

OS “IDEAIS CIVILIZACIONAIS” E A CONSTRUÇÃO DA IMAGEM DO DIREITO PELOS JURISTAS NA PRIMEIRA REPÚBLICA: ANGLO-AMERICANOS, FRANCO-PORTUGUESES E GERMANISTAS

THE “CIVILIZATIONAL IDEALS” AND THE CONSTRUCTION OF THE IMAGE OF LAW BY JURISTS IN THE BRAZILIAN FIRST REPUBLIC: ANGLO-AMERICANS, FRANCO-PORTUGUESE AND GERMANISTS

GUSTAVO CASTAGNA MACHADO*

RESUMO

Na primeira república brasileira (1889-1930), relativamente à questão da tática de construir e definir o direito brasileiro, os juristas procuravam por países que seriam ideais civilizacionais, com a citação de autores, legislações e instituições de determinada língua ou país. Neste artigo se buscou apontar que a seleção de doutrinas, legislações e instituições oriundas de determinados países e a motivação para escolhê-las também indicava a preferência por determinados ideais civilizacionais. No período republicano analisado neste artigo, ocorreria um predomínio dos juristas que tinham uma predileção pela tradição anglo-americana, conforme imaginada, não sem resistência dos que tinham predileção pela tradição franco-portuguesa e, em uma dimensão menor, dos que tinham predileção pela tradição germanista. A preferência por essas tradições, como se demonstra, também encontrava um vínculo com a realidade, com a solução de problemas concretos, e não era apenas fruto de idealismo jurídico, de uma mera discussão em abstrato.

ABSTRACT

In the Brazilian First Republic (1889-1930), regarding the question of the tactics of constructing and defining Brazilian law, jurists searched for countries that would be civilizational ideals, with citation of authors, legislations and institutions of a given language or country. In this article it was pointed out that the selection of legal doctrines, legislations and institutions originating from certain legal cultures and the motivation to choose them also indicated the preference for certain civilizational ideals. In the republican period analyzed in this article, there was a predominance of jurists who had a predilection for the Anglo-American tradition, as imagined, not without resistance from those who had a predilection for the Franco-Portuguese and, in a smaller dimension, from those who had a predilection for the Germanic tradition. The preference for these traditions, as it is shown, also found a connection with reality, with the solution of concrete problems, and it was not only the fruit of legal idealism, of a mere abstract discussion.

* Professor Adjunto A da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche no Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte [Instituto Max Planck de História do Direito Europeu] (MPIeR), Alemanha. Doutorando em Ciência Política pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, Alemanha. Membro pesquisador do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS). É editor-chefe da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas (2018-atual) e editor-executivo do periódico Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (2015-atual). Email: gustavocastagna@yahoo.com.br

PALAVRAS-CHAVE: Cultura jurídica brasileira. Primeira República brasileira. Usos do direito estrangeiro. Recepção. Transplantes jurídicos.

KEYWORDS: *Brazilian legal culture. First Brazilian Republic. Uses of foreign law. Reception. Legal transplants.*

SUMÁRIO: Introdução. 1 A construção e definição da nação brasileira. 2 O ideal germanista. 3 O ideal anglo-americano. 4 O ideal franco-português. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Na Primeira República brasileira (1889-1930), relativamente à questão da tática de construir e definir o direito brasileiro, os juristas procuravam por países que seriam ideais civilizacionais, com a citação de autores, legislações e instituições de determinada língua ou país. Mais do que revelar meras preferências doutrinárias, essa disputa também tinha um grande simbolismo e um importante impacto prático, ao estabelecer ideais aspirados, cultura visada, o modelo de debate esperado, que tipo de nação se buscava construir, que tipo de instituições deveriam ser construídas para alcançar esses objetivos etc.

Mais do que algo decorrente das necessidades relativas à construção de um país novo, isso também possui forte lastro na cultura jurídica brasileira¹,

1 Não se pretende trabalhar com um conceito fechado de cultura jurídica neste trabalho, até mesmo porque esta não é a centralidade do artigo. Assim, também não se tem a intenção de se vincular à definição específica de algum autor, nem se tem a pretensão de se construir um conceito específico de cultura jurídica do período, algo que demandaria um trabalho à parte. Conforme afirma Michael Stolleis em entrevista, “Eu nunca fui hostil à teoria, mas eu sempre ressalto que a teoria tem que ser provada pela fonte - não há declaração útil sem exame empírico. Os principiantes muitas vezes pensam que teriam que começar com um monte de teoria, definições e trabalho conceitual. Eu aconselharia a ler o máximo dos originais que puder - *pour prendre le ton*. Se você faz pesquisa histórica, em primeiro lugar, você tem que entender as necessidades, os desejos, os anseios e as interações das pessoas que você está analisando” (CASTAGNA MACHADO, 2014, pp. 546-547). Como se pretende construir ao longo do artigo, cultura jurídica aqui, de forma exemplificativa, não é empregada em um sentido meramente substancial, mas também em um sentido procedimental, para auxiliar a compreensão do método de trabalho dos juristas (e método aqui não tem um sentido formal, fazendo-se referência a práticas que são, muitas vezes, aprendidas mais pela imitação e repetição do que por um estudo ou leitura consciente) do período. Assim, pode dizer respeito aos autores e doutrinas lidas, citadas e discutidas no período, mas também faz referência à forma com que os autores elaboram suas teses/doutrinas jurídicas, ao que é aceito e o que não é na elaboração e defesa dessas teses/doutrinas jurídicas, ao que pode ser reputado como bom ou ruim etc. Que capacidades/habilidades intelectuais tornariam um jurista respeitado? Implicitamente, em razão de outros trabalhos (ver, e.g., CASTAGNA MACHADO, 2017), entende-se que, e.g., ser respeitado e ser considerado um *virtuose* jurídico implicava ter conhecimento de doutrinas e autores, nacionais e estrangeiros, relevantes naquele tempo e espaço, ser capaz de elaborar doutrinas jurídicas sofisticadas, convincentes, coerentes, sem contradições grosseiras, ocultando ou suavizando o elemento *político* de suas posições. Ou seja, aqui há um olhar para a prática, para a construção, e não apenas para uma história intelectual (no sentido de *produto* intelectual, como, e.g., muitas vezes a assim chamada doutrina brasileira do habeas corpus é abordada, mesmo quan-

em especial naquilo que aqui se chama de método de trabalho dos juristas. A abertura da cultura jurídica brasileira a esse tipo de prática, algo ainda pouco explorado pela literatura, impacta, de forma relevante, não apenas o direito internamente, na produção doutrinária e na prática jurisprudencial, mas recebe e produz efeitos externos ao direito, como se pretende apontar neste artigo (ainda que de forma sucinta, em razão do limite de páginas).

Aponte-se que as reformas pombalinas em Portugal (1769-1772) tiveram um forte e profundo impacto na formação e na prática jurídica dos juristas brasileiros (BASTOS, 1998, *passim*), especialmente no uso de literatura estrangeira, algo que produz efeitos até os dias atuais. É de se mencionar, também, que a Lei da Boa Razão ainda era aplicável no Brasil do período aqui investigado.

Com as reformas pombalinas, pela Lei da Boa Razão é operada uma total remodelação nas fontes (e, assim, nos conteúdos) do Direito português e, a pretexto desta remodelação, introduzidos novos métodos de interpretação e de integração do direito, tarefa que Pombal completaria nos Estatutos Pombalinos da Universidade, em conjunto com os quais esta lei tem de ser entendida. Pombal, mais do que apenas editar leis, pôs os juristas a trabalhar para ele como agentes da transformação, realizando uma modificação profunda do estilo de trabalho dos juristas, recorrendo ao novo corpo doutrinário que a produção dogmática dos juristas alemães tinha mais uma vez adaptado do velho direito romano-justiniano, desta vez às necessidades das sociedades em desenvolvimento acelerado no Centro da Europa. Tal sistema dogmático e normativo havia sido originariamente designado por *usus modernus pandectarum* (uso moderno das *pandectas*, ou seja, dos textos do direito romano); mas agora, com a naturalização progressiva da visão de mundo burguesa, foi decorado com uma denominação mais prestigiada, a de “direito natural”. Em tal contexto, o direito romano suscetível da aplicação subsidiária em Portugal seria somente o que estivesse de acordo com os princípios de direito natural ou das gentes em vigor nas nações cristãs e civilizadas, de acordo com a “boa razão”. Para avaliar a “razoabilidade” do direito romano, os juristas deveriam se indagar sobre “o uso moderno das mesmas leis romanas entre as sobreditas nações, que hoje habitam a Europa” (HESPANHA, 1978, p. 73-82).

O direito romano subsidiário em Portugal seria a versão modernizada que dele tinham dado os juracionistas alemães da escola do *usus modernus*

do se analisa o seu contexto de produção - poucas vezes se questiona como a cultura jurídica brasileira permitiria a construção de tal “doutrina” da forma como ocorreu no contexto). Isso não implica, de forma alguma, uma mera passividade por parte dos atores, especialmente dos atores mencionados. Muito pelo contrário, eles também possuem um papel ativo. Assim como são influenciados e, em certa medida, condicionados por sua formação, recrutamento, prática cotidiana, também inovam, acrescentam coisas novas, influenciam. Nesse sentido, evita-se um raciocínio binário.

pandectarum (Strik, Boehmer, Heinnecius, Thomasius etc.). Conforme Hespanha, a autêntica “bomba de sucção” da doutrina estrangeira constituída pelos processos tradicionais da dogmática jurídica, aplicados agora ao novo corpo doutrinal da literatura jurídica iluminista, deu lugar, em pouco mais de trinta anos, a uma invasão maciça dos princípios jurídicos modernos. Primeiro, os autores alemães do *usus modernus pandectarum* para quem a Lei da Boa Razão remetia e os jusprivatistas franceses dos séculos XVII e XVIII (v.g., Domat, bem como o neerlandês Vinnius); depois, os códigos modernos – da Prússia (1794), da França (1804), da Áustria (1811), da Sardenha (1827) etc. Para o autor, é esta importação maciça do direito estrangeiro e das opiniões doutrinárias sobre ele estabelecidas que vem completar a grande revolução do direito nacional português, pondo-o de acordo com a nova natureza do poder político e com a visão de mundo dos estratos sociais dirigentes na primeira metade do século XIX. Em tal projeto, a filosofia moral era, na altura, a disciplina central de um projeto onde a ideologia laicizada do Iluminismo armazenou os temas inspiradores da visão de mundo burguesa (HESPANHA, 1978, p. 82-108).

Após a Independência do Brasil (1822), os primeiros cursos jurídicos brasileiros foram criados em 1827 e passaram a funcionar em 1828, e os dois cursos jurídicos foram norteados provisoriamente pelos estatutos da Universidade de Coimbra (ADORNO, 1988, p. 82). A Lei da Boa Razão, como afirmado antes, permaneceu como lei em vigor ainda na Primeira República.

Essa tradição de buscar no direito estrangeiro, em especial no direito estrangeiro de algum país ou cultura admirada, as soluções para problemas brasileiros contemporâneos, muitas vezes como primeira opção, sem considerar a história jurídica brasileira ou, ainda, deixando-a como uma segunda opção, enraizou-se na cultura jurídica. E, claro, isso foi somado a outras características desenvolvidas pela cultura jurídica brasileira ao longo do tempo, que não podem ser ignoradas na análise.

Isso se somou àquela característica normalmente apontada nos juristas brasileiros do autodidatismo. Autodidatismo aqui pode ser tanto no sentido em que novas ideias artísticas, sociais e políticas eram discutidas pelos estudantes de direito, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, mas essa discussão ocorria fora das salas de aula e longe dos mestres, como no sentido de ser capaz de gerar teses jurídicas convincentes a partir de um amplo e desconexo quadro de referências nacionais e estrangeiras (ALVAREZ, 2014, p. 15; SEELAENDER, 2013, p. 8).

Mencione-se também o ecletismo como característica atribuída aos juristas brasileiros do período, normalmente apontado como algo no sentido de julgar com equilíbrio todas as escolas, delas procurando retirar o que houvesse de verdadeiro e eliminando o que houvesse de falso. Montar teses com doutrinas aparentemente repelentes umas das outras seria uma característica

desse ecletismo (MORSE, 1988, pp. 71-77; MERCADANTE, 1980, pp. 210-211). Claro, isso mais se parece com uma característica do autodidatismo do que realmente um “ecletismo”, pois não há uma real análise e escrutínio de diversos autores, apenas a construção de um texto com a defesa de ideias que o autor já possuía e pretendia defender, com a inclusão da citação de diferentes autores aparentemente desconexos, em uma lógica diferente do seu contexto de produção².

Ainda, em relação ao uso de doutrina estrangeira, aponta-se a classificação de Seelaender, que trata da figura do “jurisconsulto adaptável”, o tipo ideal do estrategista eclético, descompromissado com “progressismos”, “conservadorismos” e “cartilhas ortodoxas” em geral, mas capaz de se deslocar rapidamente, em um quadro político instável e em um meio acadêmico cientificamente ainda gelatinoso, dentro de um amplo espectro de opções ideológicas, doutrinárias e metodológicas distintas. Ele se difere do tipo “conservador-refratário”, que teria por atitude básica uma relativa desconfiança face às “novidades vindas de fora” – mudanças inspiradas na doutrina europeia seriam aqui defendidas apenas enquanto representassem adaptações ou atualizações vistas como “inevitáveis” ou de extraordinária conveniência. O outro modo poderia ser chamado de “assimilacionista-modernizante” – não por gerar “progresso”, mas por pretender gerar ampla modernização assimilando padrões estrangeiros. O modelo de jurista predominante no contexto que aqui tratamos está mais próximo do modelo que Seelaender chama de “jurisconsulto adaptável”, criador de teses convincentes com o uso de autores e citações oriundas dos locais mais diversos, muitas vezes de forma que aparenta ser aleatória (SEELAENDER, 2013, pp. 1-11).

Aliás, conforme Hespanha, essa é uma tradição que se mantém no Brasil contemporâneo, pois, segundo ele, a doutrina estrangeira, com origem europeia e norte-americana, é citada e usada, mas de forma tópica, por vezes para obter resultado que não têm muito a ver com a sua lógica original. Porém, para o autor, diferentemente de Seelaender, esse uso instrumental da doutrina, que à primeira vista poderia parecer oportunista, pode ser explicado não pela chave do oportunismo ou da superficialidade, mas sim por uma leitura da doutrina orientada para problemas (HESPANHA, 2012, p. 16).

Portanto, não se espera e nem se cobra, aqui, que a citação de obras, legislação e instituições estrangeiras tenha alguma “fidelidade” com a citação em seu contexto de origem, até mesmo em razão de se utilizar o referencial

2 Ver texto de Oliveira Vianna que aponta a citação de doutrina estrangeira como um ritual de legitimação. Para Oliveira Vianna, Barbosa era um grande intuitivo e, sem a sua biblioteca, seria, talvez, mais vigorosamente original, mais poderosamente inteligente e criador do que foi. Os livros, propriamente, antes lhe enfeitavam o saber; não lhe o davam (OLIVEIRA VIANA, 1991, pp. 357-361). Seelaender (2010) também desenvolve a mesma ideia, de legitimar uma posição local mediante a citação de autores estrangeiros.

teórico de tradução cultural de Peter Burke (2007; 2009a; 2009b) neste artigo, algo que exclui extremos como “pura originalidade” ou “pura fidelidade”, i.e., entende-se aqui não ser cabível falar em “jabuticaba” ou em mera “cópia”. O que se busca compreender é o raciocínio do(s) autor(es) brasileiro(s), aí incluída a indagação dos motivos para se preferir autores ou instituições de um país em detrimento de outro.

O que se busca neste artigo é, ao articular cultura jurídica, produção doutrinária e prática jurisprudencial (no contexto em que for cabível), apontar para a seleção e citação da produção doutrinária e prática jurisprudencial de autores de determinados países e analisar a possível motivação para fazê-los, indagando se a preferência pelas doutrinas oriundas desses países também indicaria a preferência por determinados ideais civilizacionais, encontrando um vínculo com a realidade, ou se seria apenas fruto de idealismo jurídico, uma mera discussão em abstrato a respeito de qual seria a melhor doutrina, algo que não parece ser uma boa hipótese a priori, lançando luzes sobre o método de trabalho dos juristas brasileiros do período.

Aqui, não se trata de buscar realizar uma análise exaustiva, até mesmo em razão da limitação de páginas, mas de analisar casos que podem servir como reflexão para a análise de outros casos, i. e., para pensar a análise de fontes.

Faz-se aqui história do Direito buscando articular um ponto de vista interno com um ponto de vista externo, ou seja, busca-se articular o pensamento e discurso jurídico com a realidade (i.e., com as ciências humanas e sociais), não sendo excessivo frisar que a ênfase está nos atores, não no direito. Enfatiza-se algo que poderia ser chamado de método de trabalho dos juristas (e, repita-se, método aqui não tem um sentido formal, fazendo-se referência a práticas que são, muitas vezes, aprendidas mais pela imitação e repetição do que por um estudo ou leitura consciente), analisando a relação entre cultura jurídica, contexto de produção e o produto/resultado doutrinário. Não se pretende apontar uma “influência estrangeira geral” no “direito brasileiro geral”, até mesmo em razão da mencionada centralidade da análise estar nos atores, não no “direito”.

1 A CONSTRUÇÃO E DEFINIÇÃO DA NAÇÃO BRASILEIRA

José Murilo de Carvalho escreveu um texto muito interessante tratando da tática de construir e definir a nação brasileira, entre os séculos XIX e XX, mediante a criação de símbolos nacionais, heróis, estabelecimento de seu mito de origem, literatura etc. (CARVALHO, 1999, pp. 233-268)³. Isso é importante mencionar, na medida em que o Direito também passa por tal processo no mesmo período.

3 Sobre o tema, ver também CARVALHO, 1990.

De acordo com Carvalho, no Império a instituição que mais diretamente se empenhou em difundir o conhecimento do País, ao mesmo tempo em que buscava transmitir uma identidade particular, foi o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, criado em 1838. O Instituto era composto pela elite política e intelectual do País e teve apoio constante do poder público e patrocínio pessoal do imperador que, com frequência, assistia a suas sessões. Entre suas atribuições estavam a coleta de documentos históricos e o ensino da história pátria, para o que contava com filiais nas províncias. O Instituto promovia estudos, debates, expedições científicas, concursos. Publicava uma revista que foi a principal publicação de história, geografia e etnografia de todo o período imperial (CARVALHO, 1999, pp. 241-242).

Conforme conta Carvalho, foi de um dos concursos promovidos pelo Instituto que surgiu o texto que com maior clareza definiu a tarefa do historiador brasileiro. O texto vencedor do concurso aberto em 1842 sobre como deveria ser escrita a história do Brasil, foi escrito pelo naturalista Karl Friedrich von Martius, natural da Baviera. O texto, publicado pela revista do Instituto, em 1845, intitulado “Como se Deve Escrever a História do Brasil”, fornece os elementos fundamentais de uma historiografia imperial: incorporação das três raças, com ênfase na predominância dos portugueses sobre indígenas e africanos; atenção às particularidades regionais, sempre tendo em vista a unidade do todo; defesa intransigente da monarquia constitucional como garantia da unidade do País; crença em um destino de grandeza nacional (CARVALHO, 1999, p. 242).

Francisco Adolfo de Varnhagen, o principal historiador brasileiro do século XIX, seguiu a receita de Martius. A meta-história de Varnhagen é a visão do País como fruto da ação civilizadora de Portugal na América, ação continuada devido às instituições adoradas, sobretudo monarquia constitucional. Na narrativa de Varnhagen, o contraste a este Brasil eram as repúblicas latino-americanas, marcadas por instabilidade crônica, guerras civis, fragmentação geográfica, ausência de liberdades. A imagem negativa das repúblicas vizinhas foi usada desde a independência como argumento em favor da monarquia e da centralização como únicas garantias possíveis da estabilidade política, da ordem social e da própria civilização. Durante o período tumultuado da Regência, diante das revoltas que atingiam várias províncias, membros da elite nacional, tanto liberais como conservadores, alertavam para o futuro que ameaçava o País, o das repúblicas hispano-americanas (CARVALHO, 1999, p. 242).

Havia, no entanto, imagens divergentes do País dentro da elite. A continuidade da tradição portuguesa e a manutenção da dinastia de Bragança davam a muitos a sensação de ausência de verdadeira independência, de obstáculo à formação de uma autêntica identidade nacional. Um Brasil monárquico e português na América republicana era um embaraço para muitos dos que não tinham passado pelo processo de socialização a que nos referimos. Portugal e

monarquia lembravam o domínio colonial, a força ainda atuante da presença portuguesa na economia, a tradição absolutista, a cultura retrógrada da antiga metrópole. De início um tanto abstrata, a ideia de América identificou-se aos poucos e cada vez mais com os Estados Unidos. O marco mais importante da mudança foi talvez o livro de Tavares Bastos, *A Província*, publicado em 1870, uma declaração de amor ao sistema político e à cultura estadunidense. A identificação da América com os Estados Unidos teve como consequência também a rejeição da tradição cultural ibérica vista como responsável pelo atraso do País (CARVALHO, 1999, pp. 242-243).

A primeira batalha simbólica entre as duas visões deu-se por ocasião da inauguração da estátua de Pedro I (em 1862, no Rio de Janeiro). A inauguração foi tumultuada. Afirmação da versão oficial, a estátua foi contestada. Setores divergentes da elite, especialmente os de simpatia republicana, protestaram contra o fato de ter sido o monumento localizado no local onde fora executado o líder dos rebeldes da conjuração mineira de 1789, Tiradentes, o precursor republicano da independência e também grande admirador dos Estados Unidos. A estátua foi acusada de ser uma mentira de bronze, um preito à tirania. A imagem do proclamador da independência chocava-se com a de um dos precursores da independência, a do herói monárquico com a do herói republicano (CARVALHO, 1999, pp. 239 e 243).

Conforme Carvalho, a República atacou em outras frentes. Aponta o autor que sua “proclamação” em 1889 trouxe grande reforço à corrente americanista que vinha do Império. A identidade americana do país foi enfatizada (não sem resistência, conforme se aponta neste artigo). Em alguns casos, ela vinha acompanhada de um ódio profundo às raízes portuguesas e aos portugueses em geral. No Rio de Janeiro, o jacobinismo antilusitano⁴ atingiu grandes proporções durante o governo do marechal Floriano Peixoto (1891-1894) (CARVALHO, 1999, p. 249).

Carvalho chega a afirmar que “institucionalmente, a ênfase na América refletiu-se na cópia servil dos Estados Unidos”, uma afirmação que precisa ser relativizada⁵. Conforme Carvalho, o modelo da constituição republicana de 1891 foi confessadamente a constituição norte-americana. O mesmo autor aponta que a diplomacia republicana também buscou o apoio estadunidense, concretizado na intervenção a favor do governo de Floriano, quando este se viu em dificuldades para debelar a revolta da Armada. Os Estados Unidos eram vistos como alternativa à influência europeia nos campos político, econômico

4 No caso específico do jacobinismo, embora rejeitassem o lado lusitano, sustentavam uma francofilia política (LYNCH, 2008, p. 120).

5 Por exemplo, cite-se que Pedro Lessa, juiz do STF, sustentava que três países serviram de modelo ao regime brasileiro. Além dos Estados Unidos, o Brasil também teria tido como modelo a Argentina e a Suíça (RODRIGUES, 1991, p. 359).

e cultural. Eram a imagem da liberdade, da iniciativa, da riqueza, do progresso técnico; enfim, do novo mundo americano em oposição ao velho mundo decadente europeu (CARVALHO, 1999, p. 250).

Na interpretação de Lynch, os Estados Unidos eram mesmo a grande referência político-institucional dos republicanos brasileiros. Entretanto, aquilo que eles pretendiam com o seu americanismo não era o alargamento das franquias, mas o progresso material desenfreado que, com o mínimo de concessões democráticas poderia trazer a liberação dos interesses privados da tutela monárquica e unitária, por meio do federalismo centrífugo, do dinamismo econômico e da imigração em massa. O que eles admiravam nos Estados Unidos era a estupenda expansão econômica por eles vivenciada no curso do século XIX, que multiplicara a riqueza daquele país por várias e várias vezes, permitindo-lhes agregar e conquistar territórios até o Pacífico. Em uma época em que se avaliava o progresso de um país pela sua rede ferroviária, os Estados Unidos já contavam com 272 mil quilômetros de estradas de ferro em 1890. A expansão industrial fora sustentada por uma política imigratória que naqueles últimos vinte anos já atraía quase 15 milhões de pessoas, boa parte dos quais, levados por estradas de ferro estalando de novas, iam colonizar territórios desertos que, ao cabo de poucos anos de trabalho árduo, se convertiam em prósperas lavouras e populosas cidades (LYNCH, 2014, pp. 99-100).

O modelo estadunidense, porém, dificilmente teria sido adotado sem uma prévia garantia de que ele pudesse, realmente, gerar desenvolvimento econômico no degradado ambiente ibero-americano. Os experimentos federalistas nas Repúblicas hispânicas, até então, haviam redundado em caudilhismo e guerra civil. Foi o extraordinário salto econômico vivenciado pela Argentina, durante a década de 1880, que convenceu parte significativa das elites brasileiras de que o modelo oligárquico estadunidense, à moda de Tavares Bastos, poderia de fato funcionar no Brasil. A erradicação das populações autóctones pela “Campanha do Deserto”, bem como a chegada de milhões de imigrantes europeus, permitira à República platina expandir por várias vezes a sua fronteira agropecuária, desencadeando um crescimento exponencial e contínuo do seu Produto Interno Bruto. Essa experiência americanista bem-sucedida no mais importante de nossos vizinhos acabou por convencer a parte mais valiosa da aristocracia brasileira de que era possível se organizar de modo a dispensar o imperador e o unitarismo, sem que necessariamente a política resvasse para os extremos da tirania ou da demagogia. Assim, foi pelo espelho oligárquico da República platina que a oligarquia rural brasileira pôde enxergar a possibilidade de uma democracia ianque (LYNCH, 2014, p. 100).

O texto de Carvalho supracitado também discute de forma muito interessante, por exemplo, em maiores minúcias como esse tipo de disputa simbólica ocorria em outros campos como a literatura. Mas isso aqui será

deixado de lado, servindo os parágrafos acima como uma pequena introdução para a questão da disputa jurídica.

Ao longo do Império e da República, identifica-se três grandes tradições em disputa no meio jurídico: a dos anglo-americanos, a dos franco-portugueses e a dos germanistas (estes últimos, em geral identificados com a assim chamada “Escola do Recife”)⁶.

2 O IDEAL GERMANISTA

A tradição germanista teve importante repercussão no mundo jurídico brasileiro, sendo forte mesmo na assim chamada Escola do Recife. Conforme Gilberto Freyre, a Alemanha simbólica idealizada por esses autores era a docemente lírica, a sonhadora, a goetheana, a beethoveana, a universalista, a artística, a sábia, a douta, a mestra, a do vinho, a dos castelos no Reno, e das igrejas da Baviera (FREYRE, 1971, p. 52).

Segundo Alberto Venâncio Filho, a Escola do Recife “representa uma abertura de horizontes, uma entrada de novos ares e, sobretudo, a atualização da cultura do país com as grandes correntes do pensamento moderno, libertada do exclusivismo da cultura portuguesa e francesa” (VENÂNCIO FILHO, 1982, p. 95). Principalmente na figura do grande líder da “Escola do Recife”, Tobias Barreto, parecia haver um deliberado intuito de afastar o que vinha de origem anglo-americana e franco-portuguesa para exaltar a doutrina germânica.

Claro, essa preferência também encontrava um vínculo com a realidade, não era apenas fruto do idealismo. Esse germanismo da chamada Escola do Recife é resultado da ascensão da Alemanha depois de sua unificação, cerca de 1870, e provavelmente foi adotado porque esses juristas não defendiam exatamente uma República, mas um Império reformado nos moldes da unificação alemã que Bismarck havia feito, algo que seria mais interessante para a elite nordestina do período (e, de fato, com a República, a partir de 1889, a decadência econômica do nordeste se acentuaria, inclusive em razão do predomínio político de São Paulo). Claro, ainda, como um bônus, a cultura alemã também atribuía um papel de maior destaque aos professores e universidades em comparação com as outras tradições enfrentadas (especialmente em sua chave de tradução de centralização x descentralização).

Hélio Jaguaribe afirma que o germanofilismo de Tobias tinha por alvo o combate da influência francesa. Para Jaguaribe, ao destacar, ainda que exageradamente, a importância da cultura alemã, Barreto não somente se propunha a contrabalançar a influência francesa e abrir novos horizontes à inteligência brasileira como, por outro lado, no puro terreno da comparação de valores, pronunciava um juízo de preferência e objetividade justificadas.

6 Não são aqui incluídas questões mais pontuais, como a admiração de autores como Quintino Bocaiuva e Campos Sales pela doutrina argentina do estado de sítio (LYNCH, 2014, p. 110).

Jaguaribe afirma que desde os fins do século XVIII declinou o poder criador na França – mas aponta Bergson como uma exceção –, ao passo que se foi acentuando o peso da contribuição alemã (JAGUARIBE, 1967, p. 95).

Gilberto Amado aponta que o germanismo de Tobias Barreto se colocava em oposição aos franceses e aos anglo-saxões:

Quando, muitos anos depois, já então no Rio, li pela primeira vez Tobias Barreto, admirando tanto o que ele dizia, não me pude contudo furtar também ao sentimento de tristeza com que via tão grande espírito levar o seu entusiasmo por tudo que era alemão e vinha da Alemanha à exclusão de tudo que viesse da França e dos anglo-saxões. Jamais fui sergipano como esses pró-homens da minha terra e como outros que vieram depois, manifestando a mesma tendência para o exclusivismo condicionador do espírito às contingências bairristas (AMADO, 1958, p. 37).

Seelaender, em texto que explora o tema, fornece mais elementos sobre o germanismo de Barreto (SEELAENDER, 2013, pp. 6-7).

Importantes descendentes de Tobias Barreto e da Escola do Recife se deslocaram para outras capitais brasileiras. Destaca-se aqui Silvio Romero e Clóvis Beviláqua, que foram para o Rio de Janeiro, então Capital Federal, e tiveram uma atuação expressiva na formação universitária do campo jurídico na cidade, com desdobramentos para os campos afins (NEDER, 2017, p. 132-133).

Clóvis Beviláqua foi o principal responsável pelo Código Civil de 1916 (ainda que a versão final tenha sofrido diversas e importantes modificações). Normalmente ele é apontado como um grande representante do germanismo na Primeira República, sendo observado, “frequentemente, em seus textos, referências elogiosas à civilística alemã do final do séc. XIX” (CASTRO JR., 2017, p. 98). Entretanto, esse germanismo não pode ser superdimensionado. Embora o inglês e o alemão comparecem com bastante frequência em suas práticas de leitura, elas envolviam principalmente a língua francesa (NEDER, 2017, p. 139). As convicções republicanas de Clóvis Beviláqua, construídas desde os tempos de juventude, alinham-se com o republicanismo radical, de corte liberal, tendo sido ele grande amigo de Silva Jardim (NEDER, 2017, p. 141), um dos representantes do jacobinismo positivista.

O germanismo de Clóvis Beviláqua fazia um uso típico da doutrina de língua alemã, orientada para os problemas, mesclada com outras tradições. Ele dialogava com outras culturas, outras tradições, não apenas tentava reproduzir fielmente estilos de raciocínio. Dentro do modelo liberal do período da Primeira República, é até esperado que muitas soluções jurídicas alemãs fossem traduzidas para o Brasil e que isso fosse, *tout court*, uma tradução, não uma cópia. Portanto, é até óbvia a conclusão de que “a influência da doutrina pandectista no Código Beviláqua é bem menor do que habitualmente se supõe” (HARKE, 2017, p. 50) e que “o Código Beviláqua se apresenta a nossos olhos

menos como um fruto da pandectística do que como resultado de um debate travado internacionalmente, à época, sobre a legislação na área do direito civil” (HARKE, 2017, p. 51).

3 O IDEAL ANGLO-AMERICANO

Principalmente nos primórdios da Primeira República, é entre os anglo-americanos e franco-portugueses que vai se dar a grande disputa. E, claro, no período aqui pesquisado acabam prevalecendo os anglo-americanos⁷.

Pega-se aqui o exemplo de Ruy Barbosa, autor que se torna citação obrigatória no período, mesmo entre os seus adversários, que citavam Ruy Barbosa contra Ruy Barbosa! Em 1915, Barbosa afirmou: “sou da raça dos constitucionalistas americanos e dos juristas ingleses” (A FEDERAÇÃO, 5 de janeiro de 1915, capa). Barbosa, como jurista, que no Império tinha maior inclinação a citar doutrina inglesa, fez de tudo para assegurar que a nova ordem republicana se exprimissem conforme as instituições liberais dos Estados Unidos. Daí porque ele uniu-se aos republicanos conservadores de São Paulo e combateu a ameaça da francofilia política representada pelo jacobinismo positivista de Silva Jardim (1860-1891), Aníbal Falcão (1859-1900), Júlio de Castilhos (1860-1903), Lauro Sodré (1858-1944) e outros, para quem a república verdadeira deveria ser um presidencialismo autoritário e progressista (LYNCH, 2008, p. 120). Deve-se recordar que o próprio Império havia sido conformado pelo liberalismo da tradição francesa. Embora seu modelo institucional fosse o do governo parlamentar britânico, ele o era explicado pelos teóricos franceses da Monarquia de Julho, para quem o liberalismo não implicava a rejeição do unitarismo, da justiça administrativa e de um governo parlamentar baseado na confiança da Coroa e do Parlamento (LYNCH, 2011, p. 301). Com o surgimento da República, elaborou-se a Constituição provisória, de 22 de junho de 1890, que serviria de anteprojeto aos trabalhos da Constituinte republicana. A Constituição provisória representava uma tentativa consciente de, “sobre as mais amplas bases democráticas e liberais” – como constava de seu preâmbulo –, romper com a moldura intelectual francesa do pensamento brasileiro, substituindo a centralização pelo federalismo, o parlamentarismo pelo presidencialismo, a justiça administrativa pelo Poder Judiciário autônomo, o Conselho de Estado e o Tribunal de Cassação por um Supremo Tribunal

7 Houve até mesmo um esforço para positivação disso no Decreto 848 de 1890, que estabelecia em seu art. 386:

“Art. 386. Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições e espírito do presente decreto.

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.”

Federal e o poder Moderador pelo controle normativo da constitucionalidade (LYNCH, 2008, p. 120).

A República acarretou uma série de problemas novos, quase todos de natureza jurídica, ao alterar as funções do Poder Judiciário, conferindo-lhe atribuições mais amplas do que durante o Império, ao criar um Tribunal Supremo que, provavelmente, era o que mais possuía competências em sua época no mundo, ao remodelar as instituições políticas nacionais e inaugurando-se com uma ditadura (acidente que de longa data se não verificava no Brasil, pelo menos desde a fundação do segundo reinado). Ainda, o sistema republicano surgiu mais ou menos de improviso e deparavam-se as elites brasileiras com o problema de compreendê-lo e aplicá-lo (NOGUEIRA, 1949, p. 94).

Para Ruy Barbosa, o Brasil teria adotado dos Estados Unidos a sua forma de governo, assim como buscado incorporar o seu delicado e complexo mecanismo aos nossos hábitos políticos. Para Barbosa, evidentemente a nossa cultura, sobretudo entre as gerações que vinham formar a República, era ainda imperfeita no conhecimento da organização da política e da jurisprudência estadunidense. O Brasil vinha da escola francesa e não estaria pronto para receber, assimilar e para praticar com aquele senso de seu espírito, da sua verdade e da sua inteireza, as instituições introduzidas no país, essas instituições, novas pela feição então atual, pela feição que adquiriram ao vazar-se na Constituição estadunidense; essas instituições, antigas, todavia, pelo seu largo passado, pelo passado multissecular, que deixava atrás de si na história da Inglaterra, na história das liberdades inglesas, na história dessas liberdades que, começando desde o século XIII, com uma tradição ininterrupta, progressiva, crescente, acabaram no século XVIII com essa florescência da criação da Carta Federal dos Estados Unidos da América do Norte (BARBOSA, 1932, p. V-VII).

Essa citação é importante para entender a posição de Ruy Barbosa. Seguindo essa linha, a questão é que, a despeito da admiração que nutriam pelo senso prático dos ingleses e do patriotismo francês, a grande referência político-institucional dos republicanos brasileiros era mesmo os Estados Unidos. O que eles admiravam neste país era a estupenda expansão econômica experimentada no curso do século XIX, que multiplicara sua riqueza várias vezes, e havia lhes permitido agregar territórios até o Pacífico. O que se ignora, porém, é que a reprodução do modelo estadunidense no Brasil republicano foi refratada pela experiência pretérita da Argentina, que entre 1853 e 1860 já havia adaptado a Constituição dos Estados Unidos à realidade sul-americana. O modelo estadunidense dificilmente teria sido adotado pelas elites brasileiras sem que uma prévia experiência que conferisse plausibilidade a expectativa de que ele pudesse gerar desenvolvimento econômico ordeiro no degradado ambiente ibero-americano, onde ele durante muito tempo gerara somente caudilhismo militar e guerra civil. Foi o extraordinário salto econômico experimentado pela

Argentina, durante a década de 1880, somado ao problema da crise de sucessão de Dom Pedro II, que permitiu uma boa parte das elites brasileiras de que o modelo federativo estadunidense poderia funcionar no Brasil (LYNCH, 2012, p. 153).

É apontado que se constituía como ideia-mestra de Barbosa, como constitucionalista, que a magistratura togada do Brasil assumisse uma preeminência na organização constitucional da República idêntica à que ele enxergava na Suprema Corte dos Estados Unidos, no sentido em que ele entendia que a Suprema Corte, nas controvérsias concretas submetidas à sua resolução, interpreta a Constituição e define as normas jurídicas que a desenvolveram na prática, que os princípios declarados e definidos por ela formam parte integrante da lei suprema da nação, com tanta força e vigor como se estivessem consignados no próprio texto. Portanto, os princípios estabelecidos pelo mais alto tribunal são obrigatórios para todas as autoridades federais e locais do país, inclusive o Congresso e as legislaturas locais, que, ao expedir suas leis, devem acomodá-las a essas normas da jurisprudência estabelecida pela Suprema Corte, normas que só podem ser derogadas ou modificadas por decisões subsequentes da própria Corte ou por uma reforma da Constituição. Barbosa, no fundo, preconizava essa poderosa influência para o Supremo Tribunal Federal brasileiro (NOGUEIRA, 1949, pp. 100-101).

Essa inspiração na Suprema Corte dos Estados Unidos se tornou a predominante no período. Foi tão naturalizada, que o Ministro do STF Oliveira Ribeiro, em meio a um julgamento de habeas corpus durante o governo Hermes da Fonseca, entendendo que o STF teria competência para decidir as assim chamadas “questões políticas”, afirmou:

Se numa situação como esta, em que se multiplicam os atentados, durante o período de quatro anos, ferindo de frente a Constituição; em que se servem do Exército como instrumento de politicagem, para derramar sangue, como nota-se em Alagoas, e para fazer entrar no Palácio do Ingá o Sr. Botelho entre 50 lanceiros, se o Tribunal ficar de joelhos, o país estará perdido. Ele precisa prosseguir na sua missão! O recurso deste Tribunal nessa emergência não dirá que é covarde, mas será um infortúnio se o Tribunal, fugindo à sua obrigação imposta pelo art. 72 § 22 da Constituição da República, deixar de conceder o habeas corpus só porque o ministro-procurador nos acena com a questão política; este Tribunal será indigno de se parecer com a Suprema Corte de Washington! (RODRIGUES, 1991, pp. 123-124).

Essa visão anglo-americana viria a se chocar com a visão franco-portuguesa em diversos momentos da Primeira República.

Um exemplo é o caso do famoso habeas corpus 300 impetrado por Ruy Barbosa⁸. Como se sabe, Floriano Peixoto baixou o decreto 791, de 10 abril de

8 Esse habeas corpus encontra-se contextualizado em CASTAGNA MACHADO, 2015, pp. 179-205.

1892, que declarou em estado de sítio o Distrito Federal e suspendeu por 72 horas as garantias constitucionais, e fez prender grande número de cidadãos, civis e militares, - jornalistas, homens de letras e congressistas, encerrando alguns em fortaleza do porto e desterrando outros para Tabatinga e Cucuí, no Amazonas. Esses fatos ocorreram em 10 e 11 de abril (NOGUEIRA, 1949, pp. 97-98). Uma semana após os acontecimentos, em abril de 1892, Ruy Barbosa ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma petição de habeas corpus em favor dos presos.

Tudo isso era uma novidade em relação às práticas das extintas instituições político-jurídicas do Império e principalmente em relação ao habeas corpus que, até ali, não fora utilizado como remédio para proteger interesses com base em uma linguagem de defesa de direitos individuais contra o uso de faculdades políticas do Executivo (NOGUEIRA, 1949, p. 100).

Barbosa buscava conferir, ao interpretar desse modo o papel do juiz em presença de atos dos outros ramos do governo, um poder maior, desembaraçando o magistrado de todo o formalismo e outorgando-lhe a faculdade quase de fazer o direito. Era convertê-lo, por assim dizer, no pretor romano, ou no judge-made law do sistema jurídico anglo-saxônico, a expressão do julgador que buscava Barbosa (NOGUEIRA, 1949, p. 102).

De acordo com o planejado por Barbosa, no mecanismo das relações entre os três poderes fundamentais do Estado, a grande inovação introduzida pelo sistema federativo consistia em que ao Supremo Tribunal fora ampliada consideravelmente a jurisdição, pois ele passara com a República a sentenciar “em derradeira instância; nos pleitos debatidos entre os atos do Governo, ou os atos legislativos, e a Constituição” (BARBOSA, 1933, p. 355), segundo, mais tarde voltava Barbosa a explicar no discurso proferido ao ser empossado no cargo de presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, a 19 de novembro de 1914 (NOGUEIRA, 1949, p. 108).

Essa premissa já estava contida no argumento de Ruy Barbosa em 1892. Se, por conseguinte, os atos do Congresso estavam sujeitos à jurisdição verificadora do Supremo Tribunal, implicitamente o estavam os atos do Executivo. Tal conclusão era autorizada por normas constitucionais e jurisprudenciais dos Estados Unidos, de onde, para Barbosa, havia sido trasladada a Carta Magna brasileira (NOGUEIRA, 1949, p. 108).

Ruy Barbosa, após sustentar a competência do Supremo para conhecer da espécie, passou a analisar a inconstitucionalidade do estado de sítio decretado. A seu ver, não houvera motivo suficiente para o estabelecimento dessa medida de exceção, porque não se verificara a condição essencial da sua legitimidade, isto é, a ocorrência de uma “comoção intestina”, segundo o preceito constitucional (NOGUEIRA, 1949, p. 108-109).

Ruy Barbosa viu indeferida a sua petição, por dez votos contra um. Foi relator do Acórdão o ministro Joaquim da Costa Barradas. A decisão proferida, além de curta, contrariava as teses principais de Ruy Barbosa, que a considerava despida de fundamentos ponderáveis. Só um, dentre os Ministros presentes à sessão, foi favorável ao pedido: o ministro Piza e Almeida (NOGUEIRA, 1949, p. 114).

No dia seguinte, escrevia O Paiz que o dia da negação desse habeas corpus deveria ser de luto nacional (RODRIGUES, 1965, p. 22).

A decisão do Tribunal, apesar de esperada, tornou-se objeto de vivos e apaixonados debates. Barbosa, inconformado, escreveu 22 artigos nas colunas de O Paiz, discutindo-a, criticando-a sob todos os aspectos, dissecando um a um os votos que lhe haviam sido contrários e exaltando o voto de Piza e Almeida (RODRIGUES, 1965, p. 24).

No que tange à fundamentação do acórdão, Ruy Barbosa criticou o seu suposto laconismo. Para Barbosa, a decisão não estava devidamente fundamentada, pois o acórdão deveria deduzir, concluir, argumentar e convencer, não simplesmente invocar, sem raciocínio em seu favor, os artigos da lei. Não se poderia considerar como fundamentada uma sentença cujos considerandos são apenas a enumeração incorporada e nua das teses, contra as quais precisamente se intentou o meio judicial. Seria preciso que o tribunal desvendasse as origens jurídicas da sua decisão, articulando simplesmente, ao lado de cada uma das alegações, em que a fundou, o seu respectivo por que (KOERNER, 1999, p. 183-184).

4 O IDEAL FRANCO-PORTUGUÊS

O Ministro Barradas saiu, pela imprensa, em defesa do acórdão. Em clássica obra, Instituições Política Brasileiras, Oliveira Vianna (1999) posiciona-se em favor de Ruy Barbosa, afirmando que a mentalidade dos homens do seu tempo era mensurável então pela de Barradas, e que Ruy Barbosa estaria a frente desses. Barradas, que, para Oliveira Vianna, teria uma mentalidade adequada ao modelo Império, ao ler um trecho de Rui sobre a competência do Judiciário para invalidar leis e atos administrativos o interpela, supostamente tomado de surpresa e escândalo. Afirma Oliveira Vianna que Barradas não poderia compreender esta faculdade revisora, que Ruy atribuía ao Poder Judiciário, esta competência para anular atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo – poderes estes que seriam até então considerados, pelos juristas da mentalidade de Barradas, como intangíveis e semidivinos (OLIVEIRA VIANNA, 1999, p. 504).

Barradas, vale recordar, era um dos assim chamados “velhos magistrados do Império”, tendo sido educado na tradição do direito civil lusitano e do direito público francês (KOERNER, 1998, p. 34). O que Oliveira Vianna parece

não levar em consideração sobre Barradas em sua análise é que Barradas, assim como outros burocratas do Império, nutria uma desconfiança em relação aos magistrados, aqueles que o próprio Oliveira Vianna tendia a ver como juiz “nosso” (OLIVEIRA VIANNA, 1999, p. 499). Para Barradas, o importante seria limitar o poder do magistrado de tal perfil, e não aumentá-lo, pois isso poderia vir a aumentar, também, o poder do mandão local, algo indesejável.

Conforme Boechat, por uma ironia, Barradas, para defender o acórdão, fez o mesmo que Marshall (citado por Ruy Barbosa como exemplo contra o acórdão do STF) que, incomodado com os ataques feitos sob pseudônimo ao aresto por ele redigido no famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819) da Suprema Corte dos Estados Unidos, revidara também sob pseudônimo. Barradas fê-lo, a princípio, em artigos não assinados, mas de autoria evidente, e em termos respeitosos. Ruy, que desconhecia também o precedente de Marshall, contra-atacou criticando o anonimato e o fato de o julgador discutir com a parte (RODRIGUES, 1965, p. 25).

O Ministro Barradas então respondeu a Ruy Barbosa a respeito da alegação da suposta estatura medíocre do acórdão do Supremo Tribunal brasileiro em comparação com as proposições gigantescas da sentença da Suprema Corte de Washington no caso *Marbury v. Madison*, da qual foi redator o chief justice John Marshall, o publicista que por espaço de quase meio século encheu com o seu nome as páginas da história constitucional da república estadunidense (BARRADAS, 1892, p. 546).

Barradas respondeu a crítica de Ruy que, enquanto que a decisão do Supremo Tribunal Federal mal enchia meia folha de papel, a da Suprema Corte ocupa 36 páginas impressas. Para Barradas, além de não ser de bom conselho medir pelos ângulos de um compasso o valor jurídico de uma peça forense, Barbosa se esqueceu de que são mui diferentes dos brasileiros os estilos e as práticas dos tribunais anglo-saxônicos, aferrados àquilo que Barradas chamava de “culto supersticioso de longevas tradições”, que os estadistas dos dois países ainda não teriam conseguido debelar (BARRADAS, 1892, p. 546).

Para Barradas, bastava abrir as coleções dos julgados ingleses ou estadunidenses, compilados anualmente nos *yearbooks*, confrontar com os antigos repositórios de Littleton ou de Britton, dos quais nos dá exata notícia a obra de Houard⁹, para ver o poder quase mongólico da tradição e dos costumes, não só nos princípios gerais do Direito, que somente de pouco tempo entraram a perder a primitiva rigidez (*ferrea jura*), mas ainda e principalmente no modo prático dos julgamentos, na pronúncia dos votos, no serviço interno dos tribunais (BARRADAS, 1892, p. 546).

9 Barradas cita Houard, *Anciennes lois françaises dans les coutumes anglaises*. 1876, tom. 1, p. 35.

Barradas cita o francês Bordeaux:

Na Inglaterra, diz um autorizado Jct.¹⁰, as sentenças têm a forma de um discurso; o magistrado decide expondo o seu voto (sententia) nos termos de uma espécie de conversa, sem attendus nem dispositivos formulados separadamente. Em França, pelo contrário, a linguagem judiciária, assim nas sentenças como nas conclusões, reveste uma forma silogística, que recorda pela precisão os processos da escolástica (BARRADAS, 1892, p. 546-547).

Para Barradas, no Brasil, desde os mais remotos tempos da monarquia portuguesa, introduziu-se o costume das sentenças breves, concisas, não percorrendo em todo o seu âmbito senão as questões controversas e assinalando os princípios ou as razões de decidir sob uma forma dogmática, como deve ter a decisão judicial, para não se confundir com alegações dos advogados, algo que Barradas entendia como um vício de que se ressentiam os julgados dos tribunais ingleses, alcunhados, segundo Barradas, de enfáticos por espíritos que não se dobram ao império despótico da rotina (BARRADAS, 1892, p. 547).

Barradas faz menção a Gabriel Pereira¹¹, “um dos nossos mais estimáveis praxistas”, a respeito de quem Mello Freire dizia “legum et consuetudinum perillissimus, bonus jurisconsultus, melior poeta”¹². Segundo Barradas, Gabriel Pereira não cessava de recomendar aos juízes principiantes o estudo das antigas sentenças dos tribunais, para se afeiçoarem ao estilo sóbrio e enérgico dos julgadores, que diziam muito em poucas palavras, porque as sentenças, ou decidam o caso controverso ou deem a interpretação exata do pensamento da lei, não substituem os livros de exposição do direito, que eles pressupõem conhecidos dos que recorrem aos tribunais (BARRADAS, 1892, p. 547).

Barradas acresce que o que Barbosa tomou pela sentença da Supreme Court não é senão a exposição de Marshall, encarregado, segundo a praxe judiciária americana, de dar a opinião do tribunal a que preside, para ser depois de desenvolvida inserida nos records, coleção de julgados, que todos os anos são reunidos em um volume sob as vistas do tribunal e distribuídos pelos juízes da União, congresso e repartições publicas. A sentença do tribunal é apenas notada nos autos pelo escrivão (clerk), sempre em resumo. Barradas cita o Desty's federal procedure.¹³ “O tribunal”, diz Desty, “de ordinário publica suas conclusões sem reproduzir os fatos na sentença” (BARRADAS, 1892, p. 547).

Proferida a sentença, o chief justice a entrega então ao reporter, expondo fundamentalmente: os motivos em que ela se apeia, para que seja impressa, recolhida nos livros judiciais e arquivada no tribunal, onde é consultada como precedente (BARRADAS, 1892, p. 547-548).

10 Barradas cita Bordeaux, Philosophie de la procedure civile, 1857, nota a pagina 507.

11 Barradas cita Gabriel Pereira, de manu regia.

12 Barradas cita Mello Freire, Hist. juris civilis, cap. XII, nota a pagina 132.

13 Barradas cita o Desty's federal procedure na p. 669.

Não raro, segundo Barradas, com essa sentença assim desenvolvida pelo chief justice, são colecionados os debates, as alegações dos advogados, as conclusões do attorney general e os votos dos juizes, de modo que é uma espécie de compte rendu, com a máxima precisão de todos os incidentes da audiência, recolhidos estenograficamente pelos dois taquígrafos que existem em todos os tribunais, e, segundo Rust¹⁴, até acompanham os juizes aos circuitos (BARRADAS, 1892, p. 548).

Na opinião de Barradas, era assim que se podia explicar a extensão desusada dos julgados estadunidenses, que nem sempre se limitavam, como no Brasil da época, às questões suscitadas pelos litigantes, mas dilatam o âmbito a pontos que não foram provocados, do que é exemplo essa mesma sentença de Marshall, a qual, conforme se exprime Curtis¹⁵, não se circunscreveu à questão da incompetência do meio proposto pelo autor, mas entrou em diversas ordens de considerações, que, aliás, poderiam ser omitidas sem prejuízo do fundamento adotado (BARRADAS, 1892, p. 548).

Havia, porém, na opinião de Barradas, um motivo poderoso que levava Marshall a demorar-se na exposição desse e de outros julgados da Supreme Court, percorrendo o vasto campo do direito constitucional, que então surgia nas lides forenses (BARRADAS, 1892, p. 548).

Barradas afirma que, quando ocupou a cadeira presidencial da Suprema Corte, com alto merecimento, era ardente a luta entre os dois partidos que dividiam então a república estadunidense, os partidos federalista e o republicano, e o ponto justamente em que mais se avolumava a contenda era o do chamado States rights, que Barradas citava como o início da campanha homérica que terminou sob os muros de Richmond com a capitulação de Lee (BARRADAS, 1892, p. 548).

Barradas, em uma habilidosa narrativa, narra Marshall como alguém com afinidades de ideias aos conservadores do Império, que eram centralizadores (assim como os militares da Primeira República). Como visto, as oligarquias da Primeira República tinham preferência pela descentralização, que dava um maior poder às oligarquias locais. Marshall, segundo Barradas, pertencia ao partido federalista, que tendia a fortalecer a União contra os exageros da soberania dos estados, e então procurava lançar, como conseguiu, as bases desse direito público interno, que garantiu por tantos anos a paz da república e o seu incremento (BARRADAS, 1892, p. 548).

Barradas exaltava o vasto saber de Marshall, o seu renome de publicista, a sua alta posição de Chief Justice, que dariam às doutrinas espalhadas em nome da Supreme Court, “diante da qual todas as cabeças se curvavam”,

14 Barradas cita Rust, Code of civil procedure, 1890, p. 32.

15 Barradas cita Curtis, Jurisdiction practice and peculiar jurisprudence of the Courts (Lectures), p. 8.

essa preponderância, que na frase do chanceler Kent¹⁶ constitui a voz viva da constituição. Para Barradas, o ilustre magistrado não perdia a oportunidade de desenvolver as teses constitucionais, que o assunto lhe sugeria, em bem das ideias da escola política a que pertencia, as quais eram uma necessidade de momento, para manter ileso o princípio federativo já então inaugurado sob a belíssima fórmula dos estados indestrutíveis na União indissolúvel¹⁷ (BARRADAS, 1892, p. 548-549).

Para Barradas, eis o porquê do desenvolvimento e da extensão das sentenças emitidas em nome do tribunal, que raramente se encontrariam imitados nas dos sucessores do magistrado, salvo um ou outro caso mais importante (BARRADAS, 1892, p. 549).

Mas, no Brasil, nem militarida idêntico motivo, nem a Constituição, que já encontrara modelos experimentados, prestar-se-ia às incertezas e às dúvidas que ocorreram na república estadunidense ao alvorecer do constitucionalismo e suscitaram as longas interpretações dos tribunais (BARRADAS, 1892, p. 549).

Algumas dessas dúvidas, por exemplo, a da competência para a suspensão do habeas corpus, teriam sido felizmente dissipadas no Brasil por disposição clara e positiva, outras que ocorreriam e haveriam de manter ainda por algum tempo incertos e vacilantes os princípios, seriam solvidas pelos preceitos ordinários da hermenêutica. De acordo com Barradas, em um trecho que exaltava as tradições jurídicas nacionais, por tal motivo não teríamos necessidade de americanizar as práticas dos nossos tribunais, costumes seculares, que não envergonhavam aos brasileiros, porque em última análise eram encontrados idênticos na França, na Itália, na Alemanha, cujos supremos tribunais ombreiam, e talvez com vantagens, com os Queen's Bench e Supreme Court, respectivamente, da Inglaterra e dos Estados Unidos (BARRADAS, 1892, p. 549).

Para Barradas, explicada assim a brevidade do acórdão do Supremo Tribunal Federal, parece que a doutrina que ele encerra, e não a sua dimensão, é que devia unicamente merecer os reparos do ilustrado crítico (BARRADAS, 1892, p. 549).

A concisão estaria agora justificada, e Barradas passaria posteriormente a defender a questão de fundo, a doutrina, acompanhando Ruy Barbosa nos pontos capitais do argumento, o que foi objeto de subsequentes artigos (BARRADAS, 1892, p. 549).

A questão debatida pela imprensa repercutiu na Câmara dos Deputados, onde o acórdão do Supremo Tribunal foi amplamente discutido. A Câmara acabou aprovando as medidas tomadas pelo presidente e, ao mesmo tempo, concedeu anistia aos presos. Em 1898, no entanto, o Supremo passaria a

16 Barradas cita Kent. Comm. Tom. 1.

17 Barradas cita Laboulaye, Hist. dos Est. Unidos Tom. 3, p. 488.

adotar a doutrina do habeas corpus defendida por Ruy Barbosa seis anos antes (COSTA, 2006, p. 30).

Joaquim da Costa Barradas respondeu a Ruy Barbosa utilizando a história do direito com um viés conservador e defendia a continuidade de práticas jurídicas que considerava mais adequadas à tradição do país, e buscava demonstrar a diferença entre as práticas brasileiras e anglo-americanas. A estratégia de argumentação de Barradas poderia ser dividida em duas partes: primeiro, tentar derrotar Barbosa dentro de seu próprio cânone de autores anglo-americanos, buscando encontrar erros de citação e tentando demonstrar que o jurista baiano não dominava plenamente os autores e instituições que citava (uma estratégia adotada também por Felisbelo Freire em um debate com o jurista baiano¹⁸). Segundo, como muitos juristas que construíram sua carreira no Império e que já eram veteranos quando da Primeira República, Barradas, em um trecho que exaltava as tradições jurídicas nacionais, tentava demonstrar que existia uma tradição construída no Brasil, herdeira de uma tradição europeia, composta principalmente por autores portugueses e franceses. Assim, não haveria necessidade de americanizar as práticas dos tribunais brasileiros, costumes seculares, que não envergonhavam aos brasileiros, porque em última análise eram encontrados idênticos na França, na Itália, na Alemanha, cujos supremos tribunais ombreariam, e talvez com vantagens, com os Queen's Bench e Supreme Court, respectivamente, da Inglaterra e dos Estados Unidos. Claro, isso envolvia afirmar que é na Inglaterra que as sentenças têm a forma de um discurso e que em França (e o Brasil seguia tal tradição), pelo contrário, a linguagem judiciária, assim nas sentenças como nas conclusões, reveste uma forma silogística, que recorda pela precisão os processos da escolástica (CASTAGNA MACHADO, 2015, p. 203). Entende-se aqui que defesa da tradição europeia, especialmente aquela dos autores portugueses e franceses, realizada por Barradas, em tal contexto, possuía relação não apenas com a questão de reduzir o poder do magistrado, sua discricionariedade, sua margem de ação no processo, mas, também, com a forma como ele via os magistrados brasileiros no período e sua relação as oligarquias em formação no período. Reduzir o poder do magistrado e conformá-lo a um padrão ideal do Império (para Barradas) seria reduzir o poder das oligarquias. Embora o caso em questão fosse diferente (e envolvesse os abusos de um militar), não se poderia deixar de desconsiderar os possíveis efeitos que a decisão poderia provocar.

CONCLUSÃO

Na Primeira República brasileira (1889-1930), relativamente à questão da tática de construir e definir o direito brasileiro, os juristas procuravam por

18 Ver FREIRE, 1892, pp. 5-42.

países que seriam ideais civilizacionais, com o uso de autores de determinada língua ou país. Mais do que revelar meras preferências doutrinárias, essa disputa também tinha um grande simbolismo e um importante impacto prático, ao estabelecer ideais aspirados, cultura visada, o modelo de debate esperado, que tipo de nação se buscava construir, que tipo de instituições deveriam ser construídas para alcançar esses objetivos etc.

Mais do que algo decorrente das necessidades relativas à construção de um país novo, isso também possui forte lastro na cultura jurídica brasileira, em especial naquilo que aqui se chama de método de trabalho dos juristas. A abertura da cultura jurídica brasileira a esse tipo de prática impacta, de forma relevante, não apenas o direito internamente, na produção doutrinária e na prática jurisprudencial, mas recebe e produz efeitos externos ao direito.

A cultura jurídica brasileira, em relação ao método de trabalho dos juristas, possui certa maleabilidade para permitir a seleção e citação da produção doutrinária e prática jurisprudencial de autores de países estrangeiros de acordo com os interesses e necessidades do ator. São criadas “escolas”, “tradições” etc. de citação de autores de determinada origem (como ocorre, por exemplo, com os autores de língua alemã) e isso acaba por ser naturalizado, muitas vezes sem se perceber o caráter *sui generis* de tal prática e, igualmente, sem se refletir a respeito da necessidade e dos motivos que levam a isso.

No momento republicano analisado nesta tese, ocorreria um predomínio dos anglo-americanos, não sem resistência dos franco-portugueses em um segundo plano e, em uma dimensão menor, dos germanistas. A preferência por essas doutrinas também indicou a preferência por determinados ideais civilizacionais, encontrando um vínculo com a realidade, e não seria apenas fruto de idealismo jurídico, uma mera discussão em abstrato a respeito de qual seria a melhor doutrina. Existiam questões práticas em jogo e para elas eram buscadas soluções.

A linha dos germanistas encontra recepção na elite acadêmica brasileira no século XIX, resultado da ascensão da Alemanha depois de sua unificação, cerca de 1870, em especial naqueles identificados com a assim chamada “Escola do Recife” – muito por não defenderem uma República, mas um Império reformado nos moldes da unificação alemã que Bismarck havia feito, algo que seria mais interessante para a elite nordestina do período. Na Primeira República, o germanismo de Clóvis Beviláqua fazia um uso tópico da doutrina de língua alemã, orientada para os problemas, mesclada com outras tradições. Ele dialogava com outras culturas, outras tradições, não apenas tentava reproduzir fielmente estilos de raciocínio. Dentro do modelo liberal do período da Primeira República, é até esperado que muitas soluções jurídicas alemãs de Direito Privado (envolvendo liberdade, autonomia, liberalismo) fossem traduzidas para o Brasil e que isso fosse, *tout court*, uma tradução, não uma cópia.

A linha dos franco-portugueses predominou no Império, com suas traduções culturais para temas jurídicos relativos a centralização, parlamentarismo, justiça administrativa, Conselho de Estado e Tribunal de Cassação, bem como Poder Moderador. Isso não desaparece na República, quando entram em questão outras disputas conceituais. Dentre outros aspectos, nutria-se uma desconfiança em relação aos magistrados, vistos como próximos dos mandões locais, pessoas egoístas e sem noção de bem comum. O importante seria limitar o poder do magistrado de tal perfil, e não aumentá-lo, pois isso poderia vir a aumentar, também, o poder do mandão local, algo indesejável. Isso poderia envolver outros elementos, como, por exemplo, defender uma maior centralização do poder.

Claro, no período aqui pesquisado acabam prevalecendo os anglo-americanos. Vários atores buscaram traduzir, de formas diferentes, esse modelo, de acordo com sua imaginação e preferências pessoais, dentre outros elementos. Isso envolvia, principalmente, questões relativas a federalismo, presidencialismo, Poder Judiciário autônomo, Supremo Tribunal Federal e controle normativo da constitucionalidade. A tradução cultural de Ruy Barbosa, que foi vista mais de perto, não apenas possuía uma tradução própria para um desses elementos, como buscava atribuir um maior protagonismo aos magistrados no regime, criando aquilo que foi chamado de judiciarismo. Ademais, ao analisar fontes do período, o que mais transparece da leitura das decisões do STF é que ele tentava se espelhar mesmo na Suprema Corte dos Estados Unidos. Isso não parece excluir atores que utilizavam a mesma literatura com sinal trocado.

Essas traduções culturais não eram meras cópias, nem criações absolutamente originais. Seria equivocado apresentar as coisas em um dessas chaves. Elas correspondem a um jogo entre a realidade dos atores (seu conhecimento, desejos, expectativas etc.), um conhecimento (como a leitura de uma obra jurídica de autor estrangeiro) e sua imaginação, do qual resulta uma espécie de diálogo cultural encontrado nas fontes.

Entende-se que é por esse caminho que se vai conhecer muitas das questões que ainda pouco ou não exploradas no campo da história do direito no Brasil.

REFERÊNCIAS

A FEDERAÇÃO. *Capa*, Porto Alegre, 5 de janeiro de 1915.

ADORNO, Sergio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALVAREZ, Marcos César. A Formação da Modernidade Penal no Brasil: Bacharéis, Juristas e a Criminologia. In: FONSECA, Ricardo Marcelo;

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Orgs.). **História do direito em perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 287-304.

AMADO, Gilberto. **Minha formação no Recife**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1958.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1932.

_____. **Novos discursos e conferências**. Coligidos e revistos por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARRADAS, Joaquim da Costa. Habeas-Corpus. **O Direito**, Rio de Janeiro, a. XX, v. 58, p. 545-584, 1892.

BASTOS, Aurélio Wander. **O Ensino Jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BURKE, Peter. Cultures of Translation in Early Modern Europe. In: BURKE, Peter, HSIA, Ronnie Po-Chia (Eds.). **Cultural Translation in Early Modern Europe**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, pp. 7-38.

_____. **Cultural Hybridity**. Cambridge: Polity Press, 2009a.

_____. Translating Knowledge, Translating Cultures. In: NORTH, Michael (Hrsg.). **Kultureller Austausch**. Bilanz und Perspektiven der Frühneuezeitforschung. Köln, Weimar, Wien: Böhlau, 2009b, pp. 69-88.

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas**. O imaginário da república no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. Brasil: nações imaginadas. In: **Pontos e Bordados**. Escritos de História e Política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999, pp. 233-268.

CASTAGNA MACHADO, Gustavo. Entrevista com Michael Stolleis: os Caminhos da História do Direito. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, v. 9, p. 539-562, 2014.

_____. Na Inglaterra [...] as sentenças têm a forma de um discurso [...]. Em França, pelo contrário, a linguagem judiciária [...] reveste uma forma silogística: o debate de Barbosa e Barradas In: ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; NEUSCHWANDER, Juliana Magalhães; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Orgs.). **História do direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 179-205.

_____. Um breve estudo do pensamento jurídico-político de Alcides Cruz (1867-1916) a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal em um habeas corpus do Caso do Rio. **Alcides Cruz: perfil parlamentar**. Porto Alegre: Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 2017, p. 89-124.

CASTRO JR., *Torquato*. Influência da *pandectística* no código civil brasileiro. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 178, v. 473, p. 91-104, jan./mar. 2017.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

FREIRE, Felisbelo. Habeas Corpus. *O Direito*, Rio de Janeiro, a. XX, v. 59, pp. 5-42, 1892.

FREYRE, Gilberto. **Nós e a Europa Germânica; em torno de alguns aspectos das relações do Brasil com a cultura germânica no decorrer do século XIX**. Rio de Janeiro: Grifo Edições; Instituto Nacional do Livro, 1971.

HARKE, Jan Dirk. Pandectística e sua recepção no direito brasileiro. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 178, v. 473, p. 31-52, jan./mar. 2017.

HESPANHA, António Manuel. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

JAGUARIBE, Hélio. **A Filosofia no Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Superior de Estudos Brasileiros, 1967.

KOERNER, Andrei. **O Habeas-corporis na Prática Judicial Brasileira (1841-1920)**. São Paulo: Universidade de São Paulo. Tese de doutorado, Departamento de Ciência Política/FFLCH, São Paulo, 1998.

_____. **Habeas-Corporis, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)**. São Paulo: IBCCrim - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

LYNCH, Christian Edward Cyril. A Primeira Encruzilhada da Democracia Brasileira: os casos de Rui Barbosa e de Joaquim Nabuco. *Revista de Sociologia e Política*, v. 16, p. 113-125, 2008.

_____. O momento oligárquico: a construção institucional da República brasileira (1870-1891). *Historia Constitucional*, v. 12, p. 297-325, 2011.

_____. O Caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 27, p. 149-169, 2012.

_____. **Da Monarquia à Oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)**. São Paulo: Alameda, 2014.

MERCADANTE, Paulo. **A Consciência conservadora no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MORSE, Richard M. **O Espelho de Próspero: cultura e idéias nas Américas.** Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NEDER, Gizlene. Clóvis Beviláqua: redes de sociabilidade política, reconhecimento e ressentimento. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, a. 178, v. 473, p. 125-156, jan./mar. 2017.

NOGUEIRA, Rubem. **O advogado Rui Barbosa: momentos culminantes de sua vida profissional.** Rio de Janeiro: Olímpica, 1949.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. Ruy e os Livros. In: **Ensaio Inéditos.** Campinas: Unicamp, 1991, pp. 357-361.

_____. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Senado Federal, 1999.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** Tomo I - Defesa das Liberdades Civis (1891-1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

_____. **História do Supremo Tribunal Federal.** Volume III – Doutrina Brasileira do Habeas-Corpus (1910-1926). 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. Verfassung und Verfassungsrecht in Brasilien (1824-1988). **Rechtsgeschichte**, v. 16, pp. 97-103, 2010.

_____. A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações. In: VESTENA, Carolina Alves; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Org.). **Direito e experiências jurídicas: temas de história do direito.** v. 3. Belo Horizonte: Arraes, 2013, pp. 1-17.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo.** 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

Recebido em: 01/10/2018.

Aprovado em: 23/01/2019.