TEIXEIRA DE FREITAS E A RENOVAÇÃO DO DIREITO*

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO

Exmo. senhor presidente, senhores membros da Mesa, prezados confrades, minhas senhoras, meus senhores.

Os chamados lugares-comuns da linguagem só o são quando o emprego de expressões rotineiras acoberta o vazio de sentimentos. Quando, porém, elas traduzem emoções autênticas, verdades sinceras da alma, então vocábulos murchos adquirem seiva nova e a flor da palavra, como a rosa matinal, não repete, mas revive.

É, pois, com a segurança de uma emoção profundamente vivida, que manifesto a este plenário a gratidão com que recebo a láurea magnânima que houvestes por bem conceder-me. Magnânima é como a sinto; não a posso dizer imerecida, porque isso seria pôr em causa o critério dos que a concederam, o que resultaria, não em gesto de humildade para comigo, mas em grosseiro desrespeito para convosco.

Respeitado o critério que adotastes, cumpre-me ponderar as razões da magnanimidade.

Esta instituição, mais que centenária, é a Academia das Ciências Jurídicas e o colégio mais alto da profissão forense. Não exercendo a advocacia, nem podendo considerar-me jurista, devo encontrar razões para essa outorga da mais elevada honraria desta casa de juristas e advogados.

Para mim, a explicação é a de que quisestes destacar uma vida já longa, em grande parte dedicada a servir ao direito, quer como professor universitário, contribuindo, durante décadas, para a formação de advogados e juristas, quer como parlamentar que, em 20 anos de Congresso Nacional, com procuração dos eleitores de Minas Gerais e da Guanabara, se esforçou por ser o advogado dos direitos humanos e da legitimação do poder.

Talvez possa acrescentar, aos labores do professor e do parlamentar, a autoria de alguns livros situados no campo da experiência universitária e legislativa, estudos de direito constitucional, teoria do Estado e ciência política, sendo de se notar que, na meia centena de obras por mim publicadas até agora, a mais antiga, de 1930, é uma tese de direito penal.

Imposições da vida e da idade levaram-me ao retiro feliz da família e dos livros, mas não esqueço um passado de esforços e lutas, principalmente porque ele foi construído, no meio século que me liga mais do que me separa da minha formatura em direito, na crença contínua em verdades

* Discurso proferido no Instituto dos Advogados em agradecimento ao Prêmio Teixeira de Freitas.

e práticas intemporais que, por isso mesmo, resistem a crepúsculos passageiros, para se reafirmarem, mais cedo ou mais tarde.

Na pobre limitação da vida terrena, a convicção em certos padrões intelectuais e morais de comportamento do homem na sociedade corresponde, na grandeza do sobrenatural, à fé em Deus. Na relatividade da vida, como no absoluto da fé, a razão humana se tranqüiliza na certeza do predomínio inevitável da verdade.

Eis por que, a esta hora adiantada da vida, a convicção e a fé do passado são, para mim, certezas do futuro.

Cícero, o maior de todos os advogados, escreveu acerca da idade: "Assim como aprovo o jovem que traz em si algo do homem idoso, fico igualmente satisfeito com o homem idoso que conserva qualquer coisa do jovem. Pode-se trazer a idade no corpo, mas não na mente."

E Lord Byron escreveu, em um dos seus mais belos versos: "O bom tempo antigo é todo o tempo em que o antigo seja bom."

Sim, toda a herança positiva do passado, que sofre algum colapso no presente, volta a ser desejada para o futuro. O bom tempo antigo torna-se perene, quando o bem abandonado volta a ser aceito e procurado. Este bem é, hoje, a liberdade.

O preclaro Teixeira de Freitas é o patrono da láurea que tenho o desvanecimento de receber.

Nenhum jurista brasileiro foi maior do que ele, e não sei se ele não terá sido o maior de todos os nossos juristas. Seu trabalho gigantesco na consolidação das leis civis e no projeto de código inacabado, além de exprimir um excepcional poder de criação da mente, tingiu-se com as cores dramáticas da entrega total do homem à obra e do sacrifício voluntário da obra inconclusa. Sacrifício que resultou no naufrágio da razão do sábio, desarvorada no conflito entre o esforço realizado e a crença perdida.

Há uma fatalidade de tragédia grega na vida gloriosa de Teixeira de Freitas. Sua glória é a de um fracasso, mas ela talvez sobrepaire à galeria dos sucessos que coroaram as obras de Bernardo Pereira de Vasconcelos, Eusébio de Queiroz, Carvalho Moreira, Rui Barbosa e Clóvis Bevilacqua, os vitoriosos nos reinos da legislação penal, comercial, processual, constitucional e civil.

A derrota de Teixeira de Freitas diante dele mesmo — ainda quando recebia os aplausos de outros — representa, também, uma vitória diferente: a do exemplo do jurista renovador, que, no soçobro, lega a sua última mensagem, não como pedido de socorro, mas como brado de fé no futuro.

Seu enorme saber, acumulado e sedimentado, tentou, no campo do direito privado, a experiência final renovadora, que não conseguiu atingir. Mas ficou-nos a lição, para sempre fecunda; a lição de que o saber acumulado sob as diretrizes da convicção moral tende sempre para a renovação do direito, quando assim o exige o curso da história.

Essa lição é válida, particularmente em tempos como o que vivemos, neste declínio do século. Tempos revolucionários, nos quais, contudo, muitas chamadas revoluções procuram realizar-se pelo abandono do direito.

A imposição de um regime antijurídico não constitui, por si só, uma revolução. A revolução pode-se operar dentro da ordem, através da adaptação, às necessidades do tempo, de sistemas jurídicos renovados adequadamente.

Não há propriamente revolução na simples imposição da ordem material fora do direito. Quando se alteram os fundamentos do direito público e se conservam as bases tornadas obsoletas do direito privado, de forma a impedir que a sociedade marche, sem desvios nem desordens, ao passo do seu tempo, então, para usar a expressão de Joseph de Maistre, "o que está se processando é o contrário de uma revolução".

As transformações sociais através do direito, exigidas pelas mutações históricas, são o único caminho da ordem.

A simples imposição da força torna impossível a identificação e o reconhecimento das necessidades e crises, que indicam o desajuste entre uma sociedade e o seu tempo histórico.

Forma-se, então, sob as aparências da ordem, aquela desordem que Rui Barbosa caracterizou como inerente à ausência ou à falsificação do direito e da sua evolução criadora. As conseqüências são, sempre, as mesmas.

Na medida em que a liberdade se apaga e, na falta dela, as verdades se dissimulam, alterna-se a violência da repressão com a violência da anarquia. Duas formas opostas de desajuste, convergentes, porém, no malefício dos interesses gerais da sociedade, da tranqüilidade coletiva, da segurança individual, da eqüidade do desenvolvimento econômico e dos direitos humanos.

O autoritarismo é diferente da autoridade. Aquele é a concentração desmesurada do poder nas mãos de um homem ou de um grupo. Esta é a investidura humana do poder pelo direito. O autoritarismo tende invariavelmente a minimizar a segurança social em nome da segurança do Estado, o que leva fatalmente a separar o Estado da sociedade, isolando o poder político das suas fontes naturais e dando aos poderosos a ilusão de que o temor significa apoio.

O conceito de segurança do Estado extrapola as suas bases jurídicas e suas razões históricas e transforma-se num fim em si mesmo, desligado da segurança social, em conjunto, e da segurança individual, em particular.

Tal concepção levaria, no seu processo dinâmico, a resultados funestos, porque a segurança total do Estado passa a significar a invulnerabilidade total do sistema que, em nome do Estado, detém o poder, acima da crítica, da reflexão e da própria contribuição dos divergentes.

Em tal acepção, a segurança total do Estado corresponderia à insegurança total da sociedade. E isto não é um devaneio de imaginações catastróficas.

A história contemporânea exibe exemplos de total insegurança humana, nas concepções de segurança do Estado, em regimes como os de Hitler ou de Stalin.

Como se vê, com tais exemplos, não são as concepções ideológicas que criam tão funestos resultados. Eles resultaram de ideologias antagônicas,

mas são simétricos, por causa das forças internas desenvolvidas, inevitavelmente, pela confusão entre segurança do Estado e sacralidade semi-religiosa do poder.

O risco de que um povo chegue a essa situação costuma apresentar sintomas precoces. O mais visível é a impressão generalizada de que não se pode sair, em dado momento histórico, de uma crise ou de um impasse institucionais com os elementos em funcionamento na conjuntura, ou seja, com o acervo disponível de meios legais ou costumeiros, dentro do quadro do relacionamento político, isto é, relacionamento entre órgãos constitucionais, partidos, grupos, classes, igreja, forças econômicas, juventude, órgãos de opinião.

Quando não se dispõe de instrumentos de aproximação ou meios de contacto nos momentos de crise institucional, então há algo de terrivelmente errado e as forças reparadoras precisam aparecer.

A primeira delas é a capacidade de compreensão. Na nossa língua, compreensão é sinônimo de entendimento, mas entendimento é também sinônimo de conciliação. O entender pode ser considerado, portanto, uma preparação ao entender-se. Desta forma, a compreensão é o passo inicial no caminho da conciliação entre forças contrárias, quando o exigir o bem comum.

Em uma sociedade democrática não há decisão sem entendimento, tomada a expressão nos dois sentidos acima empregados, ou seja, sem a compreensão dos elementos básicos do problema a ser decidido e sem a composição de forças e interesses engajados nas soluções. A perspectiva ideológica ou a perspectiva condicionada por compromissos inflexíveis não facilitam o entendimento, antes o inibem e tornam inviáveis as soluções.

Esses tipos de perspectivas dogmáticas transformam em certezas apriorísticas tudo aquilo que, precisamente, solicita debate esclarecedor; trazem conclusões irretratáveis nas mesmas vozes que formulam as premissas; afetam as idéias e as opiniões, substituindo-as por afirmações impositivas, que não podem encontrar receptividade sincera na consciência social.

O resultado não falha. A imposição toma a vez da decisão, e, como impor não é decidir, o problema em questão não é solucionado; antes complica-se com outros, derivados da forma do seu tratamento.

Aos poucos, as opções desaparecem debaixo de fórmulas vazias; as opiniões cedem ante as paixões e o medo; o interesse geral fica esquecido ante os apetites e as negociações grupais; o ceticismo desencoraja a colaboração desinteressada; as incertezas se avolumam entre classes profissionais e institucionais; e aumenta o risco de que a separação entre ordem e força, entre sociedade e Estado, conduza a grandes dificuldades para o deslindamento dos impasses e o encontro de soluções duradouras. Surge o risco de que a espumarada das paixões raivosas revolva e turve o quadro da união nacional, esta sim, no que nos toca, um autêntico milagre brasileiro, remanso de recordações e objetivos comuns, que o nosso povo criou em séculos de experiências sabiamente conduzidas.

A união nacional foi resultado de decisões políticas e atos jurídicos. Política e direito foram, nos momentos decisivos, os instrumentos do êxito. Nunca a economia, a finança, a técnica resolveram nada, se a política estava condenada e o direito proscrito. Uma nação não é uma empresa, é uma pessoa no mundo da história.

Não ecoa nesta tribuna a voz do medo, da frustração, do ceticismo nem do ódio. O velho professor que vos fala acha-se recolhido à paz do seu lar e ao silêncio cheio de vozes da sua sala de livros. Nada tem a temer, a não ser o julgamento de Deus; nada deseja, porque seus patrícios lhe têm oferecido — como é hoje o caso — mais do que merece. Mantém intacta sua confiança nas potencialidades nacionais, assim como na retidão e nos bons propósitos dos dirigentes do Estado. Não nutre ódios, não tem um só inimigo. Não pensa em si, cujo destino, bem ou mal, foi cumprido. Pensa, isto sim, naqueles que ainda têm o destino a cumprir e que são grande maioria do seu povo.

A preocupação que assalta quem vos fala é a que já foi esboçada neste discurso. Parece-me que se acham suspensas as possibilidades efetivas de convergência, institucionais ou instrumentais, em hora de grande delicadeza para a vida do povo brasileiro. E eu sou parte do povo e passei a vida a estudar problemas do Estado e o funcionamento da organização estatal.

Por isso é que falo, no momento em que a suspensão referida tende a transformar-se em ruptura. Em tal caso, a conclusão seria a evidência mesma: a solução do impasse só poderia vir de fora das instituições e dos instrumentos existentes.

Aceita esta premissa, não há conclusões à vista. Qual deveria ser tal solução? Como poderia ser montada, impulsionada, conduzida? Quais suas conseqüências e fins? Quais suas possibilidades de êxito?

Ninguém poderá responder, com segurança, a tais perguntas. Ninguém pode confiar em qualquer resposta a elas, seja de quem for, pois se trata de eventos rigorosamente imprevisíveis. Uma só coisa parece certa: da solução final dependerá o futuro desta geração de brasileiros.

Em face de tais perplexidades que, parece, ninguém contesta hoje a sério, a história contemporânea oferece exemplos de recuperação jurídica e pacífica de crises muito mais graves, na estrutura de alguns Estados ocidentais.

Antes de uma referência ligeira a esses casos, recordemos, brevemente, alguns passos da nossa própria experiência.

No Brasil, a Independência e a Monarquia Constitucional foram criações originais do pensamento jurídico, em meio ao continente latino, entregue à desordem caudilhista e ao predomínio da força.

A unidade do Império superou os tumultos da Regência graças à renovação do direito, através de diplomas como a Lei de Interpretação do Ato Adicional, as leis de criação do novo Conselho de Estado e da presidência do Conselho de Ministros, e graças, afinal, à construção de um parlamentarismo brasileiro, diferente dos demais então existentes. A questão religiosa, que suscitou ditadura na Inglaterra, e a abolição, que provocou a guerra civil nos EUA, foram dissipadas pelas soluções jurídicas, às vezes prolon-

gadas em delicadas negociações fundadas no direito interno e no direito internacional.

Deixemos, porém, o Brasil do século passado e observemos alguns cenários do nosso tempo. Há 30 anos, a Alemanha, protagonista e vítima de uma das maiores tragédias da humanidade, achava-se no fundo da desmoralização e da miséria. Militarmente esmagada, moralmente destruída, materialmente arrasada, economicamente liquidada, era uma nação andrajosa, de joelhos sob a vigilância do ocupante estrangeiro, pena imposta aos crimes do nazismo. Mas a conciliação interna e a renovação jurídica permitiram a confluência dos esforços nacionais. A admirável capacidade de trabalho do povo alemão, a desprevenção garantidora do consenso, a concordância em sacrifícios em prol dos fins sociais, tudo sob a égide do direito, trouxeram a nação alemã, em 20 anos, ao primeiro plano das potências mundiais, e levaram-na ao bem supremo de inspirar, não mais temor pela força, como no passado, senão que respeito e consideração como membro civilizado e responsável da comunidade internacional.

Por caminhos semelhantes, respeitadas as diferenças culturais, operou-se a transformação experimentada pelo Japão.

A organização jurídica e o entendimento livre é que propiciaram a recuperação desses países. Nunca se pensou que a continuação de regimes autoritários, em substituição aos que haviam sido liquidados pela guerra, seria o penoso caminho da reconquista do estado de direito. Foi através do estado de direito que se processou a reconstrução nacional.

Exemplo talvez mais impressionante é o da Espanha de hoje. Uma ditadura envelhecida, cheia de erros e, mesmo, de crimes, soube preparar seu fim com extraordinário espírito de compreensão. Serviu-se dos valores mais autênticos da formação espanhola, seguramente inaplicáveis em outro país: os valores da monarquia constitucional. O que parecia aberrante anacronismo revelou-se senso agudo do presente. O autoritarismo ideológico, o reacionarismo militar e eclesiástico, a ameaça comunista, o facciosismo separatista, todos esses perigos, novos e velhos, da Espanha foram absorvidos pelo grande consenso jurídico nacional e a gloriosa Espanha voltou à primeira linha das democracias ocidentais.

A obra foi de todos, mas não seria possível sem a compreensão do chefe do Estado e a colaboração do chefe do Governo. A juventude de ambos faz lembrar a imagem de Cícero sobre os jovens que trazem a prudência própria dos homens idosos.

Em face dos exemplos citados cumpre reconhecer que o impasse nacional não é insolúvel por ser difícil. Ele é difícil porque se apresenta, sem fundamento, como insolúvel.

Na serenidade deste recinto acadêmico e não-político, recinto ornado com as efígies tutelares do direito nacional e ressoante, ainda, do eco das suas vozes, podemos nós outros afirmar que não há nenhum empecilho intransponível para o encontro da estabilidade institucional, tão gravemente comprometida.

Ela resultará seguramente da conciliação política e da recuperação do nosso direito público. A responsabilidade das falhas atuais não incumbe aos juristas, mas à inexistência dos canais do entendimento, falha pela qual são responsáveis as duas parcialidades que se afrontam e se confrontam, mais que se defrontam. Urge superar as barreiras que não representam nada; que não marcam antagonismos ideológicos, porque não há ideologias em jogo; que não exprimem luta de classes, porque os acampamentos adversários não abrigam classes em luta; que não traduzem duas divisões do projeto nacional, porque não há projeto nacional em vista; que, afinal, amarram o povo a compromissos que ele não conhece, a reivindicações que ele ignora, a riscos que ele não sente, a objetivos de que ele não tem notícia.

Urge vencer a barreira do nada e reconstruir o estado de direito, tomado no seu significado mais abrangente, que envolve a autoridade como executora da lei, a justiça, a ordem, a paz, a liberação do medo, a moral, a tolerância, a tradição, o progresso. Afinal, a busca do bem comum.

O problema das negociações políticas nos escapa; sobre ele não nos compete opinar. Mas o debate jurídico é próprio da nossa razão de existir. Por isso não nos recusaremos a ele.

Dois problemas correntes do direito público são os principais na apreciação do momento brasileiro, ainda que apreciação ligeira, como a que estamos fazendo. Refiro-me aos problemas da legitimidade do poder e da legalidade do seu exercício.

O hábito de professor não me levará ao ridículo de doutrinar para mestres. Mas a recordação de alguns conceitos torna-se conveniente para chegarmos às conclusões que se aproximam.

Primeiramente convém insistir na tese da renovação jurídica como elemento inerente à superação da crise institucional.

A consciência social do direito evolui mais rapidamente do que o conjunto de normas jurídicas, ou, como dizem os juristas, a idéia do direito é mais dinâmica do que o direito positivo. Em casos como o brasileiro, o fenômeno é mais acentuado porque o tipo de poder político existente não facilita a manifestação livre da idéia do direito, e, assim, não temos noção precisa do afastamento que se vai operando entre ela e o direito positivo.

As chamadas leis de ordem pública, ou seja, todas aquelas que dizem respeito aos elementos básicos de convivência social, passam a ter sua expressão preferencial na idéia do direito, majoritariamente aceita, e não no direito instituído, minoritariamente estabelecido. Desde que se aceite esta verdade, então a conseqüência é a de que os responsáveis pelo Estado devem atentar mais na idéia dominante do direito, tal como se desprende da consciência social, do que no direito operacional e casuístico, por eles próprios criado.

Os que não são responsáveis pela direção do Estado, ou a ela se opõem, devem, por seu lado, afastar-se do espírito vazio da contestação, que não traz consigo, como já vimos, nem ideologia, nem projeto nacional, nem reivindicação de classes. A atitude que o bom senso lhes indica é a da colaboração, mesmo não solicitada. Nada há de humilhante nem de cen-

surável na procura do consenso em busca do bem comum, desde que o seu processo não envolva interesses, nem barganhas.

Quando o estado de direito ameaçava entrar em colapso, em 1849, com a Revolução Praieira, que trazia ao Brasil, extemporaneamente, os abalos da industrialização européia, ninguém pôs em dúvida a retidão de Paula Sousa ou Paraná, os arautos da conciliação que sustentou o trono e a ordem jurídica. Onde estão os sucessores de Paula Sousa e Paraná?

É noção básica do direito constitucional democrático que o princípio da legitimidade se exprime, concretamente, em assegurar à autoridade o exercício do poder, mas nunca em conceder-lhe a capacidade de criar ou ampliar o poder instituído. A autoridade constitucional não cria o poder; exerce-o, de acordo com a Constituição.

A norma excepcional que permite o acréscimo indefinido do poder transforma a autoridade em arbítrio.

Hegel dizia que o Estado é a mais alta criação do espírito humano, e via nele inspiração divina. Mas a própria idéia de Deus não se coaduna com o aumento do Seu poder criador. Deus, para os crentes, é a criação inerente e, portanto, inacrescentável.

No Estado, há um poder de criação que não pertence ao exercício do poder criado. A autoridade é uma das criações — a mais alta — da legitimidade, mas não pode ser a sua criadora.

Aqui é que se bifurcam as idéias de legalidade e legitimidade. A legalidade é a eficácia da norma e a sua observância, até sob coação. Mas o fato de o poder submeter-se à legalidade que ele mesmo cria não faz esquecer o outro fato de que ele não poderia aumentar-se, criando-a. A legalidade da norma, que ultrapassa a legitimidade do poder, contribui para separar a autoridade do direito e, em via de conseqüência, o Estado da sociedade.

Torna-se por isso difícil a institucionalização jurídica do poder, porque a revolução permanente corresponde à permanente instabilidade, ainda que sob a aparência da ordem. Sem dúvida, regimes que padecem de tal contradição intrínseca podem ser duradouros, mas nunca estáveis. Adquirem feições distintas e sucessivas de instabilidade.

Somente as doutrinas políticas que colocam, francamente, o poder instituído pela força como fonte primária e perene do direito e da justiça podem invocar coerência em tal linha de comportamento.

Para tais doutrinas, como o marxismo ortodoxo (quer dizer: leninista-stalinista) a legitimidade vem da força, que instala o poder, que institui o direito. Mas essa doutrina se encontra profundamente abalada no Ocidente cristão, cujos povos não podem conviver culturalmente com a idéia de poder acima do direito. A utopia alemã do século XIX, vivida pela construção eslava da primeira metade do século XX, se esboroa, aos nossos olhos, como concepção filosófica, como visão histórica e como doutrina política.

Acercamo-nos das conclusões. Peço-vos desculpas pela extensão e pela possível obscuridade de alguns momentos do meu pensamento. Desejei ser, sempre, honesto e simples. Obscuridade, se houve, é resultado da natureza mesma da matéria abordada.

Não tenho incumbência nem desejo de sugerir nada. Limitei-me a utilizar a experiência de velho professor para trazer-vos algumas reflexões, em consonância com as finalidades do nosso Instituto e à honra da vossa acolhida.

Insistirei, apenas, para terminar, em que a conciliação nacional, em busca do estado de direito, parece-me corresponder ao desejo da nação sofrida, alarmada e impotente ante o jogo de forças dominantes, cujos resultados interessam ao futuro de todos, por muito tempo, e não só ao destino de alguns, por poucos anos.

Ao poder caberia a marcha para a legitimidade; aos divergentes do poder, a aceitação da legalidade, mesmo revolucionária, no empenho de colaborar para aquela marcha.

A história julgará uns e outros. Todos estamos certos que o tempo só conserva aquela parte da ação do homem que visa além do seu tempo. A inexistência de caminhos abertos não dispensa ninguém da necessidade de caminhar. Ao contrário, é caminhando que se abrem os caminhos. Que Deus proteja e ilumine os que têm as pouco invejáveis responsabilidades de abri-los para nós.

Minhas senhoras, meus senhores, ilustres confrades, senhores membros da Mesa, eminentes oradores, senhor presidente. Permiti que reitere as expressões do meu profundo reconhecimento pelas palavras consagradoras e pelo recebimento da láurea. O prêmio Teixeira de Freitas, do Instituto dos Advogados Brasileiros, passará de mim para minha mulher, para meus filhos e netos, como algo de muito importante na minha vida, algo de exaltante, consolador, inspirador e inesquecível.