

**DISCURSO DE AGRADECIMENTO
PROFERIDO NA SOLENIDADE DE ENTREGA
DA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS
PELO PROF. DR. EROS ROBERTO GRAU,
EM 26 DE MARÇO DE 2003**

Sr. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. IVAN ALKIMIN,
Ilustres membros da mesa,
Minhas Senhoras, meus Senhores:

“Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições” – palavras pronunciadas por PAULO BONAVIDES, aqui neste mesmo salão, ao receber a Medalha TEIXEIRA DE FREITAS de 1998.

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.

Ontem, no século XIX, os Códigos.

TEIXEIRA DE FREITAS era um homem do seu tempo, com a visão, entretanto, aguçadamente voltada para o futuro. Por isso viveu conflitos, intensamente, ora privilegiando o respeito ao Estado de Direito – como se deu na polêmica com CAETANO ALBERTO SOARES, aqui no IAB¹ – ora deixando prevalecer a sua re-

1. SILVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas – o juriconsulto do Império*, Livraria José Olympio Editora, Brasília, 1978, pp. 85 e ss.

beldia – quando, por exemplo, na Consolidação das Leis Cíveis,² anotou:

“Cumpre advertir que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de – *escravos* –. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Cíveis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade; fique o – *estado de liberdade* – sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão o nosso – Código Negro –;”

E, após, no Esboço do Código Civil:³

“Para nós, para a civilização atual, todo homem é *pessoa* (...) Sabe-se que neste Projeto prescindindo da *escravidão* dos negros, reservada para um projeto especial de lei; mas não se creia que terei de considerar os *escravos* como *coisas*. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam *peçoas*.”

A coerência de TEIXEIRA DE FREITAS, em convicções e atitudes – e dela a expressão mais marcante encontramos no rompimento do contrato que celebrara com o Governo Imperial em 1859 – essa coerência fez dele, na dicção de JOÃO BAPTISTA VILLELA,⁴ um “estranho no ninho”.

E isso de modo tal que podemos afirmar que – ainda que não conhecesse a obra de VON JHERING, como é admissível su-

2. Cito a edição de 1885, Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, XI; refiro de ora por diante às páginas da Introdução pelos números romanos.

3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952, comentário ao art. 21, p. 24.

4. Registro comentário verbal do Professor VILLELA, em conversa pessoal que tivemos em novembro de 2002.

pormos⁵ – TEIXEIRA DE FREITAS concebia a afirmação do direito não apenas como um dever do indivíduo para consigo mesmo, mas também para com a sociedade.⁶

O Estado de direito era então conformado apenas pelas leis, a serem codificadas. Mas TEIXEIRA ia além, de modo que encontro em palavras suas o mote proposto por PAULO BONAVIDES, do qual me aproprio, tomando-o como guia deste meu discurso: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

Dizia ele:⁷

“A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma Monarquia absoluta, sob o predomínio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar às condições do sistema representativo.

Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas?”

A citação nos permite compreender – como anotou MIGUEL REALE⁸ – que TEIXEIRA DE FREITAS apreciava as leis por seu conteúdo variável e não por seu fixo enunciado verbal.

É que, por formação filosófica, era um juspositivista, embora humanista/realista.⁹ A realidade da vida é por ele apreendida como o substrato do direito.

Os fatos são a causa produtora de direitos, diz ele no *Esboço*,¹⁰ completando:

5. Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, “A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di SANDRO SCHIPANI, Cedam, Padova, 1988, p. 39.

6. *Der Kampf um's Recht*, Vierte Auflage, Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1874, p. 46.

7. *Consolidação das Leis Civis*, cit., VIII.

8. “Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas”, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., p. 46.

9. REALE, ob. cit., pp. 46-47 e NELSON SALDANHA, “História e sistema em Teixeira de Freitas”, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., p. 59.

10. Ob. cit., comentário ao artigo 431, p. 231.

“Sem fatos que engendrem direitos (...) não pode existir direito algum (...).”

Na *Consolidação*,¹¹ cogitando dos direitos civis, repudia os quiméricos estados de coisas que evocam tradições do Direito Romano, reproduzem más teorias do direito francês, mas nada tem de semelhante com a realidade da nossa vida civil. E prossegue:

“São aberrações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma applicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos.”

Por isso mesmo a fase que mais deve interessar ao legislador, segundo o nosso TEIXEIRA,¹² é a da violação dos direitos:

“O que seria do direito, se a sanção da lei não assegurasse o seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou de injustiça, mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade de violação do direito reclama uma serie de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inutil.”

Eis aí a antecipação de caminhos explorados pela sociologia do direito no século XX, sem os quais não passaríamos de meros leguleios. O direito, para ele, é bem mais do que um jogo de vidrilhos que se olha contra o sol, como hoje podem supor os que fazem leituras pedestres e/ou de segunda mão da obra de Kelsen.

TEIXEIRA buscava fazer a “ciência do direito”, sim – e obstinadamente, preso a rigores metodológicos bem delineados – mas sem afastá-la do mundo da vida.

Diz ele:¹³

“Examinar as leis em seus proprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as

11. Ob. cit., CXIX-CXXIX.

12. *Consolidação*, cit., CLXIII.

13. *Consolidação*, cit., X.

leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e consequências de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação.”

Essa substância viva é composta pela realidade – em rigor, é parcela da própria realidade – à luz da qual os enunciados dos textos assumem diversos conteúdos normativos.

TEIXEIRA era, seguramente, um homem do seu tempo, cujos olhos, não obstante, estiveram voltados para o futuro. O trecho, na *Consolidação*,¹⁴ no qual trata das “relações econômicas”, dá conta de sua percepção da transformação desencadeada pelo capitalismo, embora não tivesse à sua disposição, na realidade nacional, fatos suficientemente expressivos da instalação, entre nós, desse modo de produção social:

“A civilização moderna, que tanto se distingue por seus admiráveis progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama imperiosamente o movimento constante de toda a sorte de valores.”

Essas primeiras anotações sobre a obra de TEIXEIRA DE FREITAS – e quantas vezes ainda pronunciarei o seu nome esta noite! – essas primeiras anotações prestam-se bem a iluminar a análise da opção, por ele assumida, pela unificação do direito civil e do direito mercantil.

Nada digo, nem direi, de novo. O tempo me ensinou que tudo já terá sido dito. Há sempre um grego, ou um romano que, em matéria jurídica, refletiu antes de nós sobre todas as idéias novas que pensamos produzir. E se não o disseram gregos ou romanos, tê-lo-á dito TULLIO ASCARELLI ou outro jurista de seu porte. Desta feita é ORLANDO DE CARVALHO quem antecipa boa parte do que direi.

Não obstante, o tema há de ser enfrentado. Primeiro, porque esta noite celebramos TEIXEIRA DE FREITAS; em seguida, porque aí está o nosso novo Código Civil (aliás gestado no ventre

14. Ob. cit., CLXXIII.

da ditadura), cujas qualidades – estou certo disso – guardadas as circunstâncias e as relações temporais, ficam muito aquém das do Esboço.

Já na carta que em 10 de julho de 1854¹⁵ enviou ao então Ministro da Justiça, NABUCO DE ARAÚJO, anterior a sua contratação para elaborar a Consolidação, aludindo ao Código Civil que o § 18 do artigo 179 da Constituição do Império prometera, TEIXEIRA DE FREITAS afirmara que “Não se pode separar impunemente as partes de um corpo que deve ser homogêneo; o Código do Comércio, e o do Processo Civil, são o mesmo Código Civil; são partes integrantes dele”.

O Código Comercial, dizia,¹⁶ “é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que não façamos nada”.

Seu pensamento unificante era desde logo declarado.

E, na *Consolidação*,¹⁷ observava que dela excluía “as disposições excepcionais cujo complexo forma hoje o Direito Commercial”.

O Código Comercial, segundo ele,¹⁸ “não achando apoio na defectiva legislação civil que temos, contém muitas materias de Direito Commum, que não lhe pertencem”.

Note-se que TEIXEIRA DE FREITAS¹⁹ pretendia estabelecer um Código Geral que, propedêuticamente, encerrasse noções preliminares que servem para a interpretação de todas as leis e todas as definições necessárias à determinação de “força obrigatória para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras técnicas”, sem o quê não haveria lei boa e reinaría permanente incerteza na administração da justiça. “No Código Geral – dizia – as leis que ensinam, nos outros códigos

15. O texto da carta está transcrito em SILVIO MEIRA, ob. cit., pp. 98-100.

16. Idem, p. 99.

17. Ob. cit., XII.

18. Idem, ibidem, nota de rodapé.

19. Carta de 20 de setembro de 1867 ao Ministro da Justiça, MARTIM FRANCISCO RIBEIRO DE ANDRADE, in MEIRA, ob. cit., p. 376.

as leis que mandam. O Código Geral para os homens de ciência, os outros códigos para o povo”.

Assim como em afirmação da atualidade de TEIXEIRA, sua proposta foi recentissimamente acolhida no Projeto argentino de Código Civil unificado com o Código de Comércio, de 1998.²⁰

Desejava a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial porque concebia este último como um direito de exceção e favor que, na dicção de ORLANDO DE CARVALHO,²¹ “privilegiando a fortuna mais duvidosa e inescrupulosa – a ‘*res mobilis, res vilis*’, a circulação sobre o consumo –, constituía uma afronta para as verdadeiras sedes da riqueza, que permaneciam esquecidas pelo direito do seu tempo”.

Tem razão ORLANDO DE CARVALHO²² quando sugere que, ao rigidamente vincular-se a certos dogmas, qual o da oposição “pessoal/real”, nosso codificador fazia uma escolha metódica inspirada no desígnio de lutar pela propriedade da terra, pelo Brasil do interior contra o Brasil litorâneo.

É que TEIXEIRA DE FREITAS acreditava na força transformadora do direito, capaz de reconformar a realidade,²³ e estava convencido de que as “exceções, favores, e liberdades, em favor do commercio”²⁴ veiculadas pelo Código Comercial menosprezavam as atividades agrícolas, que caracterizavam a economia brasileira.²⁵

“Nosso paiz é agrícola – dizia²⁶ – e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilização do seu solo, a circulação de imensos valores que elle encerra, eis o mais importante problema á resolver”.

Dir-se-ia dele, à primeira vista, ter sofrido forte influência dos fisiocratas – concebia os imóveis como a “propriedade por

20. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, autores Héctor Alegria, Jorge Alterini, Atilio Alterini, Maria J. Méndez Costa, Julio Rivera y Horacio Roitman, Ed. Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1999.

21. “Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado”, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., p. 116.

22. Ob. cit., pp. 120-124.

23. Vide ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., especialmente pp. 117 e ss.

24. *Consolidação*, cit., CLXXVI, nota de rodapé.

25. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 108.

26. *Consolidação*, CLXXV-CLXXVI.

excelência”²⁷ – sendo-lhe profundamente antipática a influência de uma burguesia cidadina, que “de algum modo continua a especulação colonialista”.²⁸ Lembro, a esta altura, o episódio, ainda envolto em névoas, da sua participação na “Sabina-da”,²⁹ cuja feição nacionalista é significativa.³⁰

Em verdade, contudo, o que pretendia TEIXEIRA era – ainda nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO³¹ – a atribuição à agricultura de meios de desenvolvimento que lhe permitissem recuperar a posição de primazia no plano macroeconômico. Daí a observação de MIGUEL REALE:³² “No testamento de Teixeira de Freitas prevalece a idéia de desenvolvimento aliada à de ordem”. Era, no quadro e nos limites do seu tempo, um desenvolvimentista *avant la lettre*.

Observara que o crédito é o poderoso motor da rotação contínua que distribui os instrumentos da produção por todos os ramos de atividade, permitindo que os capitais se aproximem a todas as necessidades.

“Com o seu impulso – diz³³ – os capitaes fixos transformar-se-ão em capitaes rolantes, e o commercio e industria reproduzem quotidianamente suas forças.”

Eu ousaria afirmar que TEIXEIRA não se opunha à existência das exceções e favores que o Direito Comercial instrumentava; o que molestava terrivelmente o seu espírito era a exclusão da propriedade imobiliária – vale dizer, da produção agrícola – desse regime de exceções e favores. Desejava a extensão das vantagens do direito de exceção, generalizando-o, às atividades agrícolas.

27. *Consolidação*, LI.

28. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 109.

29. Vide SÍLVIO MEIRA, ob. cit., pp. 64 e ss.

30. Vide WANDERLEY PINHO, *História Geral da Civilização Brasileira – Tomo II – O Brasil Monárquico* (org. Sérgio Buarque de Holanda e Pedro Moacyr Campos), 2ª vol., 6ª ed., Rio de Janeiro, 1995, pp. 282-284.

31. Ob. cit., p. 116, nota 37.

32. Ob. cit., p. 43.

33. *Consolidação*, cit., CLXXIV.

Lembre-se que o Regulamento 737³⁴ não incluía na atividade de mercancia essa modalidade de exploração econômica. Entre parênteses: o novo Código Civil³⁵ não vai muito além, apenas permitindo que o empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão requeira inscrição no Registro das Empresas da respectiva sede... O fato é que ele não é novo, até porque não responde às exigências, de hoje, da circulação mercantil e do mercado.

O Direito Comercial nasce como um direito de classe. Já me queixei, anteriormente, de ASCARELLI. Vejam, na medida em que reproduzo uma de suas lições, como fui justo em meu inconformismo:

“(...) um direito fruto dos costumes dos mercados, que disciplina os negócios, ligado a um processo judicial que assume formas simples e expeditas (processos sumários e sumaríssimos, como se diz) em jurisdições especiais.

“O fenômeno da jurisdição especial liga-se, na verdade, estreitamente ao do direito especial. É a jurisdição especial, com seu processo próprio, que permite o desenvolvimento do direito comercial e lhe reforça a autonomia em confronto com o direito comum.

“Trata-se de um direito que podemos dizer de classe, tendo em vista quer a sua fonte, quer a sua aplicação, quer a sua jurisdição; e que encontra, aliás, paralelismo na frequência dos direitos de classe e jurisdições especiais na Idade Média.”³⁶

34. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737: “Considera-se mercancia: § 1º. A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2º. As operações de cambio, banco, e corretagem; § 3º. As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; § 4º. Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5º. A armação e expedição de navios”.

35. Art. 971.

36. ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, p. 21; utilizo a tradução de Fábio Comparato, em apostila para o curso de graduação na Faculdade de Direito da USP.

Direito especial – ou de exceção, segundo TEIXEIRA – ordenando normativamente os negócios mercantis, isto é, em substância, negócios de intermediação nas trocas;³⁷ instrumento jurídico voltado ao aumento da utilidade dos vários bens econômicos.³⁸ TEIXEIRA visualizava, já ao seu tempo, ao pretender trazer para o campo da produção e atividade agrícola as vantagens do giro mercantil, a possibilidade da constituição de mercados que hoje são chamados, em mais um barbarismo de linguagem, mercados de “agrobusiness”.

Pensava corretamente ao classificar o Direito Comercial – melhor seria se o chamássemos de Direito Mercantil – como direito de exceção ou privilégio.

Não percebera completamente, contudo – e isso não atribuo a falta de reflexão, mas sim às peculiaridades históricas e econômicas do Brasil no seu tempo – não percebera completamente o que ainda em 1821 não escapara, no quadro de outras circunstâncias, à análise crítica de ÉMILE VINCENS:³⁹

“Os princípios de todas as relações entre os cidadãos, de todos os contratos, de todas as transmissões de propriedade, estão no Código Civil. Um Código Comercial é uma lei especial que não substitui o Código Civil no que diz respeito aos comerciantes, mas contém as aplicações particulares que lhes respeitam; ou as derrogações que lhes são próprias. Estas duas leis estão necessariamente ligadas; como lei de aplicação, uma serve de suplemento à outra; como lei de exceção, ela está relacionada às regras gerais, que ela confirma no quanto não as excetue.”

As análises críticas são fundamentais. Elas é que permitem, sobretudo quando iluminadas pelas lentes instaladas pela perspectiva da História, o desvendamento das razões de institutos, instituições e teorias que os justificam. A do ato de comércio, que restringia o âmbito de aplicação do Direito Mer-

37. Dição de ASCARELLI, ob. cit., p. 8.

38. Idem, p. 22.

39. *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de Commerce*, tome premier, Barrois l'Ainé, Paris, 1821, pp. X-XI.

cantil,⁴⁰ funcionava como uma máscara para o privilégio de pessoas. A objetividade dos atos de comércio atuava como álibi do subjetivo, na reprodução de um discurso que afirmava ser acessível a todos o que, em rigor, era acessível apenas a alguns.

Isso não terá sido perfeitamente apreendido por TEIXEIRA DE FREITAS, embora tenha permitido que, no correr do tempo, ao primeiro VIVANTE se seguisse um segundo VIVANTE.

O mito unificador, hoje percebemos – apenas disso não se deram conta os autores do novo Código Civil (ou teriam plena consciência disso?) – o mito unificador serve, sem dúvida, como observa ORLANDO DE CARVALHO,⁴¹ “os interesses da ideologia do sistema de produção, mas não serve os interesses da sua inteligibilidade normativa”.

É uma lástima que, na via inversa de VELEZ SÁRSFIELD – SÁRSFIELD leu TEIXEIRA e tomou seu Esboço como modelo do Código Civil argentino – eles não tenham lido o texto da carta de 18 de dezembro de 1998,⁴² de envio ao Ministro da Justiça da Argentina, pela Comissão que o elaborou, entre os quais HORACIO ROITMAN e ATILIO ALTERINI, do Projeto de Código Civil unificado com o Código de Comércio argentino, na qual se afirma que a proposta nele contida não significa a absorção de um pelo outro, mas tão-somente a unificação substancial de ambos; não conduz ao desaparecimento nem do Direito Comercial, nem do Direito Civil, como disciplinas típicas.

Ao afirmar⁴³ que não se pode separar impunemente as partes de um corpo que deve ser homogêneo, ao afirmar que o Código do Comércio e o do Processo Civil são partes integrantes do Código Civil, TEIXEIRA DE FREITAS, nutrido em idealismo, expõe-se à crítica que mereceu de JOSÉ DE ALENCAR:⁴⁴

“Mudam-se de repente as instituições políticas de um país. Mas a sociedade civil, não há revolução que a

40. Reproduzo, aqui, a exposição de ORLANDO DE CARVALHO, cit., p. 132.

41. Ob. cit., p. 137.

42. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, cit., p. 5.

43. Na carta em 10 de julho de 1854 enviada a NABUCO DE ARAÚJO, in SILVIO MEIRA, ob. e loc. cit.

44. Relatório à Assembléia Geral Legislativa, em 15 de maio de 1869; in SILVIO MEIRA, cit., p. 383.

altere de um jato. Modifica-se por uma transformação secular.”

O Código Civil é codificação de preceitos normativos que ordenam relações sociais entre pessoas, simplesmente. Surge quando o Estado deles se apropria, produzindo direito posto.

Além deles, porém, também dos preceitos aplicáveis aos que praticam atos de comércio apropria-se o Estado. Nosso Código Comercial de 1850 era ainda medievo, embora consubstanciase um tipo de “código aberto”, por cujas frestas penetravam, fecundando-o, os usos e as práticas mercantis.

Desses preceitos – repito – também se apropria o Estado. Mas é certo que o substrato do sistema de Direito Comercial é integrado por dois tipos de normas: [i] aquelas originárias dos próprios comerciantes, em sua prática, e [ii] aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes.⁴⁵

O Estado “recebe” as primeiras, produzindo originariamente as segundas para, ao legitimá-las, compor aquela harmonia sem a qual não há mercados.

Hoje tudo compreendemos com maior nitidez.

Compreendemos que o mercado, tal como o conhecemos no modo de produção capitalista, é uma instituição jurídica, estruturada e conformada pelo direito posto pelo Estado; que o direito existe, no sistema capitalista, para tentar subjugar os determinismos econômicos, para viabilizar a fluência da circulação mercantil; que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e, nela, o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; que essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo.

Tudo isso, e mais, hoje compreendemos.

Compreendemos que o *Terceiro Estado*, a burguesia, apropriou-se do Estado e é a seu serviço que este põe o direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado.⁴⁶

45. Vide PAULA FORGHIONI, *O contrato de distribuição – Função econômica e análise jurídica*, tese de livre-docência na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, pp. 346-347.

46. Vide KARL POLANYI, *A grande transformação*, 2ª ed., trad. de Fanny Wrobel, Editora Campus, Rio de Janeiro, pp. 92-94.

O Estado, que inicialmente regulava a vida econômica da Nação para atender a necessidades ditadas pelas suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas,⁴⁷ agora o faz para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema.⁴⁸

No Brasil de TEIXEIRA DE FREITAS não se movia ainda o “moinho satânico” produzido pela Revolução Industrial, “moinho satânico” – lanço mão da expressão de POLANYI⁴⁹ – que triturou os homens, transformando-os em massa. Sociedade escravagista, essencialmente agrícola, não fornecia a TEIXEIRA fatos expressivos do modo produção capitalista, que engendrassem direitos adequados a esse modo de produção social. A realidade não lhe permitia compreender que, como observava MARX⁵⁰ contemporaneamente a ele, na sexta década do Século XIX, o capitalismo constitui as forças produtivas adequadas ao seu conceito e, daí, engendra sua dinâmica específica, a busca incessante da acumulação da riqueza abstrata.

A leitura do § 246 dos *Princípios da Filosofia do Direito*,⁵¹ de HEGEL – onde a alusão a uma determinada sociedade, a sociedade inglesa, que se lança à colonização de outras sociedades, antevista, mais adiante, em face da industrialização de todas as nações, a luta pelo mercado mundial⁵² – a leitura desse parágrafo de HEGEL tê-lo-ia encantado:

“Por esta sua dialética, a sociedade civil burguesa é empurrada para fora e para além de si mesma, sendo primeiro *tal* sociedade *determinada*, para ir em seguida procurar fora desta, em outros povos atrasados em relação a ela, quanto a meios – que por seu lado tem em excesso – ou muito simplesmente quanto a

47. Vide TULLIO ASCARELLI, cit., p. 24.

48. Ai o “duplo movimento” a que refere POLANYI, ob. cit. pp. 163-164.

49. Ob. cit., p. 51.

50. *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1859*, vols. I e II, 15ª ed., trad. de Pedro Scaron, Siglo Veintiuno Editores, México, 1987.

51. *Principes de la Philosophie du Droit*, seconde édition, trad. par Robert Derathé, J. Vrin, Paris, 1993, p. 252; traduzi.

52. Neste sentido, ERIC WEIL, *Hegel et l'Etat*, 7ª tir., J. Vrin, Paris, 1994, p. 99.

engenho técnico, consumidores e, portanto, os meios de subsistência necessários.”⁵³

Ou talvez mais fascínio ainda despertasse nele a leitura da entusiástica descrição do capitalismo feita em um manifesto de 1848,⁵⁴ no qual já descrita a epopéia do que hoje designamos “globalização”: a produção e o consumo de todos países tornando-se cosmopolitas mediante a exploração do mercado mundial; a base nacional sendo retirada das indústrias; as indústrias não empregando mais matérias-primas locais, mas matérias-primas provenientes das mais longínquas regiões, e seus produtos acabados não sendo mais consumidos somente *in loco*, mas em todas as partes do mundo, ao mesmo tempo; as antigas necessidades, antes satisfeitas pelos produtos locais, dando lugar a novas necessidades que exigem, para sua satisfação, produtos dos países e dos climas mais remotos; a auto-suficiência e o isolamento regional e nacional de outrora dando lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações; e isso valendo tanto para as produções materiais quanto para as intelectuais; os produtos intelectuais de cada nação tornando-se um bem comum; o espírito nacional tacanho e limitado tornando-se cada dia mais inviável, e da soma das literaturas nacionais e regionais criando-se uma literatura mundial; o rápido desenvolvimento de todos os instrumentos de produção e as comunicações impelindo todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a torrente da civilização.

A tudo isso, e a tanto, cumpre acrescentarmos a circunstância de TEIXEIRA, como observei inicialmente, ter sido um “estranho no ninho”. Embora se desse conta das transformações desencadeadas pelo capitalismo, seu pensamento encontrava apoio nos fatos existentes entre nós, dele não se podendo dizer que tivesse “as idéias fora do lugar”. Não pretendia por e repor idéias européias em sentido impróprio,⁵⁵ mas integrá-las à realidade brasileira.

53. Adoto a tradução de JOSÉ SARAMAGO (HEGEL, *A sociedade civil burguesa*, Edições Mandacaru, São Paulo, 1989, p. 138).

54. Refiro-me ao *Manifesto do Partido Comunista*.

55. Vide ROBERTO SCHWARTZ, *Ao vencedor as batatas*, 5ª ed., Livraria Duas Cidades – Editora 34 Ltda., São Paulo, 2000, p. 29.

Muito do que não compreendeu TEIXEIRA ao seu tempo, hoje podemos compreender. Mas nem todos, nem todos.

Compreendemos, com NATALINO IRTI,⁵⁶ que o mercado é um local de *circulação jurídica*. Mas compreendemos também que nem todos os fenômenos de *circulação jurídica* são fenômenos de mercado.

Muitos não percebem, os autores do novo Código Civil entre estes – eles confundem relações de sociedade civil com relações de mercado – muitos não percebem que o fato de o Direito Comercial ser fruto de formação autônoma, no âmbito de uma classe, permite o seu desenvolvimento no plano internacional, em obediência às suas próprias exigências.⁵⁷ Isso nos coloca diante de desafios fascinantes, que contrapõem as idéias de *Lex Mercatoria*, de uma banda, e de *nomos* da terra,⁵⁸ lugar e direito [geo-direito],⁵⁹ de outra.

Esse desafio, exacerbado pelo intento evidente, do imperialismo hegemônico global dominado pelos Estados Unidos, de produção de um Estado do sistema capitalista globalizado,⁶⁰ esse desafio haveria de ser por ele enfrentado com bem maior brilhantismo e eficiência do que poderiam ousar os que o sucederam nas tarefas de codificação.

Temo que muitos, muitos ainda não percebam que não haveria MARX sem que houvesse HEGEL, mas que o idealismo hegeliano abre novas perspectivas de esperança na História. Cada coisa a seu tempo, uma após a outra, como se atribuíssemos sentido dialético à série seqüencial dos números: o descobrimento do zero multiplicou as suas virtualidades; não haveria o dois na ausência do número um; nem haveria o trinta e cinco e, após, o infinito, sem que houvesse acontecido o trinta e quatro...

HEGEL é acusado de ter empreendido um raciocínio sem qualquer apoio empírico. “O que é racional é efetivo e o que é

56. *L'ordine giuridico del mercato*, quarta edizione, Laterza, Roma, 2001, p. 85.

57. Cf. TULLIO ASCARELLI, ob. cit., p. 12.

58. Vide CARL SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Greven Verlag, Köln, 1950.

59. Por todos, NATALINO IRTI, *Norma e luoghi – Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

60. Vide ISTVÁN MÉSZÁROS, *O século XXI – Socialismo ou barbárie*, trad. de Paulo Cezar Castanheira, Boitempo, São Paulo, 2003, p. 12.

efetivo é racional”, diz ele no Prefácio do *Princípios da Filosofia do Direito*.⁶¹ Leia-se *efetivo*, no entanto, não como o *real*, no sentido de uma realidade dada como objeto de simples verificação empírica, mas como resultado de um *processo* de efetivação do seu sistema, sistema que representa o desenvolvimento completo do Espírito.⁶²

Para HEGEL, a *Sittlichkeit* – vocábulo de difícil tradução em nosso idioma – *eticidade social*, há de ser vista como um *processo*, no qual se sucedem, dialeticamente, três momentos, *família, sociedade civil e Estado*.

Mas, embora o Estado esteja presente nos dois primeiros momentos da *eticidade social*, a *família* e a *sociedade civil*, apenas ganha *efetividade* quando venha a alcançar o seu desenvolvimento completo, encarnando uma forma concreta. A leitura dos §§ 257 e 258 dos *Princípios da Filosofia do Direito* seria, neste passo, fundamental.

O que pretendo contudo afirmar é o fato de o Estado hegeliano ultrapassar a verificação empírica da existência real de Estados de classe, cuja ação ainda se determina segundo leis e princípios particulares, ou seja, ainda não universais. O Estado hegeliano – digo-o esperando que o jovem MARX me perdoe – suprassume⁶³ a universalidade abstrata e os particularismos, atingindo a universalidade concreta, ou seja, a efetividade plena.

Lá certamente a humanidade chegará, quando os códigos ordenarem exclusivamente relações sociais de comunhão de escopo, quando todos os homens se referirem aos seus semelhantes simplesmente como “companheiros”.

61. Ob. cit., p. 55.

62. Cf. JEAN-PIERRE LEFEBVRE e PIERRE MACHEREY, *Hegel e a sociedade*, trad. de Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araujo Watanabe, Discurso Editorial, São Paulo, 1999, pp. 19-20.

63. *Suprassumir* como “desaparecer conservante”, para traduzir *Aufheben*, no sentido apontado por Paulo Meneses, tradutor de HEGEL na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Edições Loyola, São Paulo, 1995, nota do tradutor, p. 10). Vide MICHAEL INWOOD, *Dicionário Hegel* (trad. de Álvaro Cabral, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997, pp. 303-304), em especial o seguinte trecho: “*Aufheben* é semelhante à NEGAÇÃO determinada que tem um resultado positivo. O que resulta da suprassunção de algo, por exemplo, o todo em que ele e seu oposto sobrevivem como momentos, é invariavelmente superior ao item, ou à VERDADE do item suprassumido”.

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

TEIXEIRA DE FREITAS apreciava as leis por seu conteúdo variável, não por seu fixo enunciado verbal. Esse conteúdo, sabemos agora, varia em razão da realidade, de sorte que os enunciados dos textos normativos assumem diversas significações normativas à luz da realidade.

Eu diria mesmo, diante disso, que TEIXEIRA DE FREITAS intuía já, ao seu tempo, a distinção entre *texto* e *norma* – apenas ao final do Século XX plenamente discernida – e, seguramente, era consciente de que a hermenêutica do direito compreende a interpretação não somente de textos normativos, mas também dos fatos aos quais hão de ser aplicados e da própria realidade, no seu todo.

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

O mote proposto por PAULO BONAVIDES, do qual me aproprio, tomando-o como guia deste meu discurso, o mote proposto por PAULO BONAVIDES me conduz à contemporaneidade da Constituição do Brasil.

Sendo a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, pois, um dinamismo, a Constituição é [deve ser] contemporânea à realidade.

Logo, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza,⁶⁴ em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, desde que corresponda à natureza singular do presente,⁶⁵ é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, deverá ser interpretada/aplicada.

Para que seja assim, para que efetivamente corresponda – hoje, aqui e agora – à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e

64. Vide PONTES DE MIRANDA, *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo II, Bookseller, Campinas, 2000, pp. 151-152.

65. Vide KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 94.

regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da justiça social.

Ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, incumbe interpretá-la no quadro da realidade presente, atualizando-a, de modo que ela seja conformada a essa realidade, até porque apenas assim poderá manifestar-se a sua plena força normativa. Os fatos produzidos pelo momento histórico que vivemos nos convocam a tanto.

Explico-me.

A *compreensão* escapa ao âmbito da ciência. Compreender é algo existencial; é experiência.

E assim é porque a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que, entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido – os textos normativos, no caso da interpretação jurídica – e esse objeto, interpõem-se os mundos da cultura e da história.

Por isso, o que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo – um *objeto* – que não pode ser conhecido independentemente de um *sujeito*.

Partindo sempre de uma *pré-compreensão*, o processo de interpretação dos textos normativos ganha dinamismo, no seu momento seguinte, em um movimento circular, o *círculo hermenêutico*.

O resultado da interpretação – a norma – é produzido ao final deste percurso.

Mas a interpretação/aplicação do direito, e da Constituição, não é somente interpretação de textos normativos, porém também de fatos – e disso, repito, tivera consciência TEIXEIRA DE FREITAS.

O que, porém, ora desejo afirmar é a circunstância de o momento histórico que vivemos instalar um novo ponto de partida, um novo horizonte de *pré-compreensão*, construído e moldado desde a manifestação do sufrágio popular no dia 27 de outubro de 2002. Manifestação do sufrágio democrático e renovador que marca, indelevelmente, a chegada de novos tempos, novos rumos.

Desde esse novo horizonte de *pré-compreensão* desdobre-se o movimento circular que compõe o *círculo hermenêutico*, findo o qual a contemporaneidade da Constituição de 1988 é afirmada: ela é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora deverá ser interpretada/aplicada.

A Constituição do Brasil fará por nós, pela sociedade brasileira, o que formos capazes de fazer no sentido de conformá-la à natureza singular do presente.

No poema “Buena-dicha geográfica”, de RAUL BOPP,⁶⁶ uma cigana, em 1926, lê a mão do Brasil. Após ter mencionado o Amazonas, o São Francisco – a linha da inteligência – o Iguaçu, a cigana se detém em um risco fundo que atravessa a mão do Brasil, de baixo para cima, dizendo ser aquela a linha do coração e concluindo: “Você ainda há de ser muito feliz, menino/Essa linha... é a marcha da Coluna Prestes”.

Glosando o poeta, hoje, aqui e agora direi que mais, muito mais do que parâmetro de apuração da constitucionalidade da legislação infraconstitucional, a Constituição marca profundamente, na palma da mão do Brasil, o desenho do nosso futuro. Um futuro muito feliz.

Alcanço já, em boa hora, o final deste discurso excessivo, mesmo porque determinara a mim mesmo, por instâncias familiares, não fosse ele longo e maçante. Acabou sendo, como me dizem vossos olhares...

Seriam indispensáveis, porém, ainda algumas breves palavras sobre o momento de tensão que vivemos, a paz ameaçada pela estupidez dos poderosos.

Permito-me repetir o quanto disse eu mesmo em outubro de 2001, aqui no Instituto: “estamos todos convocados a modificar as cores do mundo. A escuridão tenebrosa do terror e os tons acinzentados dos tempos de guerra pelo azul luminoso da serenidade; as cores de sangue derramado inutilmente por um amarelo pleno de pigmentos, escandaloso como o amarelo da gema e do ipê, vigoroso como o amarelo sensual, e seu perfume bergamota, dos junquinhos; quente como o calor do sol, fonte da solidariedade. Cores com os multiplamente inefáveis

66. *Cobra Norato e outros poemas*, 6ª ed., Livraria São José, Rio de Janeiro, 1956, p. 115.

tons da harmonia, luzes, sons e perfumes que a anunciem, a paz. Vida, alegria, luzes, cores, sons e tons!”.

E, uma vez mais, suplico: a paz, senhores do mundo, em nome dos homens.

Quanto a mim, pouco desejo dizer.

Quero, porém, lembrar que em outra ocasião observei que no IAB encontro serenidade. Mas não aquela que se expressa em ócio, porém a de que se nutrem os que estão comprometidos com a transformação do mundo e se propõem a torná-lo mais justo – e a redimi-lo.

Tanto quanto o Direito, sempre tive ao meu lado a Poesia – até porque, para os primeiros povos, a língua da religião e das leis era a língua poética.⁶⁷ Fiz da Poesia a minha companheira de viagem.

Não obstante, jamais cantei apenas para passar o tempo.⁶⁸ Aprendi a sentir e a ouvir a Poesia nas coisas e nas pessoas mais simples. Sei hoje que essa capacidade de sentir e ouvir constrói as almas capazes de fruir o odor de terra molhada pela chuva e o perfume das flores e de mel pelas estradas. Por elas sigo.

Gostaria de dizer, a respeito de uma crônica de AFFONSO ROMANO DE SANT’ANNA,⁶⁹ que

É preciso [eu preciso] não chegarmos a ser completamente adultos,

De modo a não dependermos exclusivamente dos netos
Para reeditarmos nosso afeto.

Aqui no IAB tenho amigos generosos, aos quais devo o privilégio desta noite. Referindo-me ao Ministro EVANDRO LINS – que se foi, mas ainda nos guia⁷⁰ – agradeço a todos, a todos eles,

67. Cf. Vico, *Origine de la poésie et du droit (De Constantia jurisprudentis)*, trad. Catherine Henri et Annie Henry, Café Clima Editeur, Langres, 1983, p. 138.

68. Imagem poética na canção de JEAN FERRAT, “Je ne chante pas pour passer le temps”.

69. “Antes que elas cresçam”, in *Fizemos bem em resistir – Crônicas selecionadas*, Rocco, Rio de Janeiro, 1994, pp. 41-43.

70. Imagem poética no tango de MORAES e DISCÉPOLO, “Cafetín de Buenos Aires”.

bem assim a CELSO SOARES, que me saúda, pródigo em gestos e palavras, como é próprio dos que comungam de inabalável crença no ser humano. Seus contemporâneos nele reconhecem um expoente intelectual da sua geração. CELSO acaba de ser unanimemente eleito Patrono do Congresso Estadual dos Advogados Trabalhistas, a realizar-se na próxima semana, aqui no Rio.

Desejo guardar na intimidade os sentimentos e a ternura que me inspiram minha mãe, minha mulher, meus filhos, meus netos, bem assim a felicidade de tê-los, e a amigos queridos – se bem que nem a todos – junto a mim.

Não obstante essa reserva de intimidade, gostaria – mais do que isso: dizê-lo é essencial neste momento – gostaria também de, apropriando-me de um pedaço de verso de OLEGARIO MARIANO,⁷¹ gostaria de dizer que esta noite, ao final desta noite, ao adormecer, ouvirei a fala, comovida, do meu pai.

71. "Ao calor da lareira", in *Toda uma vida de poesia 1911-1995*, 2º vol., José Olympio, Rio de Janeiro, 1957, pp. 481-482.