

# O DIREITO UNIVERSAL E O BRASILEIRO NO SÉCULO XIX

José Octávio de Arruda Mello\*

## 1 INTRODUÇÃO

Em face do primado das revoluções inglesa, americana e francesa dos séculos anteriores, juridicamente sistematizadas no Código Civil de Napoleão de 1804, o século XIX apresentou-se hegemônico pela burguesia.

Esta rapidamente transferiu-se do plano comercial para o industrial e financeiro, com o último significado, nas expressões de Lenine, “imperialismo, etapa superior do capitalismo”. Tal expressou a passagem do capitalismo individualista e liberal da Revolução Francesa, marcada pela Declaração dos Direitos do Homem, para os desdobramentos da Revolução Industrial, com as grandes corporações em condições de envolver o(s) Estado(s).

Estes, então, lançaram-se a furiosa corrida armamentista pela posse de colônias, da qual resultou a formação de blocos – basicamente Inglaterra, França, Itália, Rússia e Estados Unidos contra Alemanha, Áustria-Hungria e Turquia. Essa confrontação conduziria ao beco sem saída da Primeira Guerra Mundial. Deflagrado em 1914, esse conflito significou, de acordo com o raciocínio do Historiador inglês Eric Hobsbawm, o final do século XIX, datando daí o século XX, ou seja **A era dos extremos**, até a desintegração do chamado socialismo real, em fins da década de oitenta.

207

**1.1 Direitos e garantias individuais nas Constituições** – No limiar do século XIX, a burguesia da transição do mercantilismo para a indústria fazia-se ainda individualista e liberal.

Isso equivale a dizer que, jovem e senhora de si, essa classe valeu-se das baionetas de Napoleão Bonaparte – “espírito universal a cavalo”, para o filósofo alemão Hegel – a fim de desmontar as estruturas do absolutismo consorciadas com as práticas corporativistas do mercantilismo barroco.

Temos então, para Hobsbawm, **A era das Revoluções** (1789-1848), 14ª ed., 1977.

Do ponto de vista do Direito, tratava-se de assegurar a primazia dos cidadãos – cujo conjunto é o povo, detentor da soberania – mediante os Direitos Individuais, que lhe são inerentes.

---

\* Historiador de ofício, com doutorado pela USP e integrante dos IHGB, IHGP, APL e Centro Internacional Celso Furtado. Professor aposentado das UFPB e UEPPB, titular de História do Direito do UNIPÊ. Autor de **História da Paraíba** – Lutas e Resistência (13ª ed., 2013) e **Perfis Parlamentares** – Samuel Duarte (Câmara dos Deputados, 2014).

Ou seja, aqueles direitos que, ainda hoje, representam as liberdades fundamentais das modernas Constituições. No século XIX, elas proliferaram por toda parte, trazendo consigo os princípios revolucionários liberais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Tal significou que, em razão da igualdade de todos perante a lei, “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. A esta incumbia estabelecer a liberdade, segurança individual e propriedade, com base nas liberdades de pensamento e palavra, religião, crença filosófica e reunião. Direito de ir e vir. Inviolabilidade de domicílio. Sigilo de correspondência. Liberdade de trabalho e qualificação profissional. Direito de petição e independência do Poder Judiciário.

Tratava-se, claramente, de proteger o cidadão, anteposto ao Estado, contra o arbítrio do poder (real).

Para que este último não prevalecesse seguiam-se as garantias individuais destinadas a proteger o direito dos cidadãos. Tais o *habeas-corpus*, importado do Direito norte-americano para garantia do direito de locomoção. Irretroatividade da lei em matéria fiscal e penal. Inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos. Impossibilidade de prisão sem culpa formada. Anterioridade da lei para execução das sentenças, subordinadas à autoridade competente. Personalização da pena do delinquente. Abolição das penas de açoite, tortura, decapitação, marca de ferro quente e todas as chamadas penas degradantes, assim como das corporações de ofício, juízes, escrivães e mestres dessas.

Estas duas últimas proibições expressavam a quintessência do liberalismo, nos planos penal e econômico. Assim, enquanto a supressão das sanções cruéis refletia as recomendações do marquês de Beccaria (1738-1794), no livro **Dos delitos e das penas** (1964), a eliminação das corporações de ofício tinha em vista remover os obstáculos do corporativismo mercantil ao capitalismo de novo tipo que desabrochava.

Coroando esse processo, as Constituições estipulavam que os poderes constitucionais não poderiam suspender a Constituição em matéria de direitos individuais, “salvo no caso de rebelião ou invasão de inimigos”. A defesa da ordem abria-se a outra figura da lei, numa época em que esta, de feição escrita, substituía o arbítrio real e pontificava no centro do ordenamento jurídico e social. Essa figura é o Estado de Sítio. As raízes deste assentam no ditador romano.

**1.2 Do predomínio do capital à Revolução Industrial** – O arcabouço jurídico-constitucional acima esboçado significou a moldura em que se moveu a burguesia para a concretização de seus desígnios.

Estes passavam pela chamada “era do capital”, ou seja, expansão das forças produtivas da Revolução Industrial. Tal representou a aplicação de novas fontes de energia – o vapor, progressivamente substituído pela eletricidade – às também diferenciadas técnicas de produção.

Embora os estudos mais modernos a conceituem como nação comercial e financeira – esta última devido à pujança de instituições bancárias centradas na praça londrina da City, só no século seguinte ultrapassada pela norte-americana de Wall Street – foi a Inglaterra que assumiu a liderança da Revolução Industrial.

Basicamente, esta expressou o primado da máquina. Enriquecidos pelo comércio marítimo a que dominaram em escala universal, sob a proteção dos canhões da armada de Sua Majestade, os britânicos acumularam capitais, isto é, recursos financeiros, mediante cuja utilização fizeram surgir engenhos de largo significado. Tais as máquinas de fiar, a de esgotar a água das minas, conhecida como “amigo do mineiro”, e, enfim, a máquina a vapor de James Watt, o barco a vapor de Fulton e a locomotiva, surgida em 1815.

Esta última trouxe consigo a ferrovia, como verdadeiro motor da Segunda Revolução Industrial. Ante a unificação dos mercados, a produção predominou sobre a mera circulação de mercadorias.

O carvão de pedra, assim como o algodão, este fundamental como matéria prima para a indústria têxtil, passaram a dar as cartas. A seu lado despontou o ferro cuja importância cresceu com o chamado processo Bessemer, de obtenção do aço. A liderança mundial logo passou às mãos dos países que produzissem máquinas de ferro e aço, como Estados Unidos e Alemanha.

Foi nessa conjuntura que sobrevieram as invenções do século XIX, todas a serviço da burguesia capitalista – telégrafo e telégrafo sem fio, lâmpada elétrica, telefone. Paralelamente, as ciências naturais estabeleceram seu primado com as ondas elétricas de Hertz, o transformismo de Lamarck, a seleção natural de Darwin, a bacteriologia de Pasteur, a Sociologia de Taine e Buckle, a Antropologia de Durkheim, a “fosforescência cerebral” de Maudslay, a Psicologia de Wundt, a Fisiologia de Ribot, a Sexologia de Freud e Adler.

Com essas criações e, em particular, a estrada de ferro e os novos caminhos marítimos, a burguesia escreveu capítulo novo na História da Humanidade, assim resumido por seu futuro coveiro – Karl Marx!:

Durante a sua supremacia de classe apenas secular, criou meios de produção imensamente maiores e mais densos que todas as gerações anteriormente reunidas. As forças naturais subjogadas, o maquinismo, a aplicação da química à indústria e à agricultura, a navegação a vapor, a estrada de ferro, o telégrafo elétrico, continentes inteiros desbravados, rios que se tornaram navegáveis, populações inteiras nascidas do solo – que século anterior sentira tais forças produtoras adormecidas no seio do trabalho social?

**1.3 A propriedade e sua glorificação, de Ribas a Alencar** – Não esqueçamos, todavia, que no centro da sistemática do chamado mundo da *belle époque*, prevalecia a instituição que a gerenciava – a propriedade (burguesa)! O adjetivo aqui se impõe porque se trata de instituição que, liberta dos entraves feudais, apareceu consagrando o princípio romano do *jus utendi, fruendi, abutendi* (usar, gozar e dispor). Para tanto a propriedade foi mobilizada, isto é, tornada móvel e inserida no mercado para servir ao (grande) capital. Nesse contexto, “a propriedade imóvel cede a antiga primazia à propriedade móvel e se esforça por transformar-se, acompanhando a esta em sua mobilidade” – ao assim se pronunciar, um dos mais eminentes juristas brasileiros, o conselheiro Ribas, prefaciou típico estudo da literatura jurídica do século XIX.

210

O livro que merece essa qualificação é **A propriedade** (1883), do escritor José de Alencar (1829-1877). Embora mais conhecido como romancista, foi igualmente consagrado jurista, na condição de deputado pelo Ceará, jornalista e professor de Direito Mercantil, além de Ministro da Justiça do gabinete conservador do Visconde de Itaboraá, de 1868 a 70.

Nessa obra, reeditada pela coleção **História do Direito Brasileiro** do Senado da República, o novelista de **Iracema** abre caminho para o chamado Direito Civil Constitucional, ao considerar que:

As instituições civis representam o que o homem tem de mais seu no mundo externo e mais adere à sua personalidade. Representam as tradições da família, o lar paterno, todas essas relíquias da vida privada – sacra, as quais formam uma religião doméstica e que vão continuando no futuro os elos moraes das gerações.

Nessa perspectiva, herdada do velho patriarcalismo romano, congênito a violência dentro da qual se constitui, a propriedade “plena, absoluta e despótica, não restrita e limitada com o patrimônio [...] conserva um caráter de solenidade que lembra ainda a conquista, a captura, embora envolta em fórmulas civis”.

Ao reunir-se à cidade de Quirium, Roma gerou a propriedade quiritária, isto é, de aquisição solene e também “nobre e privilegiada”. Com isso formava-se

[...] poderosa aristocracia territorial que perdura há tantos séculos, ora confundida com o título de feudalismo; ora restrita às relações civis sob o título de regime hipotecário. Da soberania proprietária do governo feudal só há resquício que se vão diariamente apagando. O privilégio proprietário, porém, esse ostenta hoje toda sua força.

A propriedade tornou-se, então, o princípio dominante da gestação da lei civil e mais:

[...] o egoísmo romano parecer ter-se petrificado na organização da sociedade civil, e tal é com efeito a rijeza granítica dessa instituição que a razão universal, abrindo-a durante vinte séculos, não conseguiu ainda arrazá-la. [...] Por isso em todos os códigos civis, o homem parece figurar exclusivamente como um proprietário; é em virtude desse título que a lei o julga digno de proteção e garantias.

Fortalecida por colocações do tipo, a propriedade – aqui associada à terra – tornou-se a pedra angular do Direito no século XIX. Protegida por dispositivos civis e constitucionais, ainda hoje não perdeu a força. É dela que a sociedade burguesa retira a própria natureza. No Brasil de nossos dias, a Constituição de 1988 estabelece, no inciso XXII do Capítulo I do Título II, que – é garantido o direito de propriedade.

211

Embora temperado pelo inciso XXIII – “a propriedade atenderá a sua função social” – é aquela a realidade sociojurídica que prevalece. Por conta dela, o Brasil é considerado uma nação burguesa. Tanto é assim que, na Constituinte de 1986, quando a esquerda se organizou para restringi-la, despontou o agrupamento centro-direitista “Centrão” que inviabilizou essas mudanças.

**1.4 A propriedade no banco dos réus – o marxismo** – Não por acaso, a contestação dos que, ainda no século XIX, não aceitavam a feição burguesa da sociedade incidiu sobre o Direito de Propriedade.

Desde os profetas da antiguidade, passando pelos heresiarcas do protestantismo, até os platonistas dos séculos XVI e XVII, a propriedade vinha sendo discutida e recusada.

Tratava-se, porém, de posicionamento idealista, situado mais na cabeça dos pensadores, isto apesar de movimentos de massa de religiosidade comunista, como o dos anabatistas de Thomas Munzer. Com a Revolução Francesa, essa tendência ressurgiu, mediante a Conspiração dos Iguais de Graco Babeuf, esmagada pela burguesia e o bonapartismo.

No transcurso do século XIX, a recusa à propriedade adquiriu novas possibilidades. Isso porque a Revolução Industrial, acompanhada por gigantescos movimentos migratórios do campo para a cidade, criou nova camada social – a dos trabalhadores na indústria, ditos proletários – logo sugestionados pela ideia de erradicar a exploração de que eram vítimas.

Essa a razão por que aos chamados socialistas utópicos – Saint-Simon, Fourier, Owen (1760-1858) –, que pleiteavam reformas éticas, inspiradas na pacífica remodelação de algumas distorções do sistema produtivo, sucedeu o chamado socialismo científico, baseado na violência e destinado a, pela revolução social, subverter a sociedade burguesa, ancorada na propriedade privada.

Trata-se do marxismo, como mais importante filosofia revolucionária da humanidade e que, na sequência do processo histórico, ultrapassaria os reformadores de todos os matizes, inclusive os anarquistas. Estes, à maneira das contrautopias, pretendiam restaurar os instrumentos de trabalho individuais, ultrapassados pela concentração industrial da maquinofatura. E a imediata supressão de todas as formas de poder organizado, a começar pelo Estado. Daí a feição medularmente anticlerical e antimilitarista dos chamados ácratas.

212

**1.5 Teoria e prática do marxismo – a questão do Direito** – Em três pilares assentou o marxismo – filosofia alemã de Hegel, economia política do inglês Ricardo e intensa fermentação social dos movimentos populares franceses.

De Hegel, por intermédio de um livro chamado **A ideologia alemã**, Marx sacou a noção de dialética, que vinha do filósofo grego Heráclito (540-480 a.C.), para quem “a contradição é a mãe de todas as coisas”. Enquanto, porém, Hegel situou-a no plano das ideias, datando daí o absoluto encarnado no Estado prussiano, Marx, recorrendo ao filósofo materialista helênico Democrático (460-370 a.C.), sobre quem versou sua tese de doutoramento, transferiu a contradição para o plano material das relações de produção.

Estas são as formas adquiridas pelas instituições articuladas com a propriedade, ao longo da História – daí materialismo, além de dialético, histórico – a saber, propriedades comunal, escravista, feudal e burguesa. O que as determinou não foi o que mas como os homens produziram – com base na propriedade comum, primitivamente, através do escravismo nas sociedades clássicas, da propriedade feudal na Idade Média, e da apropriação privada dos meios de produção na sociedade burguesa.

A cada uma dessas formas de organização – necessariamente social, porque é em sociedade que os homens produzem – corresponderam duas classes visceralmente antagônicas

– homens livres e escravos na sociedade primitiva, patrícios e plebeus em Roma, barões e servos da gleba, assim como patrões e companheiros no medievo, burgueses e proletários na sociedade moderna.

O choque entre elas, intitulado luta de classes, constitui o dínamo da História, por permitir o avanço desta. Segundo os marxistas, dotados do chamado finalismo histórico, o proletariado deixaria de constituir classe em si para converter-se em classe para si, em condições de libertar toda a sociedade, ao voltar-se contra a burguesia.

Assim, ao rebelar-se, para eliminar a exploração de que era objeto, através da mais valia, no fundo trabalho não pago, o proletariado levaria pelos ares o principal responsável por essa exploração – o Estado burguês, “Comitê Executivo da burguesia” e considerado a mais perfeita arma de dominação de classe. Ao eliminá-lo, a classe operária também suprimiria todas as instituições consigo entrosadas, isto é, propriedade, moral, arte, família, escola, religião e Direito, todos burgueses.

No futuro, o filósofo estruturalista e também marxista francês Louis Althusser denominaria essas entidades “aparelhos ideológicos do Estado”. Temos, então, os aparelhos ideológicos religioso, escolar, familiar, jurídico, político, sindical, da informação e cultural. Para Althusser, “O Direito pertence simultaneamente ao aparelho (repressivo) do Estado e ao sistema dos Aparelhos Ideológicos do Estado”. O aparelho repressivo do Estado funciona pela violência e compreende “o Governo, a Administração, o Exército, a Polícia, os Tribunais, as Prisões, etc.”. O ideológico, não menos eficaz, manifesta-se pela introjeção de valores.

No curso do processo histórico-dialético, a essas instituições caberia o mesmo destino da máquina estatal. Ou seja, para proporcionar o advento da sociedade comunista em que os homens já não mais dominariam os outros homens mas as coisas, elas seriam colocadas no baú das velharias, ao lado da roca de fiar, da pedra de amolar e do machado de bronze...

De acordo com essa concepção, o Direito, guardião da propriedade e regulador do Estado, teria o mesmo destino deste. Seria inicialmente substituído pela ditadura do proletariado que se valeria, por intermédio da violência revolucionária, e para concretizar os seus fins, de todos os meios – Maquiavel? – indispensável à supressão das organizações opressoras.

Em termos marxistas, essa etapa de ditadura do proletariado é a do socialismo (revolucionário) subordinada ao lema – “a cada um de acordo com seu trabalho”. Ela também visaria a destruir a burguesia e toda respectiva aparelhagem – o Direito, inclusive – para que

se estabelecesse a sociedade sem classes do comunismo. Como, nesta, a dominação de uma classe por outra cessaria, graças à eliminação da propriedade privada, tornada comunista, segue-se que o Direito, tal como o entendemos, alicerçado na coação, também desapareceria.

Em seu lugar afloraria pacífica relação dos homens com os outros homens mediante domínio sobre as coisas a que o Direito adere, por espontaneidade. Direito aderente às coisas – essa a concepção do Direito Soviético, formalizada por alguns expoentes como os juristas Putschka e Paskuhanins. Esse Direito visa a assegurar transição para a sociedade comunista em que prevalecerá o lema: “de cada um de acordo com suas possibilidades, a cada um de acordo com suas necessidades”.

Resumindo: para o marxismo, o Direito constitui elemento de superestrutura, como epifenômeno das forças produtivas postadas na base da sociedade. Trata-se, pois, de uma relação de produção, mutável e ao sabor do avanço das respectivas técnicas de elaboração das mercadorias. Foi assim que o primitivo Direito comunal sucedeu o Direito religioso de escravistas e senhores feudais, até o Direito laico da burguesia, emancipado da religião.

Esse Direito – o de nossos dias – seria erradicado pelo proletariado que, como classe revolucionária, eliminaria o normativismo burguês, substituído pelo Direito aderente às coisas da propriedade comum da sociedade sem classes, desembaraçada da força coatora do Estado.

**1.6 O paradoxo do Direito revolucionário** – Embora não se houvesse concretizado nos termos da teoria, o marxismo também serviu para colocar em foco outro tipo de regulação social – O Direito revolucionário.

A expressão encerra verdadeiro paradoxo. Pois se o *Jus* existe para legitimar estrutura de produção ou cultural, como se denominar de Direito mecanismo destinado a destruí-la?

A questão não foi preliminarmente levantada pelos marxistas mas pelos jacobinos – e não é à toa que os bolcheviques de Lenine são considerados sucessores desses últimos.

Formulou-a Robespierre (1758-1794) para quem a propriedade deveria dispor de função social – concepção que a burguesia triunfante de 1789 não estava disposta a aceitar. Datou daí o envio de seu formulador ao cadafalso.

De acordo com o Incorrupível, “a revolução é a guerra da liberdade contra seus inimigos” daí por que

O governo constitucional ocupa-se principalmente da liberdade civil, e o governo revolucionário da liberdade pública. Sob o regime constitucional é quase que apenas necessário proteger os indivíduos contra o abuso do poder público. Sob o regime



revolucionário, o próprio poder público é obrigado a defender-se contra todas as facções que o atacam. O governo revolucionário deve aos bons cidadãos toda a proteção nacional, aos inimigos do povo ele deve apenas a morte.

Conforme ainda Robespierre:

A nau constitucional não foi construída para ficar longo tempo nos estaleiros. Isto, porém, não quer dizer que ela deva ser lançada ao mar no furor da tempestade e à mercê de ventos tormentosos. Os tiranos e os escravos que se opuseram à sua construção não desejariam, na verdade, outra coisa. Mas o povo francês decidiu esperar a hora da bonança. Seus votos unânimes, abafando os clamores da aristocracia e do feudalismo determinaram esperar só embarcar o país na Constituição depois de se livrar de todos os seus inimigos. [...] Quanto mais terrível for com os maus, tanto melhor há de ser para os bons.

Colocações desse jaez evidenciam que o chamado Direito Revolucionário não constituía senão instrumento destinado a defender a Revolução Francesa do cerco das potências absolutistas. Nesse sentido, tornava-se menos um Direito que expediente – o da Revolução Permanente arguida dentro da Revolução Soviética pelo líder bolchevique Leon Trotski (1879-1940), antes de sua contenção pelo termidorianismo de Joseph Stalin (1878-1953) vitorioso mediante adoção da tese de “Socialismo num só país”.

Nessa perspectiva, o que ganhou espaço na Teoria do Direito não foi o Direito de Revolução, mas o Direito Político de Resistência, por meio do qual, sem impugnar a ordem jurídica vigente, a sociedade civil se dispõe a questionar e até rejeitar os abusos da estrutura normativa.

215

Temos então a desobediência civil consagrada em nossos dias. Embora inicialmente formulada no século XIX foi no século XX que ocorreu seu amadurecimento.

**1.7 O romanismo jurídico de Savigny a Von Ihering** – Apesar do impacto do marxismo, o mais importante movimento jurídico do século XIX não residiu na chamada filosofia da práxis, mas no romanismo alemão.

Também apoiada na História, essa corrente pretendeu ressurgir o Direito Romano e formular o historicismo jurídico por meio do qual o Direito deve ser encarado como resultado das condições específicas de cada povo, sua consciência popular, isto é, o *voelksgeist*. Nesse particular, opunha-se ao racionalismo iluminista que, de alcance universalizante, ancorava o Direito na razão, dentro da melhor tradição kantiana.

Isso não significa que o racionalismo, algo vinculado ao artifício da vontade geral de Rousseau, não haja produzido bons frutos, no campo do Direito. O grande livro de Foustel de Coulanges – **A cidade antiga** (1864) – nele largamente apoiou-se.

Ocorre que, na segunda metade do século XIX, o racionalismo encontrava-se esgotado. Foi então que emergiu o historicismo, deslocado do campo da História propriamente dita, com Niebuhr, Ranke, Troeltsch e Meineck, para o do Direito.

Nas expressões do historiador José Honório Rodrigues, amplificando o filósofo Wilhelm Dilthey (1833-1911), o cenário dessa dinâmica cultural só poderia ser a Alemanha. Nela se conservavam, a partir da Reforma Protestante, as forças do passado europeu, cultura grega, jurisprudência romana e cristianismo primitivo.

Foi lançando mão desse instrumental e colocações do italiano Gianbatista Vico e do francês Montesquieu – o primeiro com a noção de processo e o segundo com a influência do clima e do meio sobre as civilizações – que emergiu o precursor do historicismo jurídico.

Trata-se do jurisconsulto germânico Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861), para quem:

[...] nenhuma época produz o mundo por si mesma ou por obra da própria vontade senão que o faz em comunhão indissolúvel com o passado inteiro. Cada idade reconhece já existir algo, que é a um tempo necessário e livre, necessário na medida em que independe do arbítrio do presente, e livre enquanto não resulta de uma vontade estranha e especial, senão que deriva da natureza mais alta do povo, como totalidade em permanente evolução e desenvolvimento.

216

Autor, com apenas vinte e quatro anos, de célebre monografia sobre direito de posse, Savigny estabeleceu “a orgânica conexão do Direito, através dos tempos, com a essência e o caráter do povo, comparando-o ao idioma, por viver este também na consciência popular”. Nesse sentido, “o Direito, nascendo e crescendo com o povo, morre quando este perde sua individualidade. Em outras palavras, o Direito que o povo cria pela ação de ‘forças internas e silenciosas’ não pode jamais resultar do arbítrio do legislador”.

Mesmo considerando o historicismo jurídico capaz, apenas, de abalar o velho Direito Natural, “ao invés de esboçar um quadro de ideias claras e definidas”, o constitucionalista Paulo Bonavides não ocultou a importância dessa vertente.

A ela incorporou-se ninguém menos que o jurista e historiador Theodor Mommsen, “uma das maravilhas da erudição ocidental e o próprio gênero histórico”, consoante José Honório Rodrigues. Para este autor:

A **História de Roma** (3 vols., 1854-1856), o *Corpus inscriptionum latinarum* (15 vols. como organizador geral), e o **Direito Público Romano** (1871-1875) tornaram famoso Mommsen. Ao contrário de Ranke, ele não conhecia a quietude contemplativa; procurava captar os acontecimentos, revivendo-os, pensando neles, submergindo neles. Senhor de vários campos de estudos, numismática, epigrafia, arqueologia,

história, direito e filosofia romana, Mommsen conquistou fama não só como mestre da narração, mas como intérprete das instituições e editor de inscrições e textos. Durante sessenta anos, publicou milhares de páginas, que se distinguem pela originalidade da contribuição, na qual não se nota, segundo observou Gooch, nem falta de maturidade nas primeiras, nem decadência nas últimas. Mommsen reafirmou a superioridade do gênio e da erudição histórica germânicas.

Por outro lado, singularizado por famoso livro de Charles Darwin – **A evolução das espécies** – consorciado com a seleção natural desta e a luta pela vida (*struggle for life*), o século XIX colocou a ideia de luta no centro de importantes e discutidas formulações. Foi assim que despontaram a luta de classes de Marx, a luta pela cultura (*Kulturkampf*) de Bismarck, a luta pelo espaço vital (*lesberaum*) da geopolítica pangermanista. Com Freud e Adler, o conflito instalou-se no domínio das relações sexuais do casamento, mediante os complexos de origem psicológica.

A transposição desse conceito para o terreno jurídico sobreveio com o alemão Rudolf Von Ihering, por intermédio de livro bastante divulgado – **A luta pelo Direito**.

Trata-se de conferência para a qual, constituindo o Direito uma luta, deve lutar quem desejar merecê-lo, ou seja, “No momento em que o direito renuncia à luta, ele renuncia a si mesmo”. Em outra tirada de efeito, Ihering proclamou que “a força sem o Direito é a força bruta, mas o Direito sem a força é a impotência do Direito”.

Temos assim pelo menos duas conferências que marcaram época na História do Direito. Uma é essa de Ihering. A outra é a que o jurista baiano João Mangabeira proferiu, de improviso, durante duas horas e meia, sobre Ruy Barbosa, na Casa desse nome. A pedido da viúva da Águia de Haia, foi reescrita, disso resultando o transcendental **Ruy, o estadista da República** (ed. ilustrada do Senado Federal, 1999).

O principal livro de Von Ihering não é o acima citado, mas o inigualável **O espírito do Direito Romano**. Denso e de compreensão nem sempre fácil, explicita compreensão histórica e psicossocial do Direito Romano, antecipando-se à chamada **História das mentalidades**. Quem desejar se aprofundar no objeto do livro não pode deixar de consultá-lo.

Segundo Ihering, Roma marcou por três vezes o destino da humanidade. Na primeira vez, na antiguidade, pela organização de seu Estado. Na segunda, com a Igreja Romana, na Idade Média. E a terceira, permanentemente, por intermédio do Direito Romano.

**1.8 O romanismo jurídico no Brasil – A Escola do Recife** – O prestígio do historicismo germânico e a unificação da Alemanha, com sua indústria pesada e a vitória obtida sobre a

França, em 1871, quando da constituição do Império alemão, repercutiram no Brasil. Neste, setores intelectuais pretenderam substituir a influência francesa pela daquele país.

Foi o caso do movimento cultural – e não apenas jurídico – conhecido como Escola do Recife, albergado numa das Faculdades de Direito do Brasil da época, existente na capital pernambucana. A outra se localizava no Largo de São Francisco, como ainda hoje, em São Paulo.

Na unidade universitária transferida de Olinda para casarão da rua do Hospício, a figura central do período compreendido entre 1863 e 1868, foi o mulato sergipano Tobias Barreto (1830-1889). Polemista audaz e vigoroso que chegou a editar, na cidade de Escada, onde residiu, jornal em língua alemã!... – Barreto proferiu apreciada conferência “Discurso em mangas de camisa” que o situou entre os pensadores da nacionalidade. Paralelamente, produziu ciclópica obra, reeditada pelo MEC/INL e governo do Estado de Sergipe, graças aos esforços do publicista Luiz Antônio Barreto.

Nessas realizações, em dez volumes e abrangendo Direito, Crítica de Religião, Literatura e Arte, Sociologia, Política, Crítica Social, Filosofia e Poesia, interessam-nos, em especial, as **Monografias em Alemão, Estudos Alemães** e os três volumes de **Estudos de Direito I, II e III**.

O estilo tobiático, ao mesmo tempo polimórfico e demolidor, ofereceu o tom da Escola do Recife que flutuou

[...] do monismo haeckeliano e neo-kantismo de Tobias para o criticismo evolucionista de Sílvio Romero, do privatismo bizarro de Clóvis Bevilacqua para o socialismo de Higinio Cunha, e do culturalismo de Arthur Orlando para o feminismo de Tito Lívio de Castro, passando ainda pelas variantes de Martins Júnior, Fausto Cardoso, até, talvez, o historicismo de Capistrano.

O republicano Martins Júnior tornou-se pioneiro no ensino da História do Direito, no Brasil. Em outro plano, a escola, jocosamente denominada de teuto-sergipana, tornou-se inovadora. A ecologia, que gerou o Direito Ambiental, viu-se contemplada por Arthur Orlando, e, em Sílvio Romero, a crítica literária brasileira ganhou feição antropológica, a partir dos mitos indígenas e raízes afro-negras em que se apoiou.

Analisada por historiadores de ideias do porte de Antônio Paim, Nelson Saldanha e A. L. Machado Neto, a Escola do Recife introduziu, no Brasil, o cientificismo da época, vanguardado pela Alemanha. Tais os positivismo, monismo, evolucionismo, darwinismo (social), experimentalismo, materialismo, criticismo, mecanicismo, naturalismo, todos

captados no exterior para inserção em meio ainda impregnado das superstições do clericalismo ultramontano.

No que tange ao Direito, foi o cientista político e sociólogo Vamireh Chacon quem mais ressaltou sua importância. De acordo com o autor de **Da Escola do Recife ao Código Civil** (1969), a ER tornou-se, via Clóvis Babilacqua (1859-1944), que pertencia a seus quadros e produziu, em dois volumes, original **História da Faculdade de Direito do Recife** (1927), a matriz do Código Civil brasileiro de 1916.

Este, como projeção do Código Civil Alemão de 1896, consagrava o *jus fruendi, utendi e abutendi*, um pátrio poder excessivo, que praticamente anulava a capacidade jurídica da mulher, reduzida aos três “K” de Igreja, cozinha e criança; a prioridade do domínio sobre a benfeitoria e, enfim, a prevalência dos bens sobre as pessoas físicas. Nesse sentido, refletindo o consórcio germanizante da Escola do Recife – juridicamente renovadora, mas socialmente conservadora – o Código Civil bevilacqueano foi elaborado na suposição de que a sociedade a que se destinava era toda constituída de proprietários.

**1.9 Nos domínios do positivismo – A Escola Antropológica do direito – O século XIX,** sobre cujas manifestações jurídicas estamos dissertando, viu-se influenciado pelo cientificismo da Revolução Industrial.

219

Um de seus suportes residiu em famoso livro de Charles Darwin (1809-1882) – **A origem das espécies** (1859) – responsável pela transposição da evolução animal para a sociedade humana. Despontou então o evolucionismo como filosofia dominante em século presidido pelas ideias do filósofo inglês Herbert Spencer, autor de **O indivíduo e o Estado** como espécie de bíblia do liberalismo evolucionista.

Da combinação do otimismo evolucionista com o cientificismo da Revolução Industrial e o desejo da burguesia em travar a Revolução Social, corporificada no marxismo – de, também, feição evolucionista e industrializante – adveio a corrente filosófica que pretendeu hegemonizar o conhecimento no século XIX.

Conhecido como “religião da humanidade”, o positivismo do francês Augusto Comte (1798-1857) era evolucionista porque considerava a humanidade filiada a três etapas, sucessivamente atravessadas – a teológica, a metafísica e a científica. Essa corrente também se fazia cientificista porque tencionando expressar, cientificamente, as concepções da humanidade, e conservadora, porque entronizadora da ordem.

Seu lema – “o amor como princípio, a ordem como base e o progresso como fim” – chega a integrar a bandeira do Brasil – “Ordem e Progresso” – por constituir a República desse país movimento político impulsionado por jovens oficiais da Escola Militar, adeptos do positivismo como o brasileiro Benjamim Constant (1836-1891).

Do ponto de vista jurídico, foi no campo do Direito Penal que essa doutrina alcançou maior ressonância, o que impõe rápida digressão.

Animado, como vimos, pelas ideias de Kant, o iluminismo, que pretendia iluminar a razão, para “espancar as trevas da humanidade”, chegou rápido ao Direito Penal. Neste, sua intenção consistia em humanizar as penas, eliminando aquelas que, remanescentes da Idade Média, se apresentavam com feição de barbárie porque equivalendo a verdadeiros suplícios – açoites, roda, polé, decapitação, etc.

O livro que corporificou essas pretensões – **Dos delitos e das penas** (1764) do marquês italiano Cesare de Beccaria – abriu caminho para a Escola Clássica da Criminologia, com entre outros, Proal, Carrara e Rossi.

Segundo esses criminalistas, o crime representava afastamento das normas da sociedade, pelo livre arbítrio do criminoso, sobre o qual deveria incidir a pena como justo castigo, isto é, reparação do dano causado à vítima. De acordo com esse entendimento, a sanção penal, necessariamente humanizada – a ideia de colônias penais agrícolas, prisões arejadas, e até sem grades, substituindo as infectas enxovias medievais, provém daí – agiria como exemplo, levando a sociedade a, repudiando-o, não se afastar do cumprimento da lei.

**1.10 Escola Antropológica, criminoso nato e medida de segurança** – O advento do positivismo jurídico da chamada Escola Antropológica do Direito Penal sobreveio com livro do italiano Cesare de Lombroso (1835-1909) – **O homem delinquente** (1871-76). Fixando-se no homem ao invés da justiça, Lombroso, examinando, cientificamente, o perfil antropológico de apenados da época, fixou-se na tese do criminoso nato. Este, inadaptado ao convívio social, trata-se de ser que, “pelos suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constitui uma classe especial, uma variedade da espécie humana”.

Configura-se, então, o chamado tipo lombrosiano, caracterizado por estigmas fisiológicos e patológicos, além de insensibilidade – a analgesia do bruto – que o levava a tatuar-se, até ... no meato urinário do pênis... Proveniente do selvagem, a tatuagem é considerada uma das manifestações do criminoso nato. Outrossim, recorrendo à frenologia (estudo do crânio) de Gall e fisiognomonia (apreciação de todo o rosto) de Lavater, Lombroso

compôs verdadeiro monstro antropológico, no caso homicida dotado de “fronte fugidia, mandíbulas enormes, olhar frio, palidez térrea e lábios finos”.

Não há como se falar em recuperação – uma das finalidades da pena para os clássicos – em indivíduos dotados dessas características. Por essa razão, para os seguidores dessa escola, a pena trata-se de mecanismo de defesa social equivalente àquela com que, na aurora da humanidade, quando a pena ainda não estava individualizada, o grupo social se defendera, mediante a guerra, o banimento da família, do agente perturbador, a eliminação do clã deste.

Para os seguidores das ideias de Lombroso, a sociedade assemelha-se a organismo, onde a febre representa, pela elevação da temperatura, a mesma defesa que, pela pena, o corpo social protege-se do criminoso. Nesse sentido, não há como se falar em pena, mas em medida de segurança, corretivo, aliás, rapidamente incorporado aos mais diversos códigos penais.

Apesar dos exageros, a doutrina do criminoso nato propagou-se, graças, sobretudo, a dois discípulos de Lombroso, os italianos Ferri e Garofalo. Aquele chamou atenção para as causas sociais na etiologia do delito, mas, no essencial, não se afastou das teses do chefe da escola. No conjunto, Lombroso, Ferri e Garofalo constituem a santíssima trindade da Escola Antropológica do Direito Penal.

Acusada de racista e até de nazista, em razão da eugenia – aprimoramento racial da espécie humana pela seleção dos mais aptos – para que teria aberto caminho, essa corrente prestou-se a charlatanismos e práticas ignóbeis. Entre essas, decepar-se a cabeça de místicos e cangaceiros, para estudo das circunvoluções do cérebro. No Brasil, Antônio Conselheiro e Lampião tiveram esse destino. Mesmo assim, espíritos superiormente qualificados como o penalista brasileiro Roberto Lyra não lhe pouparam aplausos.

Foi, pois, no exterior, que a Escola Antropológica de Direito Penal se viu alvo das críticas mais veementes. Elas provieram da chamada terceira escola ou escola crítica – Carnevale, Colajani, Gabriel Tarde, Adolfo Prins, Liszt – para a qual, na etiologia do delito, cumpre considerar mais as circunstâncias, e, inclusive, a influência do meio sobre o criminoso, que a deformada personalidade deste. Por isso, os denominados ecléticos consideravam que “na luta contra o crime os meios de prevenção são muito mais eficazes do que as medidas repressivas”.

Ainda assim, a Escola Antropológica de Direito Penal representou importante momento na História da Cultura e do Direito. Seu rígido determinismo, produto do

cientificismo de uma época, não lhe impediu apontar novos rumos para o Jus. Este, doravante, seria considerado como ciência e objeto, até, de práticas de laboratório.

### **Bibliografia pela ordem das referências**

- HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- HOBSBAWM, Eric. J. **A era dos impérios (1875-1914)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- \_\_\_\_\_. **A era dos extremos: o breve século XX**. S. Paulo: Cia. das Letras, 1995.
- LUDWIG, Emil. **Napoleão**. 2. ed., 2. impressão. Porto Alegre: Globo, 1969.
- HOBSBAWM, Eric. J. **A era das revoluções (1789-1848)**. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- BECCARIA, B. **Dos delitos e das penas**. 16. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- HOBSBAWM, J. **A era do capital (1848-1875)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.
- BIRNIE, Arthur. **História econômica da Europa**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- SODRÉ, Nelson Werneck. **O naturalismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.
- MARX & ENGELS. **Manifesto do Partido Comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2006.
- REALE, Miguel. O Direito e as Instituições Políticas Brasileiras. **Tempo e Cultura**. J. Pessoa: DGC/SEC, 1978.
- ALENCAR, José de. **A propriedade**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004. (Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Civil).
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Brasília. Senado Federal, 2000.
- MOLON, Alessandro Lucciola. **Graco Babeuf: o pioneiro do socialismo moderno**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2002.
- NOMAD, Max. **Heréticos da política**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- ENGELS, Friedrich. **Do socialismo utópico ao socialismo científico**. Rio de Janeiro: Editorial Vitória, 1962.
- HARNEKER, Marta. **Os conceitos elementares do materialismo histórico**. 2. ed., rev. São Paulo: Global, 1983.
- ROSENTAL, M. e YUDIN, P. **Pequeno Dicionário Filosófico**. São Paulo: Livraria Exposição do Livro, s/d.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. 3. ed. Lisboa: Proença, 1980.
- GRANDES personagens da História Universal, 48. **Robespierre**. São Paulo: Editora Abril, 1971.
- DRACHKOUVITCH, Milorad M. (selecionador). **O marxismo no mundo moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- RODRIGUES, José Honório. **Teoria da História do Brasil: introdução metodológica**. 4. ed. S. Paulo: Editora Nacional/INL. Brasília: 1978.



BONAVIDES, Paulo. História e Direito: o problema da história e romanismo em Savigny. **Brasil, Tempo e Cultura III** (História, Ciências Sociais e Realidade Brasileira). J. Pessoa: DGC/SEC, 1980.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

\_\_\_\_\_. **O espírito do Direito Romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Prefácio de Clóvis Bevilacqua, 2 vols. Rio de Janeiro: Alba Editora, 1948.

LIMA, Hermes. **Tobias Barreto: a época e o homem**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1957.

MELLO, José Octávio de Arruda. **Do Império à República: considerações sobre a Escola do Recife e a Questão Religiosa**. J. Pessoa: Iterplan, 1972.

ROMERO, Sílvio. **História da Literatura Brasileira**. 4. ed., 5. vol. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1953.

SALDANHA, Nelson. **A Escola do Recife**. 2. ed., revista e aumentada. Brasília: INL – Pró Memórias, 1985.

CHACON, Vamireh. **Da Escola do Recife ao Código Civil**. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969.

SODRÉ, Moniz. **As três escolas penais: estudo comparativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.

LYRA, Roberto. **O amor e a responsabilidade criminal**. S. Paulo: Livraria Acadêmica, 1932.