “regras latentes, que existem de envolta com as regras expressas e que só podem ser compreendidas por quem saber ler entre linhas, para bem fazer uma sabia e verdadeira aplicação do texto” (CIRNE, 1896, p. 62).

Mesmo assumindo a limitação de tal prática, o autor indica que o direito pode acompanhar as transformações sociais por meio de uma interpretação das entrelinhas, o que chama de “regras latentes”, não em oposição às “regras expressas”, mas a elas concomitantes, já que as ciências se desenvolviam, e as situações sociais se modificavam progressivamente. É interessante que tal processo interpretativo ampliativo, pela observação do novo que não está na letra da lei, seria científico.

A tensão entre “o velho” e o “novo” aparece no texto de Cirne.

Ele escreve que havia “quem affirme [...] que o bom não é novo e o novo não é bom” –, em uma crítica ao “romanismo excessivo”, o que parece uma mensagem direta a Clovis Bevilacqua, com quem dividia espaço, na mesma edição, na Revista da Faculdade de Recife. Na outra direção, critica os “neophitos do positivismo”¹³⁷, adjetivando o positivismo de “fetiche”, que teriam ido dos mamutes às células para explicar o fenômeno do direito, como se “as sciencias naturaes tivessem mais intima relação com o direito do que as sociaes” (CIRNE, 1896, p. 69).

Observa que o positivismo teve influencia especialmente sobre o direito criminal e a filosofia do direito, e que à época os estudos sobre o direito civil, nesse sentido, cresciam. Sua preocupação com relação ao positivismo era que, ao seu ver, seus adeptos estariam reproduzindo o mesmo que as “escolas velhas”, que “o homem é um ente capaz de direitos, independentemente da sociedade e do poder social; o que importa nem mais, nem menos do que a adopção da antiga e absurda theoria dos direitos innatos, que elles mesmos tanto ridicularizam (CIRNE, 1896, p. 73).

¹³⁷ “Faz-me, porém, mal aos nervos ver o modo descortês e incorrecto, pelo qual os que pomposamente se denominam positivistas em direito, se referem ás doutrinas ensinadas por homens da estatura de Puffendorf, Grocio, Binckershoe, Rousseau, Tronchet, Merlin, Domat, Guelfi, Bentham, Bacon, Gabba, Mattirollo e muitos outros de igual notabilidade, todos os quaes são desdenhosamente denominados metaphysicos e suas doutrinas aprioristicas, e sem valor algum na investigação scientifica do direito”. (CIRNE, 1896, p. 66).

O jurista descreve um cenário em que os civilistas se debatiam entre uma “naturalística” e o direito romano, deixando de lado “o estudo das actuaes instituições jurídicas, comparativamente com o estudo econômico, industrial e científico da época” (CIRNE, 1896, p. 75).

Em *Analogias sociaes (continuação)* (1897), Laurindo Leão adentra no “naturalismo” do qual falara Cirne. Leão critica Spencer assumindo que seu pensamento compartimentalizaria as áreas de regulação do direito e da moral, em que aquele seria regulador do social e esta do indivíduo: “apenas o direito á par de seu caracter de disciplina do individuo, comum á moral, tem o caracter especifico de regulador dos institutos sociaes. Tomar o direito pelo segundo aspecto unicamente, é mutilal-o” (LEÃO, 1897, p. 74). Os dois seriam, ao seu ver, inseparáveis: “o direito positivo, costume, tratado, jurisprudência, tem uma base natural, comum a moral, de que elle é interpretação, infelizmente muitas vezes erronea pela ignorância ou infidelidade de seus organs de constituição, hoje o poder legislativo” (LEÃO, 1897, p. 76).

O pensamento de Spencer gerou discussões e divergências entre os autores, levantando ideias sobre a relação entre o direito e a moral, o direito positivo e o natural.

Clóvis Beviláqua – talvez o mais fértil e maduro jurista desse período –, tinha outras perspectivas em mente. O autor também vai à noção de “natureza”, mas por outras vias¹³⁸.

Em *Contribuições para a Historia do Direito*, publicado em 1891, defende uma “natureza organica” do direito desenvolvido através dos séculos e povos, cuja história estaria ainda por ser desvelada. O direito é apresentado como um fato social que torna possível a convivência humana (BEVILAQUA, 1891, p. 15), uma espécie de regra que permite a existência do homem em sociedade, tal como outros animais sociais. Cada sociedade humana terias suas próprias características, e tal fato resultaria, no entanto, em diversas formas de direito¹³⁹. O Direito, em sua essência, seria o produto de “da victoria ou do equilíbrio das forças sociais combatentes”: um elemento nascido de “solicitações divergentes”, o “equilíbrio dos

¹³⁸ Clóvis Beviláqua aborda em “Aplicações do Darwinismo ao Direito” um pouco sobre o assunto: “Não se fez, que eu saiba, uma aplicação systematica do darwinismo aos fenômenos da evolução jurídica” (BEVILAQUA, 1897, p. 119).

¹³⁹ “[...] o Direito, por isso mesmo que é um produto das necessidades sociais reflecte, em sua origem, sua organização e sua vida, as divergências que distanciam, entre si, os diversos núcleos associativos que o crearam, uma vez que estas divergências não sejam puramente superficiaes e secundarias. Assim, até as diversas raças ou sub-raças humanas que tem uma feição cultural dissimilhante, nos costumes, nas artes, nas industrias, nos conhecimentos científicos, possuem direitos também dissimilhanes. Si a civilização humana é polymorpha, o direito que a reflecte e a estimula deve ser necessariamente polymorpho.” (BEVILAQUA, 1891, p. 16).

interesses antinômicos”; uma luta (BEVILAQUA, 1891, p. 17). Direito e Estado se encontrariam por meio das instituições do poder público e nada mais seriam do que “interesses gerais dominantes” (BEVILAQUA, 1891, p. 18). Beviláqua adotara o conceito de direito de Jhering. O direito é aquilo que está em ação na sociedade, uma mescla de normas e institutos, e nesses últimos estariam “os juízes patriarchaes, dos tribunaes domésticos, dos chefes guerreiros” (BEVILAQUA, 1891, p. 19). Ainda que costumes tenham se tornado direito, os termos não se confundiriam.

Parece certo, ao autor, que os homens teriam uma “ideia innata do justo” que se desenvolveria individual e coletivamente (BEVILAQUA, 1891, p. 21), conforme o direito se forma e molda o senso moral social. E esta seria a principal função do direito: incutir senso moral, a ser repassado pelos costumes de geração a geração, impelindo uma certa “consciência jurídica” coletiva e individual (BEVILAQUA, 1891, p. 24-5). Tal consciência, eventualmente, se chocaria com a lei estabelecida.

Bevilaqua foi um grande defensor do direito comparado. O desenvolvimento do direito dependeria, também, do diálogo estabelecido entre as culturas jurídicas. Em *Aplicação do methodo comparativo ao estudo do Direito* (1891), tratando da relação do juiz com o método que propunha de direito comparado, Bevilaqua defende que seu conhecimento legislativo não deveria se restringir à lei nacional, tanto porque eventualmente poder-se-ia ver obrigado a aplicar regras de direito internacional privado nas lides, quanto pelo fato de que “o confronto da lei nacional com as estrangeiras, algumas das quaes são muitas vezes fontes do direito nacional, servir-lhe-á de instrucção para interpretá-la e applical-a convenientemente” (BEVILAQUA, 1891, p. 95).

Reconhecia a imitação como elemento de difusão e aplicação de direito. Tratando do caso brasileiro em *As leis da imitação no dominio do Direito* (1892), afirmou que o caráter tradicionalista do direito brasileiro estaria sendo ultrapassado por inovações, que naturalmente perturbariam a consolidação do character das instituições, “o que tolda e falseia a consciencia nacional e individual nos momentos mais graves, fazendo-a vacillar na escolha do que é justo, no discernimento do que é conveniente” (BEVILAQUA, 1892, p. 6). Tais inovações mostrariam que a divisão entre “povos criadores” e “povos imitadores” do direito estavam em processo de superação, e aponta para o surgimento de uma “terceira via”. Tal via seria nada mais que o próprio “direito moderno”: “todo direito moderno, podemos afirmar, è uma

combinação terciária – de elementos geraes ou universaes, elementos nacionais ou proprios e elementos estrangeiros” (BEVILAQUA, 1892, p. 9). Diagnostica, naquele cenário, que a concepção de que há uma simples reprodução dos institutos jurídicos estrangeiros é ultrapassada. O Brasil, no “direito moderno”, impunha seus próprios meios sobre a tradição.

Em *O Problema da codificação do Direito Civil Brasileiro* (1896), Bevilacqua trata a questão como um “problema”, como consta no nome do artigo. A modernização do direito, com vistas ao cenário europeu e as divergências internas causadas pelas múltiplas fontes no âmbito civil, reclamava por atenção. E, aparentemente, a codificação do direito causada uma certa angústia com relação ao estado de coisas entre os juristas e operadores do direito, tendo em vista a possibilidade de modificação de certos costumes.

O direito, de fato, não “vive somente na lei”, afirma. E poderia parecer contraditório à sua perspectiva quanto à função jurídica dos costumes, a defesa pela codificação. Poder-se-ia dizer que tal movimento atrofiaria e deformaria “o natural desenvolvimento” do direito, “tornando-o de todo improprio para desempenhar as funções a que destina, como esses minúsculos pés das chinas elegantes que oferecem uma base insuficiente para suporte dos corpos donairosos que lhes cumpre apoiar” (BEVILAQUA, 1896, p. 4).

No entanto, se “os códigos não oferecem a flexura dos costumes” e anunciariam a “dureza de formas”, por outro lado o direito “ganha em clareza e precisão de idéas, em segurança de interesses, em cerceamento do arbítrio dos depositários do poder. E estas ultimas vantagens compensam largamente aquella qualidade perdida” (BEVILAQUA, 1896, p. 4).

O texto de Bevilacqua pareceu atender ao propósito de pôr “panos quentes” sobre a mudança que viria. Em tom de tranquilização, afirma que “os grandes códigos modernos não vieram firmar direito inteiramente novo [...] Atenderam todos ao direito preexistente, no qual se apoiavam para cercearem as vegetações damninhas ou fenecidas, e para desdobrarem os novos princípios”. (BEVILAQUA, 1896, p. 15). A codificação demandaria o conhecimento do direito nacional, atingível pela observância da “marcha da evolução social que nos fornece a sociologia e as ultimas conquistas da sciencia do direito que nos ministram os seus cultores e os códigos mais modernos e melhor modelados”. (BEVILAQUA, 1896, p. 16).

O problema da codificação seria conciliar as tradições e as “necessidades do tempo”.

Em *Os Civilistas da republica argentina* (1903a), no que parece ser ainda uma manifestação sobre a necessidade de codificação e do fortalecimento do direito nacional, Beviláqua se detém sobre a evolução do direito na América Latina. Ele afirma que

não sómente cada uma das nações latino-americanas trabalham isoladas de suas visinhas e irmãs, porém, o que é ainda mais grave, não conseguiram imprimir em suas litteraturas um movimento de evolução espontânea. Não existe aqui filiação de escholas. As phases litterarias nos apparecem, não porque as formas se tenham gasto pelo uso, mas porque, na Europa, os modelos se substituíram. Procede este lastimavel estado de cousas de que não estudamos os nossos autores, não procuramos penetrar-lhes o espirito com a intelligencia e sympathia, para continuar-lhes a empresa mal acabada. (BEVILAQUA, 1903a, p. 150-1)

E a crítica ao desconhecimento dos autores nacionais e da ausência de desenvolvimento de escolas de pensamento no direito nacional continua em *O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada* (BEVILÁQUA, 1903b).

O jurista indica que

no Brazil o estudo de legislação estrangeira é imposto, desde muito, pela necessidade, em que se acham os applicadores da lei, de obedecer a uma injunção do velho código portuguez de 1603, que, ainda hoje, é a fonte principal do direito civil brasileiro, e o será emquanto não possuímos um código civil. (BEVILAQUA, 1903b, p. 222).

O estudo da legislação estrangeira teria sido *imposto* pela *necessidade*, porque as fontes das leis – no caso, do direito civil, a que se refere – eram estrangeiras. Mais uma vez, Clóvis Beviláqua parece apresentar uma proposta de entendimento do direito brasileiro, e guia-lo à sua nacionalidade e particularidade, tanto em termos de legislação quando de doutrina e historiografia.

A República pedia outras referências jurídicas. Aqui, a pergunta pela brasilidade do direito parece se encontrar com o momento republicano, e já na virada do século a pergunta se manifestava.

Bevilaqua nos dá um bom exemplo:

A determinação do código philippino, a que me referia em começo, quer que os conflitos jurídicos se resolvam segundo as leis, e, na falta destas, pelos estylos de julgar e pelo direito consuetudinario. Si o caso, porém, não tiver sido previsto pelas leis nem pelos costumes, nem pela praxe de julgar, ordena o citado código (liv. 3, tit. 64) que se recorra ao direito romano. Fala ainda o código philippino no subsidio do direito canônico, mas essa referencia perdeu todo o interesse pratico, por ser o direito brasileiro essencialmente leigo depois da proclamação da Republica. (BEVILAQUA, 1903b, p. 222).

A lei e a doutrina entravam em descompasso com a nova realidade constitucional.

Por isso, o autor se pergunta pelas fontes subsidiárias do direito brasileiro. O que seria aplicável e que tipo de interpretação da lei se dispunha em casos sem solução certa.

Afirma que o direito romano serviu como direito subsidiário de acordo com a “boa razão”, cujos parâmetros foram estabelecidos pela lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, 1.º Valeriam se não estivessem em questão “matérias políticas, economicas, mercantis e marítimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações christãs”. No direito civil valeriam “somente pelos princípios geraes da moral e equidade que contivessem”. Restou, porém, a dúvida do que seria “boa razão”. A lei de 28 de Agosto de 1772 (*Estatutos da Universidade de Coimbra*) estabeleceu que “são conformes á bôa razão as leis romanas acceitas pelo uso moderno”.

O autor afirma que a subsidiariedade do direito romano é atravessada não apenas pela sua recepção pelos “povos cultos”, mas também pelo “uso moderno”. Por isso, o estudo do direito estrangeiro seria indispensável aos juristas brasileiros, tanto pelos civilistas quanto pelos publicistas, em razão do Decreto. n. 848 de 1890 (que organiza a Justiça Federal), art. 387¹⁴⁰, que determina que serão subsidiarios [da jurisprudencia e do processo federal] “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity” (BEVILAQUA, 1903, p. 224). Ele indica que o Decreto de 19 de Abril de 1879¹⁴¹ já havia estabelecido, “no seu art. 23 § 5.º, que o estudo do direito constitucional, criminal, civil, commercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação patria com a dos povos cultos” (BEVILAQUA, 1903, p. 224).

Tal decreto versava sobre a liberdade de ensino, e tinha por intuito, diz o jurista, “de alargar os conhecimentos dos jovens cultores do direito e preparal-os para as espinhosas missões de juízes e legisladores de sua pátria, [...] para esclarecimento e aperfeiçoamento do direito nacional” (BEVILAQUA, 1903, p. 224-5). *O estudo das legislações estrangeiras não serviria, portanto, apenas como fonte de direito subsidiário, mas também uma maneira de civilizar o direito brasileiro por meio da interpretação e aplicação do direito.*

¹⁴⁰ Bevilaqua comete aqui um engano. Trata-se, na verdade, do artigo anterior, de número 386. (BRASIL, 1890)

¹⁴¹ Reforma o ensino primario e secundario no municipio da Côte e o superior em todo o Imperio. (BRASIL, 1879)

Bevilaqua, ao discorrer sobre a necessidade de codificação, analisa a Lei de Boa Razão para expressar, ao que parece, a necessidade de impor um limite interpretativo que talvez ainda não fosse tão claro aos juristas brasileiros. Parece, assim, que a reafirmação da subsidiariedade do direito romano, no caso de lacunas da lei, se dava ao mesmo tempo em que se demandava a codificação do direito civil. Tanto isso se assemelha assim, que o texto de Bevilaqua pode parecer uma grande insistência e tarefa de convencimento dos juristas nacionais de abandonarem as diversas fontes e suas múltiplas interpretações em nome da segurança jurídica proporcionada pela criação de um Código Civil e a delimitação das fontes subsidiárias que determinava a lei portuguesa.

A fórmula exegética apresentada ao longo do século XIX pode ser compreendida como o resultado do estabelecimento da doutrina de direito natural e da formação/estabelecimento dos Estados e suas legislações pátrias, isto é, com o distanciamento do modelo jurídico do Antigo Regime, estruturado sobre as mais diversas fontes de direito, em direção à proposta iluminista firmados em Portugal pelos trabalhos de Marquês de Pombal (HESPANHA, 1978). Antes mesmo de circunscrever os intérpretes, o que ocorreu teria sido uma verdadeira mudança de paradigmas, da tópica e de seu casuísmo a um sistema em que o direito é aquilo que circula entre os juristas, responsáveis por excluir velhos entendimentos, interpretar extensiva ou restritivamente de acordo com as demandas modernas. O trabalho do intérprete, nesse período histórico, seria o de adequação das instituições jurídicas às novas questões socioeconômicas, culturais, etc. Ao jurista competia *modernizar* o direito.

Clóvis Bevilaqua é um dos poucos autores do período que de fato adentra na questão da interpretação, fazendo-a dialogar com os seus caros tópicos. Em *A função do interprete* (BEVILAQUA, 1906a). O jurista reforça os argumentos de *O Problema da codificação do Direito Civil Brasileiro* (1896) e vai além.

Afirma que a lei, “por mais que a generalisemos, por mais que a espiritualisemos”, “jamais terá a largueza de compreensão precisa para abranger a infinita variedade dos phenomenos sociaes que emergem da elaboração constante da vida e vem pedir garantias ao direito” (BEVILAQUA, 1906a, p. 3). A solução seria reformar a legislação. Porém, pergunta-

se, o que fazer “emquanto se não realisa essa reforma que pode tardar, por mais forte que se manifeste a pressão dos interesses? (BEVILAQUA, 1906a, p. 4).

É opinião corrente e principio consagrado até nas legislações que, em tal emergencia, as lacunas da lei se preencham pelos resultados fornecidos pela *analogia*, e si esta operação logica acaso não encontra os elementos que lhe servem de base, tem o juiz de recorrer ao que se denomina espirito da lei ou aos principios geraes do direito. (BEVILAQUA, 1906a, p. 4).

E adentra no direito comparado¹⁴²: os códigos português e austríaco recorreram aos principios do *direito natural*; montenegrino apontara ao juiz a fonte da equidade. Bevilaqua afirma que tais pensamentos se manifestaram nos Projetos de Código Civil no Brasil (BEVILAQUA, 1906a, p. 5). E os nomeia. No projeto de Felicio dos Santos, teria-se escrito que “Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espirito da lei ou por disposições em vigor no Brazil, que regulam casos analogos, deve o juiz recorrer aos *principios geraes do direito natural*, até haver providencia legislativa”. O projeto de Nabuco afirmaria que “quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos de espirito da lei ou por disposições relativas aos casos analogos, devem os juizes recorrer aos *principios geraes do direito*, até haver providencia legislativa (art. 82)”. O projeto de Coelho Rodrigues afirmaria que “aos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito da lei”. Segundo o jurista, “este dispositivo foi adoptado, sem alteração pelo *Projecto primitivo*, art. 13 da lei de introducção. O *Projecto atual* (art. 7 da lei preliminar) manteve-o, substituindo as ultimas palavras por estas outras: *principios geraes do direito*” (BEVILAQUA, 1906a, p. 6).

E aqui Bevilaqua manifesta sua opinião sobre tais conceitos¹⁴³

A tres expressões – *principios do direito natural*, *principios geraes do direito e espirito da lei*, pretendem significar aqui a mesma cousa. Trata-se de indicar, como fontes suppletivas do direito, as regras mais geraes que constituem o fundamento

¹⁴² O tema do estudo do direito comparado foi bastante discutido na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife. Em *Importancia da legislação comparada* (1909), Hersilio Souza, trata do estudo da legislação estrangeira como possibilidade de aperfeiçoamento do direito nacional. Através dela, “o juiz encontra elementos para bem cumprir sua missão [...] As leis não podem tudo prever; mas o juiz carece a tudo prover, declarando o direito das partes em litigio”. O autor faz um breve histórico das fontes subsidiárias estabelecidas no país, apontadas por Beviláqua no artigo O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada (BEVILÁQUA, 1903b).

¹⁴³ Ele indica a origem da adoção da analogia: “já vinha das Ordenações. Livro 3, tit. 69, porque não podem todos os casos ser declarados em esta lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante. E no tit. 81 § 2 do mesmo livro acrescenta: e isto que dito he em estes casos aqui especificados haverá logar em quaesquer outros semelhantes em que a razão pareça ser egual”. (BEVILAQUA, 1906, p. 7).

mesmo da sciencia e da arte do direito; não somente os principios que dominam o direito nacional, como ainda o conjuncto dos preceitos essenciaes que servem de expressão ao phenomeno juridico. (BEVILAQUA, 1906a, p. 7).

Ainda, o autor divide a “analogia” em duas espécies: a *legal* e a *juridica*. Tomo aqui liberdade para reproduzir seu texto:

A primeira consiste na applicação da lei a casos não regulados por ellas, mas nos quaes há identidade de razão ou similhaça de motivo. [...] A analogia juridica colhe de um complexo juridico os principios que o dominam e applica-os a um caso onde há similhaça de motivo. É o mesmo processo logico operando sobre o campo mais vasto e sobre os mais variados elementos. Em qualquer dos casos, porém, a intelligencia do jurista procura revelar o direito latente, não procurando descobrir uma pretendida vontade do legislador, mas como bellamente disse *Paula Baptista*, «na harmonia organica do direito positivo com o scientifico». É também este o pensamento de *Kohler*, quando affirma que a analogia «consiste principalmente em extrahir, de uma norma juridica, o principio e, depois, desse principio tirar novas consequencias e formar principios novos». (BEVILAQUA, 1906a, p. 8).

A consciência do intérprete é fundamental para a analogia jurídica, pois seria através de seu “senso jurídico” que se revelaria um *direito latente* advindo das “bases da cultura do grupo social e do momento historico” (BEVILAQUA, 1906a, p. 9). Se, mesmo assim, não for possível superar as lacunas da legislação, deveria o magistrado apelar às fontes subsidiárias e recorrer aos “princípios geraes do direito”, um “campo mais dilatado”, e assim “e canalisal-as para onde a necessidade social mostra a insufficiencia do direito positivo. É, então, que o direito melhor se lhe deve afigurar como a *ars boni et aequi* [o direito é a arte do bom e do justo]” (BEVILAQUA, 1906a, p. 9).

Bevilaqua se mostra totalmente contrário à ideia de recorrer à vontade do legislador. Isso consistiria, ao seu ver, seria *exegético*¹⁴⁴. Indo à Ihering, relata que nos tempos do direito romano a interpretação era “puramente literal”, o que caracterizaria uma “falta de madureza e de desenvolvimento intellectual”. O direito moderno, em outra direção, se pautaria na ideia de “*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” [**Saber a lei não é reter suas palavras, mas sua força e seu poder**] (BEVILAQUA, 1906a, p. 12).

As leis e os princípios seriam *indistinguíveis*.

¹⁴⁴ “Quando se tracta de interpretação propriamente dicta e não mais de analogia nem de principios fundamentaes do direito, é commum falar-se da vontade do legislador, mens legislatoris. Deante da palavra da lei, parece que o primeiro dever do interprete vem a ser descobrir a vontade do legislador. Esta concepção influuiu sobre o modo de realisar a interpretação. Esforçando-se por descobrir o intuito do legislador, é natural que o interprete não tente ultrapassar as raias da exegese. Isso mesmo já parece uma audacia a codificadores, que, por terem sido instrumentos adequados da evolução social, já se imaginavam ter submetido as energias culturaes á direção de sua vontade”. (BEVILAQUA, 1906, p. 10).

Segundo Laurent, diz, “Os codigos nada deixam ao arbitrio do interprete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito [...]”. A lei não poderia ser um entrave à “evolução social”. Vai a outros autores franceses, como Bufnoir, afirma que “ o direito offerece uma extensão maior do que a dos textos e que não é a logica o único instrumento de que se deve servir o interprete”, e que uma das funções da doutrina é a captação das tendências sociais (BEVILAQUA, 1906a, p. 12).

O juiz ou jurista é quem melhor saberia dar sentido à lei, porque é “**estimulado pelas necessidades da vida**”, e é capaz de fazer “**justamente fazer o que o legislador não soube ou não pode querer**”¹⁴⁵. A lei não seria, portanto, inflexível. Além disso, Bevilaqua parece atribuir à interpretação a importante tarefa de atender às novas necessidades sociais. A lei não impediria, portanto, a “**extensão infinita e que incomensuravel profundidade adquire o direito, e exageradas, então, nos parecem as arguições daquelles que se revoltam contra a inflexibilidade da lei que não lhe permite pôr-se em harmonia com as novas necessidades sociaes**” (BEVILAQUA, 1906a, p. 9-10).

Pauta-se, assim, em doutrinas francesas, e descreve um cenário de “audácia” da jurisprudência, para defender a ampliação do conceito de interpretação jurídica e a transformação do olhar sobre a lei como única fonte de direito.

Esta feição nova da doutrina em França e as audacias crescentes da jurisprudencia, mostram, de um lado, que as idéas sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigencias do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito. Na Allemanha esta mesma corrente de idéas já vinha, desde muito, fazendo o seu caminho. Expondo os principios da interpretação romana dizia Jhering: «Longe de constituir uma censura, honra á jurisprudencia antiga ter procurado adaptar a lei ás necessidades da vida e ás exigencias da epocha, em lugar de ater-se ao texto com uma submissão cega». Certamente não pretendia, com essas palavras, dar ao juiz um poder maior do que lhe attribue a sua função politica, mas deixa ver o seu pensamento de que o interprete deve adaptar a lei, na esphera de sua acção legitima, ás necessidades da epocha. (BEVILAQUA, 1906a, p. 13).

Bevilaqua não acredita nem que é preciso buscar a ideia do legislador nem apenas se ater ao que foi dito, pelas palavras, independentemente de intenção. (BEVILAQUA, 1906a, p.

¹⁴⁵ “Dernburg diz que «a tarefa da interpretação é tirar as consequencias dos principios fixados na lei ainda que não se tivessem apresentado á mente do legislador, quando decretou a lei»”. (BEVILAQUA, 1906, p. 13). Também diz: “As leis não se devem interpretar de accordo com o pensamento e a vontade do legislador, e sim sociologicamente como producções do grupo social do qual o legislador se fez organ”. (BEVILAQUA, 1906, p. 14).

14). É preciso levar em conta o elemento sociológico da lei, a construção social do direito. A lei não é produto apenas do legislador. Reconhecer tais ideias seria uma ação *lógica, racional*.

Ao fim, traz-nos também o que entende por finalidade da lei: “o fim da lei que não é um objecto de conhecimento, mas «um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação»” (BEVILAQUA, 1906a, p. 15). E a jurisprudência¹⁴⁶ e a doutrina seriam fundamentais¹⁴⁷ para isso. A interpretação seria um fator de evolução jurídica, e os operadores do direito, para isso, deveriam se pôr a par de outras áreas do conhecimento, como a psicologia, a sociologia, história, etc¹⁴⁸. O momento social demandava dos juristas que flexibilizassem o conceito e, em um segundo momento, o *sentido* da lei.

Leis deveriam ser compreendidas como “*maximas geraes, os principios fecundos em consequencias*, para que o applicador, diante das exigencias dos factos, possa deduzir, dessas generalidades, os preceitos particulares que se accomodem ás circunstancias” (BEVILAQUA, 1906a, p. 15).

Em conclusão, na interpretação da lei, deve attender-se antes de tudo ao que é razoavel, depois ás consequencias systematicas e, por fim, ao desenvolvimento historico da civilisação. Para tal interpretação, os trabalhos preparatorios e a discussão parlamentar são destituídos de valor. Neste ponto muitos mestres da hermeneutica hodierna estão de accordo. (BEVILAQUA, 1906a, p. 15, grifo meu).

Havia, nisso tudo, uma *política jurídica*. É o que dirá em *As funções da legislação comparada* (BEVILAQUA, 1906b), onde indica que o estudo da legislação estrangeira é um

¹⁴⁶ “[...] vê-se que a sciencia do direito sente necessidade de largueza e flexibilidade, diante da marcha accelerada e da expansão da cultura, e, como a lei é morosa em suas transformações, vae pedir á interpretação ou, melhor, á jurisprudencia e á doutrina um instrumento de adaptação constante do direito á vida real”. (BEVILAQUA, 1906a, p. 16-7).

¹⁴⁷ “A lei escripta e mesmo a codificação, se restringem, não fazem desaparecer as outras fontes naturaes do direito. Si este tem na lei a sua forma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiencias della, pela jurisprudencia e pela doutrina, ás quaes compete extrahir da lei todas as suas consequencias possiveis e quando, apezar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completal-a, descobrindo o direito que está no equilibrio dos phenomenos sociaes, porém ainda não delles desprendido”. (BEVILAQUA, 1906a, p. 18).

¹⁴⁸ “Assim o intérprete, esclarecendo, illuminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução juridica. É certo que a sua acção é limitada pelo proprio edicto da lei, e si este se recusa a accceitar as modificações sociaes, o interprete nada mais tem que fazer, sinão esperar que o legislador retome a sua empreza atrazada e emquanto esse momento não chega, pedir á razão juridica que lhe revele a norma a seguir. Para que a sua decisão traduza de facto o direito immanente ás relações sociaes, é necessario que o interprete seja dotado de um criterio seguro, de um senso juridico apurado e de um lardo preparo intelectual, não somente nas disciplinas propriamente juridicas, mas ainda em todas as sciencias que se occupam com o homem e com a sociedade, desde a psychologia até a historia, a economia e a sociologia”. (BEVILAQUA, 1906a, p. 17-8).

instrumento de política jurídica, isto é, uma parte do direito que tem por fim transformar o direito nacional. O autor reforma seu entendimento, e afirma que “o lado do legislador,[...] subsistem, ainda hoje, como órgãos da política jurídica, comquanto num plano inferior, a jurisprudência dos tribunais, a prática extra-judiciária e a doutrina” (BEVILÁQUA, 1906, p. 102).

Augusto Vaz, em *Questões práticas* (1906), aprecia a recepção do direito estrangeiro. A ciência do direito seria invadida não somente por questões teóricas, mas por questões práticas surgidas nos tribunais acerca da “inteligência de uma lei, de sua aplicação aos casos ocorrentes” (VAZ, 1906, p. 73). Comentando especificamente sobre os foros criminais, aponta que são inúmeras as controvérsias interpretativas, que estariam sendo “apreciadas e julgadas diferentemente”¹⁴⁹ (VAZ, 1906, p. 74). Um dos fatores responsáveis por tal variedade interpretativa seria, além da “inexacta inteligência das disposições processuais”, também “a impressão produzida pela leitura de leis estrangeiras”, esta observável “na maneira de pensar dos escriptores e nos julgados”.

O autor defende com parcialidade a referência aos textos jurídicos dos “países cultos”, que seria, de fato, de ajuda para “esclarecimentos”. Porém, critica a multiplicidade de interpretações baseadas em doutrinas estrangeiras havendo disposições reguladoras da espécie, que firmam um conceito claro e terminante. (VAZ, 1906, p. 75).

O tema “direito constitucional” aparece com boa frequência, especialmente quando o assunto é a fronteira de competências entre União e Estados. No entanto, quando se trata de outros tópicos, essa frequência cai. Contudo, é muito frequente citar-se a constituição como a lei fundamental, garantia de direitos individuais e de ordem. Poucos são os autores que abordam exclusivamente o ramo de direito público.

Em *Uma Lição de direito público: Conceito do direito. Direito público e privado. Direito constitucional* (1910), Virgínio Marques defende que direito privado e direito público não estariam separados, porque qualquer ataque a direito individual se refletiria, a longo prazo, nos direitos coletivos e na própria existência do Estado. Ele diz: “a violação hoje ao direito de um, é, pelo menos, uma ameaça aos direitos dos mais. Não há pois um direito privado

¹⁴⁹ A dificuldade de manter-se uma jurisprudência consistente no país é mencionada três anos depois, nos artigos *Prisão civil* (1909), de Augusto Vaz, e *Direito brasileiro: o lugar em que deve ser feito o inventário e leis que regem a sucessão* (1909), de Clóvis Beviláqua. Ambos fazem breves menções às decisões do STF e afirmam a ausência de homogeneidade nas decisões dos tribunais inferiores.

completamente distinto, separado do direito publico”. (MARQUES, 1910, p. 54). O direito constitucional seria o “o vertice onde vão ter todos os ramos das sciencias juridicas e sociaes”.

Se há, certamente, uma certa timidez dos juristas da época em abordarem questões de direito constitucional, Izidoro Martins Junior declara, no artigo *Sobre o Estado Actual do Direito Civil*, que o direito civil se encontraria em situação ainda mais atrasada com relação às áreas onde vigoravam estudos “naturalísticos e sociológicos” (MARTINS JUNIOR, 1891, p. 44).

E si assim é no campo da doutrina, muito peor acontece no campo da legislação, onde os textos dos Codigos mantem-se, na geralidade dos casos, imóveis e frios, a semelhareem múmias seculares dormentes sob as venerandas pyramides do Direito Romano e do Codigo Napoleão (MARTINS JUNIOR, 1891, p. 45).

Enquanto no Direito Público as doutrinas incorporavam referências europeias contemporâneas, como o estudo da sociologia, economia, evolucionismo, etc, o direito civil se atava à “velha moldura romanista” (MARTINS JUNIOR, 1891, p. 46). Era preciso que se atualizasse às ciências, o que seria possivelmente resultado de um fraco estudo de filosofia do direito e a própria separação entre ciência econômica e ciência do direito (MARTINS JUNIOR, 1891a, p. 47). A filosofia do direito deveria se atualizar com relação à “actual concepção positivista do mundo e das sociedades (MARTINS JUNIOR, 1891b, p. 111).

3.3.3 Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais

A pesquisa pelos artigos da Revista da Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais aponta em um sentido não muito distinto das opiniões encontradas na Revista da USP e da Faculdade de Recife.

Em *Editorial* (1894), Affonso Penna descreve o sentimento do período

O influxo do organismo politico sobre as instituições juridicas é facto inconcusso e que mais se accentua em nações ainda novas, como as americanas. [...] Com a transformação radical da fôrma de governo, operada pela revolução de 15 de novembro de 1889, entramos em pleno periodo de elaboração do direito. O desmoronamento de uma Constituição com a ordem de cousas que ella regia, trouxe alterações profundas nos orgãos da vida publica nacional, a cujas consequencias não escapam as proprias relações de ordem civil da sociedade brasileira. Não se limitam ao ramo do direito constitucional e administrativo, como á primeira vista pode parecer. (PENNA, 1894, p. 4).

O advento da República alterou as estruturas não apenas da Constituição, mas também o modo de compreender o direito e o modo de interpretá-lo e aplicá-lo como um todo.

A ciência e o “caráter prático” do direito aparecem nesta revista também, assim como apareceu nas duas primeiras. A ciência, aquilo que vem de fora, e o caráter prático, que vem de dentro. Como conciliar as duas, além de um problema da formação do direito nacional, consistia em um problema de jurisprudência e interpretação jurídica. Ademais, o problema da dualidade da justiça se colocava com um impedimento à uniformização da jurisprudência.

Virgílio Martins de Mello Franco, em *A jurisprudencia na organização do Direito Civil pátrio*, expressa a ideia de que o direito é um fenômeno social, que deve ser traduzido em princípios “fixos e determinados” pelo legislador (FRANCO, 1894, p. 93). Caso contrário, o direito se tornaria inefetivo.

Sobre a jurisprudência nacional, teria se formado no “influxo da razão esclarecida pela ciência, ainda de que carácter manifestamente prático”. Segundo o jurista, o direito brasileiro sofria de um enfraquecimento dos “principaes elementos organicos do direito”, especialmente por conta de uma dita “decadência dos estudos jurídicos” nas faculdades de direito e, também, a jurisprudência dos tribunais (FRANCO, 1894, p. 94).

E aponta que o direito nacional sofreria de um conflito entre aquilo que surge na realidade do direito nacional ante os tribunais e a idealização do direito por parte das perspectivas científicas de seu tempo.

Ora, si é certo que os tribunaes esforçam-se por chamar o direito ás necessidades da vida, enquanto a sciencia lida por approximal-o do seu ideal, é rasoavel suppôr-se que, esta elaboração, actuando por um trabalho constante sobre materiaes variados, não poderà offerecer à formação do direito nacional sinão elementos heterogeneos. (FRANCO, 1894, p. 94).

E reflete que os juízes buscavam constante amparo no Poder Executivo para decidir, costume que já teria tido lugar durante a monarquia e se que estendia após a instauração da República. E fala que o estudo de aplicação de um tribunal de cassação, no molde francês, seria uma ideia digna de ser estudada no Brasil, visto que o Supremo Tribunal de Justiça do período anterior se via na “impossibilidade [de] fixar a intelligencia pratica das leis, porque suas decisões podiam ser rescindidas pelas relações revisoras” (FRANCO, 1894, p. 95). A

competência do Supremo Tribunal Federal republicano também se via limitada pelo art. 59, n. 3, § 1, *a* e *b*¹⁵⁰, o que limitaria, ao seu ver, a uniformidade da jurisprudência nacional.

Mas não via apenas a extensão da competência do Tribunal como a única razão para a formação de uma jurisprudência uniforme. Virgílio entendeu que, para além das questões entre legislação e o conflito entre “prática” e “ciência”, como já mencionado, os brasileiros deveriam se confrontar (no caso, no direito civil) com “a estreitesa ou superficialidade dos estudos propedêuticos” (FRANCO, 1894, p. 96). Isso afetaria especialmente a jurisprudência dos tribunais, porque ao se manterem atidos aos áridos manuscritos tradicionais dos “serviços forenses”, “limitam seus estudos a uma só matéria, que os esteriliza, porque rompe o laço que os une ás outras sciencias segundo o conceito de Cicero” (FRANCO, 1894, p. 97).

Entende que a jurisprudência, tal como definiu Ulpiano, seria “*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*”: o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto. Nisso consistiria, ao seu ver, a própria ciência do Direito. E, pessimista com relação ao novo cenário judicial dualista, decreta que a diversidade federalista estaria do lado oposto da desejada unidade do direito nacional (FRANCO, 1894, p. 97).

Além de entender que a dualidade judiciária do sistema federalista, ante a ausência de uma corte de cassação para decidir sobre os assuntos constitucionais, formava uma pluralidade de entendimentos decisórios entre os tribunais estaduais, resultando em interpretações e aplicações incoerentes, Franco decreta, de maneira pessimista – e um pouco visionária -, que a jurisprudência brasileira estaria fadada à fragmentação em razão da ausência de princípios claros e pelo pouco apego às pesquisas e ao método científico.

O que é certo é que, havemos de ter sempre uma jurisprudência variavel, incoherente, sem princípios certos sem tendencias definidas, e formada ao influxo de inspirações estranhas ao elemento scientifico. (FRANCO, 1894, p. 97).

¹⁵⁰ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete.

III - Rever os processos findos, nos termos do art. 81.

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

Todos esses pontos seriam impedimentos à formação do Direito nacional. E a divergência interpretativa dos tribunais estaria ligada à questão federativa, a limitação de atribuições do STF e a superficialidade dos estudos jurídicos nas faculdades de Direito, esta última consistindo em um estudo já realizado por Tobias Barreto, a quem o autor faz referência. Segundo o argumento, haveria um grande espaço entre a teoria e a prática/arte jurídica nacional que a propedêutica adequada das faculdades poderia resolver¹⁵¹.

Em *Questão constitucional: intervenção da União nos Estados – Artigo 6º da Constituição da Republica*, publicado em 1895 pela revista mineira, Gonçalves Chaves aborda especificamente o problema da investidura dupla de cargos políticos nos Estados brasileiros, no caso, em Sergipe. Tratando ele desse caso específico, afirma que apesar de circunscrito, consistiria em problema fundamental do regime republicano federativo (CHAVES, 1895, p. 5).

Segundo Chaves, estariam tramitando no Congresso alguns projetos de lei para estabelecer a quem competia decidir e/ou atuar sobre tais intervenções da União nos Estados¹⁵². E o tópico sobre a intervenção se voltava justamente à manutenção do modelo republicano federativo, tal qual disposto na Constituição de 1891 em seu art. 6. Contudo, para além daquilo que a Constituição escrita estatua, o autor diz que “consideram hoje os direitos e liberdades individuais, como anteriores e superiores a toda lei escripta, assim dos governos, como dos parlamentos”, sendo seu garantidor o governo em sua estrutura tripartite. Tratando-se do tema em foco, isto é, sobre a dualidade entre União e Estados, caberia à primeira a decisão dentro de sua legalidade (CHAVES, 1895, p. 13). As intervenções do Executivo seriam pautadas constitucionalmente, se não claramente em seu procedimento, pelo menos quanto ao dever de garantir as instituições e “assegurar aos cidadãos os direitos e liberdades que a constituição federal proclamou em seu favor”¹⁵³ (CHAVES, 1895, p. 13-14).

¹⁵¹ [...] creio que a diffusão dos estudos propedeuticos muito contribuiria para mais segura orientação dos estudos jurídicos de modo que a elaboração scientifica do direito e a jurisprudência dos tribunaes, expurgados de vicios originaes, entrariam melhor, não obstante a diversidade processual, como principaes factores orgânicos do direito civil patrio. (FRANCO, 1894, p. 100).

¹⁵² “Dous destes projectos consideram a matéria, de ordem puramente federal; divergem, porém, sobre a natureza das relações que ella estabelece e conseguintemente sobre a determinação do órgão constitucional á que é subordinado. O 1º filia a especie ao art. (50, letra—i—da Constituição da Republica: é uma questão judiciaria; o 2º exclue a competencia do poder judiciário, attribuindo a matéria ao congresso nacional, privativamente: é uma questão meramente politica. Dous outros projectos, consignando processos differentes, reconhecem a competência commum dos Estados e da União”. (CHAVES, 1895, p. 10).

¹⁵³ O autor faz referência à Juliano Fíarraquero, publicista argentino, em *Espiritu y Pratica de ia constitucion Argentina*.

A estrutura das constituições americana e argentina quanto a esse aspecto indicariam que as decisões tomadas por esses países poderiam servir como modelo. E, conforme estabelecido pela Suprema Corte americana, o Poder Judiciário seria incompetente para julgar os casos a que se aplicassem tal matéria constitucional, sobre qual apenas o “poder político” poderia decidir. E justifica sua opinião desta forma: “Invocámos os exemplos e jurisprudências dos povos, cujas instituições copiamos, *visto que não temos ainda um passado que nol-os possa ministrar*” (CHAVES, 1895, p. 14, grifo meu).

O ano era 1895 e o Brasil ainda não tinha um passado. Sob sua perspectiva, tratando-se de problema que dizia respeito não às relações entre civis, mas às relações políticas, tal matéria não seria jurídica, mas política, isto é, ou do Executivo, ou do Legislativo. Na Argentina, tal debate nunca teria se situado no âmbito jurídico; e nos Estados Unidos, já se havia entendido que “Os tribunales de justiça não são instituídos como guardas de direitos do povo, mas como protectores dos direitos individuaes que elles têm por missão fazer respeitar”. (CHAVES, 1895, p. 14). E diz o seguinte: “**As linhas divisórias entre o que é politico¹⁵⁴ e judiciário não estão traçadas por disposições legislativas, mas resultam da natureza dos direitos e das funções que as constituições estabelecem; [...]**” (CHAVES, 1895, p. 14, grifo meu).

A competência judiciária para decidir sobre assuntos de origem constitucional seria delimitada, então, aos assuntos não políticos, apesar de que a ele estivesse confiada a “função altamente politica pela faculdade de conhecer da constitucionalidade de leis ou actos do poder politico, quando violam disposições constitucionais”. E isso só se daria “em face de um texto expresso da constituição” (CHAVES, 1895, p. 15). E recorre a um julgado estadunidense para esclarecer sua perspectiva:

Não se poderia reconhecer a um tribunal de justiça (Cooley, Treatise, § 164) o poder de declarar inconstitucional um estatuto qualquer sob o motivo que elle contém clausula oppressiva ou porque se o considera violador de direitos naturaes, sociaes ou politicos dos cidadãos, salvo se estas offensas repousam sobre texto expresso da constituição. (CHAVES, 1895, p. 15).

Quanto ao caso localizado em Sergipe, afirma que seria competência do judiciário decidir sobre questões estritamente jurídicas decorrentes da questão política, como o

¹⁵⁴ “Ora na especie ha questão de dous governos que se proclamam órgãos dos mesmos poderes politicos, que exercem mandato outorgado pelo suffragio popular. Este facto perturba e anarchisa as funções governamentaes: é uma matéria essencialmente politica”. (CHAVES, 1895, p. 18).

juízo de *habeas corpus*. Não haveria, na Constituição brasileira, qualquer indício de competência judicial em casos de intervenção federal nos estados, estando sua competência limitada aos art. 59 e 60¹⁵⁵ (CHAVES, 1895, p. 18).

Em summa, um Poder constitucional, que não haure nas correntes populares a sua força, que tem por condição de independencia a vitaliciedade, não será jámais um órgão legitimo das necessidades politicas: é incompetente para apreciar interesses méramente politicos. (CHAVES, 1895, p. 18).

O seu entendimento se baseava na jurisprudência americana, sobretudo. E recorre a Taney para afirmar que, em tais casos, a competência é do Congresso, uma vez ausente clareza sobre o tópico quanto aos demais poderes e sendo aquele poder o representante da soberania popular. O Congresso aparece, aqui, como o representante da soberania popular.

Em *Estudos Constitucionaes* (1895), Teophilo Ribeiro inicia seus apontamentos considerando que as diversas intervenções da União nos Estados, por meio do instrumento do estado de sítio, seria uma afronta aos “princípios e regras do systema” e “ferindo disposições constitucionaes” e mesmo “prática dos povos, que se regem por identicas disposições constitucionaes” (RIBEIRO, 1895, p. 96). Para Ribeiro, o legislador constituinte estabeleceu a responsabilidade compartilhada entre o Poder Executivo e Legislativo sobre a matéria ao “[subordinar] o acto á sancção do poder executivo, quando de iniciativa do Congresso, e á aprovação do poder legislativo, quando praticado pelo Presidente da Republica ou por seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso”¹⁵⁶ (RIBEIRO, 1895, p. 103).

¹⁵⁵ “Conferil-a ao Supremo Tribunal Federal, originaria e privativamente, é violar a constituição nas disposições expressas do art. 59, que determina casos especiaes, por isso mesmo inampliaveis, segundo o principio que a concessão de um poder para casos especificados importa a exclusão desse poder para outros casos. A vontade do legislador constituinte seria illudida com postergação da justiça que amplia e não restringe as garantias dos recursos”. (CHAVES, 1895, p. 18).

¹⁵⁶ “Se, pois, o caso de que se trata é o de um principio geral, qual o que é firmado pelo art. 37, as excepções do art. 17, § 1º e 90, § 3º, não enfraquecem, mas augmentam a força d’aquelle principio, porque, conforme a observação de Bacon, — a excepção augmenta a força da lei nos casos não exceptuados — e a hypothese não é de excepção, mas de regra geral. E nem se diga, por outro lado, que a prerogativa do veto está circumscripta apenas ás leis, procurando-se assim isentar da salutar restricção os actos legislativos que não revestem a sua forma mais solemne, como as resoluções ou deliberações, as quaes, comtudo, têm de ser obedecidas e observadas pelos mais poderes da União. Se duvida a este respeito se podesse levantar, a simples leitura do art. 48, n.º 1 a desvaneceria, dando, como dá, ao Presidente competencia privativa para « sancçionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso ». Seja qual fôr a forma dos actos legislativos, se leis ou resoluções, respeitadas as excepções expressamente preceituadas, não podem ser exercidos indepen- dentemente do poder executivo ; porque a Constituição consagra, além das disposições citadas, o principio director de que — «o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, com a saneção do Presidente da Republica», art. 16” (RIBEIRO, 1895, p. 98-99).

Os dispositivos constitucionais deveriam ser interpretados de maneira restrita quando “a latitude de intelligencia contra ria viria derogar um principio fundamental”. Para o autor, haveria uma regra de interpretação que valeria especialmente para o direito constitucional, que seria a de que “a especificação de particularidades na lei eqüivale á exclusão de generalidades ou, melhor, a especificação de uma cousa importa a exclusão de outras”. Além disso, afirma que “o principio é corrente e funda-se já no bom senso, já na conveniencia geral, produzindo salutaes effeitos nas controvérsias jurídicas como nos propios actos da vida commum” (RIBEIRO, 1895, p. 98-99).

Além do “bom senso” e da “conveniência geral”, também seria preciso atentar à “intelligencia natural a que se prestam as palavras da Constituição de accordo com o seu sentido claro e commum, a intenção do legislador, o espirito e o fim da disposição sujeita” (RIBEIRO, 1895, p. 102-103).

Ribeiro se apoia nas Constituições dos Estados Unidos e da Argentina, bem como a jurisprudência americana. O princípio em questão seria o “tacitamente acceito pela constituição americana e expressamente consagrado pela nossa, de que o poder legislativo é exercido conjuntamente com o Presidente da Republica por meio da sancção” (RIBEIRO, 1895, p. 110).

Contudo, o Brasil não poderia se basear nos entendimentos estrangeiros com subsídio quando as Constituições tivessem disposições expressas distintas (RIBEIRO, 1895, 113), Para o autor, “outras fontes não temos fóra das disposições da mesma Const. Fed., cujos termos sobre o assumpto claros e precisos, se entendidos lealmente, não podem deixar duvidas” (RIBEIRO, 1895, 114).

Em *Da natureza, importância e composição do Tribunal de Revisão no Estado de Minas Gerais* (1986), Virgílio Martins de Mello Franco aborda, de maneira bastante crítica, os limites de competencia do STF (art. 60 e 61 da CF de 1891¹⁵⁷) em relação à matéria de direito

¹⁵⁷ Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
- b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contractos celebrados com o mesmo Governo;
- c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indemnização de prejuízos ou quaesquer outras, propostas pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa;
- d) os litigios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;
- e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
- f) as acções movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contractos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;

civil, então excluída de revisão por esse tribunal (FRANCO, 1986, p. 63). Sendo as leis civis leis federais, o autor questiona a interpretação do art. 59, §1^{o158} e afirma que “*excluir, pois, do campo nitidamente traçado dessa definição um grupo de leis federaes o direito civil, commercial e penal da Republica é reconhecer ao interprete a faculdade de sobrepor as suas conjecturas á intenção explicita dos textos*” (FRANCO, 1896, p. 63, grifo do autor). Diferentemente dos Estados Unidos, em que competia aos Estados a criação de leis em matérias civis e sobre os próprios Estados caía a competência de revisar os assuntos relativos a tal matéria, no Brasil as leis eram produzidas pelo Congresso Nacional e restritas às revisões dos Tribunais Estaduais. Nesse sentido, diz Franco, “deviamos necessariamente reservar á justiça federal a ultima palavra sobre a interpretação e a applicação dos actos legislativos concernentes ás matérias civil, commercial e penal”.

Franco se debruça sobre a jurisprudência nacional que, para além de enfrentar problemas de ordem processual, também os encarava em interpretação jurídica. Quanto a este último, os problemas seriam relativos não só aos seus critérios quanto ao seu papel de mediador na relação entre Poder Judiciário e Legislativo. Ele diz:

Ninguém ignora o papel da interpretação judiciaria na evolução do direito escripto. Sobre a letra, fixada nos textos, passa a auctoridade aos arestos, que os infiltra, os decompõem, os allue. O juiz, pela sua collaboração continua, exerce uma função de cooperador e modificador na obra legislativa. A jurisprudência, obra sua, altera sensivelmente o direito positivo. Os inglezes e americanos devem a essa collaboração quasi legislativa da magistratura, á judge made law bõa parte dos princípios radicados na sua vida civil. O direito elaborado pelos tribunaes the judge made law, tem-se sobreposto muitas vezes ao poder legislativo, dizia, em uma sentença, o juiz Perkins. (FRANCO, 1986, p. 65, grifo do autor).

g) as questões de direito marítimo e navegação, assim no oceano como nos rios e lagos do paiz;

h) as questões de direito criminal ou civil internacional;

i) os crimes politicos.

§ 1º E' vedado ao Congresso commetter qualquer jurisdicção federal às justiças dos Estados.

§ 2º As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por officiaes judiciais da União, aos quaes a policia local é obrigada a prestar auxilio, quando invocado por elles.

Art. 61. As decisões dos juizes ou Tribunaes dos Estados, nas materias de sua competencia, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a:

1º habeas-corpus,ou

2º espolio de estrangeiro, quando a especie não estiver prevista em convenção, ou tratado.

Em taes casos, haverá recurso voluntario para o Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁸ Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

O art. 59, §1º, da Constituição Federal designaria o STF como “uma instância de concentração, de reparação, de uniformização da jurisprudência” (FRANCO, 1986, p. 65). Ademais, perfilando-se o Supremo Tribunal Federal ao *modus operandi* da Suprema Corte estadunidense em sua atuação legislativa, sua interpretação seria a ponte para a própria evolução da letra da lei, e não o contrário.

Não bastaria que as leis fossem coerentes, mas que também a jurisprudência o fosse. Ele a descreve como “vacillante e contradictoria, tanto que há quem diga que não a temos”. E afirma que já no tempo do Império, Conselheiro Lafayette apontara no mesmo sentido. Os julgados, conforme teria dito, consistiam na “mais assombrosa variedade na intelligencia e na applicação do Direito. Não exprime tendencia alguma, nem o predomínio do rigor scientifico, nem o afrouxamento da equidade pratica”. A jurisprudência brasileira seria contraditória e incoerente, sendo “muitas vezes a negação de doutrinas mais conhecidas e de princípios os mais certos”, resultado de “creações que são antes a obra do instincto cego á mercê de influencias accidentaes e passageiras do que o producto da razão humana illuminada pela sciencia e pela discussão” (FRANCO, 1896, p. 71-72, grifo meu).

O jurista afirma que tal embaraço jurisprudencial seria característico de todo o período monárquico, algo que demonstraria a pouca cientificidade na formulação de um direito nacional, cujos reflexos recairiam sobre a frágil doutrina e jurisprudência nacional, desprovida de corpo, vigor e uniformidade “que se notão em outros paizes”. Boa parte disso, esclarece, se deveria à ausência de um código civil e ao direito colonial “informe e minado pela cohótica interpretação dos casuistas portuguezes” (FRANCO, 1896, p. 73).

Franco apresenta um cenário em que reinaria uma “anarchia na applicação do direito escripto” (FRANCO, 1896, p. 73). Com a instauração da república e a criação concomitante dos Estados, então competentes para legislar sobre matéria processual, o problema teria se acentuado, diz Franco, uma vez que a legislação estadual entrava em divergência com a federal. Porém, “o Supremo Tribunal Federal tem desconhecido a sua attribuição de unificar a jurisprudência” (FRANCO, 1896, p. 74), ao abandonar aos Estados a interpretação das matérias em questão.

A “variedade de intelligencia da lei” seria característica tanto nos Estados quanto nos tribunais federais.

Ainda ha pouco, um dos mais illustres juizes do Supremo Tribunal, o Sr. Macedo Soares, dizia a 19 de Dezembro do anno passado, o seguinte: Reivindicando para a magistratura brasileira a sua independencia de base essencial de sua função, não era razoavel exigir dos juizes inferiores a observancia stricta da **jurisprudência dos tribunaes superiores, quando estes offerecem continuamente nos seus julgados os antagonismos mais flagrantes, mesmo deante os textos expressos da lei, e susceptiveis de differentes interpretações.** (FRANCO, 1896, p. 74, grifo meu).

Franco não traz exemplos de tais julgamentos, a fim de compará-los e demonstrar exatamente o que entendia pela incongruência que apontou.

No entanto, a diversidade de leis processuais e a própria instabilidade das instituições dos anos iniciais da República são fortes indicativos de que de fato havia uma grande quantidade de “inteligências” sobre a legislação nacional nas mais diversas instâncias. Para além do contexto da ausência da codificação mencionada pelo autor, a dificuldade de unificar a jurisprudência nacional passava também pelos “antagonismos” das diversas interpretações sobre os mesmos textos “expressos” das leis. Ou seja: se a lei era “expressa” e seu sentido claro, pelo menos no entender do autor, os tribunais superiores possivelmente se esquivavam de sua literalidade ao promover distintas interpretações, que levariam-no a descrevê-las como “flagrantes” em antagonismo.

Ao invés de propor uma reforma legislativa sobre o tema, Franco sugere a necessidade de uniformidade jurisprudencial. E o meio para alcançá-la seria a composição de tais tribunais por homens de “capacidade intellectual e moral”, dotados de “razão fôrte e sagacidade pouco comum”, “de modo que sobre o objecto das leis, as esclareça nos pontos obscuros e faça apparecer, como ouro, as verdades conhecidas, descortinando as veredas da sciencia, ampliando-lhe os limites para que o legislador conheça o que deve fazer”. (FRANCO, 1896, p. 75). O que é apresentado, aqui, parece ser um problema de *pouco* apego à letra da lei e/ou de *pouca inteligencia interpretativa* dos magistrados. O magistrado “esclarecido” seria capaz de resolver “pontos obscuros” e avançar, pela *interpretação*, sobre tópicos provavelmente sem amparo legislativo. Em verdade, o que aconteceu, ao meu ver, foi a própria descentralização do governo em um momento de alteração de regime que trouxe à tona a variedade de julgados.

Também em Minas Gerais a discussão spenceriana chegara.

No artigo *Do organismo social*, de Estevam Lobo (1898), apresentou-se uma perspectiva crítica da “teoria organicista”, bastante difundida naquele momento. Assim resume Lobo tal pensamento: “todos os actos e phenomenos sociaes têm um mesmo ponto de partida: a vida. [...] A structura, o funcionamento, a evolução dos seres collectivos, subordinam-se ás

mesmas leis que regem a structure, funcionamento e evolução dos seres isolados” (LOBO, 1898, p. 6).

Faz a ressalva de que há divergência quanto ao alcance de tal relação entre o orgânico e o social no seio dessa escola: “a) a dos que propugnam ainda pela homologia absoluta entre os organismos e a sociedade (Lilienfield, Schaeffle, Novicow, etc.); b) a da simples analogia (Spencer, Huxley, Worms, Fouillée, etc.)” (LOBO, 1898, p. 9). O autor parece se identificar com esta última. Ao seu ver, biologicizar o aspecto coletivo seria comprometer a sociologia e, também, o próprio sentido da ciência. Sendo definida esta como a “descrição de factos e descoberta da regularidade desses factos, e nada mais”, seu propósito entraria em contradição com a teoria orgânica, que “não nos dá nem leis, nem factos; substitue tudo isso por palavras, ocas e vasias. [...] Quando se chamam os caminhos de ferro de tecidos inter-cellulares, qual a utilidade dessa comparação? Nenhuma: por ella, não comprehendemos melhor a função dos meios de comunicação” (LOBO, 1898, p. 16).

Lobo defende, citando Miraglia, que a sociedade seria um organismo, histórico e ético, o que quer dizer que seu progresso não se apoiaria apenas em “variações organicas e psychicas”, mas também em “produção ethico jurídica”. A “*res espirituales* sobre os naturaes na realidade humana” (LOBO, 1898, p. 19).

O componente “orgânico”, advindo das ciências naturais, se colocava diante da nova ciência social. Lobo defendeu um limite entre essas duas ciências, e reclamou uma separação entre o aspecto histórico, ético e jurídico no âmbito científico.

Em *Theoria da viabilidade* (1898), Edmundo Lins abordou a questão da decisão judicial, em especial sua amplitude discricionária, em casos de determinação de paternidade no âmbito do direito civil, bem como sobre o tópico da personalidade jurídica de crianças com pouca probabilidade de sobrevivência após o nascimento¹⁵⁹.

Das dúvidas que podem surgir nos casos concretos, Lins afirma, se amparando em Bentham: “*optima legum quoe minimum relinquit arbitrio judicis*” (LINS, 1898, p. 27). Questionando a origem da teoria da viabilidade, pergunta se tal doutrina seria “suffragada pelo

¹⁵⁹ “Que não podem os mais atteatos cuidados e a arte ? Um menino nasceu sem a abertura anal; foi operado por um habilissimo cirurgião; viveu poucos dias e morreu: foi elle viavel, teve capacidade jurídica? Pelo defeito orgânico não podia viver, pelo subsidio da arte tel-o-ia podido: fareis prevalecer a impossibilidade natural ou a possibilidade artificial para declaral-o inviável ou viavel?”. (LINS, 1898, p. 44).

Direito Romano”¹⁶⁰, ao que responde: “trata-se, porém, de um direito positivo e a questão só se pôde resolver pelos textos da lei” (LINS, 1898, p. 30). Lins não só recorre a Bentham como a diversos outros autores, de épocas e teorias distintas e muito distantes, desde Justiniano até Spencer, passando por Savigny, Troplong, os códigos italiano, francês, português, argentino, chileno, peruano, prussiano, espanhol, etc. O número de referências não só é extenso, como extremamente variado. Sua metodologia perscruta as origens do conceito de viabilidade, seu sentido, sua relação com a lei escrita e o coloca em perspectiva comparativa às legislações estrangeiras. Para elucidar a teoria, vai ao seu conceito na tradição romanista, à legislação comparada e às doutrinas (jurídicas ou não).

Defendeu que os casos de inviabilidade deveriam ser restritos e que, “porque o Cod. Francez e o Italiano estabelecem a viabilidade sem distincção alguma, e, pois, não devem os interpretes fazel-a”. Os intérpretes deveriam encontrar seu limite na distinção entre jurídico e legislativo. Diz ele:

Seria, pois, preferível que, em vez de assumirem ilegalmente o papel de legisladores, como o fazem estes escriptores, propondo distincções que se não encontram na lei, em vez de quererem fazer um novo código civil, se limitassem a explicar os absurdos innumerados que se derivam da exigencia da viabilidade, que mostrassem sua inapplicabilidade, vista a impossibilidade absoluta de prova e, deste modo, se batessem pela revogação dos artigos que a estabelecem: assim cumpririam elles a grandiosa missão, que, em todas as epochas e em todos os paizes, têm sempre desempenhado os verdadeiros jurisconsultos, a qual se acha synthetizada na bellissima formula juridica — *pro jure contra legem*. (LINS, 1898, p. 45).

Lins não se furta, no entanto, de afirmar que a vida é um direito “dado ao homem pela natureza, mandando a lei natural que a auctoridade civil o proteja”. A proteção da vida seria atravessa não apenas pela lei, mas pelo direito natural¹⁶¹, que toma forma no direito civil. E, nesse sentido, critica a teoria da seleção natural de Darwin e o próprio spencerianismo (LINS,

¹⁶⁰ Lins discorre sobre as opiniões dos seguintes autores: “Respondem-no pela affirmativa -Van-Wetter, Namur, Macheldey, Warnkenig, Goschen, Puchta, alem de muitos outros escriptores anteriores a Savigny e que se encontram na dissertação deste, ja citada. Negam-no Savigny, Tribaut, Miihlebruck, Mainz e outros que se encontram citados por Van-Wetter. Quanto a auctoridades, vê-se, temol-as tantas e tão respeitáveis de um lado, como do outro” (LINS, 1898, p. 30).

¹⁶¹ O autor utiliza como referências obras italianas e francesas: “Précis de Droit Civil, » vol. 1.o , § 105, pag. 54. (84) «Institutes de Droit Naturel, » vol. 1.", p ag . 473 e segs. (85) «D roit Naturel, » p ag s. 470 e seguintes. (86) «Filosofia, dei Diritto », p a g . 2 5 4 ; « L a Genesi e L'EvoIuZeone dei Diritto Civile, » pags. 416 e segs. chi, diz Miraglia, (87) « il diritto di successione é diritto naturale»”

1898, p. 50), justamente por irem na contramão da vida “fraca”, isto é, na contramão de um direito natural não organicista¹⁶².

Em *O poder judicial mineiro* (1898), Franco pontua que o Poder Judiciário de Minas Gerais optara por “reproduzir a antiga [organização] do Império” ao invés de adotar o sistema americano tal como adotado pela justiça federal¹⁶³.

O autor atenta para a preocupação dos estadunidenses com o poder do Legislativo sobre o judiciário. Quanto à América Latina, diz, “todas as restrições são poucas para conter excessos, os constantes abusos e invasões de poder, praticadas pelo governo, quasi sempre dictatorial, e sem responsabilidade efectiva”. E, ao fim, ao seu ver, seria o Poder Judiciário o elo mais frágil, já que “é por si inerte, não age sem que seja provocado em especie”. Além disso, estaria sujeito ao Poder Executivo, que “domina o judiciário pelas nomeações, remoções e destituições promovidas por meios indirectos contra os agentes desse poder”. Para o autor, o executivo “cumpre [as leis], quando quer, e as revoga por medidas regulamentares ou actos contrários as suas expressas disposições, quando isto lhe apraz” (FRANCO, 1898, p. 147). Tal situação seria manifesta durante o Império, e teria permanecido durante a república.

Ao jurista, lhe parecia que o “judicialismo” seria, diante de tais circunstâncias do judiciário, incapaz de resolver as mazelas republicanas. Afinal, “um poder inactivo, naturalmente inerte, cuja acção apparece in specie, quando suscitada pelo sujeito de um direito lesado, poderia contrabalançar a acção infrene de governos dictatoriaes? É duvidoso!” (FRANCO, 1898, p. 148). Ele indica que o judiciário precisaria se fortalecer (“independencia e probidade”) diante das instituições pela organização de seus órgãos e de sua magistratura, a fim de que “possa inspirar verdadeira confiança”. Faltaria, a seu ver, que aquelas “qualidades moraes penetrem com o respeito á lei e aos juizes, nos costumes públicos. **De nada valem leis, sem costumes. Serão regras que se não observarão**”. (FRANCO, 1898, p. 149).

Interessante notar o peso dos costumes no valor atribuído às leis, bem como as qualidades morais suscitadas como essenciais ao fortalecimento do Poder Judiciário.

¹⁶² “Ora, attenta a selecção natural, attento o aperfeiçoamento da raça e da especie, não deverá ser um benemérito quem eliminar a um inviável, a uma pessoa que, si conseguir, por um requinte de cuidados, prolongar sua existencia, nunca poderá luetar pela vida, será sempre um fraco, sempre pesado a seus seme'hantes, sempre um factor pernicioso de seres degenerados e imrpestaveis?!”. (LINS, 1898, p. 50).

¹⁶³ “Nossos juizes e tribunaes não julgão da inconstitucionalidade das leis em especie ou só nos casos occorrentes, como acontece nos Estados Unidos, em relação á justiça federal. De modo que, ainda que alguma lei viole a lei fundamental, deve, comtudo, ser cumprida até que o poder legislativo competente a revogue”. (FRANCO, 1898, p. 147).

Em tom de crítica, Franco comenta sobre a passividade da magistratura diante da “revolução triunphante” de 1899. Diz ele que “o culto do direito e a dignidade da magistratura não deixão de soffrer, quando, ante seus agentes, paixão indifferentes e despercebidas as revoluções politicas, e com ella as revoluções sociaes” (FRANCO, 1898, p. 149).

E, em concordância com outros juristas já analisados aqui, reclama acerca da organização judiciária quanto à diversidade de leis processuais no país, que considera ter “anarchisado” a justiça a levado à descrédito como “palladio dos direitos dos cidadãos”. E afirma que a “autonomia que a Constituição concedeu aos Estados e as municipalidades, têm sido, em alguns delles, na phrase do Jornal do Commercio, a gasúa constitucional com que se têm altado os cofres públicos e violado os direitos que a própria Constituição declarou, e prometeu garantir”. E isso também pela própria impossibilidade de reprodução do pensamento contido no *Federalista*¹⁶⁴ (citando Hamilton, Madison e Jay), pelo qual se defendia um estreitamento entre a justiça da União e a dos Estados, no Brasil então limitada em termos de matérias sujeitas a recurso ao STF.

Discussões importantes sobre o lugar e as funções do Supremo Tribunal Federal estavam sendo tratadas. Fica clara a ligação que a relação entre os Poderes da República e os limites e atribuições do Judiciário com o fortalecimento do direito e da jurisprudência nacional. Isso tudo implicava, também, em saber que tipo de interpretação e aplicação do direito seriam aceitáveis e recomendáveis pelos juristas que liam a situação. Nos primeiros momentos da história republicana, as incertezas sobre o direito constitucional, mas também sobre suas implicações sobre outras disciplinas, como direito civil, as ideias borbulhavam em torno de conceitos essenciais aos estudos jurídicos.

A saída que muitos dos juristas adotaram foi a aproximação do direito com as demais ciências, em busca de uma metodologia.

Em *O direito público e sua reconstrução científica: introdução ao estudo do direito publico e constitucional* (1901), Campista¹⁶⁵ afirma que não apenas “interpretando e commentando leis positivas” o direito público se desenvolvia: os estudiosos da área se voltavam

¹⁶⁴ “Como o governo nacional e os dos Estar'os devem ser considerados como partes do mesmo todo, devem os tribunaes especiaes destes últimos ser considerados como instrumentos auxíüares para a execução das leis da União, appellando-se das suas sentenças para o tribunal destinado a unir e assimilar os principios da justiça nacional e as regras das decisões nacionaes”. (FRANCO, 1898, p. 150).

¹⁶⁵ David Campista é um exemplo de jurista que se formou na Faculdade de Direito de São Paulo e migrou para Minas Gerais.

também “á investigação das tendencias gerães em que estas leis se inspiram”. Compreendo o direito publico como um ramo das ciências sociais, entende que “a grande diversidade dos methods aconselhados e empregados não pode conduzir senão á incerteza e cada vez mais nos afastará da correcta precisão dos conceitos fundamentaes” (CAMPISTA, 1901, p. 72). Somente um rigor metodológico tornaria possível “uma verdadeira sciencia do direito publico que não poude ainda estabelecer um principio juridico de firmeza absoluta”, dentro do cenário em que descreve haver uma variedade de tratados cujos métodos seriam distintos uns dos outros.

O autor considera que as as instituições políticas se alteram conforme a “evolução social”. A ciência social, a sociologia¹⁶⁶, só poderá dialogar com o direito na medida em que se reconhece tal mutabilidade social e jurídica, isto é, se reconhece a limitação do entendimento que coloca o direito como imutável.

O remédio para o cenário de incertezas metodológicas seria a plasticidade da constituição. Campista defendia que a flexibilidade e suscetibilidade do texto constitucional às interpretações constituiria em fator indispensável ao Brasil.

A constituição norte-americana é classificada por Bryce entre as do typo rigido, mas exactamente porque foi modificada e desenvolvida não só por emendas legislativas, mas ainda pelos usos e costumes e **por largas interpretações**. «E se ella resistiu, diz aquelle escriptor, é porque foi submettida a um systema de transformações constantes, comquanto pouco perceptíveis ás vezes, que a **adaptaram ás necessidades de uma nova epocha**. «E esta **adaptação** é principalmente necessaria nos paizes novos em que os homens e as circumstancias mudam mais rapidamente do que na Europa e onde, em virtude da egualdade das condições sociaes, a alavanca das novas idéas trabalha com mais força na massa inteira da nação» (CAMPISTA, 1901, p. 79, grifo meu).

Inúmeras seriam as possibilidades *adaptar* a lei: emendas legislativas, usos e costumes, e *largas interpretações*. A constituição não deveria se amparar, contudo, em *principios abstratos*, sob o risco de se ter “um regimen de pura phantasia que os primeiros embates da experiencia farão desmoronar” (CAMPISTA, 1901, p. 79). Ainda que o direito

¹⁶⁶ “[...] o methodo sociologico não pode ser um methodo a priori. Este methodo, diz Falante, podia ser empregado em uma epocha em que a sociologia estava subordinada à metaphysica ou á moral. Hoje isso não acontece. Não se pode cogitar nos estudos de sociologia senão do methodo de observação com os differentes processos que o compõem. Quanto á applicação deste methodo e o mechanismo de seus processos, são cousas que ficam ao espirito de cada investigador e pode muito diversificar segundo os problemas estudados”. (CAMPISTA, 1901, p. 81).

constitucional pertencesse ao campo jurídico, cuja formalidade o torna possível, afirma categoricamente que “não é [portanto] no methodo juridico que encontraremos os elementos necessários á reconstrucção scientifica do direito publico” (CAMPISTA, 1901, p. 79). Para o autor, conciliadas as metodologias sociológica e jurídica, perderia a retórica e a ideia de direitos naturais seus terrenos¹⁶⁷. No campo do direito em que as relações jurídicas são essencialmente sociais, a sociologia se mostra indispensável, segundo o jurista (CAMPISTA, 1901, p. 88). Mesmo com as codificações, haveria “uma grandíssima parte do direito publico inteiramente regulada pelos costumes”, especialmente porque no campo do direito constitucional as funções do Estado estariam entregues “ás contingências mutáveis da politica” (CAMPISTA, 1901, p. 89).

Se Campista faz uma separação entre o jurídico e o político, João Luiz Alves apresenta outra mirada sobre o encadeamento entre ambos.

Os discursos proferidos pelos catedráticos às turmas de Direito das faculdades do período em análise trazem muitas informações interessantíssimas para a compreensão do espírito jurídico que vigorava. E tais discursos se diferenciam um tanto dos artigos produzidos não apenas pela forma, mas também por deixarem transparecer opiniões pessoais sobre os acontecimentos, as insatisfações e os desejos projetados sobre os futuros juristas.

Em *Discurso pronunciado pelo desembargador Tito Fulgencio, como paranympo, na sessão solemne de collação de grau aos bacharelados de 1915* (FULGENCIO, 1917), o jurista declara que *os problemas sociológicos são problemas de justiça*, a exemplo das regulação das condições de trabalho. A função do direito seria uma função social.

O direito aqui é descrito não como arte, mas como ciência. Em tópico do texto intitulado “Jurista interprete”, diz que conhecer da lei “é conhecer todo o direito que ella encerra”.

¹⁶⁷ Quanto à retórica: “A rhetorica, por exemplo, que era outr’ora o centro da educação publica e hoje sciencia quasi morta, não mais nos agitará com uma polemica sobre o methodo. Mas a sciencia a mais moderna — a sociologia — está hoje cheia de vida e por isso cheia de luctas”. (CAMPISTA, 1901, p. 83). Quanto ao direito natural: “Ora, não é possivel estudar-se o Estado nem a composição social da nação sem se recorrer ás investigações da sociologia. « A menos que se admitta ainda, diz Lestrade, que a humanidade obedece a um codigo divino, promulgado antes que ella nascesse e onde ficaram formuladas de modo palpavel as regras do bem e do mal— é difficil conceber-se o que sejam os direitos naturaes do homem e seus deveres impostos pela natureza. Como apreciar as instituições humanas si as não se pôde aferir por esta pedra de toque para sempre quebrada? É a sociologia que nos indica o caminho a seguir, mostrando-nos que ha leis immutaveis de mechanica social, como ha leis invariáveis de mechanica celeste”. (CAMPISTA, 1901, p. 87)

E isso porque o direito, são dizeres de Leon Duguit, é muito menos a obra do legislador do que o producto constante e espontâneo dos factos; as leis positivas, os Codigos, podem subsistir intactos em seus textos duros; pouco importa: pela força das cousas, sob a pressão dos factos, das necessidades praticas, formam-se constantemente instituições jurídicas novas, ou bem, por uma exegese sabia e subtil, dá-se-lhes um sentido, um alcance, que não sonhou o legislador, quando os escrevia. (FULGENCIO, 1917, p. 131).

E segue em suas percepções sobre a interpretação de seu tempo, recomendando aos alunos:

a interpretação de hoje é leal, sem duvida, mas tambem sociologica: o interprete vibra em unisono, e necessariamente, com as vibrações da alma collectiva. Esta é a interpretação que haveis de fazer, meus jovens collegas, si não mentem as palavras do professor Bunge, das Universidades de B. Ayres a La Plata: **a lei sae das mãos do legislador como saham do porto as caravellas dos antigos conquistadores**, deante de quem, a cada passo, iam-se alargando horizontes inapercebidos, iam apparecendo do fundo dos mares terras desconhecidas, iam surgindo do céu novas constellações. (FULGENCIO, 1917, p. 134).

Em *Equidade* (1917), Edmundo Pereira Lins trata do princípio já discutido na revista em *Medicina pública* (FERREIRA, 1906). Para Lins, o “equidade” permitiria a solução “de acordo com os princípios fundamentais do direito”¹⁶⁸, a própria prática da justiça nos casos “obscuros ou duvidosos”, deixados ao arbítrio dos juizes e mesmo nos casos omissos. Nesse caso, equidade seria o mesmo que “direito natural ou ideal” (LINS, 1917, p. 113). Aqui o autor recorre ao brocardo “*honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*”¹⁶⁹.

A “*aplicação*” da lei seria meio para “satisfazer ás novas necessidades sociaes” e, para isso, a interpretação promovida pelo juiz estaria não apenas autorizada, mas praticamente moral e socialmente obrigada, a ampliar o texto da lei em “casos não previstos pelo legislador desde que se dê identidade de razão” (*abi eadem ratio ibi eaclem dispusitio*) e, também, a ignorar o texto da leis nos casos em que “tal razão tenha desaparecido” (*cessante ratione legis cessat lex*) (LINS, 1917, p. 114).

Dá-se, em ambos esses casos, o que os interpretes chamam – supremacia do espirito sobre a letra da lei. 3.a) um temperamento ou abrandamento ao rigor do direito positivo, fazendo o juiz, como o bon juge, a justiça de cada caso particular – *aequitas, paribus in casibus, paria jura desiderat*. (LINS, 1917, p. 114, grifo meu).

¹⁶⁸ Em *Discurso pronunciado pelo dr. Edmundo Lins* (1914), Lins aponta que o direito não seria apenas um regulador externo das condutas, mas dotado de uma “função positiva ou organica – estabelecer todas as condições de ordem e de progresso do indivíduo e da sociedade, de accordo com a lei suprema da solidariedade humana” (LINS, 1914, p. 412). O direito seria um “poderoso factor da civilização”.

¹⁶⁹ Viver honestamente, não ofender a ninguém, dar a cada um o que é seu.

O princípio da equidade deveria guiar o juiz em suas decisões, e Lins descreve como se deveria proceder, dando exemplos. Assim, sustenta que “dada a igualdade de provas por parte do auctor e do reu, o juiz em vez de proferir a decisão a favor deste, como lhe ordena a lei, proferil-a-á a favor do auctor, por ser, ao contrario do reu, de reconhecida probidade” (LINS, 1917, p. 115), isto é, regulando a lei em sentido contrário ao princípio da equidade, deveria *prevalecer o princípio sobre a disposição legal*.

Em casos de lacuna legal nos casos levados à justiça, o juiz deveria decidir “de modo a não offender a moral, a não lesar qualquer das partes e, ao contrario, a dar a cada uma o que lhe pertença, **procedendo como si fosse legislador**” (LINS, 1917, p. 115, grifo meu).

Lins coloca a decisão do magistrado como a possibilidade de efetivação do princípio em pauta, tarefa que encarou como legislativa, por dar ou deixar de dar efeito às leis promulgadas ou ampliar seu alcance. A jurisprudência alteraria tanto a efetividade quanto a cobertura das normas jurídicas, sendo – citando Ihering – “ponto de irrupção histórica das idéas abstractas” (LINS, 1917, p. 117).

Neste artigo, um princípio é colocado se não em mesmo nível que a lei – ou seu complemento, como fim da decisão judicial. Este princípio deveria nortear a jurisprudência, responsável por dar corpo histórico aos fatos sociais e ao corpo de leis um caráter social. Lei, princípio e história estariam entrelaçados e a cargo da decisão judicial. A lei, submetida não apenas a uma interpretação literal, teria sua aplicabilidade diretamente norteadada pelo valor da equidade. Se a lei é *injusta*, poder-se-ia dizer, seria legítimo que o juiz deixasse de aplicá-la em nome do princípio da equidade.

A Revista Acadêmica de Recife passou por um hiato entre 1917 e 1929. Nesse período, não constam documentos digitalizados no acervo digital da Faculdade de Recife.

Devido ao espaço de 10 anos e aos acontecimentos que sobrevieram e dariam início a uma nova fase nacional, é possível notar que a alteração da postura dos autores: um olhar sobre o passado recente a ser superado. O tema da nacionalidade se intensificara e gerara novos entrelaçamentos no pensamento jurídico, que passaria a se afastar de antigas referências, ou ao mesmo criticá-las.

No texto intitulado *A Nova República*, José Eduardo da Fonseca descreve uma geração “desencantada e desilludida” com o “scepticismo” e o “artificialismo” (FONSECA, 1929, p. 55). Isso porque a constituição brasileira teria reproduzido “o texto de leis alienígenas para

estabelecer, limitar e definir entre nós os poderes fundamentaes do Estado”. Tais textos seriam “meros productos da ideologia e da esthetica, órgãos sem vida e sem função no organismo do paiz”. (FONSECA, 1929, p. 56).

Fonseca entende, e “ninguém desconhece”, que as “as instituições constitucionaes assumem aspectos differentes, procurando accomodar-se ou adaptar-se á indole e ao temperamento da sociedade em que se implantam”, dada a variedade de necessidades dos povos, que se materializam por meio de “regras mutáveis” que carregariam os “princípios eternos do direito” (FONSECA, 1929, p. 56). Mesmo diante dos princípios universais pautados pelas constituições modernas, o autor defende que nelas haveria “caracteres específicos e diferenciaes, que nos levam a repellir a lei alienígena, o codigo exotico, o direito forasteiro” (FONSECA, 1929, p. 56). Ao final, diz ele, “ora, de republica á norte-americana andamos fartos, como farta andava de monarchia á ingleza a geração que nos precedeu” (FONSECA, 1929, p. 56).

O jurista afirma: “**o que cumpre fazer é cunhar em moldes genuinamente brasileiros as fórmias políticas institucionaes**, de que dependerá o curso dos nossos destinos collectivos”. E faz os votos para a Nova República: “[que] os membros do judiciário não deixem ganhar foros de verdade o conceito do celebre advogado do tempo de Luiz XVIII: - **“Os sclerados temem a justiça, enquanto os homens de bem apenas receiam os juizes”**” (FONSECA, 1929, p. 58, grifo meu).

O ano de 29 também foi o de publicação de *Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva: conferencia no Instituto dos Advogados, em 27 de Setembro de 1930* (NONATO, 1929). Orozimbo Nonato, então futuro ministro do STF (1941-1960) descreve um cenário jurídico de grandes disputas sobre conceitos, um “conceitualismo” que “domina e caracteriza a mentalidade do jurista contemporâneo”. Contrasta-o com o realismo do publicista francês Leon Duguit, quem teria já tratado de criticar tais “desenvolvimentos literários e metaphoras brilhantes”. Tal conceitualismo seria “desprovido de valor scientifico” e marcado por um “subjectivismo intransigente”. Esse modo de encarar as coisas não afetaria apenas o direito, mas seria um sintoma, uma “vasta agitação” da época. Nonato oferece seu prognóstico: “o repudio que a impaciência dos modernos tenta votar a um legado millenario de noções e de sentimentos, de idéas e de categorias e que abraça a moral, a arte, as sciencias, a

religião, tem, no Direito, um de seus momentos mais angustiantes” (NONATO, 1929, p. 13-14).

Os anos 20 certamente representaram um período de grandes turbulências pelo mundo todo, e no Brasil não seria diferente. Econômica, política e socialmente, e também no mundo das artes – no Brasil, no ano anterior, havia sido lançado o Manifesto Antropófago – as ideias estavam sendo discutidas e rediscutidas, especialmente de um ponto de vista interno com relação às ideias vindas do estrangeiro e, do outro lado, uma reação a tais transformações, o que se afigura na crítica de Nonato.

Ele retrata o direito como suscetível às transformações sociais, sendo um indicador do “tumulto da vida contemporânea”, marcado por “pesquisas atormentadas e elocubrações pacientes, assertos audazes e pensamentos indecisos, rondam e fluctuam em torno de princípios outrora reverenciados como expressão immodificável e suprema da sabedoria jurídica” (NONATO, 1929, p. 14).

A tradição e seus princípios – Nonato os equivale a “regras da moral tradicional” – se encontravam, ao seu ver, sob forte ataque, tanto que defendê-los seria “acto de coragem”¹⁷⁰, ao qual convoca os demais juristas¹⁷¹. Segundo seu entendimento, pairava um clima de “hostilidade dogmática para com toda systematização jurídica”.

Nonato está falando sobre a abrangência do conceito de “risco imprevisto”. A questão que coloca é a de “saber se, não obstante essa possibilidade objectiva, pode o devedor se libertar pela superveniência de acontecimentos que não previu e que alteram ‘o equilíbrio contratual das prestações’” (NONATO, 1929, p. 16).

O pensamento da lei – que se não confunde com o de seu autor – é rico de extensões indefinidas e o trabalho mental das gerações sobre elle se desenvolve em desdobramentos de que nem suspeitaria o mais previsto dos legisladores. Certo, porém, é que os textos não resistem á distensão com que os forçaram: – não offereceram elasticidade sufficiente para chegar á noção do risco imprevisto. (NONATO, 1929, p. 17).

¹⁷⁰ “O ímpeto de destruir a ordem estabelecida é um traço visível na historia da época contemporanea do direito. E tão colorido, que a defesa de tradição avulta como acto de coragem. “Il faut plus de courage á notre époque, disse RIPERT, pour defendre les régles de la morale traditionnelle que pour avancer les propositions plus aventurées”. (NONATO, 1929, p. 15).

¹⁷¹ “E se ha aspecto que reclama a intransigência dos juristas é a confessada tendencia, o pendor, orgulhosamente proclamado, de desprezar noções e derruir categorias pela atração impaciente das realidades”.(NONATO, 1929, p. 15)

Se Nonato não discutia uma prática corrente de ampliar o sentido da norma para tais casos, com provável alargamento de sua interpretação nos casos particulares levados aos tribunais, ao menos o receava. Foi sua impressão sobre aqueles tempos.

As convenções se perdiam em um cenário em que “é difícil fitar-se uma dominante [sic] na ampla visão do direito moderno. Os movimentos do direito não se deixam aprisionar em um systema e é impossível traçar-lhes quadros intransponíveis, marcar-lhes âmbitos inultrapassáveis” (NONATO, 1929, p. 19). Uma razão disso seria a “socialização do direito”¹⁷², em um movimento em que direito civil e direito público se mesclariam, e o primeiro perderia espaço. O jurista interpreta o deslocamento como encolhimento das “zonas de livre acção do individuo” e a expansão da ordem pública¹⁷³.

As transformações que aconteciam no âmbito do direito de família (como emancipação feminina após separação e o reconhecimento de filhos fora do casamento), logo são seguidas por comentários sobre a amoralidade do momento jurídico. Em contraposição à moral, “o direito moderno” seria *objetivista*. Nonato responsabiliza o “materialismo científico” por tal guinada.

A rigorosa separação do direito e da moral, formal e substancial, ontologica e teleologica, é uma das manifestações do amoralismo juridico que tem encontrado ardentes defensores entre os juristas modernos. O factor moral não se encontraria na organização da familia, creada para a propagação da especie e para a “defesa do capital

¹⁷² “Todos os institutos básicos da legislação civil servem de ponto de incidência ás novas idéas socializantes. Assim, a familia. Em sua organização, preponderam, sobre a idéa da liberdade individual, as preocupações de outra ordem tendentes á eugenia e á “protecção do capital biologico”. Dahi, os dispositivos sobre a idade nupcial, casamento entre parentes, nullidade do matrimonio por motivo de moléstias contagiosas e incuráveis, exame pre-nupcial, esterilização de criminosos e de psychopathas. No patrio poder, desaparecem rapidamente os últimos vestigios da organização aristocratica do direito antigo para a exaltação do pater. Elle se transforma em instituto de protecção dos filhos menores, em uma affirmação dos direitos da creança. A tutela rende ensejos, cada vez mais amplos, á intervenção vigilante do poder social e a investigação da paternidade tende a abranger também os filhos adulterinos e incestuosos. As preocupações e os dispositivos a que nos referimos encontram-se em muitas legislações modernas ou estão em via de consagração legal” Ainda: “Outro movimento moderno significativo como affirmação do individualismo juridico é o que tende a restituir á mulher casada a individualidade própria, atrophiada outrora, na familia patriarchal, pelo poder sem contraste, do pater. Nesse sentido, citam-se — a lei ingleza de 1907, o Cod. Suisso de 1912, as leis suecas de 1915, 1920, 1924, a lei italiana de 1919, as leis francezas de 1907, 1917, 1920, 1923, 1924 e a Constituição Allemã de 1919 que proclamou terem, homens e mulheres, em principio, os mesmos direitos e deveres civicos e que o casamento repousa sobre a igualdade jurídica dos sexos, devendo ainda assignalar-se, no Uruguav, o projecto Balthazar Brum de 1923, e na Argentina a lei de 1926, chamada dos direitos civis da mulher e que, segundo um seu eminente commentarista “ha modificado substancialmente la organizacion juridica de la familia” e valeu como uma “supresion de la auctoritas morital”. (NONATO, 1929, p. 20).

¹⁷³ “O absolutismo dos direitos individuaes cede lugar ao principio da relatividade dos direitos e de sua vocação social a que o artigo 1.º, do Codice Civil da Russia Soviética deu expressão perfeita nesta formula notável: ‘Os direitos civis são protegidos pela lei, salvo na medida em que forem exercidos em sentido contrario á sua destinação econornica e social’”. (NONATO, 1929, p. 19).

biológico”, nem na propriedade e no regime de bens, que obedecem a considerações de ordem puramente económica, nem nas obrigações, forma jurídica de organização, circulação e distribuição das riquezas. O mundo jurídico tende a organizar-se, ao que proclamam, sob dados puramente pragmáticos e técnicos. (NONATO, 1929, p. 26).

O tecnicismo amoralista deixaria

em obliuio o homem nas relações jurídicas, para somente considerar as próprias relações, e que lhes parece a última palavra do progresso jurídico conceituar a obrigação como “uma relação entre dois patrimónios”, bem se pôde ver que o apello á lei moral se lhes antolhará uma singular regressão na historia das idéas jurídicas. (NONATO, 1929, p. 26).

O “verdadeiro realismo jurídico”, ao seu ver, seria aquele que levaria em consideração não somente questões de ordem “física”, porque “o direito segue a vida”. Seria preciso não esquecer do “espírito” que dá forma às ações dos homens. Nesse sentido – procurando fortalecer sua perspectiva –, afirma que “o elemento moral penetra cada vez mais o campo da justiça e determina [...] varias concepções doutrinaes e reformas legislativas visando a corrigir as consequencias extremas do absolutismo legal” (NONATO, 1929, p. 27).

Expressões desse estado de espirito contemporâneo não faltam : — a organização jurídica da familia largamente se assenta em critérios de ordem puramente moral e as limitações da propriedade obedecem, em pontos importantes, aos imperativos desse factor, em nome do qual, nos contractos, cada vez mais se impõem exigencias de lealdade e moralidade. Rejuvenescem as tentativas de construcção do direito natural. (NONATO, 1929, p. 27).

São duas as possibilidades: ou Nonato evitava, com tal análise, dar o braço a torcer quanto à sobreposição de um “direito técnico” sobre um dito “direito natural”, ou enxergava, na doutrina e na jurisprudência, a manutenção dos referenciais morais e “naturais”.

E levanta as discussões da época acerca da relação entre direito, moral e justiça:

Rodolpho Stamler afana-se na pesquisa da regra que estabelece a harmonia entre o direito legal e o direito justo. Lask e Young collocam ao lado do direito escripto outro não escripto, tão positivo quanto o primeiro. Lambert altea seu ideal jurídico na substituição progressiva de directivas elasticas e equidosas a regra cegas e mecanicas. A omnipotencia da forma legal perde seus fanaticos. (NONATO, 1929, p. 27).

Para além desses indicativos na área da doutrina jurídica, vai também à atuação dos magistrados. E diz: “reclama-se para o juiz moderno quasi que a função de ‘legislador de cada caso’, e isso se reclama exactamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angustia expressional, elle contém” (NONATO, 1929, p. 27). Aos juizes caberia “supprir as deficiências do direito legislado”.

O “princípio moral” teria importância não apenas na formação dos institutos jurídicos, mas também na interpretação e aplicação do direito. Uma moralização do direito estaria em curso, *apesar* de que “vae para mais de trinta annos” que se fale em sua “materialização”:

E não é possível negar que, actualmente, “mais do que nunca, o Juiz sonda as intenções dos litigantes, e attende ás circumstancias da causa e á moralidade do litígio e que o direito civil como o penal, tende a individualizar-se, tornar-se mais subjectivo, mais elástico, mais humano, em sua realização, como em seu principio formal”. As realidades na vida impossibilitam traçar sempre e absolutamente, as extremas entre a moral e o direito e se ha movimento expressivo da moderna mentalidade jurídica é, justamente o que Ligeropoulo chama de moralização do direito. É certo que, vae para mais de trinta annos, apregoase com insistência que o direito se materializa, pragmatizase, torna-se cada vez mais desvinculado da psychologia e da moral. Mas já estamos fatigados, diz o subtil Hauriou, das escolas novas e das escolas realistas e das philosophias novas e das theorias objectivas de que se arma tanto rumor. Desenha-se a reacção que nos conduz brandam ente nos velhos themas e a uma era de conservantismo e de retorno ás idéas classicas. Como quer que seja, vae adquirindo vulto o movimento a que Ligeropoulo appellida moralização do direito. (NONATO, 1929, p. 28).

Ao fim, afirma “o Juiz, através de cada caso, apurará a existencia do abuso, mas, as directivas que a lei lhe offerece, mostram a importancia do elemento moral: - a boa fé e as regras da equidade. O principio da boa fé é fundamentalmente moral” (NONATO, 1929, p. 30).

Muitas foram as perspectivas trazidas pelos artigos publicados pelas Revistas analisadas. Tantas, que a sistematização de um pensamento se torna tarefa quase impossível, devido à inúmera quantidade de fontes, opiniões e conceitos.

No entanto, se os pontos de partida utilizados pelos juristas nem sempre foram os mesmos, é possível identificar uma convergência quanto aos conceitos a que se propôs deter-se esta pesquisa.

O primeiro decênio do século XX apresentava inúmeras possibilidades de leitura e representação da realidade. Surgiram movimentos no campo das artes, sociologia, psicologia, antropologia, biologia, etc. No Brasil, atravessava-se um momento de transformação das instituições com a adoção da Constituição de 1891. Ficou claro que a nova ordem federativa republicana alterava a percepção dos juristas sobre o direito brasileiro – especialmente ao que ele deveria ser. Tanto no campo do direito constitucional quanto nas demais disciplinas jurídicas, os juristas estavam em disputa sobre os conceitos.

Em primeiro lugar, parece que a República trazia consigo a viabilidade do Brasil se alçar ao patamar de nação civilizada, tendo em vista que grande parte das doutrinas estrangeiras advinham de países republicanos, a exemplo dos Estados Unidos e de outros Estados europeus.

A república se instaurava em concomitância com a recepção de ideias de cientificização do direito.

Notou-se que tal cientificização do direito, se por um lado se amparou em outras ciências para se constituir como civilizada, valendo-se desde escolas histórias europeias às mais novas descobertas no campo da biologia, se preocupava, também, em dar à moral e aos princípios caráter social e juridicamente *relevante*.

Sendo ainda instáveis legislação e jurisprudência, no período em que o judiciário e o direito nacional se ensaiavam *assentamento*. Como os operadores do direito, mais precisamente a magistratura, deveria agir em casos incerteza ou lacuna de legislação? Este ponto foi bastante abordado pelos textos analisados. Afinal, tratava-se, de formar e fortalecer a jurisprudência nacional, reiteradamente apontada como caótica ou *anárquica*. Elencando as opções de fontes subsidiárias, os autores ofereciam suas soluções: a grande maioria se deteve sobre o viés principiológico, moral; muito se discorreu sobre o *espírito* da lei, princípios gerais do direito, direito natural, o justo, o bom senso e os costumes. Todos são colocados como resultados de processos de racionalização, bom senso e análise histórica contextual e casuística dos casos apresentados aos juízes.

O pensamento do legislador como fonte subsidiária foi pouquíssimo recorrente. Sendo frequentemente descrito como um fator de evolução, o direito deveria estar intimamente ligado às mudanças sociais. Nesse sentido, recorrer às intenções do legislador corresponderia à própria paralisação do direito e dos movimentos sociais.

Defendeu-se a necessidade de textos legais *flexíveis*. Mesmo Pedro Lessa, defensor de uma interpretação pautada nos ideais dos legisladores, pontua o prejuízo de se levar a lei ao pé da letra, a exemplo do caso em que o relógio da igreja cumpria “função social” em um município pobre de um país recentemente laico.

O direito comparado é uma ferramenta muito utilizada pelos autores do período. Tendo-se em vista que o sistema republicano brasileiro se valeria do estadunidense para suporte, a ideia de como deveria agir a magistratura se pautou, ao menos doutrinamente, na concepção de *juiz legislador*. A exposição de motivos de Campos Salles certamente fora bem aceita quanto ao repúdio da personificação do juiz boca-de-lei.

A estabilização da jurisprudência se resolveria pelas seguintes vias: a precisão de princípios como “equidade” via legislativa; a codificação do direito civil; a expansão das

competências do Supremo Tribunal Federal quanto à inclusão do direito civil em última instância; a harmonização dos julgados naquele tribunal e sua adoção pelos tribunais inferiores.

Ao lado dos doutrinados, os juízes eram indicados como os *termômetros* das necessidades sociais, analisar os casos com conhecimentos científicos o suficiente para interpretarem a lei de maneira a *modernizar* o direito: seriam eles a conciliar ciência, direito e prática. Por esse aspecto, alguns dos juristas avaliaram que o direito seria político, por estar não apenas sujeito às oscilações políticas da Primeira República quanto por sua função social.

Como dito anteriormente em algum momento deste capítulo: o pensamento jurídico nacional buscou amparar, conciliar e estrutura republicana, desenvolver-se por meio dela, olhando para o estrangeiro, cientificizar-se e se civilizar-se, mantendo, ao olhar para o Brasil, o *bom senso* das situações práticas. Talvez a questão sobre a interpretação jurídica se desenvolva de maneira mais complexa do que uma simples e marcada distinção entre jusnaturalismo e juspositivismo.

De qualquer maneira, os textos indicam o papel fundamental da interpretação no desenvolvimento sócio-jurídico nacional, e a ele atrela-se a figura do juiz.

Nesse sentido, o terceiro capítulo investigará as figuras de Pedro Lessa, Carlos Maximiliano e Alberto Torres, nomes de grande alcance doutrinário no Brasil que compartilham em comum a passagem pelo Supremo Tribunal Federal como ministros.

4 JURISTAS INTÉRPRETES DO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO E A CONSTRUÇÃO DO DIREITO NACIONAL EM DISPUTA

A *interpretação*, como visto, consistia em objeto de análise dos juristas que publicavam nas Revistas das Faculdades de Direito da Primeira República. A grande maioria dos juristas estudados não tratou *unicamente* sobre o tópico: ele vinha atrelado à dispositivos constitucionais e teorias do direito civil ou penal específicos. Não ofereceram um *método interpretativo*, ou apresentaram uma sistematização.

No entanto, não poderiam evitar de tratar de entendimentos ou demonstrações práticas de *como deve interpretar* um jurista determinados assuntos jurídicos, seja uma teoria ou um artigo doutrinal. Por exemplo, a respeito da competência dos Estados de regularem suas leis processuais, como levantado pela discussão realizada entre Lessa e Monteiro: o primeiro justificou sua interpretação pela ideia da “letra da lei”, ao seu ver, *como era a lei*, isto é, de uma perspectiva “teórica”; o segundo, ao ver de Lessa, o fazia de maneira *filosófica*, ao que Monteiro respondia se tratar, na verdade, de atenção aos princípios contidos na adoção de uma única fonte de procedimentos processuais, única forma capaz de manter a *materialidade* constitucional, considerando os possíveis efeitos da interpretação que concedesse aos estados aquela competência.

No entanto, dá-se a impressão de que a interpretação pode – e deve – flexibilizar-se em *casos específicos* – ou melhor, se flexibilizam, *ou não*, caso a caso. Se Pedro Lessa defende com unhas e dentes, em um primeiro momento, que o intérprete procure o sentido da lei que o legislador entendeu, em outro momento relativiza sua ideia para não a levar ao extremo de repudiar a recuperação, por parte dos cofres públicos, do único relógio de certa cidade, propriedade da igreja, uma vez aventada a possibilidade interpretativa de que tal ato contrariasse a liberdade de religião ou a laicidade do Estado, isto é, que tal ato fosse inconstitucional.

O conceito de interpretação é claramente atravessado pelos entendimentos da lei, da moral, do justo, de Poder Judiciário, da função do juiz, da modernização social (atravessada pela ciência) e do próprio direito, não só o direito como categoria universal discutida por autores estrangeiros de diferentes perspectivas (Ihering, Duguit, etc), mas um conceito de direito aplicável a um país “atrasado”. Defendeu-se, de maneira geral, que tanto a lei quanto a sua aplicação seriam pautadas em *princípios moralmente científicos* ou *cientificamente morais*. Os

conceitos estavam tão intimamente entrelaçados que seria difícil defender apenas a perspectiva moral ou apenas a letra da lei.

Em nível do conceito de *princípios*, se manifestariam da maneira bastante *genérica*. Desta forma, seriam considerados princípios para todos os efeitos os brocardos romanistas, as disposições constitucionais relativas aos poderes políticos e aos direitos dos cidadãos (que eram, também, entendidas como *lei*), ideias do justo e do moral, e o próprio fundamento das leis, entendidas como resultado da análise prática-científica do legislador. Defendeu-se, também, que considerando o juiz a lei *injusta*, caberia a aplicação do princípio da *equidade*. O direito, aqui, parece ser entendido ainda, como o faziam os medievais, uma *arte* baseada em uma *prudência*, isto é, uma prática argumentativa, fundamentada sobre pontos de vista, *topoi*, de busca por normas aplicáveis ao caso (HESPANHA, 2019). Isso demonstra que a prática interpretativa, embora em rumo de cientificização, ainda se mantinha bastante ligada às práticas tópicas europeias no momento de aplicação da lei. Nesse sentido, não apenas a letra da lei orientaria a interpretação, visto que o método utilizado de procura pela solução dos casos particulares se amparava em uma espécie de *ius inveniendi* (HESPANHA, 2019), sem comentar a possibilidade de recurso material ao direito natural, claramente aceita à época. Indica uma prática pré-codificação que, como aponta Meccarelli, se apoiaria sobre a *fatualidade* do direito como uma “ordem jurídica a revelar, como êxito de uma dimensão objetiva” (MECCARELLI, 2011, p. 89).

Isso poderia ser compreendido pela dificuldade de adequação dos problemas contingenciais aos dispositivos positivados, algo que os juristas atuantes entre os séculos XIX e XX vivenciavam na Europa como um problema decorrente da codificação, algo descrito por autores como Meccarelli ao referir-se ao surgimento de legislações excepcionais no campo do direito penal italiano (MECCARELLI, 2011). A interpretação estaria, também, à mercê da experiência do jurista que, diante de fatos sociais novos, deveria decidir de modo a responder às demandas que a lei não pode cobrir. Muitos concordam que a lei tenderia ao envelhecimento.

Com relação à interpretação constitucional especificamente, não há uma subordinação da Constituição às leis ordinárias. Ela é apresentada como lei, e lei fundamental, e sua interpretação parece se dar sob os mesmos critérios gerais, pautados pela diferença hierárquica das normas. A visada para o modelo constitucional estadunidense apresentava uma nova compreensão sobre o alcance das normas constitucionais a partir da interpretação judicial.

Estando apto o Supremo Tribunal Federal para verificação de constitucionalidade das leis aplicadas aos casos particulares de maneira a ampliar não apenas sua competência em termos formais mas, também, os limites da interpretação judicial sobre os dispositivos legislativos de acordo com o interesse público, como entendeu Campos Salles, em relação à proteção de garantias individuais e na salvaguarda do equilíbrio entre os Poderes e dos interesses da República.

Levando isso em consideração, a proposta deste terceiro capítulo é analisar como se desdobram os conceitos identificados nas publicações até aqui pelo viés de três autores que são entendidos como bons exemplos dos conflitos existentes à época acerca de como interpretar o direito e, além disso, servem para demonstrar a complexidade do mosaico de termos, entendimentos, conceitos utilizados desde o começo da república, momento em que o jurista ainda se via em posição *bacharelesca*, e o final da república, quando há já um maior desenvolvimento do pensamento jurídico nacional, e um aumento da autonomia e da competência do judiciário ao final da década de 20. Atravessando a Primeira República, esses autores dialogaram com os conceitos que estavam na ordem do dia, atrelando-os a distintas conclusões sobre interpretação, que se alinhavam às suas conclusões sobre a função do juiz diante da lei e da sociedade. Seus juízos demonstram a efervescência das discussões sobre os rumos não apenas da interpretação jurídica, mas também das propostas em que os juristas se viam envoltos acerca do posicionamento do judiciário em meio às questões políticas nacionais. Serão tratadas as obras de três juristas que desenvolveram obras importantes do pensamento jurídico nacional e que ocuparam a função de ministros do Supremo Tribunal Federal: Pedro Lessa, Alberto Torres e Carlos Maximiliano.

Como se posicionaram, com relação à interpretação, três juristas que trabalharam inseridos no contexto de alteração das funções e do alcance interpretativo das decisões do Poder Judiciário? Acredito que o pensamento em *O problema nacional brasileiro* (1912) e *A organização nacional* (desenvolvido por Torres entre 1910 e 1911 na forma de artigos para a *Gazeta de Notícias*, publicado como livro em 1914) capta o pensamento da época relativa às questões constitucionais nacionais entrelaçadas a uma perspectiva política que já se apresentara com a proibição da circulação do livro *A ilusão americana*, de Eduardo Prado, em 1893.

Pedro Lessa, por outro lado, publicou *Estudos de Filosofia do Direito* (1911) e *Do Poder Judiciário* (1915) enquanto ocupava a posição de ministro (1907-1921).

Carlos Maximiliano foi nomeado em 1936, tendo já, à época, publicado *Comentários à Constituição Brasileira de 1891* (1918) e *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (1925).

4.1 O ESPÍRITO DA LEI SOB DISPUTA: A INTERPRETAÇÃO E OS LIMITES POLÍTICOS DO JUDICIÁRIO

Como se viu, a interpretação, na ordem republicana, foi discutida em meio a termos tão diversos como direito natural, sociologia, biologia e moral. Foi atravessado por discursos de modernização no campo social e jurídico, pela alteração do alcance da interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre os assuntos constitucionais, pelo balanço do peso da letra da lei com as transformações necessárias relativas aos casos novos que surgiam diante do sistema republicano. Há, também, outra perspectiva que se dá abertamente e de maneira bastante cautelosa no debate republicano, que é a dos limites da interpretação judicial diante de questões políticas. É um período em que coincide também com uma forte disputa sobre os limites entre os Poderes diante da mão forte do Executivo, como se pode depreender do texto *O Poder Executivo na República Brasileira* (1916), de Annibal Freire da Fonseca (FONSECA, 1981). Laila Maia Galvão trata, minuciosamente, deste tema em seu trabalho *História constitucional brasileira na primeira república: um estudo da intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 1923* (2013): para a autora, a política dos governadores que culminaria nas revoltas iniciadas no início dos anos 20, no Rio de Janeiro, teria provocado uma crise constitucional de dimensões ainda não vistas durante a Primeira República, com o uso indiscriminado de intervenções nos Estados e da utilização do instrumento de Estado de Sítio de maneira contundente¹⁷⁴. Segundo ela, o discurso constitucional que sustentaria a Constituição de 1891 se chocava com as práticas políticas, por sua posição anti-intervencionistas. Em 1922, o Supremo Tribunal vê descumprida

¹⁷⁴ “(...) O Supremo Federal dá, nesta fase, os primeiros *habeas-corpus* para garantir o exercício de direitos políticos e de funções legislativas, mas ainda sem conflito aberto com o Poder Executivo. O *habeas-corpus* concedido para a reposição do Governador do Amazonas, em 1910, coincide com as ordens expressas do Presidente da República nesse mesmo sentido, e a volta do Coronel Antônio Bittencourt ao cargo de que fora afastado com a intervenção de forças federais. Já em 1911 a situação se alterará completamente, com a desobediência declarada do Governo Federal a acórdãos daquela Corte e a crítica feita a esta em Mensagem presidencial ao Congresso” (RODRIGUES, 1991, p. 5).

a ordem do habeas-corpus nº. 8800, a qual dava posse do governo do estado do Rio de Janeiro ao opositor do governo federal Raul Fernandes. O Poder Executivo dava as cartas e as disputas políticas se concentravam sob seu critério.

Para Lynch, este período teria sido de um projeto jurídico-político preocupado com os interesses oligárquicos em disputa por todo território federativo. Lynch (2011) relata uma preocupação de Joaquim Nabuco anterior à República de denunciar uma natureza “flagrantemente aristocrática ou oligárquica” do movimento republicano. Conforme Lynch, Nabuco “denunciava o republicanismo como uma campanha orquestrada pelas elites insatisfeitas com o abolicionismo monárquico para instaurar o regime oligárquico no Brasil.”, e “tão cedo não poderia produzir efeitos democráticos ou republicanos, para além das formas constitucionais” (LYNCH, 2011, p. 299).

Ao seu entender, prevalecia um modelo de interpretação bastante flexível, que serviria aos propósitos conservadores do “situacionismo oligárquico”, cujo representante seria, ao ver de Lynch, Campos Salles¹⁷⁵, Ministro da Justiça, em oposição ao “liberalismo do Ministro da Fazenda”, Rui Barbosa, “que encarnariam os dois pólos ideológicos antagônicos em que se dividiria a interpretação constitucional do novo regime” (LYNCH, 2011, p. 307). Tais disputas interpretativas se dariam em torno dos problemas enfrentados pela Primeira República, como “fraude eleitoral, [...] o estado de sítio, a intervenção federal, a jurisdição constitucional (controle de constitucionalidade), o habeas corpus e as normas centrais da organização federativa” (LYNCH, p. 322, 2011). A Constituição de 1891 teria sido puramente formal, esvaziada de conteúdo, desde a instauração da Assembleia Constituinte, que se deparava já com a instauração prévia do modelo de Poder Judiciário do Decreto 848/1890. Diz Lynch: “Antecipavam, assim, o espírito que prevaleceria na interpretação dos dispositivos democráticos e liberais da Constituição durante toda a Primeira República: esvaziar no conteúdo o que se consagrava na forma” (LYNCH, 2011, p. 312).

A polarização acima referida se trataria também de uma disputa sobre *legalidade*. Salles representaria um modelo de interpretação constitucional movida pelas flutuações de

¹⁷⁵ “Com a queda da monarquia e o advento de um presidente eleito, as coisas mudavam de figura. Como explicava Campos Sales, a vantagem de substituir a monarquia parlamentar pela república presidencial estava na conjugação de um governo forte e pessoal, de um lado, com sua responsabilidade direta frente aos representantes do latifúndio reunidos no Congresso, de outro. Ou seja, para ele, a república presidencial era a garantia de governo forte a serviço do establishment oligárquico”. (LYNCH, 2011, 307-308).

interesses políticos, enquanto Barbosa representaria um “respeito quase religioso às formalidades jurídicas, na supressão do poder pessoal e discricionário, na defesa da divisão dos poderes políticos e na valorização do Poder Judiciário”, a oposição ao “governo arbitrário, patrimonial e militarista” por via de uma interpretação constitucional que cerceasse “os abusos do poder, mais favoreça a liberdade civil e política, no indivíduo e na associação, mais estimule a vida local nos municípios, mais assegure a autonomia constitucional nos Estados” (LYNCH, 2011, p. 318). Em verdade, me parece que antes mesmo de se analisar a situação em termos de “respeito às formalidades jurídicas”, é preciso atentar para a disputa do peso de decisão e intervenção dos Poderes sobre a política nacional. O entrave entre as instituições era dado por vários fatores, e a interpretação da lei e da constituição era um deles. A quem, afinal, competiria interpretar em última instância?

A interpretação constitucional estava certamente em meio às disputas políticas. Lynch parece apontar que em tal disputa, o “legalismo” teria perdido para o “esvaziamento” material na aplicação do direito constitucional. Além disso, a dualidade da justiça configurava a impossibilidade da unidade jurisprudencial e enfraquecia o Supremo Tribunal Federal ante a jurisdição dos Estados¹⁷⁶ como resultado da política oligárquica que se instaurava, causando

¹⁷⁶ “Concordando em princípio com a moldura constitucional norte-americana, os deputados Amaro Cavalcanti, Anfilóbio de Carvalho, Ubaldino do Amaral e José Higino Duarte Pereira, futuros ministros do Supremo Tribunal Federal, defendiam também a unidade do direito substantivo e processual, bem como a unidade do Poder Judiciário, que não fora contemplada no anteprojeto. Quanto ao primeiro tópico, o pernambucano José Higino reclamava que os ultrafederalistas queriam “uma confederação de repúblicas”, ao passo que, acerca do segundo tema, declarava solene: “O direito uno, produto da nossa história, é um dos mais fortes vínculos da nossa união nacional, e considero o rompimento desse vínculo um crime de lesa-patriotismo”. Como Higino, Anfilóbio desmoralizava a teoria da soberania dual como “condenada na teoria e universalmente repelida na prática. O que estamos constituindo é um governo de federação, e esta ocupa lugar intermediário e de transição entre a confederação e o Estado simples ou unitário”. Para ele, a dualidade judiciária abandonaria “de todo a interpretação das leis a tantos juizes e tribunais Anfilóbio, por sua vez, era um magistrado que se formara e fizera carreira no Império; talvez por isso partilhasse visivelmente dos pressupostos institucionais dos estadistas conservadores do Império, como São Vicente e Uruguai: também para ele, sem uma instituição central moderadora que interligasse todas as jurisdições, “as paixões locais, as rivalidades políticas, a luta dos interesses, os sentimentos e os costumes dos Estados federados reagiriam contra a Justiça, e a unidade da lei desapareceria diante das interpretações contraditórias da jurisprudência”. Anfilóbio pensava o Supremo Tribunal Federal de forma análoga à que Uruguai pensava o Conselho de Estado. A existência daquela corte, porém, não consolava o deputado que, à maneira daqueles estadistas, previa profético o problema que a federação traria e que pelos 40 anos seguintes seria apontado por Rui Barbosa, Alberto Torres, Oliveira Viana e tantos outros: “Estes juizes (estaduais) vão ser, antes de tudo, agentes eleitorais, empreiteiros de eleições, instrumentos dos governos e dos partidos locais, no meio da luta intensa provocada por tantos cargos de eleição popular em cada Estado. Bem sabemos o que tem sido a política entre nós até agora, meus senhores, e bem podemos antever o que terá ela de ser em cada estado, alargada como vai ser a sua esfera de ação, de ação local, sobretudo, com os nossos costumes, com os nossos defeitos e vícios de educação política. Para a magistratura não haverá uma carreira; suas esperanças, suas aspirações serão limitadas pelos horizontes de cada estado”. Para Anfilóbio, a reforma haveria de ser...

pouco controle sobre a interpretação promovida pelos juizes, dando-se espaço para a instauração daquele projeto político.

Os ideias supostamente democráticos seriam, em verdade, “artimanhas aristocráticas”; a República, um conjunto de conceitos mal-acabados, de pouca densidade; não se falava em igualitarismo, legalismo ou civismo. Tratava-se, em verdade, de uma revolta de federalistas rurais revoltados contra a monarquia unitarista. Ao ver de Lynch, uma República longe de ser *boa per se*, ao estilo kantiano. Ela seria *puro instrumento*¹⁷⁷.

Os republicanos não teriam tido a preocupação de tangenciar assuntos de maior importância desde a década de 1870, como a escravidão; o desenho institucional também parecia estar em aberto. A ideia seria a instauração de um modelo federativo ao molde americano, onde não haveria entraves estatais no domínio privado. Lynch é categórico ao afirmar que “a república veiculada era, assim, simplesmente, à continuidade da monarquia, com a diferença de federalizada e privada de um monarca hereditário”¹⁷⁸ (LYNCH, 2011, 304).

Pontes de Miranda já descrevera o cenário jurídico e político da primeira República a caracterizando como liberalismo “não-econômico”, de “orações brilhantes e ocas, entremeadas de citações inglesas” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 13). No entanto, este autor afirma

“...origem, causa permanente de uma situação de verdadeira anarquia na administração da justiça... como consequência de um tal estado de coisas, virá fatalmente a invasão da justiça federal nos domínios da justiça local. Esta reforma, este híbrido sistema de organização judiciária, além dos males que há de trazer ao País, anarquizando a justiça, será um fermento de desorganização política, um agente de dissolução do governo federativo, que temos em vista constituir. E como tal tribunal (o Supremo) há de ser constituído pelo arbítrio do presidente da República, para ele só serão nomeados indivíduos tirados dos estados maiores e mais populosos. Singular federação!” Esses argumentos não demoveram os conservadores” (LYNCH, 2011, p. 315-316).

¹⁷⁷ “Ou seja, a república nunca era vista como boa em si mesma, mas sempre de modo instrumental, ou seja, como um meio de conseguir a emancipação provincial do governo nacional. Não havia, da parte das elites que pretendiam a mudança de regime, qualquer projeto político substantivamente republicano, isto é, que se alicerçasse numa concepção igualitária, legalista e cívica da Nação.” (LYNCH, 2011, p. 303).

¹⁷⁸ “Apesar de formalmente expresso num discurso republicano, o âmbito da república defendida pelo republicanismo agrário paulista coincidia com aquele da “nação” da monarquia parlamentarista idealizada pelos conservadores e liberais do campo – um espaço público restrito aos proprietários de terras, aos profissionais liberais e aos altos funcionários do Estado – ou seja, aos patrões; ficando fora dela todo o resto da população, isto é, a força de trabalho que os abolicionistas queriam elevar à categoria de cidadãos plenos. Daí que o discurso republicano da aristocracia paulista acabasse tomando, na prática, contornos de um liberalismo muito mais autoritário que o do Império. À sombra da mesma ideologia liberal democrática do republicanismo urbano, surgiu um republicanismo militante do campo, amparado ideologicamente no darwinismo social, oligárquico e hierárquico, autoritário e racista, que sedutoramente acenava a toda a aristocracia rural como a solução definitiva de seus problemas políticos. Nesse quadro, não causará estranheza que, depois de assentado o novo regime, fosse ele elogiosamente descrito por um dos mais eminentes próceres paulistas, a esta altura senador, como uma ‘democracia autoritária’” (LYNCH, 2011, p. 305).

algo bastante interessante: “a prática da Constituição de 1891, se não criou, no Brasil, o espírito constitucionalista, pois esse já nos vinha do trato das questões levantadas no Império, fortaleceu-o e precisou-o” (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 10). Adverte, porém, que a convicção democrática de 1891 não ia ao ponto de fazer da democracia o supremo bem (PONTES DE MIRANDA, 1947, p. 216).

O cenário era cheio de contradições, polarizações e desentendimentos. A constituição estava, de fato, à mercê da política. E uma política que se manifestou por meios autoritários, certamente. Mas, se por um lado se reconhece que a interpretação jurídica era atravessada por interesses, ela certamente fora atravessada por mais de um.

O caso de crime de hermenêutica¹⁷⁹, que discutia a questão do controle difuso de constitucionalidade como pano de fundo, evidencia a problemática. Disse Rui Barbosa sobre as possibilidades interpretativas:

Ahi está onde naufraga a ingenuidade dos que supõem ter, por esse manifestamente, delimitado com a precisão de uma raia inequívoca a linha entre o exercício correcto e o exercício incorrecto do poder confiado aos juizes, para joeirarem a constitucionalidade e a inconstitucionalidade na crítica das leis. O que é manifesto a um espírito, pode ser duvidoso ao critério de outros, ainda figurando que estes e aquelles occupem nível superior, emparellando, ao mesmo tempo, no talento e no desinteresse. Não se descobrio, até hoje, a pedra de toque, para discernir com certeza absoluta o oiro falso do verdadeiro na interpretação dos textos. (BARBOSA, 1896, p. 235).

Ainda:

A questão, em ultima analyse, se reduz, pois, a isto; um conflicto intellectual de duas hermenêuticas, falliveis ambas e ambas convencidas. (BARBOSA, 1896, p. 235).

Há, à época, um evidente esforço de construção e assentamento de um sentido constitucional republicano. A doutrina brasileira do habeas corpus se mostra como um ponto de importante análise, pois além de suscitar o interesse jurídico e político da nova Constituição, abre brecha para a pesquisa sobre o papel dos ministros do Supremo Tribunal Federal com relação ao modo de compreender e aplicar o instrumento, que havia passado da legislação penal para a constitucional e tido sua redação modificada. É interessante, ainda, que por meio do instrumento do habeas corpus transparecem as crises políticas e jurídicas do cenário nacional, que à época procurava por estabilidade, tanto no discurso quanto na prática.

¹⁷⁹ Tratado por Maria Fernanda Salcedo Repolês em “O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do Controle difuso de constitucionalidade no Brasil” (2009).

Em se tratando da primeira constituição republicana que via o Brasil e, além disso, a compreensão de que a carta deveria ser pouco detalhista, nota-se que suas garantias previstas eram pouco atentas a especificações, o que resultou em uma ausência de definição, enumeração ou categorização de direitos, para além do problema da ausência de indicação de instrumentos para seu cumprimento, sem os quais dificilmente poderiam se efetivar. Nesse sentido, Santos (2018) afirma que a doutrina e a jurisprudência se viam responsáveis, por meio da interpretação do texto constitucional, *abstrair* os direitos individuais, o que teria levado ao estabelecimento daquela doutrina. Esse entendimento é compartilhado com Bonavides (2005, p. 529), para quem a interpretação da doutrina e do foro teriam sido responsáveis pela efetivação de garantias constitucionais diante do Estado. Andrei Koerner (1998, p. 272), inclusive, entende que tal momento da história brasileira teria sido um ponto de rompimento de uma prática judicial. Haveria, para além de um problema de hermenêutica constitucional, uma vontade política de criar uma limitação ao Poder Público em face da liberdade dos sujeitos (KOERNER, 1998, p. 272).

Fala-se em Ruy Barbosa como pai de tal doutrina. É certo que Rui fora um grande defensor de um *espírito* constitucional que não poderia ser encontrado apenas na letra da lei. Tratando do estado de sítio, ao defender a manutenção de interesses como o da imunidade parlamentar, afirma que

Nenhuma dessas impossibilidades está na letra da Constituição: mas todas estão no seu espírito, que não é a interessada exploração das suas ambigüidades, mas o gênio positivo do seu sistema e a translúcida expressão dos seus textos capitais, derramando a sua claridade sobre os outros. Toda a letra, sem razão que a domine, e anime, morta é e mata. Com a letra perdereis a melhor das constituições, se pelo seu espírito a não regerdes e vivificardes. Alheando uma constituição do seu espírito, esvaziareis da sua energia orgânica; e o resultante será um aparelho mecânico, do qual os práticos hábeis removem ou trocam, a seu sabor, as peças mais delicadas. Animai-a do seu espírito, e vos achareis com uma entidade vivente, que rejeita de si os corpos estranhos, e não tolera a falsificação de seus órgãos. (BARBOSA, 1914, p. 52, grifo meu).

O espírito da lei, seu propósito, seus princípios, parece se colocar antes mesmo de sua letra. A interpretação dos institutos jurídicos está no centro desta arena política dividida e “transacional”. Tal transição era fortemente marcada pelo interesse de progresso, modernização, e o espírito da lei serviria não apenas para resguardar os direitos políticos dos cidadãos, mas também para a flexibilização do discurso jurídico diante das contradições

constantes entre a necessidade de manter a tradição e a de adequação – ou mesmo rompimento político – do Poder Judiciário. Além disso, os juristas se viam em meio a uma quantidade bastante variada de doutrinas, não obstante serem eles em sua esmagadora maioria homens de boas finanças brancos (OLIVEIRA, 2015).

Há uma preocupação de *garantir* a permanência da nova Constituição como pilar da nova ordem. Assim, não acredito que a Constituição fosse não compreendida menos que lei, muito menos como “mera carta política”, isto é, responsável apenas pelo estabelecimento dos poderes políticos. No texto *Constituição e carta constitucional. Especie de constituição. Materia constitucional* (LIMA, 1893), publicado na Revista da Faculdade de São Paulo, há a identificação do conceito de constituição dependente do conceito de democracia. Os sistemas monárquicos dispunham não de constituições, mas de *Cartas*.

Segundo Pontes de Miranda, o *habeas corpus* exerceu até 1930 e entre 34 e 37 “*função coordenadora e legalizante*” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 175).

“Se as nossas estatísticas fossem perfeitas, se tivéssemos notícias e dados exatos de nossa vida social e moral, estaríamos aptos a avaliar o grande bem que à evolução do país tem produzido o *habeas-corpus*. **Nos territórios pobres, em que a existência é penosa e o trabalho árduo, com princípios de religião formalista e autoritária e o inevitável resíduo do fato econômico-jurídico da escravidão, - nós ainda vivemos, no interior, como se coexistissem na mesma forma social o presente da civilização universal e o passado da nossa realidade histórica.** (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 175, grifo meu).

Ainda:

“O *habeas-corpus*, alavanca social, que manobrada pelo simples rábula dos sertões, ou pelo bacharel que exerce, mais do que se pensa, pelo interior do país, a anônima e alta missão civilizadora e renovante, faz cessar a violência do chefe local, ou dos agentes do governo federal, ou estadual, mediante a ordem concedida originalmente ou em grau de recurso, pelo Supremo Tribunal Federal”. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 176).

Alberto Torres, segundo Boechat, se ocupou de expandir o conceito de *habeas corpus* e defender a soberania da União frente aos Estado (RODRIGUES, 1991, p. 6). Sobre Pedro Lessa, dirá que

através da construção judicial, numa nova fase de arbitrariedades do Poder Executivo, que se abrirá em 1911, ele vai liderar a maioria dos seus colegas e proteger, por meio de *habeas corpus*, direitos que, na verdade, nada **tinham a ver com o direito de locomoção; o único, de acordo com a doutrina anglo-americana, capaz de ser amparado por aquele remédio** (RODRIGUES, 1991, p. 8. grifo meu.)

Diz Pontes de Miranda que havia basicamente 3 tipos de interpretação sobre o instituto do habeas corpus na Primeira República.

Havia uma interpretação conservadora, que entendia o instituto exatamente como se aplicava na tradição inglesa e durante o Império: “ao parecer deles, só se pode amparar a *liberdade de locomoção*, e nada mais. [...]. Garante-se o direito de ir, ficar e vir, sem que, sob esse pretexto, se possa abroquelar, além da faculdade de se mover, de entrar e de sair, o *exercício de qualquer função*. Falou-se em função, então, não cabe o remédio!” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 178).

Se a pretensão fosse a mesma, a letra constitucional seria idêntica à do regime imperial, como aconteceu ao júri (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 179). O que ocorreu, no entanto, foi que ela foi mais além ao enunciar que seria caso de habeas corpus quando alguém sofresse ou estivesse em iminência de “sofrer violência ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. Não se falou em prisão, nem em constrangimento corporal” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 179). Tampouco fez qualquer menção à liberdade física.

O habeas corpus, assim, nos dizeres de Barbosa (citado por Miranda), conforme estabelecia a Constituição de 1891, era um instituto que tratava “amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, por um desses meios, aí está estabelecido o caso constitucional do habeas-corpus” (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 179).

Para Pontes de Miranda, parece claro que o constituinte intencionou a amplitude do habeas corpus:

A sua intenção foi acudir ‘sempre’ a todos os que sofressem, ou se sentissem ameaçados de constrangimentos indevidos em sua liberdade de ir, mover-se, parar, vir e ficar. Mas não se limitou a ampará-la em certos casos: prometeu-o ‘sempre’ que tais casos se dessem. Procurou valer por igual a todas as espécies de coação, ou violência, por ilegalidade, ou abuso de poder, uma vez que delas tema ou sofra a liberdade de locomoção. Direitos que estão consubstanciados com a pessoa que os possui, e para cujo exercício se faz mister o *ir, ficar e vir*; direitos, enfim, que são corolários ou privilégios constitutivos da personalidade, como a liberdade de reunião, de associação, de voto, e outros congêneres, todos dependentes, como são, do direito de *ir, ficar e vir*, ou de *mover-se* [...] (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 181)

Boa, ou excessiva: pouco importaria. Era o que lá estava. (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 186).

A aposta na decisão dos juízes e dos ministros do STF era alta, como explica Koerner, acerca dos comentários de Rui Barbosa sobre a implementação do Código Civil de 1916:

Se o código fosse adotado de imediato, nas condições da República, ele seria desfigurado pela prática casuística, realizada pelo Judiciário fragmentado, induzida pela política facciosa. Isso porque a Constituição, um código ou qualquer lei, é recriado pela prática, por mais sistemático, detalhado e completo que for. (...) Por outro lado, pelos conflitos entre escolas, partidos, opiniões que entendem o código de maneiras diferentes (Barbosa, 1965 [1909]: 177). Assim, a jurisprudência tem para ele o papel predominante na determinação do sentido da lei, pois uma “codificação, apenas decretada, entra no movimento evolutivo dos arestos” e, com o tempo estes acabam por sobrepor “à letra escrita o direito vivo dos textos judiciais”. A consequência da diversidade da jurisprudência é a degeneração da regra “em um aglomerado caótico de antagonismos irreductíveis, por falta de uma autoridade comum, que os elimine” (Barbosa, 1967, p. 235).

Também diz Koerner, retomando Rui Barbosa, que as leis deveriam ser interpretadas e aplicadas de acordo com os “bons princípios”, levando em consideração a moderação e equidade, inclusive a fim de *corrigir* as más leis: a lei poderia ser “‘mal executada’ para o bem”. Caberia ao judiciário tal tarefa, quando necessária (BARBOSA, 1966, p. 672-3).

Felisbello Freire e Alfredo Varella se inclinariam para o mesmo sentido. Em suas obras, o Poder Judiciário é apontado como a base da República, iniciando-se por sua consolidação já no Governo Provisório. É colocado em oposição ao antigo modelo de justiça monárquico, que não fazia oposição às leis ruins do Congresso. O STF da República seria responsável por assegurar a garantia dos princípios constitucionais e por conter os demais poderes, aplicar ou deixar de aplicar leis para além de simples exegese ou argumento de legalidade. Diz Varella que caberia ao Supremo Tribunal “a última palavra”: estaria autorizado a criar julgados para que, *posteriormente*, fosse resolvida eventual questão no âmbito legislativo.

Dizem Schwarcz e Sterling (2015) que a Primeira República se iniciara encantada com a modernidade e se encerrava em busca da “brasilidade” que, ao entender das autoras – em referência Roberto Schwartz –, se deu por meio de um processo de “subtração”, pelo qual se realizava a revisão do passado a partir de um “marco zero” em direção ao futuro. Novas perspectivas surgem para tentar explicar o Brasil. A mestiçagem, por exemplo, passa a ser lida como elemento cultural. O “futuro” do Brasil, isto é, o discurso histórico prescritivo e as análises sociológicas, no entanto, teriam de tratar de um contexto de institucionalizações de planos republicanos e, também, de clientelismo; e assim com as todas outras contradições do país que se industrializava em meio às carroças. Nesse cenário, a interpretação e aplicação do direito precisariam, certamente, serem flexíveis para dar conta de todas as situações.

No âmbito das análises do direito constitucional, também a interpretação recebera atenção. Ainda que a literatura não fosse tão ampla quanto, por exemplo, a da civilística, havia autores engajados jurídica e politicamente no tema. Perguntava-se por que estrutura constitucional seria mais adequada para facilitar o trabalho dos operadores do direito: deveria ela se concentrar em descrever as situações em seus pormenores ou, de outro modo, fixar amplos princípios, que pelo discernimento dos juízes seriam aplicados aos casos particulares? Havia, portanto, um questionamento sobre o alcance das regras positivadas e a diversidade e imprevisibilidade de problemas levados à justiça. O problema seria maior ainda quando considerada a identificação de uma constitucionalização da legislação ordinária, ou uma alteração de um cenário em que prevalecia discussões de direito privado para outro em que o direito público ganhava espaço. Alguns viam esse movimento de forma positiva, certamente pensando na experiência a partir do modelo constitucional americano, mesmo pensadores tão opostos quanto Rui Barbosa e Campos Salles, enquanto outros o viam de maneira negativa, como algo que romperia com a ordem estabelecida.

Em 1890, o ministro João José de Andrade Pinto, do então Supremo Tribunal de Justiça, afirmou no artigo intitulado *A Constituição da Republica do Brazil – Idéas geraes*, que a Constituição deveria “cingir-se aos principios fundamentaes sem detalhado desenvolvimento, pelos quaes se rejam as instituições de ordem secundaria e natureza instavel” (PINTO, 1890, p. 2-3). Isso porque entendia que não havia, no ordenamento jurídico nacional, que se fazer qualquer distinção entre “matéria constitucional e não constitucional” dentro da constituição, simplesmente porque tudo o que está na constituição é constitucional, e tudo que está fora dela não o é¹⁸⁰. O sistema constitucional, na visão de tal jurista, estaria sendo “sofismado” pela constitucionalização das leis ordinárias. Diz ele: “Essa incoherente distincção [entre matéria constitucional e não constitucional] deu lugar á sophismada intelligencia do constitucionalismo em varias leis das legislaturas ordinarias, para alterar-se profundamente o systema constitucional” (PINTO, 1890, p. 3). Interessa levar em consideração a visão de um ministro dos tempos da monarquia, em pleno processo de transição para a república, para identificar a

¹⁸⁰ “É descabida a distincção, que fez o art. 178 da constituição monarchica, entre materia constitucional e não constitucional. Para alterar-se por legislatura constituinte ou por ordinaria, porque as prescripções de uma constituição, como partes integrantes da mesma unidade especifica não podem deixar de apropriar-se á natureza della, sendo, portanto, constitucional o que se contem na constituição; e, se a materia não participar de sua natureza fundamental, então não pôde ser nella prescripta”. (PINTO, 1890, p. 3)

leitura do que parecia haver de novo na percepção sobre o alcance do constitucional sobre a legislação ordinária, sobre as transformações no que diz respeito ao entendimento sobre o que era ou não (e viria a ser) considerado matéria constitucional.

E afirma que a República brasileira enfrentaria um problema na manutenção do equilíbrio dos Poderes, visto que aqui, estaria “arraigado o vicio governamental da deturpação das leis á medida das conveniencias da ocasião”. É interessante observar que ao mesmo tempo em que pregava pela compreensão de que tudo aquilo que está contido na constituição é matéria constitucional, o que não se fazia nos tempos monárquicos, entendia que tudo aqui que estaria fora dela não o era para fundamentar tal posicionamento.

E assim os poderes activos desembaraçavam-se das peias da ex-constituição, que desprestigiou-se não tanto por seus preceitos, como principalmente por sua infiel execução. Para confiar a delegação soberana aos poderes federaes, garantindo-se seu exercicio, deve estatuir-se, além da demarcação de suas raias, não só o correctivo para os abusos e exorbitancias, mas tambem o embaraço da influencia dominadora de uns sobre os outros, incompatibilizando a alliança dos interesses particulares de seus agentes na participação das reciprocas funcções. (PINTO, 1890, p. 10-11).

Para o então ministro do à época Superior Tribunal de Justiça, no esquema dos três poderes republicano-federativo, “o magistrado não se immiscue, senão indirecta e acidentalmente, nos negocios públicos: sua acção é latente”. A unidade da federação só seria garantida por meio de um laço constitucional entre os Poderes, regidos pela lei, “essência da soberania popular”. E se dirige ao sistema de justiça americano para enaltecer o Poder Judiciário como o sujeito responsável pela contenção dos excessos dos demais poderes: contra a “tyrannia das assembléas populares” e os “abusos do poder executivo”. O judiciário disporia, assim, da decisão jurídica como recurso de controle político do executivo e legislativo, de modo que **“pairasse acima de todos a placidez do interprete da lei na sua applicação pratica, com seu symbolismo de lei viva”** (PINTO, 1890, p. 29, grifo meu). O intérprete da lei parece ser, então, o próprio movimento da lei. O juiz é lei viva.

Para Pinto, “confiou-se ao poder judiciario, que entre os outros é o mais fraco na acção, a missão politica de sustentar a unidade nacional” (PINTO, 1890, p. 29). O judiciário, na visão do jurista, seria “cavaleiro do influxo partidário”. E afirma ser um “falso argumento” a ideia de que as funções judiciárias e as políticas sejam distintas, o que “não quer dizer activa intervenção nos negócios políticos” (PINTO, 1890, p. 51). Ao mesmo tempo em que o intérprete/juiz e sua

lei viva é encarado como fator de ação política, o ministro defende que o Poder Judiciário deve oferecer “garantias do saber e imparcialidade do juiz”, já que a “especialidade d'esse poder não é o jogo político, e sim o desempenho da fiel execução das leis: seus requisitos são sómente os do jurisconsulto” (PINTO, 1890, p. 52).

Tal mescla de entendimentos parece ser bastante confusa e contraditória. Como é possível que o juiz seja, ao mesmo tempo, lei viva e fiel aplicador da lei, constituir-se em Poder de sustentação da unidade nacional e não agir de maneira ativa sobre as questões políticas? Tais perguntas são bastante marcantes no período. O judiciário ganharia maior autonomia com o sistema republicano e a interpretação das leis e a regulação dos assuntos e interesses constitucionais era atravessada pela pergunta dos limites de sua politização. Além disso, a hermenêutica tradicional pela qual os juízes deveriam se ater ao texto da lei esbarrava na necessidade de adequação aos novos tempos, tanto no aspecto da modernização das relações sociais e econômicas quanto da reorganização dos fundamentos do Estado e seus órgãos. Como atender às necessidades sociais sem, eventualmente, lidar com questões políticas? Parece que os juristas evitavam entrar a fundo em tais debates.

Em *Direito constitucional brasileiro (1897-1898)*¹⁸¹, Alfredo Varela extrapola as questões jurídicas: veem-se referências à sociologia, a Spencer e, também, a um certo entendimento histórico da Constituição¹⁸². Tudo isso envolvido no espectro de um nacionalismo que procura se afirmar republicano.

O prefácio¹⁸³ e, também, dos artigos jornalísticos posteriores à publicação do livro juntadas como posfácio, parecem expressar um ponto de vista comum aos que a analisaram: trataria-se de uma obra de caráter eminentemente político. Tal visão causa certo estranhamento

¹⁸¹ Trata-se aqui da análise da segunda edição desse livro, datada de 1902.

¹⁸² Autores citados no prefácio como sendo citados por Varela: “Bonald, D’Holbach, de Maistre, Bernal, Aristoteles, Hume, Turgot, Quesnay, Mercier de la Rivière, etc.” além de, fundamentalmente, Comte.

¹⁸³ O prefácio é escrito por Izidoro Martins Junior. Ele adverte que o livro seria “radicalmente” contrário às ideias da época, e que o objetivo do autor do livro é apontar a necessidade de uma revisão constitucional para fazer jus aos “antecedentes históricos de nossa nacionalidade”. O que, aparentemente, seria um engano, visto que o assunto permeava os artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Minas Gerais e Recife. Interessante notar que, à época, que já havia o entendimento – que viria a ser reiterado e aprofundado em Alberto Torres – de que havia um certo deslocamento dos preceitos constitucionais com relação à realidade brasileira, e tal problema, em sua análise, é sucedâneo à Independência. No entendimento do autor, diz o prefacista, a Constituição de 1891 cometia mesmo erro: “phantasiou obra nova em desacordo com a tradição nacional” e que “mal concebida, a Carta vigente não corresponde á constituição histórica da nacionalidade portugueza, de que proviemos, antes a contraria profundamente” (VARELA, 1902, p. xvi-xvii).

a um leitor contemporâneo, tendo em vista que, ainda que as ideias do seu autor sejam inevitavelmente atravessadas pelo político, fala-se majoritariamente sobre a Constituição brasileira e suas consequências práticas. Há, em diversos momentos, a preocupação de compreender os artigos constitucionais e, também, o sentido do que é uma interpretação propriamente dita e as implicações sobre o texto da Constituição. Citam-se diversos autores jurídicos, fala-se sobre a divisão dos poderes, a questão do federalismo, do tribunal do júri, da liberdade profissional, etc. Tudo isso sob uma ótica jurídica histórica e hermenêutica. No entanto, como se disse, avisa tratar-se de uma obra política seus comentaristas à época, especialmente por seu caráter de orientação sociológica e sua compreensão de política. As teses de Varela seriam, conforme Martins, “heterodoxas e afoitíssimas, capazes de estarrecer o mais solerte dos nossos doutores em constitucionalismo [...] abeberado “nas mais puras fontes da publicista antiga e moderna” (VARELA, 1902, p. xvi-xvii).

Varela debate com bastante frequência o problema da interpretação da lei, especialmente através dos tópicos em que se detém para crítica, como o artigo constitucional que trata da liberdade profissional. Ao seu ver, as discussões sobre a interpretação dos artigos no âmbito do tribunal tenderiam a ser vítimas de uma certa contingência, o que decorreria da ausência de um “rigoroso estudo determinante do critério interpretativo”. Sem tal estudo, cairia-se, diz o autor, no “modo de ver proprio de cada um”¹⁸⁴. Nesse sentido, quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, afirmou ser impossível estabelecer uma interpretação racional enquanto houvesse “livre exame individual”¹⁸⁵. A “Lei suprema do paiz não pode ter dois sentidos” e não deveria “ficar sujeita a estas alternativas e fluctuações”. O meio para se evitar tal situação seria, ao invés de se inquirir o entendimento individual sobre determinada “these incerta”, seria “definir qual o pensamento imperante e victorioso na Constituinte” quanto ao

¹⁸⁴ “[...] a intelligencia das doutrinas que o Congresso constituinte prescreveu, ao exercer sua suprema função, este os interpretará em um sentido, aquelle em outro: - o parlamentarista, de maneira sympathica a seu systema; o presidencial, de maneira a que ganhe vigor o opposto; o monarchista, de maneira a dar-se ás instituições a feição do passado; o republicano, a firmar cada vez mais as que preconisa; o auctoritario, a fortificar o poder; condição de ordem social, e o demagogo, as franquias do extremo radicalismo, dissolvente e anarchisador” (VARELA, 1902, p. 304).

¹⁸⁵ “Um exemplo torna claras estas idéas. Decretou a Bahia, decretou o Ceará, impostos de importação sobre mercadorias produzidas em outros Estados. Os partidarios da liberdade commercial profligaram-se como sendo uma demasia; os que julgam usarem os governos locais de um direito legitimo, defendem a imposição. Dominavam os primeiros no Supremo tribunal e vingou ali a doutrina por elles esposada, nos varios accordams conhecidos sobre esta materia. – Fossem em maior numero os adeptos da outra escola e triumphava o principio opposto...” (VARELA, 1902, p. 304).

ponto a ser interpretado. O preceito interpretativo diria respeito não somente ao princípio da liberdade, mas também ao *princípio do federalismo*.

Trata-se, digamos, de um princípio de liberdade: investigar primeiro se a tendência da Assembléa foi de restringir as liberdades ou ampliá-las. Trata-se do federalismo: se foi de applicá-lo com o máximo ou com o mínimo desenvolvimento. Trata-se da auctoridade: se foi de enfraquecê-la ou dar-lhe maior e mais forte realce. Trata-se das funções do Congresso nacional: se foi de as cercear ou de alargá-las. **Definida a tendência do Congresso constituinte neste ou em cada um destes casos, a orientação dominante em suas deliberações deverá servir de critério nas controversias elucidativas da Lei suprema: tal a padrão, a pedra de toque em que se deverá aferir da legitimidade de uma interpretação qualquer.** Para bem encaminhar a que ora que se inicia, cumpre indagarmos *in primo loco* qual o pensamento do Legislador, no que diz respeito á liberdade. – Sustentamos que foi seu intuito dar-lhe a máxima amplitude possível. (VARELA, 1902, p. 305, grifo meu).

A intenção do legislador aparece, como em outros momentos aqui referidos anteriormente, como referência no momento de se pensar a legitimidade de uma interpretação. Mas o que pesa, de fato, é o princípio republicano federativo que norteia o regime. É possível encontrar não apenas neste, mas em outros textos do mesmo período, a mesma compreensão de que tal princípio representa uma espécie de guarda-chuva que ampara todos os demais princípios constitucionais. A interpretação, ligada às intenções do legislador e aos princípios que nortearam os trabalhos legislativos, seria instrumento dos seus operadores para a concretização, inclusive por meio de ampliação dos preceitos legislativos, quando fosse caso de garantir direitos aos indivíduos. O interesse maior, de acordo com a Assembleia Geral e com a Constituição, seria o estabelecimento de um governo liberal que sirva como norte interpretativo do judiciário. Tal governo seria tão grande quanto o próprio princípio da liberdade¹⁸⁶. Assim, “SEMPRE QUE HOUVER DUVIDA RELATIVAMENTE Á LATITUDE QUE LHE DEU O LEGISLADOR, A INTERPRETAÇÃO HÁ DE SER AMPLIATIVA” (VARELA, 1902, p. 309, grifo do autor). Tal entendimento interpretativo era, de fato, bastante arrojado para o período. Ainda que, nas entrelinhas, fosse possível verificar entendimentos semelhantes, poucos autores manifestaram-se de maneira tão clara e incisiva quanto Varela.

¹⁸⁶ [...] “Se a esta simples resenha ajunctarmos a enumeração dos dispositivos liberaes da Constituição citada, que a Assembléa republicana referendou; as seguranças prodigalisadas á liberdade dos cidadãos; o systema judiciario ideado para a guarda de seus direitos; a responsabilidade do poder-publico que estatuiu, para evitar e castigar as demasias governamentaes contra a autonomia individual, - concluiremos sem esforço que a tendencia dominante no Congresso constituinte, foi a de firmar a liberdade, alargar o seu raio de acção, garantil-a em toda a plenitude.” (VARELA, 1902, p. 309).

Há, portanto, um determinado modo, uma “fórmula insofismável” de interpretar a Constituição, e ela se daria por meio do liberalismo como princípio e fim, por processo de *indução*. E tal liberalismo permitiria, nos momentos de incerteza interpretativa, mesmo que houvesse um número determinado de direitos e garantias constitucionais, afirmar que “a especificação das garantias e direitos expressos na Constituição *não exclue outras garantias e direitos NÃO ENUMERADOS, mas resultantes da forma do governo que ella estabelece, e dos principios que consigna*” (VARELA, 1902, p. 308, grifo do autor)¹⁸⁷. E isso era possível graças ao o republicanismo federalista e os princípios dele decorrentes¹⁸⁸.

O propósito legislativo parece aqui bastante importante. Por ser um momento de transição, de uma monarquia para um sistema republicano, é no pensamento do legislador que está a fonte mais segura para se manter estabilidade. Isso se dá tanto pela lei em sua forma escrita, mas também e fundamentalmente pelo entendimento dos princípios constituintes.

Quando Varela utiliza a “letra expressa da Constituição” como método interpretativo trata-se, ao fim, de assegurar garantias constitucionais. No entanto, se não há clareza interpretativa sobre o texto constitucional, é possível ampliá-las por meio de decisão jurídica.

Ao tratar da questão do exercício profissional – ao seu ver completamente livre, independentemente de diplomação e profissão –, Varela pergunta pelo método interpretativo dos que defendem o contrário e, em seguida, procura invalidar, por meio de critérios hermenêuticos, os limites de tal exercício. Nesse momento, o autor adentra no campo da explicação hermenêutica, estabelecendo-a como uma tripartição da interpretação pelas dimensões gramatical, lógica e científica, como fizera outrora Paula Baptista. Sendo a lei clara, não haveria porque interpretá-la diferentemente daquilo que afirma em letra. E isso seria o *princípio da fixidez das leis*¹⁸⁹. Sendo a regra “*interpretatio cessat in claris*”, a exceção deve ser resolvida pela procura do *verdadeiro sentido da lei*.

¹⁸⁷ “O característico do regimen republicano é a livre concorrência que garante a todos, em face de todas as funções privadas ou publicas. Logo, além das *garantias e direitos expressos na Constituição*, foram por ella assegurados aos brasileiros todos os outros até agora excluidos por privilegios antes em vigor, salvo os ainda mantidos *expressamente*, e só esses”. (VARELA, 1902, p. 309).

¹⁸⁸ Varela limita a interpretação jurídica ao princípio federativo tanto no sentido de expandir quanto de reduzir a interpretação ao diferenciar “liberdade” de “privilegio”: “OS PRIVILEGIOS, NÃO SE SUPPÕEM – NÃO SE INDUZEM NEM SE DEDUZEM; OU VÊM EXPRESSAMENTE CONSIGNADOS NA LEI, OU NÃO EXISTEM ABSOLUTAMENTE” (VARELA, 1902, p. 312, grifo do autor).

¹⁸⁹ Volta-se à Paula Baptista para justificar seu entendimento interpretativo. “Estas citações fazem-nos entrar de cheio no campo da hermenêutica, e ahí perguntamentos: qual o elemento de interpretação que justifique o parecer dos monopolistas? – Dos tres enumerados pelo douto Paula Baptista: *grammatical, logico e*

Neste terreno não ha margem para discussões, tal a lucidez, o brilho, o esplendor, da declaração constitucional, o que seria sufficiente para obstar qualquer tentamen interpretativo em um paiz respeitador da lei, pois, como é de regra, *interpretatio cessat in claris*. Isto sabem a fundo nossos doutores e jurisprudentes desde a academia, onde lhes ensinou o mestre citado que <<uma vez que as noções proprias e regulares dos termos removem toda a duvida, mostrando o verdadeiro sentido da lei, SERIA ABSURDO DEIXAR ESTE SENTIDO, por conjecturas já então arriscadas e fataes ao principio da fixidade das leis, sem a qual não haverá certeza na legislação>> - Hemeneutica juridica, pag, 385, nota. *Lex est quod lex voluit*. (VARELA, 1902, p. 314, grifo do autor).

O espírito da lei anda lado a lado com a História em termos de interpretação. O *verdadeiro sentido da lei*, seu espírito, é encontrado por meio da *história da lei*: “Mas... e o elemento historico? retorquem ainda os interessados. Ah, ahi é que fica bem patente o verdadeiro sentido do texto! Estudemos com sincera inteireza o que nos diz a historia da lei”¹⁹⁰ (VARELA, 1902, p. 316).

Aqueles que defendiam a restrição do exercício profissional aos diplomados afirmavam que a liberdade estabelecida na Constituição imperial havia cessado com a promulgação da Constituição republicana. Argumenta que, apesar de que as constituições estaduais estivessem restringindo o texto constitucional nesse quesito, a intenção de Júlio de Castilhos, representante do Rio Grande do Sul na “Comissão dos vinte e um” (nomeado pelo Congresso Constituinte para dar parecer sobre o projeto de Constituição do Governo Provisório) teria sido clara. Alegavam os opositoristas da liberdade profissional em sentido amplo que o que estaria escrito na Constituição “*não é o pensamento do Legislador*”. Varela recorre ao pensamento e à aplicação do seu entendimento por Castilhos sob seu governo, afirmando em prol de sua causa que a mínima regulamentação das profissões não teria tido qualquer prejuízo particular ou social. Estando vivo o legislador, e tendo aplicado seu entendimento na prática, Varela aponta:

scientifico, o primeiro jamais lhe serviu de argumento, da mesma fôrma o segundo; só no terceiro, e deste apenas na *historia da lei*, fundaram suas pretensões expoliadoras. Quanto ao elemento grammatica, não há duvida, confessam: é claro o texto em questão. Reconhece-se ahi que *é livre o exercicio* das profissões, não distinguindo o Legislador se trata de profissões diplomadas ou não, e onde a lei não distingue, nos é vedado fazel-o: *Ubi tex non distinguit, nec interpres distinguere potest.*” (VARELA, 1902, p. 314).

¹⁹⁰ E segue: “Para reproduzir com fidelidades os fundamentos da argumentação dos adversarios da liberdade, seja-nos permitido transcrever as allegações essenciaes do mais activo paladino do monopolio, o dr. Isaias Guedes de Mello. Sustenta o intelligente advogado que a Assembléa constituinte, havendo rejeitados as emendas que ao additivo do dr. Julio de Castilhos apresentaram varios representantes, todas declarativas da dispensabilidade do diploma para o livre exercicio das profissões, ipso facto devemos concluir que o seu pensamento foi estabelecer que <<a liberdade profissional devia continuar a ser entendida como no regimen extincto>>, isto é, com restricções. É uma perfeita erronia: as limitações da liberdade é mister que sejam expressas, para terem valor legal”. (VARELA, 1902, p. 316).

Verificando assim o que havia tido em mente o Legislador e que ha perfeita identidade entre o espirito e a letra da lei, <<conhecidos estes motivos, conhecidos estão os efeitos, que ella tem de produzir, e para cujo fim foi feita>> - que duvida pode restar no animo de juizes imparciaes, como já o tem mostrado um delles, em luminosissimas sentenças?! (VARELA, 1902, p. 314-15, grifo meu).

Nota-se que a letra da lei da qual fala é identificada ao próprio *espirito da lei*. Quando fala em espírito, parece se referir ao que propunha o constituinte. E a letra da lei deve corresponder, ao ser interpretada, ao próprio espírito da lei, à intenção do legislador constitucional. Quando reconhecida a perfeita identidade entre letra da lei e espírito da lei, isto é, a *finalidade da lei*, não há margem interpretativa para o magistrado.

Varela revela o seu conceito de constituição, e ilustra o que chama de esquema hermenêutico “peregrino”, o qual afirmava que o estaria escrito na letra da constituição não seria o pensamento do legislador no referido caso e, portanto, peregrinou em outra direção. Na ausência de um adendo constitucional explicativo para o caso do art. 72, § 24, da Constituição de 1891¹⁹¹, Varela vai até os *Annaes da Constituição* para ilustrar seu raciocínio: a Constituição é a verdadeira legitimadora de qualquer interpretação, e está acima de qualquer lei inferior para fins práticos¹⁹².

Além disso, mesmo que a legitimidade da interpretação dependesse da finalidade constitucional, isto é, da intenção do legislador, tal entendimento só poderia ser alcançado por meio de princípios fundamentais. A lei é criada para um determinado fim, que é conhecido, e são conhecidos por meio de princípios que guiam a interpretação; são meios *científicos* para avaliar o que é “normal” e “anormal”. Normal e anormal poderiam, segundo o autor, ser conhecidos a partir daquilo que é socialmente conveniente.

Admitte-se que a Lei suprema da Republica esteja em desaccordo com a moral?! Vejamos a *materia sobre que versam as leis*. <<As leis, diz o hermeneuta, não exprimem mero arbitrio; mas um systema sabio, com principios e meios adaptados a fins certos...Estes principios fundamentaes, meios e fins, são outras tantas regras de interpretação, ou meios scientificos de distinguir o sentido *anormal* do perfeito ou *normal*. Assim, a interpretação,

¹⁹¹ “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 24. É garantido o livre exercicio de qualquer profissão moral, intellectual e industrial” (BRASIL, 1891).

¹⁹² “O dr. Francisco Badaró apresentou igualmente uma additivo, mandando accrescentar no artigo 54.º: <<A Constituição é a lei suprema da Republica; nenhuma lei pode derogal-a. Em caso de conflicto entre uma lei anterior ou posterior, o juiz deve applicar a Constituição.>> O Congresso tambem rejeitou essa proposição. [...] Porventura concluiremos dahi que a repulsa do additivo importa em admittir-se o disparate de que qualquer lei pode derogar a Constituição ou que, no referido caso de conflicto, o juiz poderá deixar de applical-a? – Vejam-se os absurdos efectos de tão peregrina hermeneutica!” (VARELA, 1902, p. 317).

que der á lei commercial um sentido desastroso ao credito, será anormal, etc...>> [...] *Interpretatio illa sumenda quae magis convenit subjectae materiae*, é a regra inilludível! (VARELA, 1902, p. 322).

É muito interessante observar como Varela se apropria do conceito de interpretação de Paula Baptista para aproveitá-lo naquilo que lhe parece ser útil e para desenvolvê-lo na direção daquilo que é socialmente desejável. Assim, a interpretação que escapasse aos princípios fundamentais seria considerada *anormal*. O sentido de anormal em Paula Baptista fora *muito mais* obtuso. Varela frisaria que a interpretação da lei não se esgotaria nos termos jurídicos: era preciso “estudal-a á luz da conveniencia social” (VARELA, 1902, p. 316). E, aqui, toma-se dimensão da questão constitucional como parâmetro interpretativo e a função do Supremo Tribunal Federal como guardião de tal interpretação. Caberia ao Poder Judiciário, ao seu ver, identificar *a conveniência social* dos entendimentos possíveis. A conveniência social é deferível dos princípios que a constituição estabelece:

Em face, pois, do art. 72.º, § 24., da Constituição federal, que não pode absolutamente ser revogada pelas constituições estadoaes, nem pelas leis ordinarias, deve prevalecer a interpretação mais liberal. As restricções resalvando a offensa á moralidade, á segurança e hygiene que apparecem em algumas constituições, só podem ser entendidas referindo-se a leis novas accommodadas áquelle preceito: as que estiverem em desaccordo com elle, promulgadas antes ou depois, SÃO INCONSTITUCIONAIS E PORTANTO ATACADAS POR IMPRESTAVEIS. A questão deve ser debatida perante os tribunaes do paiz e ao Supremo tribunal federal cabe a ultima palavra. Se elle, julgando em especie, decidir uniformemente em varios casos, poder-se-á considerar firmada a doutrina até que o poder legislativo, pelos tramites constitucionaes, resolva definitivamente. (VARELA, 1902, p. 416).

Varela se preocupa com a prevalência interpretativa das leis regulamentares sobre os “pontos capitães do nosso Estatuto fundamental”, e afirma que “felizmente têm naufragado todas as tentativas” (VARELA, 1902, p. 435-6). Antes que as leis regulamentares interpretem a Constituição, aponta a possibilidade de estabelecimento de uma doutrina por parte do STF que se sobrepusesse, ao menos temporariamente, às leis promulgadas pelos estados e consideradas inconstitucionais. O STF concede a interpretação legítima e atua como legislador até que a inconstitucionalidade seja revista, em um segundo momento, pelo Poder Judiciário¹⁹³.

¹⁹³ Talvez Varela imaginasse que tal seria o papel de um Supremo Tribunal Federal em uma jovem república, com características diferenciadas de seus próprios modelos, e inovadora em tópicos de direito público. Diz o autor: “O espirito de reforma avassallou o Congresso constituinte que soffreu a influencia das correntes philosophicas dominantes, representadas na occasião por illustres republicanos, que com o seu esforço e patriotismo tanto concorreram para que a nossa Constituição adquirisse um cunho especial na definição de todas as liberdades publicas e individuaes. Os arts. 72.º e seguintes compendiarão os principios mais adiantados do direito publico moderno.” (VARELA, 1902, p. 435).

A transição de Império a República certamente implicava, no entendimento dos juristas à época, na transformação do direito e do sistema de justiça.

4.1.2

Felisbello Freire reforça essa constatação em *Historia Constitucional da Republica Federativa dos Estados Unidos do Brasil*. Para ele, tratava-se de transformar o Poder Judiciário “radicalmente como órgão do direito e da justiça”¹⁹⁴.

E transformá-lo estava atrelado a uma nova forma de compreender o papel da magistratura no novo contexto. E a fala de Campos Salles, Ministro da Justiça, parece ter indicado o caminho. E tal caminho começava pelo entendimento, que Freire encampa e cita integralmente, a ideia do Ministro de que [a magistratura], “graças ao regimen republicano, não é um instrumento cego ou mero interprete na exccução dos actos do poder legislativo”. E que “antes de applicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sancção, si ella lhe parecer conforme ou contraria á lei organica" (SALLES *apud* FREIRE, 1894, p. 162). Segundo Freire, por meio de tais *princípios*, pôs em execução a reforma do Poder Judiciário¹⁹⁵. O Poder Judiciário, a partir do Decreto de 12 de novembro de 1890, teve nomeados toda a magistratura do país, incluindo os ministros do STF, até o final de janeiro de 1891 (FREIRE, 1894, p. 163-164). Dentre tantas questões a serem esclarecidas sobre o funcionamento da Justiça, o Supremo Tribunal, de partida, já se encontrava atrelado ao questionamento de sua

¹⁹⁴ “[...] Estes e outros acto que affectavam a legislação civil, criminal e commercial, não satisfizeram á aspiração reformista da revolução, attendendo nestas modificações, ou para defeitos da legislação, inadapta da á indole do novo regimen, ou ás novas relações judiciais por elle creadas. Ella foi affectar o poder judiciario em sua essencia, procurando dar-lhe uma nova organização muito differente daquella que no Imperio linha servido de base de sua constituição. Foi transformal-o radicalmente como orgão do direito e da justiça” (FREIRE, 1894, p. 161).

¹⁹⁵ “E tanto na consciencia do ministro estava a certeza destes principios, dos quaes partio para reformar o poder judiciario da nação, que seus decretos de lei organica da justiça federal, pelos quaes ficou definitivamente constituido esse poder, entraram logo em via de execução. Os projectos de reforma feitos pelo governo poderiam ser justificados pelo interesse que elle sentia de apressar o inicio da phase constitucional, fazendo com que a nação entrasse o mais depressa possivel no regimen legal. E então a actividade dos membros do governo lhes habilitaria para quando o Congresso se reunisse, encontrasse-os com todo o trabalho de organização acabado. Elle seria o ponto de partida da acção do Poder legislativo. Assim não succedeu. A reforma entrou em via de execução” (FREIRE, 1894, p. 163).

função política¹⁹⁶. No entanto, parece sugerir o jurista, nenhuma das doutrinas teria qualquer relevância diante dos planos de Salles, para quem os Estados Unidos eram referência em termos de organização e pensamento jurídico¹⁹⁷. E afirma que o verdadeiro Poder Constituinte, com relação ao Poder Judiciário, havia sido o Governo Provisório, na figura de Campos Salles, agente na formação de um “novo direito”, ao qual o Congresso Constituinte pouco havia resistido¹⁹⁸.

O objetivo atribuído ao Poder Judiciário era o de contrapor a “omnipotencia dos parlamentos e as paixões e violencias do executivo” ao garantir a interpretação da lei que “se interponha a estes excessos”, em nome dos direitos e garantias da lei estabelecidos pela Constituição¹⁹⁹. E para tanto, devia se constituir como poder político independente, diferentemente do que teria acontecido durante o período monárquico²⁰⁰.

Na Inglaterra a decisão do Parlamento deveria ser julgada de acordo com *common law* pelos juízes e, nos Estados Unidos, o Judiciário se colocava como um “verdadeiro poder político

¹⁹⁶ Freire fala de uma submissão do Poder Judiciário, que não seria propriamente político à época da monarquia por estar submetido à decisão dos demais Poderes: “A organização judicial do tempo do Imperio não se afastava do typo geral da organização do poder judiciario nas monarchias, como um poder subalterno, sem elementos para oppor-se ás violencias dos outros poderes em defeza dos direitos e das garantias constitucionaes, limitando-se, como um cego instrumento, á execução dos actos do poder legislativo. É esta a sua feição constitucional.” (FREIRE, 1894, p. 165).

¹⁹⁷ “As diversas doutrinas em que se baseiam as organizações judiciarias, umas que reclamam pela dualidade ou unidade da magistratura, pela unidade e pluralidade da legislação; outras que reclamam pelas altas funções politicas do poder judiciario, instituido como supremo interprete das leis e das constituições, elevando-o de poder subalterno a uma grande superioridade constitucional; todas estas doutrinas que *à priori* era impossível prever qual serviria de *plasma* gerador na Constituinte, teriam sómente em seu seio uma discussão platonica, porque a organização judiciaria já era uma realidade. Uma dellas se tinha inspirado por única vontade do ministro que calcou a reforma á solução americana na organização do poder judiciario, que na câmara foi combatido pelos espíritos retardatários”. (FREIRE, 1894, p. 164).

¹⁹⁸ “Como se vê, o maior factor, senão o unico da actual organização judiciaria, foi o Governo Provisorio. Não só a lei organica da justiça federal, como a organização do poder judiciario, tal qual figura no projecto de constituição que o governo decretou em Junho de 1890, foram acceitos pelo Congresso Constituinte que não imprimio a menor alteração n’estas reformas. [...]. É esta uma importante conclusão que antecipamo-nos em tirar e que affecta os elementos formadores do nosso direito constitucional. [...]. Ahi está o Governo Provisorio figurando como um poder constituinte, como depositario da soberania nacional, para agir na organização do Estado e por conseguinte como um factor do novo direito.” (FREIRE, 1894, p. 166).

¹⁹⁹ “Contra a omnipotencia dos parlamentos e as paixões e violencias do executivo, precisa haver um defensor e interprete da lei que, em nome dos direitos e das garantia, se interponha a estes excessos, para se manter o equilibrio constitucional. Este papel é dado ao poder judiciario.” (FREIRE, 1894, p. 164).

²⁰⁰ “Si as reformas politicas da idade moderna têm reconhecido o poder judiciario como um poder politico, <<não o têm constituido como tal de modo independente, nem lhe têm ministrado os meios de conter as usurpações dos outros dous ramos, contentando-se com attribuir-lhe faculdade e força para a applicação das leis, quer sejam contrarias, quer não, á constituição politica. Assim estavam antes da reforma os tribunaes da justiça, investidos, quando muito, do poder de atalhar as invasões do Monarcha no dominio legal, e assim os deixaram>>”. (FREIRE, 1894, p. 165).

por delegação nacional” (FREIRE, 1894, p. 165). E afirmou que tal seria a tendência do século XX, antevendo o jurista como se desenrolaria o Judiciário ao longo do século seguinte, já o século XIX teria sido o século em que o judiciário não deixava de “cumprir suas leis [as do parlamento], mesmo quando ellas violassem direitos” (FREIRE, 1894, p. 168).

E isso passava pela aceitação da ideia de que a função do judiciário consistiria

[...] na função propria e característica de interpretar, como supremo arbitro, a lei, interpondo-se entre ella e a Constituição, como salvaguarda de sua pureza, afim de privar as violações dos direitos e garantias, pelos outros poderes. Os nossos tribunales não tinham essa attribuição. Limitavam-se a executar as leis do legislativo, fossem quaes fossem os principios de justiça que as distinguissem. (FREIRE, 1894, p. 167)

E o jurista se refere à Constituição como o próprio direito, diante do qual as leis do Poder Legislativo, possível vítima de paixões políticas e situacionistas²⁰¹, deveriam se curvar. E a interpretação cabia ao Supremo Tribunal Federal, em sua independência. Ressalte-se, aqui, que o discurso sobre o STF como um contrapeso ao legislativo. E Freire esclarece: a alteração do regime Imperial à República se realiza pela supressão de uma “lacuna do direito constitucional”, a qual caberia ao Poder Judiciário “preencher e corrigir” (FREIRE, 1894, p. 168)

Ao seu ver, o judiciário seria componente de “estabilidade e segurança” do novo regime (FREIRE, 1894, p. 183). Porém, critica que tenham sido mantidos na República os antigos ministros no Supremo Tribunal Federal, que conheciam apenas de um sistema constitucional em que o Tribunal desconhecia de “feição do poder político”, atuando muito mais como justiça ordinária do que com direito constitucional (FREIRE, 1894, p. 183). E conclui: “D’ahi a consequencia inevitavel de que a suprema magistratura federal pouco tem contribuido para consolidar o novo regimen, e fazel-o entrar no exercicio calmo e normal de seu desenvolvimento” (FREIRE, 1894, p. 183).

A força atribuída à Constituição Federal estava estreitamente conectada à ideia de fortalecimento e conservação da República e suas instituições frente aos Estados e suas legislações. Nesse sentido, é visível que a Constituição significava muito mais que um mero

²⁰¹ “Compreende-se, porém, que na engrenagem constitucional, esta instituição, sem os elementos precisos para poder oppor-se ás violencias e tyrannias dos outros poderes, possuindo sómente a feição do corpo consultivo, sem poder annullar actos dos outros poderes, nem acautelar os direitos de sua inconstitucionalidade, não podia preencher o fim constitucional do poder judiciario como poder político, com a amplitude e as prerogativas que lhe deu o legislador americano” (FREIRE, 1894, p. 168)

documento político: ela tinha força sobre as constituições estaduais e as demais legislações e seus princípios deveriam prevalecer sobre todas elas²⁰².

Freire aponta não somente para possíveis conflitos entre autoridades, mas também para “a desordem no seio social pelos movimentos populares” (FREIRE, 1894, p. 184). O autor defendeu que a justiça federal teria competência para agir *espontaneamente* quando “a espontaneidade da acção é reclamada pela natureza de outros assumptos, pela defesa de certos princípios, de certos direitos” (FREIRE, 1894, p. 185). Isso porque “um acto inconstitucional não deve e não póde permanecer nos annaes, ainda mesmo que não tivesse ferido direitos individuaes e provocado o funcionamento do poder competente em defeza desses direitos” (FREIRE, 1894, p. 185).

A Constituição, em seu formato e princípios republicano-federativos, parece ser o próprio “espírito da lei”, conforme o que diz: “Basta que sahisse fóra do espirito da lei suprema da nação. Isto é bastante para trazer em defeza da lei o poder ao qual compete fiscalisal-a, defendel-a” (FREIRE, 1894, p. 185).

O papel que pela Constituição está confiado ás côrtes federaes, talvez os maiores esteios da instituição republicana federativa e dos direitos dos cidadãos, obriga-as a não se desviarem desse objectivo que a Constituição traçou como função propria. E, si salientamos o importante papel das justiças federaes, é para estudarmos os arestos de nossas côrtes. (FREIRE, 1894, p. 186).

O papel de guardião do espírito da lei, da Constituição e da República Federativa estava, senão na prática, pelo menos em teoria, designado às “côrtes federaes”. E manter a instituição republicana em funcionamento só poderia acontecer com os olhos voltados às decisões judiciais.

Em 1899, o juiz federal Manoel de Mendonça publicou o artigo intitulado *O poder judiciario no Brazil*.

Mendonça reitera uma frase não tão incomum aos juristas de seu tempo sobre a relação entre o judiciário e a lei, do ponto de vista interpretativo: “Não é que comprehendamos o poder

²⁰² “Na primeira phase da organisação dos Estados, ahi estão algumas de suas constituições consignando principios em contradicção com os da constituição federal; seus congressos, em sessão ordinaria, promulgando leis que invadem a competencia federal; seus governadores, baixando actos que vão além de seus limites constitucionaes, baixando actos que vão além de seus limites constitucionaes: o supremo magistrado da nação, dissolvendo o Congresso Nacional” (FREIRE, 1894, p. 184).

judiciário como instrumento cego de uma legalidade rígida e absoluta” (MENDONÇA, 1899, p. 1). Assim como a “prática americana” teria provado, que teria provado que [o poder judiciário] “sem ser corrupto ou injusto”, tem a possibilidade de “acompanhar a evolução da sociedade”, ainda que limitadamente quando tratando de causas individuais. Mesmo tais causas existiriam interesses sociais em jogo que permitiram verificar a “utilidade geral das medidas de protecção e das garantias de que o cidadão deve estar cercado” (MENDONÇA, 1899, p. 1).

O Poder Judiciário seria um intermediário “entre o homem e a sociedade, entre o cidadão e o governo, pode temperar as exigências exorbitantes de um e as violências do outro”. E volta-se à leitura do Supremo Tribunal Federal:

Depois da Republica, em ocasiões memoráveis, o Supremo Tribunal Federal já tem tido oportunidade de exercer essa função importante. **Nossa lei orgânica tem tido assim por mais de uma vez aplicação a casos definidos.** A jurisprudência tem se accentuado já para que possamos dispor de elementos próprios a fim de restringirmos o quanto possível a necessidade da inspiração estranha. (MENDONÇA, 1899, p. 1, grifo meu).

E indica como deve a magistratura decidir tais casos:

Generalisar os julgados, interpretar com elles o texto da lei, expor com franqueza nossa opinião - eis o plano que seguimos. Estamos certo da dificuldade da tarefa e não podemos julgar até que ponto ella foi cumprida. O que temos como certo, porem, é que para nós mesmos a execução ficou muito aquem da concepção. (PREFÁCIO)

O jurista lê sua realidade como um período de anarquia e decadência do catolicismo, para os quais não havia ainda encontrado remédio em alguma doutrina²⁰³. Rejeita, no entanto, a ideia de que a doutrina jurídico-filosófica dos direitos naturais solucionasse o impasse: “Tudo é relativo - eis a única cousa absoluta que podemos conceber”. O direito se modifica com o tempo com base nas “condições da existência cívica”, e não de acordo com a “natureza physica e moral do homem”. A sociedade evolui e, com ela, os direitos (MENDONÇA, 1899, p. 3-4).

Se assim funcionariam as coisas, Mendonça se pergunta por aquilo que se “denomina hoje direitos fundamentaes, absolutos no tempo e no espaço”. Mesmo tais direitos sofreriam transformações sociais e políticas eventualmente²⁰⁴. E traz um exemplo brasileiro.

²⁰³ “E' preciso que nos convençamos de que vivemos em uma época de anarchia e de desorganização de todas as forças humanas. A decadência inevitável do catholicismo antes de poder ser plenamente substituído por outra doutrina geral que abrangesse a natureza humana inteira, produziu a dispersão de todos os elementos da ordem humana”. (MENDONÇA, 1899, p. 2).

²⁰⁴ “Quanto mais examinamos a historia da Humanidade, mais nos convencemos de que nada existe nella de absoluto. Suas instituições reputadas hoje direitos absolutos, mesmo as mais fundamentaes e aparentemente

Não faltava então quem invocasse razões poderosas para sustentar a propriedade escrava. Entretanto, a repulsa da maioria dos brasileiros glorificava os magistrados que violavam a lei para multiplicar as liberdades. Tão relativos são os direitos dos indivíduos «o político prudente aceita uma inovação violando mesmo o direito formal, desde que ella é indispensável á existência ou á marcha progressiva do Estado. E' a isso obrigado porque a força das cousas é mais poderosa do que a autoridade de um artigo constitucional qualquer. Elle deve fazel-o porque seu dever de proteger a vida da nação é superior ao de respeitar uma formula legal. Supportar o mal, soffrer sem murmurar pode ser em religião a perfeição suprema. Mas a política tem os olhos voltados para a acção, o resultado, o progresso. **Um doutrinário que disso se esquece por escrúpulos de legalidade é tão culpado como o revolucionário novador que se colloca arbitrariamente acima das leis**». (MENDONÇA, 1899, p. 8, grifo meu).

Mendonça equipara a função do juiz à de um revolucionário institucional, cujo poder de interpretação das circunstâncias sociais deve se sobrepor aos ditos “escrúpulos de legalidade”.

Se na América o sistema judicial se desenvolveu pelo que chama de “força da evolução”, no Brasil o judiciário teria se dado por “transplantação consciente”, se iniciara pelo sacrifício da magistratura dos primeiros tempos coloniais, “verdadeira civilizadora dos sertões inhospitos”, a quem os brasileiros “patriotas” veneravam. Com a República e a reforma do Poder Judiciário, “o receio apoderou-se de todos. Ninguém podia prever o grau de sucesso que obteria a Republica nessa parte importante de sua organização” (MENDONÇA, 1899, p. 81). Isso indica que, ao menos na visão do jurista, a magistratura *civilizadora* desconhecia do lugar que ocuparia com a nova organização. A veneração aos juizes, enquanto elementos essenciais da formação nacional, prosperaria?

A implementação do judiciário em sua forma federativa de caráter dual (compreendida pelo autor como evolução natural da ordem das coisas), envolvia a questão nacional e a questão do *status* político e a magistratura brasileira, como parte privilegiada do aparato de funcionários do Estado, estaria receosa com possíveis alterações de sua função.

A criação do Supremo Tribunal Federal é apontado como o “laço de união, de garantia de unidade e de instância final em todos os casos, que, tendo embora uma fonte individual e restricta, possam interessar no fundo ás leis constitucionaes do paiz”. A interpretação dos casos, ainda que de alcance limitado às causas individuais, poria fim às discordâncias interpretativas

irreductíveis, apresentam-se no curso da evolução com caracteres múltiplos, antagônicos entre si, modelando-se pelos princípios dominantes, mas seguindo uma trajetoria fatal que só Augusto Comte poude definitivamente traçar. Apresentam-se, em summa — repetimol-o — não como instituições fundamentaes da sociedade, mas como condições especiaes de sua existência politica ir uma phase dada”. (MENDONÇA, 1899, p. 6).

na hierarquia judiciária por sua atuação de tribunal de última instância. Seu papel era o de livrar a constituição das “paixões locais” (MENDONÇA, 1899, p. 83-84).

Havia a preocupação, no início da República, quanto à submissão dos Estados às ordens federais, e Mendonça partilhava dessa preocupação. O Supremo Tribunal Federal seria o responsável, em última instância, por dissolver os conflitos políticos entre União e Estados. E essa seria a função política do STF²⁰⁵. E essa função política seria

Percebe-se que o tema do Supremo Tribunal Federal como pólo de decisão anti-majoritária já rondava a cena jurídica brasileira nesse período²⁰⁶. O judiciário seria a própria contenção de uma potencial opressão do Congresso em face dos cidadãos.

E o juiz, ao seu ver, é o recurso do vitimado a uma instância que tem compromisso com o dever e a imparcialidade, longe de “lutas extremas”. Ao mesmo tempo, Mendonça afirma que a ideia de que o juiz, em sua decisão, deva sobrepor a lei à natureza dos homens, é um erro a ser superado pelo entendimento de que as “emergências sociais” demandam dos magistrados o cumprimento de uma “missão”.

Julgar não é missão tão simples como parece á primeira vista. Não basta somente o conhecimento do texto da lei, nem mesmo do chamado espirito della. E' preciso mais do que isso: a compenetração da missão social do julgador, isenta de paixões: a consideração das ambições em jogo, dos sophismas urdidos para fazer entrar nas disposições das leis preterições nascidas do egoismo individual. **Há muito tempo que temos como certo que o erro capital dos juristas está em considerar mais a lei do que a natureza humana, E' esta a razão por que a propria magistratura com tirocinio tem sua educação muito incompleta. Si esta fosse mais perfeita, ella saberia, nas grandes emergências sociaes, sem faltar a sua grande missão, violar a regra, como diz Montesquieu, quando a regra tornar-se abuso.** (MENDONÇA, 1899, p. 93, grifo meu).

E, apesar de a competência do STF ser limitada ao que definia a Constituição de 1891, Mendonça parece adiantar a possibilidade de uma aplicação *erga omnes* às decisões do tribunal:

²⁰⁵ “As attribuições limitadas do Estado seriam por si só insufficientes para resolver o problema, si por sua vez cada um dos poderes da União não fosse limitado dentro da orbita traçada pela lei fundamental. E' dessa limitação de competências que decorre a função politica do Supremo Tribunal Federal como longamente demonstra Story”. (MENDONÇA, 1899, p. 84).

²⁰⁶ “Era imprescindível em uma Constituição, em que todos os poderes nacionaes têm attribuições legaes predeterminadas, que um délies de destinasse a corrigir os effeitos práticos das medidas tomadas pelos outros com franca violação ou excesso de suas funções. Claro é que ao executivo, armado de força, arrodado de todos os elementos de sedução, não se poderia entregar uma superintendência, cujo resultado inevitável seria a absorpção individual de todas as forças políticas. Ao legislativo - esse poder equívoco que oscilla com as paixões da multidão, no caso mais sympathico, ou se origina nas combinações do executivo, ou nas fraudes eleitoraes, no caso mais comum - muito menos poderia caber tão melindrosa missão”. (MENDONÇA, 1899, p. 82).

“como a lei em caso algum pode ser casuística, é fora de duvida para nós que ao Supremo Tribunal cabe a faculdade de ampliar sua competência a casos não previstos, mas cuja natureza affecte os característicos das causas que incidem sob sua competência definida” (MENDONÇA, 1899, p. 95).

Contudo, aponta que os juizes das instâncias inferiores devem ter mantida a liberdade de decidir cada caso de acordo com seu entendimento, formando-se uma jurisprudência reduzida ao âmbito dos tribunais. Mendonça faz uma distinção entre casos “teóricos”²⁰⁷ e práticos. No âmbito “teórico”, as decisões do STF poderiam exercer influência moral sobre as decisões dos tribunais inferiores, que teriam liberdade de “dar á lei uma interpretação que mais conveniente julgarem aos interesses que ella regula e a certas conveniências sociaes que, n'uma ocasião dada, repousem em suas decisões” (MENDONÇA, 1899, p. 109). O jurista entende que a aplicação obrigatória do entendimento do STF sobre os tribunais inferiores seria limitação da responsabilidade e liberdade desses últimos²⁰⁸.

4.2 INTERPRETAÇÃO E A FORMAÇÃO DA IDENTIDADE (JURÍDICA) BRASILEIRA EM DISPUTA

4.2.1 Pedro Lessa e a modernização jurídica civilizatória

O primeiro decênio do século XX apresentava inúmeras possibilidades de leitura e representação da realidade. Surgiam movimentos no campo das artes, da sociologia, das

²⁰⁷ “Nos paizes em que os tribunaes superiores têm quasi que uma função theorica, como o Tribunal de Cassação de França, os julgados por elle proferidos podem bem constituir costumes judiciários com inteira obrigatoriedade. Onde, porem, o poder judiciário decide em espécies dadas, restringindo sua função a declarar, diante da lei, qual o litigante que tem razão de pedir, os julgados não podem assumir tal importância. Falta necessariamente ás variadas espécies sujeitas á decizão a uniformidade perfeita. A hypothèse pode ser idêntica, a questão regida pela mesma lei; mas os incidentes variam, o gênero de provas aduzidas e seu valor jamais são perfeitamente iguaes”. (MENDONÇA, 1899, p. 109).

²⁰⁸ [...] A missão de um tribunal qualquer é julgar casos, applicar ás questões que se agitam leis existentes; elle não tem missão theorica, como não tem juiz algum. O juiz é funcionario eminentemente pratico. Ora, essa função é commum ao poder judiciário em todas as instancias e como não se pode comprehender responsabilidade sem liberdade, os juizes inferiores não poderão responder por seus actos na applicação da lei, si fossem adstrictos ás interpretações da segunda instância. Nem-uma organização judiciaria pode e nem uma tentou jamais obrigar os juizes inferiores a abrirem mão de seu modo individual de applicar a lei, pelo facto só de tel-a comprehendido de certa forma um tribunal superior. Recorra a parte que se julgar lesada, mantenha o tribunal uniformidade em seus julgados e a distribuição da justiça será imparcial, sem vexames para os juizes de primeira instância. (MENDONÇA, 1899, p. 111).

ciências, da psicologia. No Brasil não foi diferente. O borbulhar de ideias afetaria, também, os juristas. Como conciliar, na virada de século e no momento de irrupção da República e a adoção do sistema federalista aos moldes estadunidenses, as doutrinas jurídicas tradicionais européias, a cientificização do campo social e a tentativa de conciliar aquela modernidade que ensaiava delineamento com um sistema brasileiro que lidava, ainda, com relações de patriarcalismo extremamente fortes.

Os direitos individuais crescentemente travavam diálogo com a sociologia e com a também crescente ampliação da esfera do Direito Público – vale lembrar a fala de Campos Salles quanto ao caso particular levado Suprema Corte com repercussão sobre o direito público (ainda que sem efeito *erga omnes*). O “salto civilizatório” tão buscado se mesclava à moralidade da fundação familiar e religiosa.

Costa fala, por exemplo, que já no início do século XX, os juristas mudavam seus posicionamentos frente à atividade interpretativa: se antes, de uma maneira tradicional exegética, o intérprete compreendia sua atividade como “meramente deontológica”, a partir de então sua visada sobre a interpretação do direito seria “teleológica”, voltada à finalidade da lei, como seria possível verificar em Bentham e em Ihering (COSTA, 2008, p. 265). O positivismo jurídico se renovaria. Da busca do sentido original da norma pensado pelo legislador (ou do significado correto da regra no sistema), passou-se à busca de fazer com que a norma respondesse às necessidades sociais. Da busca pelo pensamento do legislador, passou-se à busca de um sentido adequado ao momento da aplicação da lei, ganhando cada vez mais espaço a idéia de que a lei não serve para impor um comando, mas para realizar uma finalidade (COSTA, 2008, p. 263). Essa mudança de perspectiva fez com que os juristas tivessem que abandonar o mero estudo das leis e que tivessem a necessidade de ampliar os seus conhecimentos da própria realidade sócio-econômica (COSTA, 2008, p. 307). As necessidades sociais teriam aparecido de maneira mais incisiva no discurso dos juristas.

O pensamento jurídico nacional parecia buscar conciliar a estrutura republicana, estabelecer a divisão de competência entre os poderes, cientificizar e se civilizar, mantendo o direito natural, ou uma série de princípios e fundamentos morais. Para Lessa, a cientificização do direito percorria, no começo da Primeira República, o mesmo trilho da cientificização da moral. Ao prescrever ao intérprete a busca pelo sentido proposto pelo legislador, propunha a

observação da ciência das leis que, ao fim, corresponderia à ciência moral. Nesse sentido, certamente é possível falar que direito positivo, direito natural e *outros valores* conviviam no campo de sua análise textual. A questão sobre a interpretação jurídica se desenvolva de maneira mais complexa do que uma simples e marcada distinção entre jusnaturalismo e juspositivismo.

Há uma principiologia por trás da indicação de que o intérprete, nos textos tratados até aqui, que, está amparada na experiência moral do que é bom e mau. A lei é produto legislativo do estudo científico daquilo que é bom ou mau, e por isso o intérprete deve entender seu contexto e propósito, como o legislador entendeu. Há, além de cientificidade, moralidade na exegese da lei.

Conforme Aliomar Baleeiro, Pedro Lessa ia além da “letra fria dos textos” (BALEEIRO *apud* ROSAS, 1973, p. 133); ainda, de acordo com outra impressão, de Viveiros de Castro, mencionada por Rosas, Lessa seria censurado pelos “partidários do tipo clássico do juiz marmóreo, inacessível às paixões humanas, aplicando automaticamente a lei” (CASTRO *apud* ROSAS, 1973, p. 134). Para Rosas, pesquisador da vida de Lessa e, certamente, dentre seus maiores defensores, o jurista teria ido “mais longe do que podia, na interpretação da Constituição, do Direito” (ROSAS, 1973, p. 135). Depoimentos semelhantes teriam sido dados por João Luiz Alves e Levi Carneiro, no sentido de afirmar a adoção, por parte de Lessa, de uma “orientação interpretativa” que visava a “necessidade social ou política” e questões de “ordem prática”²⁰⁹.

Miguel Reale descreveu Lessa como “realista” ao situá-lo no contexto positivista da Primeira República, contexto esse que analisa e tece críticas. Tratando do trabalho de Pereira Barreto, para quem as ciências sociais seriam capazes de descrever e prescrever precisamente os atos morais e a taxa de crimes, afirma que Lessa teria sido muito mais sensato (REALE, 1959, p. 20). A cientificização de Barreto, adepto do pensamento de Comte, teria influenciado os estudantes da Faculdade de Direito de São Paulo, dentre eles o jurista. No entanto, diz Reale, observa-se que o efeito de Comte sobre os juristas não permaneceu, tendo prevalecido outras doutrinas, como as de Stuart Mill, Spencer, Haeckel, Taine, Littré, voltadas a uma certa filosofia

²⁰⁹ Assis Chateaubriand teria se referido a Lessa como um dos “mais ilustres políticos que tem tido o Brasil em todos os tempos” (ROSAS, 1973, p. 138). O jurista teria assumido a função de ministro do STF com uma perspectiva política. Nogueira (1981) definiu Lessa como “um homem combativo”, que adotara posições claramente de cunho político, a exemplo da aplicação do instituto de habeas-corpus em pleno estado de sítio. Tal também seria o entendimento de Levi Carneiro (1943).

positivista/naturalista. Reale observa que a adoção de tais preceitos por parte daquela geração se dava de maneira descuidada, tanto pela ausência de fundamentação direta sobre as fontes quanto pela fragilidade da adoção de conceitos, que poderiam conciliar, como ocorreu em Alberto Salles – irmão de Campos Salles e colega de turma de Pedro Lessa –, o entendimento do direito como um fenômeno coletivo e histórico com o “individualismo darwínico, naturalista e frio, válido do apoio de pretensas leis universais do cosmo” (REALE, 1959, p. 28). João Monteiro, também sofreria, segundo o autor, da má conciliação entre a teoria darwinista e spenceriana. No entanto, é nítido, para Reale, o caráter cientificista que tomara a “nova geração de professôres no início da era republicana” (REALE, 1959, p. 36). Pairava uma grande preocupação – que parece generalizada, ainda que Reale trate aqui apenas de Monteiro – de *ajustar* o Direito ao pensamento positivista, o que seria nítido em casos como o surgimento de conceitos abstratos como “fisiologia jurídica”, dentro daquilo que o Reale chama de “concepção naturalista do direito”.

O momento era de descontentamento com as doutrinas ensinadas na Faculdade de Direito de São Paulo. Eventualmente, surgiriam disciplinas de metodologia positivista, como Direito Criminal, Antropologia e Sociologia. Diante dessa situação, Lessa manteria uma posição moderada, conciliadora, entre os velhos ensinamentos e as novas teorias. Diz Reale sobre Lessa, após apontar sua “moderação doutrinária” – contrastando-a com sua atuação *apaixonada* enquanto ministro do STF – que

Vislumbra-se mesmo em algumas de suas exposições o jogo dialético do bacharel, sopesando os prós e os contras das teorias, como se fora um Juiz obrigatoriamente cingido ao dever de optar por uma solução, acolhendo ou rejeitando a demanda. É o que se nota por exemplo, nas críticas movidas às doutrinas filosóficojurídicas de KANT, SAVIGNY OU JHERING. (REALE, 1959, p. 46).

Lessa teria o costume de promover críticas *externas* aos diversos pensadores do âmbito do direito. Seu posicionamento se mostraria, no entanto, independente, mantendo-se crítico a Comte quanto, por exemplo, à separação entre períodos históricos sucessivos teológico, metafísico e positivo. Para Lessa, tais características seriam *sincrônicas* (REALE, 1959, p. 43),

apoiando-se sobre Spencer – a quem também lia com olhos críticos –, muito provavelmente, para quem tais características seriam inseparáveis. Assim, tampouco negava a metafísica, a considerando como inescapável. O jurista seria representante do “drama íntimo que atormentou a tantos homens da geração do fim do século, o contraste ou a antinomia entre a Religião e a Ciência”, o que Reale entende como um incontestável fato de que aquele jurista estava em muito distanciado do “fanatismo científico-religioso do ‘Apostolado Positivista’” (REALE, 1959, p. 45). Em verdade, completa, a adoção dos paradigmas naturalistas seria circunscrita a um pequeno grupo.

Em análise dos textos publicados pela revista da Faculdade em que lecionou, é possível concordar Reale. É inegável que a concepção de direito natural, que pode ser observada nas críticas de Lessa à Escola Histórica, bem como pelas referências a direitos de ordem fundamental. A metodologia defendida por Lessa, baseada em Stuart Mill, pela qual compreende a ciência como resultado de processos indutivos, e a *arte* como produto de inferências dedutivas das leis científicas. A Ciência do Direito em nada teria a ver com sua arte, isto é, com sua prática, mas com a formação do conhecimento no âmbito dos fatos sociais, criando uma distinção entre dois tipos de pesquisas jurídicas: a sociológica e a técnica (REALE, 1959, p. 54).

Poderíamos inferir disso que o trabalho de interpretação e aplicação do direito por parte dos juízes seria *estritamente* técnico. Acredito que não seja possível afirma-lo nem quanto aos artigos publicados nos anos iniciais da República, nem em relação à produção “mais madura” do jurista.

Em *Do Poder Judiciário* (1915), diferentemente do que vinha afirmando em diversos artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, Lessa passa a dar maior ênfase àquele poder quanto à *última palavra em interpretação*, em detrimento do Poder Legislativo. Se antes a última palavra em termos de interpretação seria de competência deste poder, a interpretação constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal como última instância federativa a qualifica como *roda mestra* (LESSA, 1915, p. 4) do sistema republicano. O Poder Judiciário seria uma instituição como que *externa* ao próprio governo (Story, Burke), devendo assumir posição inclusive superior aos demais poderes.

Lessa passa a ser mais claro e conciso com relação aos limites interpretativos impostos aos juízes. Assim, diz que “no que respeita á outorga de atribuições e á limitação de poderes,

não se justifica a interpretação que se afasta dos termos da lei, sem um poderoso e irrefragável fundamento, emergente da doutrina” (LESSA, 1915, p. 34). É possível, então, falar-se em uma interpretação que se afasta dos “termos” da lei, isto é, o sentido da lei quando reconstruído o pensamento do legislador, desde que fundamentada. O detalhe é que, desta vez, escreve da seguinte maneira: não é possível fixar a aplicação de uma lei federal “sem fixar o sentido da lei, sem reconstruir o pensamento do legislador, sem a operação jurídica da interpretação” (LESSA, 1915, p. 110). Lessa ainda não havia tratado do assunto *nesses termos*.

Ainda que as funções dos poderes sejam separadas pela distinção legislativa, judicial e política, ao Poder Judiciário, na figura do Supremo Tribunal Federal, competiria dizer aquilo que é ou não assunto de sua própria competência quanto ao critério *político*. Desta forma, à atividade jurídica, interpretativa, diante da possibilidade de invalidar leis, não se poderia negar “o exercício do alvedrio político (*a political discretion*)” (LESSA, 1915, p. 56). O juiz, em sua análise, deve identificar o que é *puramente político*, isto é, puramente discricionário do ponto de vista constitucional, isto é, quando não há claramente um *dever* constitucional eminente. Ele se baseia em juristas americanos como Hitchcock, Thayer e Marshall. Assim, o Supremo Tribunal Federal é apontado como o guardião da Constituição: “é o supremo intérprete da Constituição” (LESSA, 1915, p. 113).

É possível inúmeras interpretações em matérias de direito civil, comercial e penal, afirma; mas em matéria de direito constitucional, “não é tolerada essa diversidade de interpretação”. Talvez a ideia de Lessa sobre interpretação tenha se alterado em razão de sua percepção sobre o federalismo. Afinal, o STF despontava como o fio condutor da jurisprudência nacional; o legislativo, por si só, não poderia manter sob controle a União. Ao fim, a descentralização do governo implicaria no controle sobre a interpretação constitucional por parte do judiciário. E, para tanto, talvez a diretriz de desvendar o pensamento do legislador fosse ultrapassada. Quem, de fato, deveria deter o poder de mediação entre a União e os Estados, o poder a ter a última palavra, seria o STF. É importante salientar que, a essa altura, na data de publicação de *O Poder Judiciário*, Lessa ocupava a posição de ministro daquele tribunal há oito anos, e permaneceria por mais seis.

Tomo a liberdade para reproduzir um extenso excerto, de fundamental importância para a compreensão da alteração de discurso de Pedro Lessa sobre interpretação jurídica em relação aos anos iniciais da Primeira República:

Se objectarem que o congresso legislativo é o único juiz constitucional da sua competência, e que a interpretação, por elle dada, é concludente para os outros poderes, poderemos responder que essa não é a presunção natural, excepto se a Constituição assim preceituar em disposições especiais. Não se deve suppor que a Constituição dê aos representantes do povo o direito de sobrepor a sua vontade á dos seus constituintes. É muito mais racional admitir que os tribunaes foram investidos da missão de servir de corpos intermediários entre o povo e a legislatura, para, entre outros, o fim de manter a ultima dentro nos limites assignalados á sua autoridade. Na interpretação das leis reside a função própria e peculiar aos tribunaes. Uma Constituição é, na realidade, e deve ser assim considerada pelos juizes como uma lei fundamental. Sendo assim, aos juizes compete determinar-lhe o sentido, assim como o que quaesquer leis ordinarias, emanadas do corpo legislativo. Se se verificar entre os preceitos constitucionaes e os das leis secundarias uma contradicção absoluta, deverá ser preferida a que tem caracter obrigatório e valor superiores. É o que é natural. Em outros termos, a Constituição deve ser acatada de preferencia á lei, a intenção do povo de preferencia á intenção dos seus agentes. (LESSA, 1915, p. 141).

Lessa faz admitir, inclusive, a possibilidade de, em casos de contraditoriedade e antinomia, se dar reconhecimento a uma lei em detrimento de outra com base em regra de interpretação que não adviria de qualquer lei positiva, mas da “natureza das coisas e da razão”; não por disposição legislativa, mas por apreço à verdade e ao bom senso²¹⁰.

É possível identificar uma transição no discurso de Lessa de uma posição de compreensão muito mais estrita da busca pelo sentido da lei, muito mais próxima à hermenêutica tradicionalista de Paula Baptista, ainda que *fundamentalmente* diverso, na medida em que dialogava com questões de fundo sociológico, inclinado à compreensão do intérprete como agente ativo de demandas sociais e desenvolvimento civilizador, a uma posição que reconhece a atividade interpretativa como essencialmente *judicial*, e não legislativa.

²¹⁰ “Frequentes são os exemplos do exercicio do poder judiciario, reduzido a decidir entre duas leis ordinarias contradictorias, ou antinomias. Não raro se nos deparam duas leis, que se contrariam no todo ou em parte, sem que se possa descobrir numa ou noutra algunla clausula, ou termo derogatorio. Em tal hypotbese, consiste a missão dos juizes em lhes determinar e lhes fixar o sentido e o effeito. Quando é possivel conciliar-as por uma interpretação razoavel, são concordes a razão e o direito em nos aconselhar que assim procedamos; quando isso é impossivel, forçoso se torna dar vigor a uma das leis com exclusão da outra. Nos tribunaes está admittida a regra de determinar o valor respectivo das leis, preferindo-se a ultima em data. Ahi temos uma simples regra de interpretação, que não deflue de nenhuma lei, positiva, mas da natureza das coisas e da razão. E um canon, que não foi imposto aos tribunaes por decisão alguma legislativa, mas por elles adoptado na interpretação das leis como norma de procedimento conforme á verdade e ao bom senso” (LESSA, 1915, p. 141).

É possível ver em Lessa – e, diga-se de passagem, sobre boa parte dos autores analisados – algo muito mais complexo do que o entendimento de que limitariam sua interpretação à letra da lei. Por um lado, defensor da importância ética e científica da criação legislativa e da procura pela intenção do legislador, por outro identifica-se sua preocupação em responder às demandas jurídicas da sociedade como uma demanda sociológica. A lei deve ser interpretada de acordo com a ideia do legislador porque ele compreendeu as necessidades, sociologicamente, de seu próprio tempo. Não se pode dizer que aí não havia uma *finalidade*. Ainda assim, com cautela, defendia que o intérprete aplicasse a lei da maneira mais conveniente aos interesses sociais, sem levar “ao pé da letra” aquilo que poderia parecer um impeditivo à solução de questões sociais, como é possível verificar no caso do relógio municipal e, futuramente, enquanto ministro do STF, seu entendimento sobre o *habeas corpus*. Ainda que Lessa afirme que uma lei clara não demande interpretação, *ele o faz* justamente nessa sua procura pela assimilação do direito à sociologia.

Lessa certamente fora cauteloso em suas análises e, ao meu ver, representa muito bem o espírito do começo da República: o desejo de se modernizar, cientificizar-se, adaptar aquilo que restou do período monárquico aos novos tempos. E seu posicionamento indicava, sobretudo, a própria situação histórica em que se encontrava o Poder Judiciário diante dos demais poderes, enquanto instituição social e representante de uma classe de juristas que progressivamente tomaria para si aquilo que a Constituição de 1891 e a aproximação do sistema de justiça brasileiro ao sistema estadunidense, onde aquele Poder se reconhecia como politicamente ativo quanto às interpretações constitucionais.

Por outro lado, se o Ministro Pedro Lessa, em 1915, se manifestava como grande defensor do Poder Judiciário como guardião da constituição – o que fez, ainda, de maneira um pouco tímida – pelo mesmo período havia quem questionasse o modelo constitucional adotado e defendesse uma revisão de seus fundamentos estruturais. Surgia, nesse período, um descontentamento com o modelo liberal adotado, em razão das diversas crises enfrentadas durante a República, pelas quais o balanço dos Poderes se mantinha instável. Se, por um lado, o Poder Judiciário ganhava relevância, por outro visava-se o fortalecimento e a centralidade do Executivo em moldes que em muito lembravam a estrutura Imperial. Era o caso de Alberto Torres.

4.2.2 Alberto Torres e a questão nacional

Segundo Guerreiro Ramos, quando da independência do Brasil, em 1822, não haveria qualquer indício de que aqui existisse um sentido de nacionalidade. Não havia condições materiais e sociológicas para o desenvolvimento de sua autonomia no campo do capitalismo dependente, em que figurava como colônia, à mercê das políticas internacionais e modelos jurídicos internacionais (RAMOS, 1960, p. 90). Já na transição entre os séculos XIX e XX, o conceito de *civilização* se arraigaria entre os intelectuais (SALDANHA, 2001, p. 262), em um movimento concomitante de busca por inserção e desenvolvimento, que se desenvolveria, nas primeiras décadas do século XX, através da busca pelo sentido do nacional em conjunto com a visada do *outro*, dos países estrangeiros.

Saldanha reconstrói, de maneira quase pitoresca, tal momento em que a *belle époque* brasileira esbarraria com a *brasilidade* das jaqueiras e bananeiras:

Eis o quadro ocidental geral, sobre cuja exemplaridade se monta o cenário entre nós: nossas casas com avencas, cadeiras de palhinha e bigodões. O civismo entre os literatos, em Bilac por exemplo; o encanto das frases e das palavras, o parnasianismo como uma nova gaia scienza. Os tempos heróicos da Academia Brasileira de Letras, a literatura como “sorriso da sociedade”, a obra de Coelho Neto, a figura de Afrânio Peixoto, o simulacro boêmio de vida literária, o pastichismo intelectual, as superficialidades, os brilhos fáceis. [...] As formas parnasianas e naturalistas logo entrariam em crise, e com elas as próprias manifestações do simbolismo, que no Brasil não sucedeu propriamente ao Parnaso, coexistiu com ele. Quando vieram os primeiros esboços modernistas, a luta que iam travar era contra as efigies parnasianas e contra as tiradas românticas ainda existentes em prosa e verso. [...] As jaqueiras e bananeiras que agora serviam de vinhetas ou de temas pictóricos, já eram conhecidas dos literatos anteriores, só que não tinham o frescor de agora, nem como agora conviviam com fraseados sociológicos e pretensões nacionalizantes – as pretensões nacionalizantes dos novos cenáculos e dos Mário de Andrade e Oswald de Andrade. De modo que havia ao menos um denominador comum, entre o movimento de estudos sociais e políticos, já existente, e o movimento literário deflagrado em 22: a valorização da terra brasileira como condição e motivo das atitudes intelectuais. (SALDANHA, 2001, 283-84).

O começo do século XX se iniciava com debates, ainda sobre aquilo que seria, de fato, *nacional*, embalados pelas críticas ao jovem governo republicano. A Constituição passou a ser

alvo de grandes críticas, e em 1914 encontraria “maior altura especulativa” com a publicação de *A Organização Nacional e O Problema Nacional Brasileiro*²¹¹ (SALDANHA, 2001).

Torres parece ter o histórico de ser lido pela perspectiva de suas relações e implicações no campo da sociologia nacional do que no direito, onde atuou e desenvolveu conceitos bastante interessantes, com potencial de serem mais explorados desde uma perspectiva jurídica. Um exemplo disso foi a ausência de referências bibliográficas que explorassem o sentido de interpretação jurídica em sua obra.

Parte de família do ramo agrícola, filho de magistrado, Alberto Torres matriculou-se, em 1882, na Faculdade de Direito de São Paulo, transferindo-se em 1885 para a Faculdade de Direito de Recife, depois de desentender-se com o professor de Direito Criminal daquela faculdade. Formado, retorna ao Rio de Janeiro, onde exerce por pouco tempo a advocacia, e passa a dedicar-se ao jornalismo e à política, envolvido sobretudo com os assuntos republicanos e abolicionistas. Inicia carreira política no mesmo estado como deputado estadual e, eventualmente, federal (PINHO, 2007, p. 17). Foi, durante o governo de Prudente de Moraes, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, cargo que renunciaria com o afastamento do presidente. Entre 1897 e 1900, elegeu-se presidente do estado, opondo-se “ao protecionismo industrial, ao favorecimento do comércio e das atividades de crédito, e à imigração de assalariados estrangeiros”, já que, no seu ponto de vista, tais práticas prejudicariam os trabalhadores nacionais. Tal “ruralismo” seria a base de seu projeto de organização nacional.

Alberto Torres seria um dos representantes daqueles que puseram fim ao liberalismo oitocentista brasileiro, ligado às soluções constitucionalistas durante a Primeira República (SALDANHA, 2001), em um projeto que alguns chamam de autoritário, pela centralidade estatal proposta – ao Estado caberia formar o “homem nacional” –, viés que se imporia a partir dos anos 30 no Brasil (SOUZA, 2005, p. 302). Para Souza, Torres via na política a saída que, ao seu ver, não foi possível alcançar em termos estritamente jurídicos, confrontando os instrumentos formais de democracia com a realidade política. Para Florestan Fernandes, o autoritarismo de autores como Torres afirmava que “as condições reais da vida política

²¹¹ “Devemos reconhecer, sem embargo, em muitas de suas páginas, umas ingenuidades que vêm, às vezes, da tentação do efeito verbal; depois, sua idéia de organização, pendente de um constante apelo ao Estado como incumbido de regenerar o país, fazia-o avizinhar-se de soluções autoritaristas do tipo das que seriam características dos regimes fortes de direita, e sua reivindicação de um “poder moderador” era evidentemente antidemocrática, no sentido normal do termo democracia” (SALDANHA, 2001, p. 277)

brasileira são incompatíveis com o modelo europeu ou norte-americano de organização democrática da ordem legal” (FERNANDES *apud* SOUZA, 2005, p. 3004).

A forte centralidade na figura do presidente se daria em razão de uma necessidade, justamente, de *organização nacional*, em uma concepção de Estado bastante marcada pelo racionalismo positivista. A consistência e organicidade social só se dariam através do Estado, e somente politicamente seria possível o surgimento de uma identidade nacional. Sem um Estado forte, politicamente direcionado à questão nacional, tampouco poderia se falar em cultura brasileira (TORRES, 1938). Logo, não é difícil visualizar como Torres fora lido no país, especialmente a partir dos anos 30.

Seu projeto era sobretudo *reviscionista*: acreditava que a Constituição de 1891 seria impraticável, visto que fruto de leituras de realidades estrangeiras que desprezariam de todo as condições nacionais. Tomávamos, segundo ele, “nossa meia ciência de empréstimo” (TORRES, 1938, p. 34-35). E isso decorreria, segundo Torres, por “inferências analógicas e associações de contiguidade ou de semelhança, ou por deduções de idéas e doutrinas de sociólogos ou filósofos estrangeiros” (TORRES, 1938, p. 45). Deveria-se, para corrigi-lo, promover “interpretações induzidas directamente dos phenomenos históricos, geográficos e sociaes do nosso paiz” (TORRES, 1938, p. 45). O contexto apontado por Marson (1979) seria o do Brasil como país de capitalismo dependente, especialmente dos Estados Unidos, que insuflaria movimentos em busca da identidade nacional e de seus interesses.

A visada nacionalista do período e suas influências sobre os períodos anteriores, na formação de pensadores como Oliveira Vianna e Francismo Campos – aliás, todo o movimento que procurava pelo *nacionalismo*, inclusive o movimento modernista paulista iniciado na década de 20, apontados hoje como raízes do sentido de nacionalismo apropriado pela Ditadura Militar de 64²¹² – mantinha perspectiva antiliberal contra o constitucionalismo formal, usando-se sobretudo de argumentos de justificativa sociológica. As teses de Torres, segundo Marson (1971), serviriam de referência aos liberais reformistas das décadas de 20 e 30.

Torres salienta “a tendência retórica da nossa mentalidade”, que seria “decorativa na arte, mnemônica no saber, farisaica na aceitação, na cópia, na interpretação e na aplicação, de idéias e de sistemas; bizantina, no culto material da forma; quase supersticiosa, no amor a conceitos e fórmulas”, em um processo que entende como sacrifício de autonomia nacional que

²¹² Podcast *Café da Manhã*, “Os mitos sobre a Semana de 1922, cem anos depois”, 11 de fevereiro de 2022.

impulsionariam o Brasil “para as formas superiores da civilização e da cultura” (TORRES, 1938b).

Para Torres, a formação da nacionalidade se iniciaria por uma pessoa ou grupo, uma “aristocracia mental”, assim como foram os *founding fathers* para os Estados Unidos, onde o *Federalista* cumpriria o papel de delinear “os caracteres práticos e morais da nacionalidade, expostos os seus problemas, indicadas as suas soluções, previstos os seus destinos ...” (TORRES, 1938, p. 56). Em razão de suas características históricas e geográficas particulares, as quais tornariam a tarefa de identificar “o caráter comum e prefixar as condições de unidade e de solidariedade”, o Brasil não dispunha das mesmas condições para tanto. O jurista situa o problema por duas frentes: devido à posição comercial do país à época, baseada na deslocada exportação de produtos de difícil assimilação internacional, sujeito “às oscilações, aos entraves, às espoliações, que acompanham, em toda parte, os negócios sobre gêneros que não são de uso necessário”; e o despreparo dos “homens públicos”, formados em Coimbra, adeptos de doutrinas jurídicas e administrativas estrangeiras sem qualquer organicidade. Desta forma, problemas fundamentais como os “da terra; da sociedade, da produção, da povoação, da viação e da unidade econômica e social, ficaram entregues ao acaso” (TORRES, 1938). O governo se desenvolveria de maneira meramente retórica, por meio de “discussões abstratas”, “digladiavam-se em torno de fórmulas constitucionais, francesas ou inglesas” “discutiam teses jurídicas”, “imitando ou transplantando instituições e princípios europeus” (TORRES, 1938, p. 59-60). Torres acreditava que estudar o Brasil passava por analisar suas instituições e sua interpretação (TORRES, 1938, p. 73).

É preciso que a cada conceito corresponda uma noção definida. É verdade que esses conceitos, quando não são criações pessoais dos autores, não contêm mais do que fórmulas, consagradas e repetidas pela tradição; mas, como, na arte de regular a vida jurídica dos povos, a verdade não é outra coisa senão a expressão da vontade coletiva, ou da vontade dominante, é preciso que esta verdade convencional tome foros de lei científica, exprimindo-se em termos categóricos. (TORRES, 1938, p. 76).

A constituição é o documento jurídico fundamental para o estabelecimento de preceitos para um povo. Em sua visão, a constituição deveria ser *orgânica*, isto é, fosse idêntica a um conjunto de normas capaz de materializar as “manifestações da maneira de ser e de viver, do organismo político”, e tal seria a razão para Torres afirmar que “a nossa lei fundamental não é

uma ‘constituição’; é um estatuto doutrinário, composto de transplantações jurídicas alheias”. Diferentemente da Constituição norte-americana,

“Nada tem de comum com a índole do nosso direito a concepção teórica do constitucionalismo de certas monarquias que proclamam direitos e garantias, nos textos das leis, sem lhes dar os meios positivos de eficácia e de realização. Quando assim, a Constituição diz que garante aos habitantes da República os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança, quer significar não somente que proclamará e desenvolverá em leis esses direitos, como que os fará observar, respeitar, reintegrar, ou reparar, quando lesados” (TORRES, 1938, p. 97). No caso do Brasil, mesmo a indistinção dos direitos individuais implicaria na ausência de remédios adequados. O remédio seria a concentração do poder da União sobre os estados para fins da centralização constitucional e efetividade das regras constitucionais.

Na verdade, Torres confrontaria a própria ideia de uma constituição rígida e legal. Ele afirma que a constituição, como uma espécie de ente vivo, seria a manifestação espontânea da vida pública, arena de encontro de ideias e disputas políticas (TORRES, 1938, p. 107). Desta forma, defendeu a flexibilidade das formas jurídicas, a fim de que as leis se adaptassem às formas sociais, e não o contrário. Tal seria a maior tarefa da política: conciliar a constituição ideal, em sua formalidade, com a constituição real (TORRES, 1938, p. 109). Caberia ao intérprete realizar tal tarefa.

A plasticidade das formas jurídicas é, ao contrário, um elemento benéfico quando o espírito político é plástico e pode adaptar as leis às formas sociais. O INTÉRPRETE INSUFLA À LEI O ESPÍRITO DE SEU TEMPO. O interesse se concentra, quanto à organização política, no estudo dos movimentos íntimos e espontâneos de seus verdadeiros órgãos fisiológicos. (TORRES, 1938, p. 110, grifo do autor).

Parece haver, na história do movimento constitucional brasileiro, uma certa dualidade entre *real e abstração*, entre a *verdade das coisas* e o *nível ideal da lei*; a existência de um *plano inferior* e de uma *concepção legal*, que se desencontram.

Sobre Torres, diz Boechat:

Foi Alberto Torres um juiz torturado pelo ofício de decidir. ‘erro imperdoável da Constituinte, que criou um régimen de disparates e de atritos permanentes, com sacrifício do direito; da legislação lacunosa e incoerente; das novas leis antagônicas com a Constituição; da educação dos juristas. ‘No meio dessa trapalhada’, escrevia, ‘ter de aplicar a lei a casos concretos é um desses suplícios que importam verdadeiro sacrifício inquisitorial’ para a consciência dos que não consideram como único dever do juiz receber e passar autos,

lançando sobre eles o olhar distraído, enquanto procuram uma dessas frases feitas ou chavões consagrados ‘que servem para encerrar os pleitos e tapar as dúvidas, onde a análise e o ardor da justiça teriam muito ainda que rebuscar’. (TORRES *apud* RODRIGUES, 1991, p. 39).

Porém, atentava para o fato de que era preciso uma organização “não como instituição jurídica, segundo o modelo de outros, mas como nacionalidade, como corpo social e econômico, não devendo copiar nem criar instituições, mas fazê-las surgir dos próprios materiais do país; **traduzir em leis suas tendências, dando corretivo a seus defeitos e desvios de evolução**”. (TORRES, 1938, p. 40).

Alberto Torres estava inserido em um contexto de procura pela divisão entre o político e o jurídico na tarefa do Supremo Tribunal Federal. O Judiciário procurava impor os seus limites com relação aos demais poderes. A título de exemplo, tem-se o *habeas corpus* n. 1974, de 1903. O pedido de *habeas corpus* impetrado em nome de “Gastão de Orleans (Conde d’Eu) e outros membros da família real” foi rejeitado pelo Supremo Tribunal Federal em 14 de janeiro de 1903 sob argumentos variados. Um dos argumentos foi o de que, com relação ao instrumento utilizado, não se comprovou o impedimento ou qualquer tipo de ameaça à família real, uma vez que, tendo sido banida pelo Decreto 78-A/1889 (cuja legalidade teria sido questionada no pedido pelo advento da Constituição de 1891), não tentara voltar ao país ou encaminhado qualquer tipo de requerimento ao governo – ou seja: não havia ensejo para acreditar que sua liberdade estava sendo violada. Isto é: considerou-se que, de fato, a Constituição havia revogado o mencionado decreto; o *habeas corpus*, porém, não se mostrava cabível devido a ausência de demonstração de direito lesado. Argumentou-se, também, que o Decreto os banira e lhes retirara a cidadania brasileira (não eram cidadãos ou residentes), não cabendo, portanto, o instituto ao caso.

O ministro João Barbalho entendia que “é evidente que não cabe ao Poder Judiciário ter por nenhum semelhante ato ou suprimir seus efeitos”, já que o banimento tinha a qualidade de medida de ordem puramente política.

A nova ordem de coisas a impôs a bem do regime instituído em lugar do antigo, como condição indeclinável da estabilidade e segurança dele, arredando-se do país, por esse meio, elementos próprios a produzir perigosas agitações e graves perturbações da paz interna e capazes de lançar a nação às contingências da guerra civil. E afirmam irrefragavelmente essa qualidade a índole e essência do ato (diverso em si do banimento judicial), os fins, o

momento, as circunstâncias dele, e os termos mesmo do decreto citado. (BARBALHO *apud* RODRIGUES, 1991, p. 10-11).

Alberto Torres, por outro lado

Dos amplos termos do art. 72, § 22, da Constituição Federal, que manda dar o *habeas-corporis* sempre que o indivíduo *sofrer*, ou se achar em *iminente perigo* de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder, se depreende que este remédio jurídico pode ser aplicado à proteção da liberdade individual tomada em sua acepção mais lata do que o simples direito de não ser preso e conservado em prisão. Não procedem contra essa ilação necessária e imediatamente deduzida do conceito constitucional do *habeas corpus* os argumentos fundados na construção jurídica dada a este instituto na doutrina inglesa e americana. Imediatamente criado como remédio específico contra a detenção ilegal, do direito anglo-saxônio, o *habeas-corporis* foi mantido com este caráter, em várias leis processuais que o regulam, e nenhuma das quais o define em absoluto, porque, ao lado dele, a *common-law* e estatutos estabeleceram diferentes *writs* para a defesa dos outros direitos da liberdade pessoal e semelhantes, aplicando geralmente quando outro não houver criado, e a violação do direito partir de autoridade ou funcionário público, o *writ of mandamus*. A doutrina dos povos de onde importamos o nosso instituto fundase, pois, na especialização processual de remédios, distingue e designa os meios de ação, segundo as violações do direito, não isenta nenhuma destas de um remédio reparador. Entre nós, onde não estão criados esses remédios, a razão não prevalece, e como a Constituição estende amplamente o *habeas corpus* a todos os casos de coação ilegal ou violência contra o indivíduo, é forçoso admiti-lo como instrumento próprio para suspender ou prevenir tais infrações, pela aplicação do brocardo - *Ubi jus, ibi remedium* -, máxima que resulta tanto do nosso regime político como das instituições daqueles povos. (TORRES *apud* RODRIGUES, 1991, p. 20-21).

Percebe-se que o entendimento de Torres, presente em sua obra posterior ao período em que foi ministro do STF, já estava presente em seu julgamento. Ele reconhece a particularidade brasileira do instituto diante da aplicabilidade distinta em terreno estrangeiro. O que importa, ao seu ver, diante da ausência de remédios distintos para a demanda em questão, é a *necessidade* em caso. A interpretação que confere ao *habeas-corporis* segue na linha de uma inovação adequada ao empreendimento nacional.

Mas o pensamento de Torres tem implicações mais profundas que a ampliação do conceito em terreno nacional. A interpretação jurídica que se pode deferir de sua obra, anda de mãos dadas com um projeto político de reforma constitucional refletido em *A organização nacional*. Sua ideia era a de que somente um Estado extremamente centralizado, capaz de

fomentar e controlar as condições políticas de desenvolvimento nacional de acordo com uma cartilha nacionalista baseada na economia agrícola, tida como verdadeira vocação nacional, poderia romper com as barreiras causadas pelas diferenças regionais do país. O projeto de interpretação constitucional, jurídica, proposta por Torres, dialogaria com a perspectiva de *insuflar* à lei o espírito do tempo, no caso, o tempo político em que o Executivo estabelecesse as diretrizes de reforma dos institutos. Tal mudança só seria possível com o rompimento de uma tradição jurídica liberal – e nesse sentido é possível afirmar que Torres *não* era um conservador – adotada conforme a pauta internacional.

Nesse sentido, os escritos de Alberto Torres foram fundamentais para as críticas dirigidas à estrutura montada na República Velha. A proposta de rompimento pelo viés de nacionalista seria alicerce das políticas adotadas a partir dos anos 30²¹³ (CABRAL, 2011), especialmente no que ao grande intervencionismo do poder Estatal sobre a sociedade, inclusive sobre os demais poderes. A interpretação do direito nacional, portanto, seria encarado como um braço *político* de construção patriótica. Ela seria responsável, assim, por *criar* direito, na medida em que auxiliaria na construção vertical, de cima a baixo, de uma tradição inexistente em território.

Por exemplo, ao discorrer sobre a intervenção federal nos Estados, afirma que a interpretação dada ao art. 60 da CF de 1891 seria indevidamente restritiva. É certo que Torres falava de uma *reforma* de tal dispositivo, para afirmar a incondicionalidade do Poder Executivo de intervir em qualquer momento em que se justificasse a manutenção da forma federativa, com o fim de assegurar as diretrizes da União. Mas Torres parece defender uma reforma justamente por conta de uma “interpretação literal” que “parece ter querido reduzir a autoridade federal” (TORRES, 1938, p. 81). O jurista afirma que a Constituição dispõe ser a União competente para guardar a forma do estado federativo, e que seu art. 78, lido com os olhos de uma *correta* interpretação, garantiria a disposição de todos os meios, pelos “princípios que consigna”, para o “goso effectivo dos direitos e garantias constitucionais”, em nome do povo politicamente

²¹³ “Apesar do óbvio flerte ideológico, o Estado Novo não era pensado como uma invenção estrangeira, mas, antes, como sustentava Vargas, como corporificação de “[...] vontades e ideias que se impõem e se afirmam [...] contra todos os fatores de dissolução e enfraquecimento da Pátria [...]” (VARGAS, 1938, p. 189), ancorado em uma perspectiva nacionalista que deitava raízes recentes no nacionalismo conservador de Alberto Torres (1978, 1982) e Oliveira Viana (1938, 1939, 1949)”. (BUENO, 2016, p. 37)

representado. Não ouvida, no entanto, das garantias individuais, que inclui na perspectiva desse mesmo povo. Diz, assim, que

Expressão perfeita do "governo juridico", a Republica presuppõe a existencia, em todo o territorio do paiz, de auctoridades leaes, agindo dentro da lei - um estado de ordem não só material, mas politica e civil: a segurança absoluta da vida, da liberdade, da propriedade, de todos os dir eitos, em summa. Só este conjnnclo de elementos constitue a "fórma republicana" de governo; quando esta não fôr a situação em algum Estado, haverá despotismo ou anarchia, anomalias que a Constituição não poderia tolerar, no territorio nacional (TORRES, 1938, p. 82).

O guardião da Constituição Federal é, em última instância, o governo federal. É ele o responsável não apenas por executar aquilo que está constitucionalmente determinado, mas também de estabelecer a interpretação política da constituição. Torres atribui a fragmentação do país à interpretação do art. 6²¹⁴ da Constituição de 1891, cuja exegese jurídica seria *estadualista*, causa da prevalência dos conchavos regionais que colocariam a nação em conflitos nacionais. A necessidade dessa intervenção forte se justificaria pela ausência de uma constituição orgânica, tal como a nascida por meio dos costumes, em países como os Estados Unidos e a Inglaterra, onde seria possível uma “vida legal e harmônica” pela qual o *sentido* do direito *evolui* conforme a “marcha da sociedade”. Nesse tipo de sociedade, os costumes se transformam com a anuência dos intérpretes direito, que não vêem nisso “conflicto ou infracção da lei, guiados pelo senso superior que faz da política - isto é, da arte de fazer o accôrdo das leis com a vida da sociedade - o criterio director da legislação, do governo e da judicatura” (TORRES, 1938, p. 298). Da mesma forma que o governo federal deveria ter a discricionariiedade para decidir aquilo que é *orgânico*, os legisladores, assim como os juízes, seriam responsáveis pelo estabelecimento de um “mecanismo vivo de princípios organicos induzidos dos textos constitucionaes, ou immanentes no pensamento geral da constituição e no de seu fim adaptativo aos interesses da nação, que dominam a intelligencia das disposições particulares”.

Entre nós, a redacção da Constituição e a interpretação constitucional, obedecendo ao criterio verbal e analytic, que herdamos de nossos

²¹⁴ “Art. 6º: O Governo Federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: 1º Para repellir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º Para manter a fôrma republicana federativa; 3º Para restabelecer a ordem e a tranquillidade nos Estados, a requisição dos respectivos governos; 4º Para assegurar a execução das leis e sentenças federaes.” (BRASIL, 1891).

antepassados e dos primeiros educadores de nosso espirito, fazem de cada disposição particular um principio isolado, forte e efficiente, contra o conjuncto expresso da constituição, os principios implicitos em suas clausulas e as idéas que, precedendo logicamente as razões das disposições expressas e dos principios implicitos, e dominando-as necessariamente, formam a essencia virtual não só o espirito, no sentido commum da linguagem jurídica, mas a propria força motora, activa e vital, do codigo da vida de um povo. Taes foram os magnos principios que John Marshall induziu e elaborou, por synthese, das normas da constituição americana. (TORRES, 1938, 299).

A constituição é a própria política em ação, e seus fins devem ser *práticos* à serviço da evolução social, não engessada em critérios permanentes. A relação que ela estabelece é *política*, e a interpretação jurídica deve estar a par deste movimento, e não refém de uma inteligência literal da letra da lei. O jurista critica, nesse ponto, os intérpretes nacionais, em especial os civilistas, que ainda não teriam adotado tal entendimento do alcance constitucional (TORRES, 1938, p. 299). Nos Estados Unidos, diz, a natureza política da Constituição prevalece sobre as “concepções theoricas de legisladores, governantes e juizes”, e “esta forma de legislar, interpretar e executar a constituição, é um tanto antagonica aos habitos do nosso espirito, mas é preciso que prevaleça” (TORRES, 1938, p. 301).

A interpretação, em Torres, é um conceito *constitucional/político*, mais do que jurídico propriamente dito. Tal visão demandaria uma readequação do entendimento de interpretação, o qual se daria, em seu projeto, pela inserção de um artigo constitucional voltado especificamente à interpretação das leis.

Art. Na interpretação da Constituição e das leis devem os Juizes, legisladores e todos aquelles a quem competir a sua applicação, ter em vista os seguintes principios, de preferencia a outras regras jurídicas de interpretação: I. A Constituição é uma lei política, de fins praticos, fundada em objectos sociaes concretos, e destinada principalmente a manter ligados, harmonica e organicamente, os interesses geraes e permanentes do paiz; II. A base de sua interpretação é o fim pratico e social que seu conjuncto e seus principios se destinam a realizar; III. Nem o sentido literal do texto, nem a fonte, origem, escola, ou tradição doutrinaria a que estiver ligado, servirá de argumento a qualquer interpetação contraria a seu destino pratico e seu fim social; IV. Por elemento historico da interpretação deve entender-se, não sómente, nem principalmente, os debates, pareceres, discursos legislativos e mais actos preparatorios da efaboração da lei, mas, sobretudo, a razão de legislar e os interesses, relações e factos, inspiradores dos principias legislativos, e seus fins permanentes e geraes; [...] O elemento pratico da interpretação deve ser entendido com relação ao bem-estar geral e permanente da sociedade e do individuo, ao desenvolvimento e successão progressiva dos factos e phenomenos sociaes e juridicos, e jámais aos accidentes, factos isolados e interesses parciaes e momentaneos. (TORRES, 1938, 384-385).

Vê-se, assim, que seu projeto interpretativo era extremamente costurado ao projeto de desenvolvimento nacional desejado. Aos juízes não caberia a leitura estrita da letra da lei, ou qualquer outra fonte distinta do conteúdo *político* constitucional, a interpretação do sentido político-jurídico mais adequado aos objetivos constitucionais de desenvolvimento social. O projeto de Torres só seria viável pelo reestabelecimento da figura do Conselho de Estado, órgão centralizador do período monárquico que tomaria para si diversas funções como as de controle de constitucionalidade, eleitorais, administrativas, trabalhistas, políticas e tributárias. Suas ideias, afirma Lynch (2005), reverberaram na década de 30 por meio de Oliveira Viana e Juarez Távora.

Tal insatisfação com o rumo das coisas, e acredito que o sentido mais liberal intentado pela Constituinte de 1891, provocou uma reação, no campo da interpretação jurídica, que ampliaria os limites interpretativos dos juízes a determinados fins práticos e, por outro lado, submetiam-na à figura central do governo federal, a quem, parece, caberia ditar a última palavra. Ao fim, ainda que aos juízes fosse confiada um poder interpretativo de julgar conforme os imperativos da necessidade político-social, enquadrava-se o Judiciário sob as diretrizes do Executivo, representante do povo e responsável pelo condicionamento de todas as esferas sociais. A obra de Torres fora publicada com uma década de diferença de *Hermenêutica e aplicação do direito*, de Carlos Maximiliano. Apesar de serem obras de características muito distintas, ambas apresentam pontos de vista em comum, como se verá.

4.2.3 Carlos Maximiliano: a interpretação jurídica entre a “velha” e a “nova” República

Em 1918, publicou-se *Comentários à Constituição*. Por meio desse texto²¹⁵, Maximiliano teria alcançado reconhecimento internacional, especialmente na Argentina (ABÁSULO, 2015). Bevilaqua o reconheceria como expoente de uma nova proposição hermenêutica, representante de um novo modo de pensar a interpretação que superaria a teoria tradicional que outrora vigorara no país. Em 1927, ele afirmaria que já não se interpretava a lei apenas nos casos previstos por Paula Baptista, isto é, em casos de obscuridade, mas *quaisquer*

²¹⁵ Infelizmente não foi possível o acesso direto a este texto.

leis, “porque o fim da interpretação é achar, nas palavras da lei, o pensamento da regra jurídica, reguladora dos interesses sociais apreciados”. Por isso, os métodos da antiga hermenêutica em nada auxiliariam os juristas, podendo inclusive *desviá*-los de uma interpretação adequada. A função da interpretação não seria mais a de descobrir o pensamento do legislador, mas de expressar o “sentimento ético-jurídico dominante na sociedade”, tarefa essencial do intérprete (BEVILAQUA, 2012). Ele próprio, na primeira década da República, manifestara o desejo de que tal entendimento predominasse no cenário jurídico.

Maximiliano seria o catalizador e promotor de uma sistematização hermenêutica mais apropriada para a República. A questão é que, na data de publicação de sua principal obra, seu manual de hermenêutica e aplicação do direito, a balança republicana dos poderes se alterara desde que Bevilacqua publicara seus escritos sobre o tema.

Maximiliano assumiu a cadeira de Ministro do Supremo Tribunal Federal um pouco antes do golpe de 1937, entre 22 de abril de 1936 a 13 de junho de 1941.

Em *Memória Jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano* (2010), destaca-se a importância de sua atuação sobre a definição do *habeas corpus*, bem como sua influência sobre a instituição do mandado de segurança. Tal memória afirma que o ministro “plasmou coerentemente em seus julgados a orientação que seguia em portentosa obra teórica” (GODOY, 2010, p. 19).

Maximiliano representaria a “hermenêutica clássica”, e seria “referido com frequência como *o príncipe dos hermeneutas pátrios*” (GODOY, 2010, p. 19). Além de trazer o conceito de hermenêutica do autor, aponta também as qualidades do hermeneuta, especificadas pelo jurista²¹⁶.

Diz Godoy (2010) que o jurista “propugnava por modelos interpretativos ponderados e bem refletidos. Procurava relativizar a engenhosidade criativa do intérprete, vinculando-o à letra da regra, postura edificadora, de apego aos postulados de Montesquieu” (GODOY, 2010, p. 24). Maximiliano equilibraria *letra e espírito* da lei (GODOY, 2010, p. 25). Ele salienta que ele “esposou com firmeza o dogma positivista da separação entre direito e moral, declinando que as órbitas dessas realidades culturais são ‘concêntricas’”. Além disso, atribuiria à

²¹⁶ “Probidade, ilustração e critério são as qualidades que Maximiliano julgava imperiosas no hermeneuta. Conseqüentemente, exigia alto conteúdo ético, muita cultura e grande capacidade de discernimento para o intérprete do direito. Maximiliano caracterizava a hermenêutica com romantismo e apelo retórico efusivo [...]” (GODOY, 2010, p. 20)

jurisprudência importância subsidiária no processo interpretativo. Ela teria valor quando de acordo com a doutrina²¹⁷. E afirma que “prezava a independência do magistrado-intérprete, defendendo intransigentemente o livre-arbítrio do juiz” (GODOY, 2010, p. 26).

Segundo o autor, a hermenêutica maximiliana seria *diretiva*, porque “orientava, sugeria, advertia”²¹⁸ (GODOY, 2010, p. 27). Afirma que Maximiliano estaria “adiante de seu tempo”, porque entendia que a Constituição deveria ser flexível, não voltada aos casuísmos (GODOY, 2010, p. 27). Vê-se, desde logo, que se engana o comentador em tal sentença. A ideia de uma constituição flexível já circulara durante a República, inclusive por meio de Lessa e Torres. Não seria, portanto, uma novidade. Tal visão parece ser visão um tanto reducionista sobre a produção jurídica daquele período.

Nesse texto, o jurista é descrito como “hostil à interpretação literal, estrita, e não criativa ou integrativa”, bem como “inimigo da jurisprudência centrada na falta de ousadia na interpretação do Direito” (GODOY, 2010, p. 28), “em época na qual ainda não se havia pacificado a idéia de que a Constituição qualificasse efetivo vetor da normatividade [...] recebendo do intérprete a carga interpretativa dos momentos presentes” (GODOY, 2010, p. 28).

Ressalta também a aproximação de Maximiliano à doutrina de Story, que o distanciaria de uma visão originalista do texto constitucional e o colocaria próximo aos juristas de perspectiva mais sociológica, como se viu, bastante frequente na Primeira República.

Como tentarei expor, Maximiliano esteve longe de ser uma figura tão simples em suas afirmações. Acredito não ser possível afirmar que ele fosse hostil à interpretação literal, especialmente quando tratando da interpretação constitucional, ou que afastasse o direito da

²¹⁷ Tanto o magistrado que lançou uma exegese nova, como os de categoria inferior à dele, gozam da liberdade de a desprezar, ou seguir, em outras decisões sobre espécies judiciárias iguais ou semelhantes. Quantas vezes se observa achar-se no voto vencido, de alto juiz, ou na sentença reformada, do pequeno, do novo, estudioso e brilhante, a boa doutrina, tímida, isolada, incipiente hoje, triunfante, generalizada amanhã! (MAXIMILIANO, p. 197)

²¹⁸ “Ele tocou em temas de intensa utilização e de imensa importância na vida prática, a exemplo de tópicos de interpretação autêntica e doutrinal; direito comparado; sentido de disposições transitórias; concepções de história legislativa (*ocassio legis*) e de política judiciária (*ratio legis*); equidade; valor do uso da jurisprudência; importância dos costumes para aferição do direito; analogia; nulidades; uso de brocardos e anexins; decadência; prescrição; princípios gerais de direito, a par de hermenêuticas setorializadas, em temas constitucionais, comerciais, penais, fiscais; além de reflexões em âmbito de pequenas sutilidades, como distinções entre revogação e anulação. Carlos Maximiliano também expôs com rigidez conceitual outros temas, como coisa julgada, e em planisfério mais amplo, direito constitucional positivo, conforme percebe-se nos comentários que anotou à nossa primeira Constituição republicana” (GODOY, 2010, p. 27).

moral. O jurista dava seus passos com mais cautela do que hoje a história concretizada poderia induzir.

Hermenêutica e aplicação do direito surge alguns anos após a entrada em vigor do Código Civil de 1916 e, conforme o próprio Maximiliano, em prefácio à obra, teria sido motivado pela completa ausência de norteamento dos juristas nacionais quanto ao método interpretativo a ser utilizado naquele a ser o primeiro código civil nacional. O aplicador do direito estaria “obrigado a interpretar por conta própria, com o auxílio exclusivo das suas luzes individuais” a novidade do direito nacional (MAXIMILIANO, 2017). Ele utiliza-se da expressão *Non exemplis sed legibus judicandum est*: aparentemente, ao ver de Maximiliano, interpretava-se e decidia-se de acordo com “exemplos”, e não com a lei. A insatisfação com a obra de Paula Baptista – a que chama de “livrinho” – residia no fato de que além de estar àquela altura falha e atrasada, também ter-se recusado a aderir o pensamento de Savigny. Seria o fim da ideia *in claris cessat interpretatio* e, além disso, do *Fiat justitia, pereat mundus*.

Na Europa, muitos movimentos teriam se desenvolvido, apontando a teoria de Jhering e Escola de Direito Livre, esta última, diz, “talvez o evangelho do futuro”.

Enfim abrolhou, no mais formidável laboratório de filosofia jurídica destes últimos cem anos, na erudita Alemanha, a arrojada concepção da *freie rechtsfindung*, livre-pesquisa do direito, *proeter e contra legem*. Desse movimento evolucionar, de proporções vastíssimas, não se apercebe quem apenas compulsa a vetusta cartilha nacional de Hermenêutica. (MAXIMILIANO, 2017, p. XV).

Prevaleceria uma técnica interpretativa *filológica*, especialmente no campo do direito público; quando não se utilizariam do elemento gramatical, recorreriam unicamente à análise histórica. Nesta obra, Maximiliano volta-se ao Direito Civil, “escrito ou consuetudinário” e, subsidiariamente, às demais áreas do direito.

O abandono de tal corrente tradicionalista – a que o jurista nomeia de Escola da Exegese em Direito Positivo (MAXIMILIANO, 2017, p. 17) –, que se alinha à ideia de que o intérprete deve descobrir o pensamento do legislador, significaria a atualização da doutrina nacional de acordo com o *mundo civilizado* e a “ciência jurídica atual”, avançando da hermenêutica tradicional para outras possibilidades dadas pela Escola Histórica e pelo Evolucionismo Teleológico. Maximiliano parece se apresentar como uma *ponte* para o futuro: “nem retrocesso, nem arroubo revolucionário” (MAXIMILIANO, 2017, p. XVI).

A Hermêutica jurídica²¹⁹ é definida como estudo e sistematização de métodos que indiquem “o sentido e o alcance das expressões do Direito”. Tais expressões do direito se dão pela lei, aquilo positivamente colocado que estabelece regras, princípios e normas, que usualmente são escritas de maneira ampla, que demandam, no processo de aplicação, a investigação sobre aquilo que une norma jurídica e fato social. Interpretar é, portanto, a tarefa do *aplicador* do direito de extrair da norma tudo que nela for possível se inferir.

O jurista parte do entendimento de que o intérprete pode, através de uma mesma legislação, isto é, por meio das *mesmas palavras*, identificar alterações conceituais no tempo e, desta forma, aplicar a lei acompanhando as transformações daqueles conceitos, dentro da lógica da ciência do direito, que se dá por meio de uma “abstração sistemática”. Encarar o direito como um todo como uma abstração é um contraponto que Maximiliano faz à teoria tradicional da interpretação, como a de Paula Baptista, que a dividiu em momentos de maneira artificial. A *análise*, diz o autor, *suceda a síntese*; enquanto Baptista fazia o movimento de separar o intérprete da própria interpretação (decide-se *quando* interpretar), em um movimento *positivo* e consciente do leitor, Maximiliano parece conceder ao intérprete o poder de promover uma síntese abstrata da lei antes mesmo de sua repartição pelos métodos gramatical, lógico e científico propostos pelo primeiro. O intérprete se *integra* à lei, e tem competência para dar significado ao silêncio da lei (MAXIMILIANO, 2017, p. 9).

Em verdade, a aplicação da lei é a adequação do caso à norma, é identificar o *modo* e o *meio* de *amparar* juridicamente um interesse humano de maneira a tornar o direito eficiente coletiva e individualmente. Diferentemente de Baptista, Maximiliano coloca à frente de tal tarefa a *crítica*, a fim de apurar, antes de qualquer coisa a *constitucionalidade* da lei. É interessante que nesse sistema de hermenêutica e interpretação, a palavra constitucionalidade surja atrelada à crítica. O intérprete logo se posiciona diante da lei, e se posiciona a partir da verificação da sua autoridade e constitucionalidade, algo novo quando comparados os manuais de Paula Baptista. Além da *crítica*, pressupõe-se, diz esse jurista, que toda aplicação da norma a um caso concreto demande interpretação, pois é ela que permite *descobrir o sentido do texto e seu alcance*. Existindo lacunas, o que acontece propriamente não é uma interpretação, mas a supressão delas pela analogia e pelos “princípios gerais do Direito” (MAXIMILIANO, 2017,

²¹⁹ Desde já, separa a Hermenêutica da interpretação. A primeira seria a teoria científica que estuda e determina a arte de interpretar.

p. 9). O executor dessa norma deve verificar, também, possíveis nulidades, derrogações e da própria autoridade da lei no contexto demandante. O jurista descreve o passo a passo desse processo:

Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

No entanto, para além da observação metodológica, isto é, a observação das regras de interpretação aplicação do direito, o intérprete tem a função não apenas de descobrir o verdadeiro sentido da lei, mas o sentido *apropriado* para a vida real, isto é, o sentido que promova o *progresso dentro da ordem*: “Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; **é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta**” (MAXIMILIANO, 2017, p. 10).

Trataria-se de uma arte que, ainda que guiada por princípios científicos, contaria com a subjetividade do investigador, cuja tarefa não seria meramente autômata, pelo contrário, exigiria *esclarecimento* (MAXIMILIANO, 2017, p. 10). O intérprete é aquele que concilia a norma, esta sempre em algum nível deslocada, com relação ao Direito, que não se reduz à norma. Tal pensamento se contrasta com aquilo que vinha se falando sobre interpretação pelos juristas até aqui estudados, com exceção, talvez, de Bevilacqua – com o qual dialoga²²⁰ –, pela proximidade do conceito de direito adotado por ambos, leitores de Savigny. É certo que o conceito de direito determina o de interpretação, e mesmo as diferenças entre Lessa e Maximiliano, por exemplo, apesar de serem grandes no que tocam aos fundamentos, se cruzam em um ponto comum, que é a ideia de *civilização e progresso*. Nesse sentido, devendo referir-se ou não ao pensamento do legislador, a função do intérprete é a de levar a cabo um processo civilizatório que em alguns autores se dá como parte apagada de um processo universal (Paula Baptista) e, ao decorrer da república, ainda que se amparando sobre extensa literatura estrangeira, apresenta-se como uma fórmula preocupada em promover o desenvolvimento do

²²⁰ Maximiliano cita sua definição de interpretação, dentre outros autores, como referência: “Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras” (BEVILÁQUA *apud* MAXIMILIANO, 2017, p. 16).

direito nacional atrelada às circunstâncias brasileiras. Evidentemente, tal preocupação já existia em alguma medida, mas é possível afirmar que no discurso jurídico cresce a preocupação de cientificização do direito que atravessa e é atravessada pela modernização das relações sociais no Brasil, que ocorre principalmente por conta do fim da escravidão, da entrada no regime republicano, do desenvolvimento urbano e industrial que coincide, por fim, com o surgimento de uma burguesia brasileira, já que “até a desagregação da ordem escravista e a extinção do regime imperial, os componentes da ‘burguesia’ viam-se através distinções e avaliações estamentais” (FERNANDES, 2005, p. 35), isto é, não formavam ainda uma classe burguesa homogênea. A burguesia, no Brasil, passaria a se organizar somente com o fim da escravidão e o surgimento de uma economia de mercado de base monetária. Diz Florestan Fernandes

Não tivemos todo o passado da Europa mas reproduzimos de forma peculiar o seu passado recente, pois este era parte do próprio processo de implantação e desenvolvimento da civilização ocidental moderna no Brasil. Falar em Revolução Burguesa, nesse sentido, consiste em procurar os agentes humanos das grades transformações histórico-sociais que estão por trás da desagregação do regime escravocrata-senhorial e da formação de uma sociedade de classes no Brasil. (FERNANDES, 2005, p. 37).

A partir de então, diz Fernandes, com a formação da burguesia nacional, rompeu-se com “o imobilismo da ordem tradicionalista *e se organizou a modernização como processo social*” (FERNANDES, 2005, p. 37, grifo meu). O espírito modernizador, que era também o espírito da formação da burguesia brasileira, se colocava contra aquela “sociedade nacional que, apesar da Independência, manteve-se (por causa da escravidão e da dominação patrimonialista), esclerosada pelos componentes do mundo colonial que subsistiam [...]” (FERNANDES, 2005, p. 47). O liberalismo dos aspirantes à burguesia se inconformava com a ordem econômica interna tal qual era colocada pela escravidão e pelo patrimonialismo e demandava por uma ordem de capitalismo competitivo como “*fator de civilização*” (FERNANDES, 2005, p. 123). O Brasil *moderno* encontraria seu início na relação entre o fazendeiro e o imigrante, marcadores das novas relações de classe que surgiam no país (FERNANDES, 2005, p. 129). O produtor brasileiro teria começado o século XIX como integrante de uma aristocracia rural que almejava a independência nacional e o acabado, ao final da década de 1880, como *cidadão* republicano, um homem de negócios *civilizado*, não mais um coronel (FERNANDES, 2005, p. 130).

A República parece ter direcionado os olhos dos juristas para outros interesses, desenvolvimentos europeus de países como França, Alemanha e Itália e, a partir dos novos

interesses econômicos também uma nova relação política dentro do continente americano, especialmente com os Estados Unidos. Pensando a situação da interpretação jurídica nesse contexto, pensando especialmente no que dissera Maximiliano sobre a ausência de regras interpretativas e levando em consideração a codificação tardia, apoiando-se os juristas sobre si mesmos ou na ideia do legislador, que ainda se pautava em legislações portuguesas como a Lei da Boa Razão, a *modernização* brasileira demandava, nesse cenário de ampliação de relações sociais e complexização, direcionamento sobre como interpretar fora de uma perspectiva *tradicional*, a idealização liberal dos autores sobre as teorias europeias acerca do pensamento do legislador, para dar conta de novas relações dentro da nova ordem estabelecida.

. O novo pensamento sobre interpretar surgia em resposta ao momento da codificação, que se realizava no contexto da modernização nacional. Mesmo com o advento do Código Civil de 1916, “a vida continua, evolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se so aspectos múltiplos: morais, sociais e econômicos. Transformaram-se as situações, interesses e negócios que teve o Código em mira regular” (MAXIMILIANO, 2017, p. 11). Ao invés de ser reformulada a lei, era preciso que a lei permanecesse e seu sentido *adaptado* à “evolução” social; o intérprete não só se utiliza de amparos sociológicos: ele é o *próprio* “sociólogo do direito” (MAXIMILIANO, 2017, p. 11). As instituições legislativas talvez percam força, mas o intérprete surge como o novo garantidor da ordem, e isso se dá pela *subjetivação da regra objetiva* (MAXIMILIANO, 2017, p. 13).

Toma força aqui a ideia que já vinha se desenvolvendo em outros juristas na primeira república: a de que as decisões, interpretações jurídicas, se dão muito anteriormente à fixação normativa no legislativo. Maximiliano compara o legislador a um general que dá ordens, e os juízes aos soldados, que resolvem, no campo de batalha, os problemas práticos que surgem, para os quais o general não dispensara (e não teria como, pela limitação própria de sua capacidade e função) atenção.

Apesar de afastar-se da ideia de procurar pelo pensamento do legislador na lei, Maximiliano trabalha com a ideia, ainda, de que a lei (ou *expressões do Direito*²²¹) é composta por “um sentido íntimo” e sua “expressão visível”. Parece-me, aqui, a própria separação entre sujeito e objeto que acaba por afirmar, *sem querer*, a essência da lei. O que parece indicar que

²²¹ Todos os tipos de atos jurídicos que possam ser interpretados e não sejam, necessariamente, lei, como testamentos, decretos, etc. (MAXIMILIANO, 2017, p. 16).

seu modelo de interpretação é *prescritivo*, considerando que “sentido íntimo” em muito lembra um sentido *verdadeiro* da norma – ainda que fale que a norma englobe inúmeros pensamentos e seja disprovida de uma consistência real –, tal qual colocada pelo legislador, separada daqui que a sua forma *pode encobrir*. Logo, o jurista trata de afirmar que a lei não é aquilo que entendeu o legislador, mas aquilo que ele *de fato* exprimiu (MAXIMILIANO, 2017, p. 28). Já não se deve falar, diz o autor, em interpretação restritiva ou extensiva. Tais características seriam apenas resultados do verdadeiro sentido da lei. Tal sentido, contudo, não consistiria em uma mera *declaração* de seu conteúdo (MAXIMILIANO, 2017, p. 184).

Separando forma e conteúdo da lei, recomenda àquele que lê o texto da lei que opte pela interpretação que mais seja proveitosa, porém mantendo-se *reta*, em direção ao “progresso humano” (MAXIMILIANO, 2017, p. 14). Maximiliano indica que a norma, como uma fotografia, apresenta um foco e, na sua penumbra, *zonas de transição* ou *penumbra legal* pouco nítidas que, ao fim, constituem parte do mesmo quadro²²². A interpretação cabível é aquela que está, ao final, dentro da *moldura* que delimita a imagem. A penumbra permite ao jurista que decida de acordo com sua subjetividade. Aí vê-se a possibilidade discricionária de toda decisão. Contudo, considerando o direito “a elaboração espontânea da consciência jurídica nacional, fenômeno de psicologia coletiva, um dos produtos espirituais da comunidade” (MAXIMILIANO, 2017, p. 17), resultado de relações sociais determinantes, como um fenômeno sociológico, tal “discricionarietà” interpretativa, ao fim, não seria produto individual, mas coletivo, *determinado*, e até mesmo “inconsciente”.

É desse conceito que Maximiliano parte para apontar que, ao fim, a lei não é um produto acabado do pensamento do legislador, esse ator que está acima de partidos. E parece ser essa, ao fim, a novidade trazida pelo jurista no campo dos manuais de hermenêutica. No entanto, dentre das possibilidades interpretativas, haveria apenas *uma* apropriada, correta e jurídica (MAXIMILIANO, 2017, p. 15). Mas Maximiliano, como já dissera ele mesmo, não procura extremismos. Quando afirma que o pensamento do homem é socialmente determinado, logo em seguida se apressa em afirmar que “qualquer doutrina absoluta é falsa; tudo é relativo” (MAXIMILIANO, 2017, p. 19).

O jurista identifica que os comtistas e spenceristas já vinham trabalhando contra a “cengeção estreita da exegese”, que funcionaria apenas quando o soberano declararia sua

²²² Aqui o jurista cita Karl Georg Wurzel, de *Das Juristische Denken* (1904).

própria intenção. Ao seu tempo, a lei se criava como embate nos parlamentos, acordos cheios de contradições. Aqui, todo o processo legislativo, desde os debates parlamentares até a sanção da lei pelo Executivo é apresentado como um *labirinto* sem o fio de Ariadne. Parece até mesmo questionar a própria legitimidade da lei nesse contexto, no qual cinde a vontade do legislador se perderia ali. Por essa perspectiva, o trabalho do exegeta seria uma *ficção*. A interpretação deve produzir não uma ficção, mas o *justo*, ou *das richtige recht*, em relação às transformações sociais e ao desenvolvimento da civilização e da vida prática, verdadeiras “barricadas contra a sua própria modernização” (MAXIMILIANO, 2017, p. 23, grifo meu). A interpretação a que se propõe é *evolutiva*.

Quando pensada a partir da ideia de que ela se dá com aquilo que *de fato* o legislador exprimiu, parece-nos dizer Maximiliano que a interpretação é, ao fim, uma função *oportunist*a: de acordo com a contingência, o operador do direito verifica seu sentido e alcance para aplicar a lei da maneira mais conveniente. O direito é um *meio* para se alcançar determinado fim: “não mais prevalece o seu papel antigo de entidade cega” (MAXIMILIANO, 2017, p. 155, grifo meu).

No entanto, a interpretação esbarraria sempre no aspecto moral. “Não pode haver Direito contra a Moral, embora nem todos os ditames desta encontrem sanção nos códigos [...] exegese contrária a esta [ética] jamais prevalecerá” (MAXIMILIANO, 2017, p. 147). Assim, o critério moral é também interpretativo, na medida em que atualiza o sentido dos textos. Também é preciso recorrer à *equidade*, capaz de preencher as lacunas do direito, em sua generalidade, para corrigir os “inconvenientes que acarretaria a aplicação estrita dos textos”. Porém, salienta o jurista que não serve apenas aos casos em que a lei silencia. Tal instituto serve para promover “solução mais tolerante, benigna, humana”. A equidade *suaviza* a dureza das disposições: é o *justo melhor*, e não o *justo legal*; “a equidade é o Direito benigno, moderado, a justiça natural, a razão humana (isto é, inclinada à benevolência)” (MAXIMILIANO, 2017, p. 159).

E é interessante notar que mesmo Maximiliano reconhece que o recurso à equidade fora utilizado pelos tradicionalistas, como Paula Baptista. Mas o curioso é que aí, Maximiliano, que costuma dar um passo para frente e outro para trás, logo em seguida afirma que não é possível aplicá-la em casos em que a lei seja *clara*. E logo se apressa para afirmar que talvez isso já não seja tão válido, tendo em vista a crítica ao brocardo *in claris cessat interpretatio*. De todo modo, termina por afirmar que se deve aplicar aquele instituto de maneira que se acomode às leis.

Aliás, a Ciência do Direito, no seu entendimento, serviria a superar as possíveis contradições do direito para alcançar, “através da letra rígida”, “o ideal jurídico dos contemporâneos”. O intérprete necessita de instrumentos científicos e culturais para a compreensão da *organicidade* do direito. Olha que interessante, organicidade! Certamente a palavra circulava, no período, por razões não apenas de ordem naturalista, mas também por razões *culturais*²²³. Para tanto, seria indispensável o conhecimento de todo o complexo gramatical, histórico, sistemático e doutrinário. Afinal, “quem só o Direito estuda, não sabe Direito” (MAXIMILIANO, 2017, p. 180).

Sobre os princípios gerais do direito, afirma coincidem com as “ideias básicas da legislação nacional” e os “princípios filosóficos, fundamentais do Direito sem distinção de fronteiras”, isto é, não se restringem ao direito positivo, tampouco ao direito pátrio. Maximiliano, como Beviláqua, entende que tais princípios são uma tradição de longa data, herdada do regime Português, que o igualava a “princípios do *Direito Natural*”. Observando a universalidade do direito alcançada pelo processo de cientificização, atenta para a necessidade de observação das regras e princípios do direito interno, positivados, quando da análise dos princípios gerais do direito.

Quando trata do tópico “Leis de ordem pública”, o jurista parece abordar a questão de uma maneira um pouco diferente. Consistindo as leis de interesse público na preservação do equilíbrio social, afirma que acréscimos seriam inúteis, e restrições prejudiciais. Nesse caso, prescreve uma *exegese estrita*, pela qual não se recomenda interpretação extensiva, tampouco analogia, isso porque apenas o legislador teria a competência para dizer o que é ou não *ordem pública*²²⁴ (MAXIMILIANO, 2017, p. 203). Assim, diz que, “as leis especiais limitadores da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se *estritamente*”. Isso porque “as disposições de Direito Público se não interpretam do mesmo modo que as do Direito Privado” (MAXIMILIANO, 2017, p. 273).

²²³ Maximiliano aponta para a superação da Escola Histórica, por conta de sua restrição a um ambiente determinado, em detrimento de uma suposta universalidade do direito advinda de sua cientificização, e graças à expansão do estudo da legislação comparada. (MAXIMILIANO, 2017, p. 269)

²²⁴ “as leis especiais limitadores da liberdade, e do domínio sobre as coisas, isto é, as de impostos, higiene, polícia e segurança, e as punitivas bem como as disposições de Direito Privado, porém de ordem pública e imperativas ou proibitivas, interpretam-se estritamente”. (MAXIMILIANO, 2017, p. 204).

E aqui a distinção entre autêntica e doutrinal, como tratada por Paula Baptista²²⁵, aparece: a lei pública deve ser apenas interpretada por aquele que tem o poder de modificá-la.

A interpretação, no âmbito constitucional, seria preciso “evitar a casuística minuciosamente”, a fim de preservar a adaptabilidade do texto constitucional no tempo. Além disso, o intérprete deveria se ater a uma linguagem de grande apego técnico, isto é, a aderência ao sentido *científico* de determinado termo. Sua justificativa é a de que, enquanto no direito civil, por exemplo, a interpretação de determinado termo deve ser preferencialmente a do sentido comum, porque as relações privadas se estabelecem de acordo com o sentido comum, no direito constitucional há um sentido político a ser preservado em sua integralidade (MAXIMILIANO, 2017, p. 275). Ainda que se apliquem os elementos hermenêuticos comuns, há ainda os especiais a serem aplicados a esses casos.

Em primeiro lugar, citando Story, afirma que, 1) sendo o governo uma coisa *prática*, onde não deve haver grandes *debates*, os juízes são chamados a decidir de forma efetiva e eficiente os princípios governamentais; 2) presume-se que quanto maior a antiguidade do dispositivo constitucional, menor deverá ser a possibilidade de considerá-lo inconstitucional; 3) deve-se presumir que todo ato, executivo ou legislativo, é constitucional; 4) a interpretação deve ser sempre inclinada à constitucionalidade dos dispositivos; 5) o elemento histórico e o direito natural não são aplicáveis à interpretação constitucional. Assim, diz que o que deve ser levado em consideração é aquilo que foi positivado em detrimento daquilo que possa ser considerado de acordo com princípios de justiça²²⁶. De maneira geral, a proposta para a interpretação constitucional se assemelha bastante ao modelo tradicional criticado pelo jurista. Ele defende, por exemplo, que se recorra ao pensamento do legislador, no caso aos Anais da Assembleia Constituinte. Nesse sentido, o intérprete constitucional parece servir à declarar o conteúdo constitucional. Alterando-se o sentido, irremediavelmente pelo tempo, o intérprete

²²⁵ Interpretar – no que parece ser seu sentido *mais* original, verdadeira, *autêntica* – invariavelmente *modifica a lei*, estando autorizados a fazê-los apenas aqueles que tem competência de modificá-la. O legislador é, aqui, considerado o sujeito que “não póde ficar indiferente á motivos superiores”; sobre a lei obscura, deve se impor a vontade do legislador, que em um primeiro momento não estivera clara. A interpretação autêntica, assim, é uma *lei interpretativa*. Seu caráter seria *público*, enquanto a interpretação doutrinária, promovida pelo judiciário e pela administração, teria caráter *privado* (BAPTISTA, 1901, p. 373).

²²⁶ “não podem os tribunais declarar inexistente um decreto, legislativo ou executivo, apenas por ser contrário aos princípios da justiça, às noções fundamentais do Direito: é de rigor que viole a constituição, implícita ou explicitamente. [...] do exposto se não conclui que o só elemento filológico baste para dar o verdadeiro sentido e alcance das disposições escritas”. (MAXIMILIANO, 2017, p. 279).

deve “mostrar solicitude no sentido de enquadrar na letra do texto antigo o instituto moderno” (MAXIMILIANO, 2017, p. 281). Critica fortemente o uso de material doutrinário para fundamentações neste campo: “A Constituição não é repositório de doutrinas; é instrumento de governo, que assegura a liberdade e o direito, sem prejuízo do progresso e da ordem” (MAXIMILIANO, 2017, p. 282). Nos casos políticos, o Poder Judiciário deve submeter-se à exegese dos demais Poderes.

Em Maximiliano, a finalidade social da lei colocaria abaixo a própria ideia de *in claris cessat interpretatio*, que atende cada vez mais às conseqüências prováveis de um modo de entender e aplicar determinado texto; quanto possível busca uma conclusão benéfica e compatível com o bem geral e as idéias modernas de proteção aos fracos, de solidariedade humana” (MAXIMILIANO, p. 159). Ainda que entusiasta do Movimento do Direito Livre – e teria sido ele um dos pioneiros na defesa de tal escola no Brasil (COSTA, 2008, p. 330)– em sua defesa por um direito responsivo às questões materiais e não simplesmente formais, Maximiliano não descartava a necessidade de fundamentar a interpretação de acordo com o texto jurídico. O juiz, não podendo se escusar de decidir, deve “suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade”, conforme determinaria o Código Civil de 1916. No entanto – em contraposição à corrente de Kantorowicz – a tarefa do juiz não substitui a do legislador (MAXIMILIANO, 2017, p. 48).

Em crítica à Escola da Exegese e à ideia de que os intérpretes deveriam recorrer ao legislador para elucidar seus casos, afirma que

A prática de recorrer ao poder imperial para obter a exegese fixa dos textos perpetuou-se mais do que se deveria esperar do progresso da cultura política. A *Lei da Boa Razão* ordenava aos magistrados que, em surgindo controvérsia acerca da inteligência de um dispositivo, suspendessem o julgamento e levassem o caso ao conhecimento do Regedor, a fim de que este, observado um processo pelo mesmo propósito estabelecido, determinasse, por um Assento com força obrigatória, a interpretação definitiva. No Brasil-Império, apesar de viger, segundo a letra do estatuto básico, a doutrina de Montesquieu, ao Governo pedia o Judiciário a exegese das disposições legais. O mal

ameaçou prejudicar também a prática do regime republicano, apesar de serem neste mais pronunciadas a divisão e independência dos poderes; pelo que a Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, prescreveu, no art. 9º, § 2º. “Os Avisos não poderão versar sobre interpretação de lei ou regulamento, cuja execução estiver exclusivamente a cargo do Poder Judiciário.” Assim evitaram que se perpetuasse o uso imperial de intervir o Executivo nas deliberações dos tribunais, com fixar exegese por meio de Avisos do Ministro da Justiça. (MAXIMILIANO, 2017, p. 52).

A legislação a qual Maximiliano se refere²²⁷ contribui para a evidência de que os Poderes, em conjunto com o Ministério da Justiça, de fato estavam alinhados quanto à ideia de que a interpretação da lei deveria se realizar de maneira independente. Levando em consideração as discussões contidas nos Anais da Assembleia Constituinte e a exposição de motivos de Campos Salles no Decreto que instaura a Justiça Federal em 1890, percebe-se que havia não apenas uma preocupação de manter o judiciário livre de direções interpretativas centralizadoras, o que seria fundamental para o desdobramento autônomo das justiças estaduais e, além disso, um indicativo de que a letra da lei, já em 1890, não seria seguida cegamente, isto é, aponta para um rompimento com a forma que Maximiliano chama de interpretação tradicional em direção àquilo de Salles entendia como garantias de direito individuais de interesse público e constitucional. Nesse sentido, parece haver uma perspectiva de alargamento, já levantada por João Monteiro em 1893, a compreensão de que as questões de direito individual também seriam parte de questões públicas e, em 1929, por Orozimbo Nonato, como uma visão que se alastrava.

É interessante notar que o abandono da ideia de procurar o pensamento do legislador, em Maximiliano, vem atrelada à justificativa de que ela seria muito mais fácil de ser identificada quando emitida por um poder centralizado e absoluto. O cenário brasileiro republicano enfrentava não apenas as consequências teóricas de sua proposta democrática como também as diversas reações ao fim do sistema socio-econômico escravagista, isto é, daquilo que Florestan

²²⁷ “Art. 9º Os actos do Poder Executivo sob a fôrma de decretos ou regulamentos serão expedidos com a assignatura do Presidente da Republica e do Ministro respectivo [...] § 2º Os avisos não poderão versar sobre interpretação de lei ou regulamento, cuja execução estiver exclusivamente a cargo do Poder Judiciario.”

Fernandes entende ser o momento de formação e estabilização de uma burguesia nacional. O posicionamento do jurista procurava promover um adequamento dos intérpretes às transformações pelas quais o país passava sem a necessidade de promover reformas legislativas constantemente. Certamente Maximiliano não concedia ao legislativo a importância que Lessa conferia. Acreditava que o aplicador do direito estava em mais condições práticas de lidar com as demandas jurídicas. Ante o aplicador do direito, a ideia do legislador é apresentada como um emaranhado confuso que se perde entre mil contingencialidades. Além disso, nenhum legislador poderia ter acesso aos casos em que normalmente o aplicador do direito necessitaria, segundo o modelo tradicional, recorrer ao processo de constituição de intenções. Por isso, sendo o critério da vontade do legislador muito criticável, propôs que cabe ao intérprete determinar o sentido objetivo da norma, interpretação esta que está muito mais no âmbito sociológico, na determinação das circunstâncias, do que individual.

Ao meu ver, esse movimento de modernização do direito, no Brasil, e da liberação dos juristas da letra da lei – ainda que houvesse dissonâncias – teria ocorrido progressivamente ao longo da Primeira República, fato reforçado pela aproximação do Brasil com o sistema constitucional federativo norte-americano, no qual o juiz decidirá em vista da garantia de direitos individuais. Partindo da hermenêutica de Paula Baptista e chegando até Carlos Maximiliano, nota-se que o discurso, ao mesmo tempo em altera o entendimento daquilo que é interpretação, ampliando a margem discricionária – ao menos formalmente – do intérprete, também passa a ser atravessado por palavras como *modernização*, *civilização*, em concomitância com a adesão a reflexões sociológicas, econômicas, de interesse público.

Toda essa discussão sobre o alcance da interpretação se desenvolvia em um cenário muito particular, em que o Brasil figurava com feições de *atraso*. Em 1880, o Brasil era o último império da América Latina, que contava com dezesse repúblicas. A modernização tão desejada viria pelo estabelecimento de instituições liberais e constitucionais, conforme o modelo de Estado-nação americano ou francês (MOTA; LOPEZ, 2015). O Brasil se via às voltas com questões de um país de urbanização recente. Ainda em 1908, “não havia restrição de idade ou tempo máximo de jornada diária” para os operários (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 336).

A partir de 1910, os movimentos dos trabalhadores ganhavam expressão por meio de greves²²⁸, fatos atrelados à expansão do pensamento anarquista pelos imigrantes europeus, especialmente italianos, mas também espanhóis e portugueses, nas regiões de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Lilia Schwarcz e Heloisa Starling indicam, em *Brasil: uma biografia* (SCHWARCZ; STARLING, 2015), que o final da Primeira República revelava o aumento da industrialização, urbanização e, também, a chegada dos imigrantes, período em que também aumentariam as repressões políticas de todo gênero (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 349). Já em 1910 os mais diversos tipos de grupos marginalizados, algumas vezes organizados, eram fortemente reprimidos por um Estado receoso de “hordas anárquicas”. Tal estado de coisas teria, inclusive, alterado o cenário de controle penal pela criação de legislações especificamente voltadas à higienização dos centros urbanos contra os imigrantes e suas reivindicações políticas:

Con l'industrializzazione, il Brasile iniziava a vivere non solo i benefici ma anche le difficoltà di questa nuova fase. Si sviluppò una nuova coscienza di classe e nacquero nuovi movimenti politici. Non a caso sono state varate leggi penali che trattarono questa nuova forma di criminalità in modo differente dagli altri reati: “forse un ufficio del delitto, poco avvertito dai contemporanei, è quello del preparare, pei suoi eccessi, una reazione”, come avvertiva Lombroso. Il Decreto n. 4269, del 17 gennaio del 1921 fu la prima legge in Brasile a regolare la repressione dell'anarchismo e rappresentò la fine della centralità del codice penale nella repressione del dissenso politico. Questa legge introdusse, infatti, strumenti penali specifici contro gli anarchici sia cittadini che stranieri. (NUNES, 2014, p. 45).

Entre processos de eugenia, estado de sítio e o sufocamento de diversos levantes, se estabeleceram as bases de um governo que promovera a “democratização de nossos costumes e instituições”²²⁹ (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 349).

O novo momento histórico se antepunha ao anterior, caracterizando-o como “velho”: a Revolução de 1930 se designou como o marco de uma República Nova, o marco temporal do “estabelecimento de uma verdadeira *res publica*, e a introdução de uma realidade social, moral e política deveras moderna” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 349).

²²⁸ “Entre 1900 e 1920 estouraram cerca de quatrocentas greves organizadas em torno da luta por melhores condições de trabalho e de vida (aumento de salário, proteção do trabalhador, redução da jornada de trabalho, direito de organização [...])” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 336).

²²⁹ “Foi nesse momento que os diferentes poderes ganharam uma forja definida, ensaiaram-se novos processos eleitorais e se rascunharam os primeiros passos no sentido de constituir uma sociedade cidadã com modelos de participação” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 349).

“A eleição de 1930 capturou o sentimento do fim de uma era” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 351).

5 CONCLUSÃO

Expansão do direito publico e

Codificação

CADA UM FAZ UMA LEITURA DIFERENTE DA CONSTITUIÇÃO E HERANÇA AMERICANA. TORRES E LESSA E OUTROS AUTORES Q DEMANDAM O PODER JUDICIARIO

No Brasil da Primeira República, a referência constante aos institutos para interpretação das leis poderia ser explicada parcialmente pela ausência de codificação. Os intérpretes conviviam com as diversas leis e as Ordenações Filipinas, bem como a Lei da Boa Razão. No entanto, é possível verificar em muitos autores a preocupação com a utilização de tais institutos de maneira reduzindo-os à *subsidiariedade*, como é possível verificar em autores de diferentes perspectivas como Lessa e Bevilacqua. Na Primeira República, o “método de discorrer sobre o direito” tal qual mencionado por Hespanha, com as disposições legislativas em *constante diálogo* com a doutrina estrangeira e com a revisão dos textos romanistas – que não aparecem a título de mera curiosidade filológica –, conviviam com um movimento mais incisivo de *modernização*, que não se reduzia à afirmação do caráter meramente subsidiário do direito romano, conforme as disposições já contidas nas Ordenações e na Lei da Boa Razão, mas ativamente promovia o afastamento de tal método interpretativo ao defender a necessidade codificação.

. crônica, isto é, a narração de eventos históricos, de ações individuais e interpessoais, isto é, de “human affairs”²³⁰ (WIEACKER, 1990, p. 4) e sua relação com os conceitos. A tarefa do *cronista* é superar, no mundo moderno, a narração mitológica dos fatos.

Em *História do direito privado moderno* (WIEACKER, 2015), no tópico “As origens da cultura jurídica europeia”, Wieacker justifica e pauta a pesquisa que dá nome ao título de sua obra contrapondo-a à história jurídica alemã daquele período, a qual se ocupava, diz, das fontes do direito, da organização judiciária, da jurisprudência, da dogmática, em detrimento do que chama de “história do direito privado [...] [que] ocupa-se dos pressupostos culturais e científicos do direito privado de hoje” (WIEACKER, 2015, p. 1). Seu trabalho seria o de dar uma visada para além do que chama de “*ciência jurídica*” (WIEACKER, 2015, p. 2, grifo do autor), em direção a uma “história do pensamento jurídico-científico

Clóvis Bevilacqua apresentara, às diversas publicações na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife, um projeto de direito.

Diferentemente de Pedra Lessa, bastante envolto nos assuntos inflamados da época – que tratavam de cientificizar o direito a partir das perspectivas mais voltadas ao estudo sociológico – era adepto da Escola Histórica do Direito e estudioso de Ihering. Os pontos de partida eram distintos. Os objetivos, no entanto, eram os mesmos: a evolução do direito nacional, sua *civilização* e o alçar o país ao *status* de culto. Enfim, a modernização do direito, urgência atrelada à instauração da República.

Se Bevilacqua se manteve muito mais claro e coeso, preso à escola histórica e seu método desde as primeiras às últimas publicações na revista em análise, é visível a sua preocupação com o cenário jurídico e suas transformações. Ele discorre sobre as fontes subsidiárias do direito nacional e sobre como o juiz deve proceder em casos em que a lei não oferecesse resposta. Apresenta, assim, conceito de lei e de interpretação que fossem *suscetíveis* às transformações jurídicas que o novo modo institucional exigia. A leitura exegética da lei

²³⁰ “Accordingly, when we talk about a legal culture, we do not conjure up something very pure and delicate, something, so to speak, that is to be savored with refinement; rather we have in mind nothing more than an understanding of human affairs, ability to deal with concepts, and fundamental value judgments that underlie, at a given time, the historical legal systems or groups of legal systems” (WIEACKER, 1990, p. 4).

seria um verdadeiro *atraso* ao Brasil. A lei seria mais que texto: seria princípio amplo com o qual o intérprete deveria dialogar pontualmente em cada decisão. E para isso ele estaria certamente livre para recorrer aos princípios do direito natural, equivalente a princípios gerais do direito ou espírito da lei. A sua saída, além de uma leitura atual sobre o próprio contexto histórico, seriam os textos jurídicos produzidos no estrangeiro, e não somente porque assim normatizou a legislação nacional, mas porque elas indicariam o caminho de diálogo e modernização.

Parece-me que enquanto Lessa se entranhava nas novidades, procurando ir ao centro de cada uma, Bevilacqua lia o quadro. Ambos, porém, partes do movimento de profusão de doutrinas estrangeiras e pelo sentido da modernização, e a modernização do direito nacional com relação àquelas doutrinas e à inédita experiência republicana (que o colocavam, pela primeira vez, pé a pé com o que de “mais novo” havia em teoria política): o Brasil estava apto e deveria enfrentar os conceitos dos “países civilizados” e confrontá-los suas próprias particularidades.

REFERÊNCIAS

ALVES, João Luiz. **Discurso proferido por ocasião da collação de grau aos bacharellandos de 1902 pelo paranympho dr. João Luiz Alves.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 7, p. 71-86, 1902. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/38>. Acesso em: 14.11.2021.

ARAÚJO, João Vieira de. **Em face dos arts.1º e 65º 2º da Constituição Federal e da legislação comparada, a sucessão dos bens vagos pertence aos Estados ou á União?**

Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 4, n. 1, p. 49-58, 1894. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2683>. Acesso em: 12.11.2021.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional.** Recife: Armador, 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido.** Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. Trabalhos jurídicos. *In: Obra Completa*, vol. XLI 1914, tomo IV. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. Disponível em: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/129/113714.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09.12.2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraivajur, 2020.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro.** Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Publicado em 11/2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acesso em: 09.12.2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.** Revista da EMERJ, v. 6, n. 23. Rio de Janeiro: 2003.

BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). *In: História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade.* Org. Ricardo Marcelo Fonseca, Airton Cerqueira Leite Seelaender. Curitiba: Juruá, 2012.

BEVILAQUA, Clovis. **A função do interprete.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 14, n. 1, p. 3-18, 1906a. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2709/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Aplicação do methodo comparativo ao estudo do Direito.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v.1, n. 1, 1891. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2280/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Aplicações do Darwinismo ao Direito.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 7, n. 1, p. 117-132, 1897. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2696/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **As funções da legislação comparada.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 14, n. 1, p. 97-112, 1906b. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2709/showToc>. Acesso em: 14.11.2021

_____. **As leis da imitação no domingo do Direito.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v.2, n. 1, p. 3-11, 1892. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2253>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Contribuições para a Historia do Direito.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v.1, n. 1, 1891. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2280/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Direito brasileiro: o lugar em que deve ser feito o inventário e leis que regem a sucessão.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 17, n. 1, p. 05-44, 1909. Disponível em:

<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2828/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Os Civilistas da republica argentina.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 11, n. 1, p. 149-156, 1903a. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2823/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **O Desenvolvimento do estudo da legislação comparada.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 11, n. 1, p. 217-227, 1903b. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2823/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **O Problema da codificação do Direito Civil Brasileiro.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 7, n. 1, 1896. Disponível em: <http://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2695/showToc>. Acesso em: 12.11.2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Annaes do Congresso Constituinte da Republica.** Volume II [1890]. 2. Ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/13596>. Acesso em: 11.11.2021.

BRASIL. **Annaes do Congresso Constituinte do Império.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1865. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Imperio/1856/1856%20Livro%202.pdf. Acesso em: 11.11.2021.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DE 1891.** Publicação original. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, decretada e promulgada pelo Congresso Nacional Constituinte, em 24/02/1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 11.11.2021.

BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de Outubro de 1890.** Publicação Original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14.11.2021.

BRASIL. **DECRETO N. 1232 H - DE 2 DE JANEIRO DE 1891**. Approva o regulamento das Instituições de Ensino Jurídico, dependentes do Ministério da Instrução Pública. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/391704/publicacao/15722524>.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.247, DE 19 DE ABRIL DE 1879**. Publicação Original. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>. Acesso em: 14.11.2021. Acesso em: 14.11.2021.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquheart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAMPISTA, Edmundo. **O Direito Público e sua reconstrução científica: introdução ao estudo do Direito Público e Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 6, p. 57-100, 1901. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/93>. Acesso em: 14.11.2021.

CHAVES, Gonçalves. **O Estado de Sítio**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 9, p. 305-320, 1914. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021

_____. **Questão constitucional: Intervenção da União nos Estados – Artigo 6º da Constituição da Republica**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 5-26, 1895. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/36>. Acesso em: 14.11.2021.

CIRNE, Adolpho. **Os Civilistas e o Direito Civil**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 6, n. 1, p. 61-79, 1896. Disponível em: <http://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2695/showToc>. Acesso em: 13.11.2021.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891)**.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2 ed.. São paulo: Unesp, 2006.

COUTINHO, Aureliano de Souza e Oliveira. **Discurso inaugural do curso de historia do direito no anno 1896 proferido pelo lente cathedratico Dezembargador Dr. Aureliano de S. e O. Coutinho**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 4, p. 35-49,

1896. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5308>. Acesso em: 12.11.2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Anotações sobre o “neconstitucionalismo” (e sua crítica)**. Artigos DireitoGV, mar. 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2856/WP17.pdf>. Acesso em: 09.12.2021.

_____. **O positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Editora Método, 2006.

_____. **Positivismo Jurídico**: teoria da validade e da interpretação do direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susana. **Neconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2010.

FAORO, Raymundo. **A República inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

_____. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2012.

FERREIRA, Cícero. **Medicina pública**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 8, p. 01-15, 1906. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/95>. Acesso em: 14.11.2021.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FONSECA, Annibal Freire da. **O Poder Executivo na República Brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

FONSECA, José Eduardo da. **A Nova República**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 11, p. 53-58, 1929. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

FRANCO, Virgílio Martins de Mello. **A jurisprudência na organização do direito civil pátrio**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 1,

n. 1, p. 93-100, 1894. Disponível em:
<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/35>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Da natureza, importância e composição do Tribunal de Revisão no Estado de Minas Gerais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 59-76, 1896. Disponível em:
<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/91>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **O Poder Judicial mineiro**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 2, n. 1, p. 139-151, 1898. Disponível em:
<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/37>. Acesso em: 14.11.2021.

FREIRE, Felisbello. **Historia Constitucional da Republica Federativa dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Typographia Moreira Maximino, 1894.

FULGENCIO, Tito. **Discurso pronunciado pelo Desembargador Tito Fulgencio, como paranympo, na sessão solemne de collação de grau aos bacharelados de 1915**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 10, p. 127-138, 1917. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/40>. Acesso em: 14.11.2021

_____. **Questão Constitucional**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 9, p. 257-269, 1914. Disponível em:
<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

GUASTINI, Ricardo. *Sur le néoconstitutionnalism*. In: **Le droit entre autonomie et ouverture**. CHÉROT, Jean Yves et al (coord). Bruxelles: Bruylant, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia: Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

JUNIOR, Izidoro Martins. **Sobre o estado actual do Direito Civil**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 1, n. 1, p. 44-47, 1891a. Disponível em:
<https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2280/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Sobre o estado actual do Direito Civil (continuação)**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 1, n. 1, p. 108-113, 1891b. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2280/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

JÚNIOR, João Feres (*org.*). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

KEHL, Maria Rita. **Bovarismo Brasileiro: ensaios**. São Paulo: Boitempo, 2018.

KOERNER, Andrei. **A Ordem Constitucional da República: uma análise política da jurisdição constitucional no Brasil (1889-1926)**. Disponível em: <http://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/1342814>. Acesso em: 15.05.2020.

_____. **Habeas-corporis, prática judicial e controle social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

HIRSCHL, Ran. Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. In: **International Journal of Constitutional Law**, 4(3):581-586, jul. 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/237962093_Ran_Hirschl_Towards_Juristocracy_The_Origins_and_Consequences_of_the_New_Constitutionalism. Acesso em: 09.12.2021.

JUNIOR, João Mendes de Almeida. **Introdução ao estudo da prática forense**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 1, p. 101-146, 1893. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5310>. Acesso em: 12.11.2021.

LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915.

LEÃO, Laurindo. **Analogias sociais (continuação)**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 7, n. 1, p. 69-115, 1897. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2696/showToc>. Acesso em: 13.11.2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. **A arte, a sciencia e a philosophia do direito**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 14, p. 32-54, 1906. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5318>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **A escola historica (resumo para os alumnos do 1º anno)**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 11, p. 359-385, 1903. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5315>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **A theoria de Ihering**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 9, p. 102-142, 1901. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5313>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **Da complexidade do direito**. Distincção entre a moral e o direito. Relações do direito com a sociologia, com a anthropologia, a sciencia economia e a politica. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 7, p. 303-335, 1899a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5311>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **Da competencia do Estado para legislar sobre o processo das justicas locais**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 7, p. 185-208, 1899b. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5311>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Discurso proferido por ocasião da collação de grau aos bacharelados de 1896 pelo paranympho, Dr. Pedro Lessa**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 4, p. 323-337, 1896. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5308>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **Do Poder Judiciário**. Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. **Estudos de Filosofia do Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Ha um direito natural?** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 2, p. 119-135, 1894. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5306>. Acesso em: 11.11.2021.

_____. **Interpretação do art. 11, n.º 2, e do art. 72, §§ 3.º e 7.º, da Constituição Federal**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 10, p. 195-216, 1902b. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5314>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **O idealismo transcendental, ou criticismo, de Kant.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 10, p. 217-242, 1902a. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5314>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **O direito no século XIX.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 8, p. 161-207, 1900. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5312>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Prelação das hypothecas anteriores ás dividas fiscaes.** Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 13, p. 37-74, 1905. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5317>. Acesso em: 12.11.2021.

LIMA, Alfredo Moreira de Barros Oliveira. **Constituição e carta constitucional.** Especie de constituição. Materia constitucional. Revisão. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 1, p. 87-99, 1893. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5310>. Acesso em: 12.11.2021.

LINS, Edmundo. **Direito Civil: theoria da viabilidade.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 4, p. 21-55, 1898. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/37>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Discurso pronunciado pelo Dr. Edmundo Lins.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 9, p. 409-428, 1914. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Equidade.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 10, p. 113-126, 1917. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/40>. Acesso em: 14.11.2021.

LOBO, Estevam. **Do organismo social.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 4, p. 5-20, 1898. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/37>. Acesso em: 14.11.2021.

LYNCH, Christian Edward Cyril. O momento oligárquico: a construção

institucional da República brasileira (1870-1891). **História Constitucional**, n. 12, 2011, pp. 297-325. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3728657.pdf>

_____. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: O pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836).** Belo Horizonte: UFMG, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1891**. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1954.

_____. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Virginio. **Uma Lecção de direito publico: Conceito do direito. Direito publico e privado. Direito constitucional**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 17, n. 1, p. 41-56, 1910. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2832>. Acesso em: 14.11.2021.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo, Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Manoel. **O poder judiciario no Brazil**. Curityba: Officinas do Atelier do Novo Mundo de Adolpho Guimarães, 1899.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

_____. **História e prática do habeas-corpus: Direito constitucional e processual comparado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MONTEIRO, João Pereira. **A Advocacia**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 5, p. 237-249, 1897. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5309>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Congressos internacionaes de Pariz (1900)**. Carta ao Dr. Ataulfo de Paiva. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 9, p. 7-22, 1897. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5313>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Cosmopolis do direito**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 3, p. 143-160, 1895. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5307>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Da pretensa regra**. Error communis jus facit. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 6, p. 279-297, 1898. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5310>. Acesso em: 12.11.2021.

_____. **Theoria do processo civil e commercial**. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 1, p. 7-31, 1893. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5310>. Acesso em: 12.11.2021.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Direito constitucional atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: Editora 34, 2016.

NAVES, Rodrigo. **Dois artistas das sombras: El Greco/Oswaldo Goeldi**. Cia das Letras: São Paulo, 2019.

NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NEVES, Margarida de Souza. Os cenários da república: o Brasil na virada do século XIX para o século XX. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucila de Almeida Neves. **O Brasil Republicano: o tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. (O Brasil Republicano; 1).

NONATO, Orozimbo. **Aspectos do modernismo jurídico e o elemento moral na culpa objetiva conferencia no instituto dos advogados, em 27 de setembro de 1930**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 11, p. 13-43, 1929. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Revista forense, 1943.

NUNES, Diego.

OLIVEIRA, Brazílio Augusto Machado de. **Regimen hypothecario**. Casos de renúncia tácita. Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, v. 1, p. 45-54, 1893. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdsp/issue/view/5310>. Acesso em: 12.11.2021.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. **A questão nacional na Primeira República**. São Paulo: Brasiliense; Brasília: CNPq, 1990.

OLIVEIRA, Sônia Regina Martins. **Juristas ao final do Império Brasileiro (1873-1889): Perfis, discursos e modelos a partir do estudo da revista O Direito**. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: Curitiba, 31/08/2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40470?show=full>. Acesso em: 09.12.2021.

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2014.

PENNA, Affonso. **Editorial**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 3-8, 1894. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/35>. Acesso em: 14.11.2021.

PIMENTEL, Francisco Mendes. **Responsabilidade nos delictos por via de imprensa**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 11, p. 281-303, 1914. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

PINTO, João José de Andrade. **A Constituição da Republica do Brazil: Idéas geraes**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa a vapor H. Lombaerts & C. edictores, 1890.

PRADO, Eduardo. **A ilusão americana**. Vol. 11. Senado Federal: Brasília, 2010.

RECONDO, Felipe. **Tanques e Togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **O caso dos crimes de hermenêutica: precedente do controle difuso de constitucionalidade no Brasil**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, pp. 7099-7114. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1913.pdf. Acesso em: 09.12.2021.

RESENDE, Maria Efigênia Lage de. O processo político na Primeira República e o liberalismo oligárquico. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves, (org).

O Brasil Republicano: O tempo do liberalismo oligárquico – Da Proclamação da República à Revolução de 1930. 8. Ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018.

RIBEIRO, Arthur. **Extradição.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 9, p. 379-407, 1914. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/39>. Acesso em: 14.11.2021.

RIBEIRO, Teophilo. **Estudos Constitucionaes.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 95-115, 1895. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/issue/view/36>. Acesso em: 14.11.2021.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal: 1899-1910.** Defesa do Federalismo. Tomo II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926.** Doutrina brasileira do *habeas-corpus*. Tomo III. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991

SALLES, Manuel Ferraz de Campos. Decreto nº 848/1890: Exposição de Motivos. Pernambuco: **Revista Jurídica da seção judiciária de Pernambuco**, n. 2 (2009). Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/18>. Acesso em: 09.12.2021.

SANTOS, Gabriel Faustino. **A construção do mandado de segurança: por uma história das dimensões jurídicas da justiça no Brasil republicano (1891-1937).** 2018. 193 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SOUZA, Hersilio. **Importancia da legislação comparada.** Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 17, n. 1, p. 59-72, 1909. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2828/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

STARLING, Heloisa M. **Ser republicano no Brasil Colônia: A história de uma tradição esquecida.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo.** Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, 1(2), 27-41. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64>. Acesso em: 09.12.2021.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/34619>. Acesso em 10.10.2021.

_____. **O problema nacional brasileiro**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. Disponível em: <https://bdor.sibi.ufrj.br/handle/doc/94>. Acesso em 10.10.2021.

VARELA, Alfredo. **Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais**. Rio de Janeiro: Livraria H. Garnier, 1902.

VAZ, Augusto. **Prisão civil**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 17, n. 1, p. 117-152, 1909. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2828/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

_____. **Questões práticas**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife. Recife, v. 14, n. 1, p. 73-96, 1906. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/issue/view/2709/showToc>. Acesso em: 14.11.2021.

VELLOSO, Monica Pimenta. **O modernismo e a questão nacional**. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves, (org). **O Brasil Republicano: O tempo do liberalismo oligárquico – Da Proclamação da República à Revolução de 1930**. 8. Ed. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo 4(2), p. 441-464, jul-dez 2008 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 09.12.2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). **A Razão e o Voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

DUVE, Thomas. Entanglements in legal history. Introductory remarks. In: DUVE, Thomas (ed). **Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches**. Max Planck Institute for European Legal History. Berlin: Epubit, 2014, p. 3-25, https://www.rg.mpg.de/gplh_volume_1.

SILVA, Ricardo. História Intelectual e teoria política. *In Revista de Sociologia e Política*, v. 17, n. 34, (2009). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/29364>. Acesso em: 23.12.2021.

ANDERSEN, Niels Åkerstrøm. **Discursive analytical strategies: Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann.** First published in Great Britain in January 2003 b. © The Policy Press 2003 Transferred to Digital Print 2008 British Library Cataloguing in Publication Data A catalogue record for this book is available from the British Library ISBN 978 1 4473 4220 5 EPDF

AGUIAR, Márlío. **A iurisdictio e o ius dicere no pensamento jurídico e institucional romano.** Tese de Doutorado. <https://doi.org/10.11606/T.2.2020.tde-24032021-162626D>. da USP Faculdade de Direito Área do Conhecimento: Direito Civil. Data de Defesa: 2020-05-29. Imprensa São Paulo, 2020. Orientador Madeira, Helcio Maciel França.

KOSELLECK, Reinhart. **FUTURO PASSADO.** Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006 .

_____. **História de los conceptos.** Editorial Trotta, S.A., 2012. Madrid

Skinner, Quentin (1969). **Meaning and Understanding in the History of Ideas.** *History and Theory*, 8(1), 3–53. <https://doi.org/10.2307/2504188>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2504188?origin=JSTOR-pdf>. Acesso em: 27.11.2021.

SKINNER, Quentin. **El giro contextual:** cinco ensayos de Quentin Skinner, y seis comentarios. Enrique Bocardo Crespo (Ed.). Rafael Del Águila, Joaquín Abellán, Pablo Badillo O'farrell, Enrique Bocardo Crespo, Sandra Chaparro, José M.A González García Karipalonen. Madrid: Tecnos, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.**

ROMERO, Sílvio. **O Brasil social e outros estudos sociológicos.** Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879).**

Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija, 8 (2005), pp. 97- 116. Disponível em:

https://www.academia.edu/1819806/A_forma%C3%A7%C3%A3o_da_cultura_jur%C3%ADdica_nacional_e_os_cursos_jur%C3%ADdicos_no_Brasil_uma_an%C3%A1lise_preliminar_1854_1879_?auto=download. Acesso em: 09.01.2022.

_____. **VIAS DA MODERNIZAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA:** A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. Revista Brasileira de Estudos Políticos v. 98 (2008). Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/18158/14947>. Acesso em: 09.01.2022.

Čehulić, Mateja. **Perspectives of Legal Culture:** A Systematic Literature Review Revija za sociologiju , Vol. 51 No. 2, 2021. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/261664>. Acesso em: 09.01.2022.

Helge Dedek **When Law Became Cultivated:** ‘European Legal Culture’ between Kultur and Civilization G Helleringer & K Purnhagen (eds), Towards a European Legal Culture (C.H. Beck/Hart, Munich-Oxford, 2014, Forthcoming) 27 Sep 2013 McGill university - Faculty of Law https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2331813

COTTERRELL, Roger. **Law, culture and society:** legal ideas in the mirror of social theory. British Library, Printed and bound in Great Britain by TJ International Ltd, Padstow, Cornwall, 2006.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas.** Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HESPANHA, A. M.; VENTURA, A cultura jurídica acadêmica no período do “Estado Novo”. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 149-161, jan./jun. 2008.

KELSEN, Hans. **Uma fundamentação para a sociologia do direito.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 10, N. 1, 2019, p. 775-816. Tradução Henrique Sagebin Bordini, Revisão Lucas Pizzolatto Konzen. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/39506/28164>. Acesso em 10.01.2022.

CHARTIER, Roger. **A história cultural:** entre práticas e representações. 2ª ed. Algés: Difel, 2002.

SKINNER, Quentin. Interview. **Making history: the changing face of the profession in Britain**. London, abr. 2008. Disponível em: https://archives.history.ac.uk/makinghistory/resources/interviews/Skinner_Quentin.html. Acesso em: 10.01.2022.

PIHLAJAMÄKI, Heikki. **Comparative contexts in legal history**. Are we all comparatists now? Seqüência, n. 70. Florianópolis, junho de 2015, p. 57-75, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552015000100057

ASSIS, Machado de. **Esaú e Jacó**. Ministério da Cultura: Fundação Biblioteca Nacional, sem data. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do?select_action=&coobra=2042&co_midia=2. Acesso em: 12.01.2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Editora Universitária, 2012. Disponível em: <https://editora.ufpe.br/books/catalog/view/76/83/223>. Acesso em: 12.01.2022.

RAMALHO, Joaquim Ignácio; BAPTISTA, Francisco de Paula; SOUZA FILHO, Clemente Falcão de. Postillas de prática: colleção completa das licções de pratica do anno de 1865, precedidas de cinco licções de hermeneutica juridica e seguidas de dez de processo criminal, inteiramente correctas (sic). BDJur, Brasília, DF, 27 mar. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/20426>. Acesso em: 19.01.2022.

WIAECKER, Franz; BODENHEIMER, Edgar. Foundations of European Legal Culture The American Journal of Comparative Law, Vol. 38, No. 1 (Winter, 1990), pp. 1-29 Published by: American Society of Comparative Law. Disponível em: https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Foundations_of_European_Legal_Culture.pdf. Acesso em: 01.01.2022

WIAECKER, Franz. História do direito privado moderno. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

Legislação Informatizada - LEI Nº 23, DE 30 DE OUTUBRO DE 1891 - Publicação Original <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-23-30-outubro-1891-507888-publicacaooriginal-1-pl.html>

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005a.

_____. Direito comum e direito colonial. **Panóptica**, ano 1, n. 3, pp. 95-116.. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/DireitoComuneDireitoColonial.pdf. Acesso em: 10.01.2022.

_____. **Direito luso-brasileiro no Antigo Régime.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005b.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. A “**Lei da Boa Razão**” e a cultura jurídica oitocentista: prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira contemporânea à luz do pensamento de Antônio Manuel Hespanha. Revista Estudos Filosóficos, São João del Rei, pp. 92 – 116. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art7%20rev14.pdf>. Acesso em: 10.01.2022.

BUENO, Pimenta. *Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio* (1857) Rio de Janeiro, Typographia imp. E const. de J. Villeneuve E C.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. História contextual do controle de constitucionalidade: uma crítica à tradicional narrativa doutrinária brasileira. Quaestio Iuris, vol. 10, nº. 04, Rio de Janeiro, 2017. pp. 2521-2543.

_____. História do controle da constitucionalidade das leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891).

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Alberto Torres: uma obra, várias leituras. Silvia Oliveira Campos de Pinho Orientadora: Prof.^a Dr.^a Regina Horta Duarte Belo Horizonte, 2007. Mestrado em História pelo Programa de Pós-Graduação em História da UFMG. https://www.museunacional.ufjf.br/semear/docs/Teses_dissertacoes_tcc/Dissertacao_PINHO.pdf.

Podcast *Café da Manhã*, “Os mitos sobre a Semana de 1922, cem anos depois”, 11 de fevereiro de 2022.

MARSON, A. Sobre a ideologia do caráter nacional: uma revisão. *Revista de História*, [S. l.], v. 42, n. 86, p. 513-528, 1971. DOI: 10.11606/issn.2316-9141.rh.1971.130705. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/130705>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1052/ideias_politicas.pdf?sequence=9&isAllowed=y. Acesso em: 10.10.2021.

Sociologias, Porto Alegre, ano 7, nº 13, jan/jun 2005, p. 302-323 P * Mestre em Sociologia e doutorando em História pela UFMG. Professor da FEMM e Facisa. Nacionalismo e autoritarismo em Alberto Torres

Gustavo César Machado Cabral *Federalismo, autoridade e desenvolvimento no Estado Novo* Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011 <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242865/000910797.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ROBERTO BUENO *O autoritarismo brasileiro e as vias conservadoras em Francisco Campos, Oliveira Viana e o Estado Novo* RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 25-41 <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/522896/001073186.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

TORRES, Alberto. *A organização nacional*. São Paulo: Companhia editora nacional, 1938.

Júlia Silveira Matos. Alberto Torres e a reforma constitucional: o paradigma do autoritarismo x democracia na República Velha *História: Debates e Tendências* – v. 10, n. 1, jan./jun. 2010, p. 204-218

A idéia de um Conselho de Estado brasileiro Uma abordagem histórico-constitucional
 Christian Edward Cyril Lynch Brasília a. 42 n. 168 out./dez. 2005
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/939/R168-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>

Rosas, Roberto Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Revista de informação legislativa,
 v. 10, n. 37, p. 133-158, jan./mar. 1973 <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180560>

CARNEIRO, Levi. O livro de um advogado. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho,
 1943.

GUSTAVO CASTAGNA MACHADO “OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL
 ESTÃO DIVIDIDOS EM DOIS GRUPOS QUE SE DIGLADIAM”: CULTURA JURÍDICA
 E POLÍTICA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1906-1915) PORTO ALEGRE 2016
 Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Direito da
 Faculdade Federal do Rio Grande do Sul

OS “COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO” DE CARLOS MAXIMILIANO
 PEREIRA DOS SANTOS E A REPERCUSSÃO DA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA
 NO BRASIL DURANTE A PRIMEIRA METADE DO SÉCULO XX* Ezequiel Abásolo
 CADERNOS DO PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PPGDir/UFRGS,
 PORTO ALEGRE, V X, N 3, 2015, P. 39-52
<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/61218/36247>

Clóvis Beviláqua História da Faculdade de Direito do Recife 2012 Editora UFPE
<https://editora.ufpe.br/books/catalog/book/76>

MECCARELLI, Massimo. Regimes jurídicos de exceção e sistema penal: mudanças de
 paradigma entre Idade Moderna e Contemporânea. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG,

Ricardo. História do direito penal entre medievo e modernidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 87-110.