

A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito

Pádua Fernandes

Doutor em Direito – USP.

São Paulo – SP [Brasil]

paduafernandes@uninove.br

▼ Neste artigo, analisa-se a oposição de Miguel Reale à instauração de Assembléias Constituintes, durante a ditadura militar brasileira, como uma repetição da tese da inadaptação das idéias liberais e democráticas à realidade brasileira. Essa tese corresponde a uma leitura dualista da história que fundamentou os elementos autoritários da cultura jurídica brasileira. Segundo essa cultura, a história não pode servir de fonte para produzir novos direitos, e sim de justificativa para o continuísmo político.

Palavras-chave: Cultura jurídica brasileira. Ditadura militar brasileira. Miguel Reale.

1 Introdução: direito, história e a efetividade dos direitos humanos

A expressão “história como fonte do direito” pode ser entendida de várias formas, devido à polissemia dos termos que a compõem. Este artigo não se referirá ao lugar comum utilitário, tradicionalmente repetido no ensino jurídico, de que a história (uma serva prestativa) pode ajudar a entender ou aplicar o direito (um senhor exigente). A relação é muito mais complexa e não apresenta esse caráter de servidão, pois o próprio direito é histórico.

Outro lugar comum: o direito (filho obediente) legitima-se pela tradição (eficaz grilhão). Pelo contrário, a história do direito, como afirma Hespanha (1998), pode conferir-nos instrumentos sociais e intelectuais para a criação de novos direitos.

Neste artigo, analisa-se posição oposta a esta: o uso instrumental da história para impedir a criação de novos direitos, mais especificamente na rejeição dos direitos humanos, ou de uma cultura democrática, segundo a alegação de que são idéias estrangeiras (ou até fora do lugar, na acepção de Roberto Schwarz (2000) e não se coadunariam com o caráter nacional.

Não há novidade nesse tipo de ataque aos direitos humanos. No século XIX, vários governos e pensadores, contrários à Revolução Francesa, rejeitaram as idéias iluministas e os direitos humanos devido ao seu caráter, alegadamente, estrangeiro, teórico ou metafísico.

A esse respeito, Hannah Arendt, em seu livro *Sobre a revolução* (*On Revolution*, 1990), destaca uma importante diferença entre as declarações de direitos humanos elaboradas pelas Revoluções Americana e pela Francesa. As declarações francesas referiam-se não só aos cidadãos, mas também a todos os homens, não importando onde ou quando vivessem; no caso dos Estados Unidos, a ênfase se dava em relação ao governo, que deveria ser limitado por esses direitos. Para os franceses, ao contrário, os direitos humanos existiam independentemente da estrutura política (1990).¹

Arendt estimava correta a crítica de Burke à falta de antecedente histórico, pois a declaração francesa queria tratar de direitos pré-políticos inerentes à natureza do homem; a própria expressão *droits de l'homme* seria um oxímoro, pois *homo*, em latim, era uma pessoa sem direitos, ou seja, apenas um homem (ARENDDT, 1990). Deve-se lembrar da famosa objeção de Joseph de Maistre (1993) à Constituição francesa de 1795: ele jamais tinha visto um homem, e sim apenas franceses, italianos, russos... Esse “homem” universal teria caráter apenas teórico.

No entanto, a crítica que aponta o caráter “teórico” da declaração, por referir-se a um conceito abstrato de homem, é um dos aspectos que contribuíram para tornar os direitos humanos uma bandeira política de sucesso. Essa pretensão à universalidade é que permitiu que eles se espalhassem como bandeira para diferentes povos e em diferentes tempos até chegar à atualidade, isto é, sua abstração permitiu-lhes assumir diversas roupagens concretas, até mesmo em culturas diversas das que lhes deram origem.

As condições para a efetividade dos direitos humanos na América Latina, que inclui o Brasil, dizem respeito diretamente a esse problema e exigem a superação de leituras duais da história, que tentam isolar o importado do autóctone, ignorando que, em Estados com o tipo de formação social decorrente da colonização e da imigração, as relações entre o estrangeiro e o local são, forçosamente, dialéticas e não se dão por um simples critério de exclusão.

2 A chibata é brasileira, a liberdade, não: leituras duais da história e da cultura jurídica brasileira

As leituras duais da história brasileira, a saber, as análises que partem do pressuposto da não-adaptação de idéias liberais no Brasil, por estrangeiras, não são novas, tampouco se restringem aos historiadores. José de Alencar, ao reagir à Fala ao Trono do Imperador de 1867, que trouxe no-

vamente a abolição ao debate no cenário político brasileiro (D. Pedro II era pessoalmente favorável à abolição), contrastou o “fato social” da escravidão com a “arrogância” das teorias abolicionistas (CARVALHO, 1998). Para o senador conservador, o abolicionismo deveria ser combatido como teoria alheia à realidade brasileira.

No campo do direito, pode-se citar Pontes de Miranda, um dos maiores juristas brasileiros de todos os tempos, que afirmava, ainda na República Velha, que deveriam ser evitadas as normas que não representassem “[...] o produto das necessidades existenciais de um povo [...]” (1912, p. 99-100). Portanto, a lei deveria limitar-se à “codificação do costume”. Pontes de Miranda oferecia, como um dos exemplos “que não nos escasseiam”, a própria constituição republicana da época que seria “desastrosa”, pois implantou nos Estados “o mais vergonhoso regime de banditismo”. Por ter sido uma “lei de empréstimo”, “adaptou-se, enfim, pelo desrespeito integral da maioria de seus ditames”, com o resultado de que não existiam, segundo o autor, atos inconstitucionais no Brasil, pois a Constituição a tudo se adaptava, segundo os “[...] azares da força e do momento político [...]” (PONTES DE MIRANDA, 1912, p. 100-101).

A obra citada, escrita durante a República Velha, caracterizava-se pelo pacto oligárquico. Durante o Império, o Brasil foi um Estado unitário: os presidentes das Províncias eram escolhidos pelo poder central. Muitos políticos republicanos defendiam a bandeira do federalismo. O que se verificou com o advento da República, porém, foi o fortalecimento das oligarquias estaduais e do patrimonialismo, tendo sido a administração pública submetida aos interesses privados dessas oligarquias. O federalismo, introduzido pela primeira Constituição republicana, de 1891, revelou-se conveniente às oligarquias estaduais e facilitou o funcionamento do sistema político do coronelismo, que consistia em compromissos políticos mútuos em uma escala que partia do chefe da política local, o “coronel”, até chegar à presidência da república. A manipulação eleitoral não nasceu, contudo, na República: já era prática corrente no Império.

O pensamento de Pontes de Miranda, apesar da crítica ao direito da época, ia ao encontro da cultura política por ele criticada. Ele atacava as idéias democráticas, que seriam “[...] sofismas e ilusões frágeis do poder dos fracos, as risíveis aspirações de governo pelo povo e de legislação popular. O povo deve servir ao muito para instrumento de verificação.” (1912, p. 120). O jurista fundamentava seu ataque às democracias justamente no problema do “transplante” de normas jurídicas; a “[...] lei verdadeira, nascida do costume [...] é imitativa pela origem, tradicional, aristocrática, pela essência [...]” (1912, p. 120-121).

Evidentemente, não se trata de uma exceção no pensamento da época, e sim de um reflexo do positivismo de Comte, autor de grande influência no Brasil dessa época. O pensamento positivista, com seu cientificismo e sua oposição à democracia, marcaria profundamente não só o pensamento daquele jurista, que não deixou de expressar sua admiração pelo autor francês (PONTES DE MIRANDA, 2000), mas também o de uma geração, que deixou inscrito na bandeira da república brasileira o lema “ordem e progresso”.

Segundo Pontes de Miranda, a democracia seria um transplante mal-sucedido, eis que os costumes apontavam para um outro tipo de regime, o aristocrático. Para o autor, esse regime atenderia melhor à liberdade. Defendia, pois, não “o governo pelo povo”, e sim “[...] pela competência, pela capacidade profissional [...]” (1912, p. 124), e propugnava por uma aristocracia “[...] da cultura, que é o regime da competência e da especialidade; e da moeda, que se permeia e é também a medida comum dos valores sociais. Eis uma lei da evolução dos povos [...]” (1912, p. 125). “A democracia, portanto, é um desvio, um erro, uma ilusão falaz e perigosa [...]” (1912, p. 197).

Ao generalizar a solução aristocrática como “lei da evolução dos povos”, o jurista parece confundir-se ao fundamentar a aristocracia nos costumes – que são, todavia, diferentes de uma sociedade para outra. Portanto, bem se pode imaginar que sociedades diferentes adotariam soluções diversas (talvez até mesmo a democracia...), que atenderiam melhor às suas es-

pecificidades. No entanto, julgava que a “evolução” para a aristocracia seria uma lei dos povos em geral, o que não pode ser explicado por um fundamento consuetudinário, a não ser que acreditasse em uma uniformidade das culturas no mundo. Creio, portanto, que o fundamento do pensamento aristocrático dessa obra de Pontes de Miranda seja antes idealista do que antropológico, e corresponda ao “mito da autoridade”, que defende que a crença na posse de um saber técnico, científico ou filosófico automaticamente garante o exercício do poder (CHAUÍ, 1986).

Esse mito, sempre latente na cultura jurídica brasileira², emerge em momentos de autoritarismo: foi o caso de Francisco Campos, autor da Carta de 1937, imposta por Getúlio Vargas no golpe que instaurou o Estado Novo. O solitário “constituente” criticava os parlamentos e as democracias, que procuravam, como a Alemanha da República de Weimar, “[...] inutilmente chegar a uma decisão política mediante os métodos discursivos da liberal-democracia [...]” (CAMPOS, 1941, p. 29). Francisco Campos justificava a ditadura do Estado Novo, alegando o “[...] fato de termos vivido, durante mais de quarenta anos, em regime teórico e em estado de inconstitucionalidade crônica, mal dissimulado por instituições que já haviam caducado antes de viver [...]” (1941, p. 41).

O segundo golpe de estado de Getúlio Vargas apenas teria seguido uma tradição nacional: “O 10 de novembro não inventou um sentido nem forçou uma diretiva política ao país. Apenas consagrou o sentido das realidades brasileiras [...]” (CAMPOS, 1941, p. 71). Trata-se, pois, do discurso da tradição, em que o mito da autoridade busca amparar-se.

Nessa época, o fascismo europeu – uma idéia importada, sim, mas contrária aos direitos humanos, o que agradava a esse discurso jurídico nacional – encontrou muitos adeptos na cultura jurídica brasileira, mesmo entre os que se poderiam chamar de internacionalistas. Como exemplo, pode-se destacar Levi Carneiro, que foi consultor jurídico do Itamaraty, participou de conferências internacionais como a VIII Conferência Interamericana de Lima (1938) e a Conferência Internacional do Rio de Janeiro (1947), foi

membro da Corte Permanente de Arbitragem e chegou a ser magistrado da Corte Internacional de Justiça de 1951 a 1955. Em seu livro *Direito internacional e democracia*, publicado em 1945, revela-se contrário, porém, à internacionalização dos direitos humanos (CARNEIRO, 1945)³ e, não surpreendentemente (tendo em vista as idéias eugênicas e racistas que grassavam ainda na academia jurídica brasileira), elogia a política racial de Hitler:

Tão peculiar à raça germânica é esse princípio de supremacia do Estado, que se deve dar razão a HITLER [grifo do original] quando, para assegurar-lhe a realização, proclamou a necessidade de defender a raça germânica em sua perfeita pureza. Esse é o ideal a realizar – e só essa raça o possui e cultiva. Daí resulta, com perfeita coerência, a necessidade de assegurar a inteira supremacia dessa raça e de exterminar tudo o que pudesse mear-lhe a pureza. (CARNEIRO, 1945, p. 77).

É claro que não se deve esperar encontrar a mínima consistência intelectual nesse argumento que corrobora o extermínio em prol da “pureza”. Deve-se, porém, refletir sobre o que ele oculta: o fato de aquela terra ter gerado Heine, Marx, os Mendelssohns... Na verdade, esse pensamento conservador que condena os direitos humanos em nome de uma suposta identidade nacional, acusando-os de estrangeirismo, atua desta forma:

- Inventa essa identidade nacional, escolhendo, na história, o traçado da chibata, da opressão, e não os espaços da resistência;
- Deseja congelar essa identidade, para que não haja mudanças, ou que elas não ocorram em um sentido libertário.

Nos dois casos, apesar das declarações em contrário, ele é anti-histórico. Esses dois traços aparecem no pensamento de Miguel Reale, como se verá a seguir.

3 Miguel Reale e a recusa a assembléias constituintes em dois tempos da Ditadura Militar

Miguel Reale apoiou o golpe militar de 1964 e desempenhou importante papel na década de 1960, durante a revisão da Constituição de 1967. No fim do governo Figueiredo, participou da elaboração de emenda constitucional. O fato de ter assumido outros cargos, entre os quais o de supervisor da comissão elaboradora e revisora do novo Código Civil brasileiro, mostra-o politicamente comprometido, e a sua produção teórica o confirma: após o golpe militar de 1964 e também nos estertores do governo do General Figueiredo, manteve firme posição contra a instauração de uma assembléia constituinte no Brasil. De fato, nos dois momentos, ela não ocorreu, embora tenham sido impostas duas constituições, em 1967 e 1969.

3.1 O iluminismo como anátema, a democracia representativa como ilusão

O jurista atacou a possibilidade de uma assembléia constituinte após o golpe militar de 1964. Para Reale, ela seria algo “abstrato” e “ilusório”, que repetiria “os mesmos erros de 1934 e 1946”. Segundo o jurista, o “Ato Institucional de 1964” estava correto em prever o envio de uma “proposta constitucional” ao Congresso, “[...] com a colaboração de juristas atualizados que, tanto pelo saber como pelo espírito, estejam efetivamente à altura de fixar as grandes matrizes ordenadoras do Estado de Justiça social [...]” (REALE, 1966, p. 12)⁴.

Não parece muito convincente a idéia de que uma norma feita em laboratório por “cientistas do direito” esteja necessariamente imbuída do sentido nacional. Por sinal, como é sabido, essa Constituição, realiza-

da fora das concretas discussões e jogos de interesse entre as diferentes correntes políticas, teve uma vida muito curta, como reconheceu o próprio Reale (1977, p. 34): foi “[...] superada, em poucos meses [...]”, pelo Ato Institucional n.º 5. O argumento laboratorial, contudo, resultado do discurso de autoridade que caracteriza a cultura jurídica dominante brasileira, era apenas uma das armas do arsenal retórico do jurista, que teria como pólvora o discurso histórico – a própria história nacional, como fonte material do direito, demonstraria que poderíamos ter nova Constituição, mas não uma Constituinte.

Na década de 1960, sustentou o autor, uma constituinte haveria de repetir “[...] os erros de 1934 e 1946 [...]” (REALE, 1977, p. 26), pois a Constituição que seria produzida “[...] não podia deixar de ser o produto de um compromisso entre forças políticas divergentes, máxime quando tão frágeis e inconsistentes eram as nossas bases partidárias [...]” (REALE, 1977, p. 25), pelo que “[...] devemos abandonar a noção, ainda imperante, de ‘normalidade constitucional’ [...] como se, com a fratura revolucionária, houvéssemos praticado um ato censurável [...]” (REALE, 1967, p. 11-12). Nada seria “tão abstrato e ilusório” do que uma assembléia constituinte, tendo em vista a “[...] falta de agremiações partidárias constituídas segundo centros programáticos definidos [...]” (REALE, 1967, p. 12).

Apesar de Reale não desenvolver suficientemente sua argumentação nesse ponto, não deixa de evocar, porém bem mais modestamente, Carl Schmitt (1996), de *A crise da democracia parlamentar*. Trata-se do conhecido ataque à democracia representativa, eis que os parlamentos, em vez de cumprirem seu papel na esfera pública, tornaram-se palco de barganhas e negociatas, subvertendo o princípio da publicidade. O autor, que, anteriormente à tomada de poder por Hitler, já era “antiparlamentar, antidemocrático e antiliberal”, gostava de comparar os eleitores a ovelhas (RÜTHERS, 2000), e saudou o golpe de Mussolini, comparando-o, em 1926, a Maquiavel (!) como representante do “[...] princípio da realidade política [...]” (SCHMITT, 1996, p. 70).

Enquanto Schmitt formulava uma objeção filosófica ao sistema parlamentar, fundamentada em sua teoria política, Reale, apesar de apontar deficiências no mesmo sistema, mantém-se preso à realidade brasileira (era no Brasil que o sistema não estava dando certo, não se trata de uma crítica radical como a apresentada pelo jurista alemão) e apresenta um argumento de ordem, sobretudo, pragmática: nossos partidos não são representativos, mas o governo “revolucionário” o é; por isso, o Congresso Nacional tinha a obrigação de dar a “indispensável cobertura política” ao governo; as “franquias cívicas” deveriam subordinar-se à “segurança nacional” (REALE, 1977). De fato, não se admite realmente a oposição: o Movimento Democrático Brasileiro (MDB - o partido oposicionista no sistema bipartidário criado pela ditadura militar) é admitido “[...] com uma condição: que pelo menos, por ora, não se converta em partido no governo do País [...]” (REALE, 1978, p. 116).

Isso ainda é política? Se considerarmos que ela existe onde o dissenso pode nascer⁵, a resposta é negativa.

3.2 Médici como pensador da democracia social

Reale elogiou a concepção de “democracia social” do “Presidente EMÍLIO GARRASTAZU MÉDICI” [grifo do original] por fugir tanto ao modelo dos Estados liberais quanto ao adotado pelos Estados alinhados com a União Soviética e a China (REALE, 1972, p. 37).

A minguada obra escrita de Médici (pelo menos a até hoje publicada) não nos permite determinar, com certeza, o suposto modelo; no entanto, o general, elevado pelo insigne jurista à categoria de pensador social, afirmou, durante a sua presidência, que “[...] nada mais natural que a democracia brasileira se afeiçoe às exigências de nossas condições sociais e não às de sociedades alienígenas” (REALE, 1971, p. 166). De acordo com o militar, o homem não é feito para a democracia, e sim a democracia

é feita para o homem. Logo, ela deveria adaptar-se às peculiares condições do regime militar brasileiro: democracia sem Estado de direito e sem esfera pública...

Segundo interpretação de Reale, essa afirmação de Médici não tinha conotação de uma “democracia autoritária”, e sim se tratava, “[...] pura e simplesmente, de uma ordem democrática ajustada às nossas circunstâncias históricas [...]” (REALE, 1978, p. 110). Na tentativa de integrar sua análise do direito brasileiro sob a ditadura militar com a teoria tridimensional, ele afirma que o direito “[...] é antes experiência, ordenamento concreto, em que fato e valor e norma dialeticamente se implicam e se completam [...]” (REALE, 1978, p. 25), razão pela qual não bastaria apenas estudar os Atos Institucionais e a Constituição de 1969; seria preciso levar também em conta a experiência brasileira nos mais diversos planos. Ela demonstraria a criação de “[...] formas de participação que não se reduzem ao mero exercício do voto [...]” (REALE, 1978, p. 35). Enfim, quando Médici situou “[...] o problema político brasileiro em termos de Democracia Social [...]” (REALE, 1978, p. 35, grifo do original), estaria a referir-se ao legado do liberalismo como “[...] garantia constitucional dos direitos individuais; o pluralismo das idéias e dos programas políticos; o consenso dos governados como condição do exercício do poder e a periodicidade de eleições livres [...]” (REALE, 1978, p. 35), bem como à “[...] função positiva do Estado como fonte de progresso e de cultura, de liberdade e igualdade concretas e efetivas” (REALE, 1978, p. 35-36). Esse modelo conteria “[...] o liberalismo e o socialismo democrático [...]” (REALE, 1978, p. 36), superando-os.

O escândalo da análise de Reale decorre de o mencionado modelo não corresponder, em absoluto, ao regime de Médici. É de se perguntar quem estava sendo abstrato ou teórico: os defensores dos direitos humanos, que bem viam a situação do país, ou o jurista que substituiu a teoria do direito pelo *wishful thinking*.

3.3 Enfim, o Brasil não era uma democracia: abstração e positividade

Reale, contudo, sempre sustentou que estava fazendo análises concretas, fugindo do que chamava aspirações abstratas, iluministas, líricas. Em determinado texto (1977), por exemplo, reconhece que o Brasil não vivia uma democracia:

I. “O problema democrático não pode ser posto em abstracto”, isto é, “à margem da experiência histórica de cada povo [...]” (p. 136).

II. Dentro da “condição política nacional”, o general Geisel teria visto bem em atingir o “máximo de desenvolvimento possível com o mínimo de segurança indispensável” e não abrir mão do AI-5 (p. 142).

III. Seguindo Samuel Huntington, afirma a “realidade” de que o Brasil não poderia ter um grande crescimento sob um regime democrático; no entanto, “não se deve concluir pela permanência indefinida do regime de exceção [...]” (p. 144).

Deixando de lado as oscilantes apreciações do autor sobre o eventual caráter democrático do regime militar, o argumento acima exposto pode ser resumido desta forma: a experiência histórica do Brasil não é a do Estado de Direito; logo, ele não pode ocorrer, ao menos por enquanto; ademais (um argumento utilitarista), o atual regime permite um crescimento econômico maior.

Sabemos que regimes totalitários já apresentaram a supressão dos direitos fundamentais como a conta a ser paga pelo crescimento. Mas esse não parece ser o principal ponto de Reale, e sim o que Rousseau, em crítica a Grotius, chama de estabelecimento do direito pelo fato:⁶ legitimar a dominação com fundamento na própria dominação existente. Marx, na *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* (Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel, tradução nossa), faria crítica semelhante à Escola Histórica do Direito, que legitimava “a ignomínia de hoje por meio da ignomínia de

ontem”⁷. Essa Escola se caracterizaria por uma forma “positiva”, isto é, “não-crítica”, de argumentação: tomar cada existência como autoridade e considerar cada autoridade como uma razão.⁸

Nesse pensamento obviamente não crítico, Reale nada tem de original: apenas representou mais um exemplo do continuísmo político que marca o bacharelismo, estigma da cultura jurídica brasileira. Pode-se observar, em todas as ditaduras por que passou o Brasil, que o ataque à efetividade dos direitos humanos, por meio de sua caracterização como meramente “teóricos”, ou “utópicos”, alheios, ou à realidade, ou à autenticidade nacionais, destinava-se a retirar-lhes a eficácia jurídica.

3.4 Agora, o legalismo, mas contra o Estado de Direito

Em 1982, Reale escreveu no *Jornal do Brasil* o artigo “Entre o realismo objetivo e o iluminismo empírico”, atacando a possibilidade de instaurar uma assembléia constituinte: “[...] passar uma esponja sobre esse processo constitucional de vários anos constitui demonstração de iluminismo jurídico irrecusável [...]” (REALE, 1985, p. 43) – o autor se referia à Constituição de 1967 (embora, de fato, ela já houvesse sido substituída pela de 1969, que não foi uma simples emenda); se o Congresso Nacional conferisse a si mesmo poderes constituintes originários, haveria um “[...] golpe branco do Poder Legislativo [...]” (REALE, 1985, p. 45). O caminho, no governo Figueiredo, foi o da emenda constitucional, cujo projeto Reale defendeu perante comissão mista da Assembléia dos Deputados e do Senado Federal. Enquanto, na década de 1960, passar a esponja sobre a Constituição de 1946 significava ser realista, e o apego ao regime constitucional antigo era sinal de “iluminismo”, pois a “[...] fratura revolucionária” não era um “ato censurável [...]” (1977, p. 49), o autor, na fase de esgotamento da ditadura militar, torna-se um legalista. Há, contudo, uma coerência de posicionamento político subjacente a essas contradições teóricas: a do conservadorismo.

Ele é confirmado pelas críticas ao movimento das “Diretas Já”, em 1984 (ano da derrota do projeto de Emenda que traria de volta as eleições diretas para presidente da República). Reale acredita ser “falta de consciência histórica”, pois os manifestantes desejariam alcançar o “impossível”, um “ideal sedutor sem viabilidade”. Tratava-se, realmente, de uma objeção de ordem historiográfica? O autor prosseguia, afirmando que o movimento ganhava três conotações: “reflexo de simples iluminismo”, que significa, no vocabulário filosófico desse autor, “apego lírico, ou quase místico”, a uma “causa sem esperança”; ou “tática reflexa de propaganda” para seduzir “a opinião pública menos esclarecida”; ou reivindicação revolucionária para a legalidade dos partidos comunistas (REALE,1985).

Pode-se elogiar o artigo por sua percepção histórica? Em primeiro lugar, deve-se observar que Reale errou em ver, naquela inspiração, o “impossível” – já em 1989, realizaram-se as primeiras eleições diretas para presidente da república no Brasil, o que não ocorria desde 1960. Se, naquele momento, a conjuntura política não permitiu a aprovação do projeto de emenda, ressalte-se que a oposição também não conseguiu amearhar o número suficiente de votos para reformar a constituição, é claro que o movimento popular desempenhou papel fundamental para que os constituintes realizassem essa mudança eleitoral na Carta de 1988.

Contudo, não se trata, provavelmente, de simples miopia de Reale: seu artigo também era uma tática de propaganda, mas a favor do regime que agonizava.

Considerações finais: autoritarismo e demofobia

Exatamente por Reale ter substituído a análise pela propaganda, esses textos de intervenção pública (que o autor, entretanto, incluiu em sua obra em livro) são teoricamente tão frágeis e entram em contradição com outras partes de sua obra: em comentário à Constituição de 1988,

por exemplo, afirmou que, quando o legislador impõe “normas rígidas” ao povo, “[...] bloqueando o processo de livre construção de seu próprio caminho [...]”(REALE, 1990, p. 8), ocorre o “holismo”, que seria uma forma de autoritarismo “das mais nocivas”. E, mesmo na década de 1970, opinou pela desnecessidade do AI 5.

Contudo, apesar de frágeis e contraditórios, os textos são muito reveladores não só de uma das facetas da colaboração dos intelectuais brasileiros com os regimes autoritários, mas também da própria cultura jurídica brasileira, que mantém traços autoritários mesmo em momentos de democratização política. A influência do positivismo científico não deve ser menosprezada – como lembrava Oliveira Vianna, os positivistas eram contrários a que se instaurasse uma Assembléia Constituinte depois da proclamação da República, porquanto preferiam “[...] uma oligarquia de sábios e filósofos, e não o domínio absurdo do Demos, o governo das maiorias populares [...]” (OLIVEIRA VIANNA, 2006, p. 102) – e acrescentava, ele mesmo representante de uma cultura política conservadora: “[...] e eram nesse ponto perfeitamente razoáveis [...]” (2006, p. 102).

Esses elementos autoritários revelam-se na própria origem da recusa de Reale à instauração de Assembléias Constituintes nos dois momentos analisados neste artigo. De acordo com essa cultura, a fonte do direito (e do poder, evidentemente) não deve ser o povo nem mesmo os seus representantes, e sim uma aristocracia de bacharéis – ou armada.

Brazilian legal culture and the whip: Miguel Reale and the history as a source of rights

▼ In this article, it is analyzed the opposition of Miguel Reale to the instauration of Constitutional Conventions during Brazilian military dictatorship as a reiteration of the thesis of the inadaptation of liberal and democratic ideas to the Brazilian reality. This thesis

corresponds to a dualistic reading of the history, which was the basis for the authoritarian elements in Brazilian legal culture. This legal culture employs history not as a source for new rights, but as a justification for political continuity.

Key words: Brazilian legal culture. Brazilian military dictatorship. Miguel Reale.

Notas

- 1 A declaração francesa de 1789 articulou, em muitos pontos, questões centrais do pensamento de Rousseau (DENT, 1996). Esse pensador, contudo, negava que o homem moderno pudesse ser, simultaneamente, homem (isto é, universal) e cidadão (GOYARD-FABRE, 1987). Nesse pensador, ao contrário do que ocorre em Kant, não se encontra um fundamento para o cosmopolitismo. Para a crítica de inspiração culturalista, tal universalidade não poderia ser fundamentada, tendo em vista a grande diversidade de culturas na sociedade internacional.
- 2 Neste ponto do trabalho, basta lembrar que a cultura jurídica corresponde às “[...] diferenças locais e nacionais no pensamento e na prática jurídicos [...]” (REBUFFA, 1993, p. 139-141). Devido a essas diferenças, pode haver contrastes entre a dogmática jurídica e sua prática, bem como entre as normas oficiais e essa própria dogmática.
- 3 O autor brasileiro mostrava-se bem à margem da doutrina mais atual daquele tempo: já em 1928, até mesmo a Corte Permanente de Justiça Internacional (tribunal positivista e tradicionalista), como lembravam Scelle (1948) e Lauterpacht (OPPENHEIM, 1955), pronunciou-se no sentido de que os Estados podem garantir diretamente aos indivíduos direitos previstos pelo tratado.
- 4 Levi Carneiro, Temístocles Cavalcanti e Orozimbo Nonato compunham a comissão de juristas que elaborou a primeira versão do projeto da Carta de 1967. Miguel Seabra Fagundes, que integrava a comissão, dela se retirou. O projeto foi revisto pelo Ministro da Justiça, Carlos Medeiros da Silva, e foi aprovado sem modificação alguma pelo Congresso Nacional, apesar das várias emendas apresentadas (SKIDMORE, 1988, p. 119). O governo ditatorial conseguiu que prevalecessem nessa Constituição a eleição indireta para Presidente da República e a previsão de amplos poderes para as autoridades públicas apurarem “infrações penais contra a segurança nacional, a ordem política e social” (artigo 8º).
- 5 A esse respeito, é importante referir a Jacques Rancière e sua concepção do político fundada na possibilidade do dissenso (1995). No tocante à ditadura brasileira, a eliminação do dissenso estava ligada a um “projeto repressivo global, fundamentado na perspectiva da ‘utopia autoritária’, segundo a qual seria possível eliminar o comunismo, a ‘subversão’, a corrupção etc. que impediriam a caminhada do Brasil rumo ao seu destino de ‘país do futuro’” (FICO, 2004, p. 36).

- 6 O jurista holandês, como se sabe, apoiava o Absolutismo e apontava a escravidão como paradigma político. Rousseau discordava desse autor: “Grotius nega que todo poder seja estabelecido em favor dos que são governados; ele cita a escravidão como exemplo. Sua mais constante forma de raciocinar é a de estabelecer o direito pelo fato. Pode-se imaginar um método mais conseqüente, porém não mais favorável aos tiranos.” (ROUSSEAU, 1895, p. 241, tradução nossa). (*Grotius nie que tout pouvoir soit établi en faveur de ceux qui sont gouvernés ; il cite l’esclavage en exemple. Sa plus constante manière de raisonner est d’ établir le droit par le fait. On pourrait employer une méthode plus conséquente, mais non plus favorable aux tyrans.*)
- 7 *Eine Schule, welche die Niederträchtigkeit von heute durch die Niederträchtigkeit von gestern legitimiert [...]* (http://gutenberg.spiegel.de/marx/heglsrech/me01_378.htm).
- 8 **Como escreveu em O manifesto filosófico da escola histórica do direito** (tradução nossa) (*Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*): “Wie das Prinzip, so ist die Argumentation Hugos positiv, d.h. unkritisch. Er kannt keine Unterschiede. Jede Existenz gilt ihm für eine Autorität, jede Autorität gilt ihm für einen Grund” (grifos do autor).

Referências

- ARENDDT, Hannah. *On Revolution*. 9. ed. London: Penguin, 1990.
- CAMPOS, Francisco. *O Estado nacional*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.
- CARNEIRO, Levi. *Direito internacional e democracia*. Rio de Janeiro: Coelho Branco Filho, 1945.
- CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados: rescritos de história e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.
- CHAUÍ, Marilena. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, D. A. *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 17-27.
- DENT, Nicholas. *Dicionário Rousseau*. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- GOYARD-FABRE, Simone. Les silences de Hobbes et Rousseau. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, tome 32, p. 59-69, 1987.
- FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a ditadura militar. *Revista Brasileira de História*, v. 24, n. 47, p. 29-60, jul. 2004.
- HESPANHA, Antonio. M. *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. 2. ed. Mem Martins: Europa-América, 1998.

MAISTRE, Joseph de. *Considérations sur la France*. In: WORMS, F. *Droits de l'Homme et Philosophie*. London: Presses Pocket, 1993. p. 141-148.

MARX, Karl. *Das philosophische Manifest der historischen Rechtschule*. Disponível em: <http://gutenberg.spiegel.de/marx/schrift1/me01_078.htm>. Acesso em: 10 fev. 2005.

MARX, Karl. *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*. Einleitung. Disponível em: <http://gutenberg.spiegel.de/marx/heglrech/me01_378.htm>. Acesso em: 10 fev. 2005.

MÉDICI, Emílio Garrastazu. *A verdadeira paz*. Brasília, DF: Imprensa Oficial, 1971.

OLIVEIRA VIANNA, Francisco José de. *O ocaso do império*. 3. ed. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2006.

OPPENHEIM, Lassa Francis Lawrence. *International Law: a Treatise*. Ed. by H. Lauterpacht. 8. ed. London: Longmans, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Vilson Rodrigues Alves. *À margem do direito: ensaio de psicologia jurídica*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1912.

PONTES DE MIRANDA, Vilson Rodrigues Alves. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. 3 tomos.

RANCIÈRE, Jacques. *La mésentente: Politique et Philosophie*. Paris: Galilée, 1995.

REALE, Miguel. *Revolução e normalidade constitucional*: palestra proferida em comemoração ao segundo ano da Revolução. Osasco, 1966.

REALE, Miguel. Problemas institucionais do Estado Contemporâneo. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Rio de Janeiro, ano 29, n. 125, p. 25-50, dez. 1972.

REALE, Miguel. *Da Revolução à democracia*. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1977.

REALE, Miguel. *Política de ontem e de hoje*. São Paulo: Saraiva, 1978.

REALE, Miguel. *Por uma constituição brasileira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REBUFFA, Giorgio. Culture juridique. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.) *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 139-141.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrat Social ou Principes du Droit Politique précédé de Discours, lettre à D'Alembert sur les Spetacles et suivi de Considérations sur le gouvernement de Pologne*. Paris: Garnier, 1895.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Tradução Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SCELLE, Georges. *Cours de Droit International Public*. 3. ed. Paris: Domat-Montchrestien, 1948.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lobhauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*. 2. ed. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Ed. 34, 2000.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: de Castelo a Tancredo*. 2. ed. Tradução Mário Saviano Silva. São Paulo: Paz e Terra, 1988.



recebido em 28 ago. 2006 / aprovado em 19 set. 2006

Para referenciar este texto:

FERNANDES, P. A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 237-255, 2006.

