

Direito e Literatura:

A prática jurídica brasileira aos olhos do giro metodológico do Direito Livre e da razão cotidiana da crônica nacional

PAULO HENRIQUE DRUMMOND MONTEIRO

Sumário: 1. *Apresentação.* 1. 1 *A Literatura em contato com o direito* 1.2 *A conjuntura político-cultural e científica do período* 1.3 *A influência dessa conjuntura sobre a metodologia da ciência do Direito* 2. *A dogmática tradicional.* 2.1 *Do organicismo à jurisprudência dos conceitos formal.* 2.2 *A desvalorização do elemento fático nas etapas de interpretação do Direito.* 3. *Lima Barreto, o Direito brasileiro e a dogmática tradicional.* 3.1 *A sistemática da crítica de Lima Barreto às instituições jurídico-políticas nacionais.* 3.2 *Os dogmas conceituais X Realismo de Lima Barreto.* 4. *O Direito Livre: uma alternativa aos problemas históricos da prática jurídica brasileira.* 4.1 *O Direito Livre Alemão de Gérman Kantorowicz.* 4.2 *A hermenêutica antiformalista da Teoria do Direito Livre e a prática jurídica nacional* 4.3- *Conclusão: Direito Livre. Por uma interpretação social do fenômeno jurídico brasileiro.* 5. *Referências bibliográficas.*

1. Apresentação

Nenhuma análise detida das principais correntes do pensamento jurídico da Europa do fim do século XIX e início do século XX pode se esculpir com indiferença ao giro metodológico que sofreu a ciência do Direito naquele momento. As escolas não-dogmáticas se fortaleceram na literatura jurídica sob o fulcro de uma nova concepção de ciência, de um novo método científico, e diante de novo contexto político, sócio-econômico e cultural.

Estas novas escolas do pensamento jurídico – notadamente a jurisprudência dos interesses, o movimento do direito livre, a livre investigação científica, a jurisprudência sociológica e o realismo americano – introduziram o elemento social como dado de extrema relevância nas várias etapas do processo interpretativo do Direito, destoando do que até então se concebia como interpretação lógico-dedutiva, experimentada pelas correntes do dogmatismo franco-alemão, sobretudo com o legalismo da escola da exegese e ,posteriormente, com a estrutura lógico-conceitual da escola histórica de Savigny, do conceitualismo de Putsch, e do positivismo lógico de Windscheid.

Trata-se, agora com as novas correntes, de uma incursão da concepção naturalista de ciência sobre as ciências do espírito em meados do século XIX. A análise dessa incursão constitui o ponto de partida para entender a abertura metodológica na ciência jurídica como movimento adverso ao caminho idealista e formal que a lógica conceitualista trilhara na primeira metade do século XIX.

O elemento social proposto por essas novas correntes para as múltiplas dimensões da interpretação jurídica é o núcleo do qual emerge uma nova concepção de Direito, segundo a qual ao jurista não é permitido prescindir da estrutura fática que o condiciona, ou melhor, tal estrutura fática compreende a própria essência do jurídico, na medida em que é Direito apenas aquilo que se produz em concreto nas relações sociais, e não o que abstratamente é deduzido de uma lógica inata revelada nos institutos abstratos da ciência jurídica tradicional.

1.1 A literatura em contato com o direito

No Brasil, pouco se sabe sobre a história verdadeira do Direito, pouco se sabe sobre o contexto social de sua aplicação, pois é pela doutrina que as informações tendem a se perpetuar. A

esta, todavia, não cabe – na metódica tradicional – medir a adequabilidade dos institutos abstratamente concebidos ao direito realmente vivido pela sociedade brasileira. Quantos de nós não nos deparamos com um Pontes de Miranda, um Teixeira de Freitas, um Clóvis Beviláqua ou um Rui Barbosa em citações tendentes a explicar os institutos jurídicos atuais? Esses autores, no entanto, quase nada podem revelar, por meio de seus tratados, o que o Direito realmente viveu em suas épocas: o que e como os tribunais decidiam, quais eram os anseios sociais diante do Direito, quais eram as angústias e excitações que o Direito proporcionava aos jurisdicionados. A Doutrina nacional, sobretudo a juscivilística, traz consigo uma tendência de universalização e intenciona ultrapassar os condicionamentos espaço-temporais a que está submetida, vez que se fundamenta, quase sempre, na idéia do Direito como um sistema lógico e racional, indiferente à intermitência da história.

Seria, então, vã perquirição a tentativa de investigar comparativamente a prática jurídica brasileira e a abertura metodológica para um plano social da hermenêutica jurídica em fins do século XIX por meio da análise da doutrina nacional.

Um acesso mais fácil aos quadros da realidade jurídica nacional pode se efetivar com mais acerto através de outros produtos histórico-culturais da época. O contexto econômico e social do Brasil em fins do século XIX e início do século XX proporcionou, por exemplo, a orientação da literatura para um gênero narrativo eminentemente urbano, de objeto efêmero e cotidiano, um gênero narrativo filho do jornal e da era da velocidade das máquinas da revolução industrial. Surgia como instrumento de crítica social a crônica. Na sua ânsia pelo registro do cotidiano mais simples, sensível e irônico, a crônica observa o real mostrando-nos os sinais que naturalmente deixamos escapar, revelando, sobretudo, a visão social das instituições.

O Direito não é fenômeno alheio ao conteúdo desses textos. Concebido como uma estrutura reveladora das relações de poder, o Direito é visto pela crônica da crítica social sob o ângulo de sua aplicabilidade, de sua prática, de suas influências e confluências sobre a sociedade, especialmente, sobre o cotidiano das pessoas.

Aliado a esse gênero textual, as circunstâncias socioculturais e econômicas da época fixaram no Brasil um escritor maula, extremamente crítico da realidade social, de índole anarquista, crítico das instituições que representavam a elitização do poder político e cultural, sobretudo no contexto da capital nacional, o Rio de Janeiro. Nos referimos a Lima Barreto, um jornalista, servidor público, completamente descrente da validade de qualquer construção cultural da sociedade de sua época. Realista, Lima Barreto expressava em seus pequenos textos jornalísticos a idéia de que as instituições da tradicional sociedade brasileira “da rua do ouvidor” não passavam de simples estruturas fantasiosas; farsas que se fingiam eivadas de racionalidade civilizatória, mas que apenas faziam por permitir a manutenção de um *status quo*. Não escapou de sua crítica realista nenhuma construção cultural: da poesia parnasiana à dimensão transcendental da lei; da opulência das elites representada pelo ostensivo teatro municipal e pela arquitetura da cidade do Rio¹ ao aparato burocrático do Estado. Tudo funcionava como uma máscara que encobria a realidade das relações sociais, e as mazelas por elas estabelecidas. A crítica de governo partia então desse pressuposto de que qualquer instituição da sociedade moderna não coaduna com a realidade empírica, e se desenvolve com um fim ainda mais obscuro. Era a farsa do lírico Brasileiro em palavras do cronista:

1 Vide como exemplo as crônicas *A biblioteca*; *Uma coisa puxa a outra* (I e II); *As enchentes*; *Os pintores*; *Os exames*; *Sobre o nosso teatro*, entre outras da coletânea citada na bibliografia.

“Deveras, a princípio aquelas barras hercúleas de Ferro, que atravessam a sala, lado a lado, surpreenderam-me e, na flagrante adaptação aos trapézios que se adivinham nelas, lobriguei perceber um circo; mas, ao mesmo tempo, aquele ar petulante e faustoso da sala; aqueles heráudicos dragões sope-sando o espadagão da república que tão bem se justapôs à esfera armilar do império.(...) Satisfeito fui para casa sabendo que aquele tapume engalanado à ópera, faustoso e soberbo era o lírico. Que é lírico? É circo... é ópera... Nada disto. É tudo isso dosado e combinado, adaptado ao final às exigências da nossa civilização. (...)E o circo? Existe sempre. Em estando a sala cheia, existem lá: malabaristas do câmbio, acrobatas dos códigos (francês, inglês, etc.) écuyers gentis, no patrimônio, equilibristas da corda bamba da vida, e por fim, uma coleção de animais exóticos: papagaios parlamentares; macacos velhos que não metem mão em cambuca; hidras da oposição; serpentes da intriga; patativas do norte (vulgos meninos prodígios); uniolho biográfico (animal da Polinésia onde o martoca píston); etc.”²

A lei por sua vez com efetividade mínima pouco importa às relações sociais, funciona apenas como um meio de encobri-las ou de enganar os que pretendem efetiva regulação social pelo Direito:

2 REZENDE, Beatriz e VALENÇA, Rachel. (org.). *Toda crônica*. Lima Barreto. V. 2. *Ópera ou Circo?*. Rio de Janeiro: Agir, 2004, p. 66, 67.

“Eu não sei que mania se meteu na nossa cabeça moderna de que todas as dificuldades da sociedade se podem obviar mediante a promulgação de um regulamento executado mais ou menos pela coação autoritária de representantes do governo. (...)”³

“Este caso da parteira merece sérias reflexões que tendem a interrogar sobre a serventia da lei. (...). Reflitamos agora; não é estúpida a lei que, para proteger uma vida provável, sacrifica duas? Sim, duas, porque a outra procurou a morte para que a lei não lhe tirasse a filha. De que vale a lei?”⁴

1. 2. A conjuntura político – cultural e científica do período

O contexto histórico brasileiro que proporcionou este tipo de crítica às instituições nacionais, dentre elas o Direito, deve ser entendido, no entanto, sob o ângulo de uma conjuntura mais ampla. No plano sócio-político internacional da segunda metade do século XIX inicia-se a decadência do paradigma liberal em todas as suas facetas: na economia é dado início ao intervencionismo estatal, promovia-se ainda que de forma incipiente o crescimento das funções de Estado. No plano social, surge a “questão operária” que passa a evidenciar uma sociedade percorrida por conflitos de classes. Efeito secundário da revolução industrial e do capitalismo clássico, os movimentos de massa aos poucos vão construindo um importante acervo de lutas políticas.

3 REZENDE, Beatriz e VALENÇA, Rachel. (org.). *Toda crônica. Lima Barreto. V. 2. Conhecem?.* Rio de Janeiro: Agir, 2004, p. 153,154.

4 REZENDE, Beatriz e VALENÇA, Rachel. (org.). *Toda crônica. Lima Barreto. V. 2. A lei.* Rio de Janeiro: Agir, 2004, p.141.

Percorrendo tudo isso, novas formas de perquirição científica começam a tomar corpo de método, sob as bases do empirismo e do indutivismo. O ponto de referência desse novo método científico sai das ciências lógico-matemáticas encontrando seu *locus* nas ciências da natureza, cuja observação empírica criara uma nova forma de explicação científica. Essa nova ciência vem, então, a sobrepor-se àquele método lógico-dedutivista cartesiano cujo ponto de apoio eram as ciência matemáticas. A nova ciência não podia mais conceber proposições gerais deduzidas abstratamente uma vez que elas não coadunavam, muitas vezes, com as particularidades dos fenômenos experimentados. O conceito abstrato nunca encontraria um exemplo na realidade empírica, pois as circunstâncias fáticas, o devir dos objetos em particular sempre os desviaria, em algum aspecto, do conceito abstrato e geral.

Emergia assim o método naturalístico nas ciências sociais. Auguste Comte traz das ciências da natureza às ciências sociais uma epistemologia tendente a desfocar as abstrações metafísicas realmente inexistentes no mundo das diversidades naturais. O que se defendia era uma ciência das generalizações, das leis advindas do experimento, advindas diretamente dos fatos. Leis que seriam tomadas como verdadeiras enquanto pudessem explicar os fenômenos particulares. No âmbito social, as ciências deveriam explicar o todo social como um complexo orgânico das relações individuais, num claro intuito de generalização dos dados empíricos.

1.3 A influência dessa conjuntura sobre a metodologia da ciência do Direito

Não nos surpreende que, nesse contexto político e científico, a ciência do direito sofresse abalos na metódica tradicional do conceitualismo dogmático. Os dogmas do formalismo conceitual tais como a subsunção, a plenitude do sistema jurídico, a

pirâmide dos conceitos normativos e a interpretação objetiva começam a ser questionados em virtude de seu formalismo metodológico, que extirpava o elemento social dos vários planos de interpretação e de aplicação do Direito. Antônio Manuel Hespanha esclarece essa passagem da história do Direito com muita propriedade, tomando a pandectística alemã como ponto de apoio para verificar o declínio do dogmatismo:

“Com tudo isto era natural que a serenidade olímpica da pandectística – no seu ideal de construir um Direito <<separado da sociedade>> e atento apenas ao rigor construtivo – começasse a chocar os espíritos mais atentos ao devir da sociedade e às prementes exigências <<da vida>>. Ou seja, a vida começa a deixar de caber no discurso que os juristas faziam sobre ela. Esta não correspondência entre o discurso e o contexto prático a que visava aplicar-se, acompanhada pela ascensão de um novo modelo de discurso científico, cria as condições favoráveis para que se transplante para o saber jurídico os modelos de abordagem que dominavam nas ciências naturais. A isto se chamou <<naturalismo jurídico>>. O naturalismo jurídico trata o Direito como um fato social, desvalorizando seus desígnios normativos – i. e. , os momentos em que o direito procura atuar sobre a realidade social, justamente como fator estruturante, dinâmico – procurando explicá-lo a partir da realidade social envolvente, de acordo com os modelos de explicação utilizados nas ciências da natureza.”⁵

5 HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica Européia.*

Novas escolas do pensamento jurídico surgiram na Europa com o fim de quebrar a hegemonia do método formal do conceitualismo. Todas elas de certa forma influenciadas pelo novo método das ciências sociais.

Qualquer que fosse o objeto sobre o qual a ciência do Direito devesse incidir seja um fato psicológico, sejam fatos sociais⁶ a metódica não poderia ultrapassar os resultados obtidos de uma indução a partir dos dados observáveis objetivamente. A ciência não pode alterar a realidade para compreendê-la, o homem não pode se imiscuir em seu objeto de estudo com o fito de interpretá-lo, sob pena de conformar a realidade aos vícios e às paixões da compreensão humana, promovendo, no mais das vezes, resultados inverídicos.

Essa preocupação em combater a falsidade obrada pelos vícios da mente humana é resultado em grande parte dos problemas sociais dos fins do século XIX que incidiram não só sobre o método científico, mas também sobre outras construções culturais. A descrença no racionalismo puro da clássica filosofia oitocentista, o combate à irrealidade dos posicionamentos metafísicos diante da história realmente vivida e o estarrecimento frente aos problemas sociais até então irresolúveis, marcam presença em qualquer seara da cultura humana, inclusive na literatura.

O medo do filosófico e das mentiras dos símbolos nacionais, o desprezo pela arquitetura parisiense do Rio de Janeiro e pela burocracia estatal, o combate ao parnasianismo poético e, sobretudo, a comparação de tudo isso com a realidade social presente nas crônicas de Lima Barreto, nos confere indícios

Lisboa: Fórum da História, 1996.

6 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. (Trad.) José Lamego. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

suficientes para inseri-las nesse novo modelo de conhecimento dos fenômenos humanos e nessa nova ideologia político-social.

Resta-nos, então, resgatar por meios dos textos do cronista o clima urbano do Brasil no final do século XIX e princípio do XX a fim de avaliar a maneira como o giro metodológico da hermenêutica jurídica européia influenciou no espaço jurídico brasileiro.

Tomaremos como marco nessa análise a Escola do Direito Livre por meio da obra de Germán Kantorowicz. A escolha de tal corrente se deu em virtude de sua metódica responder mais precisamente aos anseios e preocupações da sociedade brasileira evidentes nos textos de Lima Barreto. Mais claros ficarão os motivos dessa opção na seqüência deste trabalho. Será, entretanto, imprescindível conjugar essa análise comparativa com breve análise do método dogmático tradicional da escola histórica e do conceitualismo jurídico a fim de clarear o processo de abertura interpretativa promovido pelo Direito Livre na Europa. A crônica de Barreto, por sua vez, nos permite entender a crítica social à estrutura jurídica brasileira, estabelecendo um vínculo entre a abertura metodológica para um âmbito mais sociológico na interpretação e fundamentação do Direito e as aspirações e questionamentos sociais frente as instituições jurídicas nacionais.

2. A dogmática tradicional

A dogmática tradicional a que nos referimos tem nascimento com a escola histórica de Savigny, mais precisamente na segunda fase da metódica dessa escola. Ainda que, num primeiro momento, as características do método dogmático já se observara em França quando do legalismo da exegese (evidente que com fundamentos outros que não os da Escola de Savigny) – foi

a vertente formalista e conceitualista da Escola Histórica que consolidou a hermenêutica tradicional perpassando um século de sustentação de toda interpretação e aplicação do Direito. A exegese Francesa, reminiscência do liberalismo estadualista e legalista francês, concebia a lei do Estado como a revelação quase que divina da racionalidade jurídica. Mas foi exatamente o anti-estadualismo savigniniano que construiu um canal para a definição do Direito como ciência, num método formalista que pôs fim a conflitos de há muito, perdurando irrefutável por quase um século. Não obstante seja a exegese francesa ponto de apoio para se situar o fenômeno legislativo como fonte primordial da qual emana o Direito, a interpretação e a construção conceitual da corrente alemã foi o que solucionou as insuficiências da hermenêutica gramatical da exegese, sob o intento de salvar a razão dogmática das contradições que ela mesma pressupunha (Lacunas, antinomias etc.).

Foi exatamente combatendo o racionalismo de toda cultura da exegese jurídica que a Escola Histórica se firmou. Repudiando as implicações filosóficas do fenômeno jurídico, a Escola Histórica se voltou para um Direito organicamente concebido numa cultura social que se desenvolvesse naturalmente, intuitivamente como outros produtos da cultura humana. O Direito seria resultado da evolução paulatina da sociedade, da construção lenta e substancial da cultura de um povo. O direito tornou-se a face normativa do *“espírito do povo”*, revelado pelas tradições de uma sociedade.

Enquanto o iluminismo construía um mundo lógico artificial, a escola histórica tendia a enxergar as tradições culturais como dados históricos relevantes na apreciação do conteúdo do Direito. O historicismo surge dessa necessidade de manter ao longo do tempo as instituições, os hábitos e os valores tradicionalmente experimentados por uma cultura e que aos

poucos vão se aperfeiçoando. Essas instituições e valores são concebidos como o que há de melhor na normatividade jurídica justamente porque perpassa as gerações e os séculos, e não porque modeladas artificialmente pela razão do homem. A fonte primordial do Direito não era senão a comum convicção jurídica do povo, e não a lei, simples ato de vontade. A forma com que tal convicção se constituiria não poderia ser outra senão a de uma intuição e não a de uma dedução lógico-causal:

“No ha de pensarse, sin embargo, que los diversos individuos de que aquel pueblo se compone, hayan creado el derecho arbitrariamente, pues, aunque estas voluntades individuales hubiesen podido sin duda producir el mismo derecho, es más verossimil que hubiesen creado multitud de derechos diferentes. El derecho positivo sale de ese espíritu general que anima á todos los miembros de una nación ; la unidad del derecho se revela necesariamente a su conciencia, y no es producto de la causalidad.”⁷

2.1 Do organicismo à jurisprudência dos conceitos formal

Mas a escola histórica não prescindiu completamente do elemento filosófico para a interpretação do fenômeno jurídico. Foi, pelo contrário, esse elemento filosófico racional que proporcionou a construção de uma interpretação dogmática voltada para o interior da própria ordem jurídica. Tal ordem jurídica era, então, entendida como uma estrutura lógica de conceitos hierárquicos traduzidos pela ciência do direito ao analisar o or-

⁷ SAVIGNY, F.C.V. *Sistema del Derecho Romano actual*. (Trad.) Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2.Ed. Tomo I. Madrid: Centro editorial de Góngora, Sem ano.

ganicidade do “*espírito do povo*”. Não fosse essa tendência lógico-conceitual da hermenêutica, não haveria porque não enxergar no historicismo a presença do elemento fático social no método jurídico, vez que o Direito seria pura construção cultural.

Na verdade, porém, a Escola Histórica não inseriu os condicionamentos sociais e históricos na interpretação do Direito. O que ela fez foi apenas modificar a fonte dogmática do Direito. Em vez da vontade do Estado como dogma racional indiscutível, os dogmas jurídicos absolutos adviriam das instituições tradicionalmente consagradas. Resumindo, em palavras de Luiz Fernando Coelho, “*trocara-se o fetichismo da lei pelo fetichismo do passado*”⁸, pois não se admitia ingerência externa à estrutura dos conceitos e institutos jurídicos tradicionais.

O método lógico de dedução conceitual de Savigny seria suficiente para a doutrina revelar os meandros do *Volksgeist*. Nesse sentido é que se constrói a importância da doutrina como fonte mediata do Direito: apenas os juristas, por meio de tais procedimentos lógicos estabelecidos pela ciência jurídica, seriam capazes de compreender o fenômeno jurídico e proporcionar através de deduções lógicas a aplicação do Direito a todas as relações sociais por meio da construção de conceitos e proposições jurídicas.

Nesse sentido é que Savigny reconstruía o dogmatismo, tentando fortalecer seus princípios de unidade e coerência interna ao criticar as idéias de codificação de Thibaut :

“Quanto ao objetivo estamos de acordo: queremos o fundamento de um direito não dúbio, seguro quanto às usurpações da injustiça, esse

8 COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: forense, 1981.

direito comum a toda a nação, e a concentração de seus esforços científicos. Para esta finalidade desejam um código, que, contudo, a uma metade somente da Alemanha traria a ansiada unidade, enquanto que a outra metade ficaria ainda mais aviltada. Quanto a mim, vejo o ponto de equilíbrio numa ciência do Direito organizada, progressiva, que pode ser comum à nação toda.”⁹

Assim percebemos que Savigny não largara a lógica formal, mas estruturou-a sobre outras bases. O que normalmente não se percebe é que a organicidade do direito da escola histórica não se refere a uma contingência real dos fenômenos sociais, mas deve ser buscada no caráter complexo e produtivo do pensamento conceitual e formal da ciência jurídica.

Os institutos (conceitos) jurídicos, na medida em que revelam relações sociais reconhecidas como típicas e naturais pelo Direito, organizam uma estrutura juridicamente vinculante, daí a entendermos a juridicidade dos conceitos como o matrimônio, o pátrio poder, a compra e venda. Conceitos estes que constituem a origem e o fundamento de toda a evolução do Direito. É nesse sentido que aos poucos Savigny vai se afastando das relações sociais históricas realmente existentes como fundamento do Direito, abrindo espaço à supremacia do instituto jurídico intuído pela doutrina e consagrado pelo tempo, desde o Direito Romano clássico. As regras sociais não podem mais ser compreendidas por si só, mas tão somente pela intuição do instituto jurídico.

9 SAVIGNY. *Da vocação de nosso tempo para a legislação e jurisprudência.*

2.2 A desvalorização do elemento fático nas etapas de interpretação do Direito

Savigny, então, acaba por selar a ausência da dimensão dos fatos no método hermenêutico que propunha. É nesse momento que o formalismo de sua teoria atinge o ponto máximo, não mais se admitindo a força jurígena das relações sociais atuais, dos atos de vontade, dos particularismos sociais. Como propõe Luiz Fernando Coelho, os fatos passam a ser apenas um *dado*, ponto de partida do qual o *construído* pela ciência dogmática se assenta como fonte do fenômeno jurídico.

Nesse sentido é que o elemento histórico presente em Savigny serve apenas para entender o surgimento e o desenvolvimento do Direito. Como teoria hermenêutica, a teoria de Savigny passa a entendê-lo apenas como um simples dado, um simples ponto de partida para a construção de métodos lógicos e deduções metafísicas.

Essa contradição entre o elemento histórico da teoria de Savigny – causa primeira do *Volksgeist* – e o método lógico-metafísico de interpretação em que sua teoria resultou é o que inquieta Karl Larenz:

*“Pode-se afirmar que, se esta doutrina [do nexo orgânico e evolucionista do Volksgeist] tivesse sido defendida com seriedade por Savigny e observada pelos respectivos sucessores, nunca estes poderiam ter chegado a trilhar os caminhos da jurisprudência dos conceitos formal.”*¹⁰

10 LARENZ, Karl *Metodologia da ciência do Direito*. (Trad.) José Lamego. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

O que Savigny não conseguiu foi mostrar claramente como trilhar o caminho da intuição dos institutos para as regras jurídicas e destas para a intuição originária dos institutos frutos do espírito do povo.

É por isso que foi possível ao principal seguidor de Savigny, Puchta, trilhar o caminho da pirâmide abstrata e hierárquica de conceitos para estabelecer a lógica formal como forma científica de aplicação e interpretação do Direito:

“De alguma forma , a sistematicidade do Direito decorre do facto de ele ser uma emanção de um todo orgânico , o ‘espírito do povo’ . As instituições jurídicas teriam uma alma, sentidos ou princípios orientadores que lhes dariam unidade e que permitiriam que a exposição dos institutos – e , no fim , de todo o direito nacional – fosse feita de forma sistemática a partir de princípios gerais dos quais se extrairiam outros por dedução – a tal pirâmide conceitual de que falava Puchta.”¹¹

Surge daí uma forte desvalorização de todo material observável empiricamente na interpretação e construção do Direito: tanto da lei quanto dos fatos sociais envolventes da estrutura normativa social. É o que demonstra Hespanha a partir de uma passagem de uma conferência de Savigny em Marburg:

“O particular, que é o conhecido como particular no trabalho filológico, deve ao mesmo tempo ser pensado como um todo no trabalho sistemático [...]. O conteúdo do sistema é a le-

11 LARENZ. (Ibdem).

gislação, logo, as normas jurídicas. Para as conhecermos em parte individualmente, em parte no seu conjunto, necessitamos de um meio lógico, a forma, i. e., o tratamento lógico do conhecimento de todo o conteúdo da legislação. Todo esse tratamento formal deve desenvolver a definição das normas jurídicas isoladas ou organizar o relacionamento quer de várias normas, quer do seu conjunto. É a isto que se chama sistema em sentido próprio.”¹²

Esse excerto deixa claro que o método que propunha Savigny é conseqüência de um pensamento fechado em si mesmo cuja finalidade era construir postulados jurídicos gerais e abstratos a partir do Direito positivo (lei, relações sociais etc.). Savigny não propunha uma construção lógico-formal sobre entidades supra-mundanas como as leis naturais do jus-naturalismo. Esta interpretação, no entanto, deveria incidir sobre os dados do direito positivo (lei, costumes etc.), de forma a concebê-los segundo as categorias formais do pensamento. Voltamos a afirmar que, não obstante a escola histórica introduza elementos positivos e empíricos na sua teoria das fontes do direito, a incursão desses elementos cessa por aí, sendo que sua teoria da interpretação é estritamente lógica abstrata e formal e, nesse sentido, produz toda uma estrutura de conceitos metafísicos e universais.

3. Lima barreto, o Direito Brasileiro e a dogmática tradicional

Não há negar que foi apenas a partir do conceitualismo jurídico nas suas várias vertentes que o Direito ganhou consistência científica. A idéia do Direito como um objeto de ciência é fenô-

12 HESPANHA. (Ibdem).

meno muito recente e tem origem estabelecida pelas obras de Savigny. Desde então, foi sempre a preocupação primeira dos juristas a definição do método mais adequado ao objeto jurídico.

O romancista e cronista de que tratamos neste trabalho, por outro lado, traz o conteúdo de sua obra repleto de valores, instituições, pontos de vista, condicionamentos históricos que – ao mesmo tempo que são comuns ao paradigma em que se inserem as correntes mais abertas da hermenêutica jurídica – são diametralmente opostos ao que se é possível desvendar das relações que envolvem a dogmática tradicional.

O simples fato de Lima Barreto ter como núcleo de sua orientação literária a crônica nos faz entender um pouco essa discrepância cultural frente ao à Hermenêutica jurídica do século XIX. Com efeito, mesmo os romances e os contos do autor evidenciam um tom cotidiano, crítico e disperso em miudezas, características típicas da crônica. A ligação desse gênero textual aos particularismos, ao devir do dia-a-dia, com a descrição da realidade crua, e com a crítica social das instituições tradicionais se opõe a toda valorização da abstração, das generalizações e da lógica formal, bases da filosofia jurídica Savigniniana.

Lima Barreto primava por descrever a realidade em si, como ela realmente aparecia aos olhos do senso comum. Repudiava e criticava tudo que não condizia com os fatos comumente observáveis.

Desse modo, todas as implicações da dogmática tradicional na prática jurídica brasileira afastavam-se do espírito do escritor mestiço. A começar pela erudição e pelo tecnicismo da linguagem do Direito. Objeto de construções lógicas e científicas dos grandes juristas, o Direito da Dogmática não prescindia de uma terminologia técnica e rebuscada. A busca incansável por uma caracterização científica do Direito resultou num pre-

ciosismo terminológico muitas vezes de pouca inteligibilidade. A metódica intelectual do dogmatismo – sustentada sobretudo no dedutivismo – fez do Direito algo apartado das relações sociais sobre as quais recaia sua normatividade, e a linguagem jurídica constituíra uma das forças repulsivas existentes entre essas duas dimensões da natureza humana. A ânsia dogmática pela cientificidade do Direito apagara dos estudos jurídicos a finalidade precípua de qualquer ordem normativa: a orientação de condutas e a regulação social efetiva. Eis o que Lima Barreto presenciava no meio jurídico brasileiro, ao expor, numa crítica à imprensa nacional, a invasão do “*jurismo*” até mesmo na linguagem dos meios de comunicação:

“Coisas da própria vida da cidade são tratadas convenientemente. Em matéria de tribunais, são de uma parcimônia desdenhosa. O júri, por exemplo, que, nas mãos de um jornalista hábil, podia dar uma seção interessante, por ser tão grotesco, tão característico e inédito, nem mesmo nos seus dias solenes é tratado com habilidade. Há alguns que têm o luxo de uma crônica judiciária, mas o escrito sai tão profundamente jurista que não pode interessar aos profanos. Quem conhece as crônicas judiciárias de Varennes, no Figaro, tem pena que não apareça um discípulo dele nos nossos jornais.”¹³

Essa aversão ao rebuscamento estilístico, à opulência mitificada e a tudo que não condiz com os fatos da vida comum perpassa, em Lima Barreto, outras searas que não a linguagem jurídica de nossos tribunais e evidencia algo mais profundo: a

13 BARRETO, Lima. Os nossos jornais. In: REZENDE, Beatriz e VALENÇA, Rachel. *Toda crônica. Lima Barreto*. Rio de Janeiro: Agir, 2004.

repulsa da valorização da forma em detrimento da substância. Seja nas áreas do conhecimento ou nas artes, a predominância da forma é que domina a cultura do século XIX, mitificando elucubrações meramente imaginativas como se comportassem verdades absolutas. É isso que, nas artes, inquieta o cronista em um de seus escritos de folhetim :

“(...)Concluí então que aquilo que meus amigos consideravam sabedoria teatral, quando não eram vagas teorias muito discutíveis, em preceitos cabíveis a todas as artes: conhecimento do público, óptica do gênero, intuição de efeitos etc.; era simplesmente técnica de cenógrafo de contra-regra e de ator, propriamente destes, técnica que nada tinha a ver com a arte de escrever para teatro.(...)”

Imaginem os senhores que o meu vizinho quer tentar literatura, o romance, a novela, o conto e vem pedir-me conselhos. A minha autoridade é pouca; o melhor seria ele dirigir-se a Coelho Neto, cuja glória repousa sobre a biblioteca de Alexandria; mas, ...o menino vem... Estou próximo e sou mais velho – circunstância que muitas vezes forma um conselheiro. Vem, e eu, em vez de dizer-lhe escreva muito, a todo momento, narre as suas emoções, os seus pensamentos, descubra a alma dos outros, tente ver as cousas, o ar, as árvores e o mar, de modo pessoal, procure o invisível no visível, aproxime tudo em um só pensamento; em vez de dizer-lhe tudo isso e mais, digo-lhe: aprenda tipografia, xilografia, zincografia, etc.”¹⁴

14 BARRETO, Lima. Uma coisa puxa a outra I . In: (ibdem).

O instiga também a importação de cultura civilizada estrangeira em detrimento da realidade nacional:

“A obsessão por Buenos Aires sempre nos perturbou o julgamento das coisas. A grande cidade do Prata tem um milhão de habitantes; a capital argentina tem longas ruas retas; a capital argentina não tem pretos; portanto, meus senhores, o Rio de Janeiro, cortado de montanhas, deve ter largas ruas retas; o Rio de Janeiro, num país de três ou quatro grandes cidades, precisa ter um milhão; o Rio de Janeiro, capital de um país que recebeu durante quase três séculos milhões de pretos, não deve ter pretos.”¹⁵

Pela crítica literária é possível observar no espírito rebelde e céptico de Lima Barreto certa revolta diante da invasão dessa concepção intelectual de mundo na literatura. Massaud Moisés com propriedade o demonstra ao comparar nosso cronista com o escritor Coelho Neto (autor citado ironicamente pelo próprio Lima Barreto no trecho transcrito acima de uma de suas crônicas):

“Enquanto Coelho Neto padece de hipertensão verbal, Lima Barreto era o próprio escritor contendido, perplexo (...). No próprio livro de estréia, as dessemelhanças saltam aos olhos: ao passo que Anselmo Ribas de A capital Federal [obra de Coelho Neto] é um literato, ou se presume ser; Isaías Caminha [personagem de Lima Barreto] é um escritor que se

15 BARRETO, Lima. A volta . In: (Ibdem).

desconhece e experimenta na carne o ferrete do preconceito. Enquanto Coelho Neto cultua a arte pela arte, despojada de intenções sociais ou mesmo particulares, Lima Barreto recusa-se a 'fazer obra d'arte, romance': o seu propósito, entre confesso e implícito, não é 'também fazer uma obra de ódio; de revolta enfim', mas documentar, usando o processo ficcional como instrumento, o seu drama de mestiço em meio a uma sociedade preconceituosa."¹⁶

3.1 A sistemática da crítica de Lima Barreto às instituições jurídico-políticas nacionais

Aquilo que mais inquieta o cronista na sociedade brasileira de seu tempo se assemelha a suas preocupações linguístico-literárias. Trata-se, novamente, do apego à forma cujo reflexo era inquestionável tanto na burocracia do Estado quanto no *modus vivendi* da alta sociedade carioca. Nesse contexto é que se insere por exemplo, a europeização dos costumes e da cultura brasileira, tão criticada pelo cronista. Essa importação da cultura européia é o elemento – constante das crônicas de Lima Barreto – que esclarece com maior propriedade o cerne da sua preocupação social, cultural e político-institucional: a compatibilidade dessas construções humanas (instituições, costumes, ciência, política) com a vida, com a realidade mais simples de nosso país, com a natureza seja física, seja espiritual da sociedade brasileira. Sua grande preocupação é, pois, a irrealidade da cultura e, portanto, a ineficácia das instituições por ela consagradas.

16 MOISÉS, Massaud. *História da literatura brasileira*. Realismo e Simbolismo. V.2 . 5. Ed. . São Paulo : Cultrix,2001.

É nesse sentido que os dogmas do Direito importados da Europa do século XIX jamais poderiam contentar o espírito do cronista, que, ainda que leigo – e justamente por sê-lo seu pensamento é presumivelmente o mais próximo do sentimento popular da época – não deixou de perceber a inconsistência social dos institutos jurídicos e da forma de interpretação alienígena importados pela prática jurídica brasileira. A lógica da subsunção conceitual, tão cara ao conceitualismo, deparou-se com o devir ilógico e inconstante da vida; à plenitude do ordenamento jurídico observou-se como óbice as infinitas relações sociais, as múltiplas características dos brasileiros e, como conseqüência mais simples e direta, as lacunas; à interpretação objetivista e puramente normativa se opôs as particularidades da vida .

Quanto ao Direito e instituições jurídico-políticas, sua crítica tinha como norte três aspectos fundamentais: A ininteligibilidade de seus preceitos, a ineficácia das normas jurídicas e a instrumentalização do Direito como meio de manutenção do poder.

A - Quanto ao primeiro aspecto já discorreremos acima ao relacionar a necessidade de uma linguagem técnica à lógica jurídica formal do conceitualismo com o estilo lingüístico dos textos do escritor e sua preocupação diante do uso desenfreado do “jurismo”.

B - No que se refere à ineficácia das normas jurídicas, Lima Barreto traz consigo uma enorme carga de um sentimento angustiante que envolve indagações que parece instigar toda a sociedade brasileira. Afinal, como lidar com as leis “injustas”? O que fazer com aquelas leis que tomadas na sua literalidade trazem conseqüências socialmente indesejáveis? E aquelas que ninguém respeita? A solução encontrada (ou não) por Lima

Barreto foi perceber que aquilo que ele chama de “costume” anda separado das normas jurídicas (“leis”) tomando ambos como duas ordens normativas distintas. O Direito não é o que a sociedade entende como justo, nem mesmo as condutas que normalmente as pessoas exercem, mas tão somente as leis impostas pelo poder público e as teorias racionais sobre elas criadas. É nesse sentido que Lima Barreto critica o apego à ordem formal, mostrando que ao mundo jurídico brasileiro não tem importado a dimensão dos fatos ou a efetividade da regulação das condutas. Assim, é que, avesso às leis, Barreto procura legitimar suas posições diante de questões conflituosas através dos costumes ou mesmo da moral. Aqui se encaixa, por exemplo, o caso do mendigo cego que ficou rico pedindo esmolas:

‘Não sei bem o que fez a polícia com o cego. Creio que fez o que o código e as leis mandam; e, como sei pouco das leis e dos códigos, não estou certo se ela praticou o alvitre lembrado pela dona da casa de que já falei.(...) tem ele em face dos costumes, direito ou não de esmolar? Vejam bem que eu não falo de leis; falo de costumes.(...) Quem seria esse cego antes de ser mendigo? Certamente um operário, um homem humilde, vivendo de pequenos vencimentos, tendo às vezes falta de trabalho; portanto, pelo hábitos anteriores de vida e mesmo pelos meios de que se servia para ganhá-la, estava habituado a economizar. (...)Se ainda continuasse a ser operário nós ficaríamos indignados se ele tivesse juntado o mesmo pecúlio? Não. Porque então ficamos agora?’¹⁷

17 BARRETO, Lima. O caso do mendigo. In: (Ibdem).

A lei ineficaz cria então um vácuo normativo e deslegitima as instituições que ela mesma consagra:

“Noticiam os jornais que um delegado inspeccionando, durante uma noite destas, algumas delegacias suburbanas, encontrou às moscas, comissários a dormir e soldados a sonhar.(...) A impressão que tenho é de que a vida e a propriedade daquelas paragens estão entregues aos bons sentimentos dos outros e que os pequenos furtos de galinhas e coradouros não exigem um aparelho custoso de patrulhas e apitos. (...). Penso mesmo que, se as coisas não se passassem assim, os vigilantes, obrigados a mostrar serviço, procurariam meios e modos de efetuar detenções e os notívagos, como eu, ou os pobres-diabos que lá procuram dormida, seriam incomodados, com pouco proveito para a lei e para o Estado. Os policiais suburbanos têm toda a razão. Devem continuar a dormir. Eles, aos poucos, graças ao calejamento do ofício, se convenceram de que a polícia é inútil.”¹⁸

C - O terceiro aspecto da percepção de Lima Barreto sobre o Direito recai na idéia de que as leis e as instituições jurídicas são tomadas como instrumentos de manutenção do poder por parte daqueles que o detêm. Talvez tal posição tenha sido influenciada por suas convicções político-ideológicas. Lima Barreto era anarquista, e como tal, avesso a todas instituições estatais. Num sentido anti-capitalista, o Direito é explicado a partir de sua natureza social, como objeto cultural que exprime os pontos de vista da classe dominante. O Direito não seria

18 BARRETO, Lima. A polícia Suburbana. In: (Ibdem).

algo natural ou mesmo ideal, mas uma ordem socialmente comprometida, um instrumento de classe. Sem cogitar dessa mera hipótese, fato é que Lima Barreto vê na burocracia do Estado, na ordem jurídica abstrata e na importação de instituições estrangeiras meios eficientes de perpetuação de um estado de coisas e de uma relação de poder. Nesse sentido é que o escritor mestiço cria sob a figura personificada do Estado, uma dimensão imaginária da vida social, um *locus* em que predominam papéis sociais em vez de pessoas, onde o que tem relevância é a forma, os papéis, o normatizado, o estatuído e não as relações verdadeiras. Numa simples metáfora, usando o carnaval, Barreto exprime a dupla face da vida social brasileira: entre a dimensão transcendente das convenções e a dimensão realista do cotidiano social pende a sociedade brasileira:

“Durante o ano todo, Morcego é um grave oficial da diretoria dos Correios, mas ao aproximar-se o carnaval, Morcego sai de sua gravidade burocrática, atira a máscara fora e sai para a rua.(...) E então ele esquece tudo: a pátria, a família a humanidade. Delicioso esquecimento!... esquece e vende, dá, prodigaliza alegria durante dias seguidos. (...) Ele então não era mais a disciplina, a correção, a lei, o regulamento; era o coribante inebriado pela alegria de viver. Evoé, Bacelar! (...) Essa nossa triste vida, em país tão triste, precisa desses videntes de satisfação e de prazer(...). Morcego é uma figura e uma instituição que protesta contra o formalismo, a convenção e as atitudes graves. Eu o bendisse, amei-o, lembrando-me das sentenças falsamente proféticas do sanguinário positivismo do senhor Teixeira Mendes

. A vida não se acabará na caserna positivista enquanto os ‘morcegos’ tiverem alegria...’¹⁹

É em virtude dessa abstração normativa que as instituições acabam por encobrir, por exemplo, o nepotismo, a corrupção, o tráfico de influência, as fraudes eleitorais e os atos praticados visando o interesse particular²⁰. A hipervalorização da ordem jurídica e das instituições encobre o fato de que a sociedade é feita de homens e aquelas pouco valem se não forem considerados estes:

“(..). Apareceu lá pela terra o demônio de um turco que ganhava a mais não poder. Quero tampar o rombo e só achei um caminho; fazer-me deputado em meu distrito. Teve grande votação? Que votação, menino! Isso é lá preciso!... Eu tenho as atas, livros e livros... Não preciso de mais nada.”²¹

3.2 Os dogmas conceituais X Realismo de Lima Barreto

Concluindo, vimos que a hermenêutica jurídica tradicional savigniana se insere num contexto de efervescência científica na tentativa de criar uma ciência jurídica pura que fosse concebida por meio de uma lógica formal inata deduzida de um material orgânico fundamental. É exatamente o formalismo, a abstração, a noção de transcendência que Lima Barreto satiriza nas instituições públicas brasileiras. Observa-se essa crítica tanto à atividade dos tribunais nacionais, quanto à administração pública e mesmo quanto às instituições do poder legislativo. En-

19 BARRETO, Lima. O morcego. In: (Ibdem).

20 Ver também nesse sentido as crônicas *O Garnier morreu*; e *Os quatro filhos de d’Aymon* presentes na coletânea *Toda Crônica* já citada.

21 BARRETO, Lima. Um candidato. In: (Ibdem).

fim, a estrutura do Estado como instituição pública se reveste de uma máscara, um véu que encobre as verdadeiras relações sociais, resultando numa completa ausência de efetividade das normas jurídicas e num grande hiato entre a sociedade e a compreensão e utilização dos institutos jurídicos. Isso porque a cultura jurídica brasileira, se imiscuiu nas tradições do Direito romano-germânico cujo ápice teórico perpassa a lógica formal do conceitualismo e das *pandectas* dos alemães.

É mister salientar que a grande questão que aflige nosso cronista é a distância existente entre a dogmática e a realidade. A dogmática não cuida dos fenômenos que constituem seu objeto de modo descritivo, não se relaciona com eles de modo a estabelecer um vínculo rigoroso com a realidade de seu objeto. Como bem pondera Ferraz Júnior as teorias dogmáticas “*não cuidam de ser logicamente rigorosas no uso de seus conceitos e definições, pois para elas o importante não é a relação com os fenômenos da realidade (descrever os fenômenos), mas sim fazer um corte na realidade, isolando os problemas que são relevantes para a tomada de decisão e desviando a atenção dos demais*”²². Nesse sentido, os conceitos abstratos propostos pela dogmática tradicional criam um sentido único para a multiplicidade das situações da vida. Assim, por exemplo, ocorre com a idéia de família que, embora nos leve a infinitas possibilidades de sentidos e de relações empíricas, a dogmática lhe imprime um conceito técnico, concebendo-a como grupo fechado de pessoas composto de pais e filhos e parentes unidos pela convivência e afeto etc. Isso corta todas essas outras possibilidades de relações fáticas no mundo jurídico. O mesmo acontece com o conceito de propriedade, liberdade, vontade, bem, pessoa, compra e venda, responsabilidade, domicílio etc. Esses conceitos abstratos se inserem, então, num sistema her-

22 FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

menêutico que estabelece postulados na tentativa de harmonizá-los aos fatos que lhes aparecem em juízo. Daí se concebe as ficções e presunções jurídicas, a interpretação sistemática, analógica etc. Não nos assusta, então, a ineficácia desse sistema diante das relações sociais brasileiras. Ora, como imaginar que todos os destinatários das normas jurídicas conhecem o Direito, conforme dispõe a ficção do *Neminem excusat ignorantia legis*²³? Como presumir que o silêncio importa consentimento em certas situações? Ou então que todos os maiores de 18 anos tem discernimento suficiente para praticar os atos da vida civil? É exatamente isso que toca nosso cronista ao olhar para as instituições jurídicas brasileiras e a prática de poder público nacional. Toda essa sua aversão à valorização da forma se insere numa crítica mais ampla e não somente jurídica: Como já dito, Barreto se opõe às construções culturais formais, falsas e puramente intelectivas. Desde o costume de opulência e ostentação da sociedade carioca, passando pela suntuosa arquitetura, pelo parnasianismo poético, pelas artes, pela economia até, por fim, às instituições políticas e jurídicas.

4. O Direito Livre: uma alternativa aos problemas históricos da prática jurídica brasileira.

Já salientamos na apresentação deste trabalho que a abertura metodológica da ciência do Direito para uma hermenêutica mais condizente com a realidade social se insere num movimento cultural mais amplo, numa verdadeira mudança de paradigma, influenciado por fatores histórico-econômicos e epistemológicos por que passou o mundo em fins do século XIX e início do XX.

23 Em relação ao *ignorantia juris*, o cronista faz menção irônica e crítica no fim da crônica *Um bom diretor*, ainda que de forma indireta e leiga.

No que se refere ao giro científico o indutivismo e o mecanicismo das ciências da natureza trouxe novos ares à hermenêutica jurídica. A dimensão dos fatos, após as modificações estruturais da história da humanidade, não cabia mais já no início do século XX ao discurso produzido pela dogmática jurídica. A sociedade de massas, o pluralismo, o apelo aos direitos sociais primavam por uma nova concepção de Direito e uma nova técnica de solução dos conflitos. Ao Direitourgia o fim das abstrações metafísicas e uma viragem teleológica da ciência jurídica para a decidibilidade dos conflitos e para a solução de questões sociais, como uma genuína ciência social aplicada à conjuntura normativa da sociedade.

Já no dogmático Jhering os estudiosos perceberam uma séria mudança de perspectiva. A passagem de seu método dogmático, histórico-natural – que concebia o Direito como um sistema objetivo da liberdade humana – para a chamada *jurisprudência pragmática* é o início do que neste trabalho entendemos como giro metodológico. Como ressalta Larenz: “O *mérito Histórico de Jhering consiste em, muito antes da maioria dos seus colegas, ter sentido as insuficiências da pandectística contemporânea e em ter chamado a atenção desta para os problemas de seu tempo.*”²⁴ Jhering percebeu que uma ciência que se sustentava na compreensão objetiva de fontes jurídicas romanas, ainda vistas como válidas para a atualidade vez que inseridas num sistema conceitual inquestionável, tal ciência não podia corresponder às exigências de uma prática do direito voltada para as relações sociais existentes. A *jurisprudência pragmática*, então, fundamentou, o Direito numa noção empírica: os interesses objetivos. Pois para o mesmo Jhering, “*A vida não é o conceito ; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer: o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja logicamente*

24 LARENZ, Karl. (Ibdem).

necessário ou logicamente impossível”²⁵. A vida no que se refere às relações jurídicas, surge dos interesses, sejam estes individuais sejam coletivos; e são eles que guiam as atividades humanas no mundo social devido a uma lei empiricamente verificável: a “lei da finalidade”, que é, para Jhering, noção muito próxima da lei da causalidade das ciências da natureza. O Direito se constrói, portanto, indutivamente, a partir de uma lei social movida pelo ímpeto dos interesses humanos.

A abertura metodológica passa ainda por outros autores que desenvolveram sob perspectivas próprias a doutrina de Jhering, tais como Phillip Heck e Heinrich Stoll, fundadores da chamada *jurisprudência dos interesses*, cuja hermenêutica tem como cerne a historicidade do fenômeno jurídico e a necessidade de uma interpretação histórica do Direito em razão da evolução dos interesses sociais e do fundamento causal das normas postas pelo legislador.

Sob perspectiva bem diversa, mas centrado no mesmo fim de combate ao dogmatismo e ao idealismo alemão, surgem movimentos na França e na Alemanha voltados para uma busca livre do fenômeno jurídico, no sentido de que não somente a lei e os conceitos dela deduzidos constituiriam fontes do Direito. O Direito deveria ser buscado antes em fenômenos sociais do que na razão do sistema legislativo. É partindo desse pressuposto que, na França, François Gény denuncia tanto o monopólio da lei quanto a teoria da subsunção e a metafísica da dogmática conceitualista. Em outras palavras, Gény propõe uma pluralidade de fontes normativas sobre as quais os juristas deveriam se debruçar. Gény não rejeita as fontes formais da dogmática, mas abre espaço para outras dentre elas a livre

25 JHERING. Rudof Von. A finalidade do Direito. (Trad.) José Antônio Faria Correa. VI. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

pesquisa científica , cujo método se pautava no naturalismo importado às ciências sociais.

É assim que Gény estabelece quatro pressupostos do fenômeno jurídico: dados reais ,dados históricos, dados racionais e dados ideais. Os dois primeiros seriam os pressupostos de fato acessíveis cientificamente (pelo método naturalista a que nos referimos). Os dois últimos seriam os pressupostos normativos não apreensíveis pela ciência vez que eram objeto de elaboração metafísico ideológica. Vê-se, pois, que ,na França, a livre investigação científica proposta por Gény abre uma possibilidade de inserção do elemento social na nas etapas de interpretação do Direito pois ,já na teoria das fontes, Gény promove uma significativa ampliação abarcando os dados sociais e transformando-os em objeto de investigação dos juristas na análise do fenômeno jurídico.

4.1 O Direito Livre Alemão de Gérman Kantorowicz

Na Alemanha , por sua vez, posiciona-se a figura de Gérman Kantorowicz , sobre a qual passamos a convergir nossos esforços na análise comparativa com a crônica de Barreto.

Kantorowicz , assim como Gény , propõe uma pluralidade de fontes do Direito, mas estabelece outras relações entre elas. O que ele afirma é basicamente que o Direito Estatal é oriundo do Direito Livre e que este corresponde às crenças da sociedade, às decisões judiciais e às opiniões doutrinárias. Afasta-se portanto das relações horizontais entre as fontes, proposta por Gény, e estabelece na verdade uma relação vertical e de sucessividade entre o Direito não estatal e o Direito estatal, sendo que este surgiria do desenvolvimento daquele. A partir disso é que podemos traçar uma possível resposta para aspirações

de integração entre o Direito e a realidade que tanto inquieta Lima Barreto.

Primeiramente evocamos a mudança na perspectiva do método de interpretação do Direito, que passa de um culto às instituições tradicionais do passado – originado no dogmatismo – à interpretação objetiva do Direito Livre de Kantorowicz. Com efeito, mesmo alguns teóricos envolvidos na abertura metodológica como Heck propõem interpretação histórica e subjetivista, voltada para *psique* do legislador ou aos fatores causais que o condicionam. Entendamos, porém, que a interpretação objetiva proposta por Kantorowicz não se trata daquela derivada da lógica formal concebida pelo conceitualismo (a lógica conceitual em si se afastava do subjetivismo e por isso formava um método objetivo), mas uma interpretação objetiva derivada das relações sociais em evolução. Uma interpretação que apartava dos textos normativos a intenção do legislador para fazer entrar em seu quadro as soluções de acordo com as necessidades da época, de acordo com a “vida do Direito”, adaptando-se de forma ininterrupta aos elos sociais constantemente mutáveis.

Kantorowicz tem em mente que sua proposta vem consolidar os movimentos adversários ao abstracionismo e formalismo da dogmática tradicional. Para isso o jurista alemão recorre a um conceito que mistura a terminologia jusnaturalista e a ideologia do método científico do positivismo naturalista: o conceito de Direito Natural. Mas devemos salientar que não se trata de um Direito Natural transcendente metafísico como o proposto pelo jusnaturalismo do início da modernidade. Segundo palavras do próprio jurista:

“El Derecho natural es un Derecho que pretende regir independientemente del poder estatal. Denominamos todo Derecho de esta índole

‘Derecho Libre’ y caracterizamos, por ende, el derecho natural enseguida y provisionalmente como una clase especial del Derecho libre. La caracterización del Derecho natural en sí, sino a una determinada concepción del mismo, en la cual los iusnaturalistas por cierto erraban, pero no como juristas, sino siguiendo ideas de su época como filósofos. Su propio Derecho era condicionado histórica y individualmente como cualquier otro.’²⁶

O que quer dizer Kantorowicz é que o Direito Natural concebido pelo jusnaturalismo é apenas uma acepção estrita do Direito Natural *latu sensu*, aquele Direito não estatal, desvinculado da lógica mas de acordo com a realidade natural.

O conceito de Direito Livre de Kantorowicz desperta e resgata, na verdade, aquele elemento social presente em Savigny que ficara por um século apagado pelo sono dogmático da lógica conceitual e que constitui a o elemento de valoração de Lima Barreto frente aos conflitos sociais. Kantorowicz não abandona a positividade do Direito, pelo contrário, ele a desenvolve sob as bases do naturalismo científico e do sociologismo. Nesse sentido, para o jurista alemão, o Direito nada mais é que o resultado de uma vontade social, comunitária ou mesmo individual, mas não de uma vontade racional positivada como única verdadeira. O Direito Livre, portanto, é exatamente aquilo que se desvenda da natureza social, da vontade dos indivíduos e não do abstracionismo da razão:

“La escuela Histórica nos há enseñado que

26 KANTOROWICZ, German. La Lucha por la ciencia del derecho. In: *La Ciencia del Derecho. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz*. Buenos Aires : Losada, 1949.

*todo derecho , por ello también el derecho libre , solo merece reconocimiento si es ‘positivo’ ; y que ningún derecho existe ‘naturalmente’ sino sólo y en quanto detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento. Nuestro Derecho Libre es por tanto Derecho Natural del siglo XX.’*²⁷

Percebe-se, Portanto, que Kantorowicz confere um caráter de juridicidade, de normatividade àquele fenômeno que Lima Barreto chama de ‘costume’ como referimos anteriormente. O Direito Livre não é senão toda manifestação de vontade não estatal sobretudo a da coletividade como um todo, se aproximando nesse sentido aos costumes sociais de Lima Barreto. Aquela necessidade de analisar as relações sociais a partir de uma outra ordem que não a do Direito estatal (devido à sua desconexão com a realidade) que verificamos nas crônicas de Lima Barreto pode ter como resposta viável a juridicização de uma ordem normativa não estatal como propõe Gérman Kantorowicz.

A fraca estrutura da ordem normativa estatal como meio de influência na realidade social cria em Lima Barreto um censo de falta de prestígio do Estado vez que o ele é tido como um ser fantasmagórico tirano, “*monopolizador que só quer benefícios para o seu egoísmo sem entranhas*”²⁸, mas incapaz de se firmar como instituição transformadora de realidades sociais, constituindo tão somente instrumento de manutenção do *statu quo* e das instituições tradicionais divinizadas pelo culto do passado remoto.

Nesse sentido, é que em diversas crônicas Lima Barreto transparece uma necessidade de fixação jurídico-científica de uma

27 KANTOROWICZ, Gérman. (Ibdem).

28 BARRETO, Lima. Ao *senhor* Lucas do Prado. In: (Ibdem).

outra ordem de valores, advinda sobretudo do meio social.

É mister salientar que em Kantorowicz, por sua vez, a regulação social prescinde da ordem normativa estatal. O Direito livre da comunidade ou até mesmo o Direito Livre das vontades e sentimentos individuais são o material jurídico primário, fonte da qual surge as normas do poder público numa relação quase que causal entre elas. Essa desnecessidade da norma estatal aparta o Direito livre de Kantorowicz de outras correntes da abertura metodológica como, por exemplo, a jurisprudência dos interesses de Heck. Esta última estabelece uma hermenêutica voltada para os fatores causais que repercutem na *voluntas legis* e na *voluntas legislatoris*, mas não propõe que esses fatores causais sejam analisados separadamente da lei para se viabilizar a configuração do Direito. Até mesmo de Gény se afasta o Direito Livre de Kantorowicz, na medida em que estabelece uma relação horizontal entre o Direito livre e as normas estatais de modo que ambos são imprescindíveis para a configuração do fenômeno jurídico ainda que apenas as normas do primeiro seja cognoscível cientificamente.

É em virtude dessa peculiaridade que a teoria de Kantorowicz é a que pode ter estabelecido um método para a interpretação do Direito que corresponda de certa forma aos anseios do cronista mestiço e mesmo da massa populacional brasileira do início do século XX.

4.2 A hermenêutica antiformalista da Teoria do Direito Livre e a prática jurídica nacional

Kantorowicz, no que se refere aos métodos de interpretação, tenta voltar-se para a convicção jurídica da comunidade e, nesse sentido, combate todo abstracionismo da sistemática conceitualista e de seus dogmas como a analogia, a ficção, a plenitude do ordenamento etc.

A ficção jurídica a que, como vimos, Lima Barreto, no ápice de seu senso comum, produz severa crítica, o jurista Alemão a interpreta como uma farsa , um meio de resolver interesses práticos , sem qualquer valor científico: *“la ficción carece por completo de todo valor científico si esta al servicio de otros fines que los mencionados, no siendo sino el pretencioso disfraz de una mentira al servicio de metodos falsos o de intereses prácticos”*. A ficção de que o povo conhece o Direito estatal, por exemplo, (o *neminem ignorantia legis* citado acima) não passa para Kantorowicz de uma deturpação do real promovida pela lógica. Na verdade as pessoas não conhecem o Direito estatal mas se conduzem segundo o Direito Livre , imanente à sociedade. É em virtude disso que o Direito Livre é o elemento jurídico mais importante na análise científica do Direito, segundo uma concepção sociológica de ciência, pois é ,na verdade, o Direito livre que influencia as condutas dos homens, e não o Direito Estatal:

“ (...)En esta ocasión nos encontramos la primera de esas ficciones: la ficción de que todo el mundo conozca el derecho estatal. Esta ficción esta en contradicción com los hechos de la manera mas crasa. En realidad, nadie conoce todo el derecho em toda su inmensa amplitud; muy pocos conocen una parte; la mayoría lo desconoce. Tan cierto es todo ello que si um particular adquiere conocimientos sólidos del derecho estatal, lá más de las veces será um pájaro de cuenta. (...) El grand industrial, el artista, el oficial, el político, el marido , en cambio, poseen sólo conocimientos aislados inclusive de los preceptos del derecho mercantil, del derecho de la propiedad intelectual, del derecho político, internacional o del derecho de familia,

*sin que tamaña ignorancia los perturbe em sus actividades. El viajero em um país extranjero se hace familiar con la lengua , historia, arte y costumbres del pueblo ; pero ni por sueños se le ocurre ni siquiera abrir sus códigos. To dos ellos viven con arreglo al derecho libre, de acuerdo con aquello que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como derecho, no como arbitrariedad o como mera conveniencia.*²⁹

O Direito Livre de Kantorowicz se forma a partir das posições adotadas por determinado círculo social (Direito Livre da comunidade) ou pelo juízo individual, (Direito livre individual) considerando-se , a partir de então tais posições como preceitos obrigatórios. Nesse sentido, Kantorowicz propõe que a sociedade não necessita num primeiro momento da lei, vez que o Direito Livre se desenvolve independentemente do Direito estatal pela comum convicção jurídica do povo. Essa posição do jurista alemão corrobora cientificamente com as aflições de Lima Barreto sobre a diminuta serventia da lei no Brasil, tanto no que se refere ao Direito público que regula o funcionamento dos órgãos estatais quanto no que se refere `a vida privada, conforme vimos nos diversos exemplos presentes neste trabalho extraídos das crônicas do escritor.

Como visto, Kantorowicz não exclui a lei estatal do quadro normativo social, mas apenas propõe a sua prescindibilidade. A partir daí, ainda no que tange ao método hermenêutico, Kantorowicz carrega o Direito Livre de mais uma função, qual seja, tampar as lacunas do ordenamento estatal: *“finalmente hay que completar la ley por medio del Derecho Libre; con él hay que colmar*

29 KANTOROWICZ, Gérman. (Ibdem).

sus lacunas”³⁰.

Assim, mais uma vez o autor nega a validade das construções lógicas da interpretação conceitualista, que tinha como postulado básico a plenitude do ordenamento jurídico, cujas “aparentes lacunas” seriam afastadas pelos métodos lógicos de interpretação. Kantorowicz expõe a impossibilidade de as técnicas de interpretação da dogmática tapar as lacunas devido ao abstracionismo do ordenamento jurídico e sua conseqüente distância das peculiaridades dos casos concretos. Assim, *“unicamente el Derecho Llibre, con la espontaneidade sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas y, de hecho, siempre las colmó.”*

O cronista Brasileiro, nessa mesma direção, não vê outra maneira de decidir os conflitos diante da ausência de lei senão fazendo uso do costume social:

“Vossa excelência que é lido em Direito, será certamente lido em sociólogos e sabe perfeitamente que quase todos cogitam na posse normal do domicílio familiar, cousa que consegui graças à minha prudência e às economias do madeireiro português, pai de minha mulher. Não posso, nem devo mudar, isso diante de todas as leis que não são votadas pelo congresso.(...)”

Depois se depara com o fato de que o poder público também não vê outra maneira de regular a vida social quando se depara com lacunas:

“(...) mas não compreendo que a polícia e a jus-

30 Idem. (Ibdem).

*tiça persigam certos entes por crime que não está em lei. De resto, se há crime há pena e a pena não pode ser essa de domicílio coacto ou de interdição de residência, que não estão no código.*³¹

Na mesma direção do desdém pela plenitude do ordenamento abstrato, Kantorowicz demonstra as insuficiências de outros dogmas da hermenêutica tradicional, tais como a analogia e a interpretação extensiva. Na realidade, segundo o jurista alemão, usam-se esses métodos com base na verdade no Direito Livre, no sentimento social do Direito e não na Lógica, no dedutivismo, pois é a vontade que determina a decisão, seja a vontade de conseguir um resultado desejável ou a vontade de se esquivar do indesejável.

Seria possível argumentar, então, que, por se tratar de um voluntarismo puro, o Direito Livre pressupõe uma homogeneidade cultural da sociedade para que se possa conceber uma ordem normativa a-estatal capaz de dar previsibilidade suficiente aos fatos concretos. Nesse sentido, consequência direta seria a total inaplicabilidade dessa teoria à vida social brasileira haja vista as desigualdades regionais, econômicas e até mesmo étnicas. Deve-se atentar, porém, para o fato de que não se trata o Direito Livre de uma ordem normativa abstrata extraída das condutas e das vontades sociais. Ele constitui, na verdade, as próprias vontades e condutas sociais na essência de sua natureza fática, sendo inexistente fora da casuística. Destarte, cabe à ciência do Direito apenas descrever e tornar claras a vontade e as condutas dos homens sejam elas homogêneas ou não. A doutrina tem, então, um papel descritivo da realidade social, ainda que essa descrição possa alterar substancialmente essa realidade.

31 BARRETO, Lima. Carta de um pai de família ao doutor chefe de polícia. In: (Ibdem).

O juiz, por sua vez, se coloca em posição bem diversa. Segundo Kantorowicz, não é possível antever aprioristicamente até que ponto se deve levar a emancipação do juiz da lei. Apenas no caso concreto, de acordo com o que lhe parecer verossímil (através de sua prudente convicção), decidirá o juiz se aplicará a lei ou se em virtude da força do Direito livre decidirá considerando outras fontes jurídicas. É exatamente quanto o grau de emancipação da Lei que divergem as correntes da abertura metodológica.

Para Kantorowicz, o Direito Estatal é ainda fonte importante do Direito mas deve ser interpretado conforme o Direito Livre que constitui seu fundamento. Destarte, Segundo Kantorowicz, a jurisdição deve continuar sendo função de Estado, do Estado-juiz que deve seguir a lei quando de esta estiver de acordo com o Direito Livre. Mas ele pode e deve dela prescindir se a) lhe parecer que a lei não lhe oferece uma decisão carente de dúvidas. b) lhe parecer inverossímil que o poder estatal editou a lei conforme o que o Direito Livre reclama. Em ambos os casos o juiz deverá dar a sentença que, segundo suas convicção, o atual poder estatal haveria decretado se houvesse pensado no caso dos autos e segundo o Direito Livre.

Dessa maneira, não se pode negar que o juiz cria direito para o caso concreto, e nesse sentido, ao esclarecer o Direito livre aplicável ao caso concreto, ele estabelece novos conteúdos a essa mesma ordem normativa. É assim que podemos dizer que também constitui Direito Livre a jurisprudência dos tribunais.

4.3. Conclusão: Direito Livre. Por uma interpretação social do fenômeno jurídico brasileiro.

A tese que indubitavelmente se consolida como finalidade da obra do jurista alemão é a de que sua obra trata tão somen-

te da simples descrição daquilo que em verdade ocorre nos tribunais. Os tribunais decidem segundo um voluntarismo puro, segundo o sentimento e a convicção subjetiva dos juizes, ainda que estes se escondam por detrás da indumentária da dogmática. Na realidade, isso se trata da tentativa árdua dos magistrados de adequarem suas decisões à ordem normativa abstrata. Devido sua impossibilidade, decidem de acordo com o que realmente tem força jurídica : a sua convicção do que é o direito e a idéia que possui do que a comunidade entende e constrói como Direito. Kantorowicz pretende, portanto, apenas esclarecer o que o fenômeno jurídico significa no mundo da resolução dos conflitos e a partir daí construir uma ciência nova capaz de e descrever fielmente o Direito Livre dando ao juiz um sustentáculo jurídico para a tomada de decisões nos casos concretos, pois *“Si la ciencia del derecho reconoce Derecho Libre, la jurisprudencia no puede ya fundarse exclusivamente sobre el derecho estatal. Si la ciência jurídica posee fuerza creadora, la jurisprudencia no sera por mas tiempo mera servidora de la ley.”*³²

Por fim, é possível perceber que no Brasil do início do século XX não só os tribunais, mas todo o aparato burocrático do Estado mergulhou na metafísica e no abstracionismo na interpretação das instituições. Talvez em virtude da invasão do liberalismo clássico na realidade nacional do início do século com todas as suas faces culturais e econômicas.

Lima Barreto nos proporcionou neste trabalho a visão dessa problemática sob o ângulo da visão social dessas instituições. O Direito Livre, como método hermenêutico de transformação social trouxe a possibilidade da interposição do elemento social na prática jurídica prescindindo da abstração do direito estatal.

32 KANTOROWICZ, Gérman. (Ibdem).

Ainda que Kantorowicz não negue a necessidade da existência do Estado (como possivelmente desejaria nosso cronista), ele possibilita o estabelecimento de uma prática jurídica voltada para a transformação social, cuja finalidade se volta sobre as relações sociais efetivas, e não sobre a lógica das teorias jurídico-filosóficas.

Destarte, pretende o jurista alemão retomar a convicção jurídica da sociedade como elemento fundamental na interpretação do Direito como pretendia o primeiro Savigny com o *Volksgeist* e o historicismo, antes da deturpação de sua teoria pelas necessidades da dogmática: *“La escuela Histórica pecó mucho también en esta dirección: ella que tan poco hizo para resolver históricamente sus tareas dogmaticas, si hizo muchísimo para estropear sus tareas historicas dogmaticamente.”*

Por fim, é também envolta nesse sentido de evolucionismo social, de valorização dos fatos sociais envolventes da realidade que a crítica social brasileira se estarrece diante do fetichismo dogmático do fenômeno jurídico nacional e do tradicionalismo da cultura brasileira:

“Não gosto do passado. Não é pelo passado em si; é pelo veneno que ele deposita em forma de preconceitos, de regras de prejulgamentos nos nossos sentimentos. Ainda são a crueldade e o autoritarismo romanos que ditam inconscientemente as nossas leis; ainda é a imbecil honra dos bandidos feudais, barões, duques, marqueses, que determina nossa taxonomia social, as nossas relações de família e de sexo para sexo; ainda são as coisas da fazenda, com senzalas, sinhás-moças e mucamas, que regulam as idéias de nossa diplomacia; ainda

*é, portanto, o passado, daqui, dali, dacolá que governa, não direi as idéias, mas os nossos sentimentos. É por isso que eu não gosto do passado; mas isso é pessoal, individual.”*³³

As inquietações de Barreto mesmo hoje encontrariam fundamento na prática jurídica brasileira que ainda sofre imensa influência da dogmática do século XIX, em que pese as lutas doutrinárias em contrário. Os axiomas da dogmática se impõem como obstáculo à transformação da realidade social dos brasileiros pelo Direito, pois, como bem pondera Orlando de Carvalho, o conceitualismo consolidou “*um estilo teórico, retraído, ‘neutral’, um estilo manualístico e desprovido de paixão, como se o direito não fosse de homens e para homens. No centro do direito não está a personagem humana, (...); estão conceitos cada vez mais tênues ou fluidos ou como dizia Jhering, antes de sua conversão, os ‘corpos jurídicos’ mais ‘sublimados’ ou mais ‘simples.’*”³⁴

5. Referências Bibliográficas

1 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Lições de filosofia do direito. São Paulo : Ícone, 1999.

2 COELHO, Luiz Fernando. *Lógica Jurídica e interpretação das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: forense, 1981.

3 CARVALHO, Orlando de. *A teoria Geral da relação jurídica - seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

4 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

33 BARRETO, Lima. O convento . In: (Ibdem).

34 CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

5 HECK, Phillipp. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. (trad.) José Osório. São Paulo: Livraria acadêmica & Saraiva, 1947.

6 HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica Européia*. Lisboa: Fórum da História, 1996.

7 JHERING, Rudof Von. A finalidade do Direito. (Trad.) José Antônio Faria Correa. V.I. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

8 KANTOROWICZ, Gérman. La Lucha por la ciencia del derecho. In: *La Ciência del Derecho*. Savigny, Kirchmann, Zitelmann, kantorowicz. Buenos Aires : Losada, 1949.

9 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. (Trad.) José Lamego. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

10 LOPES, Mônica Sette. (Org.) *O direito e a ciência: tempos e métodos*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2006.

11 MOISÉS, Massaud. *História da literatura brasileira*. Realismo e Simbolismo. V.2. 5. Ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

12 REZENDE, Beatriz e VALENÇA, Rachel. *Toda crônica*. Lima Barreto. 2 V. Rio de Janeiro: Agir, 2004.

13 SAVIGNY, F.C.V. *Sistema del Derecho Romano actual*. (Trad.) Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2.Ed. Tomo I. Madrid: Centro editorial de Góngora, Sem ano.

14 _____ . De la vocación de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho. In: STERN, Jacques. *La codificacion*.(Trad.) Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguilar, 1970.

15 WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. (Trad.) A. M. Botelho Hespanha. 2. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1967.

