

A HISTORICIDADE DO DIREITO E A ELABORAÇÃO LEGISLATIVA DE JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Por RICARDO MARQUES DIP (*)

1. Livro de não muitas páginas, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, de José Pedro Galvão de Sousa pode servir-nos de gráfico painel de fundo para uma pequena homenagem de nosso instituto a nosso saudoso Mestre, homenagem que se presta neste maio de 2012, vigésimo dos Meses de Maria desde a morte de José Pedro, no ano centenário de seu nascimento.

Publicou-se esse, no Brasil, em 1970, em edição não comercializada, impressa pela editora Franciscana, de São Paulo. Dois anos mais tarde, a editora Escelicer, de Madrid, publicou uma versão castelhana de Juan Antonio Sardina Páramo.

A obra divide-se em seis capítulos, antecidos de uma introdução.

O tema central do livro está na distinção entre apriorismo racionalista, historicidade e historicismo, que José Pedro desenvolve:

- a) vincando «a importância da tradição na vida dos homens e das sociedades» (p. 25),
- b) salientando, quanto ao direito, a correspondente necessidade de respeitar-se tanto a formação natural, quanto a geração histórica das sociedades a que aplicável;
- c) referindo que essa observância da tradição é rompida quer com o jusnaturalismo racionalista (inaugurado por Hugo Grócio), quer com o iluminismo;

(*) Tribunal Supremo do São Paulo.

em ambos os casos, à conta do abstracionismo, do desprezo da história, do voluntarismo (de que provém o domínio da elaboração legislativa: o geometrismo do direito).

d) Isso mais se acentuou no campo do direito público, sobretudo do constitucional, em que se agudiza o cunho ideológico (nota impressiva é o de a separação de poderes considerar-se condição para um regime reputar-se constitucional).

e) Na mesma linha, abriu-se espaço para o absolutismo democrático (ou seja, a democracia como tradução de uma soberania residente no povo) e o monismo estatal (p. 115), confundindo-se os conceitos de autoridade e representação, funções ambas exercidas por um só mandatário (p. 111). Confusão consequente dos aspectos político e técnico na elaboração das leis (p. 112-3).

2. Diz, com razão, o saudoso Juan Vallet de Goytisolo, que José Pedro sustenta em sua obra um termo médio entre as concepções do homem como «só razão» (abstracionismo racionalista) e do homem «só história» (historicismo).

No primeiro caso, diz José Pedro, «as normas jurídicas correspondem a uma racionalização da vida em sociedade, que pode afastar-se do processo histórico e obedecer a princípios eivados de abstracionismo», de modo que, após a revolução francesa de 1789 «o direito ideológico entrou a prevalecer sobre o direito histórico»:

a) «A revolução francesa fazia-se em nome de abstrações, iniciando a era dos slogans» (p. 14); foi um tempo propício às «pequenas minorias manipuladoras da opinião pública».

(b) «Foi sobretudo nos domínios do direito público –e particularmente no direito constitucional– que se fez sentir a influência das ideologias, desviando as instituições jurídicas da sua linha de formação histórica» (p. 15).

Mas, em contrapartida, «a historicidade do direito não significa assumir uma posição de conservadorismo estático, nem tampouco negar que o direito seja um elemento propulsor da dinâmica social e do progresso» (p. 15-6).

A história, diz José Pedro, «não deve ser considerada simplesmente um retrospecto do passado, um museu de antiguidades», porque, antes, ela é «a própria vida, é a tradição que vai passando de geração em geração, de tal maneira que se nós somos o que somos é em virtude da herança histórica que recebemos» (p. 16). Com efeito, história é (a) o conhecimento dos fatos passados com sua narração ordenada (p. 31, nota) ou (b) a própria realidade histórica (*id.*).

3. José Pedro realça, a propósito, a importância da tradição, observando que «todo homem é uma tradição acumulada», de sorte que «prescindir da tradição seria o mesmo que renunciar à memória» (p. 25). Assim, a negação da história importa na perda da identidade, no *desenracinement* (Simone Weil):

«(...) dizer que o homem é um ser histórico não implica a aceitação do historicismo, se por tal expressão entendermos os sistemas filosóficos que sustentam a existência de forças imanentes no mundo real, a presidirem o desenvolvimento do homem e das coisas, daí decorrendo a negação de uma essência humana supra-histórica» (p. 25).

Por isso, prossegue,

«...a ideia de direito natural está muito longe de se opor à da formação histórica do direito...», mas isso não significa apoiar o historicismo, que é relativista e «caracterizou em parte a reação levada a efeito (...) contra o apriorismo ou abstracionismo anti-histórico do pensamento iluminista» (p. 27).

De onde vem que a vida do direito seja sua história, isto é,

«os fatos que lhe dão origem, a gênese consuetudinária da norma jurídica, o desenvolvimento gradual das instituições, as modificações operadas na legislação em função das transformações sociais, a sistematização legislativa através dos códigos e também as inovações resultantes dos movimentos revolucionários» (p. 28-9).

4. Negação relevante da história é a recusa da concepção *natural* da sociedade política como sociedade de sociedades (p. 37). Hoje poderia mesmo dizer-se: a negação de toda a natureza das coisas. (A crise ecológica mesma –para ter-se um exemplo impressionante– está em que, ao negar a natureza das coisas, não se tem razão para preservar as coisas da natureza). E recusa da concepção orgânico-natural da sociedade implica a recusa do pluralismo jurídico.

5. Já se antecipara, há mais de 20 anos, o elogio deste *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, em um texto que –agora com ligeiras emendas– que foi lido no Instituto dos Advogados de São Paulo, em 17 de outubro de 1991, antecedendo à conferência que José Pedro Galvão De Sousa ali proferiu sobre o tema «A monarquia constitucional em face do plebiscito de 1993».

De fato, esse texto, elaborado após várias entrevistas pessoais com o próprio José Pedro, sofreu algumas modificações, quando serviu de base, em 2004, para uma palestra na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Vamos a ele.

6. Confesso que estou um pouco desajeitado e não o digo como recurso oratório: reconheço-me de fato um tanto desproporcionado da tarefa de que me incumbiram o Instituto dos Advogados de São Paulo e a generosíssima amizade do desembargador [depois, Ministro do Superior Tribunal de Justiça] Domingos Franciulli Netto.

Como reduzir, enfim, a meia-dúzia de páginas e com indispensável fidelidade, toda a riquíssima trajetória intelectual, sua mais de dezena de livros, sua mais de centena de estudos e artigos, sua fecunda e contínua atividade docente –como reduzir a tão poucas linhas a leal, a lealíssima vocação de brasilidade, de hispanidade, de lusitanidade e de universalidade deste meu grande mestre e estimado amigo José Pedro Galvão de Sousa?

Se, de um lado, não me entusiasmas as sombrias perspectivas de que eu pudera aqui apresentar uma síntese proporcionada (e ainda que segmentária) do vasto e profundo pensamento de Galvão de Sousa, de outro lado, não nego, encanta-me a ideia de que se enseja a oportunidade de testemunhar minha imensa gratidão pelo muito que lhe devo: Maritain, numa passagem do *paysan de la Garonne*, acerca de si próprio dizia que, embora não fosse grande coisa, pior teria sido não fora sua sorte de contar com mestres como o Padre Clerissac, o Padre Dehau e o Padre Garrigou-Lagrange; eu, que feliz ou infelizmente sou o primeiro a não me ter em boa conta, fico imaginando o que teria sido de mim se a Providência não me dera mestres como Jose Pedro Galvão de Sousa e dois de seus discípulos, Clóvis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho, aos quais também muito devo. Por isso, na medida em que eu possa testemunhar minha gratidão, essa apavorante incumbência de reduzir o que tenho por irredutível, é uma tarefa que se insinua a meus olhos um tanto mais favorável e simpática.

7. Também os grandes filósofos reclamam seus mestres, e Galvão de Sousa teve a sorte de encontrá-los na filosofia aberta e progressiva do tomismo de Leonardo Van Acker e Alexandre Corrêa, com quem estudou, nos anos trintas [do século XX], na Faculdade de Filosofia de São Bento, então agregada à Universidade de Louvain. Não terá sido pouca, para quem conheceu o admirável tradutor brasileiro da *Suma Teológica* de S. Tomás (e eu também tive, embora com menor parte, a felicidade de ouvir-lhe as lições), a saudável influência que Alexandre Corrêa exerceu junto ao inteligente José Pedro, a quem ensinou o Direito Natural e introduziu na leitura de Vareilles-Sommières e de Joseph de Maistre. Mais ou menos na mesma época, Galvão de Sousa recebia, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, lições jusnaturalistas passadas pelo grande jurista que foi Vicente Ráo e que muito contribuíram para sua formação. A essa altura, José Pedro já travara conhecimento com a revista e o movimento Pátria Nova, dirigidos por Arlindo Veiga dos Santos e Sebastião Pagano: data daí o início das reflexões de Galvão de Sousa sobre a monarquia orgânica e o integralismo lusitano, firmando um roteiro decisivo e e uma base definitiva para seu pensamento juspolítico.

Não foram poucos, além disso, a atração e os influxos recíprocos de pensadores que, na célebre expressão de Chesterton –parceiros de ideias– recebiam de Galvão de Sousa e restituíam-lhe essa doutrina, como já o disse, aberta e progressiva, voltada ao ser, fidelíssima à verdade: uma reciprocada influência de ideias aprofundou e atualizou a comunhão doutrinária de Galvão de Sousa com, entre outros, Juan Vallet de Goytisolo e Rafael Gamba, na Espanha; na Argentina, Júlio Meinvielle e Octávio Nicolás Derisi; Guilherme Braga da Cruz, em Portugal; e, entre nós, o metafísico tomista José Benedito Pacheco Salles. A complementar essa lista faz manifesta falta o nome do grande pensador Francisco Elías de Tejada, com quem, possivelmente, mais Galvão De Sousa permutou e aprofundou doutrinas: eram amigos de fundas identidades, e ainda me lembra, com certa emoção, a dor de José Pedro ao receber a notícia –que entre nos tardara de quase um mês– da morte do jusfilósofo das Espanhas.

De par com os discípulos que formou, entre os quais se inscrevem o professor Clóvis Lema Garcia, o juiz e jurista Fraga Teixeira, o jornalista José Orsini, o procurador da justiça Manoel Octaviano Junqueira Filho, o pensador de Madrid, Miguel Ayuso, e por último, envaidecido pela companhia, meu pequeno próprio nome, caberia ainda apontar, ilustrativamente, alguns nomes dentre muitos daqueles que receberam, *quodammodo*, o influxo do pensamento de Galvão de Sousa: contam-se entre eles o professor Adib Casseb, o desembargador Ítalo Galli, o religioso Frei Benjamin Maria de Piracicaba, os magistrados Roberto Barreto Prado e Paulo Eduardo Razuk, o tributarista Ylves José de Miranda Guimarães, o procurador do estado e advogado Cícero Harada, o economista Fernando Jorge Britto de Castro... e aqui incorro certa e inevitavelmente em muitíssimas omissões.

8. Privilegiado pelo constante discipulato que, confesso, agravei com certo abuso da amizade, teria eu muito a repetir e destacar do vasto e profundo pensamento de José Pedro, mas, *brevitatis causa*, resolvi limitar esta síntese a dois pontos:

–primeiro: o justranscendentalismo gnosiológico e ontológico de Galvão de Sousa, que, demais de situar o direito no âmbito moral e fundá-la em base metafísica, é antecedente indispensável ao reconhecimento da atividade prudencial do legislador e do julgador;

–segundo: a convivência da universalidade e dos condicionamentos históricos no pensamento jurídico-político de nosso Mestre.

Quanto ao primeiro ponto, parece-me que, sem a base da transcendência, não se pode compreender a filosofia jurídica de Galvão De Sousa: há uma dúplici afirmação na raiz de suas reflexões sobre o direito:

–a da possibilidade do conhecimento de realidades diversas da consciência cognoscente (transcendentalismo gnosiológico);

– a da existência de uma realidade que suplanta o mundo material e que por isso dele se distingue (transcendentalismo ontológico).

Galvão de Sousa não apoia o direito, pois, em uma fundamentação imanentista, como se fora um epifenômeno mais ou menos mecânico do Estado, do Povo, da História ou das Forças Produtivas, mas, antes, vai buscar seus fundamentos penúltimos nos primeiros princípios da razão prática e nas conclusões gerais da ética, e seu fundamento último na lei eterna. É, com muita rapidez, o que veremos:

«O direito natural (diz-nos José Pedro) é um direito essencialmente moral; o direito natural, no sentido estrito, reduz-se aos princípios da moralidade» (*in Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*),

princípios estes, prossegue, «cujas aplicações supõem um conhecimento objetivo e experimental da natureza humana» e em que, ao lado de um caráter permanente de seu conteúdo, também se assinala um cariz variável.

Assim, diz Galvão de Sousa,

«a lei não é mero produto da vontade, é uma ordem da razão (*rationis ordinatio*) para o bem comum, tendo por pressuposto necessário, da parte do legislador, o conhecimento da realidade social, da natureza humana e de seus fins» (*in Metafísica e gnosiologia do direito natural*, comunicação apresentada à XIII Semana Tomista de Buenos Aires, em 1988).

Afirma José Pedro o conhecimento evidente dos primeiros princípios da razão prática –abonando a concepção de que se trata não de princípios inatos mas sim de princípios não derivados–, mas, indo além, assevera ainda o conhecimento de uma realidade variável, transcendente da consciência cognoscitiva, um conhecimento experiencial e histórico da natureza humana:

«(...) Santo Tomás não é um repetidor. à luz da evidência dos primeiros princípios e com sólida argumentação, apoiada na observação dos fatos, que dá um sentido sociológico ao saber jurídico, ele considera a lei humana na sua origem, qualidades, modalidades distintas, relações com o costume e modificações. São ensinamentos que fazem cair por terra ao mesmo tempo o formalismo legislativo e o empirismo positivista» (*in O saber jurídico legislativo em Santo Tomás*, comunicação apresentada à XV Semana Tomista de Buenos Aires, setembro de 1990).

Galvão de Sousa vai ao rigor consequente dessas afirmações e, fundamentando embora o direito na própria natureza humana, não o faz mais do que proxi-

mamente, como fundação penúltima da ordem jurídica; é erro do racionalismo, salienta o Mestre, seccionar a lei natural da lei eterna, «fazendo-a decorrer simplesmente da natureza humana», ignorando seu fundamento último que é DEUS:

«no fim último, ou Bem Supremo –diz José Pedro com apoio expresso em S. Tomás– está o supremo fundamento da obrigação moral e jurídica, sendo a lei natural uma participação da lei eterna» (*in Metafísica e gnosilogia do direito natural*).

«A concepção natural –ensina em *O fundamento objectivo da ordem moral e jurídica*, –, se não supõe necessariamente a Revelação, entretanto supõe a lei eterna e, neste sentido, é uma concepção teológica (...).» E continua o Mestre:

«A lei, por excelência, é a lei eterna. Todas as outras leis são leis por participação. E a lei positiva só é verdadeira lei na medida em que participa da lei natural, a qual, por sua vez, é uma participação da lei eterna no homem».

Haveria muitos aspectos ainda a considerar, secundando os pontos até aqui resumidamente destacados, mas –para além da repulsa de Galvão de Sousa ao voluntarismo e aos vários positivismos jurídicos– parece importante salientar que ele recuperou entre nós a valoração das virtudes cardeais, admitindo que «O legislador e o juiz exercem atividade eminentemente prudencial», assinalando que «a prudência [está] a serviço da justiça» (*O saber jurídico legislativo em Santo Tomás*), o que não seria possível se se negassem as bases moral e metafísica do direito e a cognoscibilidade quer dos princípios sinderéticos, quer da realidade extramental, porque, radicando-se a justiça na vontade, somente a prudência, assentada no entendimento, pode, *hic et nunc*, habilitar a formação da consciência que, em cada caso, exige dos homens a ordem moral.

Com efeito, a primazia da prudência sobre as demais virtudes morais sinaliza no sentido de que a realização do bem supõe o conhecimento da realidade.

Somente a afirmação do transcendentalismo gnosiológico e ontológico viabiliza o conhecimento objetivo da realidade e, logo, a consecução possível do bem: a consciência, disse-o Pieper, é una unidade viva entre a sindérese e a prudência; a sindérese é a consciência dos princípios, a prudência, a consciência da situação.

Galvão de Sousa, apontando os fundamentos penúltimos e último do direito, retomou a base indispensável para sua realização: tal o ensinou S. Tomás, o ser vem antes da verdade, a verdade vem antes que o bem (*Suma Teológica*, IIa.-IIae., Q. 47, art. 5º, ad tertium.).

9. Passo ao segundo ponto a que fiz referência, para apreciar o convívio harmônico da universalidade e dos condicionamentos históricos na filosofia juspolítica de José Pedro Galvão de Sousa.

Valho-me neste passo, fundamentalmente, de dois trabalhos que tiveram por objeto o pensamento de nosso Mestre. O primeiro deles é da autoria de Francisco Elías de Tejada: trata-se de profundo estudo que foi encontrado em meio a seus papéis, com data de 1977; a revista *Verbo*, de Madrid, publicou-o em seus números 221-222, no ano de 1984, com o título «José Pedro Galvão de Sousa en la Cultura Brasileña». O segundo trabalho resultou do fato de que, em 1988, cogitei de realizar em São Paulo uma série de conferências acerca da filosofia de Galvão de Sousa, e indaguei de Vallet de Goytisoló, a quem eu conhecera em 1984 no Instituto dos Advogados de São Paulo, se poderia contar com sua presença no evento que se projetava. Pouco tempo depois, encaminhou-me Vallet um interessante estudo acerca de um livro de José Pedro –*A historicidade do direito e a elaboração legislativa*– livro este que, publicado no Brasil em 1970, teve uma edição espanhola, em 1972. Esse estudo de Vallet permaneceu inédito até 2001, quando se publicou entre os vários trabalhos reunidos, em homenagem a José Pedro, no livro *Tradição, revolução e pós-modernidade*.

Começemos por Tejada: diz ele que

«O Brasil é uma história continuada, é uma Tradição que prolonga no outro lado do Atlântico a velha Tradição do Portugal hispânico»,

de modo que toda referência ao Brasil de hoje reclama a contemplação subjacente «do passado perpetuado».

Por isso, prossegue o grande filósofo das Espanhas, «a definição do que seja o Brasil há de vir considerando-o desde sua própria Tradição». Reconhecendo em Galvão de Sousa um «abandeirado da Tradição em um dos momentos mais difíceis da trajetória brasileira», Elías de Tejada salienta que «José Pedro (...) será estimado por um entre os máximos homens do Brasil desta centúria [refere-se ao séc. XX]», porque, em um País tenazmente empenhado em copiar fórmulas estrangeiras, diz Tejada, «Galvão de Sousa encarna a concepção brasileira do Brasil».

Não importa que José Pedro sofra a hostilidade e o concertado silêncio dos vivos, porque, continua Tejada,

«quando o Brasil volte a ser o Brasil dos que o fundaram, quando amanheça a aurora do dia em que nossos povos reatem o fio da Tradição perdida, quando os brasileiros cessem de copiar ideais estranhos para ser simplesmente brasileiros, José Pedro Galvão de Sousa verá agigantada sua figura».

E é nessa linha de continuidade histórica, profundamente brasileira e hispânica, por isso mesmo genuinamente cristã, tridentinamente cristã, que nosso Mestre redescobriu a tradição pátria, merecendo este juízo de Tejada: «Desde o século XVII o Brasil não engendrou pensador tão brasileiromente entranhado como José Pedro Galvão de Sousa».

Essa autêntica brasilidade de José Pedro passa pela inculturação jurídica e política dos princípios superiores, sem, no entanto, abandoná-los de modo historicista. É o que ele nos disse em notáveis passagens:

«a natureza humana está aberta para a história, e o homem, embora não seja um mero produto do meio, muito deve, na maneira de ser individual e concreta, ao momento histórico em que vive, ao ambiente no qual cresce e é educado.»

(...)

«Daí a importância da tradição na vida dos homens e das sociedades. Todo homem é uma tradição acumulada, e prescindir da tradição seria o mesmo que renunciar à memória. Mas cada um de nós mantém em si algo de incomunicável e profundamente pessoal, que muito longe está de poder reduzir-se ao reflexo de uma pretensa consciência coletiva.»

(...)

«(...) dizer que o homem é um ser histórico não implica a aceitação do historicismo, se por tal expressão entendermos os sistemas filosóficos que sustentam a existência de forças imanentes no mundo real, a presidirem o desenvolvimento do homem e das coisas, daí decorrendo a negação de uma essência humana supra-histórica» (*in A historicidade do direito e a elaboração legislativa*).

Vallet, no trabalho antes referido, salientou muito bem essa distinção, esse abismo, como disse, que separa a historicidade do historicismo, lembrando que, naquilo em que depende da história, o homem não está sujeito a nenhum determinismo inexorável, de modo que o realce da historicidade é o relevo do homem mesmo que, com sua liberdade, não se move no vazio. mas em circunstâncias peculiares, nas quais se guia por sua razão e dentro de sua própria cultura histórica. E é exatamente considerando a importância do papel da herança cultural e histórica na formação dos povos e de suas instituições, que Vallet pronunciou este solene juízo sobre Galvão de Sousa:

«Falecido Francisco Elías de Tejada, José Pedro é hoje o máximo expoente intelectual da Hispanidade autêntica, que não é uma ideia de império (...), mas um modelo de unidade –fundado em uma mesma fé– na pluralidade desta segunda Cristandade das Espanhas, múltipla e una».

10. A alguns parecerá surpreendente que a doutrina de um autêntico tradicionalista –que para logo nunca foi um restaurador do passado, e cuja filosofia não se confundiu, em caso algum, com o conservadorismo– possa hoje situar-se na vanguarda do pensamento da pós-modernidade, ao firmar preocupações com a verdade, com o bem, com o amor social, apoiando-se numa base proximamente ética e não mais em baldados fundamentos econômicos.

No momento mesmo em que o mundo vê confessada a erosão mais do que antiga do já de si frustrâneo sistema econômico socialista, tem-se oferecido, à margem

da variedade do ethos cultural e histórico dos povos, a opção global de uma política, de um direito e de uma economia avessos da natureza das coisas, inimizados da própria história, um mundo sem DEUS, um mundo sem esperança, é exatamente nesse ponto que mais se reatualiza, com impressionante contemporaneidade, o pensamento tradicionalista de Galvão de Sousa, pensador legitimamente brasileiro e hispânico, ardoroso cruzado da Cristandade, valioso militante do reinado social de CRISTO: aproveitando-me aqui da felicíssima expressão de Vítor Pradera, concluo dizendo que José Pedro Galvão de Sousa é um pensador de sempre, porque pensador de um passado que se faz presente e que tem virtude para se fazer futuro.