

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 17 • v. 7 • n. 1 • 2022

- 07 **Carlos Pamplona Corte-Real e Daniel Santos**
A técnica da imputação e sua particular relevância no direito sucessório
- 22 **Elcio Nacur Rezende e Ricardo Fabel Braga**
O Greenwashing e a responsabilidade civil: a importância da ética empresarial como alicerce à função socioambiental das organizações
- 50 **Maria Berenice Dias**
O primado dos direitos humanos e a garantia do direito à afetividade
- 66 **Márcia Cristina dos Santos Rêgo**
Família monoparental feminina socioeconomicamente vulnerável na pandemia
- 94 **Alberto de Moraes Papaléo Paes**
O positivismo jurídico e a influência portuguesa na formação da tradição jurídica brasileira
- 141 **Airton Amílcar Machado Momo**
Presunção de inocência: considerações sobre a diretiva 343/2016 do parlamento europeu e do conselho
- 162 **Deborah Azeredo**
Contributo para a teoria dinâmica do ónus da prova em Portugal e no Brasil
- 216 **Felipe Müller Dornelas**
Direito ao esquecimento e dignidade da pessoa humana e a crítica necessária à tese fixada no caso Aida Curi - Recurso Extraordinário 1.010.606 do Supremo Tribunal Federal

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Ano 17 • Volume 7 • Número 1 • Outubro-Dezembro 2022

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB

Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum

Jordano Paiva, Diretor Científico do NELB

Alysson Bezerra Miranda, Diretor Científico do NELB

Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Caio Guimarães Fernandes

Camila Franco Henriques

Leonardo Castro de Bone

Maria Amélia Renó Casanova

Maria Vitória Galvan Momo

Paulo Gustavo Rodrigues

Samara Machado Sucar

Suelen Augusta da Cunha

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)

Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)

Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)

Francisco Rezek Sociedade de Advogados (BRA)

Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)

Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)

Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)

Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Pedro Romano Martinez, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro de Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

ARTIGOS CIENTÍFICOS

O POSITIVISMO JURÍDICO E A INFLUÊNCIA PORTUGUESA NA FORMAÇÃO DA TRADIÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA

Legal positivism and the portuguese influence in brazilian juridical tradition formation.

Alberto de Moraes Papaléo Paes **

Resumo: O presente artigo parte da hipótese central de que o Positivismo Jurídico, que possui diversas concepções e interpretações diferentes, exerce um papel central na formação do pensamento jurídico brasileiro. Porém, não é qualquer “Positivismo” que exerce tal papel e sim a visão e a perspectiva que foi importada/imposta pela colonização e pelo imperialismo português no Brasil. Para que este argumento possa ser testado procurou-se estabelecer um sentido de Positivismo a partir da leitura de Morrison, e descrever o desenvolvimento do debate da visão Hobbesiana de direito na construção do Historicismo Jurídico alemão e do Formalismo Jurídico a partir de Martins e Bobbio. Ao fim, pretendeu-se a demonstração da constituição da cultura jurídica portuguesa e sua inserção no debate para, então, tecer as conclusões preliminares deste estudo.

Palavras-chave: Positivismo Jurídico; Hobbes; Historicismo; Formalismo; Direito Comum Português.

Abstract: This article rises from the central hypothesis that Legal Positivism, which has several different conceptions and interpretations, plays a central role in the formation of Brazilian legal thought. However, it is not just any “Positivism” that plays such a role, but the vision and perspective that was imported/imposed by colonization and Portuguese imperialism in Brazil. In order for this argument to be tested, an attempt was made to establish a sense of Positivism based on Morrison's reading, and to describe the development of the debate on the Hobbesian view of law in the construction of German Legal Historicism

**Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA); Professor da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade Maurício de Nassau (UNINASSAU); Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos de Hermenêutica Constitucional (GEHC) e Efetividade dos Direitos Fundamentais (GEEDF) vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia (PPGDF-UNAMA); Avaliador de Periódicos Qualis-CAPES; Professor Colaborador do Instituto Teológico Quadrangular da Igreja do Evangelho Quadrangular (ITQ-IEQ Pedreira); Advogado em Belém-PA.

and Legal Formalism based on Martins and Bobbio. At the end, it was intended to demonstrate the constitution of the Portuguese legal culture and its insertion in the debate, and then to weave the preliminary conclusions of this study.

Keywords: Legal Positivism; Hobbes; Historicism; Formalism; Portuguese Common Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Hobbes, a Gênese do Positivismo Jurídico e a constituição de uma nova tradição. 3. Uma trilha entre Europa e Brasil: Da influência do “Direito Comum” ao Iluminismo Português. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução.

Certa vez um professor de direito foi abordado por um advogado que se encontrava com uma questão inquietante em um processo jurídico. O Juízo *a quo* havia deliberado em desfavor de seu cliente e, naquela oportunidade, efetuou uma interpretação literal de dispositivo do Código Civil de 2002 acerca do instituto do melhor interesse do menor. Para fins de aplicação do Código o Juízo entendeu que a expressão “melhor” deveria ser utilizada como sinônimo de “melhoria de qualidade de vida”, seja ela entendida como econômica, social, de oportunidade e até geopolítica. A questão apresentada pelo advogado para o professor foi: “como posso recorrer desta decisão com um argumento menos positivista do que o utilizado pelo Juízo?”.

A confusão está, então, estabelecida. Curiosamente esta é uma confusão comum dentro do debate ordinário (popular) acerca da natureza do Positivismo Jurídico. Um fato bastante claro é o de que a Teoria Positivista é vítima de uma Metonímia, pois as assertivas mais populares sobre seu conteúdo tomam a parte pelo todo e acabam chamando posturas não-positivistas, erroneamente, de Positivismo. Para piorar, culpam o Positivismo e vestem-no de vilão fazendo com que o interesse acadêmico por ele diminua e que os críticos se insurjam acusando-o de coisas que ele mesmo não fez ou não autorizou.

No caso do advogado o erro central é acreditar que a interpretação exegética, ou, literal é necessariamente sinônima de estar teoricamente compromissado com a perspectiva Positivista de Direito. Tal questão pode ser o centro de vários equívocos que já foram cometidos, inclusive, na pesquisa acadêmica contemporânea no Brasil. Ao se tomar a parte pelo todo e denominar todas as pequenas particularidades menos flexíveis a soluções jurídicas pautadas na moralidade subjetiva do participante, ou, as visões que primam pela literalidade do texto legal, fez com que uma versão caricata do positivismo surgisse para se tornar o alvo dos debates e o ponto de partida para dizer como os juristas devem se comportar diante do fenômeno jurídico.

A presente pesquisa pretende lançar uma luz sobre este mal entendido e demonstrar que não existe uma visão única, exclusiva, do Positivismo Jurídico, existe na verdade Positivismos Jurídicos. Apesar destas várias orientações uma delas é a que chega ao Brasil, fazendo parte da constituição da tradição jurídica, e ela é mediada pela leitura portuguesa do que significou Positivismo no velho continente. Para que seja possível demonstrar esta hipótese o trabalho abordará a gênese do positivismo a partir da leitura hobbesiana de Estado, bem como a evolução do debate através da constituição do Historicismo Alemão e do Formalismo Jurídico na França.

Na continuação da pesquisa pretende-se descer às minúcias na evolução do Direito Português a fim de localizar o momento em que os Lusos passam a se interessar e pertencer ao debate do Positivismo, na verdade a proposição mais adequada pode ser expressa na reflexão: em que medida a visão Hobbesiana e os debates posteriores passam a interagir com a tradição jurídica portuguesa? O ponto de chegada será o início do processo de Colonização e com a aferição deste período

histórico acredita-se que se conseguirá apontar a direção em que o Direito será discutido na origem da Nação brasileira. Ao final, levantar-se-ão algumas questões importantes que apontarão o caminho para continuação e a relevância desta pesquisa.

2. Hobbes, a Gênese do Positivismo Jurídico e a constituição de uma nova tradição.

Delimitar e alocar historicamente o que pode ser compreendido enquanto Positivismo Jurídico é o ponto de partida. Vale a pena relembrar a alegação de Ricardo Dib Taxi que “situar a gênese do positivismo jurídico é uma empresa difícilíssima, e não espanta que existam correntes para as quais o positivismo teria começado mesmo em Tomás de Aquino, quando se teorizou a separação entre a lei divina e a lei humana⁸⁷”, entretanto, para o autor, Hobbes pode ser, indiscutivelmente, o ponto de partida do debate sobre o que vem a ser o Positivismo Jurídico. A respeito deste tema, acerca diferença entre o positivismo em sentido filosófico e o positivismo jurídico⁸⁸ argumenta-se que, apesar de uma grande confusão entre estes dois conceitos, o sentido filosófico antecede o sentido jurídico,

⁸⁷ RICARDO ARAÚJO DIB TAXI. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018. p. 103.

⁸⁸ A distinção foi usada fazendo-se referência à Bobbio que acredita haver uma distinção entre Positivismo em Sentido Filosófico (compreendida como uma orientação filosófica que pretendia tornar objetiva, metódica, rigorosa, criteriosa a investigação filosófica), que seria um gênero e que comportaria diversas espécies, e Positivismo Jurídico (compreendida aqui como uma espécie de Positivismo em Sentido Filosófico), cujo objeto é o Direito Positivo.

historicamente, que será alocado como gênero cujo objeto de investigação é o Direito Positivo⁸⁹.

Comumente se diz que a diferença entre orientações naturais e positivas sempre existiram de modo diferente ao longo da história do pensamento humano, ao mesmo tempo, diz-se também que a compreensão sobre Direito Positivo é mediada pelos estudos do Historicismo Alemão e pelo Formalismo Jurídico Francês. Porém, apesar de reconhecer a primeira diferença e dissertar muito bem sobre ela, Wayne Morrison estabelece uma relação mais anterior com a tentativa de infringir uma concepção religiosa do Direito Natural a partir de Maquiavel⁹⁰. Para Morrison Maquiavel procede a um esvaziamento da teologia e da filosofia aristotélica estabelecendo a premissa de que o produto das ações humanas deve ser interpretado como um fenômeno natural conectado com as leis da natureza e não subordinados à religião⁹¹. Se o príncipe tivesse que escolher entre ser amado ou temido deveria escolher ser temido devido à natureza instável humana, o que ia de encontro com as premissas religiosas de salvação, humildade e graça.

O fundamento importante estabelecido aqui é justamente que a oposição às virtudes cristãs que, de acordo com o pensador italiano que tornavam o homem fraco, pudesse ser contrastada com a naturalização da violência através da força (como um atributo natural). Ou seja, o príncipe amado é fraco, na medida em que a sobrevivência do homem depende (e, talvez sempre tenha dependido), do uso da

⁸⁹ ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES e FREDERICO ANTÔNIO LIMA DE OLIVEIRA. Uma Historiografia Crítica do Positivismo Jurídico: Ensaio Preliminar. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica da Forum*. Vol. 21. P. 103-125. 2017. p. 103.

⁹⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Dr. Gildo Rios. Ed. Martins Fontes. São Paulo-SP. 2006. p. 88.

⁹¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 88-9.

força. O poder é justificado racionalmente através da própria lei da natureza, sobrevivência do mais forte. A força institucionaliza a violência na medida em que o poder do príncipe é agora compreendido dentro do reino das leis da ciência natural e não a luz do conhecimento metafísico de orientação aristotélico-tomista⁹².

Temporalmente situando fala-se do ano de 1532, data da publicação original do Príncipe de Maquiavel. Aqui, Morrison pretende demonstrar que o artifício retórico, hoje é reduzido à expressão popular “os fins justificam os meios”, já é um indicativo do caminho para criticar as proposições jurídicas que definem o Direito como um conjunto de leis que possuem uma conexão necessária com os valores e a moral cristã, por isso “o príncipe precisa ter a capacidade (ou *virtu*) da intransigência para ser bem sucedido⁹³”. Ainda nesse sentido, a ideia de coerção estatal começa a abalar a harmonia do cosmo no qual toda a necessidade da ordem era pensada para que o bem pudesse sobrepujar o mal, e o argumento maquiavélico, segundo Morrison, é no sentido de colocar em xeque essa ordem através do questionamento sobre tal relação⁹⁴.

O Leviatã de Thomas Hobbes, cuja publicação remonta ao ano de 1651, institui um modo de pensar que Morrison chama de liberalismo filosófico e continua dizendo que ele “teve por base essa emoção e o desejo hobbesiano de

⁹² Vale à pena menção à explicação clarificadora de Morrison, para quem “as associações bem organizadas podem ter vida mais longa que as desorganizadas, mas a morte é inevitável. Porém, as associações políticas sustentáveis podem desenvolver-se desde que baseadas no conhecimento das leis naturais de associação, crescimento, transformação e declínio, e a instabilidade e impermanência, que constituem a essência da vida, são desse modo parcialmente dominadas” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 90..

⁹³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 90.

⁹⁴ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 91.

preservar seu domínio terreno contra a expectativa da morte⁹⁵”. A mudança da cosmovisão, inaugurada pela tentativa de esvaziamento do Direito Natural por Maquiavel, continua com o pensamento hobbesiano, pois o mundo se torna o lugar onde os desejos dos indivíduos podem/devem ser realizados. O que pode ser caracterizado como o estabelecimento de uma premissa individualista num amplo processo de evolução que se dará posteriormente. Outros dois pontos importantes para caracterização do pensamento hobbesiano dizem respeito a: a) a noção de *commonwealth* (enquanto ordem social estável), e b) controle racional das organizações humanas.

Veja-se, o desenvolvimento de uma ordem social estável, considerando o esvaziamento da cosmovisão naturalista de base aristotélico-tomista, reconduzia, de um modo diferente do feito na filosofia grega, o homem à centralidade da investigação científica. Desse modo, são os interesses dos homens e não de Deus, que devem ser objeto de atenção por parte dos cientistas. Conseqüentemente, a conversão desses interesses no desenvolvimento de uma ordem social, estável, o progresso da humanidade, dependeriam de quais regras estaríamos dispostos a desenvolver, e quais limites poderiam ser impostos nessa proposta de organização⁹⁶. Vale a pena a citação

A expansão e o progresso eram possíveis, mas só o seriam se pudéssemos, primeiro, criar a estrutura de uma ordem social estável. Seu segredo era o cálculo, o cálculo racional de seres humanos individuais com base em sua experiência da condição humana. Hobbes concordava com Maquiavel quanto à existência de certas regras naturais que devem ser observadas na criação de uma sociedade política bem sucedida – ou *commonwealth*,

⁹⁵ WAYNE MORRISON. Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos. pp. 92.

⁹⁶ WAYNE MORRISON. Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos. pp. 92-3.

como quer Hobbes - , e é mediante obediência a tais regras, como geometria, e não através do exercício das aptidões práticas de cada um, como no tênis, que o sucesso pode ser alcançado. Até então, contudo, ninguém havia tido curiosidade ou método suficiente para determinar quais eram. Com esse conhecimento, porém, tornava-se possível tomar o controle das organizações sociais e dar-lhes, sucessivamente, as formas que parecessem mais apropriadas⁹⁷

Neste sentido há uma confluência entre Hobbes e Maquiavel por conta de ambos concordarem no fato de que existe um conjunto de regras naturais que pressupõem a existência de uma sociedade organizada, estável e duradoura (*commonwealth*). Por isso faz todo o sentido se pensar na função da razão para compreensão do funcionamento dessas regras a partir dos critérios estabelecidos pelo primeiro em relação à condição do homem e seu papel na sociedade. Para Morrison, Maquiavel havia desagradado muito sua época pela sugestão de que a religião não passaria de uma ideologia, desenvolvendo um espaço para que certo tipo de “naturalismo” se infiltrasse nas estruturas intelectuais negando a existência de algo fora da natureza sendo, apenas, uma contingência histórica o fato de várias religiões diferentes surgirem anunciando credos diferentes e verdades diferentes⁹⁸.

Hobbes teria aceitado que a religião poderia existir como parte da psicologia humana na forma de um temor reverencial frente ao absoluto, porém, disto não se seguia, necessariamente, que houvesse uma relação lógica inevitável com o teísmo tradicional⁹⁹. A ideia aqui seria representada pelo fato de que não é possível conhecer verdadeiramente da primeira causa, por isso, ela é observada sob a luz de perspectivas diversas e, conseqüentemente, se têm respostas diversas em

⁹⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 93

⁹⁸ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 93-4.

⁹⁹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 94.

locais diferentes pelo mundo, usando a linguagem como filtro emotivo da posição dos falantes. Em conclusão “as consequências dramáticas dessa infiltração naturalista no posicionamento do direito e da organização política podem ser aferidas por meio da verificação da realidade fenomenológica expressa na experiência religiosa¹⁰⁰”.

Porém, há de se ressaltar que a orientação proposta por Hobbes ainda necessitaria de duas outras metodologias que o auxiliariam a refletir sobre o direito e a organização política. De um lado, a proposição que pretendia refutar a falibilidade da mente humana e das ideias pré-concebidas na forma de ídolos históricos, científicos, filosóficos, etc., em contraponto com os fatos e o conhecimento da natureza. O empirismo baconiano (enquanto método científico) legou a uma tradição inteira a noção de que “os fatos podem ser desenvolvidos com base em ‘experimentos’, e o conhecimento indutivamente criado a partir de observações simples de proposições específicas de suas séries e ordens¹⁰¹”. De outro lado, o ceticismo também se tornara a medida para aferir a durabilidade das estruturas do conhecimento. A certeza latente da dúvida encontra o ponto arquimediano na existência através da consciência e o racionalismo descartiano¹⁰² se torna a segunda grande metodologia a favor do argumento hobbesiano¹⁰³.

¹⁰⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 94.

¹⁰¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 95-6

¹⁰² O modo de pensar da modernidade está diretamente ligado ao debate sobre a origem das ideias e sobre se é possível advogar a tese da existência de ideias inatas ou não. O Racionalismo descartiano é, por ocasião da ressignificação do Tomismo na filosofia, a explicação de que a razão humana pode ser estruturada em categorias que não decorrem necessariamente de Deus ou todas logicamente de Deus.

¹⁰³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 96.

Morrison segue argumentando que este posicionamento se torna contrastante com a ideia de dependência que era inexorável à experiência do misticismo e do sagrado¹⁰⁴. Em várias passagens da Bíblia é possível encontrar uma visão de dependência do homem com Deus e, conseqüentemente, a infinitude Deste e a finitude daquele. Apesar de o fenômeno nação-Estado ser de origem moderna, para essa organização ser compreendida pelo prisma da cristandade se faz necessário entendê-la como uma coisa orgânica dependente da orientação e vontade de Deus¹⁰⁵. Diante dessa magnificência de poder infinito, como pode o homem se dirigir a Ele? Considerando que a leitura de Hobbes seja mediada pelo famoso caso de Jó¹⁰⁶, homem temente a Deus que teve sua fé testada, a lição daqui extraída pode ser explicada a partir da seguinte referência:

O poder de Deus é irresistível porque (i) com razão, tememos um ser tão superior a nós que criou o mundo inteiro (ii) se não podemos entender o desígnio de todas as coisas criadas por Deus, ou cada injunção por ele estabelecida para lidar com as exigências da vida comum entre seres finitos e orgulhosos, devemos, não obstante, acreditar que existe um propósito nas regras estabelecidas por um ser tão poderoso, (iii) se ele terminará por impor sua vontade a toda e qualquer ocorrência, o melhor a

¹⁰⁴ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 97.

¹⁰⁵ Morrison cita várias passagens, como a do livro de Isaías “Eis que, para ele, as nações não são mais que as gotas de um balde, não mais que a umidade das balanças; costas e ilhas pesam tanto quanto um grão de pó. (...) Todas as nações se reduzem a nada perante ele, que as vê como menos que nada, como mera insignificância”, ou, “Eu sou o Senhor, vosso Santo, o criador de Israel, vosso Rei. Eu sou o que apaga tuas transgressões por amor a mim e que não irá lembra-se dos teus pecados. (...) Lembra-te destas coisas, ó Jacó, e Israel, pois és meu servo; dei-te forma, és meu servo; ó Israel, não me esquecerei de ti. Desfiz tuas transgressões como uma nuvem, e teus pecados como a névoa; volta para mim, pois já te redimi” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 97-8.

¹⁰⁶ Novamente, “Portanto, a lição a ser extraída da experiência de Jó era simples: poder em estado puro. Era o poder divino que determinava os processos do cosmo, que determinava a verdade. E se o poder divino, porém, fosse simplesmente o funcionamento da natureza? Uma vez mais, e se o poder divino (o positivo, a luz a verdade) fosse o contrário da nossa falta de poder (a ausência, as trevas a ignorância)?” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 99.

fazer é seguir sua palavra desde o início, e (iv) é natural que vivamos em estado de temor reverencial diante de tal mistério e que o dotemos de qualidades benignas para diminuir nosso temor¹⁰⁷.

O Leviatã pode ser interpretado, nestes termos, como uma espécie de resposta ao temor reverencial do Poder de Deus estabelecendo a premissa de que é possível se fazer alguma espécie de acordo com Ele, senão, veja-se “só podemos nos tornar modernos se nos apropriarmos do poder que dá origem a esse temor, se o transformarmos em um poder dentro de nós mesmos¹⁰⁸”. O ponto mais importante em tal construção epistêmica é o valor dado ao nominalismo e o papel da linguagem na empreitada de compreender a relação entre conhecimento natural e divino. A questão levantada aqui é o fato de que o significado, a interpretação, é sempre uma criação humana e, desta feita, sempre carente de sentido¹⁰⁹. O termo médio para o equilíbrio entre a anarquia e a ordem reside no fato de a Igreja se tornar necessária para dar sentido as questões incognoscíveis de Deus e mediar o caos instituindo uma ordem.

Porém, disto não se segue que, necessariamente a ordem social estaria eivada de uma ideologia cristã, muito pelo contrário. A ordem social deve ser compreendida nos limites do próprio pensamento humano sem a orientação da fé. Na perspectiva de Morrison a obra do Leviatã abandona, portanto, aspectos mais notadamente vinculados ao papel da fé e da Igreja a fim de se voltar ao Soberano como o ente capaz de determinar a natureza da crença religiosa na sociedade¹¹⁰. Trata-se, inicialmente, de uma explicação do que seria a experiência e a

¹⁰⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 99.

¹⁰⁸ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 100.

¹⁰⁹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 102.

¹¹⁰ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 103.

desconstrução de diversas crenças anteriores descendo, visceralmente, á imagem de mundo desnudada de tergiversações linguísticas e, inteiramente, focada na prática das relações. Em conclusão, “o sucesso, porém, é a conquista do ‘poder’;(…) Todos os homens compartilham um incansável desejo de poder (...) Os reis precisam, em seus países, criar leis que os tranquilizem¹¹¹”.

O que vem a ser, nesse sentido, o Direito Natural? E, qual é a sua necessidade e relevância na obra de Hobbes? Bem, Morrison sintetiza os argumentos hobbesianos da seguinte maneira: a) não há uma desigualdade natural entre os homens; b) há um desejo de poder realizar sua vontade igual entre os homens; c) há uma escassez de bens disponíveis para satisfazer ás vontades dos homens e; d) por conta desta equação (vontades humanas x escassez de bens) surgem a diferença, a competição e a guerra¹¹². Esta condição somente será sobrepujada a partir da criação de governos e, a partir da criação deles que se pode falar da elaboração de regas (num sentido positivo) de convivência harmônica e pacífica.

Isto não quer dizer que Hobbes atribuía exclusivamente ao Estado o condão de elaborar os critérios de justiça que seriam aplicados na sociedade, pois, existem diversas leis naturais presentes em sua argumentação constituindo, o Direito Natural, em “um direito da condição natural no sentido de exercer um poder básico e preservar a vida e a liberdade¹¹³”. A ciência de que é necessário abrir mão da ausência de obstáculos internos à conquista das suas próprias vontades (liberdade natural) é o que abre espaço para o fim da guerra. E o Direito Natural apareceria,

¹¹¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 106.

¹¹² WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 106-7

¹¹³ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 88-9

aqui, como leis (ou, conclusões, teses) racionais que orientam o pensamento humano¹¹⁴. Neste diapasão, encontra-se a ideia de contrato (enquanto a compreensão de que os homens devem buscar honrar com as obrigações que assumem) e de propriedade (enquanto uma espécie de freio, limite, da interferência na fruição dos outros em relação a suas posses).

Civitas, aqui compreendido como Estado deve ser compreendida como a reunião de pessoas num só corpo, capaz de julgar, através da elaboração de um contrato social¹¹⁵. Não se trata de simples acordo, ou concordância entre os participantes, mas sim uma espécie de unidade orgânica sob a mesma pessoa se tornando o deus mortal ao qual devemos deferências logo após do Deus Imortal. Ele não se sujeita, portanto, a leis, sendo a fonte delas, mas não regulado por elas, podemos concluir que “o soberano é um ponto social em que reside o poder, e o poder não pode obrigar-se a si próprio. Se um poder superioro tiver de existir, tratar-se-á do poder do soberano. O soberano é absoluto¹¹⁶”.

Neste sentido, é importante salientar que Hobbes diferencia duas categorias de leis (enquanto ordens), sendo elas: a) leis divinas e; b) leis positivas humanas¹¹⁷. É por essa distinção que muitos naturalistas relutam em caracterizá-lo como um

¹¹⁴ Nesse sentido veja-se: “A razão nos diz qual é a primeira lei natural: *procurar a paz e segui-la*. Em seguida, discernimos uma segunda lei natural: um homem está disposto, na medida em que outros também o estejam, a ‘renunciar a seu direito a todas as coisas e, no que diz respeito aos outros homens, a conectar-se com a mesma liberdade que concederia a outros homens em relação a si próprio’. (...) A terceira leitura natural hobbesiana diz respeito aos contratos (...) Hobbes sistematizou cerca de dezenove leis naturais” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. p. 109-11.

¹¹⁵ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 111-2.

¹¹⁶ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 112.

¹¹⁷ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 113.

positivista¹¹⁸, e alguns positivistas o caracterizam como um protopositivista¹¹⁹. A respeito das leis positivas humanas, estas podem ser de duas ordens diferentes: a) as leis distributivas e; b) as leis penais. Enquanto as primeiras dizem respeito aos direitos relativos a todos os súditos, as segundas corporificam as penalidades que serão atribuídas àqueles que violarem as leis, desse modo, vinculando sua aplicação à interpretação do aplicador¹²⁰.

Os elementos de temor reverencial, juridicamente instituídos na forma de coerção, ganham, aqui, uma conotação justificadora do exercício da soberania que passa a ser entendida como uma espécie de poder completo para prescrever

¹¹⁸ Como é o caso de Tadeu Weber para quem “a impossibilidade da transferência dos direitos naturais e o preenchimento das lacunas do ordenamento jurídico (silêncio da lei) pelas leis naturais são apresentados como fortes argumentos a favor do jusnaturalismo hobbesiano” TADEU WEBER. Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista. *Quaestio Juris*. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, p. 1568-1581, 2015. p. 1568.

¹¹⁹ Para Júlio Tomé “Hobbes já tinha um pensamento que se enquadraria no que mais tarde ficou conhecido como Positivismo Jurídico (...) O Estado para Hobbes é positivo (juridicamente), pois a) quando Hobbes fala em uma só vontade, ele não diz que esta tem que ser justa, até mesmo por que como já afirmou, o que é justo pode alterar de pessoa a pessoa, ou de momentos em uma mesma pessoa – e ao fazer isso, Hobbes está dizendo que o poder conferido ao soberano para criar leis indiferentes ao conteúdo é legítimo. A vontade do soberano é a vontade dos cidadãos, assim como suas decisões (justas ou não); b) quando se confere autoridade ao soberano, os cidadãos concordam que através da força e do poder, este poderá ‘amedrontar’ os cidadãos e os outros Estados as lei (e a autonomia) daquele Estado, e como já foi dito, quando se fala em usar a força ou o poder através do medo de sanções ou punições por não cumprimento das leis que asseguram isso, se configura em *leis de coação* ou *poder coercitivo*, elemento que se encontra na teoria do positivismo jurídico; c) na definição de Estado que Hobbes utiliza no *Leviatã*, ele diz que o Estado tem o poder de usar a força e o recurso de todos da maneira que achar conveniente para assegurar a paz dos cidadãos do estado, o que configuraria nos dois elementos essenciais do positivismo jurídico, ou seja, poder coercitivo e independência de conteúdo, ou Direito sem uma moral pré-determinada, sem uma valoração de juízo anteriormente já estabelecida”. JÚLIO TOMÉ. O Positivismo no *Leviatã* de Hobbes. *Revista Enciclopédia*. Pelotas, Vol. 04, p. 123-145. 2015. p. 143.

¹²⁰ Morrison acredita que é este fato que vincula a perspectiva de Hobbes com que viria a ser sustentada séculos mais tarde por Kelsen, “isto é, que seus destinatários, são, na verdade, as autoridades jurídicas que têm de determinar se houve infrações a aplicar as sanções” WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 113.

regras¹²¹. Porém, e o interessante de se notar, é que ele não parece dissociar racionalmente as leis positivas humanas das leis naturais na medida em que reconhece que o fundamento racional da soberania é a compreensão da existência dos direitos dos soberanos que seriam, em última *ratio*, justificados em leis naturais (a punição de súditos inocentes vai contra a lei natural, por exemplo). Em sede de uma conclusão preliminar desta análise, é possível sintetizar:

O triângulo pode ser assim descrito: (i) o cosmo é agora um mundo de objetos representados; (ii) a verdade é o ponto organizador, mas não pode ser assegurada por algum ponto fora da caverna que não seja um vaio significativo transcendental; em vê disso, a verdade deve ser avaliada pela referência (iii) sua adequação a um sujeito (para Hobbes, sua capacidade de garantir a ordem social para o soberano) à luz de seu desempenho pragmático. Hobbes coloca uma reivindicação ou prerrogativa natural em lugar do direito natural, e substitui a vontade pela lei; ao fazê-lo, cria o ponto de partida da filosofia política e da teoria jurídica da modernidade¹²².

Como se pôde observar ao longo desta narrativa Hobbes acaba por, de fato, sedimentar as bases de uma estrutura estatal legitimadora e centralizadora da produção jurídica. Percebe-se que ele estabelece as bases sobre as quais serão sedimentadas as orientações positivistas da modernidade, tornando-se, desse modo, um importante ponto de partida para nossa empreitada. Não parece ser diversa da posição tomada por Martins, para quem, apesar de conceber que o nominalismo de Oackham¹²³ teria tido um peso filosófico de maior monta para influenciar as

¹²¹ WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 114.

¹²² WAYNE MORRISON. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. pp. 117.

¹²³ Em oposição ao platonismo, o Nominalismo de Oackham, ou, “navalha de oackham” constitui uma orientação filosófica que reduz a experiência complexa dos fenômenos da vida a uma simplicidade a fim de explicá-las. Pode-se citar a redução da complexidade do entendimento à linguagem, ou, a redução do universo metafísico à experiência.

orientações hobbesianas¹²⁴ (e ele não está errado), Hobbes tem uma relevância maior na caracterização do positivismo por conta de sua argumentação baseada em elementos estatais e desvelando de modo acentuado a decadência da escola do direito natural na Inglaterra¹²⁵.

Ainda neste sentido, Martins assevera que o debate instituído entre Hobbes e os seguidores da escola jusnaturalista de Burke, gerou uma dupla consequência “1) em oposição ao Jusnaturalismo britânico tradicionalista, surgiu o Positivismo Jurídico britânico, da Jurisprudência Analítica de Bentham e Austin; 2) e, em oposição ao Jusnaturalismo continental racionalista (...) a Escola Histórica do Direito¹²⁶”. Bobbio entende, igualmente, que não é só o advento de um positivismo estatal que é capaz de atribuir ao Direito Natural um novo sentido, sendo necessário que a própria filosofia jusnaturalista seja criticada como um todo¹²⁷. Trata-se, aqui, exatamente da orientação proposta por Martins acima, pois os mitos da filosofia naturalista eram pautados no racionalismo e o que a Escola Histórica do Direito irá propor é um argumento anti-racionalista¹²⁸.

¹²⁴ Martins está seguindo a orientação de Michel Villey para quem o nominalismo de Guilherme de Ockham pode ser entendida como uma perspectiva positivista pois constitui uma objetificação do método para o conhecimento com a noção de que as explicações mais simples são, por vezes, as mais corretas a respeito do tema. MICHEL VILLEY. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 234.

¹²⁵ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016. p. 124.

¹²⁶ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 131.

¹²⁷ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995. p. 45.

¹²⁸ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 45.

Martins começa a exposição acerca do Historicismo apresentando a concepção de história de Herder, para quem, ela seria compreendida sob a luz de um conceito de “progresso” relacionado ao ganho de amplitude da técnica e um esvaziamento das virtudes¹²⁹. Além do mais, de acordo com Martins Herder utiliza-se de uma metáfora que compara esse processo de evolução particular de cada povo como o processo de crescimento de um menino, pois, todos os povos estão em processo de amadurecimento e, cada um deles, encontra-se no seu estágio próprio e pleno de maturidade¹³⁰. Em conclusão, para esse pensamento historicista de Herder, não haveria categorias amplamente universais (como “felicidade geral” ou “virtude”), pois elas dependem de uma interpretação consciente do pertencimento á sua temporalidade¹³¹.

Além desta premissa, que se pode entender enquanto uma espécie de compreensão da história a partir do diálogo entre às diversas culturas, há um segundo argumento importante levantado por Martins no que tange do pensamento de Herder que diz respeito á tomada de consciência da finitude humana por parte do historiador¹³². Este ato capacitaria o historiador, então, a se perceber enquanto um ser histórico e, partir daí, compreender-se inserido nesta cadeia de espaços

¹²⁹ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 134.

¹³⁰ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 134.

¹³¹ Nesse sentido, a perspectiva de Martins é a de que “o Historicismo, de Herder, diz-nos que não apenas diferentes épocas possuem suas singularidades, mas também diferentes povos e culturas são particulares. Concluimos, então, que Herder foi um crítico da perspectiva eurocêntrica iluminista, ao ‘descobrir’ que não apenas temporalmente, mas também espacialmente, poder-se-ia ver as singularidades dos povos” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 135.

¹³² RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 135.

culturais determinados¹³³. A ideia de diálogo cultural e a tomada de consciência da finitude humana, ainda, devem ser compreendidas a partir de uma posição antimetafísica assumida pelo Historicismo e, assim se conseguirá compreender, de fato, como esse fenômeno influencia na formação do pensamento da Escola Histórica do Direito. A partir da contribuição de Wieacker entende-se o ponto de conexão:

Wieacker mostra-nos muito bem este impacto, quando afirma que a Escola Histórica do Direito pôde descobrir a historicidade do povo alemão através da ‘tomada de consciência histórica’ em relação ao Direito. Como os historicistas jurídicos descobriram, no Direito, o ‘Espírito do povo’ (*Volkgeist*), isto significa dizer que a fonte do direito já não poderia ser mais o produto do trabalho do legislador estatal. O Direito passaria a ser, pelo Jus-historicismo, produto do ‘Espírito’ que nele existe e que advém da tradição cultural do povo germânico visto a partir de si; como protagonista de sua própria época¹³⁴

Outro argumento muito importante levantado por Martins se dá por conta da colocação temporal da Escola Histórica do Direito em relação ao criticismo kantiano¹³⁵. Considerando que o “Espírito do Povo” apontaria para a fonte do direito consegue-se perceber que essa visão está afeta a noção de Direito Positivo e Justiça como questões fundamentadas na ética kantiana; na qual o jogo entre as liberdades humanas e os outros seres humanos é mediada pelos conceitos de autonomia moral da pessoa e de ordem jurídica¹³⁶. O legado desta influência

¹³³ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 135;

¹³⁴ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 136

¹³⁵ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 137.

¹³⁶ RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo. p. 137.

kantiana no pensamento historicista é compreendido por Martins a partir de duas consequências, quais sejam: “1) o Direito é diferente de uma Ética abstrata e universalista¹³⁷; 2) que, também, a Ciência do Direito é autônoma em relação ao Direito Positivo¹³⁸”.

O italiano Bobbio, de modo sintético, reúne cinco características fundamentais do historicismo, sendo elas: a) a variedade da história deriva da variedade de homens no mundo; b) a mola da história não é a razão iluminista, mas sim a não-razão; c) um pessimismo antropológico; d) admiração e exaltação do passado e; e) amor pela tradição¹³⁹. O historicismo aceita a premissa de que não existe um homem justnaturalista, ou seja, um padrão universal com caracteres fundamentais que permanecem os mesmos de acordo com a variação de tempo e espaço, existindo uma pluralidade de homens de acordo com a cultura e o período histórico¹⁴⁰. De outra sorte, o historicismo, também, atribui um caráter irracional

¹³⁷ Nesse sentido veja-se: “A primeira consequência (1) representa o reflexo da presença, no Historicismo jurídico, da distinção feita por Kant em sua *Doutrina do direito*, texto que está contido na *Metafísica dos costumes*, entre Ética e Direito. Para Kant, a Ética é o conjunto de leis que faz de uma ação um dever, sendo que o motivo o qual fundamenta esta ação, tem de ser o próprio ‘dever’. Na *Doutrina do direito*, Kant entendia que o Direito é um conjunto de leis que faz da ação também um dever, mas que o seu motivo fundamentador jamais seria o próprio ‘dever’, porque, em questões jurídicas, o motivo da ação pautada em uma lei jurídica deverá ser um ‘motivo externo’” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 137.

¹³⁸ Ainda a respeito desse tema: “Quanto à segunda consequência (2) da influência do Criticismo no Historicismo, podemos dizer que a autonomia da Ciência do Direito em relação ao Direito Positivo, feita por Kant, está presente no papel ‘produtivo’ atribuído pelos jushistoricistas à atividade do cientista do Direito, enquanto doutrinador jurídico. Em outras palavras, com base em Kant, a partir do Jus-historicismo, a Doutrina passa a não ser mera ‘cópia’ da dogmática jurídica, pois basta lembrarmos que a Escola Histórica do Direito via os frutos da Doutrina como fontes jurídicas” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. p. 137.

¹³⁹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 48-51.

¹⁴⁰ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. p. 48.

para história na medida em que contrapõe a visão racionalista/iluminista de que a história precisaria de razão, cálculo, avaliação racional, mas, simplesmente de emoção “de tal modo que historicismo se torna romantismo, que exalta quanto de misterioso, de obscuro, de turvo existe na alma humana¹⁴¹”.

Ainda, o chamado pessimismo antropológico¹⁴² pode ser compreendido em contraposição ao otimismo iluminista que acreditava que através da razão o ser humano pode estar em constante caminhada rumo ao progresso e à evolução completa do ser. Ao contrário, o historicismo credita à história o fato de ser uma contínua tragédia e por conta disso descreve o modo como os mais privilegiados utilizam estruturas como o direito, ou, o Estado, para direcionar os rumos das sociedades. O penúltimo caráter do historicismo diz respeito ao elogio e o amor pelo passado que, novamente em contraste com o desinteresse dos iluministas com o passado (uma vez que ele representa a ingenuidade dos antigos), preceitua a idealização do passado como um tempo que representaria o espírito de um povo temporalmente concebido¹⁴³. Por fim, ao olhar para trás, o historicista acaba por determinar a existência de determinadas instituições e costumes sociais que comporão parte da tradição de um povo, em matéria de compreensão do fenômeno jurídico vale mencionar a frase: vale aquilo que é formado no curso da história¹⁴⁴.

Bobbio acredita que a compreensão destas cinco categorias e sua aplicação análoga ao fenômeno jurídico capacitaria ter uma ideia exata a respeito do que seria

¹⁴¹ NORBERTO BOBBIO. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. pp. 49.

¹⁴² A ideia da existência de tipos padrões de homens e comportamentos distintos variando de cultura para cultura, ou, a inexistência de um homem padrão e um comportamento humano universalmente aceito.

¹⁴³ NORBERTO BOBBIO. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. pp. 50.

¹⁴⁴ NORBERTO BOBBIO. O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito. pp. 51.

a Escola Histórica do Direito¹⁴⁵. Neste sentido, é possível asseverar que: a) não existe um direito único e igual para todos os povos no mundo; b) o direito não nasce do cálculo e da razão formal, mas sim do sentimento de justiça; c) é preciso conservar o direito vigente e suspeitar de novas instituições por conta do pessimismo antropológico; d) o apego e admiração ao passado fazem os juristas analisarem o fenômeno da recepção (na tentativa de resgatar o direito nacional contaminado por referências externas) e; e) a revalorização do costume como fonte do direito e expressão do “Espírito do Povo”¹⁴⁶.

Neste diapasão, a tentativa de resgate de uma tradição jurídica historicamente pautada em cima da idealização de um Direito Romano fez com que, na Alemanha houvesse uma busca pela revitalização desses valores dentro do direito alemão. Martins segue com a sua investigação dos efeitos do historicismo no pensamento de Puchta, Thibaut, Savigny e Ihering pois seu propósito, nesta obra em particular, é remontar às influências do normativismo kelseniano, por isso sua empreitada é localizada, geograficamente, no pensamento alemão que influenciou fortemente a escola de Viena e a formação de Kelsen. O propósito desta pesquisa, porém, não se esgota geograficamente na Alemanha, pois, na medida em que se esta construindo uma imagem da orientação positivista (apesar de ainda não se ter chegado lá propriamente), resta apenas uma peça nessa engrenagem para que se

¹⁴⁵ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 51.

¹⁴⁶ De acordo com Martins “para Escola Histórica do Direito, a tarefa dos cientistas jurídicos estava já determinada pela tradição que os constituía. O cientista do Direito, que é um ‘doutrinador’ e, por isso, responsável por uma das fontes do Direito, precisaria ‘descobrir’ o ‘Espírito’ que está expresso por meio do Direito. No processo de jus-criação, portanto, é necessário que o Espírito do povo seja mesmo figurado como fundamento de sua própria produção jurídica, para que o resultado de sua jus-criação possa ser legítimo” RICARDO EVANDRO SANTOS MARTINS. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. pp. 139.

possa ligar esta orientação europeia com a tradição que se conectará com o pensamento português. Trata-se do Formalismo Jurídico instituído pelo Código Civil Francês de 1804.

Grande parte do argumento racionalista, do Iluminismo, poderia, também, ser encontrado dentro do pensamento Francês através da ideia de codificação¹⁴⁷. O que para Bobbio (1995) é justificado pelo fato destes ideais Iluministas terem se encarnado em forças histórico-políticas que deram margem para o acontecimento da Revolução Francesa e, a partir daí, o direito passa a possuir uma consistência política¹⁴⁸. Este fenômeno, na França, responde a um dos principais problemas daquela época: a diversidade de leis naquele Estado. A partir do reconhecimento desta complexidade e desarmonia entre as diversas leis daquele tempo ganha força a ideia de um Legislador Universal que atenderia as exigências de um direito simples e uno¹⁴⁹. É a partir daí que se constituiu uma ciência legislativa em oposição ao direito fenomênico da tomada de consciência histórica, além do que o direito real precisaria ser fundado na natureza das coisas conhecíveis através da Razão¹⁵⁰.

Tal tese pode ser perfeitamente observada a partir da Constituição de 1791, onde se pode encontrar a tipificação ordenando a elaboração de um código de leis

¹⁴⁷ De acordo com o Prof. Paulo Weyl, pensar a recepção do direito no Brasil, a partir da síntese efetuada por Bobbio, nos leva a concluir que nossa tradição dominante do pensamento jurídico e da prática construtiva das instituições jurídicas na colônia, foram absolutamente colonizadas sob a perspectiva pretensamente racionalista, no sentido do esforço em não se deixar contaminar pelos elementos culturais da colônia, em especial aquelas que de alguma maneira receberam influência dos sentimentos, dos olhares, do silêncio, do sofrimento, da vivência dos povos originários e dos escravizados. NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.

¹⁴⁸ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

¹⁴⁹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

¹⁵⁰ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 64.

comuns a todo o reino e, posteriormente, na de 1793, o de um código de leis civis e criminais uniforme para toda a República Francesa. O grande senão da história é que apesar de toda essa inspiração Iluminista e jusnaturalista, o Código Civil Francês acaba por se “reaproximar decisivamente da tradição jurídica francesa do direito romano comum¹⁵¹”. Cambacérès¹⁵², por oportuno, apresenta por três vezes um anteprojeto de codificação para reunião das leis da França, porém, nenhum deles obteve sucesso no parlamento, o que não diminui sua relevância histórica em demonstrar como há uma inclinação ao descrédito e a resignificação do Direito Natural (cuja ideologia seria suavizada no terceiro projeto)¹⁵³.

De toda sorte, foi Portalis¹⁵⁴ quem contribuiu decisivamente para o fomento das ideias do projeto final que foi aprovado na França. Portalis escreve um livro, publicado postumamente, asseverando que o espírito filosófico (iluminista e racionalista), usa e abusa do ser humano durante todo o século XVIII, tendo reservado uma extensa parte desse livro para a crítica ao pensamento kantiano¹⁵⁵. Ou seja, “Portalis se concentra naquilo que, segundo ele, foi o abuso do espírito filosófico, isto é, a crítica indiscriminada conduzida pelo racionalismo contra toda a cultura passada, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao

¹⁵¹ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 65.

¹⁵² Jean-Jacques Régis de Cambacérès foi um político francês que deteve vários postos de elevado prestígio político, porém, depois de ser nomeado arquichanceler do Império Francês ficou encarregado de propor uma reunião das leis civis do Estado, ou seja, ele é um dos autores do Código Civil Francês.

¹⁵³ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 68-71.

¹⁵⁴ Jean-Étienne-Marie Portalis, tal qual Cambacérès foi político e jurista na França tendo contribuído proficuamente nos debates e elaboração do Código Civil Francês. Pode-se dizer que o projeto apresentado por Portalis foi aquele que ganhou maior número de adpetos, tendo sido a orientação preponderante no projeto final do Código.

¹⁵⁵ NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 71,

materialismo¹⁵⁶”. O projeto definitivo do *Code Napoléon* decidiu abandonar completamente a concepção jusnaturalista e passou a tomar como base o pensamento do Ecletismo Espiritual e a obra *Traité Du Droit Civile* de Robert Joseph Pothier (que tratava, em grande monta, da solução jurídica do autor para diversos casos jurídicos).

O Código Napoleão consagrava, ainda, uma tripla fundamentação doutrinária: a) filosófica, b) política e, c) jurídica. A respeito da primeira é importante perceber que o código preleciona a existência de direitos pertencentes ao homem desde seu nascimento e que seriam inerentes á sua própria personalidade (derivados da natureza); sobre a segunda, o código previa a primazia da democracia com a prevalência da vontade coletiva e, por fim; a respeito da terceira, a aplicação temporal e territorial da lei, bem como seus métodos de interpretação eram minuciosamente trabalhados naquele texto¹⁵⁷. Amplamente influenciado pela perspectiva individualista e pelo retorno da tradição do Direito Romano, o Código Napoleão é uma resposta, na prática, para a questão sobre se o Direito deve ou não

¹⁵⁶ Essa referência é tão importante para o trabalho porque é a partir daqui que nasce a orientação do Ecletismo Espiritualista que viria a se tornar a filosofia oficial do Império Brasileiro no século XIX, observe-se a seguinte passagem “Essa obra [de Portalis] (ainda que particularmente infeliz, devido à sua extensão e seu estilo pesado e verdadeiramente indigesto) tem um certo significado na história das ideias, porque representa o ponto de passagem filosófica iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração: a atitude filosófica de Portalis pode ser considerada a expressão desse *espiritualismo eclético* que teve os maiores expoentes em Victor Cousin e no italiano Rosimini” NORBERTO BOBBIO. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. pp. 72.

¹⁵⁷ SYLVIO CAPANEMA SOUZA. O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. p. 36 – 51.

se importar com o que é Justo em cada caso, supervalorizando o papel do código e consecutindo na febre codicista que varreu o Século XIX¹⁵⁸.

Nas lições de Fonseca (2010), “os romanos trouxeram para as Gálias, além das armas, os seus códigos. E foi esse Direito que se enraizou, *imperio rationis*, enquanto servia às exigências da razão, e também incrustado no Código Civil Francês¹⁵⁹”. E, corroborando com o entendimento de Souza, ainda acresce que esse Código Francês acabou “exercendo larga influência sobre todos os códigos elaborados no curso do século XIX e alguns do século XX, tais como o da Itália, da Espanha, de Portugal, Bélgica, Romênia, Egito, México, Peru e Venezuela¹⁶⁰”. Ressalte-se que algumas regiões da Alemanha também foram influenciadas pela orientação napoleônica, porém, o Código Civil Alemão (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, ou, simplesmente, BGB) foi conduzido pela experiência da ciência pandectista, reservando ao *Code Napoléon*, ínfima significância na elaboração da lei alemã¹⁶¹. Fachini Neto (2013), ainda sistematiza que o Código Francês:

baseou-se substancialmente em quatro pilares: a) o direito romano, tal como sistematizado por Domat e Pothier; b) o direito consuetudinário,

¹⁵⁸ SYLVIO CAPANEMA SOUZA. O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. p. 36 – 51.

¹⁵⁹ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

¹⁶⁰ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

¹⁶¹ ANTÔNIO CEZAR LIMA DA FONSECA. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

particularmente o *Coutume de Paris*; e) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente¹⁶².

O modelo jurídico Francês, como visto no parágrafo anterior, consegue corporificar todo um momento histórico, filosófico, jurídico e político de uma Era. A vitória deste sistema jurídico e a noção de positivação na forma do Legalismo Exegético é o que se torna o discurso jurídico do *mainstream* na Europa. Os debates jurídicos noutros países eram pautados, justamente, por estes princípios estabelecidos na Doutrina legal francesa. Os objetivos, no tópico presente, eram: a) distinguir as principais características da orientação positivista moderna a partir de Thomas Hobbes e; b) identificar os aspectos desta orientação que são absorvidos pelo Historicismo Alemão e pelo Formalismo Francês. Através da análise bibliográfica foi possível compreender a orientação hobbesiana como pautada no nominalismo, na redução racional da relação homem/natureza, e a o papel significativo do Estado na produção legislativa.

A respeito do Historicismo foi possível concluir que ele busca exercer uma crítica ampla ao ideal de razão iluminista, aos conceitos de “progresso”, e que o movimento buscou uma compreensão do homem e de sua história a partir da individualidade, da não racionalidade, da própria história. Juridicamente, a Escola Histórica do Direito tentou demonstrar que o fenômeno jurídico deve ser interpretado a partir do “Espírito do Povo” e que ele deve ser historicamente alocado dando valor ao seu passado. Por fim, a respeito do Formalismo Jurídico Francês, o retorno à tradição romana, a conciliação desta tradição com a orientação

¹⁶² EUGÊNIO FACHINNI NETO. *Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, número 198. Abril/Jun. 2013. p.69.

consuetudinária e a elaboração de um código que reuniu as leis do Estado no *Code Napoléon*, consecutiu num alargamento da experiência positiva para toda a cultura jurídica europeia. Diante de todos estes fatos, é possível observar o estágio no qual esta orientação é discutida na Europa.

Em se falando da experiência jurídica brasileira se faz necessário compreender como estas ideias começam a fazer parte da cultura jurídica pátria. A noção de uma autonomia intelectual, de uma identidade brasileira somente pode ser concebida de modo claro a partir do final do século XIX. Nesse período é possível perceber já todo um desenvolvimento do Positivismo, do Historicismo e um Formalismo Jurídico. É de se assustar que, muito por conta disso, as influências doutrinárias e legais, no Brasil, são sempre mediadas por algum comentador de todo este debate. Por isso é importante frisar que é possível dividir a recepção dessas influências europeias em dois momentos distintos: a) o primeiro, pensando numa imposição direta da cultura jurídica portuguesa para formação do direito e da cultura brasileira (desde a chegada da Coroa até a criação das primeiras faculdades) e; b) o segundo, pensando numa interpretação dos doutrinadores estrangeiros através dos acadêmicos brasileiros.

Se for possível, neste momento, usar de alguma metáfora, é como se se estivesse diante das primeiras experiências do ser consciente de si. A criança sendo apresentada para as referências externas, o mundo exterior e criando vínculos com ele, laços, juízos valorativos. Quando aquela criança atingir certa maturidade começará a questionar tais laços iniciais e juízos. Somente a partir daí conseguirá construir sua identidade própria. Se os pais lhe disseram o que era ruim, e que as pessoas não aceitariam determinados comportamentos, ao criticar essa ordem e

buscar compreendê-la a partir de suas próprias experiências aquele ser pode construir sua identidade.

Como se está demonstrando preocupação com estes dois momentos (o da formação do contexto dos conhecimentos iniciais e o da crítica) a pesquisa seguirá, no tópico a seguir, construindo uma visão geral sobre os principais aspectos do que é possível ser chamada, ressalvadas as devidas vênias no emprego do termo, uma Cultura Juspositivista dentro da experiência de Portugal. Justifica-se tal escolha pelo argumento da justaposição levantado acima. O país colonizador atuará, aqui, como os pais que irão direcionar o rumo dos filhos impondo-lhes uma orientação prescritiva (sobre o que é certo e o que é errado). Enquanto que os colonizados, no caso os brasileiros, como os filhos que, num primeiro momento tomarão as ordens dos pais como dogmas, verdades inquestionáveis, mas, na medida em que ganham alguma maturidade podem colocar sob uma luz da suspeita a gênese destas verdades.

3. Uma trilha entre Europa e Brasil: Da influência do “Direito Comum” ao Iluminismo Português.

A associação entre a disciplina História do Direito e o país Luso inclinam a uma diversidade de autores de grandes contribuições para o tema. Antônio Pedro Barbas Homem, Ruy de Albuquerque, Mário Julio de Almeida Costa, Marcelo Caetano, Eduardo Vera Cruz Pinto, são muitos os nomes de relevante peso para o debate. Enquanto referência básica para se realizar uma averiguação profunda sobre tal relação, escolheu-se a obra de Antônio Manuel Hespanha, não apenas pelo reconhecimento internacional da pesquisa do autor em deslinde, mas, também, por serem encontrados elementos “extra-históricos” e a assunção de posições e valores

acadêmicos, muito afetos aos propósitos desta investigação¹⁶³. Deste modo, para Hespanha o Direito Português é altamente influenciado por duas tradições: a) de um lado o Direito Romano e; b) de outro o Direito Canônico¹⁶⁴. A recepção do romanismo em Portugal obedece, regra geral, os mesmos fatores da recepção em todo o resto da Europa, porém, com um arranjo próprio dos lusos¹⁶⁵.

A questão da chamada ideia-força de que o direito romano era o direito válido para todo o Império, não era plenamente aplicada em Portugal na medida em que os Reis portugueses aplicavam os princípios da *exemptio imperii* e *plenitudo*

¹⁶³ Porém, não se pode deixar de realizar aqui uma pequena homenagem a um português que passou pela Universidade Federal do Pará no dia 02 de Fevereiro de 2018 para tratar sobre a temática. Com uma perspectiva social e crítica, o professor Antônio Manuel Hespanha pôde agraciar um pequeno e seletivo público, com a sua grande experiência, a História das Instituições. Deslindando uma leitura prática na qual objeto histórico e tempo histórico não devem ser reservados a uma metodologia erudita que retira a funcionalidade da História do Direito, Hespanha demonstrou como as Instituições “fazem” o direito com suas práticas, como os manuais jurídicos formam a cultura do “homem padrão”, sobre a necessidade de se avaliar a história como uma história das rupturas e não das continuidades e, por fim, a urgência de uma Alteridade. Após esta passagem pelo calor do norte brasileiro, e um almoço com direito a pescada amarela num restaurante à beira-mar, o professor Manuel Hespanha voltou a Portugal na promessa de continuar publicando e se correspondendo com os pesquisadores e contribuindo com os estudos. Infelizmente pouco mais de um ano depois, precisamente no dia 01 de Julho de 2019, vítima de um câncer no cólon, o ilustre Jurista e Historiador veio a Falecer. Uma forma de manter vivo o legado de tão importante ser humano é dar continuidade aos seus estudos e referir-se a ele na oportunidade de elaboração desta pesquisa.

¹⁶⁴ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2015. p.489.

¹⁶⁵ De acordo com a lição de Justo “com a fundação de Portugal por volta do ano 1140, o velho direito do reino de Leão vigente no Condado Portucalense tornou-se português: a História do nosso Direito começou aí, embora os seus antecedentes remontem a um passado por vezes remoto, como o direito dos celtas e iberos, dos invasores romanos, germânicos e mulçumanos e dos povos que lutaram pela reconquista cristã. A ciência jurídica dos Romanos jazia, há muito, numa situação de esquecimento profundo que só não é total porque nos Conventos, Catedrais e Igrejas se conservou o velho *Corpus Iuris Civilis* que alimentava a chama que teimosamente não se apagava na expectativa de um dia poder reacender e iluminar a ciência jurídica. E foi assim que, um século depois de o direito romano ter renascido em Bolonha, aquela *iuris scientia* penetrou em Portugal para transformar o velho direito empírico, rude e grosseiro, num direito novo, capaz de satisfazer as exigências duma sociedade agitada pelo progresso”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V, 1. P. 197-242. 2008. p. 189.

*potestas*¹⁶⁶. O primeiro princípio diz respeito à recusa da submissão ao Imperador e o segundo diz respeito à plenitude do poder intertemporal que, acabou internalizando as regras do direito romano que já vigiam nos sistemas internos do Reino português¹⁶⁷. São dois os momentos em que se pode perceber, indubitavelmente, a entrada deste “direito culto” dentre os portugueses. Pela estrutura legal a igreja tratou de regular (via direito canônico), leis da própria cúria que reforçavam o resurgimento do romanismo em Portugal; de outra sorte, pela porta doutrinária, a criação da Universidade Dionísica com a instituição das cadeiras de Direito Civil e Canônico¹⁶⁸.

Porém, ressalta Hespanha que tal processo de recepção do “direito comum” não foi realizado facilmente, considerando que não havia muitos juristas letrados capazes de fazer esse transporte, bem como, que existia uma tensão entre a regionalidade das práticas de determinados povoados em contraste com as exigências homogêneas daquele direito¹⁶⁹. A grande polêmica então foi estabelecida na cisão entre o direito chamado de comum e o subsidiário, porém, com a hispanização das soluções do direito comum, houve um fracionamento interno deste com orientações doutrinárias embasadas nas influências das academias hispânicas na formação dos portugueses¹⁷⁰. Em consequência desta polêmica D. João I manda fazer uma tradução do *Corpus júris civile* com a *Glosa*

¹⁶⁶ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 489.

¹⁶⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 489.

¹⁶⁸ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 490.

¹⁶⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 491-2.

¹⁷⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 494-5.

de Acúrsio e *Comentário de Bártolo* e dá a eles força de direito subsidiário, isto ocorre em meados do século XIV.

Neste contexto de recepção, e de institucionalização da legislação romana em Portugal, encontram-se os problemas de interpretação e aplicação que também foram amplamente discutidos noutros tempos, exigindo, das autoridades que passassem a buscar uma sistematização e simplificação das orientações da legislação justiniana e das orientações de Acúrsio e Bártolo¹⁷¹. Esta necessidade de sistematização e, conseqüente, nacionalização do direito comum por parte dos portugueses gerou a elaboração das Ordenações. Antes disso, Azevedo aponta que Portugal teve uma precocidade em sua organização e reconhecimento enquanto estado nação, pois, já no século XII, além de sua delimitação territorial, gozava de língua própria, estrutura administrativa própria e era reconhecidamente um Estado independente¹⁷².

No ano de 1447, durante a vigência do reinado de Afonso V, os portugueses aprovam a reunião de leis em um só corpo do Direito Português através das chamadas Ordenações Afonsinas; inicialmente com cinco volumes versando sobre: a) os dois primeiros livros sobre Direito Público (das relações entre os órgãos de governo e entre o clero, a nobreza e o povo); b) o terceiro livro sobre Direito Processual; c) o quarto livro sobre Direito Privado e; d) o quinto livro sobre Direito

¹⁷¹ ANTÔNIO MANUEL HESPAÑA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 497-500.

¹⁷² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014. pp. 183.

Penal¹⁷³. De acordo com Hespanha a partir do advento das Ordenações Afonsinas começa-se a estabelecer o princípio de que o direito comum tinha uma força subsidiária em face da lei nacional, devendo ser aplicado somente quando não existir lei nacional sobre o assunto¹⁷⁴. Desta supervalorização do direito nacional surgem as diversas incompatibilidades lógicas entre as orientações regionais e, conseqüentemente, o direito romano e canônico passam a ser aplicados como métodos de resolução das antinomias partindo do pressuposto do princípio do pecado, ou seja: o direito civil só teria aplicabilidade em face o canônico quando da aplicação do mesmo não resulte um pecado¹⁷⁵.

Caso a antinomia persistisse dentro do modelo romanístico eram utilizadas, sucessivamente, as glosas de Acúrsio e a opinião de Bártolo, e, permanecendo a obscuridade a figura do Imperador deveria ser buscada para sanar a questão, corporificando verdadeiro princípio da autoridade do monarca¹⁷⁶. Pouco tempo depois, o agora rei D. Manoel, requer seja refeita e atualizada a reunião destes textos

¹⁷³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014. pp. 183.

¹⁷⁴ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 500-1.

¹⁷⁵ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 501.

¹⁷⁶ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502. A respeito desse tema, Justo afirma que a partir das Ordenações Filipinas “se consagram, como fontes do direito português, a lei, o costume e o estilo da corte: aquela expressa a vontade do rei; o costume traduz uma prática constante e reiterada acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade jurídica; e o estilo da corte impõe-se como jurisprudência constante nos tribunais superiores. Na sua ausência, abre-se um espaço para o direito subsidiário que integrará as lacunas: direito romano, direito canônico, glosa de Acúrsio, opiniões de Bártolo e vontade do rei. A influência da ciência jurídica leccionada em Coimbra é inequívoca. Estas Ordenações vigoraram cerca de 60 anos e, portanto, o tempo suficiente para ainda vigorarem no Brasil”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008. p. 199.

legais e, de acordo com Azevedo, “isto foi realizado exatamente como, depois, se fariam os códigos modernos, ou seja, de forma unitária, sem referência a leis anteriores, inovando, e com redação simplificada¹⁷⁷”. Estas são as chamadas Ordenações Manuelinas que foram, definitivamente, publicadas em 1521 e que continham a mesma divisão em livros e assuntos que as ordenações anteriores (cinco livros com temas distribuídos sobre Direito Público, Direito Processual, Direito Privado e Direito Penal).

As grandes modificações implementadas por estas novas ordenações, de acordo com Hespánha dizem respeito à definição do âmbito de aplicação do direito romano e canônico, atribuindo ao princípio do pecado um caráter geral e expandido sua aplicação para os Tribunais Civis¹⁷⁸. De outro lado, a ordenação de D. Manoel previa também que, permanecendo as antinomias, o caráter definitivo da glosa de Acúrsio e, o subsidiário de Bártolo, deveriam prevalecer sempre que não houvesse opinião comum dos doutores contrária aos textos¹⁷⁹. Em resumo, o que estas ordenações pretendiam era retirar das referências históricas um ponto fixo em Acúrsio e Bártolo dando, deste modo, uma possibilidade de evolução do direito capaz de assumir novas necessidades normativas¹⁸⁰. Por fim, a história das ordenações alcança o ano de 1603 com as Ordenações Filipinas que acabam por manter as orientações das ordenações anteriores, porém, atribuindo um caráter claramente jurídico para a relação entre direito temporal e poder espiritual¹⁸¹.

¹⁷⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 183.

¹⁷⁸ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502

¹⁷⁹ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 502-3.

¹⁸⁰ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 503.

¹⁸¹ ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 503.

Antes, porém, tanto Hespanha quanto Azevedo corroboram com a premissa de que, durante este período, o direito luso está sendo fortemente influenciado pelo humanismo jurídico vindo, o último, a defender que esta influencia se explica dadas “as preocupações de depuração dos textos do *Corpus Juris Civilis*, liberando-os do excesso de comentários, com sua atividade de crítica histórica, estabelecendo o significado original das regras jurídicas romanas, e com seu zelo pelo estilo¹⁸²”. Continua o doutrinador asseverando que por essa influência francesa surge a chamada “escola culta” incitando uma reação contra os modelos metodológicos dos comentadores e fomentando a união do estudo do direito com as letras humanas, por exemplo¹⁸³. A ressalva, também feita por ele, pode ser extensa, mas vale a pena a menção:

“O conservadorismo dos juristas portugueses, porém, jamais permitiu que o espírito crítico do humanismo francês fosse levado às suas últimas consequências; não se admitiu, em Portugal, que os textos do próprio *Corpus Juris* pudessem ser colocados em dúvida através, por exemplo, do estudo da interpolações. A apologia da livre investigação (o *libre philosophari*) ficou somente na liberação dos textos romanos e de seus comentários de glosadores e pós-glosadores; isto está claro na reforma da Universidade feita por D. João III, sucessor de D. Manoel, já em 1539 (Regimento da Indústria) quando se desaconselha formalmente a citação exaustiva de opiniões e se prescreve que as soluções para os casos devem ser buscadas diretamente nos textos legais. De qualquer forma, então, por influência francesa, em matéria de direito privado, os doutrinadores são substituídos pelas leis. Nos séculos seguintes XVII e XVIII, em Portugal, as leis, por sua vez, perderão importância diante da Jurisprudência¹⁸⁴”.

¹⁸² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. p. 184.

¹⁸³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. p. 185.

¹⁸⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. p. 185.

Hespanha, a respeito deste mesmo assunto, aduz que, apesar da precocidade das compilações de leis dos portugueses, não havia uma sensibilização, ou, sequer um preparo dos juristas para “poderem pôr de parte os processos de *Rechtfindung* tradicional (...) Posto isto, é lícito concluir que o movimento de renovação era, sobretudo, um fenômeno de mimetismo cultural¹⁸⁵”, alegando, ao fim, que os filhos dos humanistas serão bartolistas. Esta orientação do humanismo jurídico em Portugal, observou duas grandes vertentes e ideias centrais na sua produção: a) a necessidade de depuração-filológica e; b) a racionalidade do direito e a liberdade interpretativa¹⁸⁶. A respeito da primeira vertente, o humanismo jurídico português pretendeu depurar as más interpretações sobre o texto legal partindo da premissa de que deviam ser desprezadas elucubrações corruptas mantendo uma interpretação semântico-literal do texto a fim de preservá-lo¹⁸⁷.

Sobre a segunda vertente Hespanha explica que o racionalismo, ao sistematizar um número substancial de princípios e fundamentos para metodologia científica do direito, acaba por influir negativamente (com o repúdio da ciência jurídica medieval e a valorização dos textos) e, ao mesmo tempo, positivamente (cultivando uma liberdade interpretativa para os operadores do direito pautada numa dialética)¹⁸⁸. A respeito desta alegação é facilmente observável que o modo argumentativo encontrado para justificar a presença do direito romano, apesar da afirmação de uma independência por parte dos Reis portugueses, considerava a utilização do *imperio rationis* (ou, simplesmente, pela boa razão em que são

¹⁸⁵ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 504.

¹⁸⁶ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 505-11.

¹⁸⁷ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 505-6

¹⁸⁸ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 506-7.

fundadas), e ela estaria presente nas explicações de Bártolo, por exemplo, e nas Ordenações Manuelinas¹⁸⁹. De fato, na história do direito português pode ser evidenciado que a tradição jurídica lusa acabou por se antecipar nos processos de codificação do direito por ter seguido a linha de resgatar o direito romano e o canônico na forma do direito comum.

Não muito obstante este fato, pode-se constatar, também, que durante o período das ordenações a cultura jurídica portuguesa começou a sentir as tensões das ideias desenvolvidas até então no resto da Europa. Portugal começa a perceber que, em que pese todo o avanço legislativo, havia uma notória carência de justificação e adequação, teórico-filosófica, com as exigências que a alvorada dos movimentos em formação na Europa viria a despertar (e que modificariam a disciplina da ciência jurídica). Este período, compreendido a partir da segunda metade do século XVI, é marcado pela suspeita acadêmica instaurada por conta da crescente insegurança jurídica dado este estrangulamento que o racionalismo e humanismo sofreram ao entrar no pensamento jurídico português¹⁹⁰, o que complementa a posição anteriormente levantada por Azevedo sobre o assunto do humanismo nas ordenações e o conservadorismo lusitano.

As orientações que são tomadas a fim de atender aos problemas sentidos vão tomar por conta a necessidade de se manter a estabilidade através do alargamento da autoridade interpretativa para os *Assentos*¹⁹¹ da Casa de Suplicação,

¹⁸⁹ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. pp. 507.

¹⁹⁰ ANTÓNIO MANUEL HESPANHA. Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio. pp. 512.

¹⁹¹ De acordo com Justo (2008) “os *assentos* consubstanciam interpretações autênticas das leis, que o rei Venturoso ordenou fossem feitas pelo Tribunal Superior do Reino, a Casa da Suplicação. Perante dúvidas sobre o sentido normativo de um preceito legislativo, os tribunais deviam pedir-lhe que fixasse o que devia ser observado no Reino. O Regedor convocaria os Desembargadores e, fixado

uma Reforma na metodologia de ensino a fim de restringir os debates e às referências no ensino (quanto menos referências aos comentários e às autoridades melhor!), e, por fim, a adoção de um sistema *praxístico*, contrariando a necessidade de formação de juristas com bases lógico-dialéticas e dogmático-conceituais, o apego às decisões judiciais¹⁹². Para Justo é possível dividir os juristas portugueses em duas classes distintas, “a que, embora herdeira do humanismo, procurava reatar a sua mais íntima ligação com a Idade Média, olhando para trás; e a que procurava tirar do Humanismo as últimas consequências, olhando para frente¹⁹³”. A primeira orientação predominou em Portugal tendo se tornado a porta de entrada da Escola Racionalista do Direito Natural que se desenvolveu amplamente na Inglaterra e na Alemanha. Importante trecho da obra de Justo trás a tona muitos dos argumentos tratados no tópico anterior que surgem à tona na cultura jurídica portuguesa

O entendimento do direito transformou-se radicalmente: a fonte do direito natural deixa de ser Deus, para ser a razão dos homens. Estamos perante uma orientação laica que vê no homem não uma obra divina, mas um ser natural; por isso, liberta-se da Teologia e defende a autonomia científica do direito natural como ciência dos princípios supremos da convivência social. Como fonte do direito, a razão humana constrói normas que derivam logicamente de outras e têm, nas tendências psicológicas da natureza empírica do homem, a sua base e ponto de partida: a sociabilidade, a felicidade, o egoísmo ou a bondade. Depois, a razão recolhe essas normas em sistemas que se consideram perfeitos,

esse sentido, era registrado num livrinho e, daí, o nome *assentos*. Assim se garantiria a segurança do comércio jurídico numa época particularmente importante. No entanto, porque as várias Relações (do Porto, de Goa, do Rio de Janeiro e da Baía) começaram, sem autorização régia, a emitir assentos, criou-se o caos com diferentes interpretações, só mais tarde, no século XVIII, afastado pela Lei da Boa Razão”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008. p. 199.

¹⁹² ANTÔNIO MANUEL HESPANHA. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. pp. 515-16.

¹⁹³ ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. pp. 202.

completos, acabados e, portanto, sem lacunas. Afinal, são obra da razão que se afirma perfeita, capaz de tudo resolver¹⁹⁴.

É somente neste contexto que Portugal vai começar a ceder aos argumentos Iluministas que serão amplamente difundidos a partir do século XVIII com a marcante contribuição de Luis Antônio Verney e a chamada Reforma Pombalina¹⁹⁵. Os argumentos fornecidos por Verney marcam, definitivamente, a derrota deste conservadorismo português que relutava em permanecer fixado na interpretação exegética do direito comum e seus comentadores pátrios que causaram enorme insegurança jurídica ao longo de séculos. A necessidade de modificar o ensino jurídico e a própria práxis jurídica causaram um grande povoamento das concepções empíricas, racionalistas, historicistas e codicistas que já eram estudadas na França, Inglaterra e Alemanha¹⁹⁶. Isto tudo culminará, em 1769, a promoção da Lei de 18 de agosto chamada de Lei da Boa Razão¹⁹⁷ que trata de uma adequação de Portugal ao *mainstream* do resto da Europa.

¹⁹⁴ ANTÔNIO JUSTO. A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro. pp. 202.

¹⁹⁵ ESTEVAM LO RE POUSADA. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis*. Dissertação de Mestrado na área de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. São Paulo – SP. 2006. Novamente neste sentido, Antônio Santos Justo assevera que “no plano jurídico, defende-se a lei como única fonte do direito porque, além de expressão da razão e, por isso geral e abstracta, é segura, certa e clara e constitui um instrumento poderoso de transformação social. Afasta-se o costume porque é incerto e comprometido com o passado que urge transformar. A crença na onipotência da razão justifica o afastamento da velha *opinio communis doctorum*, da Glosa de Acúrsio e das opiniões de Bártolo porque não passam de meras probabilidades e a razão pensa que tem acesso à verdade. E, finalmente, afirma-se o direito natural e submete-se o direito romano ao crivo da razão, pelo qual só passa o direito *usus modernus pandectarum*”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. p. 203.

¹⁹⁶ ESTEVAM LO RE POUSADA. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis*. pp. 64.

¹⁹⁷ Sobre a Lei da Boa Razão é importante salientar que a mesma “afastou o costume *contra legem* e reduziu o direito subsidiário ao direito romano do *usus modernus pandectarum* e, em matéria de caráter político, econômico, mercantil e marítimo, às leis das nações cristãs, polidas e civilizadas. Ferindo gravemente o costume, aquela lei abriu caminho para a afirmação da lei como única fonte do

Cumulando as orientações do movimento Iluminista europeu, as diretrizes do direito natural racional, a modernização do direito romano, o desenvolvimento de uma Jurisprudência Elegante e a influencia das correntes jurídicas humanistas, a proposta de reforma do ensino, doutrina e jurisprudência portuguesa, são estes fatores que ficarão conhecidos como os fundamentos do Iluminismo Português¹⁹⁸. O *Code*, que acabou influenciando grande parte das legislações europeias pode tomar espaço na experiência portuguesa. Do mesmo jeito as divagações da Escola Histórica e do Pandectismo serão recepcionadas a partir da necessidade de integração do conhecimento jurídico, que àquela altura, estava atribuindo um peso maior para as proposições nacionais em face dos estudos estrangeiros. Acaba, no século XVIII, a forte resistência do conservadorismo em aceitar as inovações teórico-filosóficas mais importantes na Europa¹⁹⁹. Porém, a questão que surge, neste momento, está diretamente conectada a concomitância do desenvolvimento do direito brasileiro.

A data de chegada dos portugueses via expansão marítima na, então, Terra de Vera Cruz, é celebrada no dia de 22 de Abril de 1500, quando Pedro Álvares Cabral teria “descoberto” o Brasil. Justo assevera que este é o marco que dá início à penetração do direito português no Brasil num processo de interposição cultural

direito”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. p. 203.

¹⁹⁸ ESTEVAM LO REPOUSADA. Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Civis. pp. 67.

¹⁹⁹ Inclusive aderindo ao Liberalismo político clássico decorrente da Revolução Francesa, “simplesmente, o Iluminismo tinha lançado ideias muito fortes. A Revolução francesa constitui um exemplo bem significativo. Em Portugal, país de costumes mais brandos, triunfou a Revolução Liberal de 1820 a que seguiu, dois anos depois, a Independência do Brasil. A história do direito português bifurcou-se, seguindo duas vias: a portuguesa e a brasileira”. ANTÔNIO JUSTO. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. pp 204.

que, segundo o mesmo, constituirá um direito luso-brasileiro²⁰⁰. Historicamente, portanto, quando do início do processo de colonização, já vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas (1447), muito embora estas tenham vigido por pouco tempo e dando lugar às Ordenações Manuelinas (1521). Tal reunião de leis foi imposta para todo o Reino, conseqüentemente, o Brasil, enquanto parte desta composição política, sofreu as conseqüências desta aplicação intercontinental entre metrópole e colônia. Azevedo lembra que, dada a difícil relação com os Franceses na Guiana, dois institutos administrativos são adotados pelo governo: a) a divisão administrativa em capitânias hereditárias e; b) a fundação da cidade do Rio de Janeiro²⁰¹.

Ao passo em que os Bandeirantes começam a exploração do território, a aplicação das Ordenações Manuelinas os acompanha como uma verdadeira sombra, especialmente no que tange ao direito sobre a titularidade das propriedades assumidas e, ao mesmo tempo, demonstrando como o deslocamento do direito comum para a alçada de subsidiário, causou uma insegurança jurídica também no Brasil²⁰². As Ordenações Manuelinas previam que as terras estéreis de Portugal deveriam ser divididas pelo Reino para que pudessem se tornar produtivas (instituto chamado de Sesmarias), e essa regra veio a ser aplicada no Brasil no período de 1530 a 1822. O grande empecilho nisso é que todas as terras brasileiras eram desocupadas e, portanto, inexploradas, enquadrando-se no conceito de terras estéreis, desse modo, há uma modificação no objeto da lei: se antes ela prevalecia

²⁰⁰ ESTEVAM LO RE POUSSADA. Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Cíveis. pp. 197.

²⁰¹ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. pp. 187-88.

²⁰² ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro. pp. 188.

o agricultor, agora, no Brasil, ela favorecerá os grandes latifundiários que terão que comprovar ter recursos para explorar a terra²⁰³.

Com a ascensão de D. João IV, e o início da dinastia dos Bragança em 1649, Portugal já se encontrava em uma linha de declínio político-econômico, e, por outro lado, o Brasil vai ficar marcado na segunda metade do século XVII e no século XVIII pelo desenvolvimento populacional, pelo progresso econômico, a descoberta das minas de ouro, tornando a economia brasileira superior à portuguesa²⁰⁴. Diante da crescente miscigenação e do amplo desenvolvimento cultural do Brasil, o liberalismo francês, pautado nas ideias de Jean Jacques Rousseau, ganha a mentalidade dos intelectuais brasileiros e em 1789 eclode o movimento da Inconfidência Mineira²⁰⁵. Outrossim, é curioso notar, conforme aduz Antônio Junqueira de Azevedo que “desde então, e durante aproximadamente duzentos anos, foi a cultura francesa a principal fonte estrangeira de nossa formação intelectual²⁰⁶”.

Por fim, a respeito desta parte histórica a edição do *Code*, a promessa de invasão de Portugal e a deposição da Casa de Bragança culminaram com o deslocamento de um contingente de mais de dez mil pessoas da alta corte portuguesa para o Brasil, fixando-se no Rio de Janeiro a nova capital de um Reino Europeu até a proclamação da independência em 1822²⁰⁷. Ao longo de toda exposição histórica fica claro que a recepção do direito comum em Portugal não se

²⁰³ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

²⁰⁴ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 187.

²⁰⁵ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 187.

²⁰⁶ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

²⁰⁷ ANTÔNIO JUNQUEIRA AZEVEDO. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. pp. 188.

deu sem um toque de originalidade e de adequação para atender aos padrões culturais daquele povo. Antecipando algumas etapas do que viria a ser o padrão europeu de organização legal, porém, com certa carência acadêmica, buscando socorro na tradição romana e nas orientações canônicas, os colonizadores lograram êxito em implantar um embrião do espírito de indolência e rebeldia que caracterizará a cultura jurídica brasileira no século XIX. As referências que têm sido abordadas, ao longo da presente seção do trabalho, têm demonstrado a riqueza silente jazida na história, somente priorizada a partir do interesse em reconstruir a trilha que tem mantido, juristas brasileiros e portugueses, intrinsecamente conectados com o todo da tradição europeia.

4. Conclusão.

A partir da presente pesquisa foi possível compreender o horizonte em que se deu a recepção do pensamento jurídico Europeu pelo Brasil. Foi possível reconstruir todo o elo condizente ao desenvolvimento da orientação positivista de Hobbes, seu reflexo na Europa, tanto no que tange ao positivismo analítico na Inglaterra, quanto ao fomento da atividade historicista na Alemanha.

A partir daí foi possível realizar este diálogo entre a Escola Histórica do Direito e sua crítica ao Direito Natural e o que desta crítica repercutiu na formação do Formalismo Jurídico e na Exegese Francesa. Ao passo em que todas estas bases foram apresentadas foi possível, também, comparar este trajeto com o desenvolvimento do pensamento jurídico português.

Toda a estrutura das ordenações, a formação do Direito Comum, as influências do romanismo e do jusnaturalismo, capacitaram o entendimento com clareza de como a tradição europeia chega ao Brasil através da imposição cultural

via a ação dos Jesuítas e como a crise do jusnaturalismo português influencia a busca pela autonomia político-intelectual do Brasil do século XIX.

A empreitada, todavia, ainda não está concluída, pois ainda faltam algumas peças no quebra-cabeça. Como, dentro desse contexto todo, será possível a constituição de uma autêntica identidade filosófica no Brasil? Como se dá a constituição de um pensamento filosófico-jurídico a partir dos teóricos que se desenvolverão no Brasil?

Pode-se dizer que a investigação aqui iniciada precisa mergulhar mais fundo nestas duas perguntas, cada vez mais trazendo elementos da constituição das ideias filosóficas que propriamente marcarão o desenvolvimento da tradição brasileira. Importante frisar que, como nunca foi o intento realizar uma investigação e catalogação minuciosa de todos os eventos que se sucederam neste largo período de tempo apresentado, não se poderá levantar a acusação de tratar-se a história com leviandade. Entretanto, e visando agora sim lançar uma premissa mais objetiva, o período no qual se produzirá o ciclo de formação e desenvolvimento do que ficou conhecido como Escola do Recife é altamente influenciado pelos contornos delineados até aqui.

A Crítica Jurídica feita pela Escola do Recife, que será apresentada em trabalho posterior, deve muito a trilha que se tornou caminho seguro entre o pensamento jurídico Português e encontrou espaço na leitura Jesuíta de Direito Natural e do Ecletismo Espiritual que predominou sem disputa no Brasil até 1860, quando o movimento recifense começa a ganhar corpo e adentrar não só nas academias, mas também, na esfera política (através do Liberalismo Político).

É seguro dizer que depois de compreender todo este percurso histórico fica claro qual denominação positiva está sendo recepcionada pelos portugueses (pois se trata muito mais de um tipo metodológico, científico). Porém, fica claro também que o Brasil terá que fazer uma opção entre: a) desenvolver seu próprio tipo de positivismo, ou; b) reproduzir orientações que estavam sendo discutidas no mundo. Nossa hipótese é que há sim como identificar a autenticidade do pensamento jurídico brasileiro no que tange a esta bifurcação.

Novamente é a Escola do Recife que apontará o caminho que foi escolhido pela crítica jurídica brasileira. No mais, resta dizer ao Advogado que precisava de uma resposta menos positivista que é necessário um pouco mais de reflexão sobre o que de fato é este tal de positivismo.

Referências Bibliográficas.

ADEODATO, João Maurício. *O Positivismo Culturalista da Escola do Recife*. Revista Novos Estudos Jurídicos – Volume 8 – N. 2 – pg. 303-326. Maio/ago. 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Influência do Direito Francês sobre o Direito Brasileiro*. Conferência proferida em Paris, em 26 de novembro de 1993, a convite da Universidade de Paris II. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67243/69853>. Acesso em: 01.04.2014.

BARROS, José D'Assunção. *Teoria da História – Os Primeiros Paradigmas: Positivismo e Historicismo*. Volume II. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

BARROS, José D'Assunção. *A Escola dos Annales e a crítica ao Historicismo e ao Positivismo*. Revista Territórios e Fronteiras. V.3. N.1. – Jan/Jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas por Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo, Ícone. 1995.

COSTA, Célio Juvenal (e outros). *História do Direito Português no período das Ordenações Reais*. 5th International Congress of History. Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/153.pdf> acesso em 14 ago. 2018.

COSTA, Emilia Viotti da. *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6ª Ed. Editora da UNESP. 1999.

- COSTA, Mauro Julio Britto de Almeida. *História do Direito Português*. 4ª Edição Revista e Atualizada, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos. Edições Almedina – Coimbra. 2009.
- CHACON, Valmireh. *Formação das Ciências Sociais no Brasil: Da Escola do Recife ao Código Civil de 1916*. (...).
- DIB TAXI, Ricardo Araújo. *A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno*. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018.
- FACHINNI NETO, Eugênio. *Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, número 198. Abril/Jun. 2013.
- FERNANDES, Ernesto e; RÊGO, Aníbal. *História do Direito Português: súmula das lições proferidas pelo Exmo Prof. Doutor Marcelo Caetano ao curso do 1ª ano Jurídico de 1940-41 na Faculdade de Direito de Lisboa*. Lisboa. 1941.
- FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org. Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.
- HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livraria Horizonte, 1978.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.
- HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições: Épocas medieval e moderna*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.
- JUSTO, Antônio. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008.
- LINS, Ivan. *História do Positivismo no Brasil*. Companhia Editora nacional. São Paulo- SP. 1926.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão de Tradução Silvana Cobucci Leite. Martins Fontes – São Paulo-SP. 2007.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Atualidade Hermenêutica da Ciência do Direito: Uma interpretação hermenêutico-filosófica da crise do estudo científico do Direito*. Tese de Doutorado defendida em 28.03.2017. Disponível em: <<http://www.ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/teses/Tese%20Ricardo%20Evandro%203%20abril%202017%20Paulo%20Weyl%20ufpa%20ppgd.pdf>> Acesso em: 15.06.2018.
- MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos aos pós-modernos*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão de Dr. Gildo Rios. Ed. Martins Fontes. São Paulo-SP. 2006.
- PAIM, Antônio. *Os Intérpretes da Filosofia Brasileira – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil*. Volume I. 3ª Ed. Editora UEL. Londrina. 1999.

- PAIM, Antônio. A Escola do Recife: Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil. Vol. V. Editora UEL. Londrina – PR. 1997.
- PAIM, Antônio. Formação da Escola Eclética. Vol. 1. Ed. 1. Brasília. 2012.
- PAES, Alberto de Moraes Papaléo; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de. Uma Historiografia Crítica do Positivismo Jurídico: Ensaio Preliminar. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica da Forum. Vol. 21. P. 103-125. 2017.
- POUSADA, Estevam Lo Re. Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Cíveis. Dissertação de Mestrado na área de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. São Paulo – SP. 2006.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. História das Ideias Políticas no Brasil. Editora do Senado Federal Brasília – DF. 2001.
- SHIGUNOV NETO, Alexandre e; MACIEL, Lizete Shizue Bomura. O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões. Educar. Curitiba n. 31, p. 169-189. 2008.
- SHIGUNOV NETO, Alexandre e; MACIEL, Lizete Shizue Bomura.. A educação brasileira no período pombalino: uma análise histórica das reformas pombalinas do ensino. Educação e Pesquisa. São Paulo, v. 32, n.3, p. 465-476. 2006.
- SOUZA, Sylvio Capanema. O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. P. 36 – 51.
- TOMÉ, Julio. O Positivismo no Leviatã de Hobbes. Revista Enciclopédia. Pelotas, Vol. 04, p. 123-145. 2015.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. O Positivismo no Brasil. Edições Câmara. Brasília – DF. 2018.
- VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WEBER, Tadeu. Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista. Quaestio Juris. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, p. 1568-1581, 2015.