

A INFLUÊNCIA DE TOBIAS BARRETO NA CON-
CEITUAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO DE
CLOVIS BEVILAQUA

Djacir Menezes
Prof. da Universidade do Brasil

REPUBLICA DE COLOMBIA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN
BOGOTÁ, D. C.
1964

Até 1854, durante dois decênios e meio, a Faculdade de Direito, acolhida na paisagem suave de Olinda, sob a pacatez provinciana do mosteiro de S. Bento, continuava, dentro da sociedade agrária e patriarcal do nordeste, a tradição transplantada do mundo estudantal coimbrão.

Mas é por volta de 1880, já instalada no pardieiro da rua do Hospício, que se torna o centro de repercussão dos largos movimentos espirituais que sulcam a Europa sacudida pelas inquietações econômicas.

A indústria nascente vai começando a intensificar a vida nas cidade, onde o comércio se desenvolve, criando novas condições de mercado.

"Não foi a capital do império, para onde parece que a nossa organização política solicita as forças vivas da nação, não foi no círculo brilhante, onde mais larga se ostentou a expansão dos delírios românticos, onde mais altamente impôz-se a parolagem esteril e ruidosa, que ecoou o primeiro grito de alarma; mas bem longe daí, no centro provinciano, onde mais cedo acordou o sentimento de pátria, onde mais cedo desenvolveu-se a alma da nação a formar-se, — em Pernambuco".

E o clarinador do evangeliário de invocação — di-lo ainda Clovis — foi Tobias Barreto.

A sua inteligência, manifestando uma surpreendente capacidade assimiladora, exaltava as gerações que afluíam aos cursos jurídicos.

A palavra fácil, agitada, colorida, exprimindo um pensamento de arrojo e originalidade, ia semeando, com emoção e sinceridade, idéias novas que se imprimiam, indeléveis no espirito — e permaneciam. O que ainda mais prendia a imaginação era a rebeldia acesa dentro do casarão da rotina jurídica, onde se ensinava teologicamente o direito. Ali reinavam Melo Freire e Merlin, conforme diz Nabuco, com lentes solenes nas cabulosas sobrecasacas pretas, como Zacarias, Autran, Paula Batista, os sacerdotes graves do direito natural de Ahrens e Belline, todo um ensino que rescendia a teologia, — quando desce de Escada, em 1882, o caboclo de gênio inquieto. Êle vem fulgurando, esfarelar os grandes bonzos do tempo. Em face da rotina das doutrinas caducas, que o servilismo espiritual alimenta, êle sacóde o pé e a veneração com as bandeiras do evolucionismo filosófico e das grandes questões do seu tempo. A rotina, estonteada, abriu os olhos de coruja na madrugada que êle anunciava.

Esses anos de tumultuosa fecundidade têm na sua figura a expressão característica. Nenhum estudante de valor pode escapar á fascinação espiritual do sergipano. O critico Araripe Junior pinta o mestiço vibrante como poeta e *causeur* faiscante, tal como avistara uma vez no saguão do teatro Santa Isabel discutindo Darwin e Haekel, arte, filosofia e direito:

“O sergipano lançava as primeiras tarrafadas na pesca dos prosélitos” . . .

Eis que vem falar Clovis Bevilaqua:

“O que, porém mais feria a vista de quem o contemplava na cathedra escolar, e, principalmente, na tribuna popular, eram a mobilidade extrema da fisionomia, o modo estranho porque lhe giravam os olhos nas órbitas, e as

várias contorsões em que se lhe contraíam os músculos faciais enquanto ora".

E confirmava: "a impressão que me causou Tobias, quando pela primeira vez o observei na tribuna, foi profunda, alguma coisa como estranheza de mistura com admiração".

Por essa época Clovis não se projetara ainda no cenário cultural do país. Mentalidade em formação, recebia uma influência imperecível, que lhe imunizaria para sempre das cegueiras do sectarismo em todas as suas formas tradicionais, permitindo-lhe para sempre aquele grande arejamento e liberdade mental, de exame sereno e equilíbrio amorável, que seriam a **qualité maitresse** de sua inteligência.

No ano em que Clovis se diplomava em direito (1882). Tobias conquistava, num concurso retumbante, a cadeira de lente substituto na Faculdade de Recife.

A ação cultural desenvolvida por Tobias e Silvio Ramero na mocidade estudiosa se reflete mais forte no escrito de Clovis, em 1882, — **Esboço sintético do movimento romântico brasileiro**, como notara Araripe Junior prefaciando, em longo estudo datado de 1898, o livro **Esboços e Fragmentos**. Nessa obra feita de trabalhos esparsos, o lente de legislação comparada, observando a repercussão do pensamento filosófico sobre a mentalidade brasileira, aponta o "littreísmo como uma transação entre o comtismo e a ciência independente", servindo para "despir os espíritos da frandulagem metafísica no que êle tinha de imprestável" (a).

Entretanto, solidário com a nova orientação filosófica, não se extremava. Araripe Junior diz que Clovis descera da filosofia das "regiões dos trovões e tempestades para vergeis amenos da temperança e do amor". Isso é simplesmente frívolo, mesmo rabiscado por Araripe Junior. Mas exprime uma parte da verdade.

À INFLUÊNCIA DE R. VON IHERING

É por isso que nos diz, ao traçar o retrato de Tobias Barreto, no livro **Juristas Filósofos**, que o concurso do sergipano para o magistério superior de Recife ecoara "nos espíritos e nos corações com o estrépito grandioso de um desabamento de ruínas e o arruído alviçareiro de uma enchente que fertiliza os campos".

A análise que Tobias fez da definição de Jhering pelo seu conteúdo objetivo de verdade, alheio ao teorismo das escolas, impressiona fundamente o pensamento filosófico-jurídico de Clovis. A definição de Jhering vem na **Zweck im Recht**:

"Recht ist der Inbegriff der mittels aussenren Zwanges durch die Staatsgewalt gesicherten Lebensbedingungen der Gesellschaft im weitesten Sinne des Wortes". "Was ist nun der Zweck des Rechts? — indaga Jhering — "Ich habe fruher auf die Frage: was bezweckt das Handeln des lebenden Wesens? die Antwort erteilt: die Verwirklichung seiner Daseins belingungen, und daran knupfe ich nunmehr an, indem ich das Rechten haltlich definiere als die Form der durch die Zwangsgewalt des Staates beschafften Sicherung der Lebensdigungen der Gesellschaft" (2).

Jhering não prescinde do elemento — poder público — fóco ejetor da norma disciplinadora das energias sociais. Tobias define o direito como — o conjunto das condições existenciais da sociedade coativamente asseguradas; — define a força organizadora dos interesses humanos não só nas sociedades onde se precisou a estrutura estatal, como abrange o direito em formas sociais pré-estatais. A sua definição, (como não escapou á argucia de Clovis em 1897, data em que publicou o seu trabalho) admitia a coatividade partindo de outro órgão que não o Estado. Este ponto de vista concilia-se aos mais modernos, como de Petrazicki ou Gurvitch, com a concepção

plurigena do direito, oriundo de diversos círculos sociais capazes de elaboração normativa da conduta humana.

Clovis aborda o aspecto mais profundo da concepção de Tobias. O em que afirma ser o direito um processo de **selecção legal** — principalmente pelas considerações que faz em torno do assunto. Já havia assinalado ao ler a obra do sergipano essa antecipação curiosa aos pontos de vista fundamentais da moderna escola histórico-cultural.

Vale a pena determo-nos um pouco.

De muitos passos das obras de Tobias poder-se-iam tirar afirmações que trairiam uma concepção **mecânica** do direito, vaga e inútil, como aprouve a muitos teorizadores superficiais. Bem sei que esses alfaiates literários talham figurinos de literatura em torno dos assuntos que retiram ás pressas do terreno científico. Êles enxergaram nas generalidades das definições que aludiam filosóficamente a um "direito cômico", uma altíssima expressão de sabedoria — e rolaram a expressão, saboreando-a, glossando-a e gozando-a como requinte do saber. E, assim isolada e pobre, não passou tudo de um **prolatio verborum**.

Em Tobias, como compreendeu Bevilaqua melhor que nenhum outro, não se encontra essa simples concepção mecânica. Êle viu na sociedade mais que um sistema de forças cegas; mas "um aparato da cultura humana", em que se corrigem ou se eliminam as irregularidades naturais. Pelas criações da sociedade, pelos produtos institucionais que a vida coletiva elabora, a situação natural da luta pela existência toma novo sentido.

"Não basta obrar ou proceder **corretamente**, é preciso sentir **corretamente**, e ainda mais: pensar **corretamente**... Como se vê, um vasto sistema de **correções**, — o que vale dizer: — um vasto sistema de selecção. Corrigir é seleccionar".

"E tudo isto obra da cultura em luta com a natureza". (4).

Diria melhor hoje: obra da cultura, que é fase superior, continuando dialéticamente a natureza. Porque toda fase, num processo de desenvolvimento, quando se define e separa da fase anterior, tem, por isso mesmo, elementos diferentes, que a afastam, que contrariam a fase precedente.

Tobias às vezes andou próximo a essa explicação quando disse: "ela (a sociedade) é ao mesmo tempo uma causa e um efeito da própria cultura humana" (5).

E, pouco adiante, escreve com o vigor incisivo de seu estilo:

"Tudo o que constitui o homem de hoje, o homem do **direito, da moral, da religião**. . . é um produto social. Assim, quando Lazarus Geiger disse: "A língua criou a razão", poder-se-ia acrescentar: "e a sociedade criou a língua. Mas sem língua e sem razão não se concebe a vida humana; logo, esta só é tal, só pode ser tal no seio da sociedade" (6).

Mas são estas considerações que vêm pesar mais na conceituação moderna do fenômeno jurídico: a de que a razão não é uma faculdade sobrenatural dos teólogos, mas uma "faculdade histórica" que levou o homem a conceber "essas regras de convivência social" de maneira tão espontânea e natural como concebera "as primeiras formas de armas, o arco, a flecha ou outra qualquer, — como instrumentos de trabalho, como utilidades, como meios de vida".

Toda a sutileza de um Geny não ressuscita, galvanizando pela magia estatística o que já ficou relegado à tradição escolástica. O que é mera recrudescência serôdia e insignificativa aparece-lhe como **une ardente aspiration de l'ame contemporaine vers les bases naturelles du** jurídica moderna (ob. cit. p. 131, nota). Com menos talento, outros reanimaram o estribilhado tema, **notum droit** — uma ilusão do grande analista da genoseologia **lippis et tronsaribus**, confeccionando teorias de novo ver-

niz lustrando os velhos miolos romancistas...

E traçava então essas palavras, que são atualísimas, embora toda uma ninhada retardatária de pensadores, sob a semi-pelada pela crítica moderna, asa medieva, ainda reaqueça as frivolidades mortas:

"Não existe um direito natural, mas pode-se dizer que há uma lei natural do direito. Isto é tão simples como se alguém dissesse: — "não existe uma linguagem natural, mas uma lei natural da linguagem; não há uma indústria natural, mas uma lei natural da indústria; não há uma arte natural, mas há uma lei natural da arte" (7).

NATURALIDADE E HISTORICIDADE DO DIREITO

Isto acentua o fundamento biológico do direito, dentro das condições sociais, fugindo ás meras analogias mecânicas, e biológicas artificiais e ingênuas. Se as necessidades vitais levam o homem a inventar os instrumentos de trabalho — porque não admitir que as necessidades sociais, oriundas da convivência, não induzem, **naturalmente**, a criar as instituições jurídicas? Porque aperfeiçoa o arado? Porque inventa a lã sintética? Pela mesma razão porque inventa as **legis actiones** ou a letra de cambio. No fundo — necessidades da vida. A **razão** nos 2 casos não muda. Pela mesma forma porque discorre os principios da agrologia, desvenda os principios do **suum cuique tribuere**. E assim como elabora as teorias explicativas da acustica, constroi também as teorias explicativas do justo. Há principios **a priori** da acustica? Porque falar então nos principios **a priori** da justiça?

Essas reflexões nesses termos são minhas — mas podem ter, como pressupostos, os pontos de vista do autor de **Menores e Loucos**.

Ainda me comprazo em salientar — a **historicidade** dessa concepção sem negar sua **naturalidade**. Porque o

mundo da cultura, onde se pesquisa o direito, é resultado de um processus histórico, tem a sua história, como aliás a própria natureza. Essa concepção não cinde os dois mundos: — o da natureza e o da sociedade (história), como acabam de avivar as correntes mais modernas do pensamento europeu.

Para não falar em outros, podemos começar com Kelsen. O famoso professor de Viena traçou os limites entre os dois mundos: — o da natureza, onde reinariam leis causais, o da sociedade, onde dominariam leis finalísticas. Este dualismo é característico: "Sociedade", "Estado", "direito", passam á categoria dos produtos espirituais, regidos por leis específicas, que o naturalismo biologista quis deformar, amolgando todas as ciências dentro do quadro das ciências físico-matemáticas, consideradas mais perfeitas na sua estrutura lógica. Tal a acusação que lhe movem — e, nessa acusação, está o travo reacionário, postulando o "reino" da Finalidade, que se concebe graças ás propriedades da razão etc.

A distinção fundamental está então entre a lei e a norma, entre o "ser" e o "dever ser", — dois mundos irreductíveis, sem qualquer ponte que facilite a passagem. O mundo do "ser" é o dos fatos, cego aos valores, — a realidade natural no seu processus universal. O mundo do "dever ser" é o dos valores, com toda fenomenologia cultural, que Max Weber, Radbruch, Kelsen, Laski Schreier, estudaram com análises de metafísica afinada. Na realidade natural se pesquisaram leis, que são explicações causais, — no domínio da cultura se perquirem normas, que exprimem relações teleológicas. As primeiras são enunciadas no indicativo, do que é, as segundas, são enunciadas no imperativo, do que deve ser.

Sempre percebi nessa questão o *punctum dolens* das doutrinas culturalistas. Escrevi alhures que, de uma lei natural pode-se tirar uma norma, converter os indicativos em imperativos, — e tem sido sempre esse o trabalho da

técnica e das chamadas ciências normativas, ou melhor parte prática da ciência.

A ciência nem sempre foi esse corpo lógico de doutrina — e sua história resolve o assunto cabalmente. O conhecimento está ligado aos processos gerais da ação — e, em fases anteriores, não se separa em **conhecer e agir**. Essa diferenciação é posterior, — e, conseqüentemente, criou-se o problema decalista do **ser e dever ser**, da **ciência** e da **técnica**. A sociedade moderna agravou essa decisão, falando-se em especulação e teoria como algo independente da **noxis**, dos fatos, da vida. Para atribuir **realidade** a esse mundo de imperativos, de regras? A previsão que está implícita nas explicações teleológicas, resultou de progressos anteriores, de pouca experiência animal, biológicas, do **trial and error**, tão bem estudado entre os psicológicos beharivistas da atualidade. Porque derivava do fato A o efeito B, foi que o homem, ante o fato A, aguardava o efeito B — e pode agir motivado por **fins**, no círculo de interesses sociais que se tornaram sempre mais complexos, solicitando, portanto, cada vez mais sua inteligência em desenvolvimento.

OBJETIVISMO JURÍDICO DE CLOVIS

Clovis Bevilacqua não se deixou dominar por qualquer dessas escolas do culturalismo, embora sua larga e fácil compreensão lhe permita assimilar admiravelmente as diretrizes de todas elas. Vencu-lhe o espírito a aversão completa a todas as formas do dogmatismo — e é isso o aspecto que mais denuncia a influência de Tobias Barreto, cujo gênio se lhe antolhou ao iniciar seus passos na publicística jurídica.

O angulo por que encarará o direito, salva-lo-á das matrículas em escolas. O equilíbrio de seu espírito objetivista não lhe permitirá marchar atrás de chefes doutrinários. A campanha de Tobias contra o direito natural

sugere-lhe este pensamento, que se definirá mais claramente em obras posteriores.

"A verdade é que o direito apresenta-nos elementos naturais, espontaneos, tem raízes biológicas, ao lado de elementos culturais; e, como todas as criações humanas, sofre a ação do meio cósmico e do meio social. O direito surgiu para o homem como uma necessidade de sua coexistência; a sociedade apoderou-se de instintos naturais e sobre êles foi, aos poucos, erguendo as suas construções jurídicas; a evolução social escorchou as brutalidades mais rebarbativas do egoismo, e o direito, sob as suas vestes novas, não pareceu mais o que dantes era, como a pérola não recorda o molusco em cuja concha se gerou" (8).

Mas Clovis não aceita o direito como mera criação social. O erro está na substantivação, — **nomina, numina!** — que nos faz conceber o que é apenas relação, ou tessitura de relações como **fato ou cousa**, tal como o idealizar a mentalidade ontológica e realista. Quantos problemas de filosofia não têm origem nessa mentalidade substancialista, servida por uma lógica aristotélica, culpada, segundo Rougier, de tantos pseudos-problemas! Pois o mesmo problema reponta dentro da filosofia jurídica no conceituar o que seja o **direito**.

Clovis escreveu: — "Parece-me, entretanto, que podemos todos aceitar uma definição simples: **o direito é a organização da vida social**. Assim como não se concebe o homem fora da sociedade, esta não existe, nem se compreende, sem o direito. Não se deve, em rigor, afirmar que o direito é uma criação da sociedade, por quanto ele não representa um momento posterior ao aparecimento do grupo social; nasce com êle, e condição de sua existência" (9).

Não incide êle na ingenuidade de pressupôr sua existência. Como seria então? Idéia? Mas admite que, da convivência humana, disciplinada por processos variados,

se destacam certas normas específicas, que se sistematizarão no disciplinamento dos interesses humanos.

"São a meu ver — discorre o civilista no prefácio do livrinho de Del Vecchio "**Sôbre os principios gerais de Direito**" — as necessidades sociais que geram o direito; e a inteligência no-lo revela, quando ainda não traduzido em lei, porque reconhece uma situação nova, a reclamar norma adequada". Isso é o direito, que se confunde com o conceito ou idéia do direito, que é seu reflexo no cérebro humano, resultando "da apreciação geral da fenomenologia jurídica". Por isso, ao ler meu compêdio — **Introdução a Ciência do Direito**, — Clovis, em apreciação crítica no "Jornal do Foro", fixara justamente apoiando, a minha conceituação do direito como "uma técnica especializada no equilíbrio das forças sociais que partem do individuo, da sociedade e dos circulos sociais intercorrentes" (10).

Só por abstração e substantivação se poderá falar então no **direito** como se alude á **verdade** — algo que existisse como entidade real e não como processus, relações que se desenvolvem nas iterações humanas, nas situações reais da vida associativa. A força organizadora, que Clovis aponta, a exemplo de outros, como característica do direito, não é virtude estranha, modelando a sociedade como um **deus ex machina**, a feição do criacionismo tentando explicar o mundo. Para continuar o paralelo e liquidar o dualismo, sirvo-me do monismo spinoziano: --- é, antes, uma **natura naturans**, a própria vida associativa que, por necessidades próprias, se encaminha a formas organizadas, buscando formas de melhor equilíbrio. A princípio por meios inconsciêntes — processos mágico-animistas; — depois, por formas teológicas, já trabalhadas pelo racionalismo; enfim, pelos processos mais científicos, — inaplicados em virtude do embaraço criado pelos interesses em jogo. — Essa atividade organizatória nunca cessa, porque reflete o dinamismo da vida mesma, é ain-

da expressão das necessidades gerais de continuidade do grupo social, cuja existência os processos fundamentais asseguram. "Porque — escreveu êle — a organização social, marchando embora por linhas sinuosas, tende a melhorar indefinidamente, e a melhor organização da sociedade é aquela em que o individuo mais perfeitamente se adapta aos fins sociais, e a sociedade maior valor atribue ao individuo" (11).

SENTIMENTO E IDÉIA DO DIREITO

Quando Clovis distingue a face sociológica do direito observa esse aspecto. Mas ainda recorre ao aspecto psicológico — o direito como **sentimento** ou **idéia** — o que é apenas o reflexo no cérebro do homem de condições exteriores de forças que se devem regular mediante certos processos sociais de controle assecuratório da vida coletiva. Idéia do direito não é nem será **direito**; o sentimento é condicionado, como a idéia, pela educação e pelo clima cultural, que aperfeiçoam a psicologia individual dentro das categorias sociais, frutos do processo histórico. São resultados — e não passam de reflexos. A análise objetiva não os admite na ciência jurídica — porque, como toda ciência, tem sua estrutura alicerçada nos fatos da vida e não nos devaneios especulativos.

É a própria vida social que, desenvolvendo-se, suscita novas regras, sugerindo **idéias**, soluções, possibilidades técnicas, que vão enriquecer a experiência e o cabedal dos recursos científicos. Os que cederam ao dualismo, sob qualquer matiz filosófico sob que apareceram, não puderam deixar de tropeçar no problema do conteúdo e da forma. Como explicar a **idéia** do direito? A história é a contingência dos fatos, que fluem sempre. Mas o critério subjetivo do justo, a idéia do direito é **un envelope vide, que le contenu de cette envelope se trouve imposé par les circonstances de fait** — escreve Geny criticando a

Stammler (12). E, se não dimanar da experiência ligada à contingência histórica, — fatalmente temos que admitir uma origem *á priori*, de uma razão misteriosa que paira acima dos empirismos, **corrigeant l'inconstance de la vie dans un but d'ordre ideal.**

A concepção de Clovis não se liga às que acabo de abordar ligeiramente. É verdade que alude ao aspecto psicológico do direito — mas não o busca nem pesquisa no subjetivo, na consciência humana, que reflete o grau de evolução filogenética competente de certa sociedade. O estágio cultural em que se encontra o grupo, pela educação, vai tornando o indivíduo, desde o nascimento, a unidade competente de certa sociedade, formando-lhe idéias de direito. É, portanto, na vida associativa que estão as causas explicativas dos fenômenos jurídicos.

É o que se depreende, às vezes implicitamente, de muitas passagens do grande publicista, quando se alça a esfera da filosofia jurídica.

A civilística nacional, contando-o como seu luminar mais alto, enriqueceu-se de páginas que se incorporaram à literatura jurídica nacional. E é a visão filosófica do sábio que, no estudo de um instituto particular, lhe surpreende as conexões sociológicas que o situam no panorama da evolução humana. Sua tranquila mentalidade de cientista é repassada de viva aspiração da verdade como condição para maior realização da justiça. Gênio de devotamento ao Direito — espírito incapaz de sectarismo, é um grande coração aberto às mais altas aspirações humanas e uma grande inteligência onde as correntes sadias do pensamento jurídico e filosófico encontraram sempre ressonância e capacidade criadora.

(1) — Clovis Bevilacqua, **Esboços e Fragmentos**, p. 28, Rio, 1899.

- (2) — Jhering, **Zweck in Recht**, v.º 1.º ps. 399,345, Breitkopf und Hartel, 1923.
- (3) — Tobias Barreto, **Questões Vigentes**, p. 57, Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- (4) — Idem, idem, p. 58.
- (5) — Tobias Barreto, **Estudos de Direito**, v.º 2.º p. 17, Edição do Estado de Sergipe. 1926.
- (6) — Idem, idem, ps. 17, 18.
- (7) — Tobias Barreto, **Questões Vigentes**, p. 125. Edição do Estado de Sergipe, 1926.
- (8) — Clovis Bevilacqua, **Juristas Filósofos**, p. 121, Bahia, 1897.
- (9) — Clovis Bevilacqua, **Linhas e Perfis Jurídicos**, p. 44. Livraria Freitas Bastos, Rio, 1930.
- (10) — Djacir Menezes, **Introdução à Ciência do Direito**, p. 29, 2.º Edição, Livraria do Globo, Porto Alegre, 1938.
- (11) — Clovis Bevilacqua, **Opusculos**, p. 7, Rio, 1942.
- (12) — François Geny, **Science et Technique endroit privé positif**, v.º 2.º, p. 181, Recueil Sirey, Paris, 1921.