

**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**

Prof. Dr. Thomas da Rosa Bustamante¹
(UFMG – Belo Horizonte – MG – Brasil)
tbustamante@ufmg.br

Resumo: Pretende-se, com esse trabalho, reconstruir as premissas teórico-filosóficas da análise histórica de Antônio Manuel Hespanha sobre o direito do Antigo Regime e o direito moderno em Portugal e no Brasil, com a finalidade de aplicar esse mesmo método para compreender o direito brasileiro contemporâneo e comparar a estrutura da Lei da Boa Razão (1769) com o Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Palavras-chave: Direito; Antigo Regime; Modernidade; Antônio Manuel Hespanha; Método.

1. Considerações sobre o método de estudo do direito (e de sua história)

Antônio Manuel Hespanha pode ser considerado um dos maiores historiadores do direito luso-brasileiro do nosso tempo. Sua agudeza intelectual, rigor metodológico e postura hermenêutica ancorada na mais avançada filosofia do direito (e da linguagem) contemporânea permitem ao seu leitor entender o direito não apenas enquanto um conjunto de documentos autoritativos ou um “ordenamento” de normas supra e infraordenadas, tidas como válidas em um determinado tempo e espaço; para muito além desses reducionismos, Hespanha compreende o direito como uma *prática social*, cujo sentido é historicamente construído e não pode ser capturado apenas por uma análise semanticamente orientada dos materiais jurídicos ou por uma lista de eventos ou fatos relevantes para o estabelecimento da normatividade do sistema jurídico. Pelo contrário, para compreender o direito o teórico (ou o historiador) do direito pauta-se pela compreensão que *os próprios juristas e oficiais* compartilham do fenômeno jurídico.

Hespanha pôde perceber, ainda na década de 1970, a extraordinária importância do **ponto de vista interno** ou “hermenêutico” proposto pela filosofia do direito de H. L. A. Hart. Este ponto de vista desempenha para o sistema jurídico uma função *constitutiva* no

¹ Professor Universidade Federal de Minas Gerais. Integrante do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma instituição. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito pela UFMG. O presente trabalho decorre de pesquisa financiada pelo CNPq, pela Fapemig e pela Fapesp, a quem o autor agradece pelos recursos financeiros que possibilitaram a sua elaboração.

sentido da filosofia da linguagem de John Searle, na medida em que explica o surgimento de regras constitutivas que permitem a criação de instituições e das próprias convenções fundantes do sistema jurídico, viabilizando com isso a existência da “regra de reconhecimento” adotada pelos oficiais que interpretam, aplicam, e utilizam o direito como repositório de *razões de decidir* e como *guia* para a ação social e a solução de conflitos interpessoais.

Hart via o direito como emanando de uma regra de reconhecimento que deve ser entendida como uma “regra social” num duplo sentido: é dizer, no sentido de que essa regra “governa a conduta dos seres humanos em sociedade” e de que ela “deve a sua origem e existência exclusivamente a práticas sociais humanas” (MACCORMICK, 2008, p. 31).

Como o próprio Hesperia nos esclarece, “o ‘direito’ de que os juristas falam não é nada que exista como entidade definida antes e para além do discurso dos juristas. São estes, ao falar dele e ao transformá-lo em objeto de uma prática, que constituem o seu próprio corpo e lhe traçam os limites” (HESPERIA, 1978, p. 72).

Emprega, portanto, a postura hermenêutica de Hart, que advoga que os teóricos do direito só conseguem compreender e descrever a prática jurídica na medida em que tomem em conta o ponto de vista *interno* dos oficiais – e, em particular dos juizes. O ponto de vista interno, no pensamento de Hart, é o ponto de vista de quem não apenas observa as regras jurídicas como fato bruto a ser constatado, mas de quem as *aceita* no sentido de reconhecer-se como *obrigado por elas* e vislumbrá-las como *razões para agir* de determinada maneira. Nessa perspectiva, o teórico do direito só é capaz de compreender ou conhecer o direito se for capaz de ele próprio, ao teorizar sobre o direito, se projetar para o mesmo ponto de vista do usuário dessas normas e compartilhar o mesmo jogo de linguagem e a mesma gramática que ele emprega. Só é possível compreender a regra de reconhecimento de um sistema jurídico – é dizer, as convenções fundantes que determinam as condições de validade de uma regra ou decisão jurídica – caso o próprio teórico (ou historiador) do direito seja capaz de *compartilhar* a mesma compreensão e o mesmo sentido que os oficiais aceitam do ponto de vista interno.²

2 Nesse sentido, explica MacCormick: “Para capturar (o sentido de uma obrigação ou uma regra jurídica), devemos capturar o que nós estaríamos fazendo se fôssemos a pessoa realizando esses juízos e tomando-os a sério. Isso significa que a explicação que realizamos deve se dar não no nível da observação direta, experimentação, etc., mas ao contrário no nível da investigação hermenêutica. Devemos interpretar o sentido desses juízos do ponto de vista de sermos a pessoa que formula esse juízo ao invés do ponto de vista de uma pessoa que observa esses comportamentos desde fora” (MACCORMICK, 2008, p. 46).

Uma teoria jurídica suficientemente explicativa deve ser capaz de vislumbrar o Direito não apenas na perspectiva do *observador*, que descreve o direito positivo a partir de fora, mas também na do *participante* que aceita e emprega as normas jurídicas para fins de encontrar ou determinar a conduta *juridicamente correta*. Creio que sem essa “virada hartiana” a teoria jurídica fica um tanto quanto incompleta, pois vê o Direito apenas como um produto pronto e acabado que é fruto unicamente da decisão de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados de alguma maneira na sociedade.

Nesse sentido, Hespanha argumenta que

a criação cultural e, no caso concreto, a criação jurídica não são obra do acaso – a novidade e a rotina, os temas, os conceitos, o estilo da argumentação, tudo isto é grandemente condicionado pelas circunstâncias em que decorre a própria prática de produção do saber, que, assim, aparece como o princípio (*arque*), a sua raiz. Em relação a cada disciplina é, então, possível uma ‘arqueologia’, ou seja, um estudo das circunstâncias em que se desenvolve a sua *prática*; a prática a partir da qual e para a qual se constitui o seu *discurso* e que é, portanto, o ‘princípio’ deste (HESPANHA, 1978, p. 71).

O método empregado por Hespanha para a descrição do direito coincide em importante medida, portanto, com o convencionalismo hartiano que hoje domina o discurso na tradição filosófica anglo-saxã, segundo o qual o fundamento do direito está em uma *regra de reconhecimento* aceita como uma prática social, que contém um feixe de critérios fundamentais de validade e permite ao teórico e ao jurista prático identificar o direito e determinar a fonte de qualquer enunciado normativo particular.

A regra de reconhecimento, na perspectiva de Hart, emana de uma “atitude crítica reflexiva” por parte dos próprios aplicadores do direito, no sentido de que esses aplicadores a reconhecem como obrigatória e **aceitam** os critérios fundamentais de juridicidade estabelecidos por ela (HART, 1961, p. 57).

É com esse método que Hespanha consegue explicar, com maestria, um dos mais importantes momentos históricos do direito luso-brasileiro, referente ao período de formação do direito moderno e da criação da cultura jurídica oitocentista, como se verá nas duas próximas seções deste trabalho.

2. O direito do Antigo Regime e o Direito Colonial

Uma consequência imediata do método de análise do direito adotado por Hespanha é a

de que só podemos compreender a formação de uma cultura jurídica particular quando nos projetamos para dentro dela, compreendendo as “causas intelectuais” de sua formação e a forma como o legislador e o jurista prático de um dado momento histórico entendiam a prática social em que eles estavam inseridos.

Essa atitude se mostra ainda mais importante nos momentos de transição, onde os **intérpretes autênticos** do direito (em particular, os juízes e demais oficiais encarregados de aplicar o direito e interpretá-lo construtivamente), ao refletir criticamente sobre esse direito, **modificam a regra de reconhecimento** vigente em uma determinada comunidade política.

Procuraremos, portanto, no restante desse trabalho, revisitar a explicação que Antônio Manuel Hespanha oferece sobre as mudanças na prática jurídica, na legislação e no ensino jurídico ocorridas no período de transição do Antigo Regime para o Estado Moderno.

Iniciemos, portanto, pelo relato que o célebre jurista português oferece sobre o Antigo Regime. Esse relato se aplica tanto a Portugal quanto ao Brasil. Com efeito, embora se possa falar em um “direito colonial brasileiro”, houve uma relação muito próxima entre a América Portuguesa e a Metrópole no Regime Colonial Português. Como explica José Reinaldo Lima Lopes, “do ponto de vista do direito, um traço marcante é a unidade do império português e esta unidade dependeu de inexistir uma separação de cargos entre brasileiros e portugueses e de não se criar uma universidade neste lado do Atlântico” (LOPES, 2011, p. 215).³

Pode-se falar, por isso, que mesmo os juristas brasileiros no Antigo Regime compartilhavam a **tradição jurídica literária** dominante na Metrópole ao longo do Antigo Regime. Essa tradição é baseada numa cadeia de textos “cuja unidade decorre, antes do mais, dos mesmos textos fundadores”, quais sejam os textos do Direito Romano (basicamente no *Corpus Juris Civilis*) e os textos do Direito Canônico (HESPANHA, 2005, p. 112-113).

Como explica Hespanha, a cultura jurídica dessa época é marcada por uma tensão entre a autoridade dos textos fundadores (bem como a ideia-retora de fidelidade à tradição) e a inovação decorrente da atividade dos “doutos”, dos comentaristas e dos juristas renomados da época. Admitia-se a ideia – aceita como um axioma – de que esses textos autoritativos

³ De acordo com Lopes, “Todos os cargos da carreira de justiça, por exemplo, eram comuns: o tribunal da Bahia, o da Goa, ou o do Porto recebiam desembargadores provenientes de qualquer parte do Império. A Universidade de Coimbra formava todos os letrados do Império. Finalmente, a compilação das *Ordenações* de 1603 (chamadas Filipinas) vigoraram aquém e além mar, juntamente com o direito comum: nos tribunais criados no Brasil deveria haver além das Ordenações um jogo completo de *Bártolos* e do *Corpus Juris Civilis*. Portanto, a despeito das muitas normas, alvarás, regimentos, cartas-régias especialmente feitos para se aplicar ao Brasil, há uma vida jurídica comum” (LOPES, 2011, p. 215).

constituem em si a expressão de uma racionalidade imanente. A autoridade decorre, nessa época, “dos textos ou da revelação ou da razão”, que eram indiscutíveis. Isso tinha, como explica Hespanha, duas consequências importantes: (1) de um lado, o jurista, “para além de estar obrigado a observar o texto, estava obrigado a aderir à sua razoabilidade e a demonstrá-la”; (2) de outro lado, a autoridade desses textos era “independente do poder político e, mais do que isso, superior a esse poder” (HESPANHA, 2005, p. 114).

Os juristas, nessa sociedade, detinham por conseguinte uma importante parcela do poder social, na medida em que as suas interpretações não estavam subordinadas, ao menos na prática, às decisões de autoridade do Poder Real.

A atividade de **interpretação** do direito, nessa perspectiva, ocupa um lugar central na cultura jurídica da época. Trata-se de uma tradição, como explica Hespanha, em que a dinâmica de produção do direito é “agregativa”, de modo que “cada nova interpretação passa a coexistir com as anteriores”, o que a diferencia profundamente da dinâmica legislativa dos nossos dias, que é uma dinâmica “substitutiva” porque cada nova lei é vista como uma derrogação da anterior (HESPANHA, 2005, p. 118).

O que chama a atenção nesse relato, no entanto, é a vocação que a tradição jurídica da época apresenta para dissociação do comando jurídico concreto em relação ao Poder Político estabelecido. O direito do Antigo Regime é marcado pela presença de um aparato normativo e conceitual que atribuía ao aplicador, em cada caso concreto, uma significativa margem de discricionariedade e de competência para prolatar decisões casuísticas. Nesse sentido, explica o autor, “a ordem jurídica do Antigo Regime tinha uma **arquitetura que desvalorizava a norma geral**” (HESPANHA, 2005, p. 128). Talvez esse seja, na interpretação de Hespanha, o elemento mais saliente da cultura jurídica da época, que adotava uma estrutura típica da **tópica**, valorizando a primazia do problema concreto sobre norma geral, a norma excepcional sobre a norma geral, e permitindo ainda uma série de distinções conceituais baseadas na doutrina dos “sábios” e em considerações de “equidade” ou “perdão/misericórdia”, que só faziam enfraquecer a norma geral e prevalecerem o poder local e a “interpretatio” adotada pelos tribunais. Nesse sentido, “na lógica de construção do ordenamento jurídico, o direito especial se impunha ao direito geral, em homenagem às ideias já expostas, de autonomia dos corpos (jurídicos) e de que a regra comum não era outra coisa senão um equilíbrio correcto (uma *recta ratio*) das regras particulares” (HESPANHA, 2005, p. 128-129). Da mesma forma, o direito comum reconhecia às elites uma série de *privilégios* e “direitos adquiridos” que

tenham prevalência sobre a legislação real, fragilizando a normatividade das regras gerais.

No entanto, como explica Hespanha, não era somente a estrutura hierárquica das fontes do direito (no *ius commune*) que fragilizava a norma geral. A desvalorização da norma decorria, também, da própria forma como os juristas da época pensavam a “natureza do processo intelectual de encontrar o direito” e da relação que se estabelecia “entre a justiça e outras virtudes” (HESPANHA, 2005, p. 129).

No que concerne ao primeiro aspecto, Hespanha reconhece ao pensamento jurídico uma **estrutura tópica**, que é muito próxima da forma como Theodor Viehweg sustenta que deve ser compreendido o pensamento jurídico “neoconstitucionalista” que se desenvolve na Europa e na América Latina depois da 2ª Guerra Mundial. Como tive oportunidade de escrever, Viehweg advogava uma redescoberta da tópica de Aristóteles, em substituição ao positivismo jurídico, que pode ser condensada nas seguintes linhas gerais:

A tópica, tal como Aristóteles a concebe, não é um *episteme* (um ‘hábito de demonstrar a partir das causas necessárias e últimas, e, portanto, uma ciência’), mas uma *techne* (um hábito de produzir uma decisão razoável), ou seja, uma prudência (VIEHWEG, 1979, p. 53-54). Sua principal especificidade é tratar-se de um tipo de pensamento que se autodefine como problemático ou *aporético*. Como tal, orienta-se primordialmente para um problema concreto, uma situação da vida real.

Uma *aporia*, para Viehweg (1979, p. 33), significa ‘uma questão que é estimulante e ineludível, designa a «falta de um caminho», a situação problemática que não é possível eliminar’. A tópica busca, a partir de tais situações difíceis, fornecer uma saída. Todo o trabalho do jurista deve, pois, orientar-se por uma *aporia fundamental*: a questão de saber o que é justo aqui e agora (VIEHWEG, 1979, p. 88) (BUSTAMANTE, 2004, p. 158).

Embora Viehweg escreva em um contexto histórico bastante diferente – na medida em que se insurge principalmente contra o positivismo alemão de autores como Hans Kelsen –, há uma importante coincidência entre o raciocínio jurídico do *ius commune* e a forma tópica de se pensar o direito.

É precisamente esse o diagnóstico de Hespanha, formulado com base no método de análise do fenômeno jurídico descrito na seção anterior, como se pode ler no seguinte excerto:

A doutrina jurídica medieval e moderna cria que o processo intelectual de apreensão do direito era essencialmente

irredutível a regras rígidas, antes se baseando numa arte prática de encontrar a solução justa de cada caso. E o próprio modo de encontrar esta solução baseava-se numa técnica intelectual que poderia ser descrita como o *tactear* – guiado por uma longa experiência jurídica (e, mais em geral, da vida) – de soluções diversas, cada uma das quais inspirada por um certo equilíbrio dos diferentes pontos de vista possíveis. A *tópica* – ou seja, a arte de encontrar os argumentos (os ‘lugares’ [em grego, *topoi*], as perspectivas) relevantes em cada caso – desempenhava um papel fundamental na primeira fase do processo intelectual. Mas a segunda parte, a hierarquização dos argumentos e o consequente achamento da solução dependia da sensibilidade histórica da comunidade jurídica (do ‘auditório’). E, nessa medida, o resultado (a decisão) era sempre provisório e o sistema dos resultados (o ‘sistema dogmático-normativo’ do direito) era sempre um ‘sistema aberto’. Daí que as normas gerais, que constituíam a ossatura desse sistema, fossem sempre consideradas, em primeiro lugar, como pontos de chegada, e não como pontos de partida. Depois, como elementos apenas heurísticos (*i. e.*, que dão sugestões, que a experiência diz serem válidas para a maior parte os casos), e nunca como mecanismos de encerramento automático de uma controvérsia. Isto conduzia, como se vê, a um discurso jurídico muito atento às particularidades de caso e muito pronto a substituir à solução que decorria do rigor da norma geral (uma solução, *i. e.*, *stricti iur* [de direito estrito]) um remédio que atendessem às particularidades do seu contexto concreto de aplicação, *i. e.*, um remédio de ‘equidade’).

O arbítrio do juiz (*arbitrium iudicis*) desempenhava, por isso, um papel fundamental na declaração do direito. Não apenas, como hoje, para decidir questões que não podem ser decididas em geral (como o cálculo dos danos e da correspondente indemnização), mas em geral, para declarar qualquer solução jurídica, mesmo em domínios tão atentos aos valores da generalidade e igualdade como o direito penal” (HESPANHA, 2005, p. 130-131).

Da mesma forma, por influência de Tomás de Aquino e outros pensadores católicos, a própria concepção de justiça da época valorizava a equidade e outros mecanismos de relativização de princípios gerais, como a misericórdia e o perdão. Nesse sentido, recorro-me novamente da análise de Hespánha:

A desvalorização da norma decorre ainda do parentesco que se julgava existir entre, por um lado, a justiça e, por outro, virtudes como a *miseriordia*, a *clementia* e a *gratia*. A misericórdia, a clemência e a graça são consideradas virtudes essenciais do rei – pai e pastor dos seus súbditos, cujo coração se deveria apiedar a cada aplicação férrea da lei. Senhor da Justiça, como Deus-

Pai, o rei era, também, o senhor do Amor – como Deus-Filho. E isto devia refletir-se no cotidiano do governo. O perdão e o tempero do rigor da lei pela sua dispensa (*i.e.*, a concessão de privilégios) são, assim, massivos na prática política. Constituem o domínio chamado ‘da graça’, provido de órgãos próprios (em Portugal, o Desembargo do Paço), e desempenhando uma função política e legitimadora fundamental, estreitamente ligada a um tópico central de legitimação das sociedades de Antigo Regime – a aproximação entre ‘rei’ e ‘pai’ (‘patriarcalismo’) (HESPANHA, 2005, p. 132).

No caso específico do Brasil, no período Colonial, essa fragilidade se mostrava ainda mais acentuada. Para além do **pluralismo jurídico**⁴ típico do *ius commune* adotado tanto na Metrópole como na Colônia, o poder colonial era provavelmente ainda mais fragmentado, tendo em vista o distanciamento geográfico e a estrutura política e administrativa do direito colonial.

Em um sucinto estudo que até hoje pode ser considerado uma das interpretações mais interessantes do direito colonial brasileiro, Hespanha aponta uma série de fatores que retratam como, no Brasil, essa desvalorização da norma geral e exaltação do **arbítrio judicial** ganharam forma (HESPANHA, 2006, p. 97). Vários fatores são apontados como relevantes: a multiplicidade de “controvérsias doutrinárias” existentes no direito comum⁵; a possibilidade, amplamente reconhecida pelos juristas, de impugnação das leis reais, pela invocação de uma espécie de direito especial derivado da criação de normas particulares a partir de “costumes”, da “graça” e de autênticos “privilégios” (HESPANHA, 2006, p. 101-110); e, *last but not least*, pelo uso – frequentemente abusivo – de julgamentos de “equidade” e do denominado “arbítrio

4 Esse pluralismo era entendido como fenômeno que caracterizava a própria estrutura das fontes do direito, definindo-se como a “coexistência de distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, no mesmo espaço social, sem que exista uma regra de conflitos fixa e inequívoca que delimite, de uma forma previsível de antemão, o âmbito de vigência de cada ordem jurídica” (HESPANHA, 2006, p. 97).

5 Nesse sentido, afirma Hespanha que “direito comum, quer o secular, quer o eclesiástico, eram quase exclusivamente de origem doutrinária; e, por isso, estavam cheios de controvérsias, de argumentos de sentido diferente, desembocando em soluções contrárias”. O tecido do direito, para o autor, não era feito de regras, mas de soluções tópicas para problemas particulares (Ibidem, p. 98). Vigorava, em tal contexto, o princípio da *communis opinio*, que podia ser compreendido da seguinte forma: segundo esse princípio, se incorria em uma “violação deontológica, e até em pecado, o jurista que imprudentemente se afastasse da solução mais frequentemente adotada. Porém, apesar de se conceber, assim, a prática (local) como uma “ciência digestiva”, a escolha entre soluções diversas, quaisquer delas justificáveis em direito, criava uma grande margem de liberdade na altura de decidir. É isto que alimenta a burocracia judicial ou para-judicial: memoriais jurídicos, litígios judiciais, alegações dos advogados das partes, sentenças contraditórias, recursos ou, puramente, a recusa de obedecer às ordens mais terminantes do monarca ou dos seus oficiais, mesmo de alto nível, com base numa opinião jurídica distinta” (HESPANHA, 2006, p. 98-99).

judicial”⁶.

Talvez o seguinte fragmento de Hespanha sintetize a compreensão compartilhada pelos juristas acerca da **regra de reconhecimento** adotada no direito luso-brasileiro sob o império do *ius commune* no Antigo Regime:

[N]a arquitetura do *ius commune*, a primeira preocupação não é reduzir à unidade a pluralidade de pontos de vista normativos. A primeira preocupação é torná-los harmônicos, sem que isso implique que alguns deles devam ser absolutamente sacrificados aos outros (*‘interpretatio in dubio facienda est ad evitandam correctionem, contrarietatem, repugnantiam’*, a interpretação deve ser feita, em caso de dúvida, no sentido de evitar a correção [de umas normas pelas outras], a contradição, a repugnância). Pelo contrário, todas as normas devem valer integralmente, umas nuns casos, outras nos outros. Assim, cada norma acaba por funcionar, afinal, como uma perspectiva de resolução do caso, mais forte ou mais fraca segundo essa norma tenha uma hierarquia mais ou menos elevada, mas, sobretudo, segundo ela se adapte melhor ao caso ou à situação em exame. Ou seja, as normas funcionam como ‘sedes de argumentos’ (*topoi, loci*), como apoios provisórios de solução; que, no decurso da discussão em torno da solução, irão ser admitidos ou não, segundo a aceitabilidade da via de solução que abrem (HESPANHA, 2006, p. 115).

⁶ Nesse sentido, a percuciente explicação de Hespanha:

“A equidade era um outro fator de flexibilidade do direito. A discussão sobre a equidade foi longa na tradição jurídica europeia, relacionando-se com várias questões.

No séc. XII, Graciano ligou esta questão à da legitimidade dos privilégios, i.e., normas singulares que se opunham à norma geral: “Por isso, concluímos do que antecede que a Santa Madre Igreja pode manter a alguns os seus privilégios e, mesmo contra os decretos gerais, conceder benefícios especiais, considerada a equidade da razão, a qual é a mãe da justiça, em nada diferindo desta. Como, por exemplo, os privilégios concedidos por causa da religião, da necessidade, ou para manifestar a graça, já que eles não prejudicam ninguém” (Decretum de Graciano, II, C. 25, q. 1, c. 16).

A equidade aparece aqui como uma “justiça especial”, não geral e não igual, mas mais perfeita do que a justiça igual (da qual a equidade seria a mãe). Um passo suplementar e mais elaborado é dado por S. Tomás, na sua discussão sobre equidade e justiça (Summa theologiae, IIa.IIae, qu. 80, art. 1). Ou seja, ao passo que a justiça geral era o produto de uma forma menos refinada e profunda de conhecimento, a justiça particular (ou equidade) decorria dessa forma superior de entendimento das coisas que alcançava níveis superiores e mais escondidos da ordem do mundo – a *gnome*.

No Antigo Regime, esta ideia de percepções não racionais, não discursivas e não generalizáveis, nos níveis supremos da ordem, estavam na base de da teoria do direito concebida como uma teoria argumentativa, da verdade jurídica como uma verdade “aberta” e “provisória”, da teoria do poder de criação jurídica dos juizes (*arbitrium iudicis*), bem como da legitimidade das decisões de equidade, baseadas num conhecimento mais perfeito, nomeadamente dos particulares das situações. Nada que melhor conviesse aos magistrados coloniais que tinham na sua frente casos que, para além de serem particulares, o eram ainda em virtude das próprias condições excepcionais da colônia” (HESPANHA, 2006, p. 110-111).

3. A transformação do direito luso-brasileiro ocorrida no final do Século XVIII e no início do Século XIX

Talvez nessa seção fique mais clara a relação entre o relato que realizamos acima e as posturas teóricas e metodológicas que Hespanha adota em seus escritos. A história do direito, para Hespanha não é uma história de leis, fatos jurídicos, julgados e costumes. Mais do que isso, é uma parte fundamental da história das instituições e da história social. Creio que é exatamente por isso que Hespanha considera útil e importante a teoria Hartiana a que aduzimos na primeira seção deste ensaio.

Como explica Andrei Marmor, “regras de reconhecimento refletem (...) convicções políticas que foram construídas pela história do sistema jurídico relevante. A convencionalidade delas consiste na relação próxima entre as razões para se seguir as regras em questão e o fato de que essas são as regras efetivamente praticadas na comunidade” (MARMOR, 2001, p. 215).

O processo de reinterpretação e modificação de regras de reconhecimento, portanto, é um processo de transformação de uma determinada cultura jurídica, que deve ser explicado por meio de um olhar atento do historiador, a partir dos argumentos, decisões políticas (incluindo-se, em particular, legislativas), práticas, estímulos sociais ou econômicos e **convicções** que viabilizam esse processo.⁷

Nas denominadas Reformas Pombalinas, no final do Século XVIII, encontramos um importante exemplo desse processo, o qual foi compreendido de maneira primorosa por Antônio Manuel Hespanha.

O elemento mais interessante na denominada Reforma Pombalina, e também a raiz do seu profundo sucesso, está na forma como ela foi capaz de “agir sobre os próprios dados de trabalho dos juristas” e colocá-los a serviço da modernização do direito (HESPANHA, 1978, p. 74-75). Como explica Hespanha, é muito pouco crível se imaginar que uma modificação tão profunda na cultura jurídica pudesse se operar unicamente de cima para baixo, por um único golpe legislativo.

Embora a denominada Lei da Boa Razão, de 1769, tivesse a pretensão de definir o

⁷ Para uma discussão teórica sobre o fenômeno da revisão da regra de reconhecimento, à luz de um outro exemplo de modificação da regra de reconhecimento – o caso *Fatortame v Secretary of State for Transport* [1991] A.C. 603, onde a House of Lords britânica reconheceu uma modificação no princípio da “soberania do parlamento”, para compreendê-lo no sentido de que mesmo as leis posteriores deverão obedecer ao Direito Comunitário Europeu, enquanto estiver em vigor o *European Community Act 1972* –, recomenda-se a leitura de MacCormick (1998).

objeto da ciência do direito de maneira taxativa e estrita, essa legislação só foi capaz de engendrar uma transformação na prática dogmática dos juristas oitocentistas porque a ciência jurídica da época pôde encontrar condições para constituir “livremente o seu próprio objeto” na mesma direção desejada pelo legislador (HESPANHA, 1978, p. 72).

O objetivo principal da Lei da Boa Razão foi promover uma “total remodelação das fontes do direito”, de modo a assegurar o “primado da vigência do direito nacional” em detrimento do *ius commune* e da tradição romanística e canonista (HESPANHA, 1978, p. 73). Era necessário, como se reconhecida na época e era reclamado pelas novas elites burguesas que despontavam no momento, modernizar o direito e garantir acima de tudo os ideais de **segurança e previsibilidade** que se colocavam no centro do direito iluminista.

Mas como poderia isso ser garantido, se os juristas da época estavam fortemente contaminados pela cultura literária da tradição romanista? Como garantir esses ideais em um universo jurídico caótico onde imperava o casuísmo e a forma tópica de pensar o direito? Em suma: como promover a desejada segurança jurídica e a unificação do direito nacional, se não apenas a arquitetura do sistema jurídico, mas também a prática dogmática dos juristas, desincentivava a observância da norma geral?

A estratégia das Reformas Pombalinas foi, como já aduzido acima, **agir sobre os conceitos doutrinários** existentes na época, de modo a redefinir alguns conceitos importantes e, com isso colocar os próprios juristas a serviço da modernização e da inovação.

Mais uma vez, Hespánha explica esse fenômeno com maestria:

O modo como isso foi feito foi extremamente hábil. As características fundamentais do trabalho construtivo dos juristas tal como ele então se desenrolava foram respeitadas, quase tudo se tendo limitado a desviar o campo das referências conceituais e dogmáticas. Na verdade, a ciência jurídica tradicional vivia amparada, não por um corpo de leis, mas por um corpo de doutrina – o sistema dogmático da tradição romanística, nomeadamente as obras de Bártolo de Sassoferato e dos juristas dependentes desse fato: a argumentação partia da autoridade dos juristas citados, do cotejo de opiniões, da invocação de precedentes jurisprudenciais, da utilização de fórmulas de raciocínio e de dedução quase exclusivamente utilizáveis num contexto normativo deste tipo.

Seria impensável inverter tudo isto de um golpe legislativo: sobretudo de um golpe legislativo. A solução adoptada então foi esta: substituir um corpo doutrinal condizente com as aspirações modernas ao corpo doutrinal tradicional (...). O novo

corpo doutrinal era a produção dogmática dos juristas alemães através da qual o velho direito romanístico-justiniano tinha sido uma vez mais adaptado, desta vez às necessidades das sociedades burguesas em desenvolvimento acelerado no Centro da Europa. Tal sistema dogmático e normativo fora originalmente designado por *usus modernus pandectarum* (uso moderno das *Pandectas*, ou seja, dos textos de direito romano); mas agora, com a naturalização progressiva da mundivivência burguesa, fora decorado com uma denominação mais prestigiada, a de ‘direito natural’ (HESPANHA, 1978, p. 76).

Observa-se, portanto, que a grande inovação das Reformas Pombalinas está na redefinição de um aparato doutrinário que se encontrava desgastado e não conseguia mais atender às expectativas da nova elite econômica (a burguesia) que se consolidava na Europa. No que concerne à dogmática jurídica, portanto, a grande inovação está na substituição do apelo ao direito comum “de cepa bartolista” pelo moderno direito natural de inspiração iluminista (HESPANHA, 1978, p. 76).

Embora Hespanha não utilize essa palavra, pode-se dizer que opera-se uma autêntica *revolução* no âmbito da interpretação doutrinária/dogmática do direito. Ao invés de se entender, conforme a tradição, que o direito nacional era um “reflexo do direito romano”, de modo que a interpretação seja sempre uma tentativa de se harmonizar os dois direitos, passe-se a compreendê-lo como “uma manifestação do direito natural”, de modo que é a este que o intérprete deve recorrer para esclarecer os seus “sentidos ocultos” (HESPANHA, 1978, p. 78).

Ao pretender substituir o apelo à tradição romanística pelo apelo ao direito natural, a legislação lusitana estava imbuída do mesmo espírito que, na Europa como um todo, levou à elaboração dos códigos no período que sucedeu à Revolução Francesa. A codificação, como explica Giovanni Tarello, pode ser vista como um desenvolvimento do jusnaturalismo, como a densificação de seus princípios e a transposição para a realidade jurídica positiva dos princípios de organização política derivados da razão (TARELLO, 1998).

Passa-se, com isso, a valorizar as leis nacionais – principalmente as leis nacionais coerentes com o espírito iluminista da Lei da Boa Razão – e a desafiar os conceitos e soluções apontadas pelo direito romano e pela canonística.

Em favor da unidade desse direito nacional, a primeira opção adotada pelo legislador é a **interpretação autêntica**, realizada por meio dos Assentos da Casa da Suplicação (§§ 4º e 5º), que tinham efeito vinculante, e pela proibição de toda e qualquer interpretação do direito nacional pelos juízes (§ 6º) (HESPANHA, 1978, p. 76-77; 132-133).

Essa preferência pela interpretação autêntica, no entanto, se mostrou em importante medida irrealizável na prática, e por isso a própria lei acaba dispondo sobre a denominada “interpretação doutrinal”, com isso admitindo uma importante margem residual para as interpretações dogmáticas (HESPANHA, 1978, p. 77).⁸

É nas disposições sobre a **integração de lacunas** ou o “**direito subsidiário**” (que é o conceito equivalente dominante na literatura portuguesa da época) que se encontram as principais inovações da Lei da Boa Razão.

Com vistas a atender ao propósito de tornar mais certo e previsível o direito, a Lei (1) proíbe a aplicação do direito canônico pelos tribunais civis; (2) elimina a *Glosa* de Acúrsio e os *Comentários* de Bártolo do quadro das fontes do direito subsidiário⁹; (3) estabelece importantes requisitos para limitar a validade do costume.

O direito romano, por sua vez, foi reafirmado como “direito subsidiário” e aplicado apenas segundo a “boa razão”. Com isso, se abala radicalmente a autoridade do direito romano, já que se estabelece uma distinção pouco clara, mas útil e eficaz na prática jurídica, entre o direito romano “indesejável” e o direito romano conforme a “boa razão” (HESPANHA, 1978, p. 80-81). “O direito romano de aplicação subsidiária”, explica Hespanha, “seria somente o que estivesse *de acordo com os princípios de direito natural ou das gentes em vigor nas nações cristãs e civilizadas*” (HESPANHA, 1978, p. 81).

A maior mudança, no entanto, não se deu apenas pelas valorizações da interpretação autêntica ou pela redefinição das formas de colmatação de lacunas ou integração do direito. A grande transformação na cultura jurídica luso-brasileira operada no final do século XVIII e ao longo do século XIX se deu, na interpretação de Hespanha, pela **atividade dogmática “autônoma” dos juristas**. Foi por meio dessa atividade dogmática autônoma que “os juristas potenciaram este momento de destruição do direito do antigo regime e de construção e defesa do aparelho jurídico do Estado capitalista” (HESPANHA, 1978, p. 88).

Se tomarmos a sério as premissas hartianas que caracterizei acima como subjacentes às ideias de Hespanha sobre a constituição de sentido da prática jurídica, podemos dizer que a

⁸ Nesse sentido, Hespanha traz à colação os comentários de Corrêa Teles, segundo os quais entre 1769 e 1800 houve apenas 58 assentos interpretativos, e nenhuma providência legislativa de caráter interpretativo (HESPANHA, 1978, p. 133, nota 10).

⁹ Com isso, afirma Hespanha, se estabelece “a ruptura com o direito comum, quer do ponto de vista das opções normativas nele recolhidas, quer do ponto de vista do instrumental lógico-dogmático que lhe andava associado” (HESPANHA, 1978, p. 79).

Reforma Pombalina alterou as condições jurídicas sociais e abriu passo, com isso, para que a nova autocompreensão social e política promovida pelo Iluminismo pudesse ser trazida para dentro do discurso jurídico. A hipótese, evidentemente, é de que esse discurso se encontrava permeável e sensível aos novos argumentos que essa forma de pensar colocava agora à disposição do jurista prático.

Como explica Hespanha, “a prática científica dos juristas, através dos instrumentos discursivos e dogmáticos que acciona, contribui, ela própria, para constituir o seu objeto. O ‘direito’, matéria-prima sobre que os juristas laboram, aparece, então e sobretudo, como um **produto da atividade dos juristas**; em termos de poder ser mais verdadeiro definir o direito como ‘aquilo que os juristas tratam’ do que definir os juristas como ‘aqueles que tratam do direito’” (HESPANHA, 1978, p. 89).

Nesse âmbito, Hespanha identifica a seguinte atitude do jurista oitocentista perante a prática jurídica, que levou, como aduzimos acima, à modificação da regra de reconhecimento do antigo regime:

Este movimento desenvolveu-se em duas frentes: na primeira, procurou-se **excluir a obrigatoriedade dos preceitos jurídicos que relevavam uma mundivivência desatualizada**; na segunda, a palavra de ordem foi **promover a extensão do complexo normativo ‘moderno’**, através de adequados métodos de integração e de interpretação, a todos os casos juridicamente reguláveis. A ‘tática de combate’ era, assim, bastante clara: tratava-se de, primeiramente, criar um vácuo normativo que, num segundo momento, se iria preencher com recurso à extensão dos princípios que dominavam o direito modernizado (HESPANHA, 1978, p. 89).

Hespanha sustenta, com isso, que foram os próprios juristas que permitiram o sucesso da Reforma Pombalina. Foram eles que atuaram, em razão de convicções que lhes foram convincentemente implantadas pela proposta (e, obviamente, pelas elites burguesas que reclamavam um direito dotado de maior segurança e previsibilidade), a serviço da substituição do direito do antigo regime pelo direito moderno.

A **criação do vácuo normativo**, com a exclusão do direito anacrônico, encontra guarida em uma série de conceitos e concepções doutrinários adotados pelos juristas da época. De uma parte, na doutrina sobre o **desuso**, que encontrou ressonância apesar de a Lei da Boa Razão proibir, expressamente, a revogação do direito pelo costume. De outra parte, pela revisão empreendida pela doutrina da época quanto à orientação proveniente do direito

romano segundo a qual o **erro** ou desconhecimento do direito deveria ser tido como irrelevante. Como aponta Hespanha, os juristas da época começam a fazer uma inovadora distinção entre o *erro relevante* e o *erro irrelevante* para o direito, que pode ser expressa no seguinte adágio: “não é relevante o erro sobre o direito natural ou sobre o direito legislado com uso diuturno, é relevante o erro sobre o restante do direito” (HESPANHA, 1978, p. 91). Com essa reinterpretação, foi possível ao jurista promover a “exclusão da juridicidade do direito incompatível com os sentimentos jurídicos em vigor” (HESPANHA, 1978, p. 91).

A **extensão e o fortalecimento do direito moderno**, por sua vez, se manifesta na postura interpretativa que dominou o pensamento jurídico da época. De um lado, afirma-se o primado incondicional da lei moderna (e, muito pouco tempo depois, da codificação), que deveria ser cumprida sem exceções.¹⁰ De outro lado, “a própria teoria da integração adota pontos de vista adequados a fazer valer o direito positivo (ou o seu espírito) em todos os casos juridicamente reguláveis, mesmo aqueles por ele não expressamente previstos. Isto é conseguido através do dogma da **plenitude lógica do ordenamento jurídico** e do recurso aos **modernos códigos estrangeiros**” (HESPANHA, 1978, p. 91-92).

Nesse ponto específico, o princípio da plenitude (ou completude) do ordenamento jurídico opera a serviço dos interesses econômicos e sociais dominantes na época, bem como do espírito modernizador do pensamento iluminista. Nesse sentido,

Em sede de integração, o dogma da plenitude lógica é (...) um fator de estabilização do direito. Ele evita que se recorra, quando o sistema jurídico se mostra incapaz para resolver um caso (por não o ter previsto expressamente), a um elemento transistemático. Ainda nesta ocasião é o sistema jurídico estabelecido que vai decidir: não, é certo, através da aplicação de uma sua norma concreta, mas através da extensão de um princípio geral que fora previamente obtido, por indução, a partir das normas positivas. Sendo assim, a ordem jurídica positiva fecha-se sobre si mesma e funciona como um sistema axiomatizado. Foi esse o processo integrador proposto pelos nossos juristas oitocentistas que substituíram por ele os do recurso à integração autêntica e do recurso directo ao direito natural (HESPANHA, 1978, p. 92).

Da mesma forma, o desenvolvimento da denominada “escola histórica do direito” (e da ulterior “jurisprudência dos conceitos”) tinha também um sentido conservador do direito

¹⁰ Nesse sentido, afirma Hespanha, “na sua defesa confluem todos os ‘topoi’ do legalismo iluminista: equiparação do justo ao legal, radicação das leis positivas nas leis naturais, etc.” (HESPANHA, 1978, p. 91).

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 92 - 116

moderno e individualista do liberalismo que se estabelecia.

Nesse sentido, recorro-me mais uma vez às explicações históricas de Hespanha:

Quanto à ‘escola histórica’, ela é o produto do conúbio pensamento contra-revolucionário com o pensamento conservador e nacionalista da burguesia alemã. A sua proposta vai ser um ‘não’ ao direito racionalista, imprudentemente aberto à inovação contínua e ao internacionalismo (de que os alemães tinham uma experiência dolorosa, a do napoleônico internacionalismo-na-ponta-das-baionetas), e um ‘sim’ ao desenvolvimento ‘científico’, sem arroubos ideológicos (‘cego para os valores’), dos resultados da escola romanista dos *usus modernus*, ou seja, do sistema jurídico alemão dos dois séculos precedentes. Em certo sentido, isto representa uma volta ao jusracionalismo, mas a um jusracionalismo ‘já fixado’, não permitindo outros desenvolvimentos senão aqueles já implícitos nos princípios teóricos a que tinham chegado (HESPANHA, 1978, p. 95).

Finalmente, ressalte-se que a derrocada do direito do Antigo Regime e o estabelecimento do Direito Moderno foram, também, impulsionadas por uma profunda mudança não só na legislação e na “prática dogmática” ou doutrinária do jurista, mas também, em igual medida, em **reformas no ensino jurídico** e nas concepções de ciência do direito privilegiadas pela Reforma Pombalina. Nesse sentido, a Reforma Pombalina não se limitou à promulgação da Lei da Boa Razão. Ela deve ser entendida, também, à luz dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, que também faziam parte da estratégia política de modernização do direito adotada naquele tempo.

Inspirada pelo racionalismo e, principalmente, pelo utilitarismo, a reforma no ensino jurídico era inspirada por três objetivos fundamentais: (1) “proscrever do ensino jurídico tudo o quanto seja *inútil* para obter um conhecimento funcional”; (2) incluir neste ensino tudo o quanto for *útil* a tal conhecimento; (3) “unir *teoria* à *prática*, fornecendo, nos bancos de escola, um *tyrocinio* dessa mesma prática” (HESPANHA, 1978, p. 101).

Em termos concretos, isso significou uma profunda modificação do ensino do direito romano, que não mais deveria ser compreendido à maneira escolástica e sim à luz da “boa razão”. Como, aliás, exigia a Lei da Boa Razão, o direito romano poderia ser aplicado como direito subsidiário, mas apenas se se mantivesse conforme aos princípios da “boa razão”, que compreendiam “os dos direito natural e divino”, o “direito das gentes reconhecidos pelas ‘nações civilizadas’” e os “estabelecidos nas leis ‘econômicas’ e ‘mercantis’ e ‘marítimas’

dessas mesmas nações” (HESPANHA, 1978, p. 104).

A reforma no ensino jurídico empreendida pelos Estatutos propunha, no entanto, uma atitude ainda mais restrita em relação ao direito romano, cuja “razoabilidade” deveria ser aferida a partir dos seguintes critérios:

- 1º. Procurar se a norma tida em vista se explica por razões particulares da sociedade romana (para o que seria necessário um sólido conhecimento da história geral e jurídica dos Romanos);
- 2º. Verificar se o seu conteúdo se opõe ao direito divino ou à moral cristã;
- 3º. Fazer o mesmo em relação ao direito das gentes, natural ou positivo, praticado pela maior parte das nações civilizadas;
- 4º. Confrontar o preceito romano, quando for o caso disso, com as leis mercantis, econômicas, políticas e marítimas das mesmas nações (HESPANHA, 1978, p. 106).

Valorizaram-se, também, em importante medida, o ensino de disciplinas filosóficas, como as cadeiras de “Jurisprudência Analítica” e, talvez com ênfase ainda maior, de “Direito Natural”, onde se pretendia expor e interpretar os grandes princípios jurídicos fundamentais.

Essas disciplinas expressavam, como explica o autor, uma atitude de “remodelação da própria ideia de ensino do direito”:

Ensinar o direito não é informar os estudantes acerca de todas as normas jurídicas, mas formá-los na utilização dos princípios gerais da metodologia da ciência jurídica e nos princípios básicos do direito positivo. O ideal pedagógico no domínio do direito passou, então, de um estudo analítico da ordem jurídica (que, de resto, já não era, de modo algum, realizável em relação ao conjunto do corpo do direito) para um estudo sintético e compendiário do direito, acompanhado por uma sólida informação acerca do aparato metodológico da ciência jurídica. Com o ensino sintético e compendiário do direito positivo, opera-se uma verdadeira revolução, não só no ensino do direito, mas também no seu próprio modo de ser; de um direito caótico e hiperdiferenciado, inapreensível pelos próprios juristas (quanto mais pelos cidadãos...), tende-se rapidamente – através das belas sínteses realizadas em obediência aos *Estatutos de 1772* – para um direito mais simples e mais harmônico, redutível (e, efetivamente, reduzido) a grandes princípios normativos e capaz de ser apresentado, de uma forma digerível, ao grande público (HESPANHA, 1978, p. 111).

Uma cadeira de História do Direito, por outro lado, cumpria também a importante função de diferenciar o direito do Antigo Regime e o novo direito moderno, facilitando a

formação de uma **atitude crítica e reflexiva** (no sentido de Hart) em relação a esse novo direito.

Foi com essas reformas políticas, sociais, educacionais e dogmático-conceituais que se viabilizou, na prática, a formação de uma nova cultura jurídica e uma nova prática dogmática no direito luso-brasileiro do final do século XVIII e, principalmente, no início do século XIX.

Indagaremos, a seguir, em que medida essa narrativa nos ajuda a compreender o direito brasileiro do nosso tempo.

4. Prolegômeno para uma proposta de compreensão da cultura jurídica brasileira em formação

Embora não seja este o foro ideal para uma indagação sistemática sobre a cultura jurídica brasileira, ou para fazer prognoses e previsões sobre o efeito das sucessivas “reformas no processo civil” sobre a prática jurídica, talvez seja possível hipotetizar algumas semelhanças estruturais entre as propostas de reconstrução do direito brasileiro em fase de implantação no Brasil, hoje, e a Reforma Pombalina do final do século XVIII, em Portugal e no Brasil.

À primeira vista, essa comparação pode parecer absurda. Em que sentido se pode comparar, de um lado, a fase de transposição do direito do Antigo Regime para o direito dito “moderno” e, de outro lado, as recentes reformas na legislação processual brasileira, no contexto específico do denominado “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”?

O resultado concreto da Reforma Pombalina foi, como vimos, a ascensão teórica de algo parecido com o pandectismo alemão, a “escola histórica do direito” ou mesmo da “escola da exegese”. Como comparar isso com as reformas do processo em vigor no Brasil e com as exigências de fidelidade ao precedente judicial e de atenção aos “princípios constitucionais” que o novo processualismo brasileiro pretende implementar?

Essas perguntas podem fazer a hipotetização proposta parecer um tanto quanto contraintuitiva, principalmente se tomarmos em conta o fato de que o problema atual parece ser justamente o exaurimento do denominado “direito moderno” que foi, entre nós, introduzido pela Reforma Pombalina.

Se hoje se fala em reformas processuais, em reformas no ensino jurídico, em teorias jurídicas “pós-positivistas”, etc., a raiz dessas reivindicações talvez esteja justamente no fato de que a **convicção** e a **atitude crítica reflexiva** necessárias para a manutenção da regra de

reconhecimento do sistema jurídico moderno se encontra profundamente abalada.

Essas advertências, seguramente, exigem uma postura cautelosa antes de qualquer comparação entre o momento histórico que vivemos e o contexto da promulgação da Lei da Boa Razão e dos Estatutos da Universidade de Coimbra.

Sem embargo, uma análise do conteúdo da legislação e das teses dogmáticas sustentadas pelos juristas contemporâneos revela uma impressionante similitude entre as reformas processuais em vigor no Brasil e o espírito da reforma realizada no final do século XVIII.

A primeira constatação que faço é de que nos últimos vinte e cinco anos, desde a promulgação da Constituição de 1988, o sistema jurídico brasileiro tem caminhado a passos largos para cada vez mais longe dos métodos formalistas de interpretação e aplicação do direito característicos da jurisprudência dos conceitos, da pandectística alemã ou da Escola da Exegese francesa. Vivemos um momento de profundo desprestígio do positivismo jurídico e de uma prática jurídica “pós-positivista” marcada por um discurso de flexibilização do direito e de predominância do método da “ponderação” sobre a técnica da “subsunção”, isto é, a predominância de um “modelo de princípios” sobre o anacrônico “modelo de regras” proposto pelo positivismo novecentista.¹¹

Ainda que não se possa falar em uma derrocada de todas as vertentes do denominado positivismo jurídico, na medida em que o convencionalismo anglo-saxão e as vertentes do denominado “positivismo includente” estão cada vez mais fortes no Brasil, é lícito falar em uma “crise do positivismo jurídico”, ou pelo menos da forma como ele foi compreendido historicamente no Brasil.

O sentido dessa “crise do positivismo” é explicado por Gustavo Zagrebelski, para quem “a ideia de direito que o atual Estado constitucional implica não entrou ainda plenamente no ar que respiram os juristas” (ZAGREBELSKI, 2003, p. 10), pois estes ainda não se deram conta de profundas transformações como, entre outras: (i) o enfraquecimento da noção de soberania (pois esta se vê debilitada por “forças corrosivas” como, no plano interno, o “pluralismo político e social, que se opõe à ideia de uma única e mesma soberania”, e, no

¹¹ Deixarei em aberto, aqui, a questão de saber se essa caracterização do positivismo, feita por parte significativa da doutrina e dos juízes brasileiros, é ou não correta à luz da teoria do direito. Há fortes evidências de que não o seja, mas ainda assim essa ideia é interessante para se entender o significado do denominado “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”, que constitui um conceito relativamente obscuro na teoria jurídica contemporânea.

plano externo, a “progressiva institucionalização de ‘contextos’ que integram seus poderes em dimensões supra-estatais”); (ii) a afirmação de uma supremacia constitucional que desloca o centro de gravidade da lei para um sistema de princípios e valores com caráter não absoluto (os quais, apesar de entrarem em conflito, aspiram à convivência e à concordância prática); e (iii) a formação gradual de uma dogmática jurídica fluida “que possa conter os elementos do direito constitucional de nossa época, ainda que sejam heterogêneos, agrupando-os em uma construção não rígida que dê cabimento às combinações que derivem não mais do direito constitucional, mas da política constitucional” (ZAGREBELSKI, 2003, p. 9-14). Nesse sentido, “a dogmática constitucional deve ser como o líquido de onde as substâncias que se vertem – os conceitos – mantêm sua individualidade e coexistem sem choques destrutivos, ainda que com certos movimentos de oscilação, e, em todo caso, sem que jamais um só componente possa se impor sobre ou eliminar os demais” (ZAGREBELSKI, 2003, p. 17).

Esse contexto, no Brasil, apresenta algumas semelhanças importantes com o direito do Antigo Regime, que era um direito pré-moderno ou pré-positivista. O direito contemporâneo, denominado por alguns de “pós-moderno” ou “pós-positivista”, tem alguns traços importantes que lembram o relato que Hespanha faz do *ius commune*.

De um lado, o modelo “pós-positivista” se acha marcado por um profundo ativismo judicial que, assim como o direito comum pré-moderno, faz com que a autoridade do direito seja, em certa medida, **independente do poder político**. Em tempos de acentuado controle jurisdicional de políticas públicas, já não cabe mais à autoridade legislativa decidir, por sua própria vontade, o conteúdo das ações que serão implementadas para a proteção dos direitos fundamentais. A discricionariedade administrativa e a margem de livre apreciação do legislador estão cada vez mais limitadas e são cada vez mais sindicáveis pelo poder judicial.

A ascensão hegemônica dos “princípios constitucionais” pode constituir, também, um relevante incentivo para a **desvalorização da norma geral**, na medida em que o método da ponderação de princípios acaba promovendo uma forma de argumentação que guarda algum tipo de semelhança com a **tópica jurídica** no âmbito dos direitos fundamentais¹².

Como explica Prieto Sanchís, “o constitucionalismo submete a uma profunda revisão uma das teses mais freqüentemente atribuídas ao positivismo teórico: a supremacia absoluta da lei como expressão da soberania representada no Parlamento” (PRIETO SANCHÍS, 1999, p. 34). Essa concepção de fontes do direito é diuturnamente desmentida pela prática das cortes

12 É essa a opinião, por exemplo, de Bonavides (1996).

supremas (e, obviamente, das cortes constitucionais) dos Estados Constitucionais contemporâneos.

A ponderação de princípios desempenha um papel relevante tanto para a deslegitimação das normas gerais emanadas pelo legislador, quando essas não resistam ao denominado “teste” estabelecido pelo “princípio da proporcionalidade”, como para o reconhecimento de exceções não escritas na legislação positiva, de modo que não é de todo desarrazoado, nesse modelo jurídico-teórico, fundamentar decisões *contra legem* que retêm a pretensão de serem juridicamente válidas.¹³

Do mesmo modo, o direito “pós-positivista” ou “neoconstitucionalista” apresenta, assim como o *ius commune*, um elevado teor de pluralismo jurídico e uma importante vocação internacionalista, por meio da importação e exportação de doutrinas, conceitos e interpretações dos direitos fundamentais, pela via das Cortes Constitucionais.¹⁴

Tudo isso ocasiona alguns graves **problemas de coordenação** entre os tribunais, sendo freqüentes as decisões contraditórias e os câmbios jurisprudenciais inesperados, inclusive nos Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

É nesse ambiente que se pode hipotetizar que se criou, no Brasil contemporâneo, um contexto em que a prática jurídica enfrenta problemas semelhantes aos que atormentavam os autores da Reforma de Pombal, na segunda metade do século XVIII. A necessidade de uniformização do direito e de segurança jurídica não é menor do que a que se verificou em meados do século XVIII.

Algumas das principais inovações da Lei da Boa Razão foram, inclusive, recentemente experimentadas no direito brasileiro, sendo apresentadas como grandes novidades para dar conta da complexidade da vida moderna.

Uma das mais notáveis é, sem dúvida, a preferência pela **interpretação autêntica dos tribunais superiores**, que se faz acompanhar de uma vinculação estrita dos juízes das instâncias inferiores.

Do ponto de vista estrutural, político e hermenêutico, a denominada **súmula**

13 Eu mesmo sustentei, em escrito anterior, a possibilidade de decisões *contra legem* dotadas de validade jurídica, caso se adote como método de aplicação do direito a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Ver Bustamante (2005).

14 Sobre esse fenômeno, com interpretações distintas, há valiosa literatura jurídica contemporânea, exemplificada nos estudos de Marcelo Neves (2009), no Brasil, e Jeremy Waldron (2012), no estrangeiro.

Revista *Estudos Filosóficos* nº 14/2015 – versão eletrônica – ISSN 2177-2967

<http://www.ufsj.edu.br/revistaestudosfilosoficos>

DFIME – UFSJ - São João del-Rei-MG

Pág. 92 - 116

vinculante é rigorosamente idêntica aos **assentos da Casa da Suplicação**, que pretendiam criar um privilégio para esta Corte no âmbito da interpretação do direito.¹⁵

No Brasil, aliás, o legislador foi muito além disso, pois toda a sistemática de julgamento dos Recursos Especiais “representativos de controvérsias” (ou simplesmente “repetitivos”) e dos Recursos Extraordinários (que passam a ser julgados segundo a técnica da “Repercussão Geral”) implica uma espécie de monopólio dos tribunais superiores para a interpretação do direito. As regras processuais em vigor estabelecem, inclusive, a suspensão do julgamento de todos os processos na segunda instância até que o tribunal possa se pronunciar definitivamente sobre o mérito da tese controvertida nos tribunais.

Não é absurdo se pensar, inclusive, que o direito brasileiro de hoje foi *mais além* da Lei da Boa Razão, pois previu inclusive as denominadas “Reclamações Constitucionais” para garantir a eficácia da interpretação do Supremo Tribunal Federal contra qualquer interpretação “protestante” dos juízos inferiores.

Os **princípios jurídicos**, por outro lado, exercem basicamente a mesma função que o **direito natural** exerceu no período de formação do Direito Moderno e, em particular, no final do século XVIII e no início do século XIX em Portugal. Eles hoje se prestam às mesmas funções de “exclusão da obrigatoriedade do direito desatualizado” e de “extensão do complexo normativo moderno”. E essa atividade, naturalmente, é desempenhada pela ação dos juristas dogmáticos, e não do legislador.

Nesse sentido, as duas teorias do direito mais influentes do Brasil parecem trabalhar, segundo a hipótese que se cogita, como importantes ferramentas para a eliminação do direito indesejado e para a expansão do direito constitucional. De um lado, a teoria dos princípios de Robert Alexy, com o método da ponderação, contribui em importante medida para a flexibilização do direito anacrônico (muitas vezes proveniente ainda da ditadura militar) e para a construção de exceções na lei indesejada. De outro lado, o modelo de “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, desempenha um papel semelhante ao postulado da plenitude lógica do ordenamento jurídico, fazendo com que o próprio sistema jurídico decida, por meio dos princípios “subjacentes à ordem jurídica” e nela implícitos, a forma como serão solucionados os casos não previstos textualmente na legislação.

A teoria de Dworkin, ao negar a existência de lacunas no direito e sustentar a tese da

¹⁵ Tive oportunidade de refletir sobre a súmula vinculante em Bustamante (2013), onde é feito um breve excursus histórico sobre a súmula do Supremo Tribunal Federal.

única resposta correta, produz efeitos práticos próximos, em parte, aos postulados da plenitude lógica do direito, pois permite que o jurista prático desenvolva o direito sem recorrer a elementos transistemáticos e preservando a coerência interna da ordem jurídica.¹⁶

Finalmente, o ensino jurídico no Brasil enfrenta hoje problemas muito semelhantes aos que os Estatutos da Universidade de Coimbra pretenderam resolver, como, por exemplo, a pretensão enciclopedista e vã de “ensinar”, pela via da memorização, todo o conteúdo da ordem jurídica, sem uma investigação adequada sobre os métodos de interpretação e desenvolvimento do direito. Nesse sentido, a vanguarda da educação jurídica no Brasil de 2015 tem um importante número de elementos e pretensões comuns à Reforma Pombalina no século XVIII.

A hipótese que se cogita, em conclusão, é a de que a teoria dos princípios desempenha a mesma função a um só tempo “conservadora” e “reformadora” que o direito natural desempenhou no século XVIII. Do mesmo modo, as Reformas do Processo realizadas no Brasil ao longo dos últimos 20 anos têm um propósito bastante semelhante aos da Lei da Boa Razão: o propósito de, por um lado, ajustar o direito nacional às exigências da racionalidade prática e aos pressupostos necessários para o desenvolvimento de uma sociedade capitalista, e, por outro lado, estabelecer uma “separação de funções” no interior do judiciário, dando aos tribunais superiores um poder quase ilimitado de interpretar e desenvolver o direito, que se mantém por meio de uma cultura de precedentes judiciais necessária para atingir esses objetivos políticos e evitar os elementos caóticos e imprevisíveis do “pós-positivismo”, que muito se assemelham ao direito “pré-positivista” do Antigo Regime.

Cogita-se, ainda, que apesar de priorizar a interpretação autêntica da cúpula do judiciário, por meio da técnica de precedentes judiciais, o Novo Código de Processo Civil Brasileiro deixa para os juízes inferiores e para a doutrina uma importante margem de construção jurídica, e reflete uma cultura jurídica que também coloca os juristas dogmáticos a

¹⁶ É claro que a comparação não é perfeitamente exata. Dworkin sustenta que o direito seria um “ramo” da moral, devidamente institucionalizada, e prevê uma “leitura moral da constituição” tendo como guia os princípios de moralidade política nela expressos. Essa leitura moral da constituição tem o efeito, também, de promover uma **abertura** do direito aos princípios de moralidade política que promovem a sua justificação político-filosófica. Poder-se-ia contra-argumentar, no entanto, que no Brasil contemporâneo esses princípios estão positivados e que a teoria de Dworkin segue, ao menos em parte, viabilizando a um só tempo o desenvolvimento do direito e a sua diferenciação funcional da política e da economia. A *rights thesis*, nesse contexto, desempenha um relevante papel ao reivindicar a prioridade dos *princípios* (“principles”) sobre as *políticas públicas* (“policies”).

serviço da inovação e da transformação do paradigma jurídico atual.¹⁷

Se essa hipótese está ou não correta é algo que eu não tenho condições de responder no presente momento. Fica a conclusão, porém, de que não há nada melhor do que o cuidadoso método de análise jurídica utilizado por Antônio Manuel Hespanha para testar a sua plausibilidade.

Referências:

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUSTAMANTE, Thomas. “Tópica e argumentação jurídica”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, v. 163, jul/set 2004, p. 153-165.

_____. *Argumentação ‘Contra Legem’: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi, em COELHO, Sacha Calmon Navarro (org.), *Segurança Jurídica: irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 65-106.

HART, H L A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961.

HESPANHA, Antônio Manuel. Sobre a prática dogmática dos juristas oitocentistas, em, *A história do direito na história social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

_____. *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. Direito Comum e Direito Colonial: porque existe e em que consiste um direito colonial brasileiro. *Panóptica*, ano 1, n. 3, nov. 2006, p. 95-116, Disponível em: <http://www.panoptica.org>.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACCORMICK, Neil. A Very British Revolution?, em *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 63-78.

_____. *H. L. A. Hart*, 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MARMOR, Andrei. Legal Conventionalism, em Coleman, Jules (org.), *Hart's Postscript*:

¹⁷ A extensão da mudança em vigor, contudo, é algo sobre o qual ainda não se pode prever. Mesmo se a nossa hipótese estiver correta, só a história dirá se o alcance das reformas do processo brasileiro que têm ocorrido nos últimos 25 anos terá ou não importância semelhante às Reformas Pombalinas.

Essays on the Postscript to the Concept of Law. Oxford: Oxford University Press, 2001.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009;

PRIETO SANCHÍS, Luís. *Constitucionalismo y Positivismo*. 2. ed. México: Fontamara, 1999.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1998.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

WALDRON, Jeremy. *Partly Laws Common to All Mankind*. New Haven: Yale University Press, 2012.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gáscon, 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

The “Lei da Boa Razão” (Good Reasoning Act) and 18th Century Legal Culture: Prolegomenon to a proposal to an account of the contemporary Brazilian legal culture based on the works of Antônio Manuel Hespanha

Abstract: I attempt in this essay to reconstruct the theoretical and philosophical assumptions, undertaken by Antônio Manuel Hespanha, concerning the historical analysis of the Ancient Regime's Law and the Modern Law in Portugal and Brazil, with the purpose to apply this method to understand contemporary Brazilian Law and to compare the structure of the ‘Lei da Boa Razão’ (Good Reasoning Act, 1769) with the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015.

Keywords: Law; Ancient Regime; Modernity; Antônio Manuel Hespanha; Methodology.

Data de registro: 20/04/2015

Data de aceite: 30/04/2015