

DISCUSSÃO PÚBLICA E FORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA: CONTRIBUIÇÃO METODOLÓGICA À HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRA

Judá Leão Lobo¹

Sérgio Said Staut Júnior²

Espero que esta apresentação do tema desencoraje a crença na ideia de que um livro sobre a teoria do direito é, antes de tudo, uma obra na qual se aprende o conteúdo de outros livros. Enquanto os que escrevem forem dessa opinião, haverá pouco progresso nessa matéria; e, enquanto for essa a convicção dos que os leem, o valor educativo da disciplina será muito limitado.

H. L. A. Hart.

RESUMO: Tendo em vista o debate historiográfico-jurídico em curso no Brasil, este estudo elabora uma proposta metodológico-argumentativa consistente em associar fontes cotidianas e eruditas na pesquisa da cultura jurídica brasileira, especialmente no caso daquela do século XIX. Investigando as origens de Da natureza e limites do poder moderador, sustenta-se que a discussão pública criava pensamento jurídico ao circular em imprensa, panfletos, tribuna parlamentar, chegando eventualmente a tornar-se livro. Uma argumentação forte e consistente sobre a cultura jurídica circulante no período, portanto, deve levar em conta tanto indícios eruditos quanto cotidianos, de forma a abrangê-la em sua complexidade.

Palavras-Chave: discussão pública; cultura jurídica; metodologia historiográfico-jurídica; argumentação.

INTRODUÇÃO

Ao menos no Brasil da segunda metade do século XIX, abrangendo tanto a monarquia constitucional quanto a primeira república, a cultura jurídica construía-se em parte por meio da discussão pública. O argumento adquire concretude no decorrer do texto, mas especialmente com a investigação das raízes político-constitucionais de um dos livros mais interessantes do período, assim como emblemático de seu momento histórico: Da natureza e limites do poder moderador³. Ressalvadas a desconfiança geral ante os excessos populares

¹ Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, no qual está vinculado ao núcleo História, Direito e Subjetividade. Editor-executivo da Revista da Faculdade de Direito UFPR. Professor de teoria e história do direito no Curso de Direito da Universidade Positivo. E-mail: juda.leao@ufpr.br

² Pós-doutor pela Universidade de Firenze (UniFi). Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). E-mail: sergiostaut@gmail.com

³ Trata-se de obra pouco conhecida e à qual ainda não foi dedicada a devida atenção. Cf. Vasconcellos, 1862. Livro encontrado na Biblioteca Digital do Senado Federal.

e, no Brasil, a restrição da sociedade politicamente organizada a elite ainda mais reduzida, o livro de Zacarias de Góes e Vasconcellos enraizava-se na opinião pública ampla e livre dos anos antecedentes a sua publicação, com destaque aos debates na imprensa e na tribuna parlamentar, espaços conexos em que a discussão pública circulava. Esse vínculo entre erudito e cotidiano perpassa todo o estudo e culmina numa proposta metodológica ajustada à complexidade do período histórico analisado.

Por arquivo, convém desde já definir, entende-se o conjunto de indícios encontrados em documentos históricos pertencentes à dimensão cotidiana da cultura jurídica (imprensa, panfletos, etc.), não espaços de memória, arquivos em sentido literal: lugares onde hoje se preservam e pesquisam documentos históricos. Por pensamento e história do pensamento jurídico, por outro lado, entende-se o conjunto de indícios encontrados em documentos pertencentes à dimensão erudita da cultura jurídica (sobretudo livros) e a história que se constrói principalmente sobre tais indícios, não ideias ou história das ideias. A problemática desta reflexão, nessa linha, consiste em questionar a dicotomia entre pensamento e arquivo. Seu objetivo, em elaborar uma proposta metodológico-argumentativa adequada ao estudo da cultura jurídica brasileira, demonstrando que, ao menos durante o século XIX, erudito e cotidiano apresentam amplas zonas de diálogo e não podem ser segmentados sem perda da complexidade histórica.

A metodologia proposta ao final da reflexão, ressalte-se, é também aplicada na análise de Da natureza e limites do poder moderador, encontrando no livro traços da discussão pública de que provinha. A conciliação metodológica de pensamento e arquivo não se contrapõe a uma metodologia historiográfica particular⁴. Antes, apresenta-se como síntese entre propostas metodológicas distintas: de um lado, a da história do pensamento jurídico, vinculada sobretudo a Paolo Grossi (1982/1983) e tendencialmente centrada em fontes eruditas; de outro, o paradigma indiciário, proposto por Carlo Ginzburg (1989a, 1989b, 2002) e tendencialmente centrado em fontes cotidianas. Ao menos à luz da cultura jurídica brasileira predominante no século XIX, uma e outra parecem ser complementares na compreensão de uma complexidade histórica irreduzível a dicotomias. A metodologia proposta contrapõe-se, no entanto, ao argumento de autoridade, à reprodução passiva e deferente do conhecimento, ao modelo argumentativo prevalente no direito brasileiro contemporâneo (RODRIGUEZ, 2013).

No intuito de iniciar a reflexão, expõem-se os pressupostos teóricos adotados na interpretação do processo de formação editorial da obra, marcado por etapas de discussão pública cada vez mais abstratas e desvinculadas das questões concretas de que tiveram origem. Tais pressupostos são extraídos de historiadores do direito como Pietro Costa, Carlos Petit, Maurizio Fioravanti, Ricardo Marcelo Fonseca, Luís Fernando Lopes

⁴ Embora se contraponha à história tradicional do direito presente nas introduções históricas, ou nos escorços históricos, predominantes nos manuais da dogmática jurídica. Nesse caso, porém, não se trata tanto de uma metodologia, quanto do puro e simples anacronismo.

Pereira e Christian Lynch. Da reflexão desses autores, provêm algumas premissas desta reflexão: constitucionalismo liberal (COSTA; ZOLO, 2006; COSTA, 2010; FIORAVANTI, 2009; LYNCH, 2014), cultura jurídica (FONSECA, 2007; FONSECA, 2006), circularidade da cultura jurídica (PEREIRA, 2012, p. 31-53), oralidade e perfil eloquente do jurista liberal (FONSECA, 2008; PETIT, 2012; PETIT, 2000).

Opinião pública foi caracterizada, por um lado, como categoria do pensamento constitucional; por outro, como complexo de figurações sociopolíticas (LOBO, 2015). Trata-se de aproximação historiográfico-jurídica da discussão pública, diferente do que em regra se tem feito na história, na ciência política e em outras ciências humanas. O recurso ao modelo viabiliza a investigação de Da natureza e limites do poder moderador sob outras luzes, compreendendo jornais, panfletos, discursos parlamentares e livros não apenas como manifestações vinculadas pelo mesmo debate público; também como chaves de acesso a uma realidade historiográfico-jurídica: a opinião pública como categoria constitucional encarnada num complexo de figurações sociopolíticas, cujo movimento integra o desenrolar cotidiano do processo político-constitucional e, ao mesmo tempo, produz cultura jurídica erudita.

Apontar as origens político-constitucionais dos argumentos de Zacarias de Góes e Vasconcellos, perceba-se, implica resgatar vestígios das raízes cotidianas de uma fonte do pensamento jurídico. Com isso, pretende-se elaborar argumento metodológico: a ampla esfera de diálogo entre fontes do pensamento e fontes de arquivo, ao menos na cultura jurídica prevalente durante o século XIX. A reflexão sobre método implica também uma proposta argumentativa. Em termos metodológico-argumentativos, de fato, o indício encontrado no arquivo confere força à reflexão baseada no pensamento ao comprová-la em detalhes e práticas; o modelo extraído do pensamento, por outro lado, areja a incursão no arquivo ao conferir-lhe conhecimento de fundo capaz de evitar uma leitura pedestre das fontes. Evita-se, assim, tanto a imposição de modelos eruditos a uma realidade mais complexa do que a síntese conceitual pode explicar, quanto a generalização apressada, consistente em tomar o indício particular por sintoma geral.

Da relação entre discussão pública e formação da cultura jurídica, pode-se extrair premissa relevante ao debate metodológico travado no âmbito da história do direito brasileira: se as categorias do pensamento, ao tornarem-se cotidiano, conformam o arquivo (como no caso da opinião pública), as figurações sociopolíticas, ao depurarem-se de cotidiano, também conformam o pensamento. A cultura jurídica circula por figurações mais ou menos formais, deixando vestígios em periódicos, panfletos, atas parlamentares, livros, entre outras possibilidades. Uma história do direito atenta às particularidades da cultura jurídica brasileira do séc. XIX, portanto, não deve contrapor livro e documento, erudito e cotidiano, alta e baixa cultura, por assim dizer.

FUNDAMENTOS HISTORIOGRÁFICO-JURÍDICOS

Embora este estudo pretenda contribuir com a discussão metodológica no âmbito da história do direito brasileira, uma de suas premissas reside na análise de obra fronteira de política constitucional, composta por panfleto, discursos parlamentares e resposta ao adversário político. Para compreender Da natureza e limites do poder moderador, convém tornar explícitos os fundamentos historiográfico-jurídicos a sustentarem sua análise. Apesar de ser espécie de antessala do próximo capítulo, o presente não deixa de contribuir à força do argumento principal, nem à coerência da reflexão. Desdobra-se em duas linhas, ambas conduzindo à compreensão densa do citado livro e, em última instância, à melhor fundamentação do argumento principal: a primeira centra-se nas particularidades das constituições liberais do século XIX, ressaltando seus vínculos profundos com a opinião pública; a segunda, na eloquência como particularidade da cultura jurídica do período, com destaque ao contexto brasileiro, em que o perfil do jurista eloquente parece ser realidade de longa duração.

Constituição Política e Opinião Pública

O constitucionalismo liberal do século XIX caracterizava-se pelo acento político, assim como pela desconfiança da participação popular (COSTA; ZOLO, 2006; COSTA, 2010; FIORAVANTI, 2009; LYNCH, 2014). Tinha-se por ideal a estabilidade do movimento político, com desenrolar equilibrado e harmônico dos arranjos institucionais. As constituições do período, nessa linha, seriam mais bem definidas como projetos de política constitucional, destinados a delinear a arena pública, delimitar a atuação dos poderes, instituir o sistema representativo e, em alguns casos, garantir explicitamente direitos e liberdades⁵. Toda a sua engenharia assenta numa concepção dinâmica, sendo o legislativo o mais relevante e temido dos poderes, sobretudo por estar mais suscetível aos excessos populares. Desse temor decorria uma série de medidas voltadas a restringir participação e influência da cidadania na política constitucional, como, por exemplo, a organização dos representantes em duas casas, o poder de veto conferido ao chefe de governo, o voto censitário condicionado a renda ou ilustração, a divisão dos direitos em políticos e civis, sendo estes amplos e aqueles restritos.

No período liberal, em síntese, "A constituição é, certamente, a norma suprema, mas tal norma possui natureza essencialmente política, exprimindo-se nela o grande pacto entre a monarquia e a nação, de cuja estabilidade tudo depende, inclusive a garantia dos direitos" (FIORAVANTI, 2009, p. 38)⁶. A análise das

⁵ Deve-se ressaltar que as práticas liberais do século XIX, tanto no Brasil quanto na Europa, tinham suas especificidades e contradições, muitas vezes em desacordo com as pretensões teóricas do liberalismo. Cf. HESPANHA, 2004, p. 5-20.

⁶ "La costituzione è certamente la norma suprema, ma tale norma ha una natura essenzialmente politica, esprimendosi in essa il grande patto fra la monarchia e la nazione, dalla cui stabilità tutto dipende, compresa la garanzia dei diritti." (Tradução livre). O autor menciona a monarquia por ter nela seu exemplo pátrio de estado liberal, desde a unificação da Itália até a queda da monarquia constitucional. Apesar disso, a lógica do argumento se aplica também às repúblicas.

constituições escritas, por isso, diria pouco sobre a densidade jurídica de qualquer contexto analisado durante o período (se é que chega a dizer muito em qualquer outro momento). A opinião pública realizada em figuras sociopolíticas, nessa linha, ocupa posição de destaque na compreensão da história constitucional brasileira do século XIX⁷. Hoje esquecida pelos juristas, essa categoria detinha centralidade no constitucionalismo liberal, integrando os arranjos institucionais projetados pelas constituições políticas.

Na esteira de sua constante preocupação com as liberdades de imprensa e discussão pública como mecanismo efetivo de estabelecer limites ao poder constituído (BENTHAM, 1821), por exemplo, Bentham escreveu um livro de síntese nos últimos anos de sua vida, no qual projetou um edifício constitucional lógico e coerente (BENTHAM, 1830)⁸. Fundava-se no mais relevante de quatro poderes, a autoridade constitutiva, amparada por um tribunal da opinião pública (BENTHAM, 1830, p. 33 e ss.). A centralidade conferida à opinião por um dos maiores filósofos do direito do período liberal não era gratuita. A categoria integrava o núcleo fundamental dos arranjos institucionais delineados pelas constituições. Tendo por fundamento trecho de Silvestre Pinheiro Ferreira, no qual resumia seu sistema constitucional em dois axiomas - "Independência e eleição nacional, para todos os poderes" e "Responsabilidade e publicidade de todos os actos" (FERREIRA, 1837, p. VIII)⁹ -, pode-se sustentar assentarem as constituições políticas em quatro pilares constitucionais: sistema representativo, separação dos poderes, publicidade e responsabilidade (LOBO, 2015, p. 20-37). Como categoria, a opinião pública realizava a responsabilidade pela publicidade de todos os atos e, ao fazê-lo, tanto estreitava o vínculo representativo quanto estabelecia limites e freios à atuação dos poderes constituídos. Tratava-se de uma das engrenagens basilares da política constitucional.

Embora nunca ou raramente presente em constituições escritas, a categoria despontava em várias oportunidades nos textos dos teóricos da política constitucional. Em seu famoso discurso proferido no Ateneu Real de Paris, por exemplo, Benjamin Constant expunha o tema das liberdades políticas restritas e das civis amplas, justificando a divisão da cidadania em ativa e passiva. Sem dicotomias, no entanto. Uma vez constituídas, sublinhava Constant, as instituições públicas deveriam "consagrar a influência dos cidadãos sobre a coisa pública, chamá-los a participar, por meio de suas determinações e preferências, do exercício do poder, garantir-lhes um direito de controle e supervisão pela manifestação de suas opiniões (...)"¹⁰.

⁷ Para análise muito mais profunda do que a que se pode fazer nos limites de um artigo metodológico, cf. LOBO, 2015, especialmente o primeiro capítulo. Os seguintes apenas verticalizam e comprovam aspectos delineados no primeiro. Sobre o tema, cf. também LOBO; PEREIRA, 2014.

⁸ Ambos os livros de Bentham foram encontrados no Google Books. Nesse e em tantos outros casos no decorrer da reflexão, o espaço de memória adquire toda uma nova dimensão de publicidade.

⁹ Igualmente disponível no Google Books.

¹⁰ "(...) elles doivent pourtant consacrer leur influence sur la chose publique, les appeler à concourir, par leurs déterminations et par leurs suffrages, à l'exercice du pouvoir, leur garantir un droit de contrôle et de surveillance par la manifestation de leurs opinions (...)." (Tradução livre. CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>>. Acesso em: <23/04/2015>). Sem destaques no original.

Seria ainda Constant, dessa vez em *Principes de Politique*, a esclarecer o vínculo entre opinião pública e arranjos constitucionais, novamente no intuito de justificar a limitação dos excessos populares. Tal limitação seria garantida, "primeiro, pela força que garante todas as verdades reconhecidas, pela opinião: depois, de maneira mais precisa, pela distribuição e equilíbrio dos poderes" (CONSTANT, 1872, p. 16)¹¹. Em sincronia com a separação harmônica dos poderes, a opinião moderava a atuação do poder constituído não apenas ante as demandas populares, tornando-o menos permeável a elas; também ante os excessos do próprio poder constituído, pode-se acrescentar. Silvestre Pinheiro Ferreira confirma a possibilidade do acréscimo e vai ainda mais longe ao adotar o termo elaborado por Bentham: "há faltas pelas quais [os representantes] podem ser encaminhados às autoridades encarregadas de conhecê-las e infligir a pena decretada pela lei; e há outras que somente pertencem ao tribunal da opinião pública" (FERREIRA, s./d., p. 16)¹².

Assim como entre autores europeus, a categoria era importante à reflexão dos juristas inseridos no processo político-constitucional brasileiro. Pimenta Bueno escreveu frase emblemática sobre a opinião pública, afirmando ser ela o tribunal da responsabilidade moral (PIMENTA BUENO, 1857, p. 338). Chegou, inclusive, a oferecer elenco de figurações sociopolíticas pelos quais ela se manifestava: "Em um paiz livre, que tem os recursos da imprensa, o direito de petição, a faculdade eleitoral, o poder da tribuna, é mais que difícil conceber perigos ou opressão tal que estabeleção uma collisão extrema" (PIMENTA BUENO, 1857, p. 420)¹³. Tendo em vista a finalidade desta reflexão metodológica, não caberia ampliar o rol de exemplos nacionais, embora fosse possível. Basta perceber a importância da opinião pública em distintas tradições jurídicas do período, assim como sua centralidade às constituições políticas.

Ainda que, como categoria, a opinião possa ser considerada una, na perspectiva dinâmica do processo político-constitucional ela se realiza em diferentes espaços de discussão pública, sendo imprensa e tribuna parlamentar suas figurações¹⁴ mais relevantes para a reflexão proposta. Como figurações sociopolíticas estruturantes da discussão pública, estavam intimamente vinculadas e constituíam mecanismo de circularidade dos debates, fato observável não tanto nos argumentos, quanto na estrutura editorial do livro de Zacarias de Góes

¹¹ "La limitation de la souveraineté est donc véritable, et elle est possible. Elle sera garantie d'abord par la force qui garantit toutes les vérités reconnues, par l'opinion: ensuite elle le sera d'une manière plus précise, par la distribution et par la balance des pouvoirs." (Tradução livre). Sem destaques no original. Livro encontrado na Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

¹² "Los miembros del parlamento nacional, como todos los demas funcionarios públicos, están sujetos á dos especies de responsabilidad; porque hay faltas por las cuales pueden ser llevados ante las autoridades encargadas de conocer en ellas é infligir la pena decretada por la ley; y hay otras que solo pertenecen al tribunal de la opinion pública." (Tradução livre). Sem destaques no original. Livro encontrado na Biblioteca Digital Ardies da Universidade Nova de Lisboa, por indicação do Professor António Manuel Hespanha.

¹³ Sem destaques no original. Livro de propriedade de um dos autores.

¹⁴ Por figuração, entendo o conceito elaborado por Norbert Elias no intuito de romper a dicotomia entre indivíduo e sociedade. A realidade social é construída por indivíduos, e as individualidades se conformam na vivência social, na participação em diversas redes de interdependência, ou figurações: "É esse o caso quando falamos que homens singulares formam entre si figurações de tipos diversos, ou que as sociedades não são nada mais que figurações de homens interdependentes." (ELIAS, 1994, p. 43).

e Vasconcellos, conforme se argumenta na sequência. A relevância da tribuna e da imprensa à história do direito brasileira, portanto, não se resume à realização de uma categoria do pensamento constitucional, ampliando-se ao fato de serem ambas espaços de circulação e formação da cultura jurídica.

Eloquência e Cultura Jurídica do Século XIX

Convém definir cultura como fluxo de figurações em que os indivíduos herdam "padrões de comportamento" (PEREIRA, 2012, p. 44) socialmente estabelecidos, ao mesmo tempo que atuam criativamente com base neles e sobre eles, chegando a acrescentar-lhes novas modalidades, ideias, possibilidades. Trata-se, enfim, "[d]aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de determinado contexto histórico [e] social" (FONSECA, 2008, p. 261), formulação de forte apelo institucional e indiciário. Para circular, funcionar e produzir efeitos, a cultura jurídica necessita de uma arena previamente delineada, com padrões de comportamento, técnicas, espaços de atuação. Na circulação, funcionamento e produção de efeitos, a citada cultura não apenas se reafirma; também se constrói e modifica sua conformação.

Ao menos em parte, o processo político-constitucional integrava a circularidade construtiva da cultura jurídica. Como encarnações da categoria opinião pública no interior desse movimento, merecem destaque imprensa diária e tribuna parlamentar, uma e outra consistindo em espaços de atuação do jurista eloquente. Assim o denomina Carlos Petit (2000), fazendo referência a um dos padrões da cultura jurídica liberal do século XIX, centrada em oralidade e performance, estudo da retórica e dos clássicos, atuação jornalística e parlamentar. Antes de contrapor exceção à regra, o Brasil do século XIX a reafirmava (FONSECA, 2008), acentuado ainda mais a importância dos espaços de discussão pública e disputa política. Isso se devia, em parte, a uma dependência particular do emprego público - "a profissão nobre e a vocação de todos", na expressão de Joaquim Nabuco (2000, p. 128) -, associada à existência, ao menos durante a monarquia constitucional, de uma oposição com esperanças reais e constantes de ascender à situação e, portanto, de dispor do almejado funcionalismo (CARVALHO, 2012, p. 391-416; HOLANDA, 2005).

Daí parecer inadequado, no contexto geral, "separar a prática do jurista de sua atividade política e jornalística" (FONSECA, 2008, p. 291). A atividade política encontrava nos discursos proferidos da tribuna parlamentar um de seus pontos culminantes, em que o jurista eloquente empregava suas habilidades técnicas na defesa de interesses e ideias em espaço de autoridade constitucional, com destaque para a câmara dos deputados, denominada, nos termos da época, o "mais alto tribunal da nação" (Dezenove de Dezembro, Curitiba, 29 abr. de 1888, p. 1)¹⁵. A atividade jornalística, por outro lado, desenvolvia-se na imprensa, espaço menos elevado em

¹⁵ Não se pode deixar de observar que muitos juristas ocupavam posições de destaque na burocracia imperial, não reduzindo sua atuação ao parlamento ou à discussão pública, espaços privilegiados nesta reflexão, mas não exclusivos. Todos os jornais citados no

termos de autoridade, mas nem por isso menos importante. A discussão pública ocorria diariamente nos periódicos, enquanto o parlamento nacional funcionava quatro meses por ano e o provincial, dois. A imprensa não apenas preparava as grandes questões a serem discutidas no legislativo; também transcrevia as atas parlamentares. Tratava-se de eixo basilar à circularidade da cultura político-constitucional por meio da discussão pública.

Ao lado de fatos da vida cotidiana, com efeito, nela despontavam relatos de festas cívicas e manifestações políticas, sempre acompanhadas de bandas de música habituadas a competir com o estrugir de foguetes e girândolas. A tais sonoridades, associavam-se discursos proferidos por bacharéis e autodidatas eloquentes das janelas das casas, tipografias, prédios públicos. A imprensa representava, em suma, o ponto de encontro entre a "alta" e a "baixa" discussão pública no processo político-constitucional, constituindo-se em espaço fronteiro privilegiado à história do direito comprometida com a circularidade da cultura jurídica. Afinal, nessa linha, "a cultura jurídica deixa de se confundir com o pensamento jurídico dos grandes nomes dessa configuração e passa a ser vista como fruto de complexas formas de construção que envolvem procedimentos de fluxos e influxos entre a alta e a baixa culturas" (PEREIRA, 2012, p. 49).

Fundada nas pedras angulares da imprensa e da tribuna parlamentar, a discussão pública no Brasil, especialmente na segunda metade do século XIX, parece ser um dos mais emblemáticos exemplos desse movimento de fluxos e refluxos, não tanto entre alta e baixa culturas, quanto entre altos e baixos espaços de circulação e formação da cultura jurídica, realidade una, complexa e apenas didaticamente dividida em alta e baixa. Na interação entre diferentes níveis, ela se consoma, conforma e reproduz. Da natureza e limites do poder moderador consiste em vestígio emblemático dessa realidade, merecendo análise centrada no vínculo entre discussão periódica, discurso parlamentar e conhecimento jurídico, resultados da atuação de juristas eloquentes em espaços de opinião pública e formação da cultura político-constitucional. A breve análise de seu processo de formação traz à luz o principal fundamento do argumento exposto neste estudo: o vínculo indissociável entre pensamento e arquivo, ao menos no período analisado.

AS RAÍZES COTIDIANAS DE UMA FONTE DO PENSAMENTO JURÍDICO

Zacarias de Góes e Vasconcellos era personagem dividida entre geral e particular. Se, por um lado, era jurista eloquente, moralista e engajado nas disputas políticas, como à época convinha ser; por outro, tinha fama de intransigente, personalista e censor dos pares, não buscando amizades nem temendo ódios (OLIVEIRA, 2002, p. 9-54). Na crônica O velho Senado, por exemplo, Machado de Assis ressaltava serem raras as sessões acaloradas na câmara vitalícia. Havia, porém, algumas. E acrescentava, "Zacarias fazia reviver o debate pelo sarcasmo e pela

presteza e vigor dos golpes. Tinha a palavra cortante, fina e rápida, com uns efeitos de sons guturais, que a tornavam mais penetrante e irritante". Ao erguer-se na tribuna, ademais, "era quase certo que faria deitar sangue a alguém"¹⁶. Essa mistura de eloquência e personalidade forte resultaria numa obra ao mesmo tempo peculiar e emblemática. Peculiar por manter, em sua forma erudita, vestígios bastante claros da atuação cotidiana de seu autor. Emblemática por indiciar, em suas três partes, o processo de formação do pensamento político-constitucional em seu contexto histórico.

Cumprido situar Da natureza e limites do poder moderador em seu horizonte de sentido, a fim de melhor explicitar tal processo de formação. Essa bela obra foi forjada ao calor da discussão pública, situando-se no grande debate público acerca da responsabilidade pelos atos do poder moderador. Se a discussão ficou consagrada em dois livros canônicos do Segundo Reinado (Ensaio sobre direito administrativo, do Visconde do Uruguai, e Da natureza e limites do poder moderador, de Zacarias de Góes e Vasconcelos), não deixava de ter raízes em discussões da imprensa e discursos da tribuna. O próprio autor da obra analisada registra indício dessa origem cotidiana na advertência à primeira edição de seu opúsculo, publicada em junho de 1860, como panfleto anônimo: "Estava já prestes a publicar-se o pequeno escripto que ahi vai – sobre a natureza e limites do poder moderador –, quando a tribuna da camara temporaria [câmara dos deputados] veio a tocar nesse mesmo assumpto, de que, havia pouco, a imprensa tão largamente se occupára" (VASCONCELLOS, 1862, p. IX)¹⁷.

Na segunda parte de seu livro, adicionada somente na segunda edição (1862) e consistente em discursos proferidos em 1861 por Zacarias de Góes na câmara dos deputados, em defesa das ideias contidas no panfleto de 1860, o autor admite sua participação direta nos debates públicos anteriores e posteriores à publicação do opúsculo anônimo: "Eu combati pela imprensa, Sr. Presidente, semelhante doutrina, sustentando em substância, que não há ato do poder moderador que não seja acompanhado de responsabilidade ministerial, qual no caso couber [moral ou legal]" (VASCONCELLOS, 1862, p. 67-68)¹⁸. Da imprensa a questão chegava à tribuna e da tribuna retornava à imprensa, seja pela reprodução das atas parlamentares, seja pelos comentários de redatores políticos associados a gazetas partidárias. O principal objetivo deste capítulo, nessa linha, reside na análise, ainda que breve, da circularidade do debate em diferentes espaços de opinião pública e de sua relevância para a formação de uma obra de direito político-constitucional, extraindo consequências metodológicas dessa relação entre discussão pública e obra (mais ou menos) erudita.

Quanto a estrutura editorial e processo de formação, Da natureza e limites do poder moderador preservou claros vestígios da forma com que a discussão pública produzia cultura jurídica. E isso em ao menos três mediações: panfleto, discurso, resposta. Nas palavras do adversário político, o Visconde do Uruguai, antes de ser

¹⁶ MACHADO DE ASSIS. O velho Senado. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000228.pdf>>. Acesso em: <29/04/2015>.

¹⁷ Sem grifos no original.

¹⁸ Sem grifos no original.

incorporada ao livro, a primeira de suas partes havia sido "folheto publicado em 1860, intitulado Da natureza e limite (sic) do poder Moderador" (URUGUAI, 2002, p. 349)¹⁹. A pretensão original de Zacarias de Góes e Vasconcellos, portanto, não era a de escrever obra erudita, mas a de interferir no processo político-constitucional por meio de panfleto, recurso comum em seu momento histórico. Sua circulação na esfera de publicidade retomava debates anteriores e despertava manifestações novas, como os próprios debates parlamentares de que Zacarias de Góes havia participado em 1861, cujos discursos de 5, 16 e 25 de julho, proferidos na câmara dos deputados, foram agregados ao antigo volante, formando sua segunda parte. A terceira e última consistia em resposta ao Ensaio de Uruguai, cuja parte referente ao poder moderador²⁰ fazia menção direta ao opúsculo de 1860, pretendendo refutar seus argumentos.

Apenas ante o desafio lançado à esfera de publicidade sob a forma de uma obra erudita de direito administrativo, Da natureza e limites do poder moderador assume pretensão igualmente erudita. A forma definitiva da obra parece ser devida à personalidade peculiar de Zacarias de Góes, comprometido com a defesa intransigente de suas ideias e, por isso, incapaz de deixar uma censura sem resposta equivalente. O padrão conflitivo difundia-se em figurações sócio-políticas de opinião pública. Sua penetração sem disfarces num estrato erudito de cultura jurídica, em que o cotidiano geralmente chegava bastante camuflado, seria devida ao perfil particularmente combativo do autor. O caráter emblemático da obra, nesse caso, decorreria de circunstâncias particulares. Nos comentários à segunda edição de seu livro, de 30 de julho de 1862, Zacarias de Góes e Vasconcellos parece confirmar a hipótese, explicitando ao leitor, em tom irônico, a intenção de responder ao adversário político:

Subio, porém, de ponto a necessidade dessa defesa [das ideias publicadas no opúsculo de 1860] quando uma obra do Sr. Visconde de Uruguay, ha tempos anciosamente esperada pelo Publico, sahindo á luz em Abril ultimo, com o titulo de Ensaio sobre o Direito Administrativo, e referindo-se ao meu pequeno trabalho, não só combate idéas que elle contém, mas promettendo pôr termo à gravissima questão da responsabilidade ministerial pelos atos do poder moderador que, segundo affirma, até aquelle momento não tivera solução definitiva, estabelece, com a autoridade do nome do seu autor, as mais estranhas doutrinas (VASCONCELLOS, 1862, p. V e VI).

O próprio estilo desse trecho em particular e do livro em geral apresenta interesse historiográfico: a ironia, o vigor da argumentação, a disposição à disputa política, tudo reflete tons da discussão pública no Brasil imperial, especialmente o da imprensa avivada pelas habilidades técnicas do jurista eloquente. À censura feita por Uruguai aos partidários do medo das penas como solução geral, ressaltando serem "gente carrancuda, sombria e terrível" (URUGUAI, 2002, p. 378), Zacarias de Góes contrapunha o sarcasmo típico das discussões cotidianas e,

¹⁹ Sem grifos no original. Notar o descaso com que Uruguai trata o folheto do adversário político, deixando aflorar em seu livro o clima da disputa política.

²⁰ Trata-se dos capítulos 27, 28 e 29 do Ensaio. Cf. URUGUAI, 2002, p. 306-425.

ao fazê-lo, revelava algo fundamental: "O que autorizava, entretanto, semelhante exageração, não em uma gazeta partidária, mas em uma obra de direito administrativo" (VASCONCELLOS, 1862, P. 151)²¹?

Procurando afastar de si e dos correligionários o agravo - semelhante à dádiva (MAUSS, 2013, p. 185-314), instituía dever moral de réplica equivalente -, lançava luz sobre aspecto importante não apenas ao Ensaio de Uruguai; também à formação do pensamento jurídico associado ao direito público. Mesmo em obra com elevadas pretensões de erudição, os vestígios da discussão pública em que estava inserida não foram eliminados. Antes, o Ensaio contém três capítulos inteiros consagrados à polêmica. O tema estava impregnado de tribuna e imprensa, transformando-se em livro sem perder os traços desses espaços de circulação e formação da cultura jurídica. E isso em ambos os lados do espectro político-constitucional. A diferença reside em que, na obra de Zacarias de Góes, esses traços são muito mais evidentes, talvez pelo uso particular que seu autor fazia dos padrões eloquentes, mas, sobretudo, pela necessidade de responder a Uruguai fazendo recurso a obra erudita.

Marcado em sua estrutura pela opinião pública, Da natureza e limites do poder moderador justapunha folheto, discursos parlamentares e réplica ao adversário político. Ao defender argumento contrário, o Ensaio sobre direito administrativo não deixava de enfrentar a questão de maneira semelhante, embora o porte de seu livro estivesse mais inserido numa "alta" cultura jurídica. Uruguai também transcrevia precedentes parlamentares (como denominados à época) sobre o tema no capítulo 27 de seu Ensaio (URUGUAI, 2002, p. 306-337), consistente em breve apanhado histórico ressaltando não ser novidade a polêmica. Teria surgido sazonalmente na tribuna desde 1831. À retomada da controvérsia em inícios dos anos 1860, informava Uruguai, haviam contribuído "O Jornal do Commercio, o Regenerador, o Correio da Tarde por um lado; o Correio Mercantil e o Diário do Rio de Janeiro por diverso, além de outros jornais", resultando no fato de que "Essa discussão da imprensa repercutiu na Câmara dos Deputados" (URUGUAI, 2002, p. 334).

A depuração do debate público em livro, no entanto, pressupõe uma mediação seletiva dos argumentos circulantes na esfera de publicidade, reduzindo pluralidade e complexidade da questão. À narrativa jurídica erudita, importavam tribuna e imprensa em abstrato. Já não vinham ao caso os episódios que haviam desencadeado a grande querela pública, induzida de casos particulares. Nesse quesito, à formação do pensamento jurídico brasileiro do século XIX ainda parece aplicar-se aquele pedestre "realismo" em que insistia Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 93-138; 2010, p. 35-52)²². O romantismo eloquente encontrou solo fértil num contexto de

²¹ Sem grifos no original.

²² Ao tratar da época dos descobrimentos, Holanda compara o ideário de espanhóis e portugueses, atribuindo a estes maior continuidade com o ideário pré-moderno, com um realismo pedestre: "(...) uns, meio desenganados, talvez sem o saber, das promessas consoladoras, e movidos de uma desordenada impaciência, procuram ou já cuidam ter encontrado na vida presente o que os outros aguardam da futura, de sorte que o mundo, para suas imaginações, se converte num cenário prenhe de maravilhas. Aos últimos, porém, o viver quotidiano nem os deixa oprimidos, nem os desata dos cuidados terrenos, e o freio que parece moderar sua fantasia é uma esperança contente e sossegada." E acrescenta: "Muito mais do que as especulações ou os desvairados sonhos, é a

profundas continuidades com o passado, desdobrando-se numa formação cotidiana do pensamento jurídico, avessa ao ideário abstrato da cientificidade. Antes de especulações e desvairados sonhos, os argumentos contidos em *Da natureza e limites do poder moderador* e, de forma mais discreta, em parte de *Ensaio sobre direito administrativo* consistiam na indução de debates públicos suscitados por questões pontuais. Basta descer à imprensa diária para captar maiores detalhes, visto ser espaço menos seletivo e mais afeito às particularidades.

Datado de 12 de julho de 1860, *O Regenerador* informava:

A questão que o anno atrazado [1859] começou a mover-se na imprensa entre o *Correio da Tarde* e o *Correio Mercantil*, por ocasião da demora da escolha do senador [de] Sergipe, e que foi este anno aviventada pelo *Diario [do Rio de Janeiro]* por ocasião da demora da decisão da sorte do assassino do coronel Jansen, condemnado pelo jury de Itaborahy, e a que deu novo alimento a explosão do Snr. Theophilo Ottoni, resentido por não ter sido escolhido senador, tem tomado bastante incremento, e é hoje a primeira questão politica da actualidade. (*O Regenerador*, Rio de Janeiro, 12 jul. de 1860, p. 2).

Como se nota, a discussão pública teve início com casos específicos e relacionados ao exercício da prerrogativa régia, especialmente aos preceitos constitucionais constantes no art. 101²³, incisos I e VIII, da Constituição Política do Império. Antes de chegar ao estrato erudito da cultura jurídica, passou por alguns anos de maturação. De 1859 a 1862, especificamente. Após quatro anos de amplos debates em imprensa, panfletos, tribuna parlamentar, vem a público a versão definitiva e tendencialmente erudita de *Da natureza e limites do poder moderador*. Tendencialmente porque os traços de cotidiano permaneceram evidentes. Sua primeira parte não deixou de ser panfleto, nem a segunda de consistir em discursos parlamentares.

Os panfletos eram especialmente fronteiriços. Nem periódico, nem livro, mas ao mesmo tempo algo de cada qual. Demasiado pretensiosos para virem impressos nas páginas da imprensa diária; envolvidos demais na discussão pública para serem obra erudita. São sintomáticas, nessa linha, as palavras de um grande jurista paranaense do período, contidas em raro panfleto. No intuito de influenciar os debates parlamentares à aprovação do "projecto apresentado pelo governo em sessão de 7 do corrente [maio de 1884]", assim como "Na esperança de poder auxiliar áquelles que se interessão pela instituição do casamento civil entre nós", Eufrásio Correia (1884,

experiência imediata o que tende a reger a noção do mundo desses escritores e marinheiros, e é quase como se as coisas só existissem verdadeiramente a partir dela." (HOLANDA, 2010, p. 40).

²³ Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador: I. Nomeando os Senadores, na fórma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

p. 4) esclarecia, no prefácio a seu opúsculo *Casamento civil*²⁴, ter elaborado a obra ao reunir "os artigos que sobre assumpto de tamanha magnitude publiquei na *Gazeta Paranaense*".

Desse agregado de artigos publicados na imprensa diária e, sem alteração, compilados em panfleto de direito público, o redator da *Gazeta de Noticias* dizia, por ocasião da morte de Eufrásio, "Há naquellas 80 paginas de logica serrada e irrefutavel elementos de sobra para longos volumes" (*Gazeta de Noticias*, Côrte, 5 fev. de 1888, p. 1). Verdade ou não, importante é perceber a posição intermédia ocupada pelos panfletos: se queriam influenciar os debates públicos, também não deixavam de constituir pensamento jurídico. Na verdade, a própria imprensa continha algo de pensamento, como se depreende dos esclarecimentos de Eufrásio Correia (1884, p. 4): "Tendo escrito artigos de propaganda, não quis fazer-lhes alteração alguma. Publico-os, como publicou-os a *Gazeta Paranaense*". Seu panfleto consistia em nada mais do que a compilação de editoriais publicados no órgão do partido conservador paranaense.

Essa prática não consistia em exclusividade de Eufrásio Correia. Pelo contrário, ao menos nos tempos da monarquia constitucional, era comum o recurso à forma intermédia entre periódico e livro (MAGALHÃES JÚNIOR, 2009), surgida no calor da discussão pública e sem a pretensão de ser obra canônica. De volta à citação de *O Regenerador*, nessa linha, convém analisar a explosão do Sr. Theophilo Ottoni. Assim como a primeira edição de *Da natureza e limites do poder moderador*, a *Circular de Ottoni* (1860)²⁵ consistia em panfleto e ocupava posição fronteiriça, situada entre conhecimento erudito e opinião pública, alta e baixa cultura jurídica. No caso da *Circular*, Ottoni acalorava o debate já existente, criticando monarca e prerrogativa régia por não ter sido escolhido senador por Minas Gerais, apesar de ter constado mais de uma vez na lista tríplice dos mais votados da província. Convocava, por isso, os eleitores mineiros a concederem-lhe "uma cadeira na camara temporaria". E ironizava, "Ahi póde collocar-me a vontade dos eleitores, sem dependencia de referenda [do poder moderador]" (OTTONI, 1860, p. 7).

Do particular e concreto, a temática salta ao geral e abstrato. À medida que adquiria repercussão pública, "O debate passou da imprensa para tribuna; dous ministros de estado sustentaram a doutrina exposta pela imprensa ministerial" (*O Regenerador*, Rio de Janeiro, 12 jul. de 1860, p. 2): a irresponsabilidade legal dos ministros pelos atos do poder moderador. Tese típica dos conservadores e à qual se opunham os liberais, tendo estes a Zacarias de Góes e aqueles a Uruguai como ideólogos mais ilustres. *O Regenerador* ratifica a informação: "Consta-nos que, secundando-os [os ministros de estado], o digno deputado fluminense, o Sr. Paulino José Soares de Souza [Visconde do Uruguai], deu a essa opinião a força de seu talento". De outra parte, acabava de publicar-se uma dissertação de direito publico constitucional, que temos ouvido attribuir ao Exm. Sr. Dr.

²⁴ Panfleto encontrado na Divisão de Documentação Paranaense da Biblioteca Pública do Paraná.

²⁵ Notar que o panfleto foi publicado pela oficina tipográfica do Correio Mercantil, gazeta liberal engajada no debate em questão. Obra disponível no Google Books.

Zacharias de Góes e Vasconcellos, sustentando com os escriptores da imprensa liberal" (O Regenerador, Rio de Janeiro, 12 jul. de 1860, p. 2)²⁶ a responsabilidade não só moral; também legal dos ministros pelos atos do poder moderador.

A sequência da discussão pública daria continuidade ao processo de construção do opúsculo. Ao circularem em espaços de opinião, os argumentos de Zacarias de Góes e Vasconcellos realimentaram o debate de que provinham, dando ao autor a oportunidade de defendê-los novamente em 1861, dessa vez na tribuna parlamentar. Os discursos proferidos seriam agregados ao panfleto originário, formando novo capítulo. Mas não antes do confronto com o adversário político. O autor eleva a reflexão a estratos eruditos da cultura jurídica apenas ao acertar contas com o Ensaio sobre direito administrativo, perpetuando numa arena erudita os embates travados em espaços cotidianos de circulação e formação da cultura jurídica, sem desprezar o estilo irônico e combativo do embate público diário. Da imprensa ao livro, e do livro à imprensa, assim como da opinião pública à alta cultura jurídica, e desta novamente àquela, numa construção circular que encontrava no jurista eloquente um de seus baluartes, e cujas bases eram lançadas por ele nas gazetas partidárias, sustentadas por sua oratória na tribuna parlamentar, expostas como folhetos ou livros na esfera de publicidade, reiniciando o ciclo de discussão pública pelos comentários desencadeados na imprensa, as contestações na tribuna e assim por diante.

Cotidiano e erudito, em suma, entrelaçavam-se na circularidade da cultura jurídica brasileira, de forma a garantir tanto a presença do arquivo no pensamento (e.g. os traços de discussão pública nos livros analisados) quanto a do pensamento no arquivo (e.g. os artigos da imprensa compilados em panfleto). Qualquer aposta dicotômica implicaria desperdício de experiência e redução da complexidade histórica. Se a categoria opinião pública se encarnava em figurações sociopolíticas, descendo do pensamento para conformar o arquivo, essas mesmas figurações geravam conhecimento jurídico, subindo do arquivo para conformar o pensamento. Ao congregiar momentos distintos da discussão pública numa forma tendencialmente erudita e, portanto, por ser excepcional em sua conformação como livro, a obra de Zacarias de Góes e Vasconcellos é testemunho eloquente e emblemático de seu contexto histórico.

METODOLOGIA E ARGUMENTAÇÃO

Os indícios analisados aplicam-se não apenas à monarquia constitucional; também à república, marcada mais pela continuidade que pela ruptura (LOBO, 2013)²⁷, apesar das consideráveis restrições às liberdades de expressão e imprensa nos momentos iniciais do novo regime (LOBO; CAPELOTTI, 2014).

²⁶ Sem grifos no original.

²⁷ No âmbito do direito privado, também se observam significativas continuidades. Cf. STAUT JÚNIOR, 2009.

Superadas as instabilidades, pouca coisa mudaria²⁸. Permaneceu, sobretudo, o perfil eloquente do jurista, com sua formação oratória e humanística, sua atuação como jornalista, literato, homem público. Por muito tempo, cientificidade e tecnicismo tiveram de assentar nos padrões de uma cultura jurídica em que o horizonte da eloquência representava realidade de longa duração. Permanência notável no perfil encarnado por personagens nacionais como Sobral Pinto²⁹ e locais como Laertes Munhoz (MUNHOZ, 1954; MUNHOZ, 1960)³⁰, ambos juristas eloquentes atuantes na segunda metade do século XX. Reação aos ideais abstratos e universalistas do iluminismo, o romantismo eloquente encontrou solo fértil na realidade brasileira, em que as permanências da tradição e a ausência de rupturas radicais lhe garantiram longa sobrevida, deixando traços profundos.

Além da adequação às características particulares da cultura jurídica brasileira, outra razão vem sustentar a aproximação entre pensamento e arquivo, dessa vez associada ao padrão argumentativo predominante na cultura jurídica brasileira contemporânea. No Brasil, segundo Fonseca (2012, parágrafo 29)³¹, a história do direito deveria exercer "papel crítico, relativizador e desmistificador", atuando como "'consciência crítica' dos juristas do direito positivo", em contraposição às obras de síntese a justificar, por meio de longa evolução histórica, os institutos jurídicos presentes. Se, de fato, tal postura é a desejável à história do direito brasileira e se o padrão argumentativo predominante no direito brasileiro contemporâneo é o argumento de autoridade (RODRIGUEZ, 2013)³², a metodologia indiciária de Ginzburg parece conter modelo argumentativo adequado à construção de postura historiográfico-jurídica crítica, visto assentar em proposta essencialmente diversa da vigente em muitas das figurações jurídicas atuais.

Pensamento e Arquivo: História, Crítica, Argumentação

O processo de investigação e interpretação historiográfica é pouco afeito à imposição de padrões metodológicos a fontes, de grandes modelos a realidades fugidias. Trata-se, afinal, de "um passado que se estuda tocando em nervos; um passado que emenda com a vida de cada um", fazendo da busca pelo sentido histórico, na

²⁸ Algumas coisas mudariam, como o abuso das prerrogativas constitucionais por parte do executivo, por exemplo. Cf. GALVÃO, 2015, p. 61-84.

²⁹ Cf. o documentário Sobral - o homem que não tinha preço.

³⁰ Em ambos os textos, mas especialmente no primeiro, juristas eloquentes são retratados por jurista ainda eloquente – professor, literato, homem público. Artigos encontrados na página eletrônica da Revista da Faculdade de Direito UFPR (<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/archive>).

³¹ No trecho citado, o autor se refere especialmente a Paolo Grossi. Cf. GROSSI, 2004.

³² "Não se trata (...) de encontrar o argumento mais favorável para seu cliente e, em seguida, mostrar como outros casos e doutrinadores já argumentaram no mesmo sentido, tudo com o fim de se demonstrar que a decisão reivindicada é a decisão correta à luz do direito positivo. Trata-se, na verdade, de persuadir o juiz e os cidadãos com a citação de autoridades - e quanto mais autoridades melhor - de que a solução para o caso só pode ser uma: aquela veiculada naquela demanda específica". E o autor acrescenta: "Note-se que o tipo de estratégia que mencionei é utilizado tanto por advogados quanto por juízes, promotores, procuradores, professores e alunos de direito, ou seja, este modo de pensar e lidar com a 'jurisprudência' está disseminado pelas bancas de advocacia, faculdades, universidades e tribunais do país". (RODRIGUEZ, 2013, p. 70-71).

sentença expressiva de Gilberto Freyre (2006, p. 45), "uma aventura de sensibilidade, não apenas um esforço de pesquisa nos arquivos". A aventura historiográfica, no entanto, não se dissocia de indícios, entendidos em sentido amplo o suficiente para incluir obras (mais ou menos) eruditas. Neles residem as chaves indiciárias ao horizonte de sentido vigente em determinado momento histórico, cujos "sistemas entrelaçados de signos interpretáveis" (GEERTZ, 1989, p. 10) diferem daqueles em que está inserido o historiador.

No exercício de sua função, ele se arrisca a envolver o passado na malha interpretativa do presente, moldando aquele à imagem e semelhança deste, seja na esteira de uma linha evolutiva culminando na realidade do intérprete, seja na de um procedimento investigativo legalista, acrítico, reprodutivo das ideias postas: perigo da atual realidade brasileira (FONSECA, 2009, p. 57 - 66). Daí a necessidade de se recorrer a uma postura historiográfica indiciária, consistente na busca de vestígios legados pelo contexto histórico que se pretende reconstruir e cuja reconstrução passa pela interpretação criteriosa dos sinais. "Quaisquer que sejam, ou onde quer que estejam esses sistemas de símbolos 'em seus próprios termos'", afinal, "ganhamos acesso empírico a eles inspecionando os acontecimentos" (GEERTZ, 1989, p. 13), disponíveis à análise historiográfica em forma de livros, documentos, relatos, periódicos, imagens: vestígios pretéritos em geral.

Apesar da relevância dessas chaves ao sentido do passado, seria ingênuo sustentar o desenraizamento do historiador por meio das fontes, assim como a leitura objetiva dos indícios por indivíduos desprendidos de seu contexto. Convém sublinhar, nessa linha, o abismo existente entre a atual leitura do acontecimento e aquela realizada pelo positivismo histórico, cuja ilusão de objetividade e neutralidade conduziu à construção de narrativas historiográficas atreladas ao poder político, assim como a valores e modelos sociais dominantes. A aproximação contemporânea não pretende resgatar o acontecimento como realmente aconteceu, mas elaborar argumentação verossimilhante de determinado momento histórico, baseada em indícios interpretáveis. Essa linha historiográfica não oferece leituras definitivas, mas interpretações fundadas no arcabouço probatório recolhido pelo historiador: indivíduo imerso em valores, contextos, experiências.

Ao contrário do que pretendia a historiografia positivista, não é possível descrever o passado como realmente aconteceu. Isso não significa que fazer história seja inventar estórias, ou desenvolver narrativas literárias. A narrativa histórica se distingue, na verdade, pelo compromisso de sustentar seus argumentos com arcabouço probatório, associando retórica a prova (GINZBURG, 2002)³³, sem negar liberdade interpretativa ao historiador. Limita-a, no entanto, ao horizonte de indícios, testemunhos, vestígios colhidos numa investigação centrada em detalhes sutis, gestos quase involuntários (GINZBURG, 1989)³⁴. Esses detalhes e gestos habitam, sobretudo,

³³ Retórica em sentido denso não se confunde com "mera retórica". Ela se baseia num corpo probatório: indícios, evidências, provas, testemunhos, emblemas, sinais. Daí vem a sua força.

³⁴ Esses aspectos marginais seriam, também, os mais sintomáticos de determinada realidade por estarem aquém do esforço de racionalização, muitas vezes enganoso.

documentos marginais, casos e personagens fronteiriços (GINZBURG, 1989)³⁵. Esse apelo indiciário, ressalte-se, é diametralmente oposto ao argumento de autoridade, seja por recorrer a vestígios tendencialmente desprovidos de força autoritativa (marginais, fronteiriços, menores), seja por adotar modelo indutivo de argumentação, em que a força do argumento decorre mais da consistência do corpo probatório que de sua eventual autoridade.

No Brasil, como se nota, uma metodologia centrada em pensamento e esvaziada de arquivo poderia prestar-se a desvios inaceitáveis da perspectiva de um conhecimento crítico, revisor de cânones consolidados. A própria noção de história baseada em livros com exclusão de outras fontes, na verdade, consistiria em releitura contextual da proposta metodológica que perpassa a história do pensamento jurídico³⁶, conforme parece confirmar um historiador do direito insuspeito como Pietro Costa, ao eleger o texto em geral como principal indício histórico. "O historiador trabalha sobre sinais, testemunhos. Estes sinais podem ser os mais variados: um instrumento de trabalho, um fóssil, um monumento, um resto de uma imagem, o fragmento de um vaso, um texto escrito". E acrescenta, "esta última categoria, para o historiador dos saberes e também para o historiador do direito, tem uma importância determinante, senão exclusiva". O intérprete do passado "tem a ver com sinais, com testemunhos, com textos", reforça Costa (2008, p. 25), "é deles que deve colher o significado para representar, por meio deles, a experiência transcorrida e desaparecida".

O arquivo vem assegurar, nessa linha, caráter problematizante inclusive à história do pensamento jurídico, ao fundamentar suas análises panorâmicas com vestígios legados pelo cotidiano histórico, conferindo força e concretude aos argumentos historiográfico-jurídicos independente da autoridade de doutrinadores e juristas, cujas afirmações nos grandes livros consistem, ademais, em seleção de argumentos e redução da complexidade característica da cultura jurídica. Além de força aos argumentos historiográfico-jurídicos, portanto, o apelo indiciário contém grande potencial crítico e desmistificador do direito atual, justamente porque uma história do direito centrada no pensamento e esvaziada de arquivo assentaria em estrutura argumentativa demasiada e perigosamente próxima à vigente na cultura jurídica brasileira contemporânea. Sua força crítica, em

³⁵ Por serem excepcionais, as fontes menores conteriam a regra e mais a exceção, oferecendo mais conteúdo historiográfico do que as grandes fontes, centradas somente na regra. Porém, pode ser que fontes menores contenham com mais frequência a exceção, mas isso não quer dizer que ela não esteja por vezes contida em grandes fontes, nem que as fontes menores contenham sempre a regra.

³⁶ Releitura à luz da atual cultura jurídica brasileira porque, como sublinha Paolo Grossi (1993, p. 8-9), a proposta da história do pensamento jurídico implica sobretudo a valorização do direito como objeto autônomo de investigação historiográfica, dimensão autônoma da realidade social, pressupondo instrumentos de análise específicos. E acrescenta, "Tampouco se diga que insistir nessa valência 'técnica' signifique condescender com uma visão formalista e redutiva da riqueza histórica, e reduza o historiador do direito a um analista de formas avulsas da incandescência complexa do real. O fato de que o historiador do direito, como jurista que é, maneje os instrumentos técnicos do jurista, quer dizer somente que ele deve manejar instrumentos específicos e adequados a valorizar sobretudo uma dimensão do social. (Tradução livre. "Né si dica che insiste su questa valenza 'tecnica' significhi indulgere a una visione formalistica e riduttiva della ricchezza storica, e riecchisca lo storico del diritto in un analista di forme avulse dall' incandescenza complessa del reale. Che lo storico del diritto, da giurista qual è, maneggi gli strumenti tecnici del giurista, vuol dir soltanto che egli deve maneggiar strumenti specifici e adeguati a valorizzare soprattutto una dimensione del sociale"). Trata-se, portanto, de proposta preocupada com a complexidade da dimensão jurídica, não com sua redução absoluta ao âmbito erudito.

outros termos, poderia ser aplacada pela reprodução reverencial e indolente do argumento de autoridade: reprodutivo, acrítico, hierárquico.

Embora situado entre "baixa" e "alta" cultura jurídica, por outro lado, Da natureza e limites do poder moderador não deixa de consistir em livro com aspirações e características eruditas. De seu próprio aspecto fronteiriço, assim, decorre a inadequação de proposta metodológica centrada tão somente em fontes cotidianas, excludente de indícios eruditos. Ao menos no âmbito da história da cultura jurídica brasileira, com destaque àquela do século XIX, alguns preceitos da metodologia indiciária precisam ser mitigados à luz de outros, delineados pela história do pensamento jurídico (GROSSI,1982/1983). Enquanto Ginzburg classifica livros como fontes secundárias, marginalizando-os, os historiadores do pensamento jurídico os adotam como principal, e muitas vezes única, chave de acesso ao passado. Antes de incompatíveis, no entanto, volume e documento são complementares na análise da complexidade histórico-jurídica, como parece comprovar a obra de Zacarias de Góes e Vasconcellos, cujo caráter fronteiriço conduz a valorizar tanto indícios cotidianos quanto eruditos na reconstrução verossimilhante da cultura jurídica brasileira.

Da metodologia indiciária, aproveita-se a proposta argumentativa radicalmente diversa do argumento de autoridade predominante no direito brasileiro contemporâneo, de forma a romper com o padrão reprodutivo e deferente encontrado em obras acríicas de história do direito. Ao risco de generalização apressada, consistente em tomar o indício meramente particular por sintoma geral, em contrapartida, contrapõe-se o conhecimento de fundo proporcionado pelas fontes (mais ou menos) eruditas do pensamento, capaz de evitar leitura simplista e equivocada dos arquivos. Ao analisar-se livro à luz da discussão pública, enfim, procurou-se expressar essa postura metodológico-argumentativa de síntese entre pensamento e cotidiano, erudito e popular, alta e baixa cultura jurídica, por assim dizer.

Se fazer história consiste não apenas em esforço de pesquisa nos arquivos; também em aventura de sensibilidade, como sublinhava Gilberto Freyre, seria prejudicial impor metodologia indiciária inflexível, centrada tão somente em fontes menores, a uma cultura jurídica mais abrangente, circulando da imprensa ao panfleto, da imprensa e do panfleto à tribuna, da imprensa, do panfleto e da tribuna ao livro (mais ou menos) erudito³⁷. Assim como prejudicial seria adotar história do pensamento esvaziada de arquivo. Da natureza e limites do poder moderador oferece bom indício de uma cultura jurídica complexa e irredutível a modelos pré-estabelecidos. Como analisar a discussão pública depurada de cotidiano e convertida em pensamento jurídico, sem investigar o livro? Como devolver o livro a suas origens cotidianas, sem recorrer às figurações menores do processo político-

³⁷ Judiciário e práticas judiciais, sem dúvida, são importantes à história do direito (brasileira). Sua ausência neste estudo reflete não uma lacuna, mas uma opção. O pano de fundo a sustentar o argumento metodológico exposto vincula-se à história constitucional de um período em que o judiciário não tinha a centralidade de hoje. O enfoque em política constitucional e discussão pública, ademais, conduz a privilegiar o tribunal da opinião pública, ao invés de outros tribunais.

constitucional? Entre pensamento e arquivo, várias sínteses são possíveis, podendo decorrer delas tanto força argumentativa quanto potencial crítico da história do direito brasileira.

CONCLUSÃO

Partindo da análise de fundamentos historiográfico-jurídicos destinados à compreensão de um livro de política constitucional, chegou-se ao argumento principal desta reflexão metodológica. Pensamento e arquivo talvez possam ser dissociados na análise histórica de alguma cultura jurídica. Mas não na da brasileira, especialmente na prevalente durante o século XIX. Na trajetória do jurista eloquente, o livro consistia em exceção; a discussão pública, em regra. A quantidade de cultura e pensamento jurídicos contidos em páginas de periódicos, atas parlamentares e obras fronteiriças não pode ser subestimada. De importante jurista paranaense do período, por exemplo, chegou a nossos dias o raro panfleto *Casamento Civil*, havendo também notícia de outro, intitulado *Justificação da administração conservadora*, de subtítulo bastante sugestivo: artigos publicados na "Gazeta Paranaense"³⁸. Em discurso fúnebre proferido no Clube Curitibano, no entanto, outro jurista eloquente legou indício da ampla produção jurídica de Eufrásio Correia: "O casamento civil, a grande naturalização, o imposto territorial, a autonomia municipal, a imigração européia, e ainda algumas outras medidas" (*Gazeta Paranaense*, Curitiba, 7 mar. de 1888, p. 1-2), todas registradas nas colunas do órgão do partido conservador.

O pensamento jurídico de Eufrásio Correia aguarda, nas folhas do arquivo, investigação à altura. Da natureza e limites do poder moderador, por outro lado, consiste em livro marcado pela atuação de Zacarias de Góes e Vasconcellos na discussão pública. A própria pretensão erudita da obra, na verdade, teria decorrido do embate entre ele e o Visconde do Uruguai. Formando-se ao acaso e pela união de partes distintas - o panfleto de 1860, os discursos parlamentares de 1861, a resposta ao adversário político, carregada de ironia e contestação -, Da natureza e limites do poder moderador consiste em testemunho eloquente da cultura jurídica brasileira, sobretudo da prevalente durante o século XIX, em que, além de excepcionais, as obras eruditas surgiam após longa trajetória de seus autores como literatos, homens públicos, redatores políticos de gazetas partidárias.

Uma história do direito consistente e com pretensões críticas não pode negligenciar as peculiaridades da cultura jurídica a cuja análise se propõe, nem os percalços e as potencialidades da cultura jurídica brasileira contemporânea, na qual está inserida. Pensamento forrado de arquivo, arquivo arejado de pensamento: nessa síntese capaz de tantos matizes reside grande potencial historiográfico, argumentativo e transformador. À força explicativa do particular, soma-se o vigor panorâmico do geral, evitando-se tanto a leitura pedestre das fontes quanto a imprecisão de conclusões descarnadas de cotidiano. Evita-se, sobretudo, o argumento de autoridade.

³⁸ O panfleto não foi encontrado, mas as informações utilizadas estão disponíveis no Google Books. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=a4IFtwAACAAJ&dq=Justifica%C3%A7%C3%A3o+da+administra%C3%A7%C3%A3o+conservadora&hl=en&sa=X&ei=YCSdVZ_1HoyGwgT_raO4Bg&redir_esc=y.

Mas também a generalização apressada, consistente em tomar o indício meramente particular por sintoma geral. Trata-se de proposta voltada a contribuir para a transformação qualitativa da história do direito brasileira, livrando-a de preconceitos e entraves naturalizados: a ascensão linear na senda do progresso, a temporalidade homogênea e vazia, o apego irrefletido a documentos oficiais, a reprodução passiva e deferente do conhecimento posto, a aversão à discussão e à provocação intelectual.

Assume-se, portanto, postura avessa a hierarquias e autoridades, assim como o compromisso de produzir uma história do direito livre das amarras de um passado não tão distante que é preciso superar. Não tanto a tradição eloquente que se opôs aos autoritarismos em personagens como Sobral Pinto, quanto o tecnicismo imposto à cultura jurídica brasileira por regimes autoritários, de cujos estigmas atuais parecem decorrer argumento de autoridade, reprodução passiva e reverencial, resistência a diálogos e críticas construtivas. A hipótese fica em aberto para ser objeto de pesquisa e contestação, ambas associadas, de preferência, ao rechaço de temor reverencial, autoridades intocáveis, concepção hierárquica das figurações jurídicas, assim como à retomada qualitativa da tradição eloquente: dialógica, crítica, combativa. Tudo isso sem perder elegância e profundidade, como ensina Zacarias de Góes e Vasconcellos.

PUBLIC DISCUSSION AND FORMATION OF THE LEGAL CULTURE: METHODOLOGICAL CONTRIBUTION TO BRAZILIAN LEGAL HISTORY

Abstract

Considering the ongoing debate in the field of Brazilian legal history, this study sets forth a methodological and argumentative proposal which brings everyday and learned sources together in the research of Brazilian legal culture, especially of that belonging to the XIXth century. Investigating the origins of a volume called *Da natureza e limites do poder moderador*, it is argued that public discussion created legal thought by circulating in the press, the pamphlets, the congressional ground, arriving occasionally to become book. Therefore, a strong and consistent argumentation on the legal culture circulating during the period should take into account both scholar and everyday evidences, since they would provide a deeper understanding of the mentioned culture.

Keywords: public discussion; legal culture; legal history methodology; argumentation.

FONTES

Dezenove de Dezembro, Curityba, 29 abr. de 1888.

Gazeta de Noticias, Côrte, 5 fev. de 1888.

Gazeta Paranaense, Curitiba, 7 mar. de 1888.

O Regenerador, Rio de Janeiro, 12 jul. de 1860.

BENTHAM, Jeremy. **On the liberty of the press and public discussion**. London: Willian Hone, 1821.

_____. **Constitutional code**: for the use of all nations and all governments professing liberal opinions. London: Robert Heward, 1830.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. Paris: Librairie de Guillaumin, 1872.

_____. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. Disponível em: <<http://www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>>.

CORREIA, Manoel Euphrasio. **Casamento civil**: artigos publicados na Gazeta Paranaense. Curitiba: Typ. Rua do Aquibadan, 1884.

FERREIRA, Silvestre Pinheiro. **Compendio de derecho publico interno y externo**. Lima: Aurelio Alfaro, s/d.

_____. **Breves observações sobre a Constituição da Monarchia Portuguesa**. Paris: Rey e Gravier, 1837.

MACHADO DE ASSIS. **O velho Senado**. Disponível em:

<<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000228.pdf>>.

OTTONI, Theophilo. **Circular dedicada aos Srs. eleitores de senadores pela provincia de Minas Geraes**. Rio de Janeiro: Typographia do Correio Mercantil, 1860.

PIMENTA BUENO, José Antonio. **Direito publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio**. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1857, p. 338.

URUGUAI, Visconde do. **Visconde do Uruguai**. São Paulo: Editora 34, 2002.

VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e. **Da natureza e limites do poder moderador**. Rio de Janeiro: Laemmert, 1862.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, José Murilo. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Teatro de sombras: a política imperial. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. **O estado de direito: história, teoria e crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Passado**: dilemas e instrumentos da historiografia. Revista da Faculdade de Direito UFPR, vol. 47, p. 21-28, 2008.

_____. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**: uma história dos costumes (v. 1). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Bari: Laterza, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil do século XIX**: relendo os traços do bacharelismo jurídico. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, v. 35, p. 581-600, 2007.

_____. **O deserto e o vulcão:** reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil. *Forum Historiae Iuris*, v. 1, jun. 2012, parágrafo 29. Disponível em: <<http://www.forhistiur.de/2012-06-fonseca/>>.

_____. **Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX.** *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 35, p. 339-369, 2006.

_____. **Vias da modernização jurídica brasileira:** a cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 98, 2008.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2006.

GALVÃO, Laila Maia. **Protestos do Supremo Tribunal Federal na Primeira República - o julgamento do habeas corpus 8800 e o conflito entre os poderes judiciário e executivo.** *Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba*, vol. 60, n. 1, jan./abr. 2015, p. 61-84

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas.** Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GINZBURG, Carlo. **Mitos, emblemas, sinais: morfologia e história.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989a.

_____. **O queijo e os vermes; o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela Inquisição.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989b.

_____. **Relações de força; história, retórica e prova.** São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GROSSI, Paolo. **A formação do jurista e a exigência de um hodierno "repensamento" epistemológico.** *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, n. 40, p. 5-25, 2004.

_____. **Parole introduttive.** In: GROSSI, Paolo (org.). *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: strumenti, destinatari, prospettive – atti dell'incontro di studio*, Firenze, 6-7 novembre, 1992. Milano: Giuffrè, 1993.

_____. **Sulla storia del pensiero giuridico.** *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 11/12, t. II, 1982/1983.

HESPANHA, António Manuel. **Guiando a mão invisível:** direitos, estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **O Brasil monárquico, v. 7:** do Império à República. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Visão do Paraíso:** os motivos edênicos no descobrimento e colonização do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LOBO, Judá Leão; PEREIRA, Luís Fernando Lopes. **A imprensa do Segundo Reinado no processo político-constitucional:** força moral e opinião pública. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 59, n. 1, p. 179-206, 2014.

_____. **A opinião pública entre pensamento e arquivo:** encarnação e releituras de uma categoria constitucional no Brasil monárquico. Dissertação de Mestrado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

_____. **Representações republicanas, sentidos monárquicos e permanências na transição.** *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 6, 2013, p. 164-188.

LOBO, Judá Leão; CAPELOTTI, João Paulo. **Humor e liberdade de imprensa em O Mequetrefe**. Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, 2014, p. 150-175.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014.

MAGALHÃES JÚNIOR, Raimundo. **Três panfletários do segundo reinado**. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 2009.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e antropologia**. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

MUNHOZ, Laertes. **Joaquim Nabuco**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 2, p. 76-92, 1954.

_____. **A criminologia de Clóvis Bevilacqua**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 8, p. 7-21, 1960.

OLIVEIRA, Cecília Helena de Salles. Introdução. In: VASCOCELOS, Zacarias de Góis e Zacarias de Góis e Vasconcelos. São Paulo: Ed. 34, 2002.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. **A circularidade da cultura jurídica: notas sobre o conceito e sobre método**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias. Curitiba: Juruá, 2012.

PETIT, Carlos. **Biblioteca, archivo, escribanía. Portrait del abogado Manuel Cortina**. In: NARANJO (Org.). Vidas por el derecho. Madrid: Universidad Carlos III, 2012.

PETIT, Carlos. **Discurso sobre el Discurso: oralidad e escritura en la cultura jurídica de la Espanã liberal**. Huelva: Universidad de Huelva, 2000.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem a cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. Tese de doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

Trabalho enviado em 20 de junho de 2015.

Aceito em 19 de agosto de 2015.