

DOCTRINA

O DIREITO PORTUGUÊS E A LIBERDADE

PEDRO CALMON

Atendi, pressuroso, à ordem, que recebi, e acato, para proferir a lição inaugural desta ilustre reunião.

E para tema, em meia hora, não mais, de conversa, sobre direito comum, preferi o assunto que está, discursivo, na ordem do dia. Há quem proclame o ideal humano da liberdade no futuro; o direito social como direito à liberdade a que todos aspiramos. Escolhi o assunto para deslocá-lo desta temática nova e colocá-lo na ordem histórica. A liberdade não é um ideal futuro, é uma herança do passado, e sobre ela assentamos a nossa civilização moral, a nossa ordem social, o nosso sentido de vida. Preferia proclamar a ancianidade do dilema, a preclara antigüidade desse desejo humano de viver com ambigüidade no mundo ordenado e submetido ao direito, a liberdade como apanágio da cultura tradicional; tendão desdobrado nos horizontes da história portuguesa exprimido no sentido e no pensamento coletivo, na tendência popular em favor de um regimen que sobraçasse o homem e o Estado. Declaro que os que conhecem a história das instituições em Portugal facilmente contarão o que lhes direi, minhas senhoras e meus senhores. Acho, porém, que há uma evidente oportunidade de relembrá-lo aqui, e neste momento, em que, seja como for, nos sentimos oscilantes entre o liberalismo de outrora e as novas fórmulas ideológicas que nos acenam as promessas de felicidade utópica.

Devo dizer, com certa ênfase e alguma ufanía, que nós, portugueses e brasileiros, nascemos livres. A liberdade, porém, nos intimida, não como a da declaração francesa, dos direitos do homem, como os que a natureza confere, mas como uma conquista que a vontade do povo construiu através de uma laboriosa e ilustre evo-

lução. Não se trata de dizer que a liberdade é imanente, e que a respiramos. No art. 1.º da declaração de 28 de agosto de 1789, aí está assegurada aos homens esta liberdade natural. Sobreponho a ela a liberdade autêntica, aquela experimentada, sofrida, vivida e herdada dos portugueses.

É claro que dizendo isto, estou fazendo um respeitoso elogio a nossa civilização. Penso que entre a velha metrópole e sua antiga colônia, atravessando o Atlântico, há uma ponte espiritual que é a tradição que nos une e torna o Brasil, um tanto, sobretudo nas instituições jurídicas, a imagem do heróico, do esplêndido, do aventuroso, Portugal de outrora. Declaro insisto não podemos separar o direito português dos episódios que criaram ali uma democracia antes dela, *a priori*, sem inveja, dos regimens que lentamente se aperfeiçoara na Inglaterra e na França, um sistema que precisa ser devidamente compreendido, para que lhe demos o valor que tem. Habituo-nos nós, homens desta época, a considerar que a base da juridicidade ou do Estado de direito e do sistema democrático, na grandeza do seu prospecto, é a divisão dos poderes. Pois bem, assim começou a história jurídica de Portugal, com a divisão de poderes, antes de Montesquieu, que, por sua vez, procurava interpretar a realidade inglesa do executivo. Existe a fatalidade social: não há país sem governo, não o há sem liderança, não há monarquia sem chefe que a comande, que a dirija, que a oriente. Tratava-se porém de dar ao executivo, esse velho princípio português a limitação judicial do arbítrio, isto é, a bifurcação dos poderes do Estado, distribuídos entre o governo régio e a justiça organizada. Faltava porém, dir-se-ia o Poder Legislativo, que representasse a vontade inorgânica que as massas promulgam. O poder delegado pelo povo aos membros de uma assembléia, forma final da soberania do Estado. Pois bem, dir-lhes-ei que esta falta não foi tão sensível no início da história portuguesa. E nós tivemos o mesmo exemplo na história do Brasil. O poder representativo que oficialmente faltava, foi preenchido, foi substituído, foi suplantado, pela Câmara Municipal exprimindo a vontade dos jurisdicionados. Sucedeu a união deles com as Câmaras congêneres, na formulação da vontade plebiscitária da Nação. Vejam a surpresa que nos acolhe, como aconteceu na elevação ao trono do Mestre de Avis. Como se deu a consolidação do poder quando, com restauração, recupera Portugal a sua independência através da coligação dos conselhos, da vontade das Câmaras locais, reunidas por laço tênue e vivaz a que chamamos de patriotismo, pela consciência coletiva de seu amor oriunda das regalias, dos direitos, dos deveres, das contribuições, das faculdades, das Câmaras Municipais?

A Câmara Municipal de um lado, os tribunais do outro, e enfim um Rei tolhido pelo respeito aos usos e costumes, formaram a primitiva monarquia do Ditador. Onde encontraremos as fontes deste direito unido e como interpretaremos agora as ressonâncias desse movimento que a um tempo formou o Estado subordinado ao direito e criou a consciência de que somos os herdeiros agradecidos e fiéis. Leio numa carta de Alexandre Herculano a Oliveira Martins a explicação desse mistério. Oliveira Martins, homem do século XIX, imbuído dos princípios franceses, da revolução, da democracia teórica da nossa época, chamava a atenção, do mestre da história de Portugal, para as necessidades que temos nos dias de hoje, de aceitar a democracia, talvez a república, como a forma normal de dignidade coletiva e ao mesmo passo que nos incorporarmos à corrente liberal do mundo, contra o Império, contra a Ditadura, contra as formas autoritárias do Estado num sistema elaborado, feito, passado, pela razão militarista. E Herculano carancudo, metido num isolamento defensivo, imaginou como velho liberal, que ninguém o foi maior em Portugal naquele tempo. Herculano sob o peso da pesquisa histórica, os olhos fatigados de ter decifrado tantas incógnitas da velha escrita Herculano, apóstolo das liberdades puras, declarou-me: "Amigo, não se apresse, não vá tão longe." Não precisamos pleitear a liberdade lendo os filósofos contemporâneos. Vamos encontrá-la, e aí falava o autor do Monge de Cister, o biólogo romântico de Eurico, o Presbítero, o grande historiador dos símbolos da tradição nacional. Temo-la em casa, na Idade Média. O homem na plenitude da sua autonomia ativa e voluntariosa nos conselhos antigos do país. Neles sim, a liberdade espontânea, nossa história está a desafiar a contestação e a opressão.

Li esta correspondência de Alexandre Herculano, conhecedor da verdade como Oliveira Martins o vencido da vida, para penetrar-me de que anda errado quem julga que a liberdade é um bem que o futuro nos promete para declarar ao contrário que a liberdade é um patrimônio, que a história nos obriga a reconhecer e a obedecer. Porque, repare-se visto Portugal nos sécs. XIII-XIV como no Brasil nos sécs. XVI-XVII, na história um paralelismo e um reflexo impressionante, acham o homem e o povo nos momentos difíceis da sua evolução, a dignidade como se fosse uma entidade soberana. Todos podiam faltar ao dever, menos aqueles rudes, membros dos conselhos das vilas, menos aqueles homens dos misteres mecânicos e humildes, menos, como o alfageme de Santarém, de Almeida Garrett, o tanoeiro Lopes de Mendonça aqueles vultos que ficaram na história como expressões impressionantes da pura liberdade, iguados pelo verbo, pela profecia, pelo

sentido patriótico. Henrique Lopes de Mendonça descrevendo o tanceiro lembra: Concitado pelo povo a desconhecer o estrangeiro e manter-se leal à independência portuguesa, disseram-lhe, vamos todos assinar o documento a nossa adesão à causa nacional. Ofereceram-lhe a pena com que subscreveria e ele declarou, estou de mão felpuda, no punho espada, senhores, com espada defendo o meu país, mas não sei escrever. Isto vale como uma afirmação de que os analfabetos, pertencendo honradamente à classe laboriosa, falavam pelo povo, encarnavam o povo, podiam ser os seus arautos e os seus intérpretes. Esta circunstância desençaixa do espírito da monarquia portuguesa. Olhe-se bem o que prometeram os reis aclamados por esta coligação, por esta maré montante da vontade popular, naqueles momentos críticos do crescimento do país. Eles prometeram, diante de Deus, zelar pelos usos, costumes e privilégios outorgados, isto é, prometeram à vista de Deus, ajoelhados em frente do Evangelho, honrar o compromisso assumido com a Nação. Dir-se-á, mas nisto haveria a versatilidade própria da intenção humana? Respondo — Não — Esse juramento envolvia outro, que era o supremo argumento para a conduta dos poderosos ao mesmo tempo reafirmava, revigorava os usos, os costumes, os privilégios da legislação corrente para que a Coroa fosse subsidiária e não promotora do direito, este acima do poder.

O direito reconhecido como a fonte suprema da autoridade, isto é, metafisicamente diríamos, um órgão da soberania. Afirme-se que naquela época, os reis respondiam pelo seu comportamento perante o Papa, SANCHO II em Portugal foi destronado por uma decisão do Vaticano, mas não era apenas pela vinculação entre a Igreja e o Estado que o compromisso era plenamente cumprido. Era pelo complexo das circunstâncias e pela justiça dos tribunais e pela Legislação Codificada. Abra-se o livro 2.º das Ordenações Filipinas. Estas, que no ano que vem farão os seus 380 anos de regência, e lá encontraremos no título 27, numa especificação extraordinária, os direitos do Rei, isto é, a limitação pela terra expressa da lei, do poder do monarca que tinha o seu poder demarcado pelas Ordenações com a seqüela da jurisprudência, segundo a qual decretos, provisões, cartas régias, os atos enfim da autoridade não valeriam se contrários à utilidade pública e aos direitos assegurados, quer dizer, a nulidade do ato público por força da utilidade que contrariava. Quando às leis desrespeitava, constituía o confinamento da autoridade nos modestos limites das suas atribuições, e ainda se abuso houvesse, se providências tomasse, prejudicando direitos existentes e vivos, seriam embargáveis pelo princípio de que se presume, maravilhosa presunção, de que jamais um rei deverá fazer qualquer coisa contra os inte-

resses de seus súditos. Esta imanência do princípio de que a legitimidade protege o direito contra o arbítrio, se é necessário que se justifique a lei para que esta vigore é preciso que o direito se anime com a persuasão que aí deve haver, restaure-se, viva na história dos tribunais portugueses. Por outro lado a segurança dos particulares se fazia mediante uma *carta de seguro*. É a tradução lusitana do *habeas corpus* inglês. A respeito, poderia citar numerosos exemplos que encontrei na história documental do Brasil. Abreviarei porém esta descrição dizendo que esse direito, maciço, popular, português, decaiu com os motivos conhecidos do declínio nacional. É contemporânea do Brasil descoberto, recém-achado, a Ordenação Manuelina, obediente à tendência portuguesa de codificar ao modo romano a sua legislação, D. PEDRO mandava organizar ordenações que tomavam o nome do sobrinho AFONSO V, as Ordenações Afonsinas de 1446, tudo isto reduzia um sentimento de juridicidade que dependia do órgão que a executasse e das forças que nela se empenhassem. Qual foi o organismo criado para dar vida a esse direito, imanente, autêntico, nacional? O ensino, a Universidade, a escola. Tenho diante de mim um eminente professor da Universidade de Coimbra, e é com a maior alegria que a ele me refiro e também a ela. Como ORLANDO GOMES, na linha lisonjeira dos doutores *honoris causa*, e devo lembrar, que graças à Universidade de Coimbra anuiu Portugal à gigantesca herança romana do direito positivo. Duas tendências colidem nesta evolução: a tendência Visigótica do direito individual que através da Universidade de Bolonha João das Regras, o grande jurista de D. JOÃO I, levou para Lisboa. A transubstanciação dessa herança, dessa influência, desse legado, modificou a fisionomia do país. É claro que as instituições passam a reger-se por um espírito imperial estava-se na fase primitiva, mas a causa da decadência de Portugal em seguida, me refiro desde já ao testemunho de CLENARDO que traçou como ninguém o retrato da sociedade do séc. XVI, compensa-se pelo fornecimento ao apetite de juridicidade de seu país, pois fora de bacharéis esse estado. Data de el-rei D. DINIZ, que ofereceu a sua alcáçova alta-neira à margem do Mondengo para sede desses estudos, o bacharelismo português que alcançou a sua cumeada com AFONSO V e D. JOÃO II.

O primeiro, AFONSO V declarando que os bacharéis de Coimbra seriam os magistrados escolhidos para distribuir justiça, e D. JOÃO II, que criou o juiz de fora, isto é, fora da jurisdição, extremé aos interesses locais, não o juiz da terra regional, empenhado nos assuntos do lugar, nos interesses da grei, mas o que vem de fora,

sobrecarregado com os deveres da lei geral, fiscal da ação honesta e promotora da justa razão.

O Brasil foi descoberto nesta época, em que o juiz de fora começava a ensaiar os primeiros passos da centralização judicial, época, entre o reinado de D. MANUEL e D. JOÃO III, o de renascença portuguesa, cujo espírito vive inteiro no poema de CAMÕES — Os Lusíadas. Nós somos uma dependência, uma continuação, e uma herança, quase diria, uma sucessão de Portugal no tempo. Tem o espírito dos portugueses do séc. XIV, renasce no trópico no séc. XVII, em primeiro lugar uma bifurcação do governo. Criamos os forais das capitânias hereditárias, antes de haver no Brasil unidade administrativa, o Brasil descentralizado nessas províncias dadas, cada uma, ao seu donatário. Far-se-ia ele acompanhar de um ouvidor, que julgaria os casos até determinada quantia, que além dela serem os autores apreciados pela instância superior. A coexistência daqueles homens simples e violentos, que foram os primeiros capitães, e do juiz formado em Coimbra, que vinha a ler as ordenações do reino para o povo estático e ansioso, significa a bifurcação do poder também no Brasil; e em seguida ocorre o fenômeno metropolitano da viva autonomia municipal. O infortúnio fez que desaparecessem as atas das Câmaras da Bahia, de Pernambuco e do Rio de Janeiro, as segundas perdidas durante, as invasões holandesas, as do Rio queimadas num incêndio terrível de 1798. Ficaram, porém, prodigiosamente resguardadas pelo clima propício, as atas da Câmara de São Paulo. E é por essas atas da Velha Câmara de Piratininga, que lá encontramos na sua vivacidade espantosa dos sécs. XVI e XVII, até princípios do século XVIII, a autonomia municipal na sua plenitude. Não havia Câmara de Representantes, não havia congresso, não havia Parlamento, mas havia a representação nobre do povo da vila, chamado pelo som vibrante do sino para o concílio cívico, a fim de declarar num modelo de democracia direta que nos lembra Atenas a sua vontade diante dos problemas que surgiam. Era a Câmara, portanto, que fazia as vezes, repito, como em Portugal de outrora, do legislativo moderno Câmaras estas as de São Paulo, cuja autoridade, cujo perfil político desenha em nossos olhos a fatalidade do Congressualismo como a solução inalterável, a solução imposta ao sistema democrático. Mas as cartas de seguro dadas em Portugal aos homens que delas necessitavam para reclamar contra o abuso do poder, prosperaram no Brasil de então. Havia o século XVIII até 1750, quando se fundou a relação do Rio de Janeiro, hoje sobredoiando-se com as brilhantes tradições do Tribunal de Justiça do Estado a única relação, o único tribunal dentro da Bahia. Neste Tribunal, criado em 1609, lembramos que o primeiro

escrição de agravos que veio para o Brasil trouxe consigo uma criança, de rara inteligência, que seria depois o maior pregador da língua portuguesa, o Padre ANTONIO VIEIRA. Esse tribunal representava na 2.^a instância neste país, articulada com a relação do Porto, consoante a processualística da época. Mas, o que se elaborava como meio brasileiro era uma miniatura do que existira em Portugal, como evidentemente, as variedades explicáveis do povo que não era o mesmo, dos costumes que não eram iguais, das circunstâncias que diferiam evidentemente.

Na decadência de Portugal quando as instituições políticas, dando no absolutismo feroz do séc. XVIII, derivam segundo as circunstâncias entre as quais a epopéia do descobrimento, CLENARDO, o humanista chamado por D. João III para ensinar as humanas letras na Universidade de Coimbra, dos que Lisboa se encheria de escravos negros. Pensamos que foi somente o Brasil que os reuniu nas populações que se distribuíram pelos nossos canaviais e pelas nossas povoações. Pois bem, Portugal, no tempo do CLENARDO estava repleto de pretos, que desconceituaram os mistérios mecânicos com as profissões manuais que antes eram dos "homens bons", e passaram a ser a profissão servil. Quem podia emigrava, e o Brasil impregnou-se da essência portuguesa através das levadas de colonos que povoaram estes litorais. Na agricultura, a falta de braços rejeitava o pobre e decadente. Com esta decrepitude contrastava o poder régio, crescente e forte. Não como a tendência nacional a abdicação das liberdades humanas, mas em virtude do clima moral estabelecido na Europa. Os regimes tendem a assemelhar-se. É uma lei sociológica feroz, que explica as ondas de movimento com as pautas ideológicas que acontecem no mundo. Se prospera alhures um sistema, temos de copiá-lo através de uma facção exaltada neste país. Assim se deu em Portugal até que a reação contra isto veio, ele próprio fator da autocracia reinante, o Marquês de Pombal. Dele falarei em breve, lembrando o centenário de sua morte, que devemos celebrar no Brasil, honrando-lhe a memória de grande reconstrutor da administração, e de defensor dos interesses do Brasil, que, quanto a nós só falhou, na expulsão dos jesuítas, que suprimiu o ensino colegial, engendrando o caos pedagógico em que submergiriam muito mais tarde. Foi Marquês de Pombal, pela lei da boa razão, de 21.08.1769, proscrevendo a doutrina de BARTOLO, o direito romano de que se abusava na velha Universidade de Coimbra, estatuí que, na ausência da lei expressa, o juiz devia valer-se dos usos e costumes a um tempo convite para renascer nas suas origens o direito português e para ensiná-lo devidamente criou a cadeira de História do Direito Pátrio, tão esquecido, nos lentes de anti-

gamente e agora trazido, como imperativo patriótico e um tanto liberal, ao conhecimento da Universidade. A ela pertencia — a essa juventude coimbrã da nata dos intelectuais brasileiros. Nós nunca tivemos universidade. O ensino superior no Brasil veio com D. João quando ele saiu de Portugal para fundar o Império Brasileiro em 1807. Estudavam em Coimbra os rapazes inteligentes da colônia, e foram eles que fundaram a independência, que fundaram a nacionalidade em 1822. Mas, abreviando considerações, direi que a liberdade antiga se esvanecera corrompida pelos novos dogmas de plena e absoluta autoridade régia. Tínhamos de encontrá-la, tiveram de encontrá-la os nossos avós na filosofia reinante. Surgem os Voltaires. Faz-se a revolução norte-americana instruída por esses filósofos e enciclopedistas. Jefferson, na declaração da independência dos EUA, cria um direito que não tinha sido declarado pelos nossos franceses e que passou a reger a consciência do hemisfério — o direito à felicidade. Os homens têm direito a vida, têm direito à participação no poder, mas também, sobretudo, têm o direito à felicidade. No bolso do inconfidente, agarrado pela política no Rio de Janeiro, o Tiradentes, levava ele, em tradução francesa, a Constituição norte-americana...

Bate-nos a lição dos tempos. Repitamos a austera resposta de HERCULANO a OLIVEIRA MARTINS. Tenhamos em vista que a cultura desnaturou-se, com a passagem do genuíno — nossas origens — para o alienígena — nossas imitações. Procuremos na alma da Pátria as inspirações liberais que felizmente conservou. Não consideremos o respeito da dignidade e da liberdade como a oferta generosa do porvir. Consideremo-la como um legado indissipável de remoto individualismo, da integração do homem nos destinos nacionais, da sua personalidade, que não poderá amanhã ser inferior à de ontem, quando no conciliábulo municipal o operário honrado era parceiro do príncipe, porta-voz da comunidade, advogado incorrupto do direito, mais do que o soldado que defende o chão sagrado dos antepassados, o cidadão que o resguarda do despotismo — e da ilegalidade. Que proclamem os outros povos a grandeza de suas ilustres instituições: nós, luso-brasileiros, temos tão velhas, e melhores, porque nossas — em que assenta o espírito democrático, não furtado aos textos como um plágio, mas revivido dos avós como uma herança. Nova será sempre a opressão. Tradicional e límpida, inata e inconfiscável, patrimonial e impecível, a liberdade!