

# ORIGENS DA CIÊNCIA DO DIREITO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

---

Sergio Nojiri\*

**Resumo:** *O autor efetua breve incursão histórica na cultura jurídica brasileira para demonstrar a grande influência do direito privado em seu desenvolvimento. Aponta a existência de desacertos, incongruências e anacronismos na aplicação do direito e faz um registro da evolução da legislação civil brasileira. Por fim, conclui que apesar dos avanços da técnica judicial, a formação do jurista e a produção da literatura jurídica pátria continuam dissociadas dos problemas e da realidade social, estando influenciadas por arcaísmos jurídicos próprios de uma sociedade individualista e agrária.*

**Palavras-chave:** *Direito privado. Legislação civil. Codificação. Formação profissional. Instituições ultrapassadas.*

**Abstract:** *The author gains a brief historical insight into brazilian juridical system to show the great influence of private law on its development. He calls our attention to the existence of mistakes, incongruities and anachronisms when enforcing the law, and analyses the evolution of brazilian civil legislation. Finally, he then conclude that in spite of the progresses of judicial techniques, the formation of a jurist's character and the production of juridical technical writings of the country are still dissociated from social problems and reality, being influenced by juridical archaisms own to an individualistic and agrarian society.*

**Keywords:** *private law. Civil legislation. Codification. Vocational training. Old-fashioned institutions.*

---

\* Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Juiz Federal.

## Introdução

Pretendo, neste pequeno ensaio, mostrar o desenvolvimento da ciência jurídica no Brasil, ressaltando a influência que os estudos jurídicos sofreram dos textos dos códigos, principalmente de Direito Civil. O objetivo é mostrar a relação existente entre, de um lado, a evolução da legislação civil e, de outro, o aprimoramento da doutrina.

Não é novidade que a pesquisa no campo do Direito privado dominou, por muito tempo, a mentalidade dos juristas de toda parte do mundo. Essa forma de encarar o fenômeno jurídico, sob um ponto de vista privatista, somente veio a se modificar recentemente.

Não é exagero algum afirmar que o estudo do Direito, até meados do século XIX, era predominantemente dominado por autores de formação civilista, salvo algumas exceções, como é o caso de Pimenta Bueno, nosso maior mestre de Direito Constitucional do período monarquista e autor da maior e melhor obra de direito constitucional do século XIX, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*<sup>1</sup>.

Mas, conforme dito, grandes nomes e importantes estudos de Direito Público eram exceção. A regra era que a ciência jurídica fosse identificada com trabalhos produzidos no campo do Direito privado.

Nessas breves linhas tentarei demonstrar o quanto herdamos, em termos de cultura jurídica, de uma legislação que, por muito tempo, deu enorme ênfase aos códigos de Direito privado.

## Primórdios

As origens do direito brasileiro encontram-se na história do direito português, do qual ele se separou.

O direito lusitano, segundo Pontes de Miranda, dividiu-se em oito épocas distintas, a saber: a) direito costumeiro puro; b) direito romano e

---

<sup>1</sup> Reale, Miguel. **Figuras da inteligência brasileira**, 2ª ed., São Paulo, Siciliano, 1994, p. 49. Sobre Pimenta Bueno, também conhecido como Marquês de São Vicente, as seguintes considerações de Miguel Reale: “Tinha ele (Pimenta Bueno), por certo, consciência das lacunas e deficiências da Constituição despoticamente outorgada por dom Pedro I, mas, convencido da impossibilidade ou da inconveniência conjuntural de substituí-la, ao invés de inutilmente debater contra ela, preferiu interpretá-la criadoramente, extraindo adequadas diretrizes de suas disposições e oferecendo uma visão sistemática capaz de esclarecer o espírito dos políticos, dos juízes e do homem comum. Essa é uma das notas distintivas dos grandes juriconsultos que sabem colocar até mesmo as leis más a serviço da paz e do desenvolvimento”.

direito costumeiro; c) direito do Código visigótico, *Codex legum* ou *Lex wisigothorum*, elaborado pelo XII Concílio de Toledo, e confirmado em 693, pelo XVI Concílio, e direito costumeiro; d) direito costumeiro, tradições romano-visigóticas, *forais* (respeito árabe à propriedade individual da terra); e) direito costumeiro, oriundo dos *forais*, *leis gerais* (influência do direito justiniano); f) Ordenações Afonsinas (1443), reforma dos *forais* pelo governo central (1500), sob D. Manuel; Ordenações Manuelinas. De 1446 a 1769 preponderaram, na subsidiariedade das fontes do direito, as glosas de Acúrsio e de Bártolo de Saxoferrato; g) Ordenações Manuelinas (1521). Leis posteriores reunidas por Duarte Nunes de Leão (Alvará de 14 de fevereiro de 1569), Ordenações Filipinas (1603), iniciadas e concluídas pelos reis espanhóis e revalidadas em 1643; h) Lei de 18 de agosto de 1769 que definiu a *boa razão* <sup>2</sup>.

Dessas antigas leis, nos interessam, de perto, as Ordenações Filipinas. Referidas ordenações, iniciadas por Filipe I e publicadas por Filipe II, dois reis espanhóis, foram, no Brasil, confirmadas com a Independência do país e, depois, com a República, resistindo a mudanças políticas e sociais. No Brasil, esteve em vigor até o ano de 1916,<sup>3</sup> perfazendo o total de trezentos e treze anos de vigência. As Ordenações Filipinas, portanto, regeram o país muitos anos após sua revogação em terras lusitanas.

As Ordenações Filipinas, retrato de uma época pré-científica (em termos jurídicos), sofreram ataque dos estudiosos de seu tempo, por suas contradições e incongruências. Coelho da Rocha teria dito:

Da mesma maneira que na Manuelina, foram adotados como subsidiários um e outro daqueles direitos e, na sua falta, as opiniões de Acúrsio e Bártolo, quando a opinião comum dos doutores não fosse contrária. Por esta maneira, ainda no século XVII veio a conferir-se autoridade extrínseca às opiniões, as quais desde o século anterior estavam desacreditadas, depois que os jurisconsultos, seguindo a escola de Cujácio, iam procurar as decisões na razão e no espírito das leis, sem cogitar das glosas ou opiniões dos seus antecessores: o que é prova de sobejo da incúria dos compiladores da Ordenação Filipina,

<sup>2</sup> Miranda, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 30-31.

<sup>3</sup> A Constituição brasileira de 1891, em seu art. 83, dispunha: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explícita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.

ou antes da decadência em que iam as letras e jurisprudência. O resultado dessa disposição foi que os juízes nas espécies duvidosas não consultaram mais a razão, nem a equidade; não aprofundaram as leis, nem recorreram ao seu espírito e analogia, contentando-se com fazer acompanhar as suas decisões de um longo préstito de autores, não só os juriconsultos, mas até moralistas e casuístas, o que na linguagem do tempo constituía opinião comum. Da mesma maneira, as alegações dos advogados reduziam-se, pela maior parte, à acumulação, tão extensa quanto fastigiosa, de remissões, quase sempre copiadas, e muitas vezes impróprias. A par deste vício, introduziu-se o outro de julgar pelos arestos e casos julgados, sem examinar escrupulosamente a identidade da espécie, nem os motivos legais da sentença, que se trazia para exemplo”<sup>4</sup>.

Essa maneira de aplicar as leis em Portugal, infelizmente, chegou às terras brasileiras, com todos os vícios a que tinha direito.

Desnecessário dizer que esse estado de coisas – desacerto da opinião dos doutos, com a mecânica citação de textos e de julgados, como se valessem a quantidade de citações e não seu conteúdo – exigia uma intervenção, que surgiu pela mão forte do Marquês de Pombal, que editou a Lei de 18 de agosto de 1769, denominada “Lei da Boa Razão”. A legislação pombalina, que dentre outras determinações mandou que se atendesse ao espírito da lei e que as glosas e opiniões de Acúrsio e Bártolo fossem desconsideradas em juízo, como era de se esperar, também sofreu severos ataques. Para José Homem Correia Teles as mudanças nas ordenações deixaram a jurisprudência em um arbitrário mais amplo do que era antes, já que as decisões estavam, a partir de então, deixadas ao arbítrio da *boa razão*.

De todo modo, o que se vê nesse período é uma doutrina e uma aplicação da lei segundo métodos primitivos, se comparados com o que estaria por vir.

---

<sup>4</sup> *Apud* Pontes de Miranda, *op. cit.* p. 43-44. Além das contradições apontadas, vale lembrar que a legislação penal prevista nas referidas ordenações, ainda que mais branda que suas contemporâneas, previam penas violentas tais como a pena de morte, o açoite, o confisco, o degredo, a mutilação, a marca de ferro, o fogo e as penas atrozias a arbítrio, além do tormento e da tortura, ainda que essas últimas tivessem de ser aplicadas com cautela.

## O processo de codificação no Brasil do século XIX

Com a independência do país, em 1822, impunha-se a iniciativa de uma atividade legislativa própria, que reconhecesse, de uma vez por todas, a soberania brasileira em relação a Portugal.

A primeira tentativa de construção de uma legislação própria surgiu da convocação, por D. Pedro I, de uma constituinte, mediante decreto de 03 de junho de 1822. Em 12 de novembro de 1823, o imperador proclamou sua dissolução, devido a preocupações políticas contra facções liberais mais exaltadas. Por conta disso, a nossa primeira carta política, a Constituição do Império do Brasil, de 11 de dezembro de 1823, só foi a nós *outorgada* em 25 de março de 1824, dia em que foi jurada pelo Imperador.

Logo depois surgiu o Código Criminal, promulgado em 16 de dezembro de 1830, cujo projeto foi elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos. Esse código revogou o Livro V das *Ordenações Filipinas*, ainda em vigor àquela época, implantando, nos termos do art. 179 da Constituição Imperial, a pessoalidade das penas, a abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e demais penas cruéis.

Apesar do inegável avanço em relação às Ordenações, o Código Criminal do Império manteve tipificadas como delituosas algumas práticas que, analisadas sob a ótica atual, são, sem dúvida, anacrônicas, tais como as previstas nos artigos 276 e 277, que proibiam a celebração de cultos de outra religião que não a católica e a zombaria de culto estabelecido no Império. Além disso, era crime propagar doutrinas que destruíssem as verdades fundamentais da existência de Deus (art. 278). Digna de nota é a possibilidade criada pelo Código de justificar crime praticado pelo marido contra a mulher adúltera, para a defesa da própria pessoa, ou de seus direitos, incluindo a liberdade, a honra, a vida e a fortuna<sup>5</sup>.

Após a abdicação de D. Pedro I, foi promulgado o Código de Processo Criminal de 1832, cujo projeto era da lavra de Manuel Alves Branco. Esse código trazia relevantes inovações no campo processual penal pátrio, incluindo a instauração de um Conselho de Jurados (tribunal do júri) e o recurso de *habeas-corpus*. Desaparecem os métodos de investigação criminal inspirados no direito anterior, tais como a devassa, de cunho inquisitorial, substituída por um juizado de instrução, fundado no contraditório, sob a direção de um juiz de paz, leigo e eleito.

<sup>5</sup> Lopes, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 288.

Em 1850 surge o Código Comercial. A nossa lei comercial foi consequência de um projeto elaborado por José Antônio Lisboa, Inácio Ratton, Lourenço Westin e Guilherme Midosi. Até o surgimento do Código Civil, o Código Comercial serviu como lei de Direito privado comum, já que tratava de assuntos como as nulidades, as disposições sobre a maneira de interpretar acordos etc. Nesse mesmo ano, 1850, desponta o Regulamento n. 737, que serviu de lei processual, até o aparecimento do Código de Processo Civil de 1939. Na realidade, o regulamento não trouxe grandes inovações, mas proporcionou sistematicidade e coerência ao ordenamento processual.

### **Teixeira de Freitas e a ordenação do Direito Civil**

Em meados do século XIX era opinião corrente entre os doutos a necessidade de organização da legislação pátria, que era esparsa e desordenada, além de conter numerosas leis conflitantes.

A solução encontrada, preliminar a uma codificação, foi a de se consolidar o direito vigente. Tal missão foi confiada a Teixeira de Freitas, o maior nome do direito privado brasileiro do século XIX. Essa monumental obra de racionalização do direito em vigor foi concluída em 1857, com a publicação da *Consolidação das leis civis*. Sobre essa obra, transcrevo trecho do parecer emitido por uma comissão do Ministério da Justiça, em 4 de dezembro de 1858, formada por Caetano Alberto Soares, José Thomaz Nabuco de Araújo (então Ministro da Justiça) e Visconde do Uruguai:

A comissão considera a Consolidação digna da aprovação, sinão do louvor, do Governo Imperial, pela fidelidade e clareza do texto, pela ilustração das notas respectivas, as quaes a fundamentam, e ao mesmo passo a regeneram dos erros e abusos da praxe; sendo que, dest' arte, a Consolidação, além do fim especial a que se destina, presta um serviço importante ao fôro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quaes, no vasio do direito patrio, acham largas para o arbitrio, adoptando muitas vezes como subsidiarias, por supposta ommissão de nossas leis, disposições que lhe são contrarias. <sup>6</sup>

Talvez o grande mérito de Teixeira Freitas tenha sido o de perceber

---

<sup>6</sup> Vampré, Spencer. **Interpretação do Código Civil**. São Paulo, Livraria de Officinas Magalhães, 1919. p. 273-274.

que a mudança da estrutura política do país, que passou de Império a Estado de Direito constitucional, implica mudança das leis civis do país.

Eliminando milhares de regras jurídicas que conflitavam com a nova ordem constitucional, a Consolidação, apesar de não ter se tornado um “código” no sentido estrito da palavra, exerceu, nos meios jurídicos nacionais, uma enorme influência. Segundo Miguel Reale:

A Consolidação, portanto, foi um código, ainda que sem formalismos, no qual Teixeira de Freitas depurou aquilo que, digamos assim, era o direito substancial do Brasil na época imperial.<sup>7</sup>

### **O Código Civil Brasileiro de 1916**

Após a obra de consolidação das leis civis, ganhou corpo a idéia de se cunhar um código constituído de leis civis genuinamente brasileiras.

A Teixeira de Freitas foi atribuída a tarefa de preparar um Projeto de Código Civil. Referido projeto não pôde ser levado a cabo devido a inúmeras dificuldades que acabaram por abalar seriamente sua saúde mental. Não obstante, do ingente esforço do mestre civilista, surgiu uma obra que serviu por vários anos como bússola do pensamento jurídico nacional, seu famoso “Esboço”. A grandiosa obra de Teixeira de Freitas (foram elaborados aproximadamente 5.000 artigos!) alcançou territórios estrangeiros, chegando a influenciar parte da legislação latino americana, reconhecidamente a argentina, que teve seu projeto de código civil baseado no trabalho de Vélez Sársfield, que nunca escondeu o fato de haver se servido do método e até mesmo de muitos artigos de lei de autoria do juriconsulto brasileiro.

Após a tentativa de codificação, acima mencionada, vieram os projetos de Nabuco de Araújo e de Felício dos Santos, seguidos pelo projeto de Coelho Rodrigues, até a derradeira tentativa de Clóvis Bevilacqua, que, como todos sabem, transformou-se, com sucesso, no Código Civil que por tanto tempo esteve em vigor no território brasileiro.

Curiosidade histórica, digna de nota, foi a polêmica instaurada pelo grande Rui Barbosa (para muitos o maior advogado de sua época), em relação ao projeto de código de autoria de Clóvis Bevilacqua, que foi por

---

<sup>7</sup> Reale, Miguel. **O projeto do novo código civil**, São Paulo, Saraiva, 1999, p.144. Fato interessante lembrado por ele, é que a Consolidação das Leis Civis foi publicada em francês como Código Civil do Brasil.

ele (Rui) atacado de forma duríssima. Ao ver de Rui Barbosa, o trabalho de Clóvis não observara as regras corretas da gramática, que ele considerava essenciais para obras dessa natureza. As batalhas literárias sobre a nossa língua, que se seguiram entre Rui Barbosa de um lado e Clóvis Bevilaqua e Carneiro Ribeiro de outro, apesar das interessantes e importantes discussões gramaticais nelas contidas, não tinham nenhum interesse propriamente jurídico. Como lembra Pontes de Miranda, preocupados com a forma, esqueceram-se do fundo<sup>8</sup>.

Deixando de lado as controvérsias gramaticais, a verdade é que esse Código Civil, a despeito da admirável obra de síntese e de adequação a seu tempo, realizada por Clóvis Bevilaqua, e do aprimoramento estilístico devido a Rui Barbosa, é resultado de sua época, vale dizer, de um período marcado por uma sociedade patriarcal e uma economia basicamente agrária, bem diversa da sociedade atual, tecnológica e de valores transitórios em que atualmente vivemos.

## O abandono do Código de Bevilaqua

Muita controvérsia se criou em torno da reforma do anterior Código Civil de 1916. Juristas do porte de Orlando Gomes eram contra a ampla substituição da legislação civil, preferindo as mudanças graduais e paulatinas, com a introdução de leis esparsas no ordenamento jurídico.

---

<sup>8</sup> A respeito, a opinião crítica de Pontes de Miranda: “Se, com a revisão de Rui Barbosa, ganhou, em forma literária, o Código Civil, perdeu, às vezes, em fundo. O orador brasileiro, ciceroniano, plástico, como todo espírito visual, tinha as palavras, em seus discursos, como elementos de decoração, como tijolos ou tocos de *puzzle*, de que sua facúndia tirava efeitos maravilhosos, ou bem os tratava, nas suas campanhas advocatícias e políticas, como simples grampos vistosos para segurar os raciocínios demagógicos da mais pujante capacidade sofística, na raça latina, dos últimos anos de então. Por isto, na revisão do Código, aparece insensível ao que dizem, dentro, os artigos; só os vê por fora. Espanta que um homem que viveu da sua profissão e da oratória parlamentar, em lutas de questões jurídicas, pudesse chegar a esse extremo de insensibilidade às idéias, às regras, qual o de ler e reler o Projeto de um Código Civil, como relator do Senado, e de escrever o *Parecer* e a *Réplica*, dois repositórios preciosos de boa linguagem portuguesa, sem se preocupar com o conteúdo dos dispositivos da futura lei civil. Daí sua flagrante responsabilidade em errados entendimentos de artigos, como se, por absurda cisão, àquele estilista onduloso e opulento, só a forma fosse sensível, e como se as palavras fossem, para ele, fins puros, e não meios. O artigo 1445, por exemplo, atesta esse descaso pela doutrina jurídica; nele o art. 510 do *Privatrechtliches Gezetzbuch für den Kanton* aparece deformado. Iguais desatenções, nos artigos 1119, 1343 e outros (...). Quanto aos erros de lingüística, houve um grave: pôs ‘o’ antes de usucapião, como se masculino fosse o instituto: é feminino em todas as línguas e no latim (*usucapio*), que o transmitiu aos Códigos e às próprias línguas”. *Ibid.*, p. 92.

Para o eminente civilista, que realçava em seu discurso as tensões e contradições da civilização industrial dos dias correntes, a substituição global de um Código Civil é atualmente um anacronismo, “*uma inutilidade prática, ou quando menos, um cometimento desaconselhado pelo comportamento exemplar nos países mais avançados da Europa relativamente à substituição dos respectivos códigos civis*”<sup>9</sup>.

Todavia, como se sabe, venceu a tese da reforma, com a revogação do Código Civil de Clóvis Bevilacqua. A respeito da aprovação do projeto de Miguel Reale, de 1975, no Senado Federal, transcrevo trecho do parecer do senador Josaphat Marinho:

A feitura do novo Código, se é difícil e polêmica, responde a necessidades coletivas, umas de natureza espiritual, outras de ordem econômica e social. Preciso é dar à vida, no seu conjunto, instrumentos normativos atualizados. Poderão não ser perfeitos, como não é o Projeto, mas representarão uma nova sistematização das normas reguladoras de fenômenos e relações que mudaram e estão em transformação. Observa Jean Carbonnier que ‘toda ciência sistematiza; mas o direito, sob certo aspecto, parece não ser senão isso’. Se a tendência é conservar o estabelecido, as necessidades de existência, e no pórtico de outro século, pedem mudanças adequadas, para o encontro de esperanças nascentes.

O atual Código Civil, portanto, a despeito das polêmicas criadas ao seu redor, é o mais atual conjunto de normas de natureza privada vigente no país.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> “O problema da codificação”, **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro, Aide e Com. de Livros Ltda., 1987, p. 121-135.

<sup>10</sup> Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. **O novo Código Civil Brasileiro**, (<http://www.usp.br/jorusp/arquivo/2003/jusp628/pag02.htm>). A respeito do novo código, opina: “Apesar de todas as críticas que se tem feito ao novo código, mormente nos últimos meses, ele possui muitos pontos altamente positivos, benéficos, avançados. Seria uma irresponsabilidade não admiti-lo, é claro. E há momentos, nessa nova lei, de absoluta beleza e vanguarda, demonstrando que é possível, no nosso país, se desenhar um corpo legislativo que pode se confrontar, em pé de igualdade, com os mais modernos e contemporâneos corpos legislativos de países do chamado Primeiro Mundo. Pena que ele, o nosso código, não seja assim por toda a sua extensão e abrangência. Acontece que os seus pontos de falha e de omissão, sujeitos a esse coro de críticas, empanam, por assim dizer, a beleza de outros segmentos, dada a preocupação grande que tais aspectos não-positivos são capazes de gerar”.

## A doutrina jurídica no Brasil

Visto o desenvolvimento do processo de criação de leis codificadas, de direito privado, cabe, agora, relacioná-lo com o concomitante progresso dos estudos doutrinários.

Não pode haver dúvida de que a transformação do principal objeto de estudo da doutrina, que são as leis positivadas, causa, direta e indiretamente, modificações em seu próprio método, podendo se afirmar a existência de uma relação e influência recíproca entre o observador (doutrina) e o objeto estudado (leis).

A esse respeito, não se questiona a enorme influência que as normas de direito privado tiveram sobre a nossa cultura jurídica no decorrer dos anos. Praticamente, toda matéria de relevância era objeto de estudo da doutrina privatista, inclusive matéria própria do que hoje se denomina Teoria Geral do Direito ou Filosofia do Direito. Basta ver, por exemplo, as normas constantes na Lei de Introdução ao Código Civil (Lei n. 4.657/42). Esse conjunto de leis, chamadas de *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, que se constitui um direito sobre direito, um direito coordenador de direito<sup>11</sup>, com uma dimensão normativa que vai muito além do estrito campo do direito privado, foi, por largo período de tempo, matéria própria para os estudos dos civilistas. Não é de se estranhar, portanto, que assuntos como a própria natureza do Direito, a questão de suas fontes, sua obrigatoriedade, além de assuntos como o preenchimento de lacunas normativas fosse, tradicionalmente, estudados por civilistas.

Nesta parte final do trabalho, pretendo demonstrar, sob essa perspectiva, como se deu essa relação entre a legislação e a doutrina pátria.

## A evolução e a transformação da doutrina jurídica no Brasil

Pode-se assinalar a década de 70, do século XIX, como sendo um marco de modificação nos estudos jurídicos do país. Foi com o aparecimento da chamada geração da *Ilustração Brasileira*, é que se começou a superar o *jus* naturalismo tradicional, herdado do velho direito português, que imperava até então.

A explicação para isso se deve ao fato de que, com a independência do país, nos separamos de Portugal e, por consequência, deixamos para

---

<sup>11</sup> Diniz, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*, São Paulo, Saraiva, 1994. p. 4.

trás o único centro de cultura do mundo de língua portuguesa, a Universidade de Coimbra. Importante lembrar que a primeira geração de legisladores brasileiros formou-se nessa instituição. Assim, diante da inexistência de uma universidade local, foi necessária a instauração de cursos jurídicos brasileiros, o que de fato ocorreu pela Carta de Leis de 11 de agosto de 1827. As primeiras faculdades de direito foram a de São Paulo e a de Olinda, posteriormente transferida para Recife (Decreto n. 1386 de 1854).

Embora nossas faculdades de direito tenham surgido por volta de 1827, passaram-se alguns anos até que se constituísse uma original e competente geração de juristas de formação nacional. Sobre esse período, vale a pena transcrever o seguinte trecho da obra de José Reinaldo de Lima Lopes, que bem ilustra o que estou querendo dizer:

Em resumo, até 1870, aproximadamente, as Faculdades de Direito não foram centros de debates. A vida cultural jurídica dava-se no foro ou na Corte. Quando o debate se acende, trata-se já de uma geração que virá, finalmente a fazer a República. As queixas contra os cursos foram muitas, como a falta de frequência dos professores, as fraudes nas listas de presença dos alunos, o dogmatismo e o tradicionalismo nas disciplinas. Os juristas desenvolvem, quando querem, uma espécie de autodidatismo, formam suas próprias bibliotecas. Tudo muito compatível com uma sociedade aristocrática, em que o espaço público da discussão das idéias e da cultura é quase que exclusivamente o salão, a casa particular, o espaço doméstico. Para que uma biblioteca universitária bem dotada se os juristas que estudam são tão poucos e podem formar cada um a sua própria biblioteca? E para que debater academicamente se o cargo de professor é um cargo público, cuja ocupação depende de redes pessoais de conhecimento nos centros de poder exteriores à academia? E para que muito estudo, se afinal o compêndio do curso precisa ser aprovado por outros? O resultado é a sobrevivência continuada de certas teses e tendências tradicionalistas: como por exemplo a aceitação não questionada do direito natural domesticado do século XIX, capaz de fazer conviver a Constituição com o escravismo e com uma religião de Estado, transportando para o direito tabus cujo desrespeito leva à reprovação.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Lopes, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 343.

Não obstante, eram das duas faculdades de Direito que surgiram os nomes mais representativos da cultura e da política nacional daquela época, como atestam os nomes de Gonçalves Dias, Álvares de Azevedo, José de Alencar, Castro Alves, Ruy Barbosa, Monteiro Lobato, Joaquim Nabuco, Tobias Barreto, Clóvis Bevilacqua, Sylvio Romero, Casimiro de Abreu, entre tantos outros.

De toda sorte, aquela forma de aprendizado jurídico e, conseqüentemente de produção doutrinária, foi marcada por características próprias do século XIX, no qual predominavam técnicas pedagógicas ainda muito apegadas ao Direito privado, descurando a evolução das idéias nascidas no seio do Direito público e da Teoria Geral do Direito.

Não se pode deixar de mencionar, neste breve relato histórico, a disputa política e ideológica sobre os Cursos de Direito, após a Reforma Francisco Campos, em 1931. Nesse período, o Curso de Direito foi contemplado com cursos de pós-graduação (Doutorado), com a finalidade de se criar um curso regular de formação de professores, específicos para a área jurídica, com estrutura acadêmica própria, que não existia desde a fundação dos próprios cursos jurídicos, em 1827.

Houve, nessa época, um grande conflito ideológico entre juristas e educadores de tendências diversas. Dentre os chamados “conservadores” estavam Francisco Campos, Haroldo Valadão e Gustavo Capanema; e no grupo considerado de “vanguarda” estavam Anísio Teixeira, Hermes Lima, Levi Carneiro e San Tiago Dantas. Basicamente era uma disputa entre aqueles que apoiavam a ditadura Vargas e os que se opunham a ela.

A disputa se deu entre o ensino conservador, marcado pela universidade estatal burocratizada, própria de um regime autoritário, e um ensino mais moderno voltado para a resolução de problemas sociais de sua época.

O resultado disso foi um ensino jurídico com uma grade curricular fechada e inflexível, calcado em antigos padrões, preso às concepções ideológicas ultrapassadas. A formação do jurista continuava dissociada dos problemas e da realidade social de seu tempo. Da mesma forma, não tinham as faculdades de Direito a liberdade de elaborar um currículo que pudesse atender aos anseios das necessidades da evolução da sociedade, tendo em vista que imperava o modelo do currículo fechado, imposto pelo Estado<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Ferreira, Vitor Hugo do Amaral. **A transformação do ensino jurídico no Brasil: os caminhos percorridos do Império à contemporaneidade.** <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6089>

De lá para cá as coisas não mudaram tanto.

Em pleno século XXI vive-se, ainda, sob uma forte influência de arcaísmos jurídicos próprios de uma sociedade individualista e agrária. O aprendizado de conceitos jurídicos nas escolas de Direito é, até hoje, no mais das vezes, uma transplantação de práticas advindas de obras escritas sob a luz do Código de Napoleão, importadas ao nosso contexto sem importantes adaptações culturais ou temporais.

Ainda que a técnica judicial tenha avançado, no sentido de se criar formas mais eficientes de resolução de conflitos, como, por exemplo, as ações coletivas com efeitos *erga omnes*, a verdade é que o processo ainda é visto e entendido como um instrumento que atende, primordialmente, interesses individuais, bem de acordo com as premissas do direito privado.

Outro problema diz respeito aos métodos de ensino jurídico nas faculdades de Direito. São, no mais das vezes, repetições de textos legais que, por sua vez, tiveram origem há mais de cem anos. É evidente que esse método, advindo da escola da exegese francesa, não mais serve aos interesses de uma sociedade moderna. Para comprovar essa assertiva, basta um olhar sobre os índices de aprovação (ou seriam de reprovação?) apresentados nos exames de ingresso para a OAB<sup>14</sup>.

Se nos valermos da classificação utilizada por Márcio Satalino<sup>15</sup> de disciplinas do *eixo de formação fundamental* (Ciência Política, Economia, Sociologia, Filosofia, Ética, etc.) e disciplinas do *eixo de formação profissional* (Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Civil, Penal, Processual, Comercial, etc.) e percebermos que a importância que é dada a cada uma delas na formação do estudante de direito, necessariamente teremos que concordar com o fato de que as primeiras, com caráter meramente introdutório, perdem seu sentido no decorrer do curso que, no mais das vezes, incute nos alunos preocupações de caráter estritamente profissional. É por isso que Márcio Satalino conclui que:

---

<sup>14</sup> Exame da OAB - pesquisa de Mesquita, Márcio Satalino, **O positivismo jurídico como fundamento da educação do bacharel em direito**, Dissertação de Mestrado, Inédito, p. 152 e 153. Foram avaliados três exames da OAB (exames 124, 126 e 135), para dizer que do total das questões analisadas, 67,05% comportam questões que podem ser encontradas diretamente no texto legal (exame 124 – 67,86%; exame 135 – 63,33% e exame 126 – 70,00%) o que equivale dizer que a maioria das questões veiculadas no exame de ordem exige do aluno apenas o “conhecimento” do texto de lei.

<sup>15</sup> *Ob. Cit.*, p. 156.

(...) não há a preocupação de que o ensino das disciplinas do eixo de formação fundamental realmente torne fecundo o ensino das disciplinas dogmáticas, propiciando a compreensão do fenômeno jurídico de forma integral.

“Em outras palavras, não há preocupação de que o ensino das disciplinas do eixo de formação fundamental realmente torne fecundo o ensino das disciplinas dogmáticas, propiciando a compreensão do fenômeno jurídico de forma integral”.

Por outro lado, a valorização das disciplinas do denominado eixo de formação profissional decorre do modo de memorização dos textos legais. Quando muito, consiste na verificação do conhecimento de conceitos doutrinários. Quase nada se exige, nas avaliações, de capacidade crítica do direito positivo, ou do conhecimento das determinantes sócio-econômicas de sua produção.<sup>16</sup>

É por essa razão que disse que até hoje se emprega e ensina um método desenvolvido no século XIX, para entender e interpretar o Direito atual. Esse vetusto método, que foi criado com vistas ao Código de Napoleão e sua doutrina, denominada escola da exegese francesa (*école de l'exégèse*), tinha como principal característica um exacerbado positivismo legalista, no qual a interpretação confundia-se com o próprio texto legal, uma vez que todo o Direito era nada mais nada menos que a lei<sup>17</sup>.

## Conclusão

Neste pequeno trabalho, não pretendi analisar os problemas da privatização do ensino jurídico e nem a sua conseqüente massificação. Apenas faço a constatação de que tanto o aprendizado quanto a produção da literatura jurídica pátria ressentem-se, ainda, de um forte legado privatista, advindo de instituições passadas e ultrapassadas, de um período colonial que não mais atende aos propósitos de uma sociedade contemporânea.

<sup>16</sup> *Ob. Cit.*, p. 158 e 159.

<sup>17</sup> Nojiri, Sergio. A Interpretação judicial do direito, São Paulo, -**Revista dos Tribunais**, 2005. p. 47 e seguintes.