

A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS E A ELABORAÇÃO LEGISLATIVA DO IMPÉRIO*

Daniele Comin Martins **

Sumário: Introdução; 1. O Direito no Brasil Colonial; 2. O liberalismo pátrio; 3. A gênese do Estado Nacional; 4. A formação dos cursos jurídicos; 5. A elaboração da Constituição e da legislação imperial; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Introdução

Esta pesquisa busca reconstruir, de maneira bastante simples, o processo de construção da cultura jurídica no século XIX, tendo como seus principais elementos a “criação dos cursos jurídicos”¹ em nosso país e a elaboração da Constituição e da legislação Imperial.²

Parte-se da análise das condições prévias que possibilitaram o desenvolvimento desta cultura, ou seja, do entendimento da herança deixada pelo Período Colonial, cujas características irão influenciar profundamente o Império.

A segunda etapa deste trabalho visa à compreensão do fenômeno do liberalismo em solo nacional, cujos desdobramentos irão se refletir em práticas juridicistas e no próprio fenômeno do bacharelismo liberal, característica fundamental da cultura jurídica no século XIX.

A partir daí, inicia-se a análise da formação do Estado Nacional e, como bem assinala Antônio Carlos Wolkmer, de dois elementos determinantes em sua gênese e fundamentais para a cultura jurídica deste período: as escolas de Direito, responsáveis pela formação do aparato burocrá-

* *Paper* apresentado na disciplina “História das Instituições Jurídicas”, ministrada pelo Professor Doutor Antônio Carlos Wolkmer, no curso de Mestrado em Direito do CPGD/UFSC.

** Mestranda em Direito do CPGD/UFSC.

1 WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 80.

2 *Ibidem*, p. 80.

tico do Brasil e de uma elite jurídica própria, e a elaboração dos instrumentos legais, pilares da construção do Estado que se formava.³

Deve-se alertar o leitor que o viés crítico aqui adotado, bem como a análise privilegiando alguns enfoques, é escolha da autora, sem que com isso a totalidade deste fragmento da história do Direito no Brasil seja prejudicada.

1. O Direito no Brasil Colonial

Antes de adentrar no tema específico, sobre a construção da cultura jurídica no Brasil no século XIX, faz-se mister buscar o entendimento da herança colonial, cujo marco é determinante no desenvolvimento posterior da sociedade brasileira, tanto no Império quanto no Período Republicano.

Em linhas gerais, pode-se dizer que o Brasil colonial se consolidou como uma sociedade agrária baseada no latifúndio, na mão-de-obra escrava, existindo em função da Metrópole, como economia complementar.⁴ Estas características definiram a organização social daquele período, consistente em dois pólos distintos: “de um lado (...) uma elite constituída por grandes proprietários rurais”⁵ e, de outro, uma grande massa “de pequenos proprietários, índios, mestiços e negros”.⁶

Quanto à estrutura política, o período colonial concretizou-se com a incorporação do “aparato burocrático e profissional da administração lusitana”,⁷ sem qualquer vínculo ou identidade nacional, uma vez que o “funcionalismo” daquele momento era composto quase exclusivamente por portugueses.

Da mesma forma, o sistema judicial estava a serviço da metrópole, estando totalmente vinculado ao governo e existindo uma identidade entre a administração real e o poder judicial, usados para solidificar a autoridade monárquica.

3 Ibidem, p. 80.

4 Ibidem, p. 38.

5 Ibidem, p. 39.

6 Ibidem, p. 39.

7 Ibidem, p. 39.

Inicialmente, os magistrados lusos vieram trabalhar na colônia transferidos de Portugal, trazendo de lá uma herança de abuso de poder e de corrupção. Além disso, havia um grande distanciamento entre os juízes e a sociedade, o que fazia com que aqueles interpretassem a lei friamente, “sin preocuparse por las condiciones locales”⁸.

Com a Independência, muitos desses magistrados deixaram o Brasil, mas sua maioria apenas transferiu a lealdade que tinha ao antigo rei de Portugal para seu filho, comprometendo-se com seu constitucionalismo liberal.

Contudo, o espírito reformador que se difundiu imprimiu certa oposição ao sistema legal Português, criticando-o e gerando a necessidade de criação de faculdades de Direito para substituir a formação dada até então por Coimbra.

Importante falar-se, ainda, do patrimonialismo, característica histórico-política herdada já no período colonial por nossas relações públicas/privadas, inclusive na esfera jurisdicional.

Por patrimonialismo, “subtipo, na sociologia weberiana da dominação tradicional”,⁹ pode-se entender uma forma de dominação “em que não se diferenciam nitidamente as esferas do público e do privado”,¹⁰ sob a égide de uma ordem nominalmente racional-burocrática que encobre este tipo patrimonial.¹¹ Imposto de cima para baixo à sociedade, o tipo de dominação patrimonialista não admite “que ela se determine de dentro para fora, de baixo para cima. A chamada sociedade civil obedece, dessa forma, ao comando do poder, sem que se determine pelos seus conflitos internos”.¹²

A prática desta forma de dominação no Brasil ocorre “quando o poder público é utilizado em favor e como se fosse exclusividade de um estrato social constituído por oligarquias agrárias e por grandes proprietários de terras”,¹³ perpetuando uma dominação autocrática.

8 FLORY, Thomas. *El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871*. Control Social y Estabilidad Política en el Nuevo Estado. México: Fondo de Cultura Económico, 1986, p. 63.

9 FAORO, Raimundo. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. *Revista USP. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo*. São Paulo: n. 17, mar./abr./maio 1993, p. 16.

10 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 35.

11 Cf. FAORO, Raimundo, op. cit., p. 16.

12 Idem, p. 17.

13 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 35. (nota)

Como bem pontua Raimundo Faoro, “nessas circunstâncias, não é a sociedade civil a base da sociedade, mas uma ordem política em que os indivíduos ou são basicamente governantes ou governados. O soberano e seu quadro administrativo controlam diretamente os recursos econômicos e militares do seu domínio – que é também seu patrimônio”.¹⁴

Este fenômeno social permaneceu em nosso sistema político nos períodos pós-coloniais, vindo acomodar-se na mais bizarra das situações, quando conviveu, em tempos Republicanos, com o liberalismo, que é substancialmente adverso a qualquer forma de autocracia.

Em consonância ao patrimonialismo, o conservadorismo herdado de Portugal será outro elemento integrante da formação política e jurídica pós-colonial, uma vez que nossa metrópole era das mais retrógradas, distanciada das idéias renascentistas e mergulhada no dogmatismo eclesiástico da fé e da revelação.¹⁵

Esta “cultura senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, obscurantista e acrítica”¹⁶ vinda da metrópole solidificou-se no Brasil colonial, da mesma forma que as legislações deste período foram basicamente “importadas” de Portugal, formando um ordenamento jurídico que ignorava a realidade nativa, consolidado como um sistema anacrônico, voltado aos interesses da classe dominante.

Os reformadores que passaram a ocupar o cenário nacional com a Independência trouxeram inovações que se refletiriam na Constituição de 1824, principalmente vinculadas ao liberalismo. Contudo, as heranças lusitanas deixadas no Brasil irão se misturar a estes ideais liberais, o que imprimirá características peculiares na formação de uma cultura jurídica nacional.

2. O liberalismo pátrio

O liberalismo é um elemento-chave para o entendimento da cultura jurídica brasileira a partir do século XIX.

14 FAORO, Raimundo, op. cit., p. 16.

15 Cf. WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 43.

16 Ibidem, p. 43.

Esta análise buscará demonstrar alguns pontos fundamentais de sua contribuição para a formação do arcabouço legal positivo durante o Império e República, bem como para a formação de uma cultura jurídica própria, inexistente durante o período colonial.

Filosofia político-econômica, o liberalismo pode ser entendido como uma concepção de mundo que tem como base o individualismo, um movimento de idéias defensor da economia de mercado e do Estado mínimo.¹⁷

Nesse sentido, ensina Antônio Carlos Wolkmer, que a doutrina do liberalismo

(...)em grande parte cultivada por segmentos da burguesia em ascensão contra o absolutismo monárquico, não só reproduziu as novas condições materiais de produção da riqueza e as novas relações sociais direcionadas pela necessidade de mercado, como, sobretudo, tornou-se a expressão de uma liberdade integral presente em diferentes níveis da realidade, desde o ético até o social, o econômico e o político.¹⁸

Todavia, o liberalismo pátrio pouco se assemelhou ao liberalismo europeu, que foi, na sua gênese, revolucionário, perseguidor da igualdade e da liberdade, almejando o fim dos privilégios da aristocracia. No Brasil, o liberalismo foi absorvido pela oligarquia, pelos grandes proprietários de terras e pelo clientelismo vinculado à monarquia Imperial.¹⁹

Embora nosso liberalismo tenha sido, durante a Independência, uma luta contra o sistema colonial e contra a Coroa Portuguesa, ele significou a dominação das elites agrárias, numa peculiar convivência com as oligarquias e o escravismo.

Ideais de liberdade e igualdade como direitos inalienáveis do homem eram proclamados enquanto se pretendia manter a escravidão e a autocracia da classe dominante.

17 Cf. BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 7. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2.000, p. 128-130.

18 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 74.

19 Essa origem de nosso liberalismo é conhecida pela inexistência de uma Revolução Burguesa, que seria capaz de desenvolver uma Revolução Liberal como ocorreu na França.

Já para os estratos sociais que participaram diretamente do movimento de 1822, o liberalismo representava instrumento de luta visando à eliminação dos vínculos coloniais. Tais grupos, objetivando manter intactos e seus interesses e as relações de dominação interna não chegaram a “reformular a estrutura de produção nem a estrutura da sociedade. Por isso a escravidão seria mantida, assim como a economia de exportação”.²⁰

Assim, pode-se dizer que nosso liberalismo era conservador, praticado por uma elite agrária, antidemocrático e antipopular, convivendo com a escravidão e com a herança patrimonialista.

Na esfera jurídico-política, ele aparecerá na forma jurídicista, junção entre o liberalismo individualista e o formalismo legalista, cujos reflexos se darão na formação dos bacharéis, em nossas primeiras Faculdades de Direito, e também na elaboração do arcabouço jurídico-legalista do Império.

De fato, o liberalismo brasileiro foi, durante longo tempo, quase privilégio de uma categoria de homens: o bacharel, que se converteu em político profissional e procurou ascender ao poder por intermédio do partido. Bacharel que fez da política vocação (...). No entanto, contrariamente ao que ocorreu no mundo europeu ocidental, na sociedade brasileira a profissionalização da política não foi acompanhada da democratização da sociedade. No meu entender, a natureza quase exclusivamente jurídicista do liberalismo brasileiro e as características da vida acadêmica, no século passado, respondem pela formação desses intelectuais, pelo processo particular de profissionalização da política e pelo dilema democrático da sociedade.²¹

Este juridicismo, quando concretizado na avalanche legislativa que se iniciou no Período Imperial, teve uma alta carga formalista embutida, que “ocultava uma postura ‘autoritária e etnocêntrica’ do legislador da primeira metade do século XIX, com relação a certos segmentos marginalizados e excluídos da cidadania”.²²

20 Ibidem, p. 76.

21 ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizes do Poder: o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988 p. 75.

22 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 86.

3. A Gênese do Estado Nacional

A gênese do Estado Nacional brasileiro é mais um elemento importante para a compreensão da formação da cultura jurídica no século XIX. Seu estudo histórico mostra que o fenômeno da Independência do país não passou de um grande acordo entre as classes dominantes ante a uma situação insustentável, que era a permanência do colonialismo.

Efetivou-se uma aliança entre o poder aristocrático da Coroa, que permaneceu na regência imperial do país, com as elites agrárias locais, aliança esta que “permitiu construir um modelo de estado que defenderia sempre, mesmo depois da independência, os intentos dos segmentos sociais donos da propriedade e dos meios de produção”.²³

Além disso, a construção do Estado Brasileiro se deu às expensas dos princípios do liberalismo, de modo que toda a Teoria do Estado desenvolvida tendeu para um modelo liberal, no entanto, “adequado” à nossa realidade.

Não houve o fomento revolucionário do povo para Independência, e nem mesmo um amadurecimento histórico-político da nação unida capaz de fazer surgir o Estado. Ao contrário, este nasceu da imposição da vontade do próprio Império colonizador, instaurando-se a tradição de um intervencionismo estatal na esfera das instituições sociais, econômicas e políticas.

Nesse sentido, muito preciso é o argumento de Héliog Trindade, citado por Antônio Carlos Wolkmer, que sustentou que o Estado liberal brasileiro “nasceu” em virtude da vontade do próprio governo (da elite dominante) e não em virtude de um processo revolucionário’. O liberalismo apresentava-se, assim, desde o início, como ‘a forma cabocla do liberalismo anglo-saxão’ que em vez de identificar-se ‘com a liberação de uma ordem absolutista’, preocupava-se com a ‘necessidade de ordenação do poder nacional’²⁴, que seria feita com a elaboração de todo um aparato legal e administrativo para a concretização e manutenção do Estado.

Desse modo, a partir de 1822, os legisladores começaram a realizar uma alta produção legislativa (Constituição Federal, Código Criminal e de

²³ Ibidem, p. 40.

²⁴ Ibidem, p. 76.

Processo Criminal, Código Comercial, Lei de Terras etc.), enquanto que a formação de homens voltados à administração pública e ao aparato burocrático do Estado seria a função a ser desempenhada pelas Faculdades de Direito, criadas pouco tempo depois da Independência.

Assim, pode-se dizer que o Estado Brasileiro nasceu com o propósito da manutenção do sistema político vigente, realizando mera reforma da ordem antiga e não um processo de ruptura para o nascimento de um país independente e democrático.

O Estado Nacional, pois, formou-se sob a égide de um liberalismo “à brasileira”, nos moldes oligárquicos e com vistas à formulação de todo um arcabouço jurídico para sua legitimação. O papel do Direito foi, portanto, de instrumento de poder e de reforma para legitimar o novo estado autocrático, elitista e oligárquico.

4. A formação dos cursos jurídicos

A presença do bacharel em Direito é uma constante no cenário político nacional. Desde o Período Colonial o bacharel era um dos elementos utilizados pela metrópole para a manutenção de seu poder sobre a colônia. Nesse sentido:

(...)a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária e imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Frisa-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam.²⁵

Este bacharel, “filho de Portugal”, desse modo, tinha no Direito muito mais que uma profissão, “possuíam um estatuto, o de funcionário do estado, parte de uma elite identificada às classes dirigentes”.²⁶

²⁵ Ibidem, p. 68.

²⁶ ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima. **Advogado e Mercado de Trabalho**. Um Ensaio Sobre a Crise de Identidade Sócio-profissional dos Bacharéis em Direito no Brasil. Campinas: Julex, 1988, p. 33.

Mas com a Independência, bem como com as aspirações liberais que passaram a tomar conta do país, novos anseios emergiram no cenários político e jurídico, criando-se a necessidade de se formar uma elite burocrática própria, em que pese a permanência de alguns lusitanos que transferiram-se definitivamente ao Brasil integrando os quadros burocráticos do governo, quando houve a ruptura com Portugal.

Assim, a implantação dos cursos de Direito refletiu a exigência de formação dessa elite, o que se evidenciou até mesmo nas discussões na Assembleia Geral Legislativa, com os trabalhos do processo de abertura das duas primeiras faculdades:

Embora acanhados, esses primeiros debates já revelavam a preocupação que redundou na criação dos cursos jurídicos: o imperativo político de se constituir quadros para o aparelho governamental e de exercer pertinaz controle sobre o processo de formação ideológica dos intelectuais a serem recrutados pela burocracia estatal. De fato este objetivo inseriu-se no mesmo horizonte político que viu testemunhar o nascimento de alianças entre o estamento burocrático patrimonial e os liberais moderados, e que viu formar uma complexa teia de relações entre o Estado patrimonial e o modelo liberal de exercício do poder.²⁷

Pode-se dizer, portanto, que a formação de homens voltados à administração pública e ao aparato burocrático do Estado seria função a ser desempenha pelas Faculdades de Direito de São Paulo e Recife, criadas pouco tempo depois da independência, em 1827.

A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife (transferido de Olinda, em 1854), refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de colonizar o país. Nesse sentido, os cursos jurídicos surgiram, concomitantemente, com o processo de independência e de construção do Estado nacional.²⁸

27 ADORNO, Sérgio, op. cit., p. 88.

28 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 80.

A organização dos cursos de Direito acabou voltando-se muito mais para atender às necessidades do Estado Nacional que necessitava formar sua burocracia do que para atender às expectativas jurídicas da sociedade.

Configurou-se, desse modo, um desvio na finalidade das Faculdades de Direito, que será um dos principais fundamentos responsável pela formação do bacharelismo, “fenômeno político e sociológico responsável por algumas das dificuldades de articulação da sociedade brasileira, que permeia grande parte da história imperial e republicana”.²⁹

Em um cenário em que prevalecia uma cultura individualista e formalista-legalista, formar-se como bacharel em Direito significava não apenas preencher os cargos burocráticos do Estado, mas também obter ascensão social e poder influenciar na organização política e econômica do país.

A partir de 1828 iniciavam-se os primeiros cursos, e de forma ascendente a profissão e a figura do bacharel tornavam-se estimadas no Brasil. O prestígio advinha, no entanto, menos do curso em si, ou da profissão *stricto sensu*, e mais da carga simbólica e das possibilidades políticas que se apresentavam ao profissional do Direito. Com efeito, das fileiras dessas duas faculdades saíram grandes políticos – entre ministros, senadores, governadores e deputados –, pensadores que ditaram os destinos do país. Sinônimo de prestígio social, marca de poder político, o bacharel se transformava em uma figura especial em meio a um país interessado em criar elites próprias de pensamento e direção política.³⁰

Foco de poder patrimonial que se burocratiza, o bacharel se acomodou às necessidades do Estado, representando interesses das classes dirigentes e dominantes e ignorando os reclamos das camadas populares da cidade e do campo, numa prática acrítica e “valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios da cultura inglesa, francesa ou alemã”.³¹

Na verdade, a formação fornecida pelas Faculdades de São Paulo e de Recife não era adequada à realidade nacional. Ao contrário, trazia ilus-

29 FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 158.

30 SCHWARCZ, Lília Moritz. *O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Social no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 142.

31 WOLKMER, Antônio Carlos, *op. cit.*, p. 100.

trações dos publicistas europeus, com ênfase no liberalismo em um país escravocrata, de modo que tratava temas totalmente desconexos com o nosso meio social.

Além disso, o perfil essencialmente conservador do ensino jurídico acabou por situar estas Faculdades como instituições encarregadas de promover a ideologia jurídico-política liberal do Estado Nacional.

Foi a Academia de São Paulo que se constituiu como espaço de excelência do bacharelismo, fomentando uma cultura jurídica nos moldes do Estado, politicamente disciplinada conforme seus fundamentos ideológicos, tornando o bacharel “criteriosamente profissionalizado para concretizar o funcionamento e o controle do aparato administrativo; e habilmente convencido senão da legitimidade, pelo menos da legalidade da forma de governo instaurada”.³²

Mas inúmeras foram as dificuldades do ensino jurídico no curso paulista, tanto didáticas quanto administrativas, sendo que “parece pouco provável que a estrutura curricular tenha sido eficaz do ponto de vista pedagógico”.³³

O descontentamento diante do quadro do ensino atingia até mesmo a qualidade do corpo docente, cuja didática era quase inexistente, a assiduidade às aulas era mínima e os conflitos com os discentes permanentes, revelando um controle burocrático frágil do processo de ensino e de aprendizagem.

Desse modo, autores renomados como Venâncio Filho chegam a levantar a hipótese de que “esse ensino nunca existiu concretamente”.³⁴

Por tudo isso os alunos de Direito não apenas do Largo de São Francisco, mas também de Recife, acabaram privilegiando uma formação muito mais política do que jurídica, principalmente porque as atividades fora da academia eram muito mais intensas do que as realizadas em sala de aula. Nesse sentido, ensina Adorno que a formação jurídica-política “não se deveu, quando menos exclusivamente, aos conteúdos doutrinários, transmitidos em sala de aula”.³⁵

32 ADORNO, Sérgio, op. cit., p. 91.

33 Ibidem, p. 104.

34 Ibidem, p. 94.

35 Ibidem, p. 142.

Tornar-se bacharel em Direito significava, assim, muito mais dedicar-se ao periodismo e à atividade política do que engajar-se no exercício da advocacia. Na verdade, a erudição do bacharel nada mais era do que o simples uso da retórica, da fala ornamental e sofisticada, enfatizando o culto à linguística em detrimento do conhecimento da realidade social nacional.

Por isso, pode-se dizer que a atividade didático-pedagógica foi essencialmente política, trazendo

o aprendizado de que a militância política deveria ser orientada por critérios intelectuais. Aquilo que não se aprendia na sala de aula era, sub-repticiamente, ensinado na imprensa acadêmica. De fato, funcionando como tribuna livre para debates e discussões dos problemas nacionais – fossem no plano imediato da cidade ou no âmbito macroestrutural da sociedade –, a imprensa supriu com maior eficácia o fracasso a que as salas de aula se viram relegadas durante longas décadas.³⁶

Importante ressaltar-se que, ainda que as duas primeiras Faculdades de Direito do Brasil tivessem vários elementos em comum, a academia paulista teve como característica mais forte a presença do pensamento liberal, da prática burocrática e política e do veio artístico entre os graduandos,³⁷ enquanto que na Escola do Recife, o traço realmente marcante foi a preocupação com o estatuto científico do Direito, tendo nas escolas darwinistas sociais e evolucionistas seus modelos teóricos. Assim explica Lilia Schwarcz:

São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, enquanto a faculdade de Recife, mais atenta ao problema racial, teve nas escolas darwinistas e evolucionistas seus grandes modelos de análise. Tudo isso sem falar do caráter doutrinador dos intelectuais da faculdade de Pernambuco, perfil que se destaca principalmente quando contrastado com o grande número de políticos que partiam majoritariamente de São Paulo.³⁸

Há, ainda, que se atribuir características próprias à faculdade de Recife, embora entoando a temática da construção do Estado Nacional com a formação da elite burocrática, ela apresentou um agasalhamento marcante às influ-

36 *Ibidem*, p. 154-155.

37 Havia no Largo de São Francisco um forte movimento literário poético.

38 SCHWARCZ, Lilia Moritz, *op. cit.*, p. 143.

ências estrangeiras. “Seu estrangeirismo relaciona-se à presença do ideário liberal na e para a sociedade brasileira; fundamenta, também a visão inicialmente mais erudita do Direito que se forma na Escola do Recife”.³⁹

5. A elaboração da Constituição e da legislação imperial

Na caracterização da cultura do Direito e das instituições jurídicas de destaque do século XIX, a elaboração da Constituição e da Legislação Imperial tiveram grande importância, pois refletiram o contexto social e político de monocultura latifundiária, trabalho escravo e liberalismo à brasileira em que foram produzidas.

A Constituição Imperial de 1824 foi o primeiro grande documento normativo do período pós-independência. Ela teve por base as idéias e instituições formuladas na Revolução Francesa de 1789 e além da grande influência de Benjamin Constant, sendo, pois, marcadamente liberal.

Outorgada pelo Imperador em 11 de dezembro de 1823 e jurada em 25 de março de 1824, esta Constituição foi um instrumento de grande relevância para a formulação político-administrativa do Estado que surgia, institucionalizando uma monarquia parlamentar.

Uma das características peculiares da primeira Carta Magna é a existência de quatro poderes estatais: ao lado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário foi criado o Poder Moderador, inspirado em Benjamin Constant e completamente original.

A Constituição de 1824, fiel à direta lição de Benjamin Constant, autor que, na hora, ofusca Rosseau, situa no poder moderador “a chave de toda a organização política”, poder delegado “privativamente ao imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que, incessantemente, vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais poderes políticos” (artigo 98).⁴⁰

39 NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995, p. 110.

40 FAORO, Raimundo. **Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Globo, 1996, p. 290.

Este quarto poder conferia prerrogativas e amplos poderes políticos ao Imperador, sendo inédito em todos os outros Países. A Constituição, portanto, delegara-lhe o poder de uma representação não eleitoral dos interesses gerais de toda a nação, incluindo-se nele a possibilidade de interferências no Legislativo e no Judiciário, acumulando, ainda, a chefia do Poder Executivo. Nesse sentido, muito pontuais os ensinamentos de José Reinaldo Lopes:

Este poder [o moderador] incluía interferências no funcionamento do poder legislativo, seja nomeando os senadores, seja sancionando (e vetando, claro) as leis aprovadas ou dissolvendo a Câmara dos deputados e no Judiciário, nomeando os juízes ou suspendendo magistrados. O Poder Moderador não era defendido como um poder absoluto, mas como um remédio aos impasses do partidarismo, que se imaginavam inevitáveis na representação parlamentar (...). O imperador acumulava ainda a chefia do Executivo (artigo 102) exercida “pelos seus Ministros de Estado”, pela qual provia cargos públicos, inclusive nomeando bispos e administrando os benefícios eclesiásticos (cargos e rendas da Igreja oficial) e concedendo ou negando “beneplácito aos decretos dos concílios e letras apostólicas, e quaisquer outras constituições eclesiásticas que não se opuserem à Constituição”.⁴¹

No trecho transcrito pode-se observar também que foi assegurada constitucionalmente a ligação entre Igreja e Estado, existindo influência conservadora da Igreja Católica que legitimava o próprio poder régio,⁴² conseguindo benefícios para sua permanência através das concessões que lhe eram feitas pelo Estado.

Em relação aos direitos e garantias civis, a Constituição de 1824 garantiu-os àqueles que fossem sujeitos de direitos, excluindo os índios e negros escravos, numa postura autocrática e etnocêntrica do legislador daquele período.

Já os direitos políticos não eram assegurados a todos, sendo o voto indireto restrito a uma minoria, composta por homens livres, com mais de 25 anos, renda superior a cem mil réis, havendo maiores restrições

41 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História** – Lições Introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 284-285.

42 Já que o Imperador era tido como pessoa sagrada. Cf. *Ibidem*, p. 285.

econômicas e sociais em relação àqueles que poderiam ser escolhidos como eleitor para escolha de deputados e limites que aumentavam ainda mais para eleger-se deputado.⁴³

Este Diploma Constitucional de 1824, embora tenha se afirmado como liberal, apresentou uma ideologia liberalista somente “de fachada”, pois embora adotando a democracia popular como um de seus pilares ocultava a escravidão, excluía as mulheres e a grande maioria da população do país.

Em outro aspecto, vale frisar que a presença do patriarcalismo e do patrimonialismo são evidentes neste diploma legal de traços conservadores. Nesse sentido:

(...) outorgou o Imperador a Carta constitucional de 1824. Nela ficou selado o compromisso entre a burocracia patrimonial, conservadores e liberais moderados (...). Nela procuraram-se também fórmulas políticas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício do poder, relegando-se para um segundo plano preocupações em democratizar a sociedade brasileira.⁴⁴

Além da Constituição, durante o Império, foram promulgados os Códigos Criminal, de Processo Criminal, Comercial e de Processo Civil, além de leis esparsas, todos com características similares às que apresentamos sobre a Constituição, uma vez que produzidos sob as mesmas condições políticas ideológicas.

O Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal promulgado em 1832 refletiram as mesmas tendências da Constituição promulgada pouco tempo antes: idéias liberais e o iluminismo do século XVIII.

O Diploma Penal teve influência também dos Códigos Penais da Toscana e Francês, abrindo-se com uma parte geral sobre os crimes e as penas. Estas últimas iam da multa até a pena de morte, passando por espécies como o banimento, a privação de direitos políticos, a perda de emprego público, entre outras. Mas, sem dúvida, este Código seguiu os mesmos caminhos da Constituição conservando desigualdades, como a pena de açoites para os escravos (artigo 60) e a composição dos jurados com capacidade

43 Ibidem, p. 285.

44 ADORNO, Sérgio, op. cit., p. 61.

igual à exigida para ser eleito: “só os cidadãos ativos poderiam participar desta função considerada política”.⁴⁵

O Código de Processo Criminal completou a reforma liberal do sistema judicial do Império pós-independência, alterando substancialmente o direito brasileiro, pois pôs “fim, praticamente, ao sistema judicial antigo”,⁴⁶ introduzindo novidades como o Tribunal do Júri (Conselho de Jurados) e o *Habeas Corpus*. Este Código apresentou-se dividido em duas partes, a primeira reorganizava a justiça criminal, sua hierarquização e sua própria composição, num movimento de descentralização, e a segunda dispunha sobre o processo criminal.

Já no ano de 1841 promoveu-se uma reforma no Código de 1832, resultado da reação dos conservadores às mudanças liberais introduzidas no Diploma Processual Criminal. O núcleo das alterações era “a substituição das diretrizes judiciais descentralizadas por uma centralização rígida, poderosa e policialesca”,⁴⁷ reforçando-se a burocracia patrimonialista nacional.

O momento seguinte de elaboração legislativa no Império foi em 1850, com a aprovação do Código Comercial, que teve em seu contexto social e econômico muitas mudanças que contribuíram para que fosse editado 67 anos antes de nosso primeiro Código Civil, como o fim do tráfico de escravos, e principalmente o aumento das atividades negociais e do comércio.

Quanto ao Código Civil, embora determinado pela Constituição que fosse feito, ele nunca chegou a ser editado no Império, sendo três as tentativas de sua codificação durante este período. Já na República, mais dois projetos novos foram apresentados, sendo que o último, de Clóvis Beviláqua, tramitando desde 1899, foi sancionado em 1916 e passou a vigorar em 1917. Este Código, no entanto, já nasceu obsoleto, com traços fortes do patriarcalismo, do individualismo e do patrimonialismo nacionais.

Apesar de toda esta elaboração legislativa, no século XIX, o Direito brasileiro passou por dois problemas fundamentais, com reflexos na produção normativa: a escravidão e a questão da propriedade da terra, ambos vinculados ao latifúndio que “desde sempre foi um problema nacional e

45 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 289.

46 Ibidem, p. 289.

47 WOLKMER, Antônio Carlos, op. cit., p. 88.

que longinquamente nasceu sob a forma do exercício de direitos de propriedade do ponto de vista econômico e político”.⁴⁸

A colonização brasileira teve como ponto de apoio a distribuição de terras e, conseqüentemente, a base da sociedade brasileira tornou-se a agricultura. Neste primeiro momento o regime de propriedade de terras é o das sesmarias,⁴⁹ que vai de 1500 a 1822.

Tal sistema foi, contudo, extinto em 1822, quando passou a haver a simples posse ou ocupação sem qualquer disciplina do Estado.⁵⁰

O regime de posse permaneceu até 1850, quando foi promulgado um novo estatuto disciplinando a questão da terra, a conhecida “Lei de Terras”, um dos marcos no processo de institucionalização do país e de suma importância para o controle do governo sobre as terras e regularização da situação fundiária no país.

Quando olhamos para a história jurídica o ano de 1850 é efetivamente um marco. Antes dele, os fatos mais importantes haviam sido a outorga da Constituição de 1824, a criação dos cursos jurídicos de 1827, a edição do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal em 1831. Depois veio a Regência (...). Após a última revolução (1848, a Praieira), é que se começa a segunda etapa de institucionalização: projetos de Código Civil, Lei de Terras, Código Comercial, Comentários à Constituição do Império etc.⁵¹

Esta lei estabeleceu as seguintes normas sobre a ocupação da propriedade: a) proibiu a concessão gratuita de sesmarias; b) determinou o tamanho máximo para as “posses”, que não poderiam ser maiores que a maior doação feita no distrito em que se localizavam; c) definiu as terras devolutas, que seriam adquiridas mediante compra feita à Coroa feita em hasta públi-

48 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 352.

49 As sesmarias são doações de terras efetuadas pela Coroa, cujos domínios continuavam a ser seus. A finalidade era a de propiciar a ocupação e a exploração da terra, sendo doadas a quem tivesse capital e capacidade para desenvolver a agricultura. Este sistema conviveu com o sistema das Capitânicas Hereditárias, sendo que estas eram vastos latifúndios onde o capitão exercia poder de jurisdição, de administração e recebendo uma renda na forma de tributos.

50 Conforme ensina José Reinaldo Lopes, “no regime de sesmarias o sesmeiro recebe o título e vai tomar posse de sua terra; no regime de posse, o posseiro trabalha a terra e depois tenta receber o título. Assim, num caso o título antecede a ocupação efetiva, no outro dá-se o contrário.” In: *Ibidem*, p. 356.

51 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 257.

ca; d) definiu como terras devolutas as que não tivessem uso público nem título legítimo e particular, nem houvessem sido dadas em sesmarias revalidadas, bem como as que não tivessem posse legítima; e e) instituiu a necessidade do registro da terra possuída, através do pagamento de uma taxa, quando se concederia o título de proprietário da mesma.⁵²

Contudo, a Lei de Terras foi quase que um fracasso completo. Na corrida pelos registros públicos, os grandes proprietários efetivaram-no antes dos pequenos proprietários, por possuírem melhores condições financeiras, englobando em sua propriedade as pequenas propriedades encravadas em seu latifúndio, expropriando grande quantidade de pequenos agricultores.

No entanto, poucas sesmarias foram revalidadas e as posses legitimadas, conforme exigia a lei, o “governo abandonou completamente a inspeção das terras públicas em 1878”⁵³ e as invasões de terras públicas continuaram, sendo que novas posses foram efetivadas por meio de registros fraudulentos (a conhecida grilagem, que ocorre até hoje).

Por outro lado, aqueles que não conseguiam obter a propriedade da terra passaram a fazer parte de uma mão-de-obra livre, da qual o país passava a necessitar, com a iminente abolição dos escravos. Além disso, o dinheiro adquirido pelo Estado com as vendas das terras subsidiariam a imigração.

A lei proibindo o tráfico, decretada em 1831 sob pressão inglesa, não foi obedecida até 1850, quando uma nova lei foi decretada, novamente sob pressão da diplomacia britânica. Isso coincidiu com um período de grande expansão das plantações de café. Nessas circunstâncias, os latifundiários, cujos interesses estavam ligados às áreas em desenvolvimento, tiveram que recorrer à imigração como alternativa para recrutamento da força de trabalho. Ou então o tráfico interno de escravos. Não foi por acaso que a Lei de Terras de 1850 foi decretada no mesmo ano que aboliu o comércio de escravos.⁵⁴

Assim, a Lei de Terras refletiu não só um Estado preocupado com o controle da propriedade fundiária no país, mas também com o desenvolvi-

52 Cf. COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à Republica**: momentos decisivos. São Paulo: Ciências Humanas, 1979, p. 358-359.

53 HOLLOWAY, Thomas H. **Imigrantes para o Café**: Café e sociedade em São Paulo, 1886-1934. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 173.

54 COSTA, Emília Viotti da., op. cit., p. 145.

mento econômico que o Brasil passou a ter com a lavoura cafeeira e com a própria questão da mão-de-obra.

Contudo, ela não encontrou eficácia social, de modo que seus objetivos não se concretizaram, nem com o Estado conseguindo inibir a posse de terras públicas, nem influenciando uma imigração massiva com vistas ao fim da escravidão, que já se anunciava.

Conforme José Reinaldo Lopes, “em resumo, sem fazer cumprir a lei, o Brasil não conseguiu rivalizar outros Países que se abriam à imigração estrangeira: a qualidade das terras dos Estados Unidos era melhor, a escravidão já havia sido abolida (logo não havia a concorrência de dois regimes de trabalho no campo) e a facilidade de aquisição era muito maior”.⁵⁵

Já nos fins do século, com a República, nova Constituição foi promulgada, no ano de 1891. Entretanto, ela continuou a refletir as idéias liberais-conservadoras já consagradas pela primeira Carta Magna, sem qualquer vínculo com os anseios sociais ou com a participação das massas populares.

Assim, neste momento de transição entre uma sociedade fundada no escravismo para uma sociedade capitalista permaneceu a mesma estrutura político e social de latifúndio, poder oligárquico e ausência de democracia, apesar de ter ocorrido a ruptura republicana.

O Direito, mais uma vez, serviu de pilar de estruturação do Estado e os bacharéis continuaram a constituírem-se em atores privilegiados dentro da estruturação burocrática estatal.

Considerações finais

Sem a pretensão de esgotar a temática abordada neste texto, a análise crítica aqui realizada dos traços mais importantes da formação da cultura jurídica no século XIX visou levantar alguns pontos polêmicos capazes de ilustrar como o Direito Positivo Brasileiro se formou no nosso primeiro século como Estado independente.

Evidenciou-se neste trabalho que o Direito Nacional foi construído como parte de um grande arcabouço para a formação do Brasil como Esta-

55 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 359-360.

do, sendo eminentemente instrumentalizador do país que surgia, daí sua ligação com as elites dominantes e, ao mesmo tempo e de maneira bastante anacrônica, seu vínculo liberalista.

Demonstrou-se que não só a produção legislativa a partir da Constituição de 1824, como também a instituição das duas primeiras Faculdades de Direito para formação do corpo burocrático-administrativo do nosso Estado, são elementos determinantes para a formação de uma cultura jurídica em que ocorre a utilização do Direito como mecanismo de expressão do poder político e econômico, de modo que ele serviu permanentemente para manutenção dos interesses das oligarquias dirigentes.

Assim, categorias como o patrimonialismo, o patriarcalismo, o juridicismo e o bacharelismo e de acontecimentos como a implantação dos cursos de Direito e a promulgação da Constituição de 1824 foram elementos fundamentais para o entendimento da ordem que se colocava, em que a grande massa era excluída e não se podia falar em democracia.

Por fim, importante dizer-se que a “releitura” crítica de nosso Direito Positivo aqui apresentada a partir do entendimento da construção da cultura jurídica que se formou no século XIX e que deixou traços em nosso mundo jurídico até hoje possibilita seu questionamento a partir de sua própria gênese, único caminho de viabilização de uma sociedade democrática e de uma cultura do Direito mais voltada à realidade social.

Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio. **Os Aprendizizes do Poder:** o Bacharelismo Liberal na Política Brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de Lima. **Advogado e Mercado de Trabalho.** Um Ensaio Sobre a Crise de Identidade Sócio-profissional dos Bacharéis em Direito no Brasil. Campinas: Julex, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia.** 7. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2.000.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem:** a Elite Política Imperial. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

COSTA, Emília Viotti da. **Da Monarquia à Republica: momentos decisivos**. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

FAORO, Raimundo. **Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. Vol. 1. São Paulo: Globo, 1996.

_____. A aventura liberal numa ordem patrimonialista. **Revista USP. Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo**. São Paulo: n. 17, mar./abr./maio 1993, p. 14-29.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FLORY, Thomas. **El Juez de Paz y el Jurado en el Brasil Imperial, 1808-1871. Control Social y Estabilidad Política en el Nuevo Esrado**. México: Fondo de Cultura Económico, 1986.

HOLLOWAY, Thomas H. **Imigrantes para o Café: Café e sociedade em São Paulo, 1886-1934**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História - Lições Introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Social no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

NEDER, Gizlene. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das Arcadas ao Bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.