

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ICJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES

**A GÊNESE DO CULTURALISMO JURÍDICO: A RECEPÇÃO CRÍTICA DO
POSITIVISMO PELA ESCOLA DO RECIFE – DE TOBIAS BARRETO A MIGUEL
REALE.**

**BELÉM/PA
2021**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ICJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

**A GÊNESE DO CULTURALISMO JURÍDICO: A RECEPÇÃO CRÍTICA DO
POSITIVISMO PELA ESCOLA DO RECIFE – DE TOBIAS BARRETO A MIGUEL
REALE.**

Tese de Doutorado apresentado à Banca avaliadora de Defesa do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, na linha de pesquisa: Direitos Humanos, Ética e Hermenêutica para Orientação do Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa.

BELÉM/PA
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a) P213g

Papaléo Paes, Alberto de Moraes. A GÊNESE DO CULTURALISMO JURÍDICO : A RECEPÇÃO CRÍTICA DO POSITIVISMO PELA ESCOLA DO RECIFE – DE TOBIAS BARRETO A MIGUEL REALE. / Alberto de Moraes Papaléo Paes. — 2021. 202 f. Orientador(a): Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2021.

1. Culturalismo Jurídico. 2. História das Ideias Jurídicas. 3. Positivismo Jurídico. 4. Escola do Recife. 5. Tobias Barreto de Menezes. I. Título.

CDD 340.320981

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ICJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

ALBERTO DE MORAES PAPALÉO PAES

A GÊNESE DO CULTURALISMO JURÍDICO: A RECEPÇÃO CRÍTICA DO
POSITIVISMO PELA ESCOLA DO RECIFE – DE TOBIAS BARRETO A MIGUEL
REALE.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa
(Orientador)

Prof. Dr. Ricardo Araújo Dib Taxi
(Membro Convidado Interno)

Prof. Dr. Ricardo Evandro Santos Martins
(Membro Convidado Interno)

Prof. Dra. Carla Noura Teixeira
(Membra Convidada Externa)

Prof. Dr. João Maurício Adeodato
(Membro Convidado Externo)

Avaliado em: ____/____/2021

Conceito: _____

BELÉM/PA
2021

Para Mônica, João Miguel, Lucas e Maria Helena.
Com todo meu amor.
Sempre.

AGRADECIMENTOS

Eu não saberia como descrever, conceituar, ou, sequer mensurar o que significa a palavra gratidão para minha vida, meu trabalho e minha história. Eu tentei resistir a diversos tipos de autoridade até perceber um cerco fechado e decidir me render de corpo e alma. Então, seguindo a tônica de grande parte das dedicatórias que leio, enquanto professor avaliador de trabalhos de conclusão de curso gostaria de agradecer, primeiramente, á Deus lembrando Salmos 136:1 “Deem graças ao Senhor, porque ele é bom. O seu amor dura para sempre!”.

Logo após, gostaria de agradecer à minha Esposa, Mônica Papaléo, por muito tempo você foi o meu farol enquanto estive perdido, e, através da sua fé pude encontrar o meu caminho, muito obrigado e minhas mais empenhoradas desculpas pelas diversas ausências no nosso cotidiano por conta da escrita desta tese. Obrigado, também, aos meus três filhos pelo sopro de vida que me deram e por terem se tornado parte latente da motivação para nunca desistir de realizar e buscar sonhos, dentre eles, o mais precioso que é a nossa Família. Amo todos vocês.

Meu muito obrigado se estende, aos meus pais, por todo o tipo de investimento emocional, intelectual, etc., em mim, mas, mais importante por todo o amor que sempre me deram, Raymundo Alberto Papaléo Paes (*in memorium*) e Maria Crisolita de Moraes Paes. Também, gostaria de estender minha gratidão aos meus irmãos e irmãs, Jaciel Papaléo, Jaciléa Papaléo, Carla Soares e Jonathas Santos. Todos vocês são muito importantes para mim.

Em matéria de família, também gostaria de registrar o meu agradecimento ao Prof. Aleph Hassan Costa Amim, um verdadeiro irmão que Deus me deu. Muito obrigado por sempre ter estado ao meu lado, seja nos momentos de tristeza, seja nos momentos de alegria. Sempre pude contar com você para qualquer que fosse o assunto e imagino que, apesar de não ter escrito esse texto junto comigo, você me acompanhou em cada página com a esperança e confiança de um irmão mais velho.

Gostaria de agradecer, por oportuno, ao meu orientador, professor Dr. Paulo Weyl que aceitou me orientar, comprou a ideia da tese e muito colaborou com a metodologia do trabalho, seu conteúdo e a execução. Se não fossem por suas críticas sempre bem colocadas e sua visão privilegiada dada sua vasta experiência enquanto

docente, provavelmente eu não conseguiria executar esta pesquisa. Muito obrigado professor por também manter vivo em mim os ideais libertários e emancipatórios para que o bom combate possa ser verdadeiramente combatido.

Em tempo, meus agradecimentos ficam para todos os professores que acompanharam a minha jornada acadêmica no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Pará. Minha gratidão é para todos, mas cito aqui aqueles com quem pude dividir a sala nas disciplinas, cujo conhecimento sempre me contagiou, me proporcionaram uma excelente oportunidade de aprendizado, Professores: Saulo Matos, Victor Pinheiro, Pastora Leal, Antônio Gomes Maués, Jane Beltrão, Breno Baía e Andreza Smith.

À banca examinadora do projeto de qualificação também gostaria de manifestar minha gratidão por todas as contribuições que me foram sugeridas e pela extrema preocupação que sempre manifestaram pela minha pesquisa, porque, além de grandes professores e pesquisadores eles são grandes amigos e irmãos que a vida me proporcionou, Professores Ricardo Araújo Dib Taxi e Ricardo Evandro Santos Martins. Obrigado pelas contribuições e pelas suas obras que muito me ajudaram.

Nesta seara, também gostaria de agradecer ao Professor João Maurício Adeodato que, desde quando nos conhecemos e eu compartilhei com ele o estado da tese, se prontificou em ajudar mandando-me obras por e-mail, me convidando para publicar e aceitando meu convite para participação da Banca de Defesa.

Gostaria, também, de agradecer ao Professor Dr. Frederico Oliveira por sempre acreditar em mim e no meu potencial, gostaria que você soubesse quanto o admiro e sou grato, principalmente, pela sua amizade.

Agradeço também ao Instituto Silvio Meira (ISM) na pessoa do Professor André Meira pela disponibilidade em me ceder alguns títulos da biblioteca do Instituto para realização de parte de pesquisa e por se disponibilizar em direcionar a pesquisa incluindo a participação de Augusto Meira nos referenciais.

Sou extremamente grato, também, ao Professor Alexandre Manuel Rogrigues por suas correções e direcionamentos, certa vez ele me disse que o conhecimento deveria nos aproximar de Deus, então sou muito grato por ter, através de sua humildade, solicitude e exemplo, me demonstrado o quanto tal frase é de fato verdadeira.

Ainda, mesmo que seja uma distância imposta por conta dos eventos pandêmicos do ano de 2020, o velho imortal, também, carinhosamente apelidado pelos mais íntimos de “veveca”, é figura importantíssima a quem sempre me dirigi e quem

sempre me correspondi por compartilharmos o mesmo entusiasmo pela história do direito e pela filosofia do direito. Afetuosamente, autointitulado “avô *ad hoc*” e a quem eu tenho a felicidade de ouvir que me considera seu herdeiro intelectual, agradeço, empenhoradamente, ao Professor Octávio Avertano Rocha.

Compulsando os livros e materiais bibliográficos que foram utilizados para elaboração da Tese, acabei me dando conta de que, no período em que exerceu o cargo de Senador da República, meu tio João Bosco Papaléo Paes (*in memorium*), por vezes enviava obras editadas pelo Senado para meu irmão Jaciel Papaléo. Por conta de uma mudança, este último me pediu que retirasse alguns exemplares de sua biblioteca pessoal e somente agora me dou conta que os livros de Tobias Barreto já me acompanham desde 2005, por conta da boa vontade de meu Tio, de meu Irmão e, creio eu, pelo grande projeto divino.

Agradeço aos amigos das disciplinas na figura do meu parceiro de equipe e amigo, Diego Mascarenhas, foram tantos desabafos ao telefone e uma amizade construída com muita verdade, parceria e somente com interesse de crescer intelectualmente juntos.

Agradeço aos amigos Professores da Universidade da Amazônia e Faculdade Maurício de Nassau, cuja presença engrandece sempre meu dia a dia na troca de experiência e mútua admiração, na pessoa da Magnífica Reitora Professora Dra. Maria Betânia Fidalgo Arroyo, da Vice Pró-Reitora de Ensino, minha estimada Amiga, Dra. Evanilde Gomes Franco, ao Coordenador Geral dos cursos de Direito em âmbito nacional Prof. Dr. (e Imortal da Academia Paraense de Letras) Jeferson Bacelar, e aos queridos professores e coordenadores, Eulina Maia Rodrigues e Bárbara Feio e, em especial aos coordenadores André Bendelack e Raymundo Albuquerque, as palavras fogem em comparação ao tamanho da gratidão que tenho por vocês.

Obrigado aos amigos que nunca abriram mão da caminhada até a parada de ônibus da Magalhães Barata em frente aos Correios, Vitória, Kaleb, Wanessa e Matheus, faça chuva ou faça sol, não há relatividade no que é para sempre. Muito obrigado!

Por fim, obrigado a todas as pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para construção dessa pesquisa.

Obrigado á todas as pessoas que perdi pelo caminho, mas que nunca serão esquecidas.

A todos vocês, meu muito obrigado!

“Se não lermos nossos antepassados intelectuais quem nos vai ler?”

Miguel Reale –
Conversa com o Prof. João
Maurício Adeodato.

“O amor pela verdade que nos conduzirá a muitas perigosas aventuras, essa famosíssima veracidade de que todos os filósofos sempre falaram respeitosamente — quantos problemas já nos colocou!”.

Friedrich Nietzsche –
Além do Bem e do Mal.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo principal compreender como a recepção crítica do Positivismo Jurídico realizada pela Escola do Recife gerou as bases jurídico-filosóficas que originou o Culturalismo Jurídico e demarcou gênese da identidade jurídica brasileira? O trabalho elegeu como Questões Norteadoras as seguintes: a) Qual sentido será empregado para compreensão do significado de Positivismo Jurídico? b) O que se pode entender por Escola do Recife? c) Quais são as bases filosóficas e Jurídicas que influenciam a criação do Culturalismo Jurídico? d) Qual tese de Tobias Barreto de Menezes a respeito do Culturalismo? e) Qual a tese de Miguel Reale a respeito do Culturalismo? Partiremos de três hipóteses básicas: a) O Positivismo Jurídico, como preceitua Morrison (2006), constitui um número de orientações designadas para compreender o Direito enquanto um fenômeno cognoscível a partir de dados e leituras científicas na modernidade. Desse modo, nossa primeira hipótese é que uma dessas orientações, fracionada, contaminada por interpretações posteriores, é a orientação que chega ao Brasil como resposta ao Ecletismo Espiritualista e ao Direito Natural Português e que vai mediar a crítica jurídica no Brasil; b) Antônio Paim (1999) assevera que a Escola do Recife constitui o primeiro grande movimento crítico e inovador dentro do pensamento brasileiro tendo muitos autores o conceituado como um “surto de novas ideias”, a morte da metafísica de Sylvio Romero, o Germanismo em Tobias Barreto, ou seja, um cenário ideal para o florescimento de uma identidade filosófico-jurídica. Nossa segunda hipótese é a de que a resposta para os problemas da recepção do Positivismo no Brasil é o desenvolvimento da tese do Culturalismo Jurídico, por fim; c) Tobias Barreto de Menezes é um dos expoentes do Culturalismo Jurídico, estabelecendo as premissas filosófico-jurídicas dessa teoria. Tal tradição vai ser estudada por diversos autores da Escola do Recife e é continuado no século seguinte com a profícua contribuição de Miguel Reale. Nossa terceira hipótese é a de que nesse debate, encoberto pelas questões atuais sobre teoria do direito, reside a gênese da identidade jurídica brasileira.

Palavras-Chave: Culturalismo; Positivismo; Historicismo; Escola do Recife; Tobias Barreto; Miguel Reale.

ABSTRACT

This research has as main objective to understand how the critical reception of Legal Positivism carried out by Recife's School generated the legal-philosophical bases that overcame Legal Culturalism, and demarcated the genesis of the Brazilian legal identity. The work chose the following Guiding Questions: a) What sense will be used to understand the meaning of Legal Positivism? b) What can be understood by Recife's School? c) What are the philosophical and legal bases that influence the creation of Legal Culturalism? d) What is Tobias Barreto de Menezes' thesis about Culturalism? e) What is Miguel Reale's thesis about Culturalism? We will start from three basic hypotheses: a) Legal Positivism, as stated by Morrison (2006), constitutes a number of orientations designed to understand Law as a knowable phenomenon based on data and scientific readings in modern times. Thus, our first hypothesis is that one of these guidelines, fractionated, contaminated by later interpretations, is the guidance that arrives in Brazil in response to Spiritual Eclecticism and Portuguese Natural Law, which will mediate legal criticism in Brazil; b) Antônio Paim (1999) asserts that the Recife School constitutes the first major critical and innovative movement within Brazilian thought, with many authors conceptualizing it as an "outbreak of new ideas", the death of metaphysics in Sylvio Romero's, Germanism in Tobias Barreto, that is, an ideal scenario for the flourishing of a philosophical-legal identity. Our second hypothesis is that the answer to the problems with the reception of Positivism in Brazil is the development of the Legal Culturalism thesis, finally; c) Tobias Barreto de Menezes is one of the exponents of Legal Culturalism, establishing the philosophical-legal premises of this theory. This tradition will be studied by several authors from Recife's School and is continued in the following century with the fruitful contribution of Miguel Reale. Our third hypothesis is that in this debate, covered by current questions about the theory of law, lies the genesis of the Brazilian legal identity.

Key words: Culturalism; Positivism; Historicism; Recife School; Tobias Barreto; Miguel Reale.

RESUMEN

Esta investigación tiene como objetivo principal comprender cómo la recepción crítica del Positivismo Jurídico realizada por la Escola do Recife generó las bases jurídico-filosóficas que originaron el Culturalismo Jurídico y demarcaron la génesis de la identidad jurídica brasileña. El trabajo eligió las siguientes Preguntas Orientadoras: a) ¿Qué sentido se utilizará para comprender el significado del Positivismo Jurídico? b) ¿Qué se puede entender por Escola do Recife? c) ¿Cuáles son las bases filosóficas y legales que influyen en la creación del Culturalismo Jurídico? d) ¿Cuál es la tesis de Tobias Barreto de Menezes sobre el culturalismo? e) ¿Cuál es la tesis de Miguel Reale sobre el culturalismo? Partiremos de tres hipótesis básicas: a) El Positivismo Jurídico, como prescribe Morrison (2006), constituye una serie de pautas diseñadas para entender el Derecho como un fenómeno cognoscible basado en datos y lecturas científicas en los tiempos modernos. Así, nuestra primera hipótesis es que una de estas pautas, fraccionada, contaminada por interpretaciones posteriores, es la guía que llega a Brasil en respuesta al Eclecticismo y el Derecho Natural Portugués y que mediará la crítica jurídica en Brasil; b) Antônio Paim (1999) afirma que la Escuela de Recife es el primer gran movimiento crítico e innovador dentro del pensamiento brasileño, con muchos autores conceptualizándolo como un “estallido de nuevas ideas”, la muerte de la metafísica de Sylvio Romero, el germanismo en Tobias Barreto, es decir, un escenario ideal para el florecimiento de una identidad filosófico-legal. Nuestra segunda hipótesis es que la respuesta a los problemas con la recepción del positivismo en Brasil es el desarrollo de la tesis del culturalismo jurídico, finalmente; c) Tobias Barreto de Menezes es uno de los exponentes del Culturalismo Jurídico, estableciendo las premisas filosófico-legales de esta teoría. Esta tradición será estudiada por varios autores de la Escola do Recife y continúa en el siglo siguiente con la fructífera contribución de Miguel Reale. Nuestra tercera hipótesis es que en este debate, cubierto por las preguntas actuales sobre la teoría del derecho, se encuentra la génesis de la identidad jurídica brasileña.

Palabras clave: Culturalismo; Positivismo; Historicismo; Escuela de Recife; Tobias Barreto; Miguel Reale.

ZAUSAMMENFASSUNG

Diese Forschung hat als Hauptziel zu verstehen, wie die von Escola do Recife durchgeführte kritische Rezeption des Rechtspositivismus die rechtsphilosophischen Grundlagen hervorbrachte, die den Rechtskulturalismus begründeten und die Entstehung der brasilianischen Rechtsidentität abgrenzten. Die Arbeit wählte die folgenden Leitfragen: a) Welcher Sinn wird verwendet, um die Bedeutung des Rechtspositivismus zu verstehen? b) Was kann Escola do Recife verstehen? c) Welche philosophischen und rechtlichen Grundlagen beeinflussen die Schaffung des Rechtskulturalismus? d) Was ist Tobias Barreto de Menezes' These über den Kulturalismus? e) Was ist Miguel Reales These über den Kulturalismus? Wir gehen von drei grundlegenden Hypothesen aus: a) Der von Morrison (2006) festgelegte Rechtspositivismus stellt eine Reihe von Orientierungen dar, um das Recht als ein erkennbares Phänomen zu verstehen, das auf Daten und wissenschaftlichen Lesarten in der Neuzeit basiert. Unsere erste Hypothese lautet daher, dass eine dieser Richtlinien, die durch spätere Interpretationen fraktioniert und kontaminiert ist, die Leitlinien sind, die als Reaktion auf Eklektizismus und portugiesisches Naturrecht in Brasilien eintreffen und die Rechtskritik in Brasilien vermitteln. b) Antônio Paim (1999) behauptet, dass die Recife School die erste große kritische und innovative Bewegung innerhalb des brasilianischen Denkens darstellt. Viele Autoren konzipieren sie als „Ausbruch neuer Ideen“, den Tod von Sylvio Romeros Metaphysik, Germanismus in Tobias Barreto, das ist ein ideales Szenario für das Aufblühen einer philosophisch-rechtlichen Identität. Unsere zweite Hypothese ist, dass die Antwort auf die Probleme mit der Rezeption des Positivismus in Brasilien schließlich die Entwicklung der These des Rechtskulturalismus ist; c) Tobias Barreto de Menezes ist einer der Vertreter des Rechtskulturalismus und begründet die philosophisch-rechtlichen Prämissen dieser Theorie. Diese Tradition wird von mehreren Autoren aus Escola do Recife untersucht und im folgenden Jahrhundert mit dem fruchtbaren Beitrag von Miguel Reale fortgesetzt. Unsere dritte Hypothese lautet, dass in dieser Debatte, die von aktuellen Fragen zur Rechtstheorie abgedeckt wird, die Entstehung der brasilianischen Rechtsidentität liegt.

Schlüsselwörter: Kulturalismus; Positivismus; Historismus; Recife School; Tobias Barreto; Miguel Reale.

SUMÁRIO

CAP 01 – INTRODUÇÃO: OS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA HISTÓRIA DAS IDEIAS NO BRASIL	Pag. 15
CAP 02 – FORMAÇÃO, CONSTRUÇÃO E RECEPÇÃO: A GENEALOGIA DE UMA IDENTIDADE “MIMÉTICO-INDOLENTE” BRASILEIRA.	Pag. 35
2.1 Seleccionando o Ponto de Partida: Hobbes, a Gênese do Positivismo e a constituição de uma nova tradição.	Pag. 38
2.2. Uma ponte entre Europa e Brasil: Da influência do “Direito Comum” ao Iluminismo Português.	Pag. 54
2.3. Sobre a formação de uma Identidade Cultural e a fundação das Faculdades de Direito no Brasil.	Pag. 63
2.4. O Direito Natural e o Ecletismo Espiritualista como base do pensamento jurídico brasileiro.	Pag. 71
CAP 03 – A ESCOLA DO RECIFE: O SURTO DE NOVAS IDEIAS E AS BASES JURÍDICO-FILOSÓFICAS DO CULTURALISMO JURÍDICO.	Pag. 79
3.1. O Movimento Crítico.	Pag. 83
3.2. Principais Exponentes do Movimento.	Pag. 95
3.2.1. <i>Tobias Barreto de Menezes.</i>	Pag. 96
3.2.2. <i>Sylvio Romero.</i>	Pag. 99
3.2.3. <i>Clóvis Bevilácqua.</i>	Pag. 102
3.2.4. <i>Artur Orlando.</i>	Pag. 105
3.2.5. <i>Martins Júnior e Faelante da Câmara.</i>	Pag. 106
3.3. As Bases Jurídico-Filosóficas do Culturalismo Jurídico.	Pag. 107
3.3.1. <i>Rudolf Von Ihering.</i>	Pag. 109
3.3.2. <i>Herman Post.</i>	Pag. 111
3.3.3. <i>Comte e Spencer.</i>	Pag. 114
3.3.4. <i>Kant e os Neokantianos.</i>	Pag. 116
3.3.5. <i>Hartmann, Haeckel, Littré e outros.</i>	Pag. 118
CAP 04 – TOBIAS BARRETO DE MENEZES E MIGUEL REALE: A CARACTERIZAÇÃO DE UMA TEORIA DO DIREITO.	Pag. 122
4.1. Tobias Barreto de Menezes e a construção de uma Teoria do Direito	Pag. 132
4.2. Os Impactos do Culturalismo Jurídico	Pag. 148
4.3. Miguel Reale e a continuidade do Problema do Culturalismo Jurídico.	Pag. 151
4.4. Proposta de Síntese: Principais aspectos da Culturalismo Jurídico.	Pag. 163
CAP 05 – CONCLUSÃO: SOBRE O APOCALIPSE DO CULTURALISMO JURÍDICO	Pag. 171
6. REFERÊNCIAS.	Pag. 189

CAP 01 – INTRODUÇÃO: OS PROBLEMAS FUNDAMENTAIS DA HISTÓRIA DAS IDEIAS NO BRASIL.

Noutros tempos, em outra era, num lugar muito distante deste, um velho homem olhava seu reflexo se movendo por sobre as águas. Sempre ouviu das pessoas que, quando mais nos aproximamos do momento da nossa morte, mais nos lembramos da nossa vida. Diz-se, também, que na hora da morte a vida parece passar como num piscar de olhos por toda a sua frente. Pode ser que tudo isto seja uma inevitável e triste verdade para todos os seres humanos, ou, apenas um mito, uma invenção. Porém, aquele velho homem ao contemplar o reflexo do seu semblante se via jovem. Criança, na idade da inocência onde tudo é lúdico. Adolescente, na idade da descoberta e da decepção, onde se aprende que não é possível ter tudo o que se quer e que é imperioso lidar com isso se se quiser continuar na caminhada. Adulto, na idade do jogo, onde se descobre que a vida consiste no incansável equilíbrio entre a dor e a alegria. Agora, velho, o que lhe restava senão memória?

Nunca se sabe exatamente o porquê de se estar, ou, de se colocar em determinadas situações. Mas, aquele velho homem sabia exatamente porque estava naquele barco. Ele havia passado tanto tempo se preocupando com coisas banais como as técnicas de seu ofício e as discussões sobre política na hora de seu almoço, que se esqueceu completamente da questão mais importante que o tirou da casa de seus pais para viver no mundo longe de conforto e de carinho. Ele deixou de lado a busca por questões mais essenciais e se acomodou com o que achou ser suficiente. Mas, olhando em retrospecto, se ele tivesse subido naquele barco 10 anos, 20 anos antes, ele não encontraria as respostas que procurava por tanto tempo. Seus olhos, simplesmente, não estariam preparados para ver, muito menos seus ouvidos para ouvir.

Quando a hora chega, ela chega. E só é possível saber o quanto da história foi significativa para aquele momento, para aquela decisão, para aquele evento, quando se compreende o tributo que se deve ao passado. O que podem os anos a mais conferir ao homem? Conhecimento? Sabedoria? Experiência? Medo? Aquele velho, naquele barco contemplava sua própria face e sentenciava: “o que os anos a mais me deram: paciência. Vou, assim, calmamente ao encontro da minha verdade. Construindo um arco entre o que eu fui, o que estou sendo e o que poderei ser. Mas, vou, pacientemente, até que

esteja prontamente preparado para ver o que a vida tem como último ensinamento para o meu espírito”.

O velho do conto, em algum momento, será cada um de nós. O barco, a jornada, a vida a aventura, e essa tomada de consciência é o ponto de partida. O curso de Doutorado em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará foi o início da constituição desta pesquisa, no ano de 2017, com um projeto voltado para reconstituição do positivismo jurídico a partir da filosofia de Tobias Barreto de Menezes. Àquela altura não se podia imaginar que a proposta inicial sofreria tantas alterações para que conseguisse ser desenvolvida na forma desta Tese com a organização metodológica que, eventualmente, veio a possuir. A experiência com a pesquisa sobre a recepção se deu, inicialmente, por ocasião do trabalho anterior desenvolvido no Mestrado (PAES, 2017, pg 70). Em que pese a produção ter se voltado para compreensão do Conceito de Constituição, dedicou-se um capítulo para falar sobre o conceito de Direito como Experiência e outro sobre os conceitos social, político e jurídico de constituição, para, somente então falar de questões e assuntos locais. Já se externava alguma preocupação sobre a tradição pátria, muito provavelmente, naquela época, os olhos é que ainda não estavam preparados para enxergar inteiramente essa dimensão do problema.

Por conta da distribuição das disciplinas na grade curricular do curso de doutorado foi possível uma ampliação de horizontes no que diz respeito às referências bibliográficas e materiais disponíveis. Na disciplina sobre pensamento decolonial e América latina, capitaneada pelo Prof. Dr. Paulo Weyl e pela pesquisadora Lívia Moura¹ foi possível conhecer a teoria da liberação político-econômica e ideológica através de Enrique Dussel (1992) e revisitar muitas questões acerca da necessidade e propósito de uma pesquisa sobre Recepção e sobre Identidade jurídica brasileira. Ao mesmo tempo, estava-se às voltas com as disciplinas obrigatórias de Teoria do Direito e Teoria dos Direitos Humanos, nas quais o argumento de Alteridade e a imersão na pesquisa cultural somente nos era possível sobre a perspectiva dos Direitos Humanos.

A vontade latente de externar a posição teórica e argumentos dos autores nacionais era praticamente irresistível quando das discussões acerca das teses de autores euroamericanos na Teoria do Direito. Assim como eram os regozijos a cada argumento de alteridade na Teoria dos Direitos Humanos. Tendo sido concluída a etapa inicial, de formação acadêmica e de amadurecimento intelectual, foi, então, iniciada a uma nova

¹ A quem se estende a consideração de “irmã” de pesquisa por ocasião do processo de orientação.

fase da pesquisa, onde o foco deveria ser exclusivamente a escrita e elaboração da Tese. A questão metodológica constituiu sempre maior preocupação e objeto de crítica externa, pois, ainda não estava devidamente madura a seleção do problema de pesquisa. Em consequência acabou-se por tergiversar demais noutras implicações e noutras preocupações distantes do foco central de uma pesquisa de doutoramento. E, por conta disso, foram necessários constantes redirecionamentos para que a pesquisa pudesse ser orientada a um determinado propósito.

O lado positivo desta tentativa de expansão metodológica foi que, durante esse período, além da seleção de referências bibliográficas e de pesquisa sobre elas, foi possível produzir muito material que serviu de base para esta tese. Durante o período de preparação para qualificação foram escritos: a) Uma historiografia crítica do positivismo jurídico a partir de Tobias Barreto de Menezes: um ensaio preliminar (2015); b) Uma historiografia crítica do jusnaturalismo no Brasil: um ensaio preliminar (2016); c) Entre adesão parcial e crítica ao positivismo jurídico – a teoria e a filosofia do direito em Tobias Barreto de Menezes (2017); d) Uma revisão sobre o Culturalismo Jurídico brasileiro: Confluências entre Tobias Barreto de Menezes e Miguel Reale (2017). Todos estes já publicados. Dessa produção ainda é possível citar os que, até o depósito da Tese encontram-se em avaliação: a) A Universalidade dos Direitos Humanos na perspectiva da Filosofia Política e Ética da Libertação em Enrique Dussel e; b) Reflexões sobre o esvaziamento da Prudência na História do Direito: Consciência Histórica, Outro Histórico e Alteridade.

Sobre este último é que se pretende tecer alguns comentários introdutórios. Neste breve texto, alega-se uma hipótese que pode causar forte impacto nas investigações jurídicas e na perspectiva de sua historiografia particular: não existe prudência na História do Direito contemporâneo. Mas, o que se quer dizer com isso e, de antemão, o que seria Prudência? Na *Metafísica* de Aristóteles encontra-se um conceito de *phrónesis* como oposição ao saber científico, ou seja, uma espécie de conhecimento prático, porém, como bem salienta Aubenque (1999) na *Ética à Nicômaco* a mesma palavra agora se dirige a uma realidade completamente distinta, ela designa uma virtude *dianoética* no interior da *dianoia* (p. 16). É como se ele operasse uma subdivisão no interior do espírito, em sua parte racional, tratada do seguinte modo: a) calculadora, a consideração das coisas que não podem ser de modo distinto do que são e; b) opinadora, a consideração das coisas através de seu modo contingente (AUBENQUE, 1999, p. 16).

Mas, isto não quer dizer que se trate de conceitos diferentes que necessitem de um estudo apartado para cada um. Neste sentido Dib Taxi (2018), comentando a obra “A Prudência em Aristóteles” de Aubenque (1999), assevera, corretamente, que “é impossível compreender a prudência em Aristóteles sem relacioná-la à sua *metafísica*, posto que a prudência é *um conceito metafisicamente fundado*, e a própria compreensão da ética como um espaço da deliberação e da contingência exige uma compreensão [ontológica] (...)” (DIB TAXI, 2018, p. 11-2).

Neste sentido, é importante continuar desenhando a linha conceitual que levou a constituição originária do sentido de Prudência aristotélico, igualmente, aproveitando de Dib Taxi (2018) a reconstituição da Prudência como conceito central para uma hermenêutica filosófica em Gadamer (2015) no sentido de demonstrar que o mesmo esvaziamento prudencial que se procedeu na fundação do pensamento jurídico moderno afetou, sobremaneira, o desenvolvimento da tarefa da História do Direito. A idade da técnica sobrepôs o saber prático e o saber ético, uma lacuna muito grande se abriu entre o jurista (aplicador, cientista da lei) e o historiador do direito (tratado como um tipo especial, e bem diminuto, de filósofo do direito). A concepção de Prudência aristotélica se torna uma boa alternativa para revigorar a Consciência Histórica na análise do Direito e, ao mesmo tempo, para abrir o diálogo entre as diversas possibilidades de narrativa histórica (Alteridade).

O ponto de partida de Dib Taxi (2018) para discussão sobre um conceito de Prudência pode ser dividido em três graus de argumentação: a) a Formação da Prudência; b) o Método para constituição da Prudência e; c) o Objetivo a que se presta a Prudência (p. 17-21). A respeito do primeiro ponto é bastante dizer que a Prudência não é um conceito idealizado que pretende, a partir de um contexto mais geral e abstrato, atingir as situações em particular, na verdade, é o oposto disto: a partir da observação da conduta do “homem prudente” (os heróis, os ídolos, os sábios), extrair o *modus* para distinguir ações boas de ações más. Sobre o método seria precipitado acreditar que, pelo sentido de formação, está-se diante de um método indutivo, quando na verdade, a proposição aristotélica é, de acordo com Aubenque (1999) e Dib Taxi (2018) uma ética fenomenológica e um sistema de filosofia moral (p. 19). Pode-se aduzir que a metodologia científica é abandonada e a ótica fenomenológica se torna a mais adequada para apreender a Prudência. Por fim, a questão o objetivo, ou objeto a que se presta a Prudência, veja-se o seguinte trecho “a prudência não significa simplesmente a

construção ou intuição dos melhores meios para alcançar alguns fins previamente dados, *mas implica na própria re-constituição daqueles fins*” (DIB TAXI, 2018, p. 19).

Mas, a questão que surge, a partir desta contextualização inicial, é: qual a importância da Prudência na Hermenêutica e no Direito? Bem, continuando a argumentação em DIB Taxi (2018) é notório que Gadamer (2015) perfaz uma leitura renovada e amplia o campo de pesquisa em Aristóteles, e o conceito de Prudência se torna parte da proposição Hermenêutica em sua obra (p. 33). A questão é delimitar o caráter filosófico da hermenêutica gadameriana, não no sentido de se afastar uma teoria prescritiva, normativa, descritiva ou ontológica, mas, perceber que há uma “virada ética” na obra gadameriana e que compreender Verdade e Método a partir dos pressupostos normativos abre um leque novo de possibilidades² (DIB TAXI, 2018, p. 35). Decerto, a crítica aos pressupostos meramente exegéticos da interpretação clássica com Schleiermacher e Dilthey, a redução do mundo da vida cotidiana a uma experiência metódica, são argumentos utilizados em Verdade e Método para caracterizar um esvaziamento (prudencial) da própria atividade interpretativa. Todavia, duas passagens se tornam importantes para consolidação do diagnóstico de DIB Taxi (2018) e que serão aproveitadas neste Trabalho: a) O significado paradigmático da hermenêutica jurídica e; b) a razão na época da ciência.

O que Gadamer (2015) pretende criticar em Verdade e Método é a concepção historicista de Savigny, para quem a tarefa da hermenêutica jurídica seria a de compreender os motivos que levaram o legislador a regular determinada conduta através da lei e, portanto, fazer cumprir as exigências daquele, eximindo o intérprete de realizar uma atualização do seu conteúdo, daí porque concluir que o ponto de vista jurídico é uma ficção insustentável (DIB TAXI, 2018, p. 44-5). É a tensão existente entre sentido original e a re-significação no contexto do intérprete, considerando a impossibilidade de suspensão do contexto do intérprete, e que o sentido não é, para hermenêutica filosófica, algo permanentemente fixo, que pode-se perceber: a) o texto normativo precisa ser lido sob um ponto de vista distinto daquele do legislador e; b) operar a inversão da metodologia da Prudência na interpretação jurídica (sair do específico para o particular)

² A respeito do tema, para Matos (2012) “após o Verdade e Método, Gadamer buscou reduzir a clara carência de sistematização na sua obra e, ademais, apresentar respostas às críticas com relação à sua hermenêutica filosófica, o que resultou numa coletânea de seus livros e artigos, publicada em dez volumes sob o título ‘Hans-Georg Gadamer – Gesammelte Werke’ pela editora Mohr Siebeck, tendo sido o primeiro volume com o livro Verdade e Método publicado em 1986” (p. 96); a partir dessa constatação se torna possível acompanhar o desenvolvimento da ética aristotélica na obra de Gadamer ao passo que aproxima sua filosofia hermenêutica da filosofia prática.

(DIB TAXI, 2018, p. 46-7). Para Gadamer (1983), já em outro momento de sua produção, observando as mudanças ocorridas no mundo na década de oitenta, volta ao tema hermenêutica jurídica aproveitando um dos argumentos anteriores

“Aplicar o direito significa pensar conjuntamente o caso e a lei de maneira tal, que o direito propriamente dito se concretize. Por isto, frequentemente, a jurisprudência, isto é, as sentenças que se ditam, são mais importantes nos sistemas jurídicos que a lei geral, de acordo com a qual são tomadas as decisões. E isto porque, o sentido de algo geral, de uma norma, só pode ser justificado e determinado realmente na concretização e através dela” (GADAMER, 1983, p. 51).

Fica claro o ponto, então, de que os juristas precisam, urgentemente, reconstituir seu pertencimento à tradição, reestabelecer o diálogo entre a historicidade do sujeito e a do objeto no ato de interpretar. Reconhecer que a crítica ao historicismo de Savigny³ se dá por sua visão objetivista da história e não por negar, ao direito, sua historicidade. O fato é que, tanto a hermenêutica, quanto o direito, são reféns da racionalização das sociedades contemporâneas. Pensa-se que, através da indução, é possível atingir a um conhecimento puro, desprendido da experiência prática, e atribuindo autoridade para tal constituição de saber (GADAMER, 1983). Isto vai levar a eventual substituição do homem prudente pela figura do perito, e, novamente, Dib Taxi (2018) contribui com a seguinte argumentação

“Trazendo um exemplo atual, é como se as pesquisas que mostram que até tantas semanas de gestação o feto é ou não um ser vivo pudessem excluir a discussão moral em torno do aborto, como se o próprio conceito de vida por meio do qual decidiremos questões como aborto ou eutanásia pudesse ser mais perfeitamente fornecidos pela ciência e nunca pela filosofia” (DIB TAXI, 2018, p. 65).

Isto desperta a necessidade de se pensar em que medida, também, na disciplina da História do Direito houve um esvaziamento da filosofia prática e uma supervalorização da técnica. Fomenta a necessidade de perceber o quanto ainda se esta distante do despertar de uma verdadeira Consciência Histórica⁴ para o Direito brasileiro.

³ Pode se entender a perspectiva historicista de Savigny, pelo menos neste momento, enquanto uma proposta de ressignificação do Direito Natural Tomista vigente durante a Idade Média. Por oportuno, no Capítulo 02 da presente tese pretende-se demonstrar como se deu a evolução histórica de tal escola desde a Alemanha até a sua influência no Direito Português e, conseqüentemente, no Brasileiro.

⁴ Na primeira Conferência de “os Problemas da Consciência Histórica” Gadamer (2004) apresenta o conceito de Consciência Histórica partindo do pressuposto de que a interpretação é uma categoria elementar para acesso ao conhecimento histórico (p. 19). O argumento central é o de que por trás de toda ação humana sempre existe um interesse recôndito, logo, a função da análise da narrativa histórica é

A hipótese, para este argumento, é esta: a História do Direito, enquanto disciplina da Ciência Jurídica, além de ter sido transformada em técnica por razões de obediência metódica dos rigores da modernidade científica; também se tornou um tipo de conhecimento completamente desatrelado da razão ética, sem assumir, portanto uma lógica prudencial. Este fato singular explica genericamente, de certo modo, porque narrativas totalitaristas são tomadas como pressuposto para narrativas jurídicas (como por exemplo, o fato de sempre contar-se a história dos Direitos Humanos tomando como pressuposto a História da França e da Inglaterra, nunca a dos chamados países periféricos).

De maneira mais profunda, ainda, é possível dizer que o problema ontológico em Heidegger diz respeito às antecipações que fazemos no ato de tentar ler a história, se pretendemos realizar uma investigação objetivamente neutra recairemos na impossibilidade de deixar de antecipar algo (por conta da nossa mundanidade) no ato de interpretar a história (GADAMER, 2004, p. 64). O grande trunfo do saber ético/ser ético na análise da história reside na constatação da necessidade de uma consciência prévia que dirija e controle os projetos e antecipações que fazemos no ato de interpretar, e essa pré-consciência não pode se dar ao luxo de ser afetada por interesses individuais recônditos do intérprete, ou observações desconexas da tradição em que se insere o sujeito (GADAMER, 2004, p. 64-5). Aqui podemos constatar que, no tocante à concepção ética de Gadamer (2004), existe uma abertura para o reconhecimento do “outro-histórico” e das diversas micro-histórias na narrativa da modernidade quando ele assevera:

“é indispensável que a consciência se dê conta de seus preconceitos seculares e de suas antecipações correntes. Sem essa ‘purificação’, a luz que recebemos da consciência histórica é turva, inoperante. Sem ela, nossos conhecimentos acerca do historicamente ‘outro’ não são mais do que simples reduções. Um procedimento cognitivo que envolve preconceitos ou antecipações, ideias preconcebidas sobre o método e sobre o que ‘deve’ ser um dado histórico, nivela a experiência e conduz inevitavelmente a uma tradição do que é especificamente ‘outro’” (GADAMER, 2004, p. 64-5).

compreender esse processo de (de)formação da história (GADAMER, 2004, p. 19). É inegável que Heidegger (2005) também assume essa premissa, de fundamento Nietzscheano, acreditando que não existem fatos, apenas interpretações. Desse modo, Heidegger (2005) pretende apresentar-nos a insuficiência da metafísica clássica e propor-nos uma perspectiva mais radical da fenomenologia husserliana (GADAMER, 2004, p. 39).

Se a história pode, então, tomar como pressuposto que é a abertura para o “outro histórico” que possibilita assumir um compromisso com a Consciência Histórica, então, é correto afirmar que a narrativa jurídico-política também deve considerar fazê-lo. Esta é uma hipótese guia da intuição originária desta pesquisa. Contar a história do direito moderno, e do direito brasileiro, conseqüentemente, não deve ser apenas narrativa e comprovação da existência ou não de determinados fatos; de como, onde, ou, por quê ocorreram. Contar a história do direito deve pressupor que não existe apenas uma visão sobre os fatos históricos considerados em si, e que cada uma delas expressa um modo de ser da história pela própria historicidade do sujeito (historiador). Lançando mão de seus projetos e antecipações, o historiador do direito, também deve pressupor uma pré-consciência de pertencimento à tradição (da sua narrativa) e reconhecimento das outras perspectivas e leituras das pessoas que participam ativamente da construção da história. Pois, o simples ato de escolher realizar uma investigação histórica já deve ser compreendido como um ato ético.

Uma destas antecipações, um destes projetos, é aquele que preceitua ser a totalidade do pensamento humano adstrito ao que foi, e ainda é produzido na Europa (modernamente, também, nos Estados Unidos da América). Um dos grandes expoentes dessa tese, o encobrimento do outro pela imposição de um modo de pensar como forma de colonização intelectual é o pensador Enrique Dussel (1977), que, desenvolve grande parte de seu conceito de dominação sob o enunciado “*ego conquiro*” (pg. 14). Em outras palavras, “penso, logo conquisto”, essa metáfora diz respeito à necessidade que o ser humano tem, e sempre teve, de justificar o processo de colonização por conta de uma espécie de autoridade moral que uns povos teriam sobre outros. Filosoficamente falando, para Dussel (1977) é possível facilmente lembrar Hegel, com a sua ideia totalizante do Espírito Absoluto e a ideia dos estágios de evolução das sociedades mundiais (pg. 15). O fim da história, o fim do Estado, o fim do Direito, a leitura escatológica que considera que a incorporação e agregação de todas as individualidades pelo Espírito Absoluto é um grande exemplo dessa imposição moral do centro para periferia.

Um argumento muito forte e elucidativo acerca deste debate, em matéria de Direitos Humanos, pode ser encontrado no livro “O Universalismo Europeu: A retórica do poder” de Immanuel Wallerstein (2007). Ao começar a construir a retomada de uma consciência histórica sobre os Direitos Humanos, Wallerstein (2007) lembra que a construção do sistema mundo dependeu das posições políticas, um centro totalizante

que pretendeu estender seu modo de vida para outros lugares e pessoas através de uma justificativa moral teológica (naturalista) ou através de uma filosofia secularizada (p. 29-30). Para colocar à prova essa hipótese ele faz menção a um dos debates mais antigos na história da política, sobre quem possui o direito de intervir, travado por Bartolomé de Las Casas⁵ de um lado e Sepúlveda de outro (WALLERSTEIN, 2007, p. 30-41).

Sepúlveda defende sua posição apoiado em quatro argumentos: a) o da Barbárie (sustenta a ideia de que os ameríndios eram bárbaros que faziam oferendas de vivos para seus deuses e cometiam atrocidades incompatíveis com os valores da época); b) o da Lei Natural (sustenta a ideia de que os povos ameríndios desobedeciam sistematicamente a Lei Natural por causas diversas, uma delas por não reconhecerem Deus acima de todas as outras coisas); c) o da Superioridade Moral (que sustenta a tese de que moralidade cristã é universal, portanto deve prevalecer no confronto direto com outras tradições e culturas diferentes) e; d) o da Evangelização (que sustenta a tese de que os povos ameríndios deveriam ser catequizados, evangelizados, para se arrepender de seus pecados contra a Lei Natural e, deste modo, atingir à salvação) (WALLERSTEIN, 2007, p. 33-5).

Estes quatro argumentos são contraditados por Las Casas do seguinte modo: a) para o argumento da Barbárie ele responde com a tese de que o conceito é poroso e ambíguo portanto, generalista. Em países europeus existe fome, miséria, corrupção, crimes contra Lei Natural, homicídios, etc., mas isto não os torna bárbaros (WALLERSTEIN, 2007, p. 35-6). Para o argumento da Lei Natural, Las Casas defende a tese de Jurisdição que pode ser lida como um relativismo moral na medida em que exemplifica partindo da asserção de que um mulçumano, por exemplo, que não morasse em seu Estado estaria obrigado a seguir as leis do país em que mora mas não estaria obrigado a seguir a religião daquele país (WALLERSTEIN, 2007, p. 36). Para o argumento da Superioridade Moral, ele responde com a Equivalência Moral pelo princípio de que devemos evitar um mal maior ou um dano colateral (WALLERSTEIN, 2007, p. 37-8). Por fim, para o argumento da evangelização ele responde com o Livre

⁵ Nas palavras de Wallerstein (2007) “Bartolomé de Las Casas foi um personagem consagrado de época. Nascido em 1484, chegou às Américas em 1502 e ordenou-se em 1510; foi o primeiro padre a ser ordenado no Novo Continente. A princípio foi favorável ao sistema espanhol de *encomienda*, que envolvia a divisão (*repartimiento*) de ameríndios como trabalhadores forçados entre os espanhóis que administravam propriedades agrícolas, pastoris ou mineiras, e dele participou. Mas em 1514 passou por uma ‘conversão’ espiritual e renunciou a sua participação no sistema de *encomienda* e voltou à Espanha para dar início à obra de sua vida: condenar injustiças causadas pelo sistema” (p. 31).

Arbítrio, uma vez que as pessoas não podem ser forçadas a aceitar Deus, elas devem fazê-lo por escolha própria (WALLERSTEIN, 2007, p. 39).

Desses quatro argumentos e contra-argumentos apresentados no debate por Wallerstein (2007), um par deles parece não ter se esgotado ainda nos dias de hoje: o argumento da Superioridade Moral vs a sua contraparte, o da Equivalência Moral⁶. O que há de diferente é que eles utilizam os Direitos Humanos como instrumento de manipulação de vontades a fim de justificar determinadas intervenções (WALLERSTEIN, 2007, p. 43). Neste sentido, Wallerstein (2007) pondera que é possível dividir as fontes argumentativas em sede de Direito de Ingerência em dois grupos: a) os que alimentam dúvidas morais entre o povo mais forte e; b) os que resistem politicamente entre os que sofrem intervenção (p. 59). Em sede de conclusão ele sentencia

“A argumentação moral dos interventores é sempre é sempre maculada pelo interesse material daqueles que têm a ganhar com a intervenção. Por outro lado, os que têm dúvidas morais sempre parecem justificar ações que, diante de seus próprios valores, são nefastas. A argumentação dos líderes políticos dos que sofrem intervenção é sempre questionada como reflexo de seus estreitos interesses e não dos interesses do povo que lideram. Mas essa ambiguidade faz parte do arcabouço dos valores dos interventores aceitos como universais. No entanto, quando se observa que esses valores são criação social dos estratos dominantes de um sistema-mundo específico, a questão revela-se de modo mais fundamental. O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vista éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores globais – aquilo que muitos de seus defensores chamam de lei natural – ou como tal são apresentados”. (WALLERSTEIN, 2007, p. 59-60).

Novamente, não é muito distante da premissa que havia sido lançada alhures por Dussel (1992), para quem a Modernidade (entendida por ele a partir do processo de expansão do domínio Europeu) constitui um Mito que, ao mesmo tempo que emancipa, justifica a violência. O *ethos* do dominador faz parte da ontologia que se universaliza numa ótica totalizante (p. 7-8). O filósofo argentino radicado no México acredita que há uma centralização econômico-política que em sua grande medida histórica colocou a

⁶ No prosseguimento do Capítulo I da referida obra, Wallerstein (2007) ainda cita diversos exemplos de intervenções em outros países na modernidade provocadas pelo argumento da Superioridade Moral em nome dos Direitos Humanos, como por exemplo, a atuação das ONG's no cenário internacional não havendo um controle sobre o modo como elas atuam dentro de outros países, as intervenções militares de Israel em Uganda, do Vietnã no Camboja, da Tanzânia em Uganda, Estados Unidos no Iraque, no Afeganistão e na Síria (p. 40-61).

Europa em posição de protagonismo. Eles constituíram o seu mundo da vida cotidiana (*lebenswelt*) e pretenderam uma extensão do mesmo a tudo aquilo que era diferente (o outro), logo ele argumenta que “*fuimos la primer ‘periferia’ de la Europa moderna; es decir, sufrimos globalmente desde nuestro origen un proceso constitutivo de ‘modernización’ que después se aplicará a Africa y Asia*” (DUSSEL, 1992, p. 12). Em outras palavras o “eurocentrismo⁷” é o encobrimento do outro por uma racionalidade totalizante.

O desacordo teórico sobre a Universalidade dos Direitos Humanos, na perspectiva de Dussel (1992) é tão grande e grave que ele inclusive chega a asseverar que, em grande parte, a história do povo latino-americano não é contada por latino-americanos, e sim por escritores, pensadores, historiadores formados numa tradição eurocêntrica (p. 38). E neste mesmo diapasão, os antigos métodos de controle da racionalidade autêntica da periferia são substituídos por um tipo diferente de dominação, a cultura de um determinado povo é aniquilada pelo seu encobrimento e pela reprodução da vida cotidiana do dominador europeu, a substituição do “outro” pelo “mesmo”, a “invenção” do mesmo. E através de toda essa construção preliminar é possível chegar em Adeodato (2015) para quem há uma diferença de grau entre a proposta de uma historiografia derivada da filosofia da libertação⁸ e da proposta de abertura hermenêutica para o outro, considerando que uma coisa é perceber a limitação ou exaurimento da cultura indígena e africana na formação da sociedade brasileira e outra completamente diferente é “responder se podemos falar de um pensamento jurídico nacional propriamente dito ou se apenas observamos periféricamente o debate europeu” (pg. 17), mais á frente, ele complementa tal enunciado asseverando que somente é possível “falar coerentemente em um debate quando as partes se leem umas as outras; não basta a grande produção brasileira sobre Habermas se ele próprio e seus discípulos europeus dela não tomam conhecimento” (ADEODATO, 2015, pg. 17).

⁷ Dussel (1992), define o “eurocentrismo” da seguinte maneira “*Ese pueblo, el Norte, Europa (Alemania e Inglaterra em particular para Hegel), tiene así un ‘Derecho absoluto’ por ser el ‘portador (Träger)’ del Espíritu en este ‘momento de su desarrollo (Entwicklungsstufe)’*, ante el cual pueblo todo otro-pueblo ‘no tiene derecho (Rechtlos)’. Es la mejor definición no solo de ‘eurocentrismo’ sino de la sacralización misma Del poder imperial de Norte o el Centro, sobre el Sur, la Periferia, el antiguo mundo colonial y dependiente” (p. 20).

⁸ Entende-se por Filosofia da Libertação o movimento que surgiu na década de 70, na América Latina, levantando o argumento da necessidade de compreensão de que os processos de dominação persistem nos países outrora colonizados por outros povos. Muito embora não se fale mais de uma subordinação econômica ou política existe, ainda hoje, uma dominação intelectual exercida pelos países do centro em relação aos periféricos.

De modo resumido, existem aqui três perspectivas diferentes: a) a da Hermenêutica; b) a da Alteridade e; c) a das Ideias. No sentido hermenêutico a investigação se tangencia pelas figuras do entendimento/compreensão (*verstehen*) e está centrada na questão de “como e porque é possível apreender o sentido de algo”? A hermenêutica, deste modo, se encaminha para compreender a história de um modo a considera-la, como exposto anteriormente, enquanto um ente que significa e dá significado ao *Dasein*. Do ponto de vista da Alteridade, que parece ser uma posição que não se exclui mutuamente com a da hermenêutica, o foco é fixado na relação entre “eu” e “outro” e no encobrimento deste pelo *lebenswelt* daquele. A questão sobre a qual se centra diz respeito à identidade do narrador e seu pertencimento aquela tradição. De toda sorte, a terceira proposição não está centrada na questão hermenêutica, muito menos na questão da alteridade, ela conhece de ambas e dá o crédito devido a cada uma delas, porém, não se confunde com nenhuma. A terceira proposta é a da História das Ideias⁹.

Esta terceira via pode ser descrita como uma avaliação quantitativa e qualitativa dos debates realizados por investigadores dentro da sua própria tradição sobre os debates acadêmicos de sua época. Compreender o que os seus antepassados disseram sobre determinado assunto e não assumir que as respostas de outras tradições são mais importantes do que a sua própria. Uma alegoria deveras interessante para exemplificar o problema da História das Ideias é o título e a pesquisa de Diego Eduardo Lopez Medina (2013) “*Teoría Impura del Derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*”, que parte do pressuposto que Teoria Pura do Direito de Kelsen (2004) foi recepcionada na Colômbia e acabou sendo discutida dentro daquela tradição culminando por se desenvolver num tipo de teoria autônoma comportando algumas diferenças da proposta inaugural feita pelo autor austríaco. Houve um evento internacional, alguns anos atrás, em celebração ao advento da Teoria Pura do Direito, no qual foram aceitos trabalhos de diversos pesquisadores mundiais, porém, o que ficou claro para uma boa parte dos inscritos é que os países diferentes, apesar de

⁹ José Maurício de Carvalho (1998), tem a mesma posição quando assevera de modo efusivo que “nos últimos anos olhamos mais criticamente para filosofia brasileira. Parece que fomos tocados pelo convite hegeliano, voltamos nossa atenção para o caráter mais íntimo da filosofia e deixamos de lado o culto aos grandes nomes. Aprendemos que a filosofia está no nosso meio, mesmo que não tenhamos tido filósofos situados entre os primeiros no reconhecimento universal. A filosofia se desenvolve ainda quando não conta com essas figuras universais, instruiu-nos Hegel, pode avançar menos, mas avança (...) Destes ensinamentos herdados da filosofia hegeliana é possível retirar os elementos para uma análise mais madura dos autores brasileiros e suas ideias (...) Com os culturalistas brasileiros iremos aprender ” (pg. 10).

compreenderem os fundamentos da obra e o aplicarem, chegam a conclusões diferentes sobre vários outros temas decorrentes dela.

Enquanto os brasileiros guardam dificuldades históricas quanto á recepção da obra de Kelsen (2004), pois não há a tradução brasileira do posfácio da segunda edição de 1961 na mesma edição do texto original, por não se ter o costume de ler as notas de fim e averiguar em quais pontos o autor muda o direcionamento da obra, desvelam-se interesses distintos do dos europeus (como por exemplo, acredita-se, no Brasil, que abertura de Kelsen para a linguagem no capítulo sobre a interpretação é uma ligação possível para a hermenêutica em Gadamer, ou para as teorias do discurso em Habermas, e teorias argumentativas em Alexy). Essas são preocupações locais, brasileiras, e é a partir delas que uma posição é construída e a particular perspectiva sobre como se devem conceber os problemas e as questões da Teoria Pura do Direito perduram. Será que se deve, então, buscar reproduzir fielmente a cartilha dos interpretes de Hart, Dworkin, Alexy, Finnis, Marmor, Waluchow, Kelsen e tantos outros que integram o debate sobre a Teoria do Direito? Ou, será que se deve, também, dar o devido valor para a pesquisa dos autores nacionais como participantes ativos, influentes e que contribuem para construção dessa realidade?

Essa, diferenciação, foi a maior fragilidade do projeto inicial dado que, por muito tempo, tentou-se entender porque os Juristas brasileiros são tão confusos, prolixos e, muitas vezes, não usam de um sincretismo metodológico para sustentar suas teses. O maior problema era compreender a falta de integridade, ou, a falta de um encadeamento lógico nas proposições jurídicas que são desenvolvidas em no país. Este era um problema complexo, talvez complexo demais para ser atacado de modo generalista numa tese de doutorado. Por isso, sob a orientação do Dr. Paulo Weyl, com a proposta de uma troca dialética, teve-se que buscar maior objetividade metodológica na abordagem do problema de pesquisa, portanto, reduzir um pouco o horizonte de investigação histórica e com isso ganhar em qualidade ao focalizar um objetivo em um elo, um ponto específico da Tradição Jurídica brasileira.

Deste modo era urgente abandonar determinados referenciais e permanecer com o ideal fixo em cima de uma proposta clara e objetiva. Os problemas epistemológicos de uma teoria da história teriam que ser reconsiderados, os problemas hermenêuticos da teoria da historia, a compreensão da alteridade, do outro histórico, da história dos excluídos, todos estes assuntos tiveram que ser deslocados da análise central e, por oportuno, foi a proposta lançada pelos nacionais Antônio Paim, Nelson Saldanha,

Miguel Reale e João Maurício Adeodato que conseguiu se adequar aos propósitos e inquietações com o atual estado da História do Direito brasileira levantados nesta Tese. Por isso, o projeto passou por várias etapas neste processo de redução epistêmica do problema de pesquisa.

Num primeiro momento o objeto era o Positivismo Jurídico e sua recepção a partir da obra de Tobias Barreto de Menezes, porém, a sensibilidade da observação externa sobre o assunto atentou para o fato de que o mestre de Recife é bastante criticado e não parece possuir uma relação de pertencimento à tradição positivista no sentido empregado pelo século XX, especificamente depois da edição da Teoria Pura do Direito, obra de profundo impacto na cultura jurídica brasileira. Desse modo passou-se para uma análise mais historiográfica na qual se pretendeu, a partir da Hermenêutica de Gadamer, desenvolver os conceitos de “outro histórico” dentro da filosofia hermenêutica a fim de argumentar que o acesso á uma identidade autêntica do direito brasileiro deveria se apropriar da Consciência Histórica/Hermenêutica e da Alteridade do movimento decolonial. Foi sugerido por ocasião da qualificação, ainda, que se procedesse a uma imersão na História dos Oprimidos, porém, após a leitura o debate demonstrou-se infrutífero.

As críticas, neste sentido, também foram muito proveitosas, na medida em que estavam se misturando duas, ou, até, três grandes referências que não se comunicavam propriamente, seriam necessárias três teses diferentes para comprovar a hipótese central. Depois da eclosão pandemia no mundo, durante o período de isolamento mais agudo, focou-se nas críticas feitas pela banca qualificadora e pela necessidade de fechar as pontas abertas do projeto, foi necessário repensá-lo. Apesar de já possuir muito material escrito decidiu-se retornar para Escola do Recife, e para Tobias Barreto de Menezes. Aqui, o objetivo se tornou o de afirmar que o Culturalismo Jurídico, tese autenticamente brasileira, produzida a partir da crítica ao pensamento europeu, teria sido encoberto pelos processos totalitários durante a Era Vargas e a Ditadura Militar. Isto, de certo modo teria contribuído para o colonialismo intelectual no direito brasileiro e necessidade de, na década de 80, continuar as importações teóricas.

Todavia, considerado, novamente, os olhares e críticas externas, foi ponderado que este recorte histórico seria muito longo considerando não haver um fio condutor que tornasse o problema claro e objetivo. Desse modo, após densa e alongada reflexão sobre o tema, a sugestão final foi a que primou pela necessidade de redução do argumento central da tese para o período histórico de recepção e formação da crítica jurídica que

originou o Culturalismo Jurídico. Com toda razão a avaliação externa, com a redução do horizonte histórico a pesquisa ganha em qualidade, pois agora é possível esquadriñar de modo mais preciso as principais bases filosóficas e jurídicas que pautam a discussão. Ao invés de questionar como o Culturalismo foi sendo encoberto pela própria história do pensamento pátrio, a tese se centra na questão sobre como e quais bases filosófico-jurídicas foram recepcionadas no Brasil para dar fruto ao Culturalismo Jurídico.

A Tese central, de modo afirmativo é: A Recepção Crítica do Positivismo Jurídico pela Escola do Recife gerou o movimento Culturalista, começando com Tobias Barreto e tendo um salto com Miguel Reale. Na forma de pergunta, o Problema de Pesquisa pode ser reduzido a partir do seguinte questionamento: A Recepção Crítica do Positivismo Jurídico realizada pela Escola do Recife gerou as bases jurídico-filosóficas do Culturalismo Jurídico como gênese da identidade jurídica brasileira? Para tentar responder ao Problema, foram desenvolvidas as seguintes Questões Norteadoras: a) Qual sentido será empregado para compreensão do significado de Positivismo Jurídico? b) O que se pode entender por Escola do Recife? c) Quais são as bases filosóficas e Jurídicas que influenciam a criação do Culturalismo Jurídico? d) Qual tese de Tobias Barreto de Menezes a respeito do Culturalismo? e) Qual a tese de Miguel Reale a respeito do Culturalismo?

Enquanto hipóteses de pesquisa que serão adotadas pode-se descrevê-las sinteticamente do seguinte modo:

- a) Hipótese 01 – O Positivismo Jurídico, como preceitua Morrison (2006), constitui um número de orientações designadas para compreender o Direito enquanto um fenômeno cognoscível a partir de dados e leituras científicas na modernidade. Desse modo, a primeira hipótese é que uma dessas orientações, fracionada, contaminada por interpretações posteriores, é a orientação que chega no Brasil como resposta ao Eclétismo Espiritualista e ao Direito Natural Português e que vai mediar a crítica jurídica no Brasil.
- b) Hipótese 02 – Antônio Paim (1999) assevera que a Escola do Recife constitui o primeiro grande movimento crítico e inovador dentro do pensamento brasileiro tendo muitos autores o conceituado como um “surto de novas ideias”, a morte da metafísica de Slyvio Romero, o Germanismo em Tobias Barreto, ou seja, um cenário ideal para o florescimento de uma

identidade filosófico-jurídica. A segunda hipótese é a de que a resposta para os problemas da recepção do Positivismo no Brasil é o desenvolvimento da tese do Culturalismo Jurídico.

- c) Hipótese 03 – Tobias Barreto de Menezes é um dos expoentes do Culturalismo Jurídico, estabelecendo as premissas filosófico-jurídicas dessa teoria. Essa tradição vai ser estudada por diversos autores da Escola do Recife, mas, somente é continuada no século seguinte com a profícua contribuição de Miguel Reale. A terceira hipótese é a de que nesse debate, encoberto pelas questões atuais sobre teoria do direito, reside a gênese da identidade jurídica brasileira.

A pesquisa, portanto, estará centrada no entorno da chamada História das Ideias Jurídicas brasileiras, focada no período de ascensão da Escola do Recife e trazendo como objeto central o Culturalismo Jurídico. A respeito das Referências adotadas para a pesquisa citam-se aqui algumas das principais que serão desenvolvidas ao longo da presente Tese. Pode-se dizer que as referências são de gêneros diversos, mas por conta das questões norteadoras e do problema central elas se concentram, em grande parte, nas obras de conteúdo histórico e de conteúdo filosófico-jurídico. Deste modo, tomaram-se como base de referencial histórico as obras de Antônio Paim e Luis Antônio Barreto, muito embora também abordar-se-ão escritos de Manuel Hespanha e Junqueira de Oliveira. A contribuição da coleção sobre História das Ideias no Brasil publicada por Antônio Paim foi de uma importância sem igual para elaboração da pesquisa, pois proporcionou contextualizar todos os debates que foram desenvolvidos durante o período em apreço. Luis Antônio Barreto, por sua vez, foi biógrafo de Tobias Barreto de Menezes e, através dele, conseguiram-se dados importantes para pesquisa a respeito de figura tão emblemática no ideário jurídico pátrio.

Em matéria de obras de conteúdo filosófico-jurídico é importantíssimo destacar os autores Wayne Morrison, e os brasileiros, Miguel Reale, Clóvis Beviláqua, Nelson Saldanha, Tobias Barreto e João Maurício Adeodato. É possível dizer que a inspiração central para construção metodológica e para a delimitação objetiva do problema de pesquisa foi derivada da leitura dos textos do Prof. João Maurício Adeodato, logo, ele se torna um autor de enorme importância para a Tese. Em grau qualitativo, ou seja, no cerne do debate das ideias, seria impossível distanciar-se da premissa levantada

anteriormente, a de que se devem ler os autores nacionais para que seja possível conduzi-los a sua melhor luz. Desse modo, para pesquisa, se torna muito mais importante saber o que Clóvis Beviláqua fala sobre Ihering do que o que ele próprio diz sobre sua obra. Não é diminuir a importância do autor estrangeiro, mas, simplesmente reconhecer que os pesquisadores já conhecem a narrativa de Ihering, mas a de Bevilacqua, esta sim precisa ser desvelada.

A tese será dividida em 5 capítulos, este primeiro, de caráter introdutório denominado: “Introdução – Os problemas fundamentais da História das Ideias no Brasil”. O Segundo Capítulo leva como título: “Formação, Construção e Recepção: A genealogia de uma identidade ‘mimético-indolente’ brasileira”, nele está-se colocando a prova a hipótese 01 da pesquisa. A ideia central é demonstrar o contexto histórico-filosófico-jurídico de formação e de construção da tese chamada de positivista. Com início da narrativa de Hobbes, passando pelo Historicismo Alemão e pelo Formalismo Jurídico Francês, tentar-se-á demonstrar quais destas teses influenciaram a construção do Direito Português e quais delas se encontram presentes dentro da tradição jurídica brasileira. O emprego do termo genealogia no subtítulo demonstra que se está trabalhando com uma ideia de suspeita, ou seja, acredita-se que as pesquisas sobre a temática estão desinteressadas em discutir sobre a identidade brasileira. E é tal desinteresse que retira a vontade de ler os autores nacionais. Já o emprego do termo “mimético-indolente” trata-se de proposição nova, explanada na conclusão do capítulo.

No terceiro capítulo, intitulado: “A Escola do Recife: o Surto de Novas Ideias e as bases jurídico-filosóficas do Culturalismo Jurídico” pretende-se comprovar a Hipótese 02 da metodologia. De conotação menos geral, este capítulo se volta para uma análise mais local e focada no período de ascensão da Escola do Recife. O palco de crescimento de novas ideias, introdução de novos costumes e de profícua produção bibliográfica com debates e pensamentos críticos, se torna nosso ponto de apoio e de necessária contextualização. É o momento em que, de fato, apresenta-se o movimento Escola do Recife, e seus autores mais influentes: Tobias Barreto de Menezes, Sylvio Romero, Clóvis Beviláqua, Artur Orlando, Martins Júnior e Faelante da Câmara. Cada um deles deixou sua marca indelével na tradição brasileira e sua contribuição será abordada no segundo capítulo. Porém, ele não se esgota aí, na medida em que também se procurará descrever quais os referenciais usados por eles para fundamentar o chamado Culturalismo Jurídico. Logo, enfrentar-se-á a leitura, ainda que transversal, de

autores como Ihering, Comte, Spencer, Haeckel, Post, Kant e os Neokantistas, dentre outros¹⁰.

No quarto, e penúltimo capítulo, tem-se a introdução dos problemas centrais do Culturalismo Jurídico, porém com destaque para a produção de Tobias Barreto de Menezes e Miguel Reale. Intitulado: “Tobias Barreto de Menezes e Miguel Reale: a caracterização de uma Teoria do Direito”, neste derradeiro momento da pesquisa abordar-se-á o pensamento jurídico-filosófico de dois dos mais importantes autores brasileiros do final do século XIX e início do século XX. Sobre o primeiro, destacando a reunião de seus “Estudos de Filosofia e Crítica”, procurar-se-á caracterizar no que consiste o Culturalismo Jurídico e como esta perspectiva pode ser compreendida enquanto uma Teoria do Direito autenticamente brasileira. De outra sorte, ao continuar essa caracterização, a produção de Miguel Reale, revisita a teoria de Tobias e a atualiza inserindo proposições fenomenológicas e epistemológicas que dão fôlego à tese culturalista. Nesse diáspão o resgate deste processo, como um todo é o que se realiza no capítulo 04.

Em sede de conclusão, pretende-se dar contribuições pessoais ao tema sugerindo algumas propostas inquietantes. Elas podem ser genericamente aglutinadas nas categorias de: a) o pertencimento da Teoria Tridimensional ao Culturalismo Jurídico; b) A relação entre Linguagem e Cultura; c) os efeitos da Consciência Culturalista no sentido de Direitos Humanos; d) a tese da conexão (necessária ou contingente) na perspectiva do Culturalismo. Não há muito mais o que se possa dizer a respeito do trabalho, numa breve e analítica introdução. Talvez, pelo menos duas coisas. Adeodato (2015) comenta que teve uma conversa com Miguel Reale, pouco antes do mesmo falecer, e o mesmo teria lhe dito algo de muito valor e importância. A frase dita por Reale para Adeodato, não deve se limitar ao diálogo entre os dois nobres professores. A significância própria dela e sua capacidade de ser tão complexa quanto é sutil demonstra justamente o que pretendemos, em última *ratio*, com a presente pesquisa. Disse, portanto, Reale que: “Se não lermos nossos antepassados intelectuais quem nos vai ler?”.

¹⁰ É salutar salientar que não pretendemos expor minuciosamente o pensamento de cada um desses autores porque nossa preocupação é o modo pelo qual eles são lidos e interpretados dentro da Escola do Recife. Com isso, justificamos que não haveria a necessidade de realizar extensa pesquisa nas obras originárias, quando, não muito raro, citá-las a fim de explicar conceitos e temas essenciais do pensamento de cada um. Daí a advertência de que se trata de um estudo transversal e direcionado para a Escola do Recife.

Tobias Barreto de Menezes escreve, em 1881, pequeno texto intitulado “Sobre uma nova intuição do Direito”, nele cita uma classificação curiosa de um comediante alemão a respeito das ciências. As ciências podem conferir honra, ou dar o pão. Podem dar honra e pão, ao mesmo tempo, ou, não dar nada. Naquele tempo já se sabia que a ciência jurídica pode até conferir o pão para o trabalhador interessado em tê-la como fonte de seu cultivo, porém, de acordo com ele, a redução sentimental que dela foi feita pelos naturalistas não confere a ninguém honra em defendê-la enquanto tal (MENEZES, 1881, pg. 373). O que haveria de interessante, então, que nos fizesse querer estudar a ciência jurídica? O espírito do conformismo não parece estar assentado nos jovens e moços que estudam o direito, mas vive simbioticamente se alimentando da vida dos professores, docentes que, envoltos na soberba do alto do seu saber, não critica e apenas reproduzem aquilo que lhes foi repassado (MENEZES, 1881, pg. 373). A crítica de Tobias (1881) ainda se desenvolve cada vez mais, indicando que a postura acrítica dos professores reflete no agir descompromissado, leviano e vago dos estudantes, que não procuram saber, compreender, entender, e simplesmente preocupam-se em reproduzir (pg. 375).

Em que pese existirem ruídos dissonantes dentro dessa conspiração anti-dialética, formalista, sentimental e naturalista; para Tobias (1881) existe, mesmo nos professores mais bem intencionados, um enorme pessimismo quando a possibilidade de uma mudança de perspectiva dos diversos participantes dessa realidade (pg. 376). É nesse texto, também, que Tobias (1881) deixa bem clara sua adesão ao caráter evolucionista da ciência jurídica e propõe, dentre outras coisas, a consciência filosófica de que o direito é um fenômeno inacabado da experiência humana (pg. 380). Darwin, Haeckel e Ihering, sendo conectados para que a ideia de evolução seja pensada a partir do conceito de luta, a condução da ideia de progresso humano e científico a partir da constatação da necessidade de sobrevivência (MENEZES, 1881, pg. 383). O flerte com o Neokantismo e a reação contrária a Escola de Baden com a concepção Culturalista, também podem ser experimentadas a partir da leitura desse texto. Mas, dentre todas as coisas que se pode averiguar nessa guinada, nessa chave que vai marcar as publicações que se seguirão depois dela, encontramos uma resposta ao pessimismo de seu tempo, um renovo.

Quão realmente o agora precisa também de um renovo? Vive-se num estado de saturação das mesmas leituras estrangeiras e uma procura nelas de um sentido que, muito provavelmente, não se achará? Os trabalhos e pesquisas locais, regionais e

nacionais estão sendo levadas á centralidade que realmente merecem? Certa vez, enaltecendo os pesquisadores da linha de Filosofia Hermenêutica da Universidade Federal do Pará, o professor Ricardo Evandro Martins disse que, em matéria de profundidade acadêmica e conhecimento os pesquisadores paraenses, não devem em nada para os autores estrangeiros. E isto é um fato inegável. Benedito Nunes é um grande exemplo. Augusto Meira, Silvio Meira, Orlando Bittar, Avertano Rocha, Zeno Veloso, dentre tantos outros, são, também, referências nacionais nos debates jurídicos. Então, a grande pergunta é: por que não se dá a eles o seu devido valor? Está-se diante de uma academia que celebra o estrangeiro com muito mais honras do que o seu nacional?

Dada a impossibilidade de construir um sistema inteiramente autêntico a partir de premissas decorrentes do pensamento decolonial, ou, de responder a grande pergunta sobre a capacidade criativa de uma teoria crítica, o estudo da História das Ideias possui, pelo menos deste ponto de vista, um grande e importante trunfo: a valorização do passado histórico, não como recordação, ou memória, mas como parte viva do presente. Se a frase do Professor Ricardo Evandro Martins quiser ser uma realidade experimentável por diversas gerações subsequentes a esta, que, não só os antepassados sejam reconduzidos à centralidade da qual nunca mereceram sair. Mas, também, que a atual geração de pesquisadores brasileiros seja retirada da sombra do totalitarismo que tem encoberto identidade jurídica nacional. Pergunta-se por que ler os seguidores de Kelsen na Alemanha é mais importante do que ler os estudos latino-americanos, brasileiros e paraenses sobre Kelsen? Inegavelmente, os seguidores de Alexy e Dworkin, espalhados pelo mundo, possuem contribuições importantíssimas sobre suas Teorias. Mas, isso significa dizer que elas são mais importantes do que as nacionais?

Es giebt etwas Besseres und Bedeutenderes als in der Armuth und Noth des Augenblickes auf Jemanden zu rechnen, der uns aus der Bedraengniss zu helfen kommt: - es ist im Drange des nach Licht und Wahrheit strebenden Gedankens Jemandem zu begegnen, der uns denken hilft¹¹. (IHERING apud MENEZES, 1881, pg. 372).

Ainda, a sugestão do complemento aos dois mestres: e quem melhor do que aqueles mais próximos da nossa realidade?

¹¹ Existe uma coisa melhor e mais importante do que contar, na pobreza e necessidade do momento, com alguém que venha ajudar-nos a sair do aperto. Consiste esta, quando o impulso do pensamento dirige se para a luz e a verdade, em encontrar alguém que nos ajude a pensar.

CAP 02 – FORMAÇÃO, CONSTRUÇÃO E RECEPÇÃO: A GENEALOGIA DE UMA IDENTIDADE “MIMÉTICO-INDOLENTE” BRASILEIRA.

Na presente seção da tese pretende-se inaugurar a pesquisa sobre a recepção crítica do Positivismo Jurídico¹² a partir da Escola do Recife¹³. Para tanto, o esforço será o de esquadrihar uma visão geral sobre esta Teoria do Direito sem a pretensão de se alongar muito na história mais recente sobre o tema. Diversos são os debates modernos e, acentuadamente, a Teoria do Direito passou a ocupar uma posição de extrema relevância nos altos círculos do debate jurídico no século XX a partir da década de 30 com profícua contribuição de Kelsen (2006)¹⁴. Tempos mais tarde, especificamente na década de 60, com a publicação da segunda edição da Teoria Pura, instaura-se, possivelmente, o primeiro grande diálogo em matéria de Teoria do Direito do século passado. Hart (2007), com o seu *softpositivism*, abalaria o debate jurídico com proposições metodológicas diferentes das de Kelsen (2006) e mais voltadas para questões descritivas e sociológicas do que as que de seu antecessor¹⁵.

A orientação de Hart (2007) levou a um aumento exponencial do interesse sobre Teoria do Direito, ao ponto de na década de 80, o artigo “*Taking Rights Seriously*” de Ronald Dworkin (1978) se tornar leitura obrigatória em todos os círculos de debate a respeito do tema. Vários outros autores, como Andrei Marmor, Stanley Paulson, Joseph Raz, Jhon Rawls, tomam partido, por um lado ou por outro, mas, a história mais recente do Positivismo Jurídico é recheada de grandes nomes, debates, teses, avanços e

¹² A expressão Positivismo Jurídico pode ser alvo de diversas interpretações diferentes, porém, o sentido que será empregado na pesquisa é melhor explicado no presente capítulo.

¹³ Alertamos ao leitor que o conceito de Escola do Recife é explorado de modo detalhado no capítulo 03 do trabalho.

¹⁴ A relevante contribuição de Kelsen (2006), na sua Teoria Pura do Direito já despertou (e ainda desperta) muito entusiasmo e interesse nos pesquisadores. Podemos tentar resumir a sua importância, assumindo um possível risco de deslealdade com o legado kelseniano, a partir da seguinte frase: “ele estendeu os limites da teoria do direito positivo para além do seu tempo”. De fato, merece destaque a obra de Martins (2016) que procura reconstituir toda a dimensão humana da ciência do direito em Kelsen, passando pela formação do pensamento positivista e as influências Kantianas e neo-kantianas no desenvolvimento dessa orientação particular.

¹⁵ A respeito dos pontos de divergência entre ambos, Hart (1983) deixa bem claro em quais pontos diverge da Teoria Kelseniana de Direito Positivo, sendo interessante notar que: a) Hart (1983) reconhece ambos como teóricos do positivismo e que divergem sobre detalhes técnicos a respeito da orientação positiva a qual defendem; b) Hart (1983) acredita numa diferença conceitual sobre o caráter das regras (num sentido descritivo) em comparação com o das normas (em sentido prescritivo); Hart (1983) acredita que há uma zona de penumbra na perspectiva kelseniana de Direito Natural, fato que impossibilita uma leitura moral do direito positivo por ele. Dentre outros aspectos mais relevantes, vale a pena a menção destes.

retrocessos. Apesar de ser tentador dissertar sobre tal tema, não é este o propósito desta seção da tese. De outra sorte, o fio condutor do debate será, pelo menos para fins de orientação metodológica do argumento que se pretende desenvolver, o Positivismo Jurídico em sua gênese histórica. O que nos leva a delimitar melhor o período em que vamos alocar para começar a constituição narrativa.

De acordo com Morrison (2006), o Positivismo Jurídico pode ser considerado como um “rótulo que abriga um conjunto de abordagens afins do direito que dominaram a jurisprudência ocidental nos últimos 150 anos” (pg. 04). Existem dois argumentos preliminares que precisam ser esclarecidos considerando o caráter introdutório deste momento: a) está se realizando uma pesquisa esclarecida sobre a História das Ideias Jurídicas em nosso país e; b) necessita-se de precisão ao sustentar a perspectiva sobre que tipo de “orientação positivista” é esta que alcança o Brasil. É preciso que estes dois argumentos sejam muito bem desenvolvidos para escapar dos equívocos na construção da narrativa da pesquisa, assim, se conseguirá alcançar ao objetivo deste tópico.

Dizer que se é consciente e esclarecido sobre o fato de se estar realizando uma pesquisa sobre História das Ideias é colocar em segundo plano a constituição de uma narrativa a partir de fatos, ou, de fatos históricos. Não se pretende descrever o acontecimento de eventos através de experiências humanas a respeito do objeto a que se chama de positivismo e toda sua reconstituição documental. Muito menos significa que se está mensurando os impactos sociais das ideias na formação e na atuação das Instituições Jurídicas. Pode-se resumir a empreitada da pesquisa a partir da seguinte transcrição “a filosofia é a autoconsciência de um povo, como dizia Reale, e a história das ideias é uma forma de compreender sua identidade que deve ser reconhecida por todas as ciências sociais, inclusive o direito, claro” (ADEODATO, 2015, pg. 30). E é exatamente isso o que se pretende fazer a partir desse primeiro tópico, descrever com clareza como essa trilha¹⁶ entre Europa e Brasil vai sendo construída.

De outro lado, é salutar que o mesmo esforço seja empregado para caracterizar qual “orientação positiva” será utilizada para analisar o fenômeno da recepção. Este último tópico é o que delimita, inclusive, a seleção das referências centrais que serão

¹⁶ Num primeiro momento tínhamos escolhido construir uma metáfora usando a expressão “ponte”, porém, por advertência do Prof. Paulo Weyl a metáfora originária nos causaria a falsa impressão de que usamos esse percurso para superar um abismo quase intransponível que se tornou um lugar seguro. De fato existe um abismo cultural, histórico, existe uma necessidade de resgate de uma tradição do oprimido na América Latina, e esse tema é um assunto que indiretamente pretendemos fomentar com nossa argumentação. Porém, consideramos que esse capítulo não intenciona a problematização de tal assunto, por isso reservaremos nossos comentários críticos a respeito dessa diferença cultural no tópico relativo às nossas conclusões.

utilizadas para construção da narrativa. Poder-se-ia dizer que, ao longo de um considerável período de tempo tentar-se-á pinçar as ideias de maior relevância para caracterização da “orientação positiva” que personifica o desenvolvimento de uma tradição jurídica, especificamente na França e em Portugal. Para tanto se tomará três obras bases a fim de atingir esse objetivo, são elas “*Jurisprudence*” de Wayne Morrison (2006), “O Positivismo Jurídico: Lições sobre Filosofia do Direito” de Norberto Bobbio (1995) e “A Ciência do Direito como uma Ciência Humana” de Ricardo Evandro Martins (2016). Partindo da concepção hobbesiana de direito no *Leviatã*, realizar-se-á um estudo comparativo sobre o advento do positivismo jurídico e os seus efeitos na construção da tradição do Historicismo Alemão e do Formalismo Francês.

Justamente neste ponto onde se concentrarão esforços para descrever como tal “orientação positivista” ganha espaço na Academia Lusa e se ela influencia a Reforma Pombalina. Antônio Junqueira de Azevedo (1993) estabelece as premissas básicas para que seja possível compreender de modo elucidativo tal influência. Não se pode esquecer, também, de outro autor importante para realização desta empreitada que é Antônio Manuel Hespanha (2004) em seu “História das Instituições”, obra da qual, o trabalho se concentrará na explicação a respeito da recepção do direito comum em Portugal e o contexto de desenvolvimento das Ordenações. Por fim, Antônio Paim (1999;2007) em seus livros “Problemas da Filosofia Brasileira” e “Os Intérpretes da Filosofia Brasileira” são outras referências que auxiliam na lapidação do que aqui se chamou de trilha. Como se pode perceber, a partir de uma lógica dedutiva, descer-se-á aos pormenores da pergunta mais central que este tópico pretende responder: como o Brasil recepciona tradição positivista?

O ponto de chegada é a fundação das Faculdades de Direito no Brasil e o desenvolvimento das duas grandes orientações que serão utilizadas no primeiro momento de recepção do pensamento jurídico. A primeira orientação, de cunho filosófico, é o chamado Ecletismo Espiritualista popularizada no Brasil por autores franceses e utilizada por pesquisadores brasileiros como Gonçalves de Magalhães e tornada obrigatória nas Faculdades por decreto imperial. De outro lado, a orientação jurídica que será desenvolvida naquele período: o chamado Direito Natural, este de orientação Tomista e que se torna o *mainstream* do pensamento jurídico pátrio.

As próprias Faculdades, do Recife e do Largo de São Francisco, são edificadas em templos religiosos e todo um cenário é construído para que, então, dele surja a crítica brasileira com o chamado surto de novas ideias na Escola do Recife. Este é o

percurso metodológico adotado para a construção desta etapa inicial da nossa investigação. Pretende-se, com isso, atingir o seguinte objetivo principal: a) compreender como é constituída a fundação teórico-filosófica das primeiras Faculdades de Direito no Brasil. Enquanto objetivos específicos, pretende-se: a) distinguir as principais características da orientação positivista moderna a partir de Thomas Hobbes; b) identificar os aspectos dessa orientação que são absorvidos pelo Historicismo Alemão e pelo Formalismo Francês; c) descrever a influência do Direito Comum no Direito Português.

Atingidos estes objetivos terá se chegado ao ponto em que se estará preparado para compreender ao que a Escola do Recife está se opondo, a recepção que ela realiza e deste modo a pesquisa ganha em qualidade para os fins a que ela se propõe. Com o legado da tradição racionalista em mãos, a alegoria da pergunta deve ser rememorada. Perguntar, questionar, inquietar-se é importante para a produção do conhecimento, pois ele não reside nas certezas, mas nas dúvidas. Todavia, o simples questionamento absurdo sobre tudo é um exercício tolo de futilidade. Percebe-se aqui a linha limítrofe sobre a qual a História das Ideias deve caminhar, não basta apenas levantar qualquer pergunta, mas sim, levantar as perguntas certas.

2.1. Selecionando o Ponto de Partida: 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 Dib Taxi (2018) 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 humana” (p. 103), 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 já se teve a oportunidade de dissertar acerca diferença entre o positivismo em sentido filosófico e o positivismo jurídico¹⁷ argumentando-se que, apesar de uma grande confusão entre estes

¹⁷ A distinção foi usada previamente fazendo-se referência à Bobbio (1995) 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.

dois conceitos, o sentido filosófico antecede o sentido jurídico, historicamente, que será alocado como gênero cujo objeto de investigação é o Direito Positivo (PAES e OLIVEIRA, 2017, pg. 103).

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, Morrison (2006) estabelece uma relação mais anterior com a tentativa de infringir uma concepção religiosa do Direito Natural a partir de Maquiavel (pg. 88). Para Morrison (2006) 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 religião (pg. 88-9). 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 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-tomista¹⁸.

Temporalmente situando fala-se do ano de 1532, data da publicação original do Príncipe de Maquiavel. Aqui, Morrison (2006) 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

¹⁸ Vale à pena menção à explicação clarificadora de Morrison (2006), 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” (pg. 90).

cristã, por isso “o príncipe precisa ter a capacidade (ou *virtu*) da intransigência para ser bem sucedido” (pg. 90). 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 (2006), é no sentido de colocar em xeque essa ordem através do questionamento sobre tal relação (pg. 91).

O Leviatã de Thomas Hobbes, cuja publicação remonta ao ano de 1651, institui um modo de pensar que Morrison (2006) chama de liberalismo filosófico e continua dizendo que ele “teve por base essa emoção e o desejo hobbesiano de preservar seu domínio terreno contra a expectativa da morte” (pg. 92). 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 organização (MORRISON, 2006, p. 92-3). 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*, 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 apropriadas” (MORRISON, 2006, p. 93).

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 (2006), 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 diferentes (pg. 93-4).

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 tradicional (MORRISON, 2006, pg. 94). 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 locais diferentes pelo mundo, usando a linguagem como filtro emotivo da posição dos falantes. Em conclusão “as conseqüências 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 religiosa” (MORRISON, 2006, pg. 94).

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 ordens” (MORRISON, 2006, pg. 95-6). 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 descartiano¹⁹ se torna a segunda grande metodologia a favor do argumento hobbesiano (MORRISON, 2006, pg. 96).

Morrison (2006) segue argumentando que este posicionamento se torna contrastante com a ideia de dependência que era inexorável à experiência do misticismo e do sagrado (pg. 97). 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 Deus²⁰. 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 Jó²¹, 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 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 temor” (MORRISON, 2006, pg. 99).

¹⁹ 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 estrutura em categorias que não decorrem necessariamente de Deus ou todas logicamente de Deus.

²⁰ Morrison (2006) 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” (pg. 97-8).

²¹ 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)?” (MORRISON, 2006, pg. 99)

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 mesmos” (MORRISON, 2006, pg. 100). 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 sentido (MORRISON, 2006, pg 102). 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 (2006) 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 sociedade (pg. 103). Trata-se, inicialmente, de uma explicação do que seria a experiência e a 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 tranquilizem” (MORRISON, 2006, pg. 106).

O que vem a ser, nesse sentido, o Direito Natural? E, qual é a sua necessidade e relevância na obra de Hobbes? Bem, Morrison (2006) 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 guerra (pg. 106-7). 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 liberdade” (MORRISON, 2006, pg. 108-9). 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, aqui, como leis (ou, conclusões, teses) racionais que orientam o pensamento humano²². 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 social (MORRISON, 2006, pg. 111-2). 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 superior tiver de existir, tratar-se-á do poder do soberano. O soberano é absoluto” (MORRISON, 2006, pg. 112).

Neste sentido, é importante salientar que Hobbes diferencia duas categorias de leis (enquanto ordens), sendo elas: a) leis divinas e; b) leis positivas humanas (HOBBS *apud* MORRISON, 2006, pg. 113). É por essa distinção que muitos naturalistas relutam em caracteriza-lo como um positivista²³, e alguns positivistas o caracterizam como um protopositivista²⁴. A respeito das leis positivas humanas, estas

²² 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” (MORRISON, 2006, pg. 109-11).

²³ Como é o caso de Tadeu Weber (2017) 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” (pg. 1568).

²⁴ Para Júlio Tomé (2015) “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

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 aplicador²⁵.

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 regras (MORRISON, 2006, pg. 114). 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 vazio 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 modernidade” (MORRISON, 2006, pg. 117).

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

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”. (pg. 143).

²⁵ Morrison (2006) 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” (pg. 113).

(2016), para quem, apesar de conceber que o nominalismo de Ockham²⁶ teria tido um peso filosófico de maior monta para influenciar as orientações hobbesianas²⁷ (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 Inglaterra (pg. 124).

Ainda neste sentido, Martins (2016) 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 Direito” (pg. 131). Bobbio (1995) 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 todo (pg. 45). Trata-se, aqui, exatamente da orientação proposta por Martins (2016) 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-racionalista (BOBBIO, 1995, pg. 45).

Martins (2016) 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 virtudes (pg. 134). Além do mais, de acordo com Martins (2016) 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 maturidade (pg. 134). 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 à sua temporalidade²⁸.

²⁶ Em oposição ao platonismo, o Nominalismo de Ockham, ou, “navalha de ockham” 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.

²⁷ Martins (2016) está seguindo a orientação de Michel Villey (2005) 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 (pg. 234).

²⁸ Nesse sentido, a perspectiva de Martins (2017) 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. Concluímos, então, que Herder foi um crítico da perspectiva eurocêntrica iluminista, ao

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 (2016) no que tange do pensamento de Herder que diz respeito á tomada de consciência da finitude humana por parte do historiador (pg. 135). Este ato capacitaria o historiador, então, a se perceber enquanto um ser histórico e, partir daí, compreender-se inserido nesta cadeia de espaços culturais determinados (MARTINS, 2016, pg. 135). 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’ (*Volksgeist*), 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 época” (WIACKER *apud* MARTINS, 2016, pg. 136).

Outro argumento muito importante levantado por Martins (2016) se dá por conta da colocação temporal da Escola Histórica do Direito em relação ao criticismo kantiano (pg. 137). 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 jurídica (MARTINS, 2016, pg. 137). O legado desta influência kantiana no pensamento historicista é compreendido por Martins (2016) a partir de duas consequências, quais sejam: “1) o Direito é diferente de uma Ética abstrata e universalista²⁹; 2) que, também, a Ciência do Direito é autônoma em relação ao Direito Positivo³⁰” (pg. 137).

‘descobrir’ que não apenas temporalmente, mas também espacialmente, poder-se-ia ver as singularidades dos povos” (pg. 135).

²⁹ 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,

O italiano Bobbio (1995), 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 tradição (pg. 48-51). 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 histórico (BOBBIO, 1995, pg.48). De outra sorte, o historicismo, também, atribui um caráter irracional 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 humana” (BOBBIO, 1995, pg. 49).

Ainda, o chamado pessimismo antropológico³¹ 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 (BOBBIO, 1995, pg. 49). 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 concebido (BOBBIO, 1995, pg. 50). Por fim, ao olhar para trás, o historicista acaba por determinar a existência de determinadas instituições e costumes sociais que compõem parte da

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’” (MARTINS, 2016, pg. 137).

³⁰ 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” (MARTINS, 2016, pg. 137).

³¹ 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.

tradição de um povo, em matéria de compreensão do fenômeno jurídico vale mencionar a frase: vale aquilo que é formado no curso da história (BOBBIO, 1995, pg. 51).

Bobbio (1995) acredita que a compreensão destas cinco categorias e sua aplicação análoga ao fenômeno jurídico capacitaria ter uma ideia exata a respeito do que seria a Escola Histórica do Direito (pg. 51). 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”³² (BOBBIO, 1995, pg. 51-2).

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 (2016) 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 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 codificação³³. O que para

³² De acordo com Martins (2017) “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” (pg. 139).

³³ De acordo com os comentários do Prof. Paulo Weyl, pensar a recepção do direito no Brasil, a partir da síntese efetuada por Bobbio (1995), 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

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 política (pg. 64). 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 uno (BOBBIO, 1995, pg. 64). É a partir daí que se constitui 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 Razão (BOBBIO, 1995, pg. 64).

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 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 comum” (BOBBIO, 1995, pg. 68). Cambacérès³⁴, 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) (BOBBIO, 1995, pg. 68-71).

De toda sorte, foi Portalis³⁵ 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 kantiano (BOBBIO, 1995, pg. 71). 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,

sentimentos, dos olhares, do silêncio, do sofrimento, da vivência dos povos originários e dos escravizados.

³⁴ Jean-Jacques Régis de Cambacérès foi um político francês que deteve vários postos de elevado prestígio político, porém, depois de ser nomeado arquitecancer 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.

³⁵ 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.

crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo” (BOBBIO, 1995, pg. 72)³⁶. 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 à 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 texto (SOUZA, 2004, pg. 38). 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 se importar com o que é Justo em cada caso, supervalorizando o papel do código e consecutindo na febre codicista que varreu o Século XIX (SOUZA, 2004, pg. 40).

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 Francês” (pg. 811). E, corroborando com o entendimento de Souza (2004), 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 Venezuela” (FONSECA, 2010, pg. 817). 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

³⁶ 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” (BOBBIO, 1995, pg. 72).

alemã (FONSECA, 2010, pg. 817). 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, particularmente o *Coutume de Paris*; c) o direito consagrado nas grandes ordenações setecentistas; d) o direito jurisprudencial dos *Parlements*, especialmente o de Paris, de longe o mais influente” (FACHINI NETO, 2013, pg. 69).

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 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 podemos perceber já todo um desenvolvimento do Positivismo, do Historicismo e um Formalismo Jurídicos. 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.

No decorrer desta pesquisa abordar-se-ão ambos estes momentos, pois se pretende, aqui, demonstrar a gênese do Culturalismo Jurídico brasileiro a partir da recepção deste debate. Logo, intenta-se a descrição desta tensão decorrente do processo de recepção em si. Ou seja, interessa o período de justaposição cultural pois ele próprio se torna o primeiro degrau na escalada da construção da identidade jurídica do País. 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.

2.2. 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 deslize, mas, também, por serem encontrados elementos “extra-históricos” e a assunção de posições e valores acadêmicos, muito afetos aos propósitos desta investigação³⁷. Deste modo, para Hespanha (2004) o Direito Português é altamente influenciado por duas tradições: a) de um lado o Direito Romano e; b) de outro o Direito Canônico (pg. 489). 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 lusos³⁸.

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

³⁷ 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 agradecer um pequeno e seleto 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.

³⁸ De acordo com a lição de Justo (2008) “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” (pg. 189).

Reis portugueses aplicavam os princípios da *exemptio imperii* e *plenitudo potestatis* (HESPANHA, 2004, pg. 489). 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 português (HESPANHA, 2004, pg. 489). 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 Canônico (HESPANHA, 2004, pg. 490).

Porém, ressalta Hespanha (2004) 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 direito (pg. 491-2). 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 portugueses (HESPANHA, 2004, pg. 494-5). Em consequência desta polêmica D. João I manda fazer uma tradução do *Corpus júris civile* com a *Glosa 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 Bártolo (HESPANHA, 2004, pg. 497-500). Esta necessidade de sistematização e, conseqüente, nacionalização do direito comum por parte dos portugueses gerou a elaboração das Ordenações. Antes disso, Azevedo (1993) 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 independente (pg. 183).

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 Penal (AZEVEDO, 1993, pg. 183). De acordo com Hespanha (2004) 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 assunto (pg. 500-1). 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 pecado (HESPANHA, 2004, pg. 5001).

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 monarca³⁹ (HESPANHA, 2004, pg. 502). Pouco tempo depois, o agora rei D. Manoel, requer seja refeita e atualizada a reunião destes textos legais e, de acordo com Azevedo (1993), “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 simplificada” (pg. 183). 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 Hespanha (2004) dizem respeito à definição do âmbito de aplicação do direito

³⁹ A respeito desse tema, novamente, Justo (2008) 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” (pg. 199).

romano e canônico, atribuindo ao princípio do pecado um caráter geral e expandido sua aplicação para os Tribunais Civis (pg. 502). 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 textos (HESPANHA, 2004, pg. 502-3). 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 normativas (HESPANHA, 2004, pg. 503). 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 espiritual (HESPANHA, 2004. Pg. 503).

Antes, porém, tanto Hespanha (2004) quanto Azevedo (1993) 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 estilo” (pg. 184). 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 exemplo (AZEVEDO, 1993, pg. 185). 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 Jurisprudência”. (AZEVEDO, 1993, pg. 185).

Hespanha (2004), 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 cultural” (pg. 504), 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 interpretativa (HESPANHA, 2004, pg. 505-511). 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-lo (HESPANHA, 2004, pg. 505-6).

Sobre a segunda vertente Hespanha (2004) 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) (pg. 506-7). 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 fundadas), e ela estaria presente nas explicações de Bártolo, por exemplo, e nas Ordenações Manuelinas (HESPANHA, 2004, pg. 507). 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 português (HESPANHA, 2004, pg. 512), o que complementa a posição anteriormente levantada por Azevedo (1994) 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*⁴⁰ da Casa de Suplicação, 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 judiciais (HESPANHA, 2004, pg. 515-6). Para Justo (2008) 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 frente” (pg. 202). A primeira orientação predominou em Portugal tendo se tornado a porta de entrada da Escola Racionalista do Direito Natural que se desenvolvera amplamente na Inglaterra e na Alemanha. Importante trecho da obra de Justo (2008) 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

⁴⁰ 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 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” (pg. 199).

consideram perfeitos, completos, acabados e, portanto, sem lacunas. Afinal, são obra da razão que se afirma perfeita, capaz de tudo resolver” (JUSTO, 2008, pg. 202).

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 Pombalina⁴¹ (POUSADA, 2006, pg. 61). 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 Alemanha (POUSADA, 2006, pg. 64). Isto tudo culminará, em 1769, a promoção da Lei de 18 de agosto chamada de Lei da Boa Razão⁴² que trata de uma adequação de Portugal ao *mainstream* do resto da Europa.

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 Português (POUSADA, 2006, pg. 67). 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

⁴¹ Novamente, Antônio Santos Justo (2008) 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*”. (pg. 203).

⁴² 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 direito” (JUSTO, 2008, pg. 203).

importantes na Europa⁴³. 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 (2008) assevera que este é o marco que dá início à penetração do direito português no Brasil num processo de interposição cultural que, segundo o mesmo, constituirá um direito luso-brasileiro (pg. 197). 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 (1993) lembra que, dada a difícil relação com os Franceses na Guiana, dois institutos administrativos são adotados pelo governo: a) a divisão administrativa em capitanias hereditárias e; b) a fundação da cidade do Rio de Janeiro (pg. 187-8).

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 Brasil (AZEVEDO, 1993, pg. 188). 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 o agricultor, agora, no Brasil, ela favorecerá os grandes latifundiários que terão que comprovar ter recursos para explorar a terra (AZEVEDO, 1993, pg. 188).

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

⁴³ 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” (JUSTO, 2008, pg. 204).

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 portuguesa (AZEVEDO, 1993, pg. 187). 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 Mineira (AZEVEDO, 1993, pg. 187). Outrossim, é curioso notar, conforme aduz Antônio Junqueira de Azevedo (1993) que “desde então, e durante aproximadamente duzentos anos, foi a cultura francesa a principal fonte estrangeira de nossa formação intelectual” (pg. 188).

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 1822 (AZEVEDO, 1993, pg. 188). Ao longo de toda exposição histórica fica claro que a recepção do direito comum em Portugal não se 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.

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 nosso trabalho ainda pretende mergulhar mais à fundo nessas 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 principal período abordado por este capítulo é este no qual se produzirá o ciclo de formação e desenvolvimento do que ficou conhecido como Escola do Recife.

Para tanto a pesquisa será continuada com a investigação das principais ideias propagadas durante o período da colônia até, aproximadamente, a criação das primeiras Faculdades de Direito brasileiras. A influência da reforma pedagógica nas academias portuguesas e o legado do movimento da chamada Contra-Reforma⁴⁴, ou, Segunda Escolástica portuguesa logram êxito em constituir um cenário propício para que o movimento brasileiro, cansado de se esconder nas sombras dos intelectuais franceses, decidiu dar outro rumo para o pensamento brasileiro. É nesse período que pretendemos nos inserir a partir de agora em nossa pesquisa. Quem são os juristas brasileiros? Contra o que eles se insurgiam? O que eles defendiam? Quais os referenciais estudados para levantar as teses? O advento da crítica brasileira pode ser conduzido a um lugar de centralidade e originalidade? Essas são as dúvidas a respeito das quais se pretende discorrer ao longo do próximo tópico.

2.3. Sobre a formação de uma Identidade Cultural e a fundação das Faculdades de Direito no Brasil.

Nas lições de Antônio Paim (2007) a autonomia⁴⁵ do pensamento brasileiro diante da metrópole ocorre precisamente no chamado ciclo da modernidade que inicia no ano 1772, após a Reforma da Universidade, ou seja, após o chamado Iluminismo português (pg. 152). Apesar de ter sido citada no tópico anterior, não foi desenvolvida suficientemente, reservando-se, portanto, para esta seção os comentários a respeito do conteúdo filosófico-científico levantadas por esse movimento dentro da Academia Lusa. A insurgência de um movimento modernizador na Academia se dá por conta do

⁴⁴ Importante salientar que esse termo pode ter uma dupla acepção: a) a proposta Jesuíta da Companhia de Jesus pode ser entendida como um movimento que se opõe à Reforma Protestante que eclodia na Europa, apostando na evangelização de novos povos e na expansão territorial da filosofia católica e; b) de outra sorte, pode ser entendida como a própria oposição que os Jesuítas fazem, a partir de 1772, à Reforma da Academia portuguesa encabeçada pela proposta de modernização implantada pelo Marquês de Pombal.

⁴⁵ Apesar de entender o que o Paim (2007) pretende dizer com o emprego da palavra “autonomia”, consideramos ela trata de um termo filosófico com acepções bem variadas e que podem causar uma precipitação de conteúdo. Desse modo, apesar de utilizarmos a expressão conforme preleciona o professor, entendemos que não é possível estendê-la além do seu sentido literal, o que significa interpretá-la como sinônimo de “independência”.

monopólio da pedagogia instituída pela Companhia de Jesus, ordem fundada por Inácio de Loyola na Europa por volta do ano de 1540, e seu papel na catequização e evangelização (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2008, pg. 173). Tal ordem era fundada nos princípios da: a) busca pela perfeição; b) obediência absoluta à precedência hierárquica; c) disciplina severa e rígida; d) hierarquia baseada na estrutura militar e; e) valorização e cultivo das virtudes dos membros (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2008, pg. 173). Durante o século XVI até o XVIII o ensino público português foi exercido sob a luz destes princípios com a Companhia de Jesus⁴⁶.

O conhecido Marquês de Pombal, Sebastião José Carvalho e Melo, nasceu de família da pequena nobreza e, além de ter feito parte do exército, foi membro da Academia Real de História e Delegado de Negócios em Londres, onde passou a nutrir profunda discordância do método de imposição de vontade por meio da economia exercido pelos britânicos (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2006, pg. 467). Tendo sido influenciado pelo sistema político inglês, o Marques de Pombal, nomeado Ministro da Fazenda do rei D. José I, em 1750, procurou empreender diversas reformas no campo de economia, política, administração, educação, entre outros; com um objeto voltado para fatores que considerava como perigos para o poder absoluto da monarquia: a Nobreza e a Companhia de Jesus (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2006, pg. 467). Concentrando mais competências no Rei, investindo na desburocratização do Estado e na universalização do acesso ao conhecimento, dentre outras coisas, o Marquês de Pombal propõe, enquanto Ministro, uma ampla reforma da cultura portuguesa (o que influenciou, conseqüentemente, no ensino brasileiro).

No que tange ao campo da reforma educacional, Pombal culpa a Companhia de Jesus de todos os males ocorridos no campo da pedagogia e, igualmente, que isso teria levado, inclusive, à decadência cultural portuguesa (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2006, pg. 469). Dentre as principais medidas adotadas pelo Ministro é possível encontrar: a) a dizimação da organização e pedagogia jesuítica no Brasil e em Portugal; b) obrigatoriedade do ensino de gramática latina, grego e retórica; c) criação do cargo Diretor de Estudos, constituindo o órgão administrativo de fiscalização do ensino; d) criação das chamadas aulas régias; ingresso na carreira docente por meio de concurso e;

⁴⁶ Nesse sentido veja-se a afirmação de Shigunov Neto e Maciel (2006), para quem “a partir do século XVI, a direção do ensino público português desloca-se da Universidade de Coimbra para Companhia de Jesus, que se responsabiliza pelo controle do ensino público em Portugal e, posteriormente, no Brasil. Praticamente, foram dois séculos de domínio do método educacional jesuítico, que termina no século XVIII, com a Reforma de Pombal, quando o ensino passa a ser responsabilidade da Coroa Portuguesa” (pg. 469).

criação das aulas de comércio (SHIGUNOV NETO e MACIEL, 2006, pg. 470). Antônio Paim (2007) consegue descrever com bastante clareza a tensão existente entre o pensamento jesuíta e a modernização pretendida pela reforma, apesar de conceitos como “experiência” e “racionalidade” já estarem sendo desenvolvidos pela filosofia da época e pela nova física os jesuítas andavam na contramão destas orientações tentando revigorar o pensamento cristão (pg. 155), nesse sentido:

“A esse respeito escreve Joaquim de Carvalho: ‘com efeito, a teoria da matéria e da forma, ou, mais explicitamente, a existência de formas substanciais e a concepção da explicabilidade natural mediante o concurso de quatro causas (material, formal, eficiente e final) são pilar fundamental da interpretação aristotélica e escolástica da natureza’. A partir dos Conimbricenses, muito especialmente do Comentário de Manoel Góis ao *De anima* e ao Livro II de *Physica* e ao *De generatione et corruptione*, de Aristóteles, não há compêndio de metafísica da Escola que não exponha, e porque se considerava que era única teoria explicativa da realidade física compatível com os dogmas eucarísticos, foi frequente escrever-se, para empregar as palavras terminantes de um crítico do *Verdadeiro método de estudar, que é de fé haver formas substanciais e acidentais distintas*” (PAIM, 2007, pg. 155).

Com isto, podia-se contradizer a tese de do ceticismo espiritual pautada nas orientações do sistema cognitivo racional/iluminista, partindo-se da compreensão de que a graça e a salvação poderiam ser alcançadas se interpretadas como formas substanciais e acidentais (PAIM, 2007, pg. 155). Tratava-se, portanto, de uma luta intelectual entre a metodologia experimental do dedutivismo, da lógica, do empirismo⁴⁷ (das grandes orientações iluministas), contra a especulação apriorística e dedutiva do conhecimento (de orientação religiosa). O movimento reformista, em sua essência, propugnava por uma filosofia antiaristotélica e por um saber científico antiespeculativo (PAIM, 2007, pg. 156). Em conclusão, com a instituição da obrigatoriedade da disciplina de Filosofia, como regular no ensino, sua orientação a aproximou do Gabinete de Física tornando natural o fato deste saber emergente configurar-se enquanto um saber operativo (PAIM, 2007, pg. 157). Com isso, os Jesuítas foram,

⁴⁷ De acordo com Paim (1999) “Joaquim de Carvalho denominou de *empirismo mitigado* a nova corrente oficial. O adjetivo visa indicar que se trata de um empirismo que evitou ciosamente todas as dificuldades que essa espécie de filosofia vinha enfrentando nas ilhas britânicas. A partir mesmo da tese de que o conhecimento origina-se na sensação. Nesse aspecto essencial, o *empirismo mitigado* não estabeleceu nenhuma definição mais precisa. A preocupação maior não se dirigia à precisão conceitual, mas à simples exaltação do conhecimento experimental e à condenação frontal da metafísica tradicionalmente cultivada em Portugal. Mesmo da acepção de ciência elimina-se qualquer compromisso com a busca da verdade, que lhe é conatural, para reduzi-la à aplicação” (pg. 44).

paulatinamente, sendo aliados das altas cúpulas do ensino em Portugal, tendo se refugiado no Brasil, muito por conta da proposta de evangelização dos índios e a busca por novos cristãos (PAIM, 1999, pg. 39).

De acordo com Paim (1999) para que se possa entender a filosofia na fase colonial do Brasil é importante perceber que esta influência da Segunda Escolástica Portuguesa era a orientação exclusiva no Brasil e que, no período da Reforma da Academia, e consequente evasão dos Jesuítas para a Colônia brasileira, experimentava-se um aumento exponencial da quantidade de habitantes e, portanto, possibilitando o desenvolvimento de uma vida intelectual (pg. 39). Tanto que os anais da história já acusam a existência de centros de ensino brasileiros no final do século XVIII, encontrados “nos colégios jesuítas da Bahia e do Rio de Janeiro ministrava-se o curso de artes, intermediário entre o de humanidades e os superiores. Somente existiam cursos superiores para os estudantes que se destinavam à carreira eclesiástica” (PAIM, 1999, pg. 39). Realizando uma pesquisa bibliográfica sobre alguns manuscritos que permaneceram preservados durante esse período, Paim (1999) destaca que é possível comprovar a hipótese de preponderância, quase que total, do tomismo, todavia, também é possível encontrar escassas referências a outras orientações⁴⁸ (pg. 40).

Quantitativamente falando, as obras produzidas no Brasil versavam, em sua avassaladora maioria, sobre o tema apologético-religioso, reunidas sob a alcunha de Sermões e, somente havendo uma inversão deste interesse a partir do advento do saber operativo com a Reforma Pombalina. A respeito do conteúdo destas meditações, durante a prevalência do pensamento jesuíta, a categoria chamada de “saber da salvação⁴⁹” surge como paradigma, que será explicado, mais tarde através da filosofia de Max Scheler (PAIM, 1999, pg. 40). De acordo com Almiro Schulz (2017), Scheler é um herdeiro do pensamento Kantiano e Hegeliano, tendo aproveitado do primeiro o conceito de esclarecimento (*aufklärung*) e do segundo o conceito de espírito (*geist*) (pg.

⁴⁸ Nesse sentido, para maiores esclarecimentos: “à luz das pesquisas efetuadas, não mais se admite hoje que o momento dos jesuítas, na Colônia, isto é, dos primórdios da colonização aos meados do século XVIII, possa ser entendido, em matéria de filosofia, como de predomínio de uma única corrente. Carlos Lopes de Mattos, após exame dos manuscritos preservados pelos beneditinos, conclui ter-se configurado, nessa Ordem, certa tradição platônica” (PAIM, 1999, pg. 40).

⁴⁹ Essa nomenclatura é atribuída por Luís Washington Vita em obra publicada no ano de 1968, é possível perceber que, historicamente, a obra de Scheler é bem posterior ao período que estamos estudando na medida em que o próprio autor nasce em 1974. Porém, para que fique claro o argumento usado de modo transversal por Paim (1999) o que Vita pretende dizer é, simplesmente, que o modo como o movimento jesuíta no Brasil lidava com a pedagogia pode ser explicado pelo conceito de “saber da salvação” em Scheler. Não são propostas que coexistiram, e não se pode dizer que Scheler se inspirou nos jesuítas brasileiros, apenas se está dizendo que o modo como Scheler externou essa divisão entre saberes é o mais claro para explicar como o pensamento jesuíta se desenvolveu em nossas terras.

552). Partindo do pressuposto de que, antes e durante a primeira guerra mundial, a Alemanha vivera um período de inversão de valores (denunciado por ele de decadência), Scheler procura repensar a educação alemã ao acusar o esvaziamento do conhecimento metafísico e de uma formação humanista em detrimento do ensino técnico e profissionalizante (SCHELER *apud* SCHULZ, 2017, pg. 554-5). Neste sentido, para Scheler o saber deveria ser classificado em três espécies: a) saber de dominação, ou realização; b) saber da essência, ou cultural e; c) saber metafísico, ou de salvação.

Como deve ter ficado claro, não são ideias que se sucedem no tempo ou, que são autorreferenciais, mas, como não havia nenhuma terminologia que capacitasse alocar ou explicar o pensamento jesuíta (que não fosse enquadrá-lo numa concepção aristotélico-tomista), o conceito de Scheler (saber da salvação), por ser mais claro e por apresentar categorias que capacitam compreender a argumentação religiosa deste período passa a ser usado para descrever a orientação filosófica em voga naquele momento. A ideia do “saber da salvação” no período Colonial brasileiro está diretamente ligada à concepção de desprezo ao mundo, pois, dele não viria a salvação e, muito menos, residiram as coisas de Deus, ao contrário, no mundo encontram-se presentes a tentação e o pecado (PAIM, 1999, pg. 41). Em oposição ao pecado e á tentação encontra-se a salvação e, neste particular, apenas a modelação do comportamento por meio do conhecimento da ética seria capaz de salvar o espírito do homem que estava jogado livre nas tentações do mundo. Em conclusão, a Segunda Escolástica Portuguesa se conecta intrinsecamente com o “saber da salvação” e, ainda neste sentido, “no caso brasileiro, essa fase legou-nos manifestação radical expressa no *Peregrino da América*, para quem o homem é um *vil bicho da terra e um pouco de lado*” (PAIM, 1999, pg. 41).

Em oposição filosófica ao “saber da salvação”, encontram-se as proposições de uma física newtoniana e de uma teoria empirista do conhecimento, porém, estas críticas não poderiam ser produzidas durante a vigência quase que exclusiva de apenas uma orientação. Tais críticas somente poderão ser produzidas a partir do final do século XVIII, com a Reforma do Marques de Pombal. Conforme foi possível ser observado na passagem sobre a reforma em Portugal, o saber operacional, o apego ao racionalismo iluminista e á experiência como fundamento do conhecimento geraram uma nova classe de intelectuais em Portugal e que, conseqüentemente, tiveram sua particular influência no Brasil (PAIM, 1999, pg. 45). Paim (1999) atribui a dois elementos a herança

pombalina no Brasil: a) um chamado Empirismo Moderado e; b) um Radicalismo Político.

A respeito do Empirismo Moderado⁵⁰ pode-se descrevê-lo como uma apropriação e adequação para realidade portuguesa do empirismo desenvolvido na Inglaterra, sem um compromisso de inovar no conceito, ou sem resolver todos os problemas enfrentados pelo empirismo, a proposta portuguesa apenas visava bater de frente com a metafísica tradicional. De outra sorte, muito por conta da incompatibilidade das justificativas fornecidas por esse tipo de empirismo e as proposições que explicavam o poder das monarquias baseadas em argumentos metafísicos, surge, no Seminário de Olinda, uma nova geração de preladados preceituando uma reforma social armada, tendo isto sido denominado de radicalismo político (PAIM, 1999, pg. 45-6). Estes fatos acabam por acobertar na história algumas importantes contribuições, como foi a de Tomás Antônio Gonzaga durante esse período, por exemplo.

Para Paim (1999), a contribuição de Silvestre Pinheiro da Silva (1769-1846) é importante para a modernização do pensamento filosófico uma vez que coube a ele “conceber um sistema filosófico que permitisse à cultura luso-brasileira integrar-se à Época Moderna e superar as insuficiências do *empirismo mitigado*” (pg. 50). Diante disto, para Silvestre Pinheiro da Silva o liberalismo político, ou, como era conhecido dentro de seu meio “direito constitucional”, constituía um amplo sistema filosófico desconstruindo a visão mitigada e propugnando por uma interpretação coerente do empirismo baseada em David Hume (PAIM, 1999, pg. 53). Ele acabava por responder o problema das qualidades primárias através do desenvolvimento de uma teoria da formação da linguagem, asseverando, dentre outras coisas, que a linguagem sofre uma evolução no seu simbolismo constituindo, uma espécie de ontologia, em conclusão, “como a linguagem é que proporciona ao conhecimento a sua condição de possibilidade, fica estabelecida a base sensualista da ciência” (PAIM, 1999, pg. 54). Essa proposição lançou algumas premissas importantes para a desconstrução do “empirismo mitigado”.

Dentre outras questões que são abordadas por Paim (1999) é possível citar a contribuição de autores interessados no pensamento kantiano e com uma menção muito

⁵⁰ Já nos referimos a essa nomenclatura em nota anterior fazendo menção ao conceito estabelecido por Joaquim de Carvalho, porém, é importante perceber que esses conceitos aqui levantados são o ponto de conexão com a tese do positivismo sociológico que será, algum tempo depois, defendido por Comte e, conseqüentemente, toda uma tradição jurídica que por nós foi estudada ao longo deste capítulo.

importante a respeito da tradução e divulgação de uma parte da teoria kantiana sem o exercício de uma crítica (por Martim Francisco⁵¹ e o Padre Antônio Feijó), e noutro momento, já com a orientação de Krause e seus herdeiros em Portugal (por fim influenciando também Silvestre Pinheiro). A filosofia brasileira, portanto, passa por um processo simples de imposição cultural das propostas portuguesas por conta de uma codependência e por conta do traço de dominação intelectual derivado dos processos de colonização. Um depoimento interessante a respeito da indignação dos brasileiros quanto ao atraso da filosofia na academia pode ser encontrado na obra “A Philosophia no Brasil” de Sylvio Romero (1878):

“Póde-se afirmar, em virtude da indignação historica que a philosophia, nos tres primeiros seculos de nossa existencia, nos foi totalmente estranha. As dissenções e luctas dos pensadores d’esses tempos não mandaram um echo só até cá. Os trabalhos de Bacon, Descartes, Gassendi, Leibnitz, Spinoza, Malebranche, Berckley, Locke, Hume, Condillac, Wolf e Kant foram, em sua epoca, como inexistentes para nós. O facto é de uma explicação mui clara: o abandono da colônia e, ainda mais, o atraso da metropole, para a qual aquelles nomes passaram despercebidos, fornecem a razão do phenomeno. Nos tres seculos que nos precederam nem um só livro, dedicado ás investigações philosophicas, sahiu da penna de um brasileiro” (ROMERO, 1878, pg. 01).

O interesse dos brasileiros em mergulhar na filosofia europeia, de fato, começa a recrudescer com a decisiva contribuição da criação das Faculdades de Direito no Brasil em 1828. Muito embora, conforme se pode observar, a filosofia já ocupasse certo espaço na experiência intelectual do povo brasileiro, o seu impacto e sua preocupação em integrar os debates além-mar, eram reduzidos a uma reprodução mimética do que era produzido por Portugal. Muitos fatores adversos também contribuíram para um aprisionamento intelectual do povo brasileiro, como é o caso do conservadorismo jesuíta na pedagogia e no ensino regular. Porém, a proclamação da independência e a outorga da Carta Império demonstrarão que o espírito de rebeldia, vivo no povo brasileiro, precisava, neste momento, fazer a pazes com sua própria consciência e identidade. Numa perspectiva, ainda bem conflituosa, começa-se a trilhar este caminho de uma descoberta de autonomia e possibilidade de liberdade produtiva. Dois grandes

⁵¹ Este que veio a ser um dos professores mais celebrados da Faculdade de Direito de São Paulo lecionando a cadeira de Direito Eclesiástico e Direito Natural no período de 1857 à 1886, comprovando a tese de Reale (1947) de que o kantismo no Brasil foi recepcionado não pela sua Crítica da Razão Pura, pelo conceito de Dever, ou pela Ética Transcendental, mas, sim como um modo de revigorar a tradição racional-naturalista (pg. 96).

centros são citados pelas bibliografias conhecidas: a) de um lado a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e; b) de outro, a Faculdade de Direito do Recife.

Muito deste processo se dá pela necessidade de desligamento efetivo com a Coroa, decorrente da proclamação da independência, abrindo vias para que o progresso econômico e cultural também pudesse alcançar a produção intelectual (haja visto que a totalidade dos letrados e cultos tinham formação acadêmica em Coimbra). Por isso Santos (2015) afirma que é simplesmente notório que a organização das Academias brasileiras obedecesse a forte influência que seus “lentes” (professores) tiveram de sua formação coimbrense (pg. 29). Ainda, para o referido autor, o debate parlamentar em torno da criação dessas Faculdades de Direito envolveu, dentre outras coisas, a necessidade de fixação dos locais (que foram escolhidos por conveniência geográfica, clima e rotas mercantis); e, especialmente, no que tange ao currículo acadêmico considerando que Coimbra dava importância predominante para Direito Romano, Direito Canônico e Direito Eclesiástico (SANTOS, 2015, pg.32).

A estrutura dos cursos, contava com a duração de cinco anos e necessitava da comprovação de proficiência em gramática latina e língua francesa, durante o curso, os alunos aprenderiam Direito Constitucional, Público, Direito Natural, Direito Romano, Direito Eclesiástico, Direito Pátrio (Civil, Penal e Processual), dentre outras disciplinas (SANTOS, 2015. Pg. 33-4). Porém, destaca-se que, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (São Paulo), apenas dois professores titulares obtiveram sua formação fora de Portugal, todos os outros eram coimbrenses, fato este que motivou a uma permanência inicial nos ritos e tradições portuguesas e atrasou o desenvolvimento da modernidade brasileira (SANTOS, 2015, pg. 36). De outra sorte, a Faculdade de Direito do Recife originariamente foi fixada num mosteiro em Olinda e, somente algum tempo depois, foi movida para onde se estabeleceria definitivamente em Recife. Dada a diversidade regional os professores do Recife acabaram tomando um rumo totalmente diferente no que tange a produção intelectual.

De acordo com Pinto Ferreira (1977), “a lenda é mais bela do que a verdade, fala mais à imaginação à fantasia e ao sentimento do povo (...) A Faculdade de Direito do Recife é uma tradição, uma legenda, um símbolo” (pg. 05). Caracterizada muito por conta de sua inclinação ao humanismo e forte investimento na filosofia e na dialética, a Escola do Recife se tornou um grande centro de investigação crítica e que se opôs de modo efusivo aos resquícios do conservadorismo português ainda presentes no Império (FERREIRA, 1977, pg. 06). Inicialmente, a Faculdade de Direito de Recife, tal qual sua

irmã a de São Paulo, professou a mesma orientação voltada para o Direito Natural, Eclesiástico e para a filosofia do Ecletismo Espiritualista. Mais humilde, com um professor para cada cadeira e quatro suplentes, o corpo docente foi composto pelos Juízes e Desembargadores que atuavam naquela localidade (todos com formação, também, na Europa).

A proposta de naturalização do conhecimento científico e da racionalização do espírito se tornou forte tendência neste período. Para entender como o movimento da Escola do Recife acabou por se opor à dogmática instituída, ou melhor, para entender exatamente o que este movimento estava criticando, se faz necessário mergulhar um pouco nestes dois eixos de investigação inaugural do direito e da filosofia no Brasil. Em consequência, para concluir o percurso histórico desta primeira seção da pesquisa abordar-se-ão os paradigmas do Direito Natural lecionado na Escola do Recife e suas implicações na compreensão do fenômeno jurídico em terras brasileiras. Ao passo em que isto se desenvolve torna-se de grande importância, também, delimitar as bases conceituais nas quais se fundam o chamado Espiritualismo Eclético, a filosofia oficial do Império brasileiro quando da implantação das primeiras Academias Jurídicas. Somente assim se conseguirá recursos teóricos suficientes para compreender o que significa a Escola do Recife, o que ela defendia e porque o Culturalismo Jurídico pode ser interpretado como uma recepção crítica do Positivismo Jurídico.

2.4. O Direito Natural e o Ecletismo Espiritualista como base do pensamento jurídico brasileiro.

Paulo Mercadante e Antônio Paim (1977) em reunião de estudos publicados em homenagem á Tobias Barreto de Menezes redigem um interessante prefácio a esse riquíssimo material, nele os autores têm o cuidado de relatar um pouco sobre a Faculdade de Direito do Recife (pg. 12). A metáfora usada pelos autores era a de que a referida instituição teria a responsabilidade de preparar os quadros políticos e administrativos da nova nação com seus diplomatas, magistrados, políticos e, assim, constituir uma nova elite dirigente (MERCADANTE e PAIM, 1977, pg. 12). A abertura para o ingresso não estava reservada para os jovens descendentes da aristocracia rural, homens de origem mais humilde também tinham a mesma oportunidade de ingresso na vida acadêmica para obter a titulação de bacharel (MERCADANTE e PAIM, 1977, pg.

12-3). Em meio a isto, ainda não havendo soprado o grande ar de novidade, a altiva inspiração dos juristas que ali se formavam provinha da cátedra de Direito Natural.

Há, por oportuno, um conceito veiculado nesse prefácio que propõe que o direito natural estudado na Faculdade do Recife teria como propósito central o estabelecimento de direitos exigíveis provenientes do Estado social que reúne as pessoas em sociedade (MERCADANTE e PAIM, 1977, pg. 14). Ainda, a fórmula que delimita estes direitos é a da “justa eficiência” que pode ser entendida, aqui, como “a ação legítima dos indivíduos, pessoal ou coletivamente considerados, uns para com os outros” (MERCADANTE e PAIM, 1977, pg. 14), originada, não da natureza compreendida a partir da metodologia das ciências naturais, mas sim a partir de um *a priori* de ideias concebidas pela Escolástica. O Direito Natural, então, parece querer se firmar numa natureza completamente desconhecida pela história e fugindo dos argumentos metódicos de averiguação da verdade por meio da prova empírica, restando-lhe o profundo mergulho na metafísica.

Algumas referências importantes são citadas oriundas da França e da Itália na elaboração das bases desse Direito Natural que era estudado à época, tanto em Recife quanto em São Paulo: a) de um lado a concepção de *droit naturel* de Charles-François Oudot e; b) de outro o “*saggio teoretico di diritto naturale*” de Luigi Taparelli. Ambos concordavam com o caráter metafísico da justificativa do Direito Natural, o primeiro o fazia argumentando que interessava saber quais ordens, necessariamente morais, deveriam ser institucionalizadas pelo Estado através de sua autoridade (DABIN, 1928, pg. 419), porém, o segundo já acreditava que, além disso, era necessário constituir todo um sistema racional baseado na busca pelo bem comum, na felicidade e na perfeição (de espírito), claramente aderindo ao pensamento aristotélico-tomista (TAPARELLI, 1855, pg. 16). O Direito Natural, portanto, resistia quase que incólume, até meados do século XIX com uma fundamentação preponderantemente Medieval, atrapalhando, de fato a chegada da modernidade na filosofia brasileira.

Vários enfrentamentos se darão por conta disso e há uma dificuldade muito grande em se encontrar obras de autores brasileiros durante este período, porém, como já havia sido mencionado antes, em 1772 é escrito o “Tratado de Direito Natural” de autoria de Tomás Antônio Gonzaga e imagina-se que, por ser uma obra capaz de personificar o ideário naturalista da época, pode servir muito bem para finalidade deste estudo. A respeito da obra sustenta Keila Grinberg (2016):

“O Tratado de Direito Natural foi publicado pela primeira vez em 1942, numa edição organizada e prefaciada por Rodrigues Lapa. O texto figurava, até então, na Seção Pombalina da Biblioteca Nacional de Lisboa. O manuscrito foi copiado pelo pai de Tomás Antônio, o desembargador da Casa de Suplicação de Lisboa João Bernardo Gonzaga, e assinado pelo próprio autor. Consta que o historiador Luiz Camelo de Oliveira tirou uma cópia fotográfica completa do texto, e a editou em apenso aos Autos da Devassa da Inconfidência. O texto é considerado obra inacabada por alguns, já que principia com o título Livro Primeiro, mas não há continuação” (GRINBERG, 2016, pág. 44).

Preliminarmente, pergunta-se: por que o estudo relativo a tal obra? Para Grinberg (2016), não se pode remontar à Gonzaga a influência das posições naturalistas de juízes e suas decisões proferidas até meados do século XIX, contudo, é bem pertinente observar que este livro é o retrato da tradição jurídica da academia portuguesa do século XVIII (pág. 44). Pode-se argumentar: ele corporifica a mentalidade histórica do que era o Direito Natural para aquela época. Apesar de ela não ter sido publicada até 1942, ela acusa como os juristas portugueses foram capazes de modernizar o entendimento acerca do Direito Natural a partir do primeiro livro em português sobre tão nobre temática. Em rápida biografia Lessa (2016) informa que Gonzaga era filho de um magistrado carioca e de uma portuguesa, nascido na cidade do Porto, veio para o Brasil estudar no Colégio Companhia de Jesus em Salvador; em sua maturidade torna a Portugal para o exercício da advocacia e se candidata ao magistério com a Tese “Tratado de Direito Natural”; em 1782 fixa-se definitivamente no Brasil participando intensamente da Inconfidência Mineira tornando-se figura de extrema importância na história e na literatura brasileira (pág. 04). Sua obra, Tratado de Direito Natural, é encontrada nos Autos da Inconfidência Mineira, a respeito do conteúdo dela, novamente Grinberg (2016);

“O objetivo principal de Tomás Antonio Gonzaga é escrever o primeiro livro em português sobre as disposições então recentes do direito natural. Mas ele não pretendeu apenas fazer uma compilação das doutrinas da época; quis corrigi-las, na parte que julgava terem afastado-se dos princípios religiosos católicos. É partindo de um princípio teológico (daí a argumentação começar com o parágrafo “Da existência de Deus”) que ele começa a construir seu próprio conceito de direito natural, dialogando com Grotius, Pufendorf, Thomasius, Heineccius, entre outros formuladores e comentadores da chamada moderna teoria do direito natural” (GRINBERG, 2016, pág. 46).

Esta chamada teoria moderna do direito natural pode ser descrita como uma crítica ao conservadorismo Tomista e a argumentação acostada na divindade como fundamento da racionalidade humana, o oferecimento de uma concepção na qual o justo não está na natureza das coisas, mas sim na razão do homem (LESSA, 2016). Neste sentido, existe uma grande contenda entre os estudiosos de Tomás Antônio Gonzaga a respeito de sua adesão ao naturalismo clássico (apoiado em São Tomás de Aquino), ou o ao naturalismo moderno (apoiado no humanismo iluminista), esta divagação, contudo, não é contemplada por esta pesquisa. A obra, Tratado de Direito Natural, é dividida em três partes: a) Dos princípios necessários para o direito natural e civil; b) Dos princípios para os direitos que provém da sociedade cristã e civil; c) Do direito, da justiça e das leis.

De acordo com Gonzaga o princípio divino é latente na justificação da racionalidade das leis, deste modo, a filosofia moral cristã é o âmbito de validade das normas jurídicas. Para Lessa (2016), “Deus criou o homem dotado de um princípio de inteligência, direcionado a este fim [glória eterna]. Assim, para conduzir o homem a este fim, infundiu no seu coração as leis pelas quais se devia guiar” (LESSA, 2016). Neste diapasão, torna-se indissociável a leitura de Gonzaga com a do angélico doutor, vindo a definir ulteriormente o Direito Natural como o conjunto dessas leis que Deus infundiu no coração do homem com a finalidade de lhe oportunizar a graça da glória eterna, elas nos são naturalmente intimadas por meio do discurso e da razão (LESSA, 2016).

Admitindo que apenas as leis divinas não são suficientes para a organização da sociedade civil, Gonzaga reputa que, não havendo diferença natural entre os homens (a natureza não diferencia governantes de governados) Deus autoriza a criação das Instituições através do Direito Civil (LESSA, 2016). Portanto, pode-se concluir que o Direito Civil se origina da necessidade de institucionalização da Razão Divina. Em última *ratio*, a argumentação leva à compreensão de que duvidar deste sistema é duvidar da existência de Deus, portanto, ele busca a comprovação da existência Dele a fim de demonstrar a validade de seus argumentos, deste modo, sustenta a impossibilidade de ser o homem, ou dar-lhe causa à sua própria existência (LESSA, 2016). Neste outro momento, nota-se, novamente, a aproximação da argumentação de Gonzaga com Aquino. Especificamente no que tange à possibilidade de um princípio universal como causa de todos os entes espirituais voluntários.

Os juízos inescapáveis sobre bem e mal aparecem na obra de Gonzaga na medida em que a razão de Deus pressupõe uma filosofia moral. A ideia de Livre Arbítrio é trabalhada como “uma faculdade da nossa alma, que é superior a todas as coisas, de escolher, depois de postas as circunstâncias a partir dos objetos propostos, aquele que considerar melhor” (LESSA, 2016). E o conceito de bondade e maldade fica vinculado à ação livre do homem (aquela sem comando obrigatório anterior). Fato este que coloca como fundamento da ação livre do homem a vontade (*voluntas*) e o discurso (*logos*). Confrontando os pensadores da doutrina moderna do Direito Natural Gonzaga institui dois princípios para sua ciência: a) “ser”; e b) “conhecer”. Diferentemente de Grócio e Pufendorf, Gonzaga sustenta a ideia de que o direito natural não se fundamenta a partir da sociedade e da natureza humana, mas sim da vontade de Deus como o princípio do “ser”.

De outra sorte, o princípio do “conhecer” pode ser resumido como a justificativa da ação boa ou má a partir do conhecimento das leis divinas, esta lei pode ser expressa como a lei do amor “isso porque a felicidade consiste na posse do bem e na privação do mal (...) não podemos ser felizes se não por meio do amor” (LESSA, 2016). Neste diapasão, sociedade civil significaria a existência de uma pessoa moral composta que se une por um laço racional, não de afetividade, mas por um impulso que vise a conquista da paz e da segurança comum, em conclusão “a sociedade civil constitui-se pelo consentimento dos homens e pela concretização da vontade de Deus” (LESSA, 2016). Este argumento solidifica a necessidade de os Governos serem Monarquias (e não Repúblicas, ou Democracias).

Ainda, no que tange à Justiça, Gonzaga defende a ideia de que ela se trata de uma virtude (poratnto, se filiando à São Tomás de Aquino) e acredita existirem dois tipos (espécies) de Justiça: a) *Expletrice*; e b) *Atributice*. Na primeira trata-se da regra de reparação pelo dano causado como retribuição do que se deve de direito perfeito (LESSA, 2016). Enquanto que na segunda, trata-se de um necessário reconhecimento de desigualdades e o papel moral do direito em responder a tal cenário, como no caso do tratamento desigual para proteção da vulnerabilidade da pessoa com deficiência (LESSA, 2016). No que tange à Interpretação, Gonzaga defende a ideia de que a lei pode ser interpretada por três modalidades hermenêuticas: a) Autêntica; b) Usual; e c) Virtual. Para primeira defende-se a tese de que é a interpretação feita pelo legislador. Na segunda a tese de que é a interpretação costumeira, proveiente dos costumes de uma

sociedade. Na última, por fim, “a inteligência que lhe dão os sábios, a qual nenhuma forma tem vigor de lei” (LESSA, 2016).

Para Grinberg (2016), existem vários conceitos de Direito Natural que influenciam (positiva ou negativamente) a obra de Tomás Antônio Gonzaga (pág. 66). O fato é que o século XIX, no Brasil, acusa-se justamente a necessidade de superação dos dogmas e paradigmas estabelecidos por meio das leituras destes naturalistas⁵². Eis uma perspectiva interessante sobre como, de fato, as bases aristotélico-tomistas sempre estiveram presentes no debate do direito brasileiro e, se tomarmos como pressuposto esta perspectiva de Gonzaga, podemos ter uma visão geral de como a disciplina era tratada nos cursos de Direito no Brasil. Mercadante e Paim (1977), porém, asseveram que, no período de eclosão do surto de ideias do movimento inaugurado por Tobias Barreto de Menezes, a visão teológica e metafísica perdia espaço para a doutrina espiritualista. Como já foi possível perceber anteriormente o Ecletismo Espiritualista, enquanto orientação filosófica serviu para o propósito de atualizar os paradigmas deste Direito Natural metafísico. Mas, o que é e como deve ser entendida esta corrente eclética?

Paim (1999) afirma que o ecletismo pode ser tratado como a primeira corrente filosófica que teria sido rigorosamente estruturada no Brasil (pg. 57). A estrutura desta corrente deve muito aos estudos de Victor Cousin e Maine de Biran, a respeito do primeiro, Daniel Whistler (2018) descreve a corrente eclética como sendo “*international not only in the material it plunders, but also in its genealogy, which is characterized by cross-border negotiations: the very ideia of eclecticism is born from Franco-German clashes and conciliations*” (pg. 122). É possível perceber, deste modo, que o ecletismo não concilia apenas conteúdo como também institui um diálogo entre tradições. De acordo com o mesmo autor o ecletismo pode remontar à Gerhard Vossius explorando referências romanas como Diógenes Laercius e Potamon de Alexandria desenvolvendo o *Secta*, uma escola filosófica que livremente selecionava tudo aquilo que considerava o melhor de cada tendência fomentando, assim, maior liberdade intelectual (WHISTLER, 2018, pg. 122-3). Neste mesmo sentido, a filosofia eclética de Victor Cousin pode ser descrita como:

⁵² Para Graziella Bacchi Hora (2015), em que pese a necessidade de o tomismo assumir um direcionamento pautado numa ordem universal proveniente da sistematização aristotélica assumida pelo Angélico Doutor, os seguidores dele se tornaram muito mais dogmáticos do que o próprio Aquino, o que reflete, no Brasil, numa abordagem na qual o ensino e o conhecimento se tornam ferramentas escolásticas (pg. 193). O direito natural seria, portanto, o conjunto de leis escritas nos livros santos.

“Cousin revives the eclectic tradition with a difference. Gone is the Enlightenment emphasis on autonomy of thought, non-dogmatism and freedom from prejudice; instead, Cousin accentuates the idea of eclecticism as a plundering of materials from the history of philosophy. This is done not so much to liberate the thinker as, rather, to effectuate an intellectual peace, with the philosopher conceived as peace-broker exemplifying absolute tolerance towards all systems from all traditions. In Cousin own words, the objective of eclecticism is ‘to make these diverse systems successively more and more perfect, without managing to destroy any of them, by means of searching out and abstracting the portion of truth that each of them encloses and by which each of them is brother to all and the legitimate offspring of human spirit’” (WHISTLER, 2018, pg. 124).

Em suma, o ecletismo de Victor Cousin diz respeito a uma espécie de argumento da tolerância entre as proposições filosóficas que a história legou e que podem muito bem ser estudadas sobre a luz da complementaridade histórica entre os sistemas. Já Maine de Biran, discípulo de Condillac, propõe uma revisão e superação do empirismo clássico atribuindo uma conotação psicológica ao conhecimento aderindo ao sensualismo (OLIVEIRA, 2018, pg. 81). A crença de que os costumes seriam hábitos adquiridos, de que a metafísica poderia ser fracionada entre a que pretende desmistificar a natureza e outra relativa à fraqueza do espírito humano, acabam por constituir argumentos que estão contribuindo para que argumentos aristotélicos-tomistas possam ser revitalizados no Brasil por meio desta argumentação (OLIVEIRA, 2018, pg. 83). Um exemplo de como isto era feito pode ser visto através da argumentação de Eduardo Ferreira França que, “adere ao naturalismo extremado e se propõe explicar a moral pela alimentação e outras componentes do meio ambiente (...) o aprofundamento da perspectiva empirista conduz à descoberta do espírito e à fundamentação da liberdade” (PAIM, 1999, pg. 58).

Paim (1999) divide a história do Ecletismo Espiritualista no Brasil em três fases: a) o ciclo de formação (1833-1848); b) o ciclo do apogeu (1850-1880) e; c) o ciclo de declínio e da superação (a partir de 1880). A respeito do ciclo de formação, o autor assevera que encontra-se na fase em que se está a recepcionar as referências francesas através de autores que foram para França estudar o ecletismo e passaram a explicar o espírito humano a partir de argumentos naturalizados (científicos), destacando algumas contribuições como a de Salustiano Pedroza, Frei José do Espírito Santo, mas, marcadamente, a contribuição decisiva de Domingos Gonçalves de Magalhães (PAIM, 1999, pg. 59-65). Magalhães, médico por formação, escreve o primeiro livro dedicado a

uma reflexão filosófica no Brasil intitulado “Fatos do Espírito Humano”, um manual que acabou se tornando o livro de cabeceira dos Ecléticos no Brasil.

É justamente, por ocasião da publicação desta obra que o argumento do ecletismo ganha vários adeptos e acaba se tornando a filosofia oficial professada pelos altos círculos no Brasil. Indiscutivelmente, a adoção deste modelo argumentativo leva a introdução de orientações românticas, liberais e, até, psicológicas para dentro da investigação filosófica pátria. É deste modo que a elite brasileira consegue atualizar a compreensão do Direito Natural ao objetivar o espírito através da metodologia natural e afastar da sua cogitação a incompatibilidade formal entre apreender os sentimentos e as sensações como um dado quantificável e efetuar um julgamento valorativo de cunho subjetivo como um ato perfeitamente científico. Outra questão importante a ser desvelada neste campo é o fato de que tanto os autores franceses quanto os brasileiros estão comentando indiretamente as consequências dos estudos do Idealismo Hegeliano e da Filosofia Analítica Kantiana.

Muitas destas críticas serão abordadas pelo movimento que, aproveitando todo este cenário de formação da cultura jurídica brasileira, considerando tais excessos que são cometidos, começa a despontar com o posicionamento crítico da Faculdade de Direito de Recife. Com uma referência bem forte no seu precursor, o Professor Tobias Barreto de Menezes, o movimento crítico que ficou conhecido como a “Escola do Recife” deixou uma vasta e relevante produção científica durante o período de declínio do Ecletismo Espiritualista efetuando a decisiva opção pelo germanismo, pelo estudo da filosofia kantiana (diretamente), pelo estudo do positivismo, e, também, dando suas próprias contribuições autênticas dentro desse debate. Os aspectos mais relevantes deste movimento, seu surgimento, suas influências e seus autores serão abordados no próximo capítulo da tese.

CAP 03 – A ESCOLA DO RECIFE: O SURTO DE NOVAS IDEIAS E AS BASES JURÍDICO-FILOSÓFICAS DO CULTURALISMO JURÍDICO.

No capítulo anterior 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.

De fato, existe uma grande problemática quanto ao papel do ecletismo na formação do pensamento filosófico. Na medida em que se aceitam diálogos que não são complementares *a priori* e se busca a necessária complementação entre eles, várias adaptações indevidas começam a surgir, fazendo com que o conhecimento passe a ser mascarado e direcionado para atingir a objetivos muitas das vezes escusos. É o caso do Brasil que claramente sofreu forte resistência do conservadorismo português e a filosofia teísta dos padres Jesuítas. Ao estabelecer uma metafísica apreensível pela psicologia e instituir o saber como uma ordem a serviço da salvação espiritual, o ecletismo se torna o último instrumento capaz de forçar uma conexão com o processo de modernização das ciências durante o período do século XVIII e, ao mesmo tempo, manter a justificativa das práticas conservadoras que era desenvolvida pela elite brasileira⁵³.

⁵³ A respeito desse tema Jesse Souza (2019), argumenta que a chamada elite brasileira constitui um ideal de monopólio e domínio através da sobre posição dessa pseudo-supermacia moral europeia para dominar o cidadão latino-americano, especificamente no Brasil, contribuindo com a marginalização do negro, do indígena, fomentando a misogenia e prejudicando a legitimação social através da manutenção das estruturas e das formas de violência contra as culturas locais.

O percurso feito no capítulo anterior possibilitou compreender e delimitar, tanto historicamente quanto filosoficamente, qual o contexto em que o pensamento das Faculdades de Direito no Brasil vão ser inauguradas. A proposta para o presente capítulo pretende continuar a análise deste período histórico com ênfase no movimento crítico que foi estabelecido na Faculdade de Direito do Recife e que ficou conhecido como “Escola do Recife”. Descrito por muitos autores como um período de amplo desenvolvimento de críticas e um espaço de produção e de ideias, o movimento recifense marca, definitivamente, a possibilidade de discussão de uma identidade jurídica autenticamente brasileira. Os estudos dos teóricos que aqui estavam se tornam divisores de águas para filosofia, para o direito criminal, para o direito civil, para o direito público, para teoria do direito, etc. Trata-se, deste modo, de um período recheado de muitos autores e contribuições importantes para esta pesquisa.

Durante o início da década de 60, no século XIX, o movimento começa empreendendo uma crítica contumaz ao espiritualismo, ao ecletismo e ao jusnaturalismo aderindo a argumentos considerados positivistas e darwinistas, somente depois da publicação do texto de Sylvio Romero “A morte da Metafísica”, que a Escola do Recife encontra seu grande apogeu. Marcada pela contribuição inicial de Tobias Barreto de Menezes e a introdução do germanismo no Brasil este movimento também pode ser caracterizado como a porta de entrada de diversas orientações importantes para a filosofia no Brasil e para o Direito. Torna-se, por oportuno, um período que fica marcado como conceitua Sônia Gomes (1986), pela postura crítica que as elites assumem na defesa da modernização e das estruturas sociais desenvolvendo um projeto mais coerente com a realidade nacional da época (pg. 13). Ou seja, trata-se de um movimento que não é apenas epistêmico, ou, filosófico, mas também de renovação cultural.

A complexidade das teses e sua apresentação variada faz com que este cenário seja alvo de diversos encantos e, por ventura, eles podem guiar a uma, ou, outra precipitação. Neste sentido é importante salientar que a pesquisa não terá o propósito de descrever minuciosamente cada uma das ideias novas e críticas que foram feitas pelos autores deste período, mas, sim a de direcionar o entendimento para a proposta culturalista que será feita no apogeu do surto de ideias e que se tornará uma das características deste movimento. Para tanto será necessário um esforço no sentido de descrever o movimento a partir dessa sua proposta crítica e delimitar os argumentos relativos ao que se pode considerar uma adesão ao positivismo (e, qual orientação é essa

que será desenvolvida no Brasil), para, somente então, colocar o problema do Culturalismo Jurídico.

Deste modo, se buscará reconstruir, o que se pode denominar de *zeitgeist*, ou, o “espírito da época”, aquilo que identifica a personalidade do movimento através da contribuição de seus autores mais importantes e de seus marcos teóricos mais relevantes. É dentro deste contexto que surge a obra de Tobias Barreto de Menezes e a seu indelével legado para o Direito. O ponto de chegada não é Tobias Barreto, considerando que ele próprio é o precursor do movimento e que deixa uma herança intelectual para o surto de novas ideias. Por oportuno, o ponto de chegada é a constituição de uma orientação presente na obra tobiática. Ou seja, entre a adesão inicial a uma orientação positivista e a conversão para o neokantismo existe uma tese que será central para pesquisa, trata-se do Culturalismo Jurídico, que floresce em meio a este período. Toda narrativa será construída para que seja possível compreender as bases teórico-filosóficas que alicerçam essa tese.

Como um grande objetivo geral desta seção do trabalho elege-se a tarefa de: descrever como do surto de novas ideias, na Escola do Recife, surge a proposta do Culturalismo Jurídico. Para que este objetivo possa ser atingido procurar-se-á desenvolver os seguintes objetivos específicos: a) Descrever no que consiste este surto de novas ideias enquanto um movimento crítico; b) Elencar os principais expoentes do movimento e suas contribuições para o direito e para filosofia brasileira; c) Expor os argumentos utilizados pela Escola do Recife a fim de demonstrar uma adesão a uma orientação positivista e, por fim; d) Descrever sob quais bases teórico-filosóficas se funda o Culturalismo Jurídico.

Note-se que não se pretende falar das proposições específicas de Tobias Barreto de Menezes e de Miguel Reale, que serão tratadas de modo reservado no quarto capítulo desta tese, se está falando da ideia geral presente no movimento recifense. Estabelecidas as premissas metodológicas que balizarão a pesquisa, salutar se faz, tal qual na seção anterior, fazer uma exposição do percurso bibliográfico que pretende-se seguir para atingir as hipóteses que foram acima elencadas. Deste modo, cumpre registrar que o interesse por este período da História das Ideias no Brasil tem despertado o fascínio de vários autores na filosofia e na história, porém, especificamente no universo da investigação jurídica são registradas poucas obras voltadas para descrever, ou analisar tal lapso temporal. A monografia de Antônio Paim (1997) intitulada “A Escola do Recife: Estudos complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil” será obra

que balizara uma boa parte dos estudos na presente seção, pois constitui uma avançada pesquisa de caráter histórico e com precisão conceitual impressionante no trato das teorias filosóficas abordadas.

Outra obra relevante é a de Sônia Raimunda Gomes (1986) que, em sua dissertação de mestrado no curso de filosofia da Universidade Gama Filho, no Rio de Janeiro, apresenta pesquisa relativa ao “Surto de Novas Ideias - Década de 1868-1878: Principais Aspectos”. Pesquisa bem completa na análise do contexto histórico, político (propostas liberais), e filosófico (as teses apresentadas). Estas duas pesquisas, que não são oriundas de investigações jurídicas, conseguem suprir a necessidade dos objetivos aqui elencados. Para continuação da construção desta pesquisa utilizar-se-ão duas referências desenvolvidas pelo professor João Maurício Adeodato (2003;2015), a primeira intitulada “O Positivismo Culturalista da Escola do Recife” e a segunda, obra de autoria coletiva organizada por ele, intitulada “Continuidade e Originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas”.

O texto de Adeodato (2003) servirá, não somente de base referencial no campo de discussão das ideias, mas também de base metodológica para que seja possível dividir a pesquisa nos tópicos e subtópicos que serão desenvolvidos. Ao apresentar os fundamentos do Culturalismo Jurídico do Recife o professor indica quem são os autores estudados pelo movimento recifense e qual a extensão de suas obras para a construção da teoria do direito aqui levantada. Uma ressalva deve ser feita no que tange a profundidade deste texto que servirá de base para pesquisa, fato que compele a realização de um mergulho em águas mais profundas buscando complementar as referências sobre o tema, inclusive nas obras e comentadores de Ihering, Post, Spencer, Comte, Hartmann, entre outros.

Por oportuno, a obra coletiva organizada por Adeodato (2015), conta com um capítulo produzido por ele próprio (e já citado no comentário introdutório da presente pesquisa), estabelecendo premissas gerais sobre a originalidade do pensamento jurídico brasileiro e comentando a significância da Escola do Recife. Noutros textos, encontra-se a exposição do pensamento de Sylvio Romero, Rui Barbosa, Cipriano Barata, Tomás Antônio Gonzaga, Bertha Lutz, Clóvis Beviláqua, dentre outros, sistematizada pelos vários pesquisadores que compõem o livro. Porém, é o texto de Graziela Hora Bacchi (2015) que mais interessa, pois diz respeito a construção de uma identidade nacional a partir da retórica da Escola do Recife. Por sinal, ela própria possui uma tese de doutorado a respeito da existência de fragmentos erísticos presentes na argumentação de

Tobias Barreto de Menezes, outra referência que será utilizada na continuação da pesquisa.

Estabelecidas as premissas que orientam o desenvolvimento do capítulo resta apenas lançar o problema em que estará centrada a análise no tópico que se abrirá. Mantendo-se o método da metáfora, a exemplaridade, a tarefa, neste momento, será tal qual a do investigador criminal que, dada a comunicação e o conhecimento da ocorrência de um crime, precisa descobrir quem é o criminoso. Bem, as perguntas que ele deve fazer são bastante claras, porém, o modo de constituir a narrativa do crime é, impressionantemente, difícil. O investigador começa do fim, da conclusão, alguém foi assassinado. E partir deste evento ele precisa buscar elementos para que a história seja contada de ponta-cabeça, ou, inversamente. O assassino pode ter entrado por essa porta, ou, escalado essa janela, pode ter vindo a pé, ou dirigindo, pode ser medir tanto, pesar tanto, ter vindo dali, ou, daqui; suas intenções são essa, ou aquela. Como foi dito: uma árdua tarefa de contar a história “do avesso”.

Tal qual o investigador se está diante do fim da história. A Escola do Recife se opôs ao Jusnaturalismo e ao Eclétismo Espiritual, insurgiu-se através de uma adesão a uma metodologia de orientação positivista e partir daí desenvolveu o Culturalismo Jurídico. É imperioso, como o investigador, encaixar todas as peças do quebra-cabeça de um modo que a imagem possa aparecer de uma vez. Como estas relações vão se desenvolver e como essas orientações vão se conectar? Na extensa linha do fio da história quais são os laços que serão amarrados para que a sucessão de pequenos eventos possa se tornar tão grande movimento? E, em especial para o prosseguimento da pesquisa a partir do próximo tópico, o que vem a ser este surto, e, quais ideias são estas que se originam a partir dele?

3.1. O Movimento Crítico e o Surto de Novas Ideias no Brasil.

O termo “surto de novas ideias” é atribuído a Sylvio Romero (1906) em seu discurso de recepção a Euclides da Cunha⁵⁴. Dentre outras coisas, Romero (1906)

⁵⁴ Não é diferente do que explica Adeodato (2003) quando assevera que “deve-se a Sylvio Romero o termo, usado para designar o movimento intelectual que começou por volta de 1860 e foi até o começo do século XX. Reinavam uma filosofia idealista e eclética, assim como ideias monárquicas e a tradição do feudalismo nordestino, dos senhores de terras explorando os trabalhadores; vigorava também um certo romantismo no plano intelectual e a mentalidade geral era conservadora. Começa então, no dizer de Syvio

argumenta que até o ano de 1868 a filosofia naturalista, católica e eclética não havia sofrido nenhuma oposição por parte dos brasileiros que aceitavam a autoridade do Imperador sem muito questionamento. É então que um movimento subterrâneo desvela o sofisma da coroa brasileira e desestabiliza tudo fazendo com que, através do movimento liberal, novas ideias passem a surgir, ganhar força e acabar por demarcar todo este período. Estas novas ideias podem ser expostas de modo preliminar como o “positivismo, evolucionismo, cientificismo na poesia e no romance folklórico, novos processos de crítica e da história literária, transformação da intuição do Direito e da política, tudo então se agitou e o primeiro brado de alarma partiu da Escola do Recife” (ROMERO, 1906).

Para Sônia Gomes (1986) este período, além de marcar o lançamento das primeiras bases de um regime científico no Brasil, também constitui um marco de definições e diferenciações (pg. 14). O sentido desta frase é demonstrar que o país está passando por um processo de transição que compreende um verdadeiro abalo nas estruturas de cognição primária, sendo necessário retroceder na episteme para reintrodução dos fundamentos do conhecimento e, deste modo, inaugurar um novo período, este mais científico do que o passado. As faculdades orientavam-se pelo ecletismo e pelos princípios escolásticos e foi o atraso da estrutura social que despertou na elite brasileira a necessidade de construção de novo arcabouço de ideias que fosse capaz de estimular uma reestruturação e uma modernização da sociedade pátria (GOMES, 1986, pg. 14).

A autora ainda suscita que não havia, no Brasil, naquela época, muita alternativa além do positivismo, porque não se tinham mentes preparadas para conhecer do Idealismo hegeliano, não se tinha uma indústria, ou uma organização social, capaz de conceber os conceitos do Materialismo marxista e, pouco se tinha de anotações a respeito do kantismo (GOMES, 1986, pg. 15). Era necessário que as ciências propusessem uma síntese totalizante que só foi possível, naquele momento, através dos argumentos da lei dos três estados e da religião da humanidade constantes na filosofia positiva, o que caracterizou, portanto, o cientificismo brasileiro do surto de novas ideias (GOMES, 1986, pg. 15). Não é diferente da visão de Paim (1997) a respeito do tema, para quem a insuficiência de um espírito científico no Brasil fez com que as cogitações filosóficas fossem desenvolvidas a partir da referência externa com autores estrangeiros,

Romero ‘um surto de ideias novas a assolar o País’, buscando os jovens professores recifenses apoio no positivismo de Augusto Comte e nas variações de Littré, Taine, Noiré e outros” (pg. 304).

podendo dividir os interessados no tema em três categorias: a) os pertencentes ao sensualismo metafísico francês que aderiram ao ecletismo; b) os pertencentes à reação neocatólica e; c) os positivistas que aderem as ideias de Comte e Darwin (pg. 20).

O recrudescimento do desinteresse pelo ecletismo na própria França fez com que não houvesse muitas produções locais relativas ao tema que fossem capazes de fomentar os ávidos leitores brasileiros (PAIM, 1997, pg. 20). Isso fez com que os trabalhos de Mont'Alverne e Ferreira França fossem objeto de ferrenhas críticas pelos insatisfeitos com as teses sustentadas por eles. De acordo com Paim (1997), uma das críticas mais importantes foi feita contra a obra de Domingos Gonçalves de Magalhães que publicara seu manual "Fatos do Espírito Humano", cuja orientação é herdada de Mont'Alverne e Cousin, porém, sem a mesma profundidade de pensamento que ambos de acordo com Sylvio Romero (pg. 21). Entretanto, a crítica mais ácida sobre esta obra, em particular, e sobre a filosofia eclética em geral, ocorrerá em 1869, com Tobias Barreto de Menezes (1977) que irá atacar o livro de Magalhães. Aquelas alturas a brochura era o único (e o primeiro) manual de filosofia escrito no Brasil, tornando-se alvo para as mais diversas posições (pág. 90). A crítica desenhada por Tobias (1977) neste ensaio beira um argumento *ad homini*, quando ataca as escolhas dispositivas da retórica de Magalhães, acusando de acreditar ter descoberto algo novo na filosofia (pág. 92), mesmo não conhecendo inteiramente os reflexos da filosofia alemã na França, ou, quiça, na obra de Victor Cousin (pág. 94). É uma questão de referência e uma escolha discricionária por alocar a verdade na visão exclusiva de um autor enquanto paradigma sustenta Tobias (1977)

"O positivismo na Europa se exprimia por órgãos tais como Littré e Stuart Mill. O hegelianismo era atacado por muitos, sustentado e professado por Vera. Na Itália, onde o nosso filósofo estivera como encarregado de negócios, fulguravam os grandes nomes de Gioberti e de Rosmini. No mundo filosófico fazia-se ouvir o embate das mais fortes discussões movidas pelos mais robustos combatentes. E no entanto o Sr. Magalhães nada ouviu! Não se pode, não se deve desculpar ao ilustre filósofo-poeta-diplomata semelhante indiferença; tanto mais quanto ele, deixando o que melhor importava, ocupou-se muito de refutar o refutado, usando de velhos e debilísimos argumentos". (MENEZES, 1977, pág. 94).

Tobias (1977), entretanto, dirige-se especificamente ao capítulo VIII da obra de Magalhães para investigação da teoria do duodinamismo como sendo aquela "que tira a sensibilidade da alma espiritual para atribuí-la a um princípio diverso" (pág. 94).

Gonçalves de Magalhães visa distinguir, além das categorias “corpo” e “alma” uma terceira, a sensibilidade como um *a priori* para qualquer tipo de conhecimento humano, a resposta de Tobias (1977) ainda reside no fato de que a ciência não pode deixar de falar uma linguagem específica e excluir de sua apreensão a língua comum, do cotidiano, ou seja, a premissa maior para derrubar o primado da sensibilidade é a simples apreensão de que ela não passa de uma intuição, um palpite, um exercício divagatório quando não mensurada e reduzida a um método (pág. 95-7). Com estas acepções da crítica de Tobias (1977) ao Ecletismo, percebe-se sua aproximação com um positivismo metodológico. É bastante dizer que ele foi fortemente influenciado neste período pelo primeiro Ihering, portanto, um adepto da positivação, simplificação e esvaziamento ontológico do Direito.

Gomes (1986) entende que, da necessidade de esvaziar-se a estrutura argumentativa fornecida pelo espiritualismo eclético e pelo direito natural, os temas do evolucionismo darwinista, o positivismo comteano, ou de Littré, juntamente com a filosofia liberalista conseguiram lograr êxito em se inserir, definitivamente nos debates acadêmicos da Faculdade do Recife (pg. 21). Neste sentido, o contexto histórico de ascensão do movimento liberalista no Brasil contribui sobremaneira para que se possa instituir o cenário ideal para que o surto possa ocorrer. Novamente, Gomes (1986) assevera que em 1868 começa o levante do movimento liberal em face ao conservadorismo dominante no poder, narrando a autora que “liberais históricos e progressistas se unem; a monarquia começa a ser contestada, considerando-se o poder moderador como ditatorial” (pg. 29). Este levante começa com a tomar forma com a organização de um Centro Liberal que será dividido em diretórios e círculos, e, que se estratificará na Corte, Províncias e municípios fazendo frente e criticando as posições políticas do governo conservador (GOMES, 1986, pg. 29).

É somente no ano seguinte, depois de alguma perseguição dos Imperialistas, que o Centro Liberal lança o seu Manifesto reivindicando, dentre outras coisas, pautas relativas á: a) reforma eleitoral; b) reforma judiciária e policial; c) abolição do recrutamento; d) abolição da guarda nacional e; e) abolição da escravatura⁵⁵ (GOMES, 1986, pg. 30). Além da extensa lista de autoridades⁵⁶ que assinaram tal documento,

⁵⁵ Ressalta Gomes (1986) que, para o Centro Liberal, a abolição deveria se dar de modo gradativo, e não geral, compreendendo o custo das alforrias e dando predileção aos nascituros (pg. 30).

⁵⁶ Dentre as diversas autoridades que assinam o documento é possível encontrar os nomes de “José Thomaz Nabuco de Araújo, Bernardo de Sousa Franco, Zacarias de Goís e Vasconcelos, João Lustosa da

também é possível notar que a imprensa da época se cindiu em torno da polêmica entre o Liberalismo e o Conservadorismo⁵⁷. Outros fatores passam a contribuir para o pensamento liberal ganhar força e comece o clamor pela reforma política e a instituição de uma República no Brasil, fato este que veio a ocorrer somente em 1889, com a proclamação da República Velha. Ao passo disso, Gomes (1986) ainda indica alguns fatores relevantes que vão encaminhando a noção da introdução de novas ideias no país: a) a abolição da escravatura leva ao questionamento sobre a propriedade como forma de manutenção de domínio econômico e, conseqüentemente, das diferenças; b) a migração de povos estrangeiros e sua dificuldade de inserção na sociedade brasileira desvela a diversidade cultural existente no país e; c) a Religião não deixa de ofertar uma resistência no processo de modernização do pensamento, pois há resposta da Igreja com a substituição dos professores por Padres, e, notadamente, pelo papel que a Maçonaria desempenhou na política brasileira (sem abandonar determinados valores cristãos) (pg. 31-43).

É por meio destas questões que a desconstituição do Poder Moderador, enquanto um poder pessoal do rei, que o ideário presente no modelo federalista americano, aquela altura já conhecida pelos europeus, começa a ganhar adeptos no Brasil. Pode-se dizer que, em matéria de gênese histórica, este movimento de libertação da opressão dos resquícios do conservadorismo português existente no país é um dos fatores que origina o espírito combativo que marcará a identidade política do povo brasileiro, que pode chegar até a ser enganado por uma retórica protecionista, mas, que não tarda em buscar ativamente pelo avivamento da liberdade. De fato, James Holston (2013) perfaz uma análise muito acurada da formação do conceito de cidadania no Brasil, que passa por períodos diversos até que a mentalidade política possa se desenvolver através da atuação dos conselhos dos bairros nas cidades com grandes indústrias e, a partir daí, originar o Partido dos Trabalhadores, por exemplo (pg. 69). Jessé de Souza (2019), de outra sorte, prefere estabelecer estas relações demonstrando que a construção do conceito de Elite no Brasil é um dos fatores determinantes para que se manifeste, reiteradamente, um atraso entre nós brasileiros.

Cunha Paranaguá, Antônio Marcelino Nunes Gonçalves, Theophilo Benedicto Ottoni, Francisco Octaviano de Almeida Rosa” (GOMES, 1986, pg. 30).

⁵⁷ Gomes (1986) salienta que “foram muitos os jornais da época que se envolveram no problema político, sinal de que os liberais se uniram em torno de seus ideais; entre esses jornais, cita Vamireh Chacon: *O Diário da Bahia* (Bahia), *A Opinião Liberal* (Rio), *A Tesoura* (Recife), *O Diário de Pernambuco* (Recife), *A Opinião Nacional* (Recife), *O Democrata Pernambucano* (Recife), *O Progressista* e *O Liberal*, ambos de Recife; *A Reforma Liberal* (Manaus)” (pg. 30).

Antônio Carlos Wolkmer (2003) assevera que a implantação dos cursos de direito no Brasil acaba por refletir as exigências de uma elite que se tornará a sucessora da dominação colonizadora através da concretização da independência político-cultural, dando margem para o desenvolvimento das instituições que acabariam por administrar e gerir a estrutura do Estado (pg. 80). Ainda neste diapasão, dois objetivos principais das faculdades de direito podem ser elencados: a) servir de polo de irradiação de um pensamento liberal e; b) dar efetivação institucional ao pensamento liberal (WOLKMER, 2003, pg. 80-1). O grande paradoxo, portanto, é que o Ensino Superior no Brasil institui uma grande inversão de valores pois apesar de divulgar a palavra do liberalismo grande parte da população, eminentemente agrária, encontrava-se excluída da Academia e marginalizada. Recife, especificamente, expressava uma forte tendência para erudição, a ilustração e a recepção de teorias estrangeiras sendo responsável por introduzir o germanismo na cultura jurídica brasileira vindo, posteriormente, a se filiar no evolucionismo e no monismo (WOLKMER, 2003, pg. 82).

As teses levantadas pela Faculdade do Recife são irradiadas diretamente para as outras faculdades de direito que serão fundadas noutros Estados muito por conta dos discípulos e do legado recifense de fins do século XIX a meados do XX (CHACON, 2008, pg. 139). Por meio do decreto n. 1.232-H, de 2 de janeiro de 1891, foi concedida a permissão para criação de faculdades livres, fossem privadas ou estaduais, fato que foi consolidado pela criação da Faculdade de Salvador e outra no Rio de Janeiro (CHACON, 2008, pg. 139). Tendo sido a primeira faculdade da República, a Faculdade Livre de Direito da Bahia contou com cerca de vinte e dois catedráticos em sua composição original, tendo 60% deles se formado em Direito na Faculdade do Recife (CHACON, 2008, pg. 140-1). De acordo com Vamireh Chacon (2008) a inclinação da pesquisa, conseqüentemente, foi diretamente ligada para as referências em Darwin (evolucionismo) e Heackel (monismo), que foram radicalizados por autores como Leovigildo Filgueiras, Virgílio de Lemos e Almáquio Diniz⁵⁸, grupo este que ficou conhecido como “o grupo baiano” da Escola do Recife (pg. 141).

⁵⁸ Para Chacon (2008) Almáquio Diniz foi aquele que mais se destacou dentre os professores do grupo baiano, “muito influenciado pelos *Estudos de direito* de Tobias Barreto, mais a *Concepção monística do universo* de Fausto Cardoso e os *Ensaio de filosofia do direito* de Sílvio Romero, nestas linhas Almáquio Diniz confessa ter escrito seus *Ensaio filosóficos sobre o mecanicismo do direito* (1906), *Questões atuais de filosofia do direito* (1909) e o *Curso de enciclopédia jurídica ou uma teoria geral do direito* (1913). Protestou contra uma das reformas que transformou o ensino de filosofia do direito em enciclopédia jurídica através do livro *A reforma do ensino (A nova classificação da filosofia do direito)* (1925) e discordou frontalmente, a propósito, de Filinto Bastos, Católico tradicionalista, porém reconhecido jurista. Almáquio Diniz, que conheceu de perto seu antecessor Leovigildo Filgueiras,

No Rio de Janeiro, sempre houve uma reivindicação de criação de um estabelecimento de ensino superior, o que foi atendido, de acordo com Chacon (2008) “com a criação da Escola Politécnica em 1874, sucessora da Escola Central para engenheiros civis de 1858, continuadora da Real Academia de Artilharia fundada não só para engenheiros militares” (pg. 143), a Escola Politécnica acabou sendo convertida, em 1937 na Escola Nacional de Engenharia da Universidade do Brasil, e, posteriormente, em Universidade Federal do Rio de Janeiro⁵⁹. Foi Sylvio Romero a principal influência do pensamento de Recife na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro e, o fato de ter se tornado a voz do movimento, o levou a ser amplamente reconhecido na Academia Brasileira de Letras, assim como seu pensamento filosófico (de uma filosofia brasileira), suas críticas literárias, e sua notável adesão ao kantismo.

Em Outro Preto, Minas Gerais, a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais é criada em 1892 e transferida para Belo Horizonte em 1898. Em menor quantidade de professores oriundos do Recife, a maioria esmagadora havia se formado em São Paulo, a adesão ao cientificismo filosófico em contraposição ao catolicismo tradicionalista e ao conservadorismo encontra espaço na produção intelectual de Augusto Lima, através da leitura de Tobias Barreto e Sylvio Romero (CHACON, 2008, pg. 146). Espirando-se pelo Estado de Goiás, os discípulos de Tobias Barreto e companhia encontram admissão na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais em 1916, tendo inclusive a presença de Cristiano Cordeiro, pernambucano, e colega de João Barreto de Menezes, filho de Tobias⁶⁰ (CHACON, 2008, pg. 147). Em Porto Alegre, o destaque é feito para o

declarou-o ‘um spencerista apaixonado’, ‘abeberando-se em Tobias Barreto’. Seu ‘programa tinha muito mesmo do índice dos *Estudos de direito*, de Tobias Barreto, obra de publicação póstuma dirigida por Sylvio Romero’”. (pg. 142).

⁵⁹ Chacon (2008) contribui ainda descrevendo detalhes a respeito da criação da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro que ocorreu “no Mosteiro de São Bento naquela cidade em 31 de maio de 1891, com personagens políticos da época, entre os quais Ubaldino do Amaral, Serzedelo Corrêa e Rangel Pestana. Interrante notar a presença de José Higino Duarte Pereira polemizador contra Tobias Barreto no Recife, José Higino tornado ministro do Supremo Tribunal Federal. *Memória histórica* de 1907, publicada na *Revista da Faculdade Livre de Direito da Cidade do Rio de Janeiro* em 1908, ano IV (volume IV, páginas 94 e 95) que omite o nome de Sylvio Romero entre eles, mas o diretor Leôncio de Carvalho o inclui no relatório do *Décimo aniversário da fundação da Faculdade*, publicado na mesma revista em 1910”. (pg. 143-4).

⁶⁰ Novamente, Chacon (2008) acrescenta que “filho muito zeloso pela memória paterna e seu defensor em memoráveis campanhas políticas democráticas e populares. Ambos [Cristiano Cordeiro e João Barreto] fizeram parte da turma de 1918. Cristiano Cordeiro foi adiante, tornou-se um dos fundadores do Partido Comunista no Brasil, ao lado de Astrojildo Pereira e alguns poucos outros, antes mesmo da entrada de Luís Carlos Prestes. Cristiano Cordeiro participou a contragosto da Insurreição de 1935, foi preso e enviado, pelo autoritário Estado Novo varguista, a uma espécie de exílio interno no outrora tão longínquo Goiás, onde encontrou a simpatia de Pedro Ludovico, interventor no estado e principal animador da construção da nova capital, na qual aceitou os serviços de professor de Cristiano Cordeiro na recém-transferida Faculdade de Direito” (pg. 148).

magistério em Direito Penal de Francisco de Souza Ribeiro Dantas e sua especial inclinação para a obra “Menores e Loucos no direito criminal” de Tobias Barreto (CHACON, 2008, pg. 149). Noutro polo, o Norte, é possível encontrar a seguinte passagem

“Nos fins do século XIX e princípios do XX a imigração nordestina rumou mais ao Norte que ao Sul; motivo: o auge do ciclo da borracha, que transformou Belém e Manaus em tão ricas, que se tornaram metrópoles à beira da selva amazônica. Em 1901 um grupo de ilustres juristas criou em Belém do Pará o Instituto Teixeira de Freitas, almejando a fundação da Escola Livre de Direito criada no ano seguinte, instalada ainda em 1902, pelo decisivo apoio do governador do Pará, com Augusto Montenegro, ele próprio bacharel pela Faculdade de Direito do Recife em 1886, portanto aluno de Tobias Barreto e colega contemporâneo dos seus primeiros importantes discípulos. Não era o único em Belém do Pará; a seu lado estavam vinte e um formados pela Faculdade do Recife, enquanto apenas dois por outras, um pela de São Paulo e outro pela da Bahia, ao lado de dois médicos das matérias didáticas respectivas. Mesmo em meio às suas tarefas políticas e administrativas, Augusto Montenegro exerceu a cátedra de economia política, finanças e contabilidade, desdobrada nos tempos dos seus sucessores” (CHACON, 2008, pg. 150).

Três nomes são citados como grandes continuadores da tradição da Escola do Recife em Belém do Pará, sendo eles Samuel da Gama e Costa Mac-Dowell⁶¹, Justiniano de Serpa⁶² e Raimundo de Farias Brito (CHACON, 2008, pg. 150). Este último, com todas as deferências, merece um comentário mais extenso a respeito da contribuição para a fundação de uma tradição jurídica paraense. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife em 1884, presenciou o grande apogeu crítico da Faculdade e da produção intelectual de Tobias Barreto (CHACON, 2008, pg. 151). Enveredando para política em seu estado natal, acabou indo para Belém por ventura do falecimento de seu pai e de sua esposa, oportunidade na qual, também, escreveu o livro “Finalidade do mundo” e iniciou a escrita de “Filosofia do espírito”. Professor

⁶¹ A respeito deste nome, “Samuel Mac-Dowell, de uma família na qual o nome se repete, é dos da Faculdade de Direito do Recife, ali vindo a ser professor de direito comercial e companheiro na banca de advocacia do pai. De volta a Belém tornou-se presidente da Ordem dos Advogados local, deputado estadual e um dos fundadores da Faculdade Livre de Direito” (CHACON, 2008, pg. 150-1).

⁶² Sobre este segundo nome, “Justiniano de Serpa, também egresso da Faculdade de Direito do Recife, cedo chegou a deputado provincial no Ceará natal no tempo da Monarquia, em seguida professor no Liceu Cearense, defensor da abolição da escravatura na Câmara e nos jornais; ao perder o mandato pela proclamação da República, logo foi eleito deputado à Assembleia Constituinte Federal e governador do Ceará. Quando mais uma vez deputado, rompeu com a ditadura do marechal Floriano Peixoto, solidarizando-se com Epitácio Pessoa e J. J. Seabra, então na oposição, tendo de transferir-se a Manaus e de lá a Belém, onde voltou a eleger-se deputado federal. Está entre os professores fundadores da Faculdade Livre de Direito de Belém do Pará” (CHACON, 2008, pg. 151).

substituto da cadeira de filosofia do direito foi dito por Sylvio Romero como sendo um dos leitores mais aprofundados em Spinoza, Kant, Mill e Spencer (CHACON, 2008, pg. 152). A respeito da filosofia professada por Farias de Brito, Chacon (2008) argumenta que “o idealismo de Farias de Brito, único pensador brasileiro original sistêmico até então, em parte é indiretamente resposta ao agnosticismo kantiano tobiático, após a sua fase materialista de Haeckel” (pg. 168-9).

A respeito deste tema foi feita uma consulta ao Instituto Silvio Meira, que por meio de seu Presidente Professor André Meira forneceu interessante bibliografia sobre os perfis parlamentares com destaque ao Deputado Federal José Augusto Meira Dantas, mais conhecido como Augusto Meira. Tendo iniciado seus estudos primários em humanidades com seu pai, Augusto Meira cursou Direito na Faculdade de Recife se graduando em 1899, voltou para o Rio de Janeiro após sua graduação e, incontinenti, lhe foi oferecida a Promotoria da cidade de Santarém (PA) (MEIRA, 1993, pg. 20-2). Por conta de seu pensamento lúcido e avançado, acabou sendo transferido para comarca da capital onde exerceu o cargo na companhia de Farias Brito e Avertano Rocha e, com exceção da cadeira de Medicina Legal, Augusto Meira lecionou todas as outras disciplinas do curso de Direito em Belém (MEIRA, 1993, pg. 23). Augusto Meira, tanto em sua vida como Parlamentar, Promotor, quanto como Professor levou a frente o espírito vanguardista dos professores do Recife.

Como se pode observar, a contribuição da Escola do Recife para construção de uma tradição jurídica brasileira é enorme e deixa seu legado sobre a criação de vários outros centros de estudo no Brasil. Porém, é importante salientar que não existem somente aspectos positivos a serem investigados no que tange à contribuição original dos pensadores recifenses que, muitas vezes eram acusados de cometer uma deslealdade acadêmica para com os outros autores estudados na medida em que precipitações poderiam ser cometidas quando não há um empenho em compreender a obra do escritor estrangeiro antes de criticá-la. Adeodato (2003) lembra que isso se dá pelo fato de os professores do movimento acreditaram que o pensamento dos professores importados não estava pronto e acabado, pendente, deste modo, de uma contribuição autêntica para que pudessem ser aplicáveis no Brasil (pg. 305). A partir daí que surge este debate acerca da originalidade e da fidelidade acadêmica dos pertencentes ao movimento⁶³.

⁶³ João Maurício Adeodato (2003) pontua que “No Brasil da época, de modo geral, só eram estudados os autores e as culturas portuguesa e francesa. Havia, porém, de parte de Tobias, uma nítida preocupação em atualizar-se frente às novas publicações da Europa como um todo, para que evidentemente prestou-se sua

Entendida de um modo mais ampliado a crítica pode ser expressa a partir da noção de recepção. Quando o anfitrião recebe um convidado em sua festa ele não está somente deixando com que uma pessoa estranha adentre em sua residência, mas, também, convidando-a a sentir à vontade. Ou seja, ele dá certa liberdade para que o convidado possa interagir com o seu espaço e compartilhar dele com o anfitrião. Em matéria de recepção do pensamento estrangeiro estende-se o mesmo convite aos autores, para que compartilhem suas experiências e se sintam à vontade para ficar em casa. Consequentemente, é preciso buscar saber quem é essa pessoa que está sendo convidada a conhecer o interior da casa, deve-se dedicar tempo à compreensão das teses que pretendem ser recepcionadas. Este sentido de recepção fica maculado quando se parte de uma pré-concepção crítica a respeito do pensamento que se recepciona. Então, o processo de criação, como um todo, acaba se contaminando desde a raiz.

Em consequência, é possível aduzir que não há autenticidade no pensamento da Escola do Recife, porque suas críticas são projeções dos seus pré-conceitos acerca da obra dos autores a quem estão se referindo. Bastaria contra-argumentar as críticas do surto de novas ideias dizendo “...mas, não foi isso que esse autor quis dizer...”; ou, “o você está dizendo é ideia sua e não do autor fulano de tal”. De fato, é um argumento pertinente, autenticidade verdadeira, originalidade própria, é uma possibilidade crível na sociedade contemporânea? Os processos de dominação do neocolonialismo advogam que a dominação intelectual se dá por meio da justaposição da racionalidade externa com a interna, o que significa que é um imperativo receber sem criticar. Porém, olhando pelo outro lado, até que ponto a crítica pela crítica forma uma identidade? A negação absoluta de certeza não é, por assim dizer, um tipo de certeza?

Outro ponto negativo acerca da proposta metodológica do movimento recifense diz respeito à adoção do germanismo e a discussão de referências europeias. A negatividade deste argumento está diretamente ligada ao que foi chamado, no parágrafo acima, enquanto um neocolonialismo. O Brasil era refém dos estudos Portugueses e Franceses, havia um dogmatismo formal quanto ao modo como se devia apreender o

fluência na leitura da língua alemã, competência rara nos professores do Recife. Ainda que influenciado pelas ideias europeias, porém, Tobias e seus amigos não as encaravam como prontas e acabadas, sempre procurando emprestar-lhes crivo crítico. Daí o debate sobre a fidelidade e acuidade das análises e discussões. Esse aspecto de não-subserviência talvez tenha sido o principal fator da originalidade que resultou do movimento recifense, em que pese seu caráter periférico em relação aos debates no centro mais desenvolvido. Se a originalidade vem ou não da ignorância do ‘verdadeiro sentido’ dos autores europeus, este parece problema de menor relevância. De toda forma, o grupo de Tobias não se preocupava muito em elaborar fichas de leituras fiéis de obras e autores europeus, cuidando de elaborar um pensamento próprio” (pg. 305).

conteúdo destas teses, porém, o germanismo, inserido no direito por Tobias Barreto se justifica pela necessidade de o Brasil se adequar às exigências de uma racionalidade filosófica que se encontrava no mais avançado estágio (ainda que no continente europeu), na Alemanha. Razão pela qual Tobias não só se tornou fluente na língua alemã, como também, produziu uma série de textos em alemão que foram publicados naquele país tornando-lhe referência nas ciências criminais com destaque para obra “Estudos Alemães”, e o famoso discurso liberal republicado integralmente em língua alemã, “Um discurso em mangas de camisa”.

Por pelo menos três frentes diferentes o legado da Escola do Recife pode ser atacado e é possível sintetiza-los do seguinte modo: a) apesar de uma linguagem liberal, o monopólio do acesso ao conhecimento erudito era exercido por uma elite que substituiu a monarquia durante a Primeira República; b) a filosofia crítica exercida pelos professores que seguiam a retórica tobiática pode ser interpretada como uma deslealdade acadêmica com o sentido original das obras devido a uma interpretação orientada por pré-conceitos ilegítimos e; c) a opção pelo estudo do pensamento alemão, introduzindo o germanismo no Brasil, indica a manutenção do processo de colonização intelectual que acaba por manter a estrutura do sistema mundo e as diferenças entre centro e periferia. Ainda, para Adeodato (2003), pode-se incluir, também, a aparente falta de unidade entre os autores pertencentes ao movimento, crítica essa que é afastada por ele ao demonstrar que existem vários pontos de conexão entre eles⁶⁴ (pg. 320).

É difícil discordar da leitura histórica que fundamenta o primeiro argumento, porém, contra ele seria possível levantar a tese de que o discurso acadêmico nem sempre alcança seus objetivos na prática política. Se se analisar a própria história do pensamento filosófico será possível encontrar casos em que a teoria propugna por um caminho, mas, os interesses humanos e as relações de poder manipulam estes argumentos e os desvirtuam para manter as estruturas e as instituições. Sócrates, por exemplo, vê a dialética se tornar “rebeldia” e o discurso político marginaliza a filosofia ao ponto de Platão defender a República de filósofos. E, no Brasil, o discurso acadêmico liberalista enfrenta o desafio de conscientizar as grandes massas dentro de

⁶⁴ Nesse sentido, “muito embora a discussão a respeito, parece que realmente houve unidade de pensamento no Recife, inspirada no movimento neokantiano e buscando derrubar tanto o materialismo histórico como o positivismo ortodoxo e o espiritualismo aristotélico-tomista. Um dos elementos dessa unidade se dá em torno da obra de Kant, como dito acima, através de cuja obra eram filtradas diversas fontes aproveitadas pelos membros da Escola. Eles não propriamente aderiram nem tampouco permaneceram acompanhando a evolução das principais correntes filosóficas que os influenciaram, aproveitando apenas aquilo que os ajudava no combate às outras correntes, dentro da realidade local” (ADEODATO, 2003, pg. 320).

um ambiente que fomentava a desinformação (e conseguia fazê-lo de modo prático). É bastante acertada, portanto, a perspectiva de Jessé de Souza (2019) para quem a gênese dos problemas atuais é encontrada a partir da compreensão das questões que originam a produção de diferença histórica no Brasil⁶⁵.

De outra sorte, a resposta para as duas outras críticas pode ser aglutinada em cima de um argumento muito bem ponderado por Adeodato (2003) para quem os autores do movimento procuravam solucionar problemas locais, brasileiros, particulares e este singular motivo os impossibilitava de receber as teses estrangeiras de um modo acrítico (pg. 320). É justamente esta tentativa de atender às necessidades locais que faz com que se constitua uma independência cultural do povo brasileiro e a ideia de uma originalidade de pensamento, muito embora a própria ausência de uma tradição filosófica no Brasil contribuísse negativamente para a absorção destas novas ideias (ADEODATO, 2003, pg.321). Uma das maiores problemáticas enfrentadas na presente tese era justamente essa, a noção exata de qual tipo de recepção é feita pela Escola do Recife, e a ideia de uma originalidade de pensamento atribuída ao movimento. De modo que, apesar de as próprias teses que estão sendo recepcionadas não estarem prontamente acabadas e em constante mutação o processo de recepção crítica feito pelo movimento recifense, e posteriormente espalhado por todo o Brasil, demonstra qual a identidade jurídica que se constrói a partir do século XIX.

Em conclusão, parece precipitado o argumento que acusa o Surto de Novas Ideias de ser uma apropriação indevida das proposições filosóficas que ele se preocupou em estudar. Tome-se como base desta precipitação uma fala do Prof. Robert Alexy no *Autumn International Legal Seminar* realizado em Março de 2014 na UNOESC – Chapecó/SC. Quando perguntado sobre a aplicabilidade de sua famosa fórmula da ponderação, no modelo mais complexo proposto por ele em ocasião do evento, alguns casos práticos foram levantados para que pudesse demonstrar como eles seriam resolvidos pela técnica de ponderação e aplicação da fórmula peso. Porém, antes de fazê-lo o professor asseverou, em um tom sério e semblante fechado, que, tanto na introdução de sua teoria da argumentação jurídica quanto em sua teoria dos direitos

⁶⁵ Para um esclarecimento do argumento levantado aqui “O que é necessário compreender é o vínculo orgânico entre a criação do bode expiatório da corrupção política e o processo de invisibilização do saque, mil vezes maior, promovido pela pequena elite de proprietários sob o comando do rentismo hoje dominante. Assim, só para ter uma ideia do tamanho da patranha basta comparar a sonegação abertamente ilegal de impostos da elite, que é de 500 bilhões de dólares, com o dinheiro recuperado pela Lava Jato depois de cinco anos de ‘trabalho’, que não chega a um bilhão de dólares. Essa é a distância entre a corrupção real e a corrupção dos feitos de tolos. Quem não percebe o vínculo orgânico de reciprocidade entre os dois fatos foi efetivamente feito de bobo” (SOUZA, 2019, pg. 249).

fundamentais, ele estava se reportando para a cultura e para constituição alemã. Tentar solucionar questões relativas ao infanticídio na aldeia indígena ou sobre o aborto do feto anencéfalo usando sua formula peso sem considerar as variáveis culturais, históricas e sociais do Brasil, adequando as premissas teóricas para estas necessidades é um salto no vazio. As respostas podem fazer certo sentido, ou sentido nenhum, deixando de ser questões analíticas e se tornando em hermenêuticas.

Tal alegação de um alemão em terras brasileiras a respeito da recepção é a confirmação da resposta de Adeodato (2003), muito embora seja possível identificar alguns percalços no caminho, e que haja espaço para tecer críticas com consciência histórica, não deve prevalecer injustiça com a contribuição intelectual e cultural do surto de ideias proposto pela Escola do Recife. Sua originalidade não está no fato de deslocar a centralidade do sistema-mundo para a periferia, em vários aspectos encontra-se sim uma manutenção do *status quo*⁶⁶ (como por exemplo Tobias sendo considerado um expoente do pensamento alemão na América latina pelos próprios alemães, ou, a manutenção de fontes estrangeiras). Contudo, é impossível constituir uma tradição inteiramente nova sem referências ao pensamento europeu. Porém, é perfeitamente possível adequa-lo à realidade local. Isto não havia sido feito antes na magnitude e na proporção do que foi realizado pela Escola do Recife, elevando-a ao patamar que merece ocupar e justificando a seleção dela para a discussão sobre a gênese da identidade jurídica e dos processos de recepção e formação do pensamento jurídico no Brasil.

3.2. Principais Expoentes do Movimento.

Voltando para Paim (1997) o movimento pode ser estruturado a partir da divisão dos seus principais expoentes e suas contribuições para a filosofia do direito e para a construção de uma identidade jurídica. A partir deste sistema apresentado por ele pretende-se dividir este tópico a fim de realizar uma análise geral a respeito da obra de cada um deles, adotando a seguinte ordem de apresentação: a) Tobias Barreto de Menezes; b) Sylvio Romero; c) Clóvis Beviláqua; d) Artur Orlando; e) Martins Júnior e Faelante da Câmara⁶⁷. O propósito não é o de esgotar a obra e a doutrina de cada um

⁶⁶ Ainda, será mesmo possível dizer que hoje estamos completamente livres do colonialismo?

⁶⁷ Divisão extraída da obra “A Escola do Recife: Estudos complementares á História das Ideias Filosóficas no Brasil” de autoria de Antônio Paim (1997).

deles, porém, o que se pretende, é demonstrar como cada um apresenta sua leitura de mundo e do papel da academia jurídica, recepcionando teses, criticando-as, rebatendo críticas a despeito de suas posições originárias. Cada um deles possui uma relevância prática na divulgação dos estudos da Escola do Recife e, portanto, se tornam marcos na história e na cultura jurídica brasileira. Seus discípulos carregarão o seu legado e o do surto de ideias.

Em sede de advertência inaugural, também é importante salientar que o estudo que pretende aqui ser feito não é mera notícia biográfica com dados sobre a vida dos autores em comento. Pretende-se de outra sorte, enumerar os traços mais importantes e contribuições relevantes para a filosofia, direito e para construção de uma identidade brasileira. Apesar de, por muitas vezes, ser possível encontrar na exposição do pensamento de cada um as bases conceituais e referências prévias, a exemplo de Littré, Hartmann, Comte, Spencer, e outros, dedicar-se-á uma sessão da tese para investigar o pensamento de cada uma destas referências de base para a indicação da orientação dos expoentes da Escola do Recife. De modo que, em resumo, a investigação pode ser caracterizada como uma avaliação histórico-qualitativa das ideias filosóficas que foram defendidas pelos autores em questão ao longo do seu período de atividade intelectual. A história da filosofia sem nomes perde a identidade e se torna uma existência sem rosto, olhar para esta identidade em construção, olho no olho, cara a cara, este é o propósito do presente tópico.

3.2.1. Tobias Barreto de Menezes.

Mulato, filho de Pedro Barreto de Menezes e Emerenciana Maria de Jesus, nascido em 07 de Junho de 1839 e faleceu em 26 de Junho de 1889 (BARRETO, 1989, pg. 03) tendo vivido, portanto, breves 50 anos e deixado um inestimável legado para a ciência jurídica e para filosofia do direito no Brasil. Enveredou cedo para docência quando, aos 15 anos completos, concluiu o curso de Latim e participou de processo seletivo para lecionar gramática latina na Vila de Itaibana onde iniciou, em 1857, definitivamente o magistério (BARRETO, 1989, pg. 03). Somente em 1862, já tendo tido contato com a filosofia aristotélico-tomista através dos seminários de Frei Itaparica, com dinheiro emprestado e autorização especial para cursar letras jurídicas, Tobias inicia o curso de Direito na Faculdade do Recife, ali construindo profundas raízes que

influenciaram suas decisões para o resto da vida (BARRETO, 1989, pg. 03). Durante esta fase inicial Tobias demonstra uma grande veia poética aderindo ao chamado condoreirismo sendo ele descrito como um romântico de quarta geração preocupado com questões sociais e abolicionistas⁶⁸.

Após ter tentado, por duas vezes, retornar ao magistério sem sucesso Tobias começa a empregar grande militância política através de textos publicados em jornais de grande circulação da época, seus alvos eram a religião, a concepção naturalista de direito e a orientação política conservadora e antiliberal fortemente enrustida na cultura pátria (BARRETO, 1989, pg. 04). Ao concluir o curso de Direito, com as bênçãos de seu sogro, casa-se e por um período passa a exercer cargo público e viver uma vida política ativa no município de Escada no sul de Pernambuco e é ali onde dedica seu tempo para o desenvolvimento de um jornal próprio (“Um Sinal dos Tempos”) e seu primeiro livro (“Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica”). Durante este período ele se aprofunda na leitura do pensamento alemão e, alternando a carreira política com a de filósofo, escritor e crítico social somente em 1882 que consegue adentrar na Faculdade de Recife como professor e difundir seu ideário nas academias (BARRETO, 1989, pg. 05).

Paim e Mercadante (1977) ainda complementam que o curso de direito, naquela época, era dividido em duas cadeiras, uma destinada às ciências jurídicas e outra destinada às ciências sociais, considerando, ainda, que a inspiração geral do curso provinha da tradição do Direito Natural (pg. 13). O processo de evolução continua desta disciplina apresentava derivações do jusnaturalismo de Oudot e Taparelli e, em Recife, respirava-se a teoria do Direito Natural como a filosofia dos primeiros princípios pautados pela razão de Beline e Ahrens (PAIM e MERCADANTE, 1977, pg. 13). Diversos relatos são apresentados de modo minucioso pelos autores para demonstrar que o espírito reacionário de Tobias conquista a atenção do público e a ojeriza dos professores, mas, se havia ali uma disputa de posições sobre as orientações teórico-

⁶⁸ A respeito desse tema, novamente, Barreto (1989) assevera que “chegando ao Recife, ele afirma sua condição de poeta, dedicando à cidade que ele chama de ‘cabocla civilizada’, o poema ‘A Vista do Recife’, entrada triunfal para o condoreirismo que iria marcar sua trajetória poética de romântico de quarta geração. É o lado poeta que domina os primeiros anos de Tobias no Recife. Poeta inflamado conclamando o povo para a luta, tendo como mote a guerra do Paraguai. É ele quem devolve aos pernambucanos a capacidade de crer novamente no futuro, depois das derrotas sofridas com a guerra. Na poesia do sergipano, flui a convocação patriótica, que recebe do povo mais do que aplausos nas ruas, nos teatros, pelos locais públicos, a consagração literária, afirmando um talento que rivaliza com Castro Alves, poeta da Bahia, Vitorino Palhares, poeta de Pernambuco, e outros jovens embriagados na beleza da arte poética” (pg. 03-4).

filosóficas em jogo, não havia nenhuma sombra de dúvida sobre a capacidade e conhecimento do jovem professor, aprovado em primeiro lugar no concurso em que prestou tomando posse em 14 de agosto de 1882 (PAIM e MERCADANTE, 1977, pg. 25). Começando a polemizar com suas ideias extremadas, Tobias, de fato, causa uma revolução na Faculdade do Recife, veja-se o seguinte trecho

“Comentando o ambiente da Faculdade, incumbido que fora de redigir a *Memória histórica* relativa a 1883, Tobias Barreto teria a oportunidade de afirmar ‘o grau de desenvolvimento das doutrinas do curso, é duro e triste dizê-lo, mas é verdade, não esteve na altura, que era para desejar. Não comento, limito-me a estabelecer o fato, seja qual for a causa dele... O mão não está na liberdade, nem mesmo no abuso dela, que é semelhante àquele dardo maravilhoso, de que fala a mitologia grega, o qual curava, somente ele, as feridas que fazia; o mal está na híbrida junção que parece, às vezes, estabelecer-se, nesta Faculdade, da liberdade extrema com o extremo obscurantismo’” (PAIM e MERCADANTE, 1977, pg. 27).

Graziela Bacchi Hora (2015) descreve que a partir da introdução de novas ideias na perspectiva tobiática ele se torna o primeiro intelectual brasileiro a citar Karl Marx, o primeiro a defender a emancipação feminina em território pátrio e, o primeiro a criticar o determinismo naturalista de Césare Lombroso em matéria de criminologia (pg. 196). Porém, a contribuição de Hora (2015) demonstra outro lado da personalidade de Tobias, pois, mais voltada para análise qualitativa da retórica empregada por ele, em determinados momentos pode-se perceber o emprego de formas argumentativas de argumento ao ridículo, o que demonstra sua expertise na aplicação da sofística pitagórica (pg. 196). Noutra obra, Graziela Hora (2010) ressalta que a partir do ponto de vista da antropologia “podemos ressaltar como situação que comporta elementos de mobilidade que podem ser julgados como positivos, ao mesmo tempo em que comporta elementos de ressentimento” (pg. 137). É a concepção de desconforto com o status social, a formação de preconceitos e o desenvolvimento de complexo de inferioridade de classe que acabam por contribuir para a criação da identidade combativa do mulato Tobias (HORA, 2010, pg. 138).

Opera-se certa inversão no sentido de que a época recomendava polidez, fala articulada, falta de agressividade como qualidades de uma vida elegante, deste modo, as classes sociais mais baixas procuravam mimetizar, ou, almejar este comportamento para se sentir, ou serem vistos como pessoas nobres. Dada a instrução de Tobias, com muito esforço próprio, ele podia ver além desta máscara do comportamento idealizado e

esperado de alguém da sua classe e ir de encontro a tais pressupostos. Ele não fala com gratidão ou pena para os pobres e menos abastados, ao contrário, ele se reporta sempre na primeira pessoa quando discorre acerca das classes populares (HORA, 2010, pg. 139). Daí porque se torna imperioso destruir a referência de moralidade das classes superiores usando de desconstrução para que se elimine a distância entre a pessoa do discriminador e do discriminado (HORA, 2010, pg. 140).

A análise da retórica do ressentimento no discurso tobiático denota o quanto seu pensamento, realmente, encontrava-se à frente de seu tempo. Muito embora diversos outros aspectos relevantes da sua biografia possam ser levados em conta, será reservado um tópico para trabalhar, de modo minucioso, a evolução de seu pensamento filosófico no próximo capítulo. De toda sorte é imprescindível dizer que sua filiação inicial ao positivismo, ao monismo e ao liberalismo demarcam quase toda a extensão e qualidade de sua obra. Apesar dessa adesão inicial ao positivismo, Tobias, depois de um determinado período defendendo a objetivação do fenômeno científico, também passa a criticar o a orientação positivista inserindo em sua posição original comentário à filosofia neokantista. Esta última demarcou a fase final de seu pensamento. Em 1888 adoece e fica sem poder sair do leito até sua morte no ano seguinte, deixando um legado inestimável para a filosofia, filosofia do direito e para teoria do direito no Brasil e no mundo⁶⁹.

3.2.2. *Sylvio Romero.*

Sylvio Romero nasceu em 21 de Abril de 1851 nas proximidades da vila de Lagarto, interior da província de Sergipe, tendo ele próprio se referido, tempos depois como um belo recanto do Brasil (MENDONÇA, 1938, pg. 20). Foi aluno egresso da Faculdade de Direito de Recife entre 1868 e 1873, terminando a graduação com 22 anos de idade à época. Exerceu, ainda que por curto período o cargo de deputado provincial por Estância no Sergipe, em 1878 publica a obra “A filosofia no Brasil”, que, de acordo com Paim (1997) constitui-se num documento de “extraordinária importância para se

⁶⁹ A seguinte nota foi publicada quando da ocasião do falecimento de Tobias Barreto de Menezes: “Eis como a imprensa recifense noticiou o sepultamento de Tobias Barreto: ‘O féretro do eminente professor foi conduzido à mão, desde a rua do Hospício até o cemitério de Santo Amaro. Lentes da academia, magistrados, deputados provinciais, muitos amigos e mais trezentos estudantes acompanharam-no, sendo que estes foram incorporados até o referido prédio, precedidos de duas bandas marciais levando o estandarte da Academia, coberto de crepe’” (PAIM e MERCADANTE, 1977, pg. 45).

aquilatar a profundidade da crise que abalava o pensamento filosófico nacional” (pg. 19). Trata-se, portanto, de uma contribuição para a polarização dos espíritos acerca da novidade de pensamento e das novas ideias que visavam a desconstrução dos paradigmas fixados pelo período anterior. Sua crítica inicial residia no fato de não haver, ainda, no país um espírito científico, ou seja, uma sistematização da apreensão do conhecimento filosófico e uma classificação lógica das leis do desenvolvimento, chegando, inclusive, a enumerar os pesquisadores em três grupos distintos (PAIM, 1997, pg. 20).

Pensada como uma forma de apresentar as teses principais em voga no país, desenvolvendo certa sistematização do pensamento filosófico, a obra ainda faria a proposição da crítica a tais teses e o comentário dos pensadores brasileiros a respeito do tema (PAIM, 1997, pg. 20). Combatendo a existência de duas entidades imateriais dentro do homem, a alma (dotada de pensamento e vontade), e a força vital (encarregada da faculdade de sentir), Romero busca desconstruir o dualismo idealista presente na formação das ideias do ciclo eclético espiritual e católico (PAIM, 1997, pg. 22). A dissociação da ideia do real e o risco de submeter a certeza científica ao véu de um misticismo são argumentos levantados por ele para desconstruir uma orientação filosófica que usava a vontade de Deus para fundamentação da razão humana (PAIM, 1997, pg. 22). No diapasão da pergunta ontológica sobre a existência humana, a liberdade definiria o ser que tomaria sua forma definitiva através da ciência, deste modo, o conhecimento humano deveria ser compreendido, na perspectiva do que depois viria a ser a religião positiva no Brasil, enquanto uma espécie de deus (PAIM, 1997, pg. 22).

Não há, entretanto, uma concordância fiel dele com Tobias, apesar de extrema deferência a seu contemporâneo⁷⁰ em matéria de filosofia encontramos algumas divergências no pensamento dos dois. A adesão parcial ao positivismo sem, no entanto, rejeitar toda especulação metafísica é uma posição compartilhada por ambos. Porém, “Tobias Barreto ocupava-se em delimitar o campo em que se poderia aceitar a metafísica, o que levava a distanciar-se cada vez mais do sistema de Comte” (PAIM, 1997, pg. 24), de outra sorte, Romero parece se preocupar com as implicações epistêmicas do fetiche metafísico. Ao elogiar a clareza sistemática da ciência positiva

⁷⁰ De acordo com Paim (1997), “ao falar de Tobias Barreto, considera-o verdadeira *avis rara*, repetindo aliás a caracterização de Carlos Koseritz e acha que ‘nele estão resumidos, cristalizados os sonhos que é dado brotar na alma brasileira no momento atual. Ali sente-se um como irradiar do futuro. O sergipano, no desenvolvimento brasileiro, na consciência pessimística de nosso atraso, é um ponto central” (pg. 24).

como uma resposta ao subjetivismo e ao idealismo, Romero busca demonstrar que a negação dos fenômenos psicológicos, enquanto objetos científicos, esvazia determinados ramos do conhecimento, em que pese aproximarem o conhecimento humano de dados mais práticos⁷¹ (PAIM, 1997, pg. 25).

Deste modo, a adesão parcial de Romero, de inclinação menos metafísica que a de Tobias demonstra que o primeiro estava antecipando os argumentos que fariam a orientação da Escola do Recife em procurar nos neokantistas a resposta para essa polêmica a respeito da origem do conhecimento humano. Durante este período, até precisamente 1881, Romero se dedica a construir um legado em matéria de estudos filosóficos e, a partir deste ano, começa a lecionar a disciplina de filosofia no Colégio Pedro II no Rio de Janeiro (MENDONÇA, 1938, pg. 238). Tendo atuado enquanto correspondente de vários jornais e publicado um considerável número de escritos, Romero também se dedicou a elaboração de livros completos no qual enveredou para a área da história, literatura e da cultura (MENDONÇA, 1938, pg. 238). Apesar de não ter lecionado na Faculdade de Direito de Recife foi formado por lá e contemporâneo de Tobias, sido descrito por muitos como aquele que mais contribuiu para publicidade do surto de novas ideias da Escola do Recife.

No ano de 1888, Romero publica a obra “História da Literatura Brasileira” em dois volumes inaugurando a sua perspectiva, herdada da tradição da Escola do Recife, do culturalismo sociológico (PAIM, 1997, pg. 33). A proposta reducionista de um positivismo darwinista, metódica e objetiva, seria o epicentro da fundação da tese posto que a experiência humana não consiga ser reduzida em causas eficientes, apenas (PAIM, 1997, pg. 33). E, considerando a superação da metafísica aristotélico-tomista por parte de Tobias, a parte da filosofia que se preocupa com a fundamentação do conhecimento e suas implicações noutras questões de fundo teórico seria objeto da cultura (PAIM, 1997, pg. 33). Não pretendeu, porém, Romero entender o conceito de cultura dentro de uma proposição analítica, separando-o de outras categorias, e, sim, aloca-lo numa narrativa que capacitaria desvelar a evolução da cultura brasileira (PAIM,

⁷¹ Ainda nesse diapasão, “lembra Sylvio Romero que existiu um materialismo, na sua opinião metafísico e superficial, fase essa inteiramente superada pelos esforços de várias gerações de pensadores para rechaçar o absoluto do homem e do universo. Por isto mesmo, a ciência de hoje rejeita ‘a expressão *materialismo* não porque abandone suas doutrinas, mas porque o termo pode ser explorado, como foi pelo médico de São Paulo’. ‘A ciência, em filosofia positiva – afirma – não é nem idealista, nem materialista, porém realista; estuda os fatos e busca conhecer-lhes as relações, sem importar-se com um sistema qualquer preconcebido e invariável, nem com esta ou aquela tendência. Os sistemas em geral, não podem conter toda a verdade, mas somente metade dela, e, pois, prejudicam as investigações, impondo-lhes um alvo fixado de antemão’” (PAIM, 1997, pg. 26).

1997, pg. 33). De modo que isto representava uma segunda distinção entre ele e Tobias, para quem o próprio culturalismo perderia seu sentido filosófico quando limitado ao plano da investigação empírica e de conotação sociológica⁷².

Deve-se considerar, neste diapasão, que a incompatibilidade do monismo evolucionista com a proposta analítica neokantiana não seria percebida por Tobias até o momento de sua morte. Somente trabalhos posteriores vieram a demonstrar e acusar essa incompatibilidade argumentativa, tendo, deste modo, o mestre do Recife sido superado por alguns dos que continuaram a investigação sobre o tema⁷³. Desenvolvendo ainda mais um punhado de obras e vindo a ser reconhecido e laureado imortal pela Academia Brasileira de Letras, conforme já mencionado anteriormente, Sylvio Romero falece dia 18 de Junho de 1914 aos 63 anos de idade. Sua inestimável contribuição para filosofia, história, direito, literatura e cultura marca de modo indelével sua identidade e sua participação na construção da cultura brasileira⁷⁴.

3.2.3. *Clóvis Beviláqua.*

Dos juristas até aqui apresentados este, possivelmente, é aquele do qual se tem mais notícia da contribuição jurídica destacada para a tradição do direito privado, especificamente, do direito civil brasileiro. Nascido em Viçosa, no Estado do Ceará, no

⁷² A relação de influência entre Romero e Tobias deve ser reanalisada para melhor entender o ponto central da discussão. Romero inaugura sua proposta do Culturalismo Sociológico nos estudos sobre “História da Literatura”, é possível entender que ele está argumentando a favor da premissa de que é possível constituir uma percepção de sociedade e de validação da experiência através da arte como forma de expressão da cultura (objeto central, portanto, de sua análise). A referência a Tobias está no fato de o mesmo ter realizado uma abertura da ciência para cultura, porém, o dissenso entre eles reside na questão de o primeiro conceber a cultura no plano da episteme e da filosofia, considerando a hipótese dela própria fazer parte de um tipo de conhecimento humano superior ao empírico, enquanto que o segundo reduzia essa experiência a um dado sensível.

⁷³ Ainda, a respeito desse tema, importante salientar que “a aceitação neokantiana de que filosofia é um tipo de saber que não aumenta o conhecimento científico, de parte de Tobias Barreto, teria que levá-lo inevitavelmente a abandonar o monismo de inspiração cientificista, se tivesse sobrevivido mais alguns anos. A incompatibilidade entre os dois momentos seria proclamada por Arthur Orlando, o que não foi entretanto suficiente para obstar as discussões entre os participantes da Escola que se proclamavam seguidores seja do monismo mecanicista, seja do teleológico, da filosofia de Haeckel (sem o sentido religioso que lhe daria mais tarde) ou de Spencer. Assim, Sylvio Romero permanecia fiel ao evolucionismo spenceriano, complementando-o com ideias da Escola de Le Play em vista da natureza sociológica de seu culturalismo” (PAIM, 1997, pg. 33).

⁷⁴ Somente a respeito dos temas aqui abordados, e que merecem atenção mais detida por conta da densidade argumentativa apresentada por ele, se teria fôlego para uma carreta de páginas. Porém, limita-se o trabalho em destacar estes dados, por mais superficiais que sejam, sobre tão destacada figura nos anais da filosofia brasileira. Noutra oportunidade se poderá voltar para o presente tópico a fim de estabelecer com clareza o quanto é possível associar da proposta da hermenêutica filosófica, propriamente, a imagem de mundo a partir da obra de arte como pretende a tradição fixada pós-schleiermacher.

ano de 1859, o eminente jurista permaneceu em sua terra natal até completar a idade estudantil, se mudando, desde então, constantemente, para Sobral, Fortaleza e Rio de Janeiro (HOLANDA, 2001, pg. 24). A opção pela Faculdade do Recife se dá por conta da influência que ele sofre de Rocha Lima, pessoa que acompanhou o início da caminhada filosófica de Tobias Barreto (PAIM, 1997, pg. 40), em que pese às condições geográficas o inclinassem, naturalmente, em migrar para a Faculdade do Largo de São Francisco, escolhe o Recife e cursa o bacharelado entre os anos 1878-1882 (HOLANDA, 2001, pg. 24). O ano de conclusão do curso de Clóvis marca, por oportuno, a entrada de Tobias como docente na Faculdade de Direito, logo, o aluno Clóvis Beviláqua se vê diante de um processo de expansão de horizontes passeando pelo debate das ideias políticas, literárias, filosóficas e, ultimamente, jurídicas (HOLANDA, 2001, pg. 24).

No ano de 1884, fixa-se definitivamente na capital de Pernambuco tornando-se bibliotecário da Faculdade e, finalmente, vindo integrar o corpo docente com a alvorada da República em 1891 e permanecendo nos quadros de professores até 1899, quando foi incumbido de redigir o projeto base do Código Civil Brasileiro (PAIM, 1997, pg. 40). A respeito de sua orientação filosófica Ana Paula Araújo de Holanda (2001), assevera que Clóvis não pode ser caracterizado, formalmente, como um positivista, porém é correto dizer que se trata de um acadêmico de formação positivista (pg. 25). Ainda neste sentido, fornecendo um contexto elucidativo Holanda (2001) aduz que o surto de novas ideias impulsionado por Tobias Barreto e a Escola do Recife

“fez surgir no Brasil novas perspectivas políticas e sociais, o liberalismo de caráter mais científico, o pensamento crítico e inovador, tendo como principais reivindicações a liberdade tanto econômica quanto política, extinção dos monopólios e a descentralização administrativa. Neste contexto heterônimo funda-se no Rio de Janeiro a Sociedade Positivista, despertando duas alas: ortodoxa (Rio de Janeiro) a dissidente (Recife)” (HOLANDA, 2001, pg. 26).

Contudo, é de salutar importância, também dizer que a Escola do Recife propõe um tipo diferente de análise que não é nem ortodoxa nem dissidente, podendo ser chamada de uma orientação filosófica própria (que depois tomará corpo), conforme se pode observar a partir de Paim (1997) que para o fato de as primeiras obras filosóficas de Clóvis encontram-se num período no qual a mocidade intelectual nordestina ainda não estava plenamente fixada e se preocupava com a renovação das ideias não se

detendo na perspectiva positivista (pg. 40). Mais a frente concluirá que “o positivismo dissidente já não os satisfazia plenamente (...) ao mesmo tempo, o monismo haeckeliano para o qual Tobias Barreto chamava atenção (...) não chegava a ser a nova posição pela qual aspiravam” (PAIM, 1997, pg. 41). Clóvis Bevilácqua prefere seguir a orientação de Emile Littré para sustentar a sua teoria positivista rejeitando a visão da religião positiva, na última fase do pensamento de Comte, e buscando uma noção de ciência e método positivo pautado na objetivação da verdade pela evolução e transformação social; tendo-se mantido por pouco tempo nessa orientação (HOLANDA, 2001, pg. 27).

Sua posição pode ser definida a partir de três trabalhos que foram publicados no final de 1880, correlatas a sua tese de entrada para cadeira de Filosofia (“Conceito antigo e moderno de metafísica”); o artigo intitulado “Notas de Tangência pela Filosofia” e; o estudo “Repercussão do pensamento filosófico sobre a mentalidade brasileira” (PAIM, 1997, pg. 41). Sua permanência no argumento positivista está ligada, de modo umbilical, ao seu não abandono da perspectiva de filosofia como síntese das ciências, negando, portanto, o caráter da metafísica como ciência das primeiras causas, primeiros princípios, do ser absoluto, etc. (PAIM, 1997, pg. 41). Isto não significa que a existência humana seja indiferente da existência de um conhecimento não empírico, como o é, por exemplo a disciplina da lógica, aduzindo que a proposta de Clóvis trata de “uma síntese abstrata que generaliza, unifica e completa a totalidade dos conhecimentos humanos” (PAIM, 1997, pg. 42).

Claramente, neste período, ele parece se distanciar e não valorizar o argumento neokantiano que incompatibiliza o pressuposto essencial de sua leitura positivista. Mas, não foi somente na filosofia em que pôde dialogar com os pesquisadores do surto de novas ideias, também na política por defender o liberalismo e defender a criação de uma República a partir do reconhecimento da autoridade estatal quando ele emprega adequadamente o direito de modo a agregar todo seu aparelhamento em prol das liberdades civis e políticas (HOLANDA, 2001, pg. 28). Isto é furto, também da visão organicista do positivismo spenceriano. Porém, a vinculação destas teses com a proposta de Ihering em sua “Evolução do Direito” trata de inovação de especial relevo no pensamento de Clóvis (HOLANDA, 2001, pg. 28). É, sem nenhuma coincidência, que a ideia de luta e evolução são agregadas na compreensão do fenômeno jurídico, conseqüentemente, a expressão dos valores culturais históricos são absorvidos na formação do direito.

3.2.4. Artur Orlando.

Como dissera o próprio Tobias Barreto, Artur Orlando era seu par homérico levando a lança e o primeiro dando a direção. Nascido em Recife no ano de 1858, bacharelou-se em direito no ano de 1881 e competiu com Clóvis Bevilácqua num concurso para entrada na docência da Faculdade do Recife, tendo desistido da vaga por divergências ideológicas com a banca avaliadora (PAIM, 1997, pg. 43). Durante o período de 1889 a 1892 foi inspetor geral da Instrução Pública em Pernambuco e, com a chegada da República, enveredou para a vida política, muito embora nunca tenha se afastado do meio acadêmico exercendo por vários anos o cargo de redator-chefe do “Diário de Pernambuco” e colaborador de outras publicações de circulação no Estado (PAIM, 1997, pg. 43). Filocrítica foi o título de sua primeira grande obra, uma reunião de vários escritos de quando ainda era estudante, que demonstram sua crítica ao positivismo francês e o contato inicial com a filosofia de Eduard Von Hartmann (PAIM, 1997, pg. 43). Escritor de vasta publicação, é possível encontrar em sua bibliografia os seguintes títulos

“Os principais dentre os seus estudos, elaborados na década de noventa, serviram para compor o volume *Ensaios de Crítica*, editado em Pernambuco, em 1904. Pouco depois, Artur Orlando publica *Propedêutica Político-Jurídica* (1904) e os *Novos Ensaios* (1905). Nesses anos é colaborador assíduo da *Cultura Acadêmica*. Além de grande número de ensaios e artigos, arrolados na bibliografia, publicou *Pan-americanismo* (1906) e *Brasil, a Terra e Homem* (1913)” (PAIM, 1997, pg. 44).

Artur Orlando conseguiu perceber a incompatibilidade entre a proposta da filosofia como epistemologia e a proposta positivista de filosofia como síntese das ciências particulares, procurando desenvolver uma teoria do conhecimento para depois enveredar para a investigação do culturalismo sociológico⁷⁵ (PAIM, 1997, pg. 44). A distensão entre o real e o ideal, este é o problema fundamental da filosofia, de acordo com Artur Orlando, devendo a mesma enfrentar a questão acerca do que é objetivo e o

⁷⁵ Para uma visão mais elucidativa do tema é importante salientar que Artur Orlando se manteve numa distância saudável da polêmica acadêmica entre o “monismo mecanicista” e o “monismo teleológico” não tendo fôlego para acompanhar uma corrente ou outra acabando por se decidir pelo culturalismo (PAIM, 1997, pg. 44). Somente a partir do início do século XX com a publicação de sua obra “Cultura Acadêmica” passa a defender um abandono da consideração do conceito de cultura por um ângulo filosófico e adota uma investigação sociológica (PAIM, 1997, pg. 44).

que é subjetivo no conhecimento humano, ou, em outras palavras sobre a relação entre o eu transcendente e a existência não humana (PAIM, 1997, pg. 44). Entre o real e o ideal é necessário que exista um complexo encadeamento como uma necessidade do espírito e essa conexão, de acordo com Artur Orlando, ocorre no mundo externo, porém, com suporte no conceito *a priori* de substância (PAIM, 1997, pg. 45). Paim (1997) explica que “a relação entre a substância (incondicionada) e as coisas (condicionadas) se não é uma relação de causa e efeito (científica), nem por isso deixa de ser uma função lógica (metafísica), que não pode ser desprezada pela verdadeira filosofia” (pg. 45).

Com o avanço da física e as descobertas do século XX, a fronteira entre o ponderável e o imponderável desaparece na mesma proporção em que o conhecimento humano passa a compreender questões que antes lhe pareciam impossíveis de desvendar. É por esta questão que Artur Orlando concebe que o estatuto da ciência não deve ser submetido ao véu de uma feliz intuição filosófica, mas sim pela via experimental, corroborando com o encurtamento da distância entre matéria e movimento com argumentos provenientes da física nuclear, “uma e outro não passam de estados de uma mesma realidade” (PAIM, 1997, pg. 45). Isto afastaria, por tabela, a dissociação entre matéria e espírito. Além, de toda a contribuição para a filosofia, Artur Orlando é conhecido como o autor que irá introduzir, no Brasil, noções fundamentais da relação entre homem e meio ambiente, sendo, portanto, o pioneiro em matéria de Direito Ambiental (PAIM, 1997, pg. 46).

3.2.5. *Martins Júnior e Faelante da Câmara.*

Por fim, considera-se a contribuição de dois renomados professores da Faculdade de Direito do Recife. O primeiro deles, Martins Júnior (1860/1904), foi um dos líderes do movimento republicano assumindo, posteriormente, o cargo de Ministro da Justiça depois de decair o Império (PAIM, 1997, pg. 46). Ocupando-se do direito, Martins Júnior se demonstrou um positivista aproximando-se do monismo de Littré por influência dos estudos de Tobias Barreto, andando numa linha muito tênue entre o flerte acadêmico com o germanismo, mas sem abandonar por completo a tradição francesa (PAIM, 1997, pg. 46). De outro lado, Faelante da Câmara (1862/1909), foi um seguidor rigoroso do pensamento tobiático tendo, inclusive, iniciado a reunião de trabalhos

completos de seu mestre sem, no entanto, conseguir concluir a colação (PAIM, 1997, pg. 46).

Estes dois últimos autores, apesar terem publicado bastante em periódicos locais, não conseguiram acompanhar a mesma periodicidade e impacto em matéria de publicação de livros de seus contemporâneos (a exemplo, Tobias e Sylvio), portanto não deixam, nas bibliotecas e arquivos, muitas referências (reunidas, apenas textos esparsos) o que dificulta a construção de uma orientação sólida acerca de seu pensamento filosófico. Os estudos interessados nos seus comentários se reservam em apontá-los enquanto pesquisadores influentes no processo de emergência do surto de novas ideias, seguidores de Tobias Barreto e adeptos do positivismo jurídico, na leitura diferenciada proposta pela crítica recifense. Outro fator que gera certo desinteresse nos autores em pesquisar o ideário de Martins Júnior e Faelante da Câmara diz respeito ao fato de não impugnarem críticas a Tobias no mesmo calibre que outros membros da Escola do Recife. Por conta disto, justificamos a brevidade dos nossos comentários a respeito dos dois professores e a deferência histórica que é atribuída a eles enquanto membros influentes do movimento aqui analisado.

3.3. As Bases Jurídico-Filosóficas do Culturalismo Jurídico.

Comumente os argumentos práticos orientam alguma conduta, ou exigem que se tome alguma ação, num determinado contexto ou por algum motivo. Por exemplo, a premissa que preceitua que o direito deve estabelecer uma relação equitativa entre cidadão e Estado leva a compreensão de que o foco dele deve ser a garantia das liberdades. Um exemplo disto é a premissa de que “a ordem jurídica implica num monopólio do uso da força sobre a comunidade dos indivíduos sujeitos à coação estatal” (LIMA, 2016, pg. 77). A derivação necessária deste argumento é a proposta de um Estado Democrático de Direito, um processo legislativo, um processo eleitoral, a garantia de direitos civis e políticos. Cada um destes tópicos gera argumentos derivados sobre a extensão destes direitos em casos concretos, como por exemplo: quais direitos das minorias devem ser regulamentados pelo ordenamento; qual a extensão da liberdade de expressão; qual a extensão do direito à igualdade; dentre diversos outros pontos.

As divergências políticas, sobre se o governo deve investir mais em segurança pública ou em direitos sociais, sobre se o orçamento deve ser alocado em questões de

assistência social ou ofertada para os empresários na esperança de geração de emprego, todo este dissenso envolve um profundo desacordo invisível aos debatedores. Tal desacordo está diretamente ligado nas proposições filosóficas que fundamentam as posições finais por eles assumidas. O exemplo usado sobre a relação entre direito, cidadão e Estado é a concepção usada por Kelsen (2004) que também pode ser entendida numa perspectiva kantiana como o pressuposto lógico-normativo que assegura que o poder possa ser organizado enquanto um sistema normativo (LIMA, 2016, pg. 77). Por trás de cada proposição prática se encontra uma orientação filosófica, seja ela consciente ou inconsciente.

A ciência jurídica é recheada de juristas que sustentam teses e argumentos práticos como o ponto de chegada e escondem o ponto de partida, ou seja, qual a origem filosófica dos seus argumentos. O pensamento jurídico de Kelsen (2004) está pautado no pensamento kantiano, toda a tradição originária de compreensão racionalista, da filosofia da linguagem presente na Teoria Pura do Direito é essencial para que o leitor entenda qual o sentido de dever, norma, imputação, pureza metodológica. Uma teoria do direito que não reconhece as suas bases filosóficas é uma teoria caolha, pois só consegue olhar para um lado e não consegue, portanto, ver o quadro geral. A ideia do Culturalismo Jurídico não pode ser estudada enquanto uma teoria de proposições de ponto de chegada, mas sim, a partir do seu ponto de partida, qual seja, a orientação filosófica que ele defende.

Todo este processo vai ser mediado pelas referências que são levantadas, pelo contexto vivido e pelas contribuições individuais dos autores estudados no tópico anterior. Para o professor João Maurício Adeodato na pesquisa intitulada de “O Positivismo Culturalista da Escola do Recife”⁷⁶ este processo merece uma atenção mais detida. Tal artigo, que já foi citado diversas vezes ao longo desta tese, apresenta de forma analítica uma lista de autores que representam as bases filosóficas e jurídicas da Escola do Recife. A pretensão agora é a de abordar esta lista com os autores ali elencados expandindo a análise de modo qualitativo para contribuir com o debate iniciado naquele texto. Ao final, far-se-á uma síntese sobre os resultados coletados a partir da pesquisa efetuada para que se possa ter esta visão geral e assim poder imergir na proposta específica de Tobias Barreto de Menezes a respeito da temática.

⁷⁶ Muito gentilmente cedida pelo mesmo quando da elaboração do projeto inicial desta tese.

Em linhas gerais é possível sintetizar o contexto geral da filosofia como um debate sobre a origem do conhecimento, tema que veio sendo abordado com grande proficiência, na modernidade, a partir de propostas racionalistas, empiristas, céticas, kantianas, positivistas, sem se esquecer do grande alvo destas propostas, a metafísica clássica. Sente-se, no Brasil, uma forte inclinação ao positivismo e ao pensamento lógico-formalista como resposta ao sensualismo eclético e a metafísica aristotélico-tomista. Grande parte dos autores está legando à filosofia um papel de síntese das ciências (perspectiva positivista), a sistematização do conhecimento, reconhecendo que existe algo exato e empírico na origem do conhecimento humano, mas, que ele não se esgota nesta experiência prática. O risco aceito por esta premissa era o de volver aos debates metafísicos e aceitar uma vontade transcendental inumana, por isso o criticismo e o neokantismo são recursos válidos para se abordar tal problemática. Estes e outros fatores também serão experimentados pela ciência jurídica e vão refletir nas ponderações do Culturalismo Jurídico, daí o porquê da necessidade de aprofundamento na utilização dos referenciais de base apontados por Adeodato (2003).

3.3.1. *Rudolf Von Ihering*⁷⁷.

Para Adeodato (2003) Ihering leva adiante a proposta organicista de Jeremy Bentham construindo conceitos como anatomia e fisiologia jurídica que não constituíam uma asserção metafórica, e sim uma premissa de aplicação prática (pg. 306). Por anatomia do direito entende-se a “estrutura componente do direito, com as normas constituindo institutos e estes formando o organismo jurídico, completando a estrutura ontológica do direito” (ADEODATO, 2003, pg. 306). De outra sorte, “a fisiologia jurídica revelaria o funcionamento efetivo do direito, as bases de sua gnoseologia” (ADEODATO, 2003, pg. 306), na medida em que é reconhecida uma tensão entre a ideia de direito e sua prática. A dualidade da proposição jurídica em Ihering

⁷⁷ Ao nos debruçarmos sobre o estudo do autor, considerado por muitos como um dos maiores nomes do Direito no século XIX, é possível perceber que, num primeiro momento, suas contribuições são provenientes de um pensamento pautado em cima do Direito Romano (por isso sua ampla contribuição para o Direito Civil), e para a concepção lógico-formalista de Direito que defendia, dentre outras coisas uma Monarquia Constitucional. Porém, o professor Saulo de Matos, no curso de Teoria do Direito, nos apresentou um texto chave para demonstrar a transposição de Ihering, da Jurisprudência dos Conceitos, para uma compreensão liberal e utilitarista, arrazoada, também em passagens de filosofia da linguagem, intitulado “O Paraíso dos Conceitos”. Esta mudança demarca a existência do “segundo Ihering”, perceptivelmente, as ideias do “primeiro” não são discutidas pelo movimento recifense. Logo, não há uma necessidade de reconstrução desse fio para compreensão de quais ideias do autor são absorvidas pela Escola do Recife.

compreende, portanto, uma distinção formal e material, na medida em que se preocupa com a estrutura das instituições e das normas e, de outro lado, com a realização do direito e suas bases valorativas. O acréscimo feito por Tobias Barreto diz respeito à introdução de uma categoria anterior à anatomia e à fisiologia que seria a morfologia do direito, que pode ser explicada como uma espécie de procedimentalismo, ou, como um estudo da forma da anatomia e da fisiologia jurídica (ADEODATO, 2003, pg. 306).

Utilizando o argumento organicista, seria como se Tobias estivesse mapeando o genoma do direito, pois acreditava que tanto a forma quanto o conteúdo poderiam ser sistematizados a partir de elementos comuns que ligam essas estruturas como um todo coeso. Ihering, porém, acredita que a gênese do direito se dá a partir da conversão da categoria “força externa” e do “elemento íntimo interesse” (ADEODATO, 2003, pg. 307). Há aqui uma leitura darwinista de direito por conta da utilização da premissa de que, de acordo com a teoria evolucionista, o organismo mais forte e mais evoluído sobrevive, sendo o papel do direito proteger os interesses sociais como uma ideia de força e não uma ideia lógico-valorativa (ADEODATO, 2003, pg. 307). De modo contrário ao pensamento da Escola Histórica, para Ihering a ideia de direito-força deve ser compreendida enquanto algo que é racionalmente dirigido e não furto das emanções do *Volksgeist* (ADEODATO, 2003, pg. 307).

Outro ponto levantado sobre a contribuição de Ihering reside na sua proposta teleológica insculpida no seu livro “Finalidade do Direito”, no qual argumenta que o ser humano age “para algo” (o que delimitaria a chamada esfera do social e o caráter compreensivo das ciências sociais), enquanto que o natural ocorre “por causa de algo” (o que legaria o caráter explicativo das ciências naturais); deste modo, é a finalidade que cria o direito (ADEODATO, 2003, pg. 307). É o fato de existirem pressões sociais, a necessidade de garantir interesses de determinadas classes, que gera a ideia de direito-força e o fato de ele existir para algo é o que cria o direito.

Por exemplo, a questão da discriminação por opção sexual, gênero, ou transgênero, é um fato que ocorre na sociedade brasileira contemporânea, notícias de violência contra mulheres, homossexuais, travestis, transgêneros, e argumentos contra o reconhecimento da identidade destas pessoas não são raros no cotidiano brasileiro. Deste fato surge o interesse dos cidadãos que são vítimas deste ato discriminatório, ou, de camada da sociedade que defende um tratamento homogêneo entre os cidadãos brasileiros em garantir sua dignidade e restringir a fala dos detratores. O grande “senão” é que se este for um movimento de pressão social sem que se revista de um caráter de

força para atender a uma finalidade específica, qual seja, restringir a liberdade de expressão de pessoas preconceituosas, não há que se falar num direito antidiscriminatório porque ele careceria dos elementos necessários para que se constitua enquanto direito: força e finalidade.

Por isso o direito é interpretado enquanto “luta”⁷⁸, na medida em que estes fatos obrigam que os preconceituosos não se manifestem de modo discriminatório, na medida em que a sua liberdade se torna prejudicial ao bem estar social e a dignidade de outras pessoas, é somente aí que o direito surge. Mas, não surge por si, não é um ato que ocorre por causa do reconhecimento da força e da finalidade, e sim por uma vontade racional humana. É útil para a sociedade brasileira que defina diretrizes que orientem o comportamento humano para uma finalidade, o teleologismo de Ihering é, deste modo, antinaturalista. Para muitos, foi através do magistério de Tobias Barreto de Menezes e sua opção pelo germanismo que o pensamento de Ihering pôde chegar ao Brasil (ADEODATO, 1996), e que, de modo incontestável se faz presente nas proposições de Clóvis Bevilácqua e no código civil de 1916.

3.3.2. *Hermann Post.*

Albert Hermann Post, tendo sido advogado por um breve período, secretário sênior do Tribunal e, posteriormente, Juiz em Bremen, é considerado pela academia alemã como um pioneiro da etnologia jurídica. Este curioso fato é indicativo de porque o pensamento indutivo é tão importante para a construção de sua obra, tendo Adeodato (2003) asseverado que sua teoria difere-se do dedutivismo de Ihering justamente por acreditar que o fenômeno jurídico é concebido a partir da comparação das diversas legislações, sejam elas presentes ou passadas, podendo sua metodologia ser chamada de experimental e histórica (pg. 307). Clóvis Bevilácqua (1897) também explica esta característica do pensamento de Post argumentando que as legislações e os costumes

⁷⁸ Importante esclarecimento a respeito desse tema pode ser encontrado em passagem do texto de Pisciotta (2012) para quem “A mudança em direção a outro conceito de Direito, História e Evolução começa a se fazer nítida em conferência de Viena, em 1872, denominada ‘A luta pelo Direito’. O título original alemão ‘Der kampf ums Recht’ é inspirado na terminologia de Haeckel ‘Der kampf ums Dasein’ – a luta pela existência. Em síntese, Ihering afirma que todo ser humano vive em função de algum interesse. O motor da sociedade é então a busca egoística da satisfação pessoal. É através deste mecanismo que encontramos as ‘condições para a realização da finalidade da natureza’. Trata-se de transposição do ideário darwinista/utilitarista para o mundo do liberalismo jurídico do século XIX. Esta é a contribuição de Ihering ao Direito que vai perdurar durante a sua maturidade intelectual. Saindo de Viena, Ihering retorna a Göttingen e lá escreve ‘Finalidade do Direito’, livro que retoma muitas ideias da sua renomada conferência austríaca” (pg. 08).

jurídicos dos mais variados povos existentes no mundo são materiais coletados a partir da observação que constituem a hipótese central de uma ciência jurídica (pg. 18).

Adeodato (2003), por sua vez, explica-nos a existência de uma cosmogonia no pensamento de Post, pois existe um conjunto de fatores ordenando a compreensão do início do Universo (pg. 307). Deste modo, acredita Post existirem, no universo, duas categorias opostas: a) de um lado o movimento; b) de outro o sentimento; cuja investigação por via da metafísica não era de competência dos juristas (ADEODATO, 2003, pg. 307). Havendo uma necessidade de complementaridade entre estas duas tendências, nascem a atração e a repulsão que seriam “geradas porque os corpos buscam conservar-se e desenvolver-se, ao mesmo tempo em que procuram limitar o desenvolvimento dos demais corpos ao seu redor” (ADEODATO, 2003, pg. 307). Assemelha-se, por demais, á analogia utilizada dentro dos sistemas sociais nas categorias da autopoiese e alopoiese, quando se observa que a primeira diz respeito á reprodução interna baseada em referências externas (aproximação), enquanto que a segunda se refere ao fechamento sistêmico que capacita um sistema se reconhecer enquanto tal (repulsão)⁷⁹.

Post, então, apresenta uma nova dualidade que seria uma espécie de idealismo na medida em que fraciona o mundo em dois, o mecânico e o anímico (ou, psíquico) (ADEODATO, 2003, pg. 307). Esta questão, ainda que tratada por ele de modo superficial nos seus ensaios da década de 1870, é retornada em obra póstuma, publicada em 1894, intitulada “*Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*”, ou, “Fundamentos de uma Jurisprudência Etnológica”. Nesta obra, Post dedica-se não só a defender a etnologia jurídica, mas, precipuamente em demonstrar que existe uma “*Universalrecht der Menschheit*” (uma espécie de lei universal da, ou, para humanidade), considerando que existem várias formas de organizações sociais e que o direito teria uma função de formação (SCHOTT, 1994, pg. 204). Neste diapasão, é importante compreender o

⁷⁹ A respeito desse tema encontram-se várias obras com contribuições filosóficas e jurídicas. A tese central pode ser encontra em Maturana e Varela (1985), porém, chega ao direito por conta da obra de Niklas Luhmann (1986) a respeito da Sociologia do Direito e da teoria dos sistemas. No Brasil, são vários os expoentes desse pensamento, com destaque para obra de Celso Campilongo (1991;1998) e para Marcelo Neves (2006). O mesmo assunto também pode ser estudado noutra pesquisa por nós realizada: “O Conceito de Constituição e sua dimensões na experiência jurídica”, obra na qual demonstramos a complexidade do sistema jurídico, enquanto um subsistema social, e como que o direito precisa estar aberto à referências externas para produzir conceitos jurídicos e, ao mesmo tempo, suficientemente fechado para não se confundir com outras ciências. Como exemplo, não há que se falar de uma ciência jurídica sem um conceito de norma, imputação, constitucional, inconstitucional, lícito, ilícito, legal, ilegal, etc.; esse é o sentido de alopoiese. De outra sorte, dizer que a política de cotas, ou, que as ações afirmativas precisam ser compreendidas a partir da história, da filosofia, da política e assumir que o conceito de igualdade depende de referências externas ao direito, esse é o sentido de autopoiese.

homem no centro desta dualidade, pois existe tanto no campo mecânico quanto no campo psíquico. Igualmente, o modo pelo qual ele se ordena em sociedade é completamente o oposto do sentimento de dever para com determinada situação.

Pode-se dizer que o direito, enquanto algo que somente pode transparecer a partir de uma concepção organicista de sociedade e análise etnológica do comportamento humano em vida social, descreve o funcionamento das organizações sociais idealizando uma lei universal. Porém, a ideia de dever, obrigação, pertencimento, está muito mais ligada à psique do que ao estudo por si do comportamento. O fato de muitos dos brasileiros fraudarem suas declarações de imposto de renda, para não pagarem um montante que consideram exarcebado de tributos, nada tem a ver com a ideia de dever declarar honestamente os seus ganhos para que este investimento seja remanejado para toda a sociedade. Alguém, isoladamente, pode se sentir compelido a fraudar a declaração simplesmente porque sua rua não é asfaltada, ou, porque não existem unidades de saúde pública em localidade próxima de onde vive. As razões jurídicas, de acordo com esta premissa, são interpretadas a partir da comparação do comportamento com base na existência de uma lei universal. Porém, o que as pessoas sentem, individualmente, que as compelem a agir ou não agir por conta de um conceito abstrato de justiça, não possui nada de mecânico, e sim de psíquico.

Schott (1994) ainda argumenta que a etnologia jurídica de Post, deve um grande tributo à Escola Histórica do Direito de Gustavo Hugo e Savigny por conta da questão de esvaziamento da proposta do homem ideal iluminista e da história geral da humanidade, considerando os aspectos da história local e a importância de um *volksgeist* na expressão do direito⁸⁰ (pg. 205). Já Adeodato (2003) acrescenta que é somente “a partir dessas duas tendências de auto-conservação e limitação mútua é gerado o direito, a princípio difuso entre outras ordens normativas, emancipando-se com a organização do poder estatal” (pg. 308). Em conclusão, através de Post é possível compreender o fenômeno jurídico tanto a partir de uma consciência individual quanto por uma consciência geral o que tornaria o direito não eterno e substituível de acordo com os fluxos e mutações sociais e valorativas (ADEODATO, 2003, pg. 308).

⁸⁰ O próprio Hermann Post (1891) teve trabalho republicado pelo *Oxford Journals*, intitulado “*Ethnological Jurisprudence*” que inicia com as seguintes linhas “*There is in the history of jurisprudence no more significant event than the foundation of the historical school by Gustav Hugo and Carl Von Savigny. Jurisprudence, up to that time, was not a science, at least not a science in the modern acceptance of the term*” (pg. 31).

3.3.3. Comte e Spencer.

A influência Comteana é inegável dentro da perspectiva na qual se está submergindo e pode ser facilmente aduzida da frase de João Camilo de Oliveira Torres (2018), “O positivismo surgiu no Brasil para preencher a lacuna, a que fora aberta em nossa cultura pela ausência de uma filosofia elaborada racionalmente segundo critérios seguros” (pg. 37), era, portanto, o poder construtivo do positivismo que se adequaria aos anseios do povo brasileiro. A recepção do pensamento de Comte, no Brasil, começa na matemática através de Gouhier, dentro da Escola Militar e na Escola Politécnica do Rio de Janeiro (TORRES, 2018, pg. 40). Porém, a expansão do pensamento comteano, no Brasil, se deu muito pelos comentadores e continuadores de sua obra, citam-se, por exemplo, a adesão de Benjamin Constant, Luís Pereira Barreto, Miguel Lemos e Teixeira Mendes; bem como os comentários da academia brasileira a respeito de Littré e Spencer se tornariam a linha de recepção da orientação positivista em terras pátrias (TORRES, 2018, pg. 40).

É sabido que esta orientação vai ser conhecida, também, pelos participantes do movimento da Escola do Recife, porém, é importante salientar que este potencial de construção, proveniente do positivismo guarda uma intrínseca relação com a Revolução Industrial no século XVIII, quando ciência e técnica se tornam complementares até que se apresente a lei dos três estados e, finalmente, a separação do conhecimento racional do empírico. Para Adeodato (2003), Spencer é influenciado por Comte e avança no sentido de entender o “conhecimento como um processo de ação reflexiva, instinto – memória – razão, posição adotada por Sylvio Romero e outros membros da Escola” (pg. 308). Não existiriam, portanto, ideias *a priori* coletivamente consideradas, e estas somente poderiam ser individualmente concebidas. O Direito e a Cultura estariam, desta feita, intrinsecamente ligados ao processo de evolução humana.

O pensamento de Spencer é, também, mediado pelo darwinismo que vai ser nomeado, por Gustavo Caponi (2014) como um “cuvierianismo transformacional mitigado” para atender a mudança evolutiva que ele denominava de “equilíbrio direto” (pg. 45). Adeodato (2003), destarte, conclui que para Spencer, a ciência pode ser compreendida enquanto um saber particularmente unificado e a filosofia o saber totalmente unificado, sendo qualitativamente diferentes um do outro (pg. 309). Em síntese é correto afirmar que ambos, Comte e Spencer, apesar de discordarem em pontos específicos, parecem apontar que, fatalmente, o destino do ser humano estava conscrito

à ideia de progresso e evolução contínua da espécie humana como última realização do espírito humano. Não por oportuno, apresenta-se a lei dos três estados como um processo que não se aplica exclusivamente ao homem, mas, também à evolução da própria ciência. Acerca do tema:

“Na classificação e hierarquia das ciências, Comte acha que a filosofia é a sistematização geral dos conhecimentos positivos. Partindo do critério da generalidade decrescente e complexidade crescente dos fenômenos estudados, classificou e enumerou as seguintes ciências: matemática, astronomia, física, química, biologia e sociologia. Esta classificação indica subordinação e dependência dos diferentes ramos do conhecimento científico, sua formação histórica e sua transição para o estado positivo. A sociologia foi por ele incorporada às ciências positivas, sendo denominação desse ramo do conhecimento, que era um neologismo híbrido, introduzido pela primeira vez na linguagem científica. Acreditando que os fenômenos sociais se acham subordinados a leis necessárias, como os fenômenos do mundo físico ou químico, divide ele a sociologia, que também chamava de ‘física social’, em estática ou dinâmica. A sociologia estática estuda o equilíbrio social, ao passo que a dinâmica investiga, com o método positivo, leis do progresso” (ADEODATO, 2003, pg. 310).

Na segunda fase de seu pensamento, já consciente das limitações de sua teoria positivista, Comte funda uma espécie de religião positiva na qual considera a natureza como algo aproximado a um Deus, porém, sem os princípios organizadores da ciência não se poderia conceber a existência do natural, logo, a ciência é o próprio Deus da humanidade. Aqueles que viriam a aceitar integralmente o pensamento Comteano eram denominados de ortodoxos, porém, aqueles que variavam a interpretação mantendo um ou criticando outro argumento eram chamados de positivistas dissidentes (ADEODATO, 2003, pg. 310). O advento do idealismo hegeliano⁸¹ legou à metafísica comteana uma substituição por um tipo de metafísica mais complexa e holística, de outra sorte, a orientação do empirismo britânico ataca a debilidade do conceito de “dado

⁸¹ Para Brito (1997) “Hegel concebe a lógica como o sistema da razão pura, como o reino do pensamento puro. Este reino é a verdade tal como existe, sem envolvimento algum e considerada por si mesma. Com isso, Hegel impulsiona a lógica das ciências do espírito. Nas ciências naturais, todavia, o sistema hegeliano apresenta, segundo Crassirer, erros e excessos que levam a filosofia especulativa ao descrédito total junto aos que se dedicam às investigações científicas” (pág. 13). Nessa esteira, ainda sobre o mesmo tema, leciona Wohlfart (2017), que “Hegel propõe uma outra posição entre o universal e o particular, pois o universal somente é tal na mediação do particular e vice-versa. O universal, pensado fora do particular, também fica particular. Hegel chama a atenção acerca da necessidade de pensar a filosofia em forma de sistema que o filósofo esboça na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*. A obra em consideração é uma forma científica de exposição da filosofia, na forma de um todo articulado. No pensamento hegeliano, todas as filosofias produzidas até então e todas as disciplinas filosóficas constituem um todo ordenado e em desenvolvimento” (pg. 19-20).

empírico” num sentido totalmente diverso ocasionando, deste modo, uma substituição da ideia pela matéria (ADEODATO, 2003, pg. 311).

Destas substituições surge o chamado monismo realista, ou, evolucionista, como uma derivação deste materialismo sugerido pelos empiristas como forma de se opor ao sentido de ideia positivista. Pode-se dizer que Comte e Spencer possuem uma influencia forte para Escola do Recife pois seu levante contra a metafísica seria o próprio alvo sob os quais Tobias e Sylvio mirariam suas teses. Havia algo de importante para o movimento, na compreensão metafísica, que não poderia ser completamente abandonada pela ciência ao passo em que, também era de extrema relevância a superação da metafísica clássica de viés aristotélico-tomista. Neste limbo teórico a decisão por Kant e os neokantistas será uma opção para o movimento. Em sede de conclusão,

“O monismo, em diversas formas, foi a grande sistematização científica e filosófica do materialismo do século XIX; uma substância única, que se modifica, explicaria todos os fenômenos. A substância única seria a matéria básica e a evolução, também em diversas formas, constituiria o modo pelo qual se produziriam os fenômenos. Tanto Tobias como Sylvio, convém salientar, rejeitavam Comte e Spencer na aversão destes à metafísica; para os brasileiros era clara a diferença entre metafísica e ciência, mas isso não retiraria a legitimidade da metafísica enquanto forma de conhecimento, enquanto filosofia, haja vista sua eterna presença no espírito humano, levando-o a questionar a razão última das coisas. Esse questionamento é a base da metafísica”. (ADEODATO, 2003, pg. 311).

3.3.4. Kant e os Neokantianos.

A retomada da proposição platônica sobre a relação entre ser e conhecer pela modernidade, premissas como as de Galileu, para quem a totalidade do ser encontra-se contida nas leis da matemática, por exemplo, tornam-se a verdade que é desvelada através do conhecimento humano, porém, constituem um problema central para investigação kantiana (BRITO, 1997, pg. 12). É, propositalmente, a tensão levantada no tópico anterior, que acosta a necessidade do saber metafísico ao lado do saber empírico, que gera o impulso para reconsiderar o papel da metafísica no conhecimento humano. Um fato curioso é que, apesar de Kant ter primado pela necessidade de afirmação de um a priori das coisas com forma de restituição do caráter filosófico da metafísica e, os pós-kantianos terem elevado isto a uma tentativa de abarcar a totalidade do conhecimento da

realidade, diversos erros e excessos neste sentido levaram um descrédito para filosofia especulativa (BRITO, 1997, pg. 13).

Esta é a gênese do chamado neokantismo, uma tentativa de reerguer a filosofia especulativa partindo da premissa de que ela não havia, ainda, esgotado toda a sua potencialidade, ou, sua razão de ser⁸². De acordo com Brito (1997) o neokantismo “procura superar tanto o positivismo, o materialismo, como também o romantismo dos pós-kantianos, visando destruir as interpretações errôneas do kantismo mediante uma consideração crítica da ciência e uma fundamentação gnoseológica do saber” (pg. 15). De outra sorte, o neokantismo é introduzido no Brasil pelas Faculdades de Direito, em especial pela do Recife, e migra para a Escola Politécnica do Rio de Janeiro (BRITO, 1997, pg. 117). Este movimento compreende o que se pode chamar de uma recusa ao positivismo e uma compreensão mais objetiva de ciência.

Ao abandonar as descrições do processo do conhecimento e buscar a investigação dos pressupostos da ciência, ou seja, seguindo um caminho epistemológico pioneiro, Tobias Barreto retoma ao problema do conhecimento de um modo neokantista (BRITO, 1997, pg. 122). Novamente, é a sua não rejeição da metafísica dogmática e a inovação do problema da causa primeira, que levam Tobias a compreender que “a única coisa perene e duradoura na filosofia é sua história: o que há hoje, pois, de exato e constante na Filosofia é somente a sua história” (BRITO, 1997, pg. 123). Adeodato (2003) por sua vez acredita que deste fato é que surgem as grandes contradições da Escola do Recife, ou seja, a tentativa de conciliação entre o monismo evolucionista e o kantismo (pg. 311). Apesar de absorver o conteúdo central da proposta kantiana sobre a origem do conhecimento, a gnoseologia kantiana não pode ser considerada como o cerne da filosofia da Escola do Recife, pois ela buscava um conceito de filosofia que se colocasse no limbo entre tomismo e positivismo (ADEODATO, 2003, pg. 311-2).

Noutro momento já se havia constatado as dificuldades temporais de Tobias e seus seguidores por não se darem conta da incompatibilidade entre o kantismo e sua manutenção no monismo evolucionista. Brito (1997) demonstra que muito disto ocorre por conda, do que denomina, de uma imaturidade do próprio neokantismo daquele tempo que vai distinguindo o problema da retomada do pensamento especulativo de modo a distanciar o monismo evolucionista da filosofia analítica (pg. 123). Em matéria

⁸² A respeito desta afirmação no capítulo seguinte procuraremos discorrer acerca da formação de uma das orientações do Neokantismo, a da Escola de Marburgo, cujos dissidentes deram origem à especulação Culturalista na Alemanha. Sobre as investigações dos Neokantistas da Escola de Baden indicamos a Leitura da Obra de Ricardo Evandro Santos Martins (2016) já citada no capítulo 02 desta Tese.

de compreensão da ciência jurídica, é importante dizer que as tendências levantadas pelo culturalismo jurídico, também, impediam uma visão mais centralizada em juízos analíticos, dada a inclinação sociológica dos estudos recifenses. Noutras palavras, não havia, ainda um espaço capaz de antecipar, ou prever, a estrutura de uma disciplina jurídica pautada na imputação e pensada a partir de um estado de pureza metodológica⁸³.

A crítica liberal, também poderia ser compreendida a partir do desenvolvimento da obra kantiana, porém, a Escola do Recife não foi responsável por estudar pormenorizadamente Kant, ou os neokantistas, enquanto o cerne de suas preocupações. A parte em que estão mais atentos diz respeito a natureza da metafísica, da filosofia e da ciência. Se tornando, portanto, o próprio Kant um fator de unidade entre os partidários da Escola, tanto que seu pensamento se torna uma espécie de filtro para recepcionar ou criticar novas teses que vinham chegando enquanto o debate estava sendo travado. Novamente, em sede de conclusão Adeodato (2003) assevera que Kant “é a base tanto para Tobias quanto para Sylvio, afirmando este, expressamente, que sua definição de direito é Kant ‘melhorado’ por Spencer: ‘direito é o complexo das condições, criadas pelos espíritos das várias épocas’ (pg. 312), no propósito de tornar possível a coexistência humana e social.

3.3.5. *Hartmann, Haeckel e outros.*

Uma desambiguação necessária deve ser feita para evitar uma confusão entre os autores, pois Edward Von Harman não pode ser confundido com Nicolai Hartmann. O flerte entre o idealismo hegeliano e o pessimismo filosófico de Schopenhauer demarca a filosofia do primeiro, que, busca através da combinação entre dados empíricos e investigação filosófica conceber um conceito mais fundamental de teoria do inconsciente. De outra sorte, o segundo pode ser descrito como um representante do Realismo Crítico que está posto enquanto um dos grandes estudiosos da metafísica no século XX e, portanto, fora da alçada de conhecimento do movimento do Recife no final

⁸³ Ou seja, nem o Brasil estava pronto para desenvolver uma Teoria do Direito pautada em cima de Juízos Analíticos, nem os juristas estavam prontos para compreender tal empreitada. Na tradição germano-românica é somente em 1934 que podemos obter com clareza os contornos de uma teoria do direito completa e inclinada para esse sentido com Kelsen (2004) e sua Teoria Pura do Direito. Para uma análise mais detida acerca da influência de Kant e dos neokantianos na obra de Kelsen (2004) indica-se a leitura de Martins (2016) em seu “A Ciência do Direito como uma Ciência Humana”.

do século XIX. Feita essa breve desambiguação, então, é Edward Von Hartmann quem contribui para o desenvolvimento das ideias de Hermann Post (no Brasil), a fim de destacar que antes dos dualismos (mundo físico e mundo psíquico) existe uma realidade anterior (ADEODATO, 2003, pg. 312), tendo sido esta, portanto, a provocação de Tobias para tentar conciliar monismo e dualismo.

Ernst Haeckel, biólogo, médico, naturalista, expoente do cientificismo positivista é ponto de apoio para a defesa do monismo evolucionista, acreditando na tese da evolução considerando que toda vida provém da mesma fonte criadora do universo (ADEODATO, 2003, pg. 312). Tendo se correspondido diretamente com Tobias, assim como fez Ihering, Heackel parece rejeitar tanto o dualismo originário de Post quanto o aparente de Von Hartmann (ADEODATO, 2003, pg. 312). Claramente, o problema entre a necessidade de superação da teologia metafísica e a manutenção de uma filosofia especulativa encontra argumentos fortes para a caracterização do conhecimento humano como algo exato. Ainda assim a Escola do Recife não abre mão da realização da experiência humana não só como fato, mas também enquanto ideia. Ainda, sobre Littré, basta retomar os estudos acima sobre positivismo, pois o mesmo era seguidor de Spencer. Em resumo,

“A síntese monista organizada por Heackel, oriunda do positivismo mais ortodoxo, foi acolhida no Brasil, além de por Tobias e Sylvio, também por Estelita Tapajoz, em São Paulo, que demonstra claramente essa adesão em seu livro Ensaio de Filosofia e Ciência, publicado em 1908. Tito Lívio de Castro, Oliveira Fausto e Marcolino Fragoso seguiram Tobias Barreto e seu monismo apoiado em Haeckel, enquanto Clóvis Bevilacqua e Artur Orlando penderam mais para o evolucionismo spenceriano de Sylvio Romero. A filosofia e o pensamento social fervilhavam como nunca antes no Brasil” (ADEODATO, 2003, pg. 312-3).

É possível apenas imaginar como que, realmente, esta chama que foi plantada nos jovens estudantes do final do século XIX acaba por incendiar toda uma geração de juristas e pensadores. Porém, estas não foram as únicas teses discutidas pela Escola do Recife, além destes nomes é possível a identificação de autores de elevada estirpe, como por exemplo John Stuart Mill (com a discussão sobre o utilitarismo), Darwin (cujas ideias foram indiretamente discutidas ao longo deste tópico), Albert Lange (a noção de Poesia Conceitual e negação ao materialismo), Bluntschili, Ortloff, Holzendorf, Taine, Feuerbach, Le Play, Strauss, Noiré, Spir e outros (ADEODATO, 2003, pg. 313). Geraldo Dias (2015), ainda aponta que é bem possível que Tobias Barreto também

tenha sido a porta de entrada para o pensamento de Friedrich Nietzsche no Brasil, quando indica a existência de um texto de sua autoria falando sobre a morte de Strauss, porém, levantando, desde já, teses de profundidade claramente nietzscheanas (pg. 95).

Por muitas vezes se ouve ecoar pelas academias brasileiras contemporâneas que foi através dos cursos de direito que a filosofia pode se instaurar no país. Porém, esta simples frase não é capaz de resumir tamanho esforço e todo o contexto em como isto realmente foi possível. Olhando em retrospecto a Escola do Recife representa, no Brasil, a primeira grande Revolução (no sentido tornado público pelo movimento Francês do Século XVI), na orientação e modo de pensar do povo. Desde a concepção das Instituições políticas e administrativas, passando pela reforma de orientação aristotélicotomista para uma liberdade jamais antes experimentada, com verdadeira renovação de referências bibliográficas, é este movimento que delimita o espaço criativo da identidade pátria. Esta onda de novidade pode ser sentida desde os locais mais próximos até os mais distantes, e, como foi possível observar em Belém do Pará, também se deve deferência aos pioneiros do Recife.

Sobre o direito, a experiência jurídica e sobre a teoria do direito, parece que se experimenta uma perda de memória coletiva, ou, melhor, sofre-se de uma síndrome de substituição de importância histórica nacional. Parece um tipo de desrespeito e uma falta grave da maioria dos pesquisadores não nutrirem um interesse pela reconstituição da tradição ou da identidade nacional a partir do conhecimento da história nacional e pelos autores nacionais. E o pior, a atual geração nem sequer conhece a existência destes estudos. Ao experimentar, por exemplo, a realização de bancas de trabalhos de conclusão de curso, são apresentadas teses ou conclusões de pesquisas que não consideram a própria identidade cultural brasileira e que, muitas das vezes creditam a autores estrangeiros a prerrogativa de resolver definitivamente problemas locais. “Construam um busto de Ronald Dworkin e coloque-o na entrada da Universidade”, dizem alguns professores mais experientes.

Porém, esta pesquisa tem demonstrado a grande precipitação que é meramente transpor uma ideia que funciona bem noutro país, como se fosse um produto completo e acabado. Muitas das vezes esta reprodução, que no capítulo anterior foi chamada de mimético-indolente, precisa se livrar da mítica autoridade moral e intelectual

euroamericana que insiste em ser empurrada goela abaixo. Sim, o Brasil possui uma filosofia. Sim, os brasileiros desenvolvem teoria do direito. Não se deve ser reconhecido apenas o verde das florestas e a extensão das baías hidrográficas, recursos naturais, fauna e flora. O Brasil também é um país de pensadores sérios e comprometidos que não devem nada, em qualidade para os estrangeiros. A Escola do Recife é o primeiro levante contra a dominação intelectual do centro e o primeiro passo para a compreensão da possibilidade de libertação real do cidadão.

Em que pese ter-se delimitado com certa presteza a contribuição dos mais importantes expoentes do movimento é, inescusavelmente, a obra de Tobias Barreto de Menezes que mais ressalta das demais. Deste modo, uma análise minuciosa deve ser feita sobre o pensamento de mente tão vanguardista. Novas dúvidas surgem a partir deste momento, pois se deixa de lado uma perspectiva mais narrativa e historicista, para assumir um ônus mais reflexivo e contemplativo sobre o caráter das alegações de Tobias. Porém, não se pretende a fixação exclusiva nele, pois, se partirá de uma hipótese central de pesquisa, qual seja, a de que os efeitos do culturalismo jurídico se estendem para o século XX e podem ser encontrados, num grau de evolução melhorado pela lente de Miguel Reale. Deste modo, no capítulo posterior, assumindo esta postura investigativa mais qualitativa quanto ao objeto central do trabalho procurar-se-á trabalhar mais profundamente os textos de Tobias e, posteriormente, os de Reale.

CAP 04 – TOBIAS BARRETO DE MENEZES E MIGUEL REALE: A CARACTERIZAÇÃO DE UMA TEORIA DO DIREITO.

O tema da confluência do Culturalismo Jurídico em Tobias Barreto e Miguel já ocupou a preocupação de pesquisas citadas anteriormente quando da introdução da presente tese⁸⁴. A hipótese central é de ser possível medir o grau de influência que sofre Miguel Reale por parte do Culturalismo Jurídico de Tobias Barreto de Menezes (LEAL e PAES, 2018, pg. 293). Através da análise de um texto de Tobias Barreto de Menezes (2004) e três ensaios de Miguel Reale (1998;2003) buscou-se delinear os elementos gerais e comuns entre a perspectiva dos dois autores no que tange ao desenvolvimento do tema. Em sede de conclusões, além de apontar para o pertencimento de ambos a corrente culturalista foi possível, também, perceber: a) a defesa culturalista de Reale engloba elementos diferentes das de Tobias, tendo ele integrado ao seu culturalismo elementos desconhecidos por Tobias e; b) o tema não poderia ser esgotado numa pesquisa limitada devendo ser alargado para que a referida hipótese pudesse ser validada e seus resultados compreendidos de forma plena (LEAL e PAES, 2018, pg 305-7).

Como o trabalho partiu da análise referencial sem o compromisso de estabelecer o contexto histórico do debate, sem a pretensão de analisar um conjunto mais robusto de evidências, seus resultados podem ser considerados indiciários e, conseqüentemente, pendentes de complementação de uma pesquisa expandida sobre o tema. É, portanto, esta a premissa do presente capítulo da tese. Dada a necessidade de fornecer uma explanação mais detida acerca da relação entre Miguel Reale e Tobias Barreto de Menezes no tema Culturalismo Jurídico, pretende-se realizar uma investigação mais completa da hipótese central. Para tanto, é imperioso iniciar com a explanação analítica do que se entende por culturalismo jurídico, ou seja, qual conceito está sendo usado quando se refere a tal expressão. Carvalho (2008) e Paim (1995) escrevem acerca desta categoria e ambos a alocam como uma decorrência dos debates feitos pelos neokantistas, especificamente, divergindo da chamada Escola de Marburgo.

⁸⁴ Referimo-nos ao artigo publicado em co-autoria com a Professora Doutora Pastora do Socorro Teixeira Leal, intitulado “Uma Revisão sobre o Culturalismo Jurídico Brasileiro – Confluências entre Tobias Barreto de Menezes e Miguel Reale”, publicado na *Argumenta Journal of Law* em 2018, que configura uma parte da pesquisa realizada como forma de coleta bibliográfica para escrita da Tese.

Martins (2016), por sua vez, explica que a origem da Escola de Marburgo está diretamente conectada com a orientação positivista, na proposta de Stuart Mill, e o fato de que, esta postura, conduziu à possibilidade de atribuir à Filosofia uma função autônoma em relação às Ciências, conseqüentemente, a abertura para um retorno à Kant (pg. 36). Ainda neste diapasão, é na relação de significância e significado da relação entre fenômeno e experiência que reside o fator crucial para delimitação desta leitura neokantista (MARTINS, 2016, pg. 37). Pode-se dizer que a limitação da vida pela experiência do fenômeno demarcou o modelo de Ciência oitocentista e contribuiu para formação da orientação positivista e, também, de outra chamada de psicologismo, uma espécie de relação entre lógica e psicologia (MARTINS, 2016, pg. 37). Em suma, contra o positivismo, o naturalismo e o psicologismo, “o Neokantismo foi um movimento crítico desta redução da Filosofia ao método e aos conceitos psicológicos” (MARTINS, 2016, pg. 38).

Muito por oportuno, então, o Neokantismo propõe o resgate da filosofia kantiana e o abandono de concepções absolutas, a proposta de um saber especulativo e de uma concepção de sistema, por adotar, como ponto de partida, a própria finitude do ser humano⁸⁵ (MARTINS, 2016, pg. 38). Tendo se ocupado em preencher as lacunas deixadas pelo Idealismo alemão pós-kantiano o Neokantismo propõe a “virada para ciência” através do desenvolvimento da Lógica transcendental de Kant como verdadeira Teoria da Ciência, não focada apenas na validade dos conteúdos produzidos pelo chamado saber científico, mas, precipuamente, na relação entre pensamento, ser e fato (MARTINS, 2016, pg. 42). Para a orientação Neokantista, pensamento e ser representavam uma unidade sintética representada pela Ciência que, a partir desta unidade, se torna um fato que constitui o ponto de partida para reflexão filosófica da teoria do conhecimento (MARTINS, 2016, pg. 42). Neste sentido, a pergunta sobre a possibilidade do conhecimento seria esforço inútil na medida em que a sua própria existência enquanto fato científico já era suficiente.

Além disto, a Escola de Marburgo, pertencente ao quadro de investigadores neokantistas, que investia na rejeição da noção kantiana da coisa-em-si (MARTINS,

⁸⁵ Importante ressaltar que o Neokantismo também é caracterizado como uma reação aos pós-kantianos que procuravam ir além de Kant e discutir temas decorrentes e derivados do pensamento kantiano, como Fichte, Schelling e Hegel, de acordo com Martins (2016) “Kant tinha apelado a Fichte quando este escrevera o seu *Wissenschaftslehre* (Doutrina da Ciência), e também aos outros filósofos de seu tempo, para que não ‘fossem além’ de sua *Crítica*. Na época, Kant pediu que, ao menos, Fichte e os demais levassem em conta o seu sistema filosófico. Contudo, o apelo não foi correspondido. A filosofia pós-kantiana tomou um rumo de distanciamento do Criticismo por meio do que se denominou posteriormente de Idealismo alemão pós-kantiano” (pg. 39).

2016, pg. 43). De acordo com a orientação kantiana, as coisas que são intuídas por nós não são constituídas por si mesmas, ou seja, não nos é possível conhecer algo em si porque as coisas nunca se apresentam como algo em si, sendo sempre apresentadas “para nós”. Uma ação injusta não é injusta porque há algo de essencial no sentido de justiça que seria universalmente compartilhado por todos, pois não há possibilidade de apreender-se, cientificamente, um sentido de Justiça em si, dado por ela própria. Porém, cada ser humano guarda uma intuição do sentido de justo e, quando avalia um determinado comportamento, usa esta intuição para que algo se apresente a ele enquanto Justo ou Injusto. Estas condições de possibilidade do conhecimento é que podem ser chamadas de formas puras (MARTINS, 2016, pg. 44). A respeito deste tema, Martins (2016) assevera que “estas condições de possibilidade são puramente formais e *a priori*; são elas, o ‘espaço’ e o ‘tempo’, em relação à Sensibilidade; e as Categorias (conceitos puros do entendimento) em relação ao Entendimento” (pg. 44).

O que a Escola de Marburgo propõe é a eliminação do problema da coisa em si através da supressão de determinadas hesitações na filosofia kantiana (MARTINS, 2016, pg. 45). Usando Kant para realizar uma análise reflexiva do conhecimento científico, os Neokantistas da Escola de Marburgo sustentavam a tese de que, por exemplo, “as categorias, depuradas de qualquer conteúdo psicológico ou metafísico, seriam como ‘princípios lógicos’ e ‘metodológicos’ com os quais (...) aplicar-se-iam à diversidade de fenômenos no espaço e no tempo” (MARTINS, 2016, pg. 45). Como consequência pode-se aduzir que a aplicação do Método Transcendental na concepção de ciência é um dos fatores gerais que caracteriza a orientação da Escola de Marburgo, neste sentido, são as condições de possibilidade do próprio conhecimento científico que são discutidas e não sobre as coisas e sua existência (MARTINS, 2016, pg. 45). Em sede de conclusão

“o Neokantismo da Escola de Marburgo substituiu a Teoria do conhecimento moderna, ou, ainda a Epistemologia (*Erkenntnistheorie*), pela Crítica do conhecimento (*Erkenntniskritik*). A Teoria do conhecimento/Epistemologia (*Erkenntnistheorie*), partindo da ideia de ‘experiência’ enquanto ‘vivência’ (*Erlebnis*) – termo que será resgatado por Dilthey posteriormente -, foi substituída pela classe de proposições que forma a crítica do conhecimento científico. Estas proposições formaram a ‘experiência científica’ quando vistas como ‘sistema’. Assim, as proposições da crítica do conhecimento acabaram por desenvolver uma ‘Epistemologia’ sem sujeito, em que o *a priori* de certos princípios é o ‘ideal’ e o sujeito de toda objetividade” (MARTINS, 2016, pg. 46).

De toda sorte, o Culturalismo busca assumir uma perspectiva transcendental e propõe-se em solucionar problemas que teriam sido deixados em aberto por Kant e que não foram enfrentados pelo neokantismo, reestudando, deste modo, toda a cultura (PAIM, 1995, pg. 08). Dois nomes são citados como pertencentes ao primeiro ciclo da escola culturalista e que são descritos por Antônio Paim (1995) como os catalisadores do movimento, são eles: a) Wilhelm Windelband (1848/1915) e; b) Heinrich Rickert (1863/1936) (PAIM, 1995, pg. 09). Para Windelband as ciências poderiam ser subdivididas em duas categorias, ou, dois tipos, sendo elas as nomotéticas (ocupadas com a formulação de leis capazes de refletir os fenômenos individuais considerados sob determinada classe) e as idiográficas (relacionadas aos fenômenos particulares e, conseqüentemente, à cultura) (PAIM, 1995, pg. 09). Além disto, é importante salientar que tanto as ciências nomotéticas quanto as idiográficas possuem uma base comum, compartilhada por ambas, pois consistem em criações culturais e, dessa forma, incorporam valores e valorações (PAIM, 1995, pg. 09). Se é possível pensar deste modo, o objeto da metafísica pode ser deslocado para a existência de valores de validade universal, ou, melhor dito, de validade transcendental pois eles próprios consistiram nas condições de possibilidade de todo conhecimento humano (PAIM, 1995, pg. 09).

Na mesma esteira Rickert acentua o caráter indutivo das ciências naturais e a dependência das ciências culturais de questões individuais e de valores, objetivos e universais, realizáveis na história (PAIM, 1995, pg. 10). Em outras palavras, a própria existência da história enquanto ciência depende da validade de determinados valores aceitos por todos os centros históricos, ou seja, a importância dos costumes atenienses na formação do homem moderno, ou, a importância do direito romano na construção do direito civil contemporâneo, são valores universalmente aceitos pela história ocidental. Mesmo que um oriental, pertencente a uma “história diferente”, pretenda reconstituir a história do ocidente ele não poderá negar os dois valores anteriormente citados como referências para o desenvolvimento de tal pesquisa. Ele poderá comparar estes valores universalmente aceitos por qualquer historiador ocidental com outros que compõe a sua realidade, ou sua história local, podendo assim concluir sobre sua total desconexão,

parcial influência, ou total dependência. Porém, nunca poderá negar que eles ocorreram e que eles não possuem um peso na constituição da realidade do ocidente⁸⁶.

Outra contribuição para o desenvolvimento da chamada corrente culturalista foi Emile Lask, para quem era necessário o desenvolvimento de uma lógica da lógica, ou seja, a justificação da própria lógica transcendental, o que não foi perseguido por Kant pelo mesmo encontrar-se restringido pelo preconceito da limitação humana aos dados de uma intuição sensível (PAIM, 1995, pg. 11). São três proposições essenciais que podem ser atribuídas à Lask: a) a correlação de modo estrito entre sujeito e objeto; b) a natureza ideal-realista do conhecimento humano e; c) a distinção da esfera da cultura como correlata à juízos referentes à valores (PAIM, 1995, pg. 11). É este primeiro ciclo que influencia, não só a filosofia do direito de Gustav Radbruch (e o formalismo de Kelsen), como também influencia uma geração de pensadores brasileiros afetos às ideias e debates que são travados durante tal período como se verá mais adiante. Contudo, já na década de 20, inicia-se o segundo ciclo do culturalismo na Alemanha, a morte de Cohen, o declínio da influência Neokantista e o surgimento da fenomenologia fazem com que o culturalismo precise rever algumas de suas premissas (PAIM, 1995, pg. 12).

Para a corrente que passa a se desenvolver a partir desse ponto existem três tipos diferentes de objetos, sendo eles classificados enquanto objetos naturais, ideais e culturais (ou, referidos á valores); sendo necessário reconstituir o próprio sentido de experiência a fim de unificar todos estes objetos (PAIM, 1995, pg. 12-3). Apesar do desinteresse de Rickert em fazê-lo, encontram-se teses que procuram se aprofundar nesta questão nas proposições lançadas por Max Scheler e Nicolai Hartmann (PAIM, 1995, pg. 13). Para o primeiro, Kant estava certo quando propôs a impossibilidade de existência de uma Ética planejada para alcançar a felicidade (de bens e fins), e, também, quando asseverou pela existência de outro critério dada a capacidade de avaliar os bens e realizar distinções morais por parte do homem (PAIM, 1995, pg. 13). Porém, ao propor que toda ética material deve ser empírica, Kant haveria aberto um distanciamento entre ela e o sentido dado para valores, que acabariam sendo outras possibilidades, escalonadas num grau hierárquico *a priori*, apresentando certas

⁸⁶ Essa é a perspectiva adotada pela “neutralidade axiológica” desenvolvida por um dos continuadores desse debate, Max Webber que “emancipou a sociologia de qualquer tutela filosófica e indicou que o conhecimento dos fatos sociais só alcança validade científica quando o investigador não toma posição diante dos valores que se acham implicados naqueles fatos. As discussões sobre avaliações transcendem o plano científico” (PAIM, 1995, pg. 10).

características que os delimitam e relações entre si, constituindo a porta de acesso aos objetos jogados no mundo (PAIM, 1995, pg. 13).

O que vem primeiro sempre é o valor, as propriedades e a essência do objeto somente aparecem subsidiariamente, por isto, além de distinguir-se da coisa o valor também é distinto da ideia de bem⁸⁷ (PAIM, 1995, pg. 14). O contraponto de Scheler à Kant reside no fato de o mesmo acreditar ser ilegítima “a inferência de que os valores materiais somente existem com referência a um querer que se coloca com determinados fins” (PAIM, 1995, pg. 14). Algumas distinções começam a aparecer na teoria de Scheler que podem ser esquematizadas da seguinte maneira: a) fins; b) objetivos e; c) tendências; os objetivos e tendências estão correlacionados, pois os objetivos podem ser divididos em: b1) componente-valor e; b2) componente-representativo (este último fundado no primeiro); podendo-se, chegar na conclusão de que, originariamente, o valor nasce de um sentir desconectado (a princípio) da tendência e do objetivo, porém, ele próprio acaba por sustentá-los: “a tendência não é ao prazer pelo prazer mas ao valor a que corresponde o prazer” (PAIM, 1995, pg. 14). Tanto tendência quanto objetivo independem da vontade o que não ocorre com os fins que correspondem, por sua vez, a conteúdos que são representados dentro das tendências de modo que “quando aparecem tendências dirigidas a valores e passam a constituir conteúdos de minha representação, a minha vontade pode então optar” (PAIM, 1995, pg. 14). Sendo, portanto, o fim um objetivo escolhido, a experiência se torna capaz de guiar o ser humano para valores morais, hipótese refutada por Kant.

Nicolai Hartmann concorda em vários dos pontos acima mencionados, vindo a validar algumas das hipóteses fornecidas por Scheler, porém, como este último vem a suscitar, o grande erro de Hartmann teria sido o de aproximar a caracterização dos valores como objetos ideais do platonismo (PAIM, 1995, pg. 14). A caracterização da discussão dos valores enquanto objetos ideais garante que a discussão sobre a experiência ética tenha um prosseguimento e faz com que a proposta culturalista possa continuar a florescer na medida em que há uma promoção da ideia de objetos referidos á valores e suas consequências possíveis (PAIM, 1995, pg. 15). Com a vitória do Partido Social Nacionalista na Alemanha e a conseqüente ascensão do nazismo vieram a

⁸⁷ De acordo com Antônio Paim (1995) “cada bem corresponde a uma constelação de valores, fundada num valor central. Nos bens, os valores se realizam, razão pela qual são objetivos e reais. Mas, prossegue Scheler, os valores como tais são *objetos ideais*. Graças a isso, conclui-se que nenhuma teoria dos valores pode pressupor bens ou coisas, mas também que é possível encontrar uma série material de valores e uma ordem completamente independente *a priori* frente aos bens” (pg. 14).

contribuir para o esfacelamento da escola culturalista naquele país, porém, ela teve continuidade em outros países a exemplo de Ortega y Gasset na Espanha, Garcia Maynes no México e Miguel Reale no Brasil (PAIM, 1995, pg. 15).

Porém, toda evolução da pesquisa culturalista no início do século XX se dá por conta da contribuição de Hartmann que, para Paim (1995) não parece ter sofrido uma forte influência da fenomenologia Husserliana por ter absorvido a crítica culturalista da Escola de Marburgo e não ter se preocupado em encontrar qualquer tipo de sistema que o permitisse ultrapassar a perspectiva transcendental (pg. 16). Em linhas gerais, são duas obras do referido autor que acabam por renovar a atualidade do culturalismo alemão, sendo elas: a) “Auto-exposição Sistemática” e; b) “O problema do ser espiritual”; nas quais discute, respectivamente, a natureza especial dos problemas filosóficos e a questão do “ser do homem” (PAIM, 1995, pg. 16). Sobre o primeiro tema, ele descreve que o caos inaugural do conhecimento já foi substituído pela organização sistemática das ciências e, por conta disso, o pesquisador não pode partir de uma ideia puramente autêntica devendo se referir a algo já constituído em nome do conhecimento, ou seja, já pertencente a algum sistema (PAIM, 1995, pg. 16).

A filosofia, neste sentido, acabou formando duas linhas distintas de investigação: a) a do pensamento sistemático construtivo (que procurava construir sistemas a partir da experiência de mundo possível) e; b) a do pensamento problemático investigador (esta já preocupada com questões puras) (PAIM, 1995, pg. 17). O fato de os pensadores sistemáticos construtivos deixarem em aberto os seus próprios sistemas deixa uma espécie de legado, ou, herança, para as gerações futuras que acabam baseando seus sistemas nas lacunas e aberturas deixadas pelos seus antepassados. O pensamento problemático investigador é aquele que se preocupa com o supra-histórico e o vital, por isso se constitui de questionamentos puros, desvinculados das contingências históricas pertencentes á primeira linha de investigação. É neste ponto que Hartmann recorre ao platonismo como um exemplo de investigação que considera como sendo a mais rica em matéria de investigação problemática pura (PAIM, 1995, pg. 17). Porém, há de se registrar que sua adesão ao platonismo se daria muito mais por uma tentativa de esvaziamento das críticas que sofreu Platão do que por uma empreitada frutífera de reconstruir e atualizar seu sistema de pensamento. Ou seja, há apenas um interesse fracionado na compreensão da filosofia platônica e não a ideia de pertencimento geral ao platonismo.

A lógica de Hartmann se reduz em dizer que a doutrina das Ideias em Platão, apesar de amplamente refutada pelos seus sucessores, assim como por diversas outras escolas, conseguiu se manter viva nas questões mais vitais, além do mais assumiu que a impaciência natural em descobrir soluções a todo custo e a crença de que problemas filosóficos não solucionáveis geram debates infrutíferos, o que contribuiu para que vários sistemas antiplatônicos fossem construídos e depois destruídos ao longo da história da filosofia (PAIM, 1995, pg. 17). Hartmann parece, então, demonstrar que sua teoria possui alguns pontos de conexão e vários de oposição á concepção fenomenológica, na medida em que relata a permanência da enigmaticidade do mundo como um fato inescapável, muito embora algumas falsas aporias tenham tentado elucidá-las (embora sem sucesso). Neste diapasão, Paim (1995) conclui que

“Hartmann concebe um esquema que compreende essas etapas: *fenomenologia, aporética e teoria*. ‘os dois primeiros graus, escreve, tomados cada um por si, são um amplo domínio de trabalho, uma ciência inteira. E precisamente porque nenhum dos dois é definitivo e verdadeiro, coloca-se sobre eles a maior ênfase. Seu domínio de trabalho é aquele onde os sistemas construtivos pecaram. Precisamente estes permanecem sempre demasiado curtos, razão pela qual as duas teorias encontram-se sobre bases débeis” (PAIM, 1995, pg. 18).

O terceiro grau (a teoria) é descrito como sendo um consectário da contemplação aristotélica, ou seja, o conceito de teoria adotado por ele diz respeito a uma visão panorâmica sobre aquilo que é contemplado e uma entrega única à multiplicidade do objeto que pretende ser estudado (PAIM, 1995, pg. 18). Este é o ponto de chegada que vai leva-lo a condensar estes estudos, posteriormente, no livro sobre o problema do ser espiritual e, deste modo, revigorar a possibilidade da existência de um conhecimento dirigido ao homem, ou, melhor dito, como correspondendo ao ser do homem (PAIM, 1995, pg. 19). Seu ponto de partida é a história e sua problemática, a alegação central é a de que seres a-espirituais não possuem história, e que seres humanos tratam a história da filosofia de um modo leviano, precipitado e, muitas vezes incompleto (PAIM, 1995, pg. 19). Este singular fato fez com que todas as respostas relativas a este precioso tema, também pudessem ser classificadas como vagas, precipitadas, levianas e incompletas⁸⁸, por isto ele busca empreender uma caminhada diferente da trilhada por outros autores.

⁸⁸ Nesse sentido, novamente Paim (1995) elucida a questão afirmando que para Hartmann “as respostas que foram tentadas são (...) ‘metafísica da história’, no sentido que Kant atribui à palavra, e tangenciam a questão. Ao seu ver, a visão teleológica, sobre a qual modelou-se a teoria do idealismo alemão, provém

O caminho diferente pode ser compreendido a partir da expressão “autonomia da dependência” com a qual Hartmann, propõe uma estratificação de seu sistema em categorias inferiores e superiores, mas preceitua uma relação dialética, complementar e orgânica entre elas, o que, em sede de conclusão, representaria seu trunfo em relação ao Idealismo Hegeliano e ao Materialismo Marxista: ela não é uma solução que parte unilateralmente de um ponto (alto, ou, baixo), mas os analisa simbioticamente (PAIM, 1995, pg. 20). Não se trata, portanto, de abordar o problema histórico a partir da existência de um Espírito Absoluto, muito menos de compreendê-lo a partir de questões econômicas, há uma necessidade de se perceber a relação entre os estratos como autônoma, em determinados momentos, e, ao mesmo tempo, dependente, em outros. Deste modo, a história não deve ser entendida como um mero suceder de eventos e sim como uma interdependência de tipo especial, o passado vive no presente prolongado através da conservação seja ela tácita ou expressa (PAIM, 1995, pg. 20).

Ao lado do prolongamento encontra-se a transformação, que ocorre através do fenômeno da superação do passado, como se pode perceber na disputa entre tradicionalistas e antitradicionalistas (ou, nos debates em que toda novidade deve substituir os valores dos seus antepassados definitivamente) (PAIM, 1995, pg. 21). Uma alegação importante de Paim (1995) aparece neste momento na medida em que aduz estar o peso do passado “presente nas normas jurídicas, na estrutura social, na língua (...) a ciência natural, entretanto, não se interessa pelo próprio passado, embora de fato cuide de preservar as conquistas alcançadas” (pg. 21). Outra concepção importante para a composição da escola culturalista alemã diz respeito a noção de “espírito vivente” na obra de Nicolai Hartmann. Diferindo-se da noção de um espírito objetivo e de um subjetivo, o espírito vivente é aquele identificado pela realidade material e que constitui a porta de acesso para os outros dois (PAIM, 1995, pg. 22).

Na prática este espírito vivente exige um ponto arquimediano para que possa começar a mover as engrenagens do mundo e, por exemplo, constituir as instituições que estão presentes na experiência de vida do ser humano, tal ponto é denominado de “providência” (PAIM, 1995, pg. 23). Neste diapasão, o homem se revelaria de modo teleológico, realizando fins e convergindo meios necessários para atingi-los e, portanto, transformando o mundo a partir da sua inventividade, “o homem contemporâneo

de Santo Agostinho, que deu forma ao conceito de *ascese* como realização e expansão do reino de Deus na terra. Em Kant aparece a ideia de um objetivo final da História, de caráter moral. Os sistemas especulativos subsequentes tampouco seriam melhor sucedidos. Exemplifica-os com Hegel e Marx” (pg. 19).

transformou totalmente aquela parte do mundo da qual se assenhorou” (PAIM, 1995, pg. 23). Este é o sentido próprio de cultura que será determinante para a orientação culturalista que pretende ser estudada no presente capítulo. Na Alemanha, esta escola, como dito acima, teve um curto período de vida não conseguindo ser retomada depois da segunda guerra mundial. Porém, deixou um legado considerável devido aos estudos dos autores supracitados. O Brasil foi um destes herdeiros intelectuais do movimento culturalista.

Com foi possível perceber no capítulo anterior, a discussão filosófica no Brasil gerou frutíferos debates acerca da origem e natureza do conhecimento e, também, da própria função e natureza da filosofia. O fato é que no período da grande ascensão da Escola do Recife, o argumento positivista era amplamente debatido e criticado pelos teóricos brasileiros. Não só isso, a noção do ceticismo e a problemática da Crítica da Razão Pura, dos pós-kantianos e Neokantistas. Porém, foi possível perceber que a influência Neokantiana na Escola do Recife se deu muito mais nos últimos anos de vida e publicação de Tobias Barreto de Menezes. O aumento do interesse sobre as grandes polêmicas decorrentes do pensamento kantiano é bem presente, tanto na obra de Tobias quanto nos escritos de Sylvio Romero⁸⁹, para quem a decretação da morte da metafísica marcará o novo período no qual se encontra a filosofia.

Carvalho (2008) sintetiza o pensamento culturalista de Tobias Barreto de Menezes em sete momentos distintos de sua publicação: a) Dissertação de concurso (1882); b) Notas á lápis sobre a evolução emocional e mental do homem (1884); c) Relatividade de todo conhecimento (1885); Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações anti-sociológicas (1887); Recordações de Kant (1887); A irreligião do futuro (1888); e a Introdução ao estudo do direito (1887/1888), (pg. 22). Agregam-se a estes o Discurso de 1883, intitulado “A Ideia do Direito” e o texto “Uma nova intuição do Direito”. Pretende-se expor, sistematicamente, o pensamento culturalista de Tobias a partir da análise destes estudos caracterizando o que seria a Teoria Culturalista. Grande

⁸⁹ A respeito do tema Carvalho (2008) anota que “Silvio Romero (1851-1914) nos deixou considerações muito interessantes sobre a cultura. Também ele fez do mundo da cultura uma forma de falar da vida humana. Seus trabalhos mais importantes, numa perspectiva filosófica, são *Doutrina contra doutrina* (1878), *Ensaio de filosofia do direito* (1908) e *Ensaio de sociologia e literatura* (1901). Deve-se ainda mencionar os opúsculos *Interpretação filosófica dos fatos históricos* (1880) e *A filosofia no ensino secundário* (1886). Um balanço histórico de suas reflexões revela um estudioso preocupado em continuar a investigação sobre a cultura iniciada por Tobias Barreto. Desejou retirá-la de um enfoque sociológico, poderíamos dizer determinista mesmo, que o positivismo lhe conferia para dar-lhe uma feição mais ampla. No entanto, não desejava que o progresso dependesse unicamente da vontade dos indivíduos, nem enxergou que o ideal de progresso pudesse ser algo puramente moral ou ideal. Este componente ideal seria apenas um dos fatores do progresso” (pg. 26).

parte destes textos estão inseridos nas obras completas organizadas sob o título de “Questões Vigentes” e na Parte III dos seus “Estudos de Filosofia e Crítica” editados por Paulo Mercadante e Antônio Paim. De posse destes estudos ter-se-ão condições de fornecer os pressupostos basilares da Teoria do Direito chamada de Culturalismo Jurídico.

Uma questão subjacente diz respeito ao impacto da proposição de Tobias no Direito Brasileiro e, para que se possa medi-lo utilizar-se-á a “Antologia do Culturalismo no Brasil” de José Maurício Carvalho (2008) e; “A Problemática do Culturalismo” de Antônio Paim (1995). Algumas das anotações de Adeodato (2003), também serão úteis para que se possa compreender o desenvolvimento da corrente culturalista no Brasil. É através desta pequena janela que a herança Neokantista encontra a crítica jurídica do movimento do Recife e intercala os pressupostos lançados pelos Culturalismo para fundar uma Teoria do Direito. O ponto de chegada é a continuação desta teoria no pensamento de Miguel Reale. Sobre o percurso bibliográfico para a investigação deste autor em particular não se adotarão, como base, os textos de referência à Tobias, porém, se reportará a eles por meio de notas de rodapé explicativas quando for oportuno fazê-lo. A análise será pautada em cima de uma obra: Cinco temas do Culturalismo Jurídico (muito embora seu estudo requeira a citação a outros livros também). Apesar de autores como Carvalho (2008) mencionarem textos esparsos, alguns deles os quais já se teve a oportunidade de pesquisar, o livro supracitado (além de não constar no rol de Carvalho) apresenta a síntese atualizada do pensamento de Reale a respeito do tema (o que não impede, novamente, de referenciar-se a outros textos através de notas de rodapé).

4.1. Tobias Barreto de Menezes e a Construção de uma Teoria do Direito.

Os “Estudos de Filosofia” de Tobias Barreto foram reunidos em ordem cronológica e divididos de acordo com o seu pertencimento aos momentos reputados ao pensamento do autor em apreço, constituem dois volumes divididos em três partes que se seguem do seguinte modo: a) Parte I, Período de Formação em Escada – fase do rompimento com o ecletismo espiritualista e adesão parcial ao positivismo (1868/1874); b) Parte II, Período final em Escada – fase do rompimento com o positivismo (1875/1882) e, em volume separado; c) Parte III, Última fase (período de Recife) – ciclo

de adesão ao Neokantismo (1882/1888). Estes estudos, que são organizados em 1977 por Paulo Mercadante e Antônio Paim, constituem a reunião de textos publicados por Tobias durante os períodos acima suscitados e organizados de acordo com os eixos assim explicados. De modo que, para a elaboração da presente seção deste capítulo abordar-se-á a Parte III, pois é somente aqui que transparece, de fato, a adesão expressa do autor para com o movimento culturalista e ao Neokantismo nos moldes em que foi explicado alhures. Existe, porém, uma virada no pensamento tobiático que vai ocorrer por volta do ano de 1881 com a publicação de artigo intitulado “sobre uma nova intuição do Direito”, e um discurso proferido em 1883 (A ideia do Direito), que não constam na Parte III dos Estudos e sobre eles vale a pena uma análise a fim de compreender todo o momento de transição.

Corroborando com que já foi estudado no capítulo anterior, Tobias (1881) acredita que existe uma velha concepção de direito e uma nova, a primeira é exemplificada pela perspectiva naturalista que assume que existe um conhecimento apriorístico relativo ao direito residente numa vontade suprahumana (divina), enquanto que a segunda é a novidade veiculada pelo positivismo (pg. 380-5). Ele adota duas grandes referências para sustentar a tese positivista, sendo elas Darwin e Ihering, e sua concepção é a de que o sistema do conhecimento humano e do direito, não podem ser alheios à interpretação organicista, formal e metódica que foi imputada pelo evolucionismo (MENEZES, 1881, pg. 384). De toda sorte, o direito tem que acompanhar este processo de progresso e evolução natural das ciências para que supere a visão naturalista e se estabeleça enquanto um projeto geral de uma disciplina rigorosa e metódica preocupada com este conceito evolucionista de ciência positiva. Porém, Tobias (1881) começa a demonstrar, timidamente, que o homem (individualmente considerado) não constitui o fim último da do processo de evolução, pois acha-se integrado em sociedade e constituído por uma história (pg. 385). Sua adoção do teleologismo de Ihering, o faz descartar hipóteses contratuais que interpretam ser a sociedade direcionada ou organizada por um princípio não racional (como o Estado de Natureza), pois entende que a sociedade não é organizada por uma causa eficiente e sim por uma causa final (MENEZES, 1881, pg. 387).

Tobias (1881) afasta qualquer tipo de “ilusão metafísica” da concepção de direito na medida em que assevera que “não existe um direito natural, mas pode-se dizer que há uma lei natural do direito” (pg. 392). O que ele quer dizer com isto está intrinsecamente ligado com o desenvolvimento que a lógica transcendental pode

experimentar na Alemanha e, conseqüentemente, diretamente atrelado aos problemas decorrentes da interpretação da Crítica da Razão Pura. Quando uma sociedade primitiva pensa na estrutura do direito, seja ela escrita, seja ela costumeira, fatalmente irá pensar numa estrutura de regras (entendidas aqui no sentido de organização do comportamento humano). Pode-se discordar do seu conteúdo, do seu modo de reconhecimento jurídico, porém, a grande essência do direito não estaria atrelada necessariamente a Deus, ou, a natureza, pois Ele não decorre nem de um nem de outro. Esta contingência estaria sim vinculada aos princípios racionais que norteiam a atividade intelectual da humanidade, ou seja, um *a priori*. Daí porque dizer que há uma lei natural do direito, como uma lei de estrutura do sistema racional, em suma “a razão que entra na formação de um código de leis (...) é exatamente a mesma, que assiste ao delineamento de um edifício, ou à confecção de um par de sapatos” (MENEZES, 1881, pg. 394).

Ainda neste sentido, a problemática da história é revisitada por ele na perspectiva da insuficiência da proposta hegeliana e as precipitações cometidas pelos juristas naturalistas por se preocuparem com a história do direito, mas não se aterem a historicidade do direito (MENEZES, 1881, pg. 404). A metafísica especulativa foi substituída pela preocupação ética e Tobias (1881) chega até a citar Trendelenburg e sua reação antinaturalista no texto “*Naturrecht auf dem Grund der Ethik*” e demonstrar que, em que pese toda a rebuscada proposta do Neokantista, não deixa claro qual é a essência do ético que defende (o adjetivo substantivado que explica os institutos jurídicos) (pg. 406). Neste sentido, volta a prestar crédito ao pensamento de Ihering e insistir no teleologismo e na ideia de luta fortemente defendidas pelo alemão em sua obra, porém, pretendendo levar o pensamento do mesmo para um local inexplorado, celebrando, a novidade de tal empreitada (MENEZES, 1881, pg. 407). É a conexão entre Direito e Cultura que passa, então, a ser abordada e diz Tobias (1881) que para entender o que é cultura deve se entender o processo cultural, separá-lo do sentido de civilização⁹⁰, para

⁹⁰ Para Tobias Barreto (1881) “antes de tudo: o conceito de cultura é mais amplo que o da *civilização*. Um povo civilizado não é ainda *ipso facto* um povo culto. A civilização se caracteriza por traços, que representam mais o lado exterior do que o lado íntimo da cultura. Assim, ninguém contestará, por exemplo, aos russos, aos turcos mesmos, a muitos outros povos do globo, relativamente florescentes, o nome de *civilizados*. Eles têm mais ou menos ordenadas as relações da sua vida pública; possuem pela mor parte, constituições e parlamentos; aproveitam-se dos progressos da ciência, da técnica e da indústria moderna; seus altos círculos sociais falam diversas línguas, leem obras estrangeiras, vestem-se conforme a moda novíssima de Paris, comem e bebem segundo todas as regras de polidez. Porém, não são *povos cultos* (...) Já se vê que o conceito da cultura é muito mais largo e compreensivo do que se pode à primeira vista supor. Sem uma transformação de dentro para fora, sem uma substituição da selvageria do homem *natural* pela nobreza do homem *social*, não há propriamente *cultura*”. (pg. 408).

então conceber a esfera do cultural como antítese ao natural⁹¹ (MENEZES, 1881, pg. 407).

Há uma substituição, portanto, da relação causal (de causa e efeito), pela relação teleológica (de meio e fim), e, para Tobias (1881) o direito deve ser entendido como a relação de “torcer e ajeitar” sendo ele próprio produto da cultura e desvinculado de uma vontade supra-humana, sendo uma espécie de política de força que ultrapassa a força natural orientando a convivência harmônica entre os cidadãos através do exercício de limitação das liberdades (MENEZES, 1881, pg. 410-1). É importante a orientação feita pelo mestre recifense na medida em que se é capaz de perceber que ele está começando a fixar as bases do seu culturalismo, porém, deixa muitas perguntas sem respostas e, por conta do seu tom crítico aos docentes, aos adeptos de um naturalismo caduco e um positivismo caolho, muito esforço se faz para que a crítica seja ácida na formulação do *argumentum ab ridiculum*. A deferência ou o tributo que o direito deve á história também é elaborada neste breve texto, e vale a pena a transcrição de um longo período do mesmo a guisa de conclusão

“convençamo-nos portanto: o direito é uma criação humana; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso estado. O seu melhor conceito científico é o que ensina o grande mestre de Goettingen: - ‘o conjunto de condições existenciais da sociedade *coativamente* asseguradas’. Se ao epíteto *existenciais* adicionarmos – *evolucionais* – pois que a sociedade não quer somente *existir*, mas também *desenvolver-se* – teremos a mais justa concepção e definição do direito. Não se trata aí de um juízo sintético *a priori*, como eram as definições do velho racionalismo, porém de um sintético *a posteriori*, um filho da experiência, um resultado da indução. Demais, os chamados juízos sintéticos *a priori*, só o são para o indivíduo; perante a humanidade, a quem se podem aplicar as palavras do profeta: *Mille anni tanquam dies* – é hoje líquido e incontroverso *aposteriorismo* de todos eles” (MENEZES, 1881, pg. 413).

⁹¹ Ainda sobre esse assunto, prossegue Tobias (1881) asseverando que “o estado originário das coisas, o estado em que elas se acham depois do seu nascimento, enquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, como a sua inteligência e a sua vontade, não influi sobre elas, e não as modifica – esse estado se designa pelo nome geral de *natureza*. A extensão desta ideia é constituída por todos os fenômenos do mundo, apreciados em si mesmos, conforme eles resultam das causas que os produzem, e o seu característico essencial é que a *natureza* se desenvolve segundo leis determinadas e forças que lhe são imanentes: não se afeiçoa de acordo com fins humanos. Quando isto, porém acontece, quando o homem inteligente e ativo põe a mão em um objeto do mundo externo, para adaptá-lo a uma ideia superior, muda-se o estado desse objeto, e ele deixa de ser *simples natureza*. (...) A *cultura* é, pois, a antítese da *natureza*, no tanto quanto ela importa uma mudança do *natural*, no intuito de fazê-lo belo e bom” (pg. 408-9).

De fato, este é um texto chave que vai demarcar a abertura de Tobias ao pensamento Neokantista que será inaugurado em 1882 com a defesa do texto “Dissertação de Concurso”. Porém, antes disto, o texto é lido mais como uma crítica ao naturalismo brasileiro e ao positivismo adotado pelos pesquisadores das Faculdades de Direito do que uma robusta tese jurídico-filosófica sobre o pensamento Neokantista e sua adesão ao Culturalismo. Antes, porém, é de extrema importância constatar que, muitas destas passagens são encontradas no seu discurso de Paraninfo da turma de 1882, intitulado “A Ideia do Direito”. Tal discurso possui pelo menos três dimensões: a) uma política; b) uma crítica; e, c) uma construtiva. A dimensão política do texto incide no fato de que ele é uma resposta de Tobias para o debate instaurado entre ele e a igreja desde a publicação do “Guizot e a Escola Espiritualista do Século XIX” (1869), e, conseqüentemente, com a opção do Império brasileiro pela divulgação da filosofia ecletista espiritualista como filosofia oficial do Estado. Na dimensão crítica é claro que Tobias vai procurar libertar os novos juristas da mentalidade, segundo ele, ultrapassada da metafísica tomista na compreensão do fenômeno jurídico. Contudo, ao mesmo tempo em que o faz, Tobias (1883) acaba por contribuir positivamente e construir um conceito de direito baseado numa premissa de historicidade e não de convencionalidade natural como já havia iniciado a fazer em sua nova intuição do direito.

No texto de 1882 de título “Dissertação de Concurso”, Tobias (1882) volta para a questão da fundação epistêmica das Ciências Sociais, preocupado com o Direito por óbvio, e revisitando a necessidade de superação da metafísica clássica (pg. 4-5). A concepção de direitos naturais e originários já não consegue mais se adequar às exigências de uma ciência indutiva, formal e metodológica, pois o homem é um ser histórico em processo de pleno desenvolvimento (MENEZES, 1882, pg. 07). Por este motivo qualquer tese que pretenda sustentar que existe um direito universal igual para todos os povos não pode prosperar, adotando, deste modo, uma proposta etnológica (MENEZES, 1882, pg. 08). Outro argumento importante levantado por Tobias (1882), diz respeito ao fato de que os direitos diferem de sociedade para sociedade, justamente por serem produto da cultura humana e não de um sonho metafísico, e que direitos como liberdade, vida e igualdade somente existem pelo fato de existir uma sociedade (pg. 09).

Se se remontar à Genesis, não havia uma necessidade de existir uma lei sobre sucessão e testamento, uma lei matrimonial, ou de regime de bens para Adão e Eva, por exemplo. Analisando a própria essência do chamado Direito Natural de seu tempo, Tobias (1882) é capaz de perceber que o *jus naturale* dos romanos é totalmente diferente daquilo que a doutrina brasileira vem defendendo, e este simples fato é corolário da sua tese: de a própria ideia de um Direito Natural depende das convenções culturais do lugar onde ela é defendida (pg. 10)⁹². Para Tobias (1882) “o que nós hoje chamamos direito é uma transformação da *força*, que limitou-se, e continua a limitar-se, no interesse da sociedade” (pg. 11), este é o princípio da caracterização do Direito como uma ideia de Força⁹³. Esta é a posição da qual Carvalho (2008) compartilha, para ele a ideia de direito como força acaba por delinear o fio que gera o entendimento de que o mundo do homem era criação sua e, ao mesmo tempo, o contexto pelo qual o próprio homem pode ser entendido enquanto tal (pg. 22).

Dois anos depois, Tobias (1884) retorna a escrita de seus trabalhos a fim de dissertar sobre a dualidade entre a evolução emocional e mental do ser humano (“Notas a lápis sobre a evolução emocional e mental do homem”). Mantendo muitos dos seus argumentos contrários a qualquer emoção metafísica dentro do universo das ciências⁹⁴, somente algumas páginas mais à frente Tobias (1884) apresenta o que pode ser considerado o grande cerne de sua pesquisa, asseverando que “o processo da evolução emocional e mental do homem é o mesmo processo da civilização, da cultura humana em geral, encarada pelo seu lado íntimo” (pg. 19), ainda, a compreensão deste processo

⁹² Em sede de revisão do presente capítulo, o Prof. Paulo Weyl ainda assevera a contribuição “Para acrescentar, na realidade, para os romanos, a própria sociedade é natural nesse mesmo sentido, como tradição e cultura, onde a dignidade da tradição inscreve seus princípios nos próprios mitos de criação”.

⁹³ É no mínimo impressionante, não só a densidade filosófica de Tobias Barreto de Menezes, como também o é a sua sensibilidade poética quando escreve: “Em nome da religião, disse o sublime gnosta, autor do quarto evangelho: no princípio era a palavra (*in principio erat verbum*); em nome da poesia, disse Goethe: no princípio era o ato (*im Anfang war die That*); em nome das ciências naturais, disse Carus Sterne: No princípio era o carbono (*im Anfang war der Kohlenstoff*); em nome da filosofia, em nome da intuição monística do mundo, quero dizer: no princípio era a *força*, e a *força* estava junto ao homem, e o homem era a *força*. Desta *força* conservada e desenvolvida, é que tudo tem-se produzido, inclusive o próprio direito, que em última análise não é um produto *natural*, mas um produto *cultural*, um obrado homem mesmo” (MENEZES, 1882, pg. 11-2).

⁹⁴ Nesse texto em particular seu antagonismo se estende para o conceito da palavra evolução que, na sua visão, não se origina no darwinismo e que pode ser encontrada no pensamento filosófico de Kant, Lamarck, Goethe, entre outros (MENEZES, 1884, pg. 15). O que ele propõe, explicando melhor, não é que esses teóricos tivessem falado do evolucionismo do modo como Darwin o fez na sua Teoria da Evolução das Espécies, mas sim que a ideia geral de progresso e evolução do espírito humano já possa ser encontrada em diversos outros textos (MENEZES, 1884, pg. 16). Por fim, em que pese poder ser dito que Evolução e Progresso estão presentes nos grandes debates científicos e filosóficos, parece estacionário permanecer na crença de que o conhecimento humano não é do homem, mas sim de Deus (MENEZES, 1884, pg. 17).

é, antes de mais nada, pertencente a um conhecimento histórico. Adotando a teoria de Heackel, Tobias (1884) fragmenta a história das ciências sociais em dois ramos: a) a ontogenia (desenvolvimento do indivíduo) e; b) a filogenia (desenvolvimento do tronco genealógico) (pg.19).

Deste modo, é possível fragmentar ainda mais até se chegar num ramo do conhecimento humano interessado no desenvolvimento formal dos indivíduos orgânicos (morfogenia); e outro interessado na história genealógica das formas ou desenvolvimento paleontológico das espécies, morficamente aparecidas (morfofilia) (MENEZES, 1884, pg. 19). Desta segunda investigação que surgem os arquétipos sociais que podem ser apreendidos, pelas artes, por exemplo, como o conceito de belo e a estética. Porém, há de se notar que para outras questões, não é tanto a forma que se constitui enquanto objetivo central, mas sim a função constituindo a fisiofilia e a fisiogenia (MENEZES, 1884, pg. 20). O que pretende com estas distinções é, na verdade, demonstrar que um lado do desenvolvimento das ciências não acompanha o outro. Muitas vezes, como grande centro da investigação de um dado campo das ciências, existe apenas material especulativo e comparativo, retirando a capacidade de estudo indutivo e metódico (MENEZES, 1884, pg. 20).

Do ponto de vista das ciências sociais, fazendo menção a crítica das características herdadas, Tobias (1884) defende que do mesmo modo como a marcha vertical bípede do *homo erectus* se aprimora com o passar do tempo, não permanecendo a mesma dos primórdios, as relações sociais assim também o são; o que retoma a questão da necessidade de contextualização histórica das ciências (pg. 22-4). Para Carvalho (2008) Tobias possui vários trunfos neste texto, desde a assimetria do desenvolvimento humano no que tange ao pensamento e a emoção, chegando a demonstrar que é por essa razão que as várias épocas alternam grandes talentos intelectuais, e grandes talentos de sensibilidade (pg. 22). Porém, é o fato de Tobias crer que o desenvolvimento e o progresso do espírito humano devem, necessariamente, ser formulados na esfera da moralidade é o fator decisivo para sua perspectiva culturalista (CARVALHO, 2008, pg. 22). Apesar de ainda tímido o reconhecimento de que os fundamentos da evolução da cultura são morais já é perceptível o papel que a ela virá a ter na obra de Tobias: “Como em todos os tempos da cultura humana, o amor em nossos dias também tem um ideal; mas também, como em todos os tempos, está muito aquém desse ideal, seja ele qual for, cavalheiresco ou romântico, filosófico ou naturalístico” (MENEZES, 1884, pg. 46).

No ano subsequente, Tobias (1885) publica breve passagem sobre a relatividade de todo o conhecimento humano. Sua crítica, neste momento é direcionada para a pressuposição de que somente é possível conhecer aquilo que é (e, portanto, passa a ser) pertencente a sua realidade, ou seja, a totalidade do conhecimento humano passa, necessariamente, por um conhecimento empírico (pg. 49-51). Aí residira a grande questão da relatividade do conhecimento humano, dada a diferença regional das realidades acessíveis, porém, “afirmar que nossos conhecimentos são relativos só tem sentido sob o pressuposto de que as *coisas em si* não são tais, quais são para nós, e que só podemos-las conhecer tais quais elas nos aparecem” (MENEZES, 1885, pg. 51). Em tom conclusivo, mais à frente, ele leciona que

“A relatividade do saber encerra dois momentos, diz A. Spir: primeiramente, o conhecimento dos objetos, dados como coisas externas no espaço, só é valioso com relação ao ponto de vista da consciência comum, mas objetivamente, ou em si, inexato, não verdadeiro. Conforme a expressão de Kant, as coisas têm no espaço só uma realidade empírica, nenhuma realidade transcendental. Em segundo lugar, os objetos empíricos são simples fenômenos, não apresentam a realidade em sua essência originária, absoluta, porém na forma estranha da pluralidade da mudança e da antítese ou dualidade de sujeito e objeto de conhecimento” (MENEZES, 1885, pg. 51).

Daqui se torna possível extrair, mais uma vez, o quão Tobias parece preocupado com a discussão de Kant e os Neokantistas, porém, não é um texto que contribuí proficuamente para o desenvolvimento da tese culturalista. No ano de 1887 surgem dois textos que vão continuar com esta “preocupação analítica” no pensamento de Tobias Barreto, são eles: as “Glosas heterodoxas a um dos montes do dia, ou variações anti-sociológicas” e; o texto “Recordações de Kant”. De acordo com Carvalho (2008) deve-se compreender estes textos da seguinte maneira: a) primeiro entender a interpretação de Tobias a respeito do pensamento kantiano; b) em segundo lugar, avaliar como Tobias emprega essa interpretação na construção da sua tese (pg. 23-24). Neste sentido, o texto “Recordações de Kant” deve ser colocado à frente do “Glosas heterodoxas...”. Carvalho (2008) divide-o, portanto, em três pontos centrais: a) o não pertencimento da filosofia criticista ao idealismo; b) o lugar da sensibilidade na origem do conhecimento humano e; c) o conceito de metafísica como epistemologia (pg. 23-4). Para que ele possa fundamentar estes três argumentos Tobias (1887) explica que o ceticismo huminiano, ao questionar a validade universal dos juízos sintéticos, constitui uma das fases mais

importantes da filosofia da época, ao passo que também capacitou Kant de promover profundas modificações através de sua “Crítica” (pg. 144).

Uma metáfora interessante sobre o tema é a de que a filosofia de Kant seria como uma ponte atravessando um precipício, aquele que caminhar sobre ela sem o devido cuidado assume o risco de cair. Se de um lado a perspectiva dos céticos instiga Kant a responder as indagações do “*Tretease of Human Nature*”, de outro, a resposta por ele fornecida pode levar, equivocadamente, a caracteriza-lo como um idealista (CARVALHO, 2008, pg. 23). Tobias (1887) parece ser bem consciente disto quando aduz que “a filosofia de Hegel queria uma conciliação absoluta do pensamento e da realidade; mas acabou por ser uma volatilização espiritualista do *real* e uma corrupção metódica do puro pensamento” (pg. 146). Nem mesmo a contribuição de Schelling é creditada como adequada por Tobias (1887), pois acredita tratar-se de uma perspectiva que deriva dos erros cometidos por Hegel e que, portanto, seria tão frágil quanto a primeira (pg. 149). Porém, para ele, o verdadeiro retorno à Kant começa a ser realizado por Helmholtz que foi responsável por trazer á tona, como uma recordação originária, as questões que de fato fundamentam a “Crítica” (MENEZES, 1887, pg. 150-1).

Em interpretação muito acurada do enfrentamento trazido por Tobias nessa parte do texto, Carvalho (2008) explica que

“A filosofia de Kant inspirou os idealistas a falar de um mundo criado pela razão, mas o kantismo não é idealista, explica Tobias. O entendimento, para Kant, não é o autor da forma e da matéria daquilo que elabora. O que Kant afirma com clareza, e Tobias estava corretíssimo em sua interpretação, é a origem sensível de todo conhecimento. Ainda que a *Crítica* possa mergulhar nas formas puras do entendimento, ainda que indique a relevância das formas *a priori* da intuição, todo conhecimento nasce da sensibilidade. O que o filósofo pretendeu fazer foi aproximar o entendimento puro da sensibilidade humana para fazer nascer deste encontro as representações. O texto de Tobias trás claro esta problemática. Ele percebe que são os sentidos que dão as imagens aos objetos” (CARVALHO, 2008, pg. 23).

Robert Paul Wolff (2011), acredita que existem pelo menos quatro grandes problemas para se dimensionar a magnitude e os enfrentamentos da obra kantiana, por isto, existem leituras e leitores de Kant, ele as enumera como sendo: a) o vocabulário rebuscado de um profissional de filosofia pertencente a um grupo especial de pessoas interessadas pela temática; b) Kant acreditava (em seus cinquenta anos de idade), possivelmente não conseguiria ver sua obra completa publicada, então se apressou em

concluí-la usando passagens de sua Dissertação Inaugural mesmo tendo mudando de opinião nos temas mais centrais da mesma; c) Kant era um compulsivo sistematizador e nunca satisfeito em usar apenas um princípio organizador, na “Crítica da Razão Pura”, por exemplo, ele usa pelo menos três princípios de organização diferentes; d) a profundidade, densidade e dificuldade dos argumentos filosóficos mais importantes e sua incompatibilidade com as premissas mais superficiais dos seus princípios de organização. A respeito desta última dificuldade ele assevera

“Early in his development of what eventually came to be called The Critical Philosophy, Kant worked out in his mind a grand bargain between Science and Ethics that allowed a place for both Newtonian Physics and the absolutely universal, objective, necessary First Principle of Morality, the Categorical Imperative. This bargain [if I may continue to speak in this manner] rested on certain theses about the nature of concepts and the limits of human knowledge, and also on a distinction, taken over from the ancient Greeks, between Appearance and Reality. Kant needed this bargain to demonstrate in the First Critique the cognitive validity of Euclidean Geometry [which was mathematics, to Kant] and Newtonian physics [which was science to just about everybody in those days], while also leaving room in the Groundwork of the Metaphysics of Morals and the Critique of Practical Reason for the demonstration of the validity of the principles of morality” (WOLFF, 2011).

De todo modo, parece assistir plena razão a José Maurício Carvalho (2008) por imputar a Tobias (1887) acuidade e precisão na sua consideração sobre um dos problemas fundamentais da Crítica da Razão Pura. Porém, há de se ressaltar que a partir desta identificação Tobias (1887) poderá se dirigir aos seguidores de Comte e Littré (no Brasil), e acusa-los de terem sido superados na sua distinção exclusivamente sensível de mundo e destituição integral da metafísica, ao mesmo tempo, evitar que os séquitos do espiritualismo brasileiro consigam ressurgir (pg. 161). Através da revisão e comentários de Schopenhauer a filosofia kantiana pode ser revigorada sem o obscurecimento idealista, dado o fato de que as formas puras e originais (tempo e espaço) chegam através da sensibilidade, porém, a atividade ordenadora da inteligência eleva a outro grau o efetivo conhecimento das matérias fornecidas pelo universo sensível (MENEZES, 1887, pg. 166). Deste modo a metafísica poderia ser concebida como uma teoria do conhecimento voltada para determinar todos os limites do saber. Ainda, é importante se ter em mente que o mestre sergipano não pôde observar o desenvolvimento dos estudos sobre Kant no século XX e, portanto, estava ele próprio limitado por seu tempo.

É neste sentido, então, que Tobias (1887) propõe a superação do positivismo, também, na medida em que a filosofia kantiana não pode ser reduzida ao empirismo puro e simples (separando-o de Hume) porque a sensibilidade constitui o alimento indispensável para que formas puras possam ser estruturadas num grau de confiabilidade, verificabilidade e validade científica (170). Com isto seria possível abrir uma nova etapa do desenvolvimento da filosofia e do direito, uma ciência do futuro como ele diz em seu texto, cujas bases estariam sendo desenvolvidas e sobre as quais ele próprio viria a edificar o seu pensamento, pretendendo caminhar além da física social positivista, Tobias envereda para o universo da cultura (CARVALHO, 2008, pg. 24). Os componentes mais relevantes deste novo caminho podem ser encontrados nos textos subsequentes, no escrito “Glosas heterodoxas” Tobias (1887) visita o problema metodológico da sociologia e afirma crer na existência de leis da natureza e que elas são diferentes das leis da liberdade (pg. 58). Parece ser paradoxal que a liberdade seja regida por lei, mas, para Tobias (1887) este tipo de redução não significa negar a liberdade, de outra sorte, também não significa a redução da vida moral a uma física social (pg. 58).

Existem, deste modo, dois tipos diferentes de liberdades: a) de um lado as liberdades empíricas relativas ao poder; b) de outro, as liberdades racionais relativas ao querer; a relação entre elas pode ser desvirtuada para que os deterministas utilizem argumentos a favor da necessidade de ordem para que a verdadeira liberdade possa ser atingida (MENEZES, 1887, pg. 60-1). Contra estes deterministas pode-se observar que a sua tentativa de compreender a liberdade a partir da negação das possibilidades de uma ação inteiramente livre (porque ela sempre precisaria ser motivada por algum interesse), recai num beco sem saída porque não conseguem justificar a existência de ações imotivadas por uma regra que se enquadre na sua própria lei (MENEZES, 1887, pg. 62). Logo, não haveria explicação para quando uma pessoa comete um homicídio por motivo torpe devido a um surto emotivo irracional. De acordo com o pensamento tobiático, esta tentativa de reduzir a liberdade a um ato mecânico está diretamente ligada à escola cética dos seguidores de David Hume, dada a incompatibilidade entre causalidade (como lei, ou, princípio) e a liberdade (MENEZES, 1887, pg. 66). A proposição do professor do Recife consiste na estrutura fornecida pelo monismo de Noiré, na qual os átomos são inteiramente iguais e dotados de duas propriedades uma interna (o sentimento) e outra externa (o movimento), somadas elas geram o desenvolvimento (modificação do sentimento ou do movimento) (MENEZES, 1887, pg. 66). Em conclusão, para o monismo que defende

“tudo é ao mesmo tempo *vontade e força* (...) como força *aparece*, como *vontade é*; ou, para falar a língua de Kant, como força é *fenômeno*, como *vontade é*, *noumenon*. A filosofia tradicional afirmava que tudo provém de causas. Schopenhauer distingue *causas*, *atrações* e *motivos*. O monismo redargui: - tudo é causa e motivo ao mesmo tempo. Como causa, *aparece*; como motivo, *existe* nos seres mesmos. Daqui resulta que não há em parte alguma do universo puro *mecanismo*; qualquer movimento é determinado simultaneamente por causa e motivo” (MENEZES, 1887, pg. 67).

A defesa do monismo ainda perpassa pela distinção entre sua leitura científica e filosófica, porém, para o monismo filosófico sendo o movimento e o sentimento inseparáveis, onde mais domina o primeiro aparecem as causas eficientes e, onde mais domina o segundo as causas finais (MENEZES, 1887, pg. 68). Somente mais à frente no texto esta distinção começa a ganhar corpo na medida em que o autor irá defender que, na “Crítica do Juízo” Kant abre uma margem para que se possa interpretá-lo não como um dualista e assim convergir suas pretensões com a distinção entre o natural e o cultural (MENEZES, 1887, pg.71-4). Para Carvalho (2008) as meditações de Tobias a respeito do saber científico e a liberdade radicalizaram a distinção feita por Kant, no mundo da natureza os fatos que não eram regidos pela liberdade eram guiados pela seleção natural⁹⁵ (pg. 24). Porém, isto pouco explica a diferença entre o mundo natural e o mundo cultural, esta distinção vai ser tratada por outros tipos de seleção tais quais as de tipo religioso, moral, intelectual, estética, etc., que dizem respeito a valores humanos, tendo Tobias (1887) propugnado pela eliminação das formas de seleção que envolvem violência (CARVALHO, 2008, pg. 24).

Há, contudo, uma contradição aparente nesta concepção em contraste com as práticas sociais. Considerando que uma disputa numa seleção de concurso pode ser ferozmente realizada por dois candidatos numa disputa oral, ou, se observar-se estados de guerra em que o homem externa sua faceta mais violenta, ou, sua desumanidade, será mesmo que a violência não estaria no epicentro da natureza humana? Para Tobias (1887) não é este o caso, pois apesar da demonstração diária da violência presente na natureza humana, não é possível negar que os atos de amor, doação, entrega verdadeira constituem uma tentativa de subverter a lógica natural e, portanto, o verdadeiro objeto

⁹⁵ Ainda nesse sentido “muitas eram as formas de seleção, ele explicou, entre as quais menciona: a espartana, a militar, a medical. Os efeitos delas são distintos, mas nenhuma destas três toca no essencial, a contradição que existe entre o mundo humano e o da natureza. Elas, talvez um pouco menos a última, atendem a propósitos específicos, no interior de intrincadas teorias dedicadas a justificar a brutalidade” (CARVALHO, 2008, pg. 24).

da cultura humana (pg. 79). Em algumas espécies de animais existe uma divisão orgânica na qual umas subjulgam outras, então, seria correto dizer que naturalmente esta violência se desenvolveria na escravidão, por exemplo. O que o cultural propõe é a não existência da escravidão, por isso a liberdade pode ganhar o sentido de racional e assim ser interpretada de acordo com a necessidade de superação do natural⁹⁶. Noutras palavras, a moral e o direito não devem ser interpretadas enquanto algo que provem da natureza, eles constituem a resistência do intelecto humano das leis naturais (MENEZES, 1887, pg. 81).

Consequentemente, dizer que o mundo da liberdade nasce das próprias escolhas está em completa consonância com a proposta kantiana de que agir moralmente é obedecer a um princípio estabelecido pela própria consciência (CARVALHO, 2008, pg. 25). Para Tobias (1887) a moral e o direito possuem três momentos: a regra, a luta e a paz, porém, para moral “a regra é a do próprio indivíduo (autonomia), a luta é a que ele trava consigo mesmo (automaquia), e a paz é a paz íntima, a paz da consciência” (pg. 86); de outra sorte, para o direito não se pode dizer que a regra é individual, mas externa (heteronomia), a luta é travada para com os outros (heteromaquia), e a paz pode ser descrita como o bem comum (paz externa, harmonia da vida em comum) (MENEZES, 1887, pg. 86). Ainda, a formação do direito não se dá de uma hora para outra, ele se desenvolve lentamente pelo tempo e pela história como a própria língua se desenvolve no seio da sociedade, porém, o direito requer luta e a linguagem não (MENEZES, 1887, pg. 87). Tobias (1887) adota, neste momento, a crítica do segundo Ihering para a consideração do historicismo jurídico de Savigny, notando a intrínseca relação do direito e o desenvolvimento humano. Logo, o direito é um imperativo necessário para a convivência harmônica e a evolução da sociedade para que todos saiam de um estado de barbárie para um estado social.

O texto de 1888, intitulado: “A irreligião do futuro” trata de uma resenha crítica de Tobias acerca do livro homônimo de Guyau (*L'Irréligion de l'Avenir*), que pode ser considerada uma chamada de atenção para que os liberais de seu tempo não caiam na armadilha, do que ele denomina de homens cultos e religiosos, sobre a confusão entre natural e cultural (pg. 180). Por se tratar de um texto facilmente conceituado como um

⁹⁶ Tobias (1887) era anti-escravocrata e constam nos anais da história que alforriou os escravos que herdou de seu sogro, encontramos, aqui, outra proposição vanguardista pois ele defende o direito a discriminação positiva no que tange à questão de gênero pois defende a necessidade de que a cultura garanta maior participação da mulher em condições de igualdade na sociedade (MENEZES, 1887, pg. 80).

texto de discussão teológica, Tobias (1888) revisita, novamente, a filosofia kantiana a fim de comprovar muito do que já havia discutido nos textos anteriores, porém, neste em particular, seu enfoque é outro: a impossibilidade de conciliar religião com razão científica (pg. 191). Sobre este assunto, não se pretende um aprofundamento pois a intenção é a constituição do culturalismo jurídico dentro de seus estudos, pelo que se consolidará, integralmente no último texto dos seus trabalhos reunidos. Publicado entre 1887/1888 o texto “Introdução ao Estudo do Direito”, carrega consigo não só o nome da disciplina inaugural dos bacharelados de hoje, mas, também, a conclusão da produção do período de adesão ao neokantismo de Tobias Barreto de Menezes.

Para Tobias (1887/1888) a ciência do direito coexiste com outras ciências e não pode perder sua identidade diante das outras, pois apresenta uma função própria e, indubitavelmente, “trata de uma ordem de fatos humanos, tem por objeto um dos traços característicos da humanidade, faz parte por conseguinte da ciência do homem” (pg. 229). Ele busca, entretanto, desenvolver um sistema de ideias anteriores a própria ciência jurídica, a estes princípios ele dá o nome de propedêutica jurídica, que possui como nota introdutória a identificação do lugar do homem na natureza, pois é a partir desta posição que se definirá o sentido, ou, a feição que o direito assumirá dentro daquele contexto específico (MENEZES, 1887/1888, pg. 232). Se se adotar a posição do homem em relação a teoria criacionista, por exemplo, não resta espaço para o direito, senão o de ser justificado pelos padrões do naturalismo tomista e, no Brasil, pelo espiritualismo eclético (corrente e posição amplamente criticada por Tobias). Ainda que seja uma posição precipitada é uma opinião possível que constitui e integra, numa relação de pertencimento a tradição jurídica brasileira. Ou, como diz Tobias (1887/1888) constitui um dos muitos resíduos dos primórdios da cultura humana (pg. 234).

De outra sorte, se se partir da concepção antagônica é possível chegar na teoria do monismo evolucionista para a qual todas as formas e existências apontam para a direção do progresso, evolução e desenvolvimento (MENEZES, 1887/1888, pg. 236-41). É este estado de pesquisa que leva ao que há de mais atual na compreensão do conhecimento humano, e é com a contribuição do pensamento neokantiano que ele pode resolver a questão do dissenso entre natural e cultural, como visto no texto anterior. Como base propedêutica e como precedente da Ciência do Direito, Tobias (1887/1888) acredita que é a filosofia como epistemologia que deve fornecer a justificativa do direito como uma ciência humana. Então, é possível dizer que, neste aspecto, de modo bem

transparente, o mestre sergipano deixa claro que o fundamento filosófico de sua Teoria do Direito é o monismo filosófico aprimorado pelo Neokantismo. O Culturalismo de Tobias, apesar de incompleto, já possui uma grande vantagem em relação às teorias descritivas e prescritivas do direito por declarar seu pertencimento à determinada tradição filosófica.

O homem do direito deve ser compreendido dentro de determinado esquema social, porém, tal esquema pode ser de tipo real ou de tipo ideal, para a primeira é possível alocar os impulsos naturais associativos enquanto que para a segunda podemos alocar a intervenção da razão humana na organização da mesma (MENEZES, 1887/1888, pg. 242-3). O Direito é um produto da cultura humana não podendo ser reduzido como um fenômeno de ocorrência metafísica pretérita a existência do próprio homem, estabelecendo uma tese e não uma simples antítese em relação ao jusnaturalismo (MENEZES, 1887/1888, pg. 253). Para que ele possa estabelecer esta tese passa a diferenciar o conceito de civilização e o de cultura, este último bem mais complexo do que o primeiro, dada a limitação histórica de seu horizonte de compreensão⁹⁷ (MENEZES, 1887/1888, 253). Para Tobias (1887/1888), é interessante se notar que “o estado originário das coisas, o estado em que elas se acham depois do seu nascimento, enquanto uma força estranha, a força espiritual do homem, com a sua inteligência e a sua vontade, não influi sobre elas, e não as modifica” (pg. 254), este é chamado estado natural.

Recentemente cientistas da Universidade Federal do ABC publicaram um estudo sobre a possibilidade de reverter o processo de entropia e, neste sentido, explicaram que partindo desta hipótese no contato entre o objeto A (quente) e o objeto B (frio) ambos sairiam: objeto A, mais quente; objeto B, mais frio (MICADEI; 2019, pg. 01). A reversão do processo da flecha temporal, que somente caminha num sentido e numa direção, somente é possível enquanto um atributo da cultura humana, pois até hoje este tipo de pesquisa é uma pesquisa que considera um estado ideal, uma hipótese especulativa. Ao invés de questionar sobre a relação de causa e efeito a partir de experiências sensíveis, o trabalho dos brasileiros cogita sobre “quais seriam as implicações na matéria se esse processo realmente fosse possível”. Do mesmo modo, é a pergunta niilista sobre quais as implicações da existência de um mundo sem Deus; ou

⁹⁷ Para Tobias (1887/1888) um povo civilizado não é sinônimo *per se* de um povo culto na medida em que é possível que se observe um estágio de desenvolvimento social e de organização, mas sem, necessariamente, haver uma transformação de dentro para fora, esse é o sentido de cultura que será empregado por ele no decorrer do texto (pg. 253).

a pergunta materialista sobre quais as implicações da existência de um mundo organizado pela luta de classes; ou das proposições jurídicas, sobre quais seriam as implicações de uma sociedade organizada por uma força que limita o arbítrio individual? Este é o sentido da compreensão cultural do Direito como antítese do natural.

De outra sorte, a distinção entre Direito Objetivo e Subjetivo também é abordada por ele para questionar a apropriação da palavra subjetivo a fim de desenvolver o que denomina de psicologia do direito⁹⁸ (MENEZES, 1887/1888, pg. 259). Nesta perspectiva Tobias (1887/1888) defende o argumento de que existe uma sensibilidade jurídica como um ato individual e isolado, defendendo que no sentido subjetivo da psicologia jurídica se possa pensar no direito enquanto uma ideia que provém do sentimento de justiça avaliado individualmente a partir de relações concretas (pg. 260), o direito não só uma coisa que se conhece, mas também uma coisa que se sente. Ao lado deste sentido, Tobias (1887/1888) também reconhece que é necessário compreender o direito enquanto função, advindo a tese de uma fisiologia e uma morfologia jurídica (pg. 260). Elas dizem respeito ao fato de o direito desempenhar um papel organizacional na composição da estrutura social, então, tanto quanto importa dizer que determinada proposição é jurídica por uma identificação interior, também é importante perceber que o direito deve ser delimitado por uma função exterior (se ele estrutura, por exemplo, grupos sociais, ou o próprio Estado).

Por fim, resta dissertar acerca da perspectiva derradeira sobre o propósito da ciência do direito, sendo ela “uma ciência de seres vivos; ela entra por conseguinte na categoria de fisiologia, ou filogenia das funções vitais” (MENEZES, 1887/1888, pg. 264). O direito, portanto, usando do elemento coação, se encontrará preenchendo formas condicionais das quais depende a ordem social e o estado normal da vida pública, devendo, por tudo isso prestar tributo à história porque ele próprio obedece às regras do desenvolvimento (MENEZES, 1887/1888, pg. 265). Noutra perspectiva, também pode, a ciência do direito, ser entendida enquanto estruturação metodológica dos tipos de direito (ou, leis) internas (direito público e privado) e externas (direito

⁹⁸ Melhor explicado, “quando bem se entende que o termo – *subjetivo* – foi tomado de empréstimo à tecnologia filosófica, onde ele tem um sentido determinado, significando tudo que pertence ao mundo interior, ao mundo da consciência, facilmente se chega a perguntar, se tal subjetividade não vai até os domínios da psicologia propriamente dita; se além da *facultas agendi* ou do ‘cunho da regra abstrata que constitui uma autorização concreta da pessoa’, o direito não é ainda objeto de observação interna, uma forma ou um dado psicológico, emocional e mental, que abrange muito mais do que simples faculdade de agir” (MENEZES, 1887/1888, pg. 259).

internacional) (MENEZES, 1887/1888, pg. 266). Em conclusão, a teoria culturalista em Tobias não possui apenas uma preocupação, ou interesse filosófico em justificar o fenômeno ou experiência jurídica, mas, também fornece um sistema e uma estrutura para sua concepção e operacionalização⁹⁹. Nas palavras de Carvalho (2008) “há muito a aprender com Tobias sobre o que seja a jornada humana (...) façamos isto nos valendo de seus estudos sobre cultura” (pg. 26), ainda, se se conseguir realmente fazê-lo com certeza a cultura preservará seu caráter filosófico.

4.2. Os Impactos do Culturalismo Jurídico.

O Culturalismo Jurídico de Tobias Barreto de Menezes exerceu forte influência em Sylvio Romero e no desenvolvimento de sua versão própria que ficou denominada de Culturalismo Sociológico, muito embora não tenha dado prosseguimento ao germanismo e tenha mantido seu contato com conceitos positivistas de filosofia (PAIM, 1995, pg. 32). Porém, foi Alcides Bezerra quem logrou êxito em construir um elo entre o pensamento tobiático e a contemporânea meditação culturalista ao sustentar os conceitos fundamentais da evolução e desenvolvimento social e a separação entre o natural e o cultural (PAIM, 1995, pg. 32-3). Seu grande trunfo, por oportuno, foi o de entender a cultura como um substrato sob o qual e com o qual se buscará o aperfeiçoamento integrado das potencialidades do ser humano, ou seja, colocando de modo mais expresso que a cultura e o desenvolvimento são assuntos correlatos ao tema da moralidade humana.

Outro impacto que o Culturalismo fará surgir no Brasil é a passagem do kantismo para o Neokantismo. Desde as meditações iniciais de Kant no Brasil por parte de Martim Francisco Ribeiro de Andrada, do Padre Antônio Feijó, o país já demonstrava interesse em conhecer das ideias do notável de Koingsberg (PAIM, 1995, pg. 34). O kantismo ainda se desenvolve na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco dentro da cadeira de filosofia numa eventual adesão ao Kraussismo; também, no o Rio de Janeiro com deslocamento do eixo de combate ao comtismo para a Escola

⁹⁹ De acordo com Paim (1995) “embora o Culturalismo de Tobias Barreto carecesse de maior elaboração, tem o mérito essencial de circular no âmbito da delimitação de fronteiras entre o conhecimento científico e a filosofia, enfatizando a importância da contribuição de Kant, se bem que sem apreender todo o seu significado. Representa um progresso extraordinário da consciência filosófica nacional que, no período subsequente, deixou se envolver pelo positivismo e pela versão positiva do marxismo. Tais doutrinas consistem basicamente num empirismo não fecundado pela meditação de Hume” (pg. 32).

Politécnica (PAIM, 1995, pg. 34). Quer se tome uma direção ou outra o legado do Culturalismo se espalha pelo Brasil durante esse momento de efervescência das ideias filosóficas, políticas, sociais e jurídicas no País. Janaína Braga Norte (2006) assevera que é possível dividir em duas gerações os herdeiros do culturalismo: a) primeira geração na qual merecem destaque Djacir Menezes e Miguel Reale; b) segunda geração na qual merece destaque Antônio Paim (pg. 10).

A estas duas gerações de culturalistas coube a empreitada de explicar o modo pelo qual a cultura é capaz de revelar o ser do homem decidindo, para tanto, recorrer aos estudos de ontologia de Nicolai Hartmann e à fenomenologia de Edmund Husserl (NORTE, 2006, pg. 10). Djacir Menezes passa a defender o que veio a denominar de culturalismo dialético, dada sua forte influência do pensamento Hegeliano que lhe propiciou uma forte noção de desenvolvimento de espírito que pode ser compreendido, dentro de suas lições, como a consequência última do processo histórico da tomada de consciência e da busca por um sentido para vida (PAIM, 1995, pg. 46). Todavia, é com Miguel Reale que o culturalismo pode alcançar sua etapa mais madura de desenvolvimento. Por ter sido ele supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil brasileiro de 2002 pode-se dizer que há uma contribuição direta e incontestável de sua visão culturalista no ordenamento jurídico brasileiro até os dias de hoje (NORTE, 2006, pg. 15).

De salutar importância se faz, também, mencionar a dissidência deste posicionamento adotado pelos autores aqui abordados até então. De acordo com Graziela Bacchi Hora (2013), Nelson Saldanha vê como característica preponderante da obra de Tobias Barreto o naturalismo e não o culturalismo, pretendendo um esvaziamento epistêmico da proposta culturalista (pg. 109). Para a autora em apreço o “darwinismo jurídico, bem como a dominância exercida pelo naturalismo e o biologismo em seu espírito, não permitiriam que lhe fosse dirigida a alcunha de culturalista” (HORA, 2013, pg. 110). Além de que parece, realmente, precipitada a inclusão de Tobias como pertencente ao movimento Neokantista dado que ele próprio defende um monismo filosófico apesar de Kant ser um dualista. Todos estes fatores, mais o direcionamento interpretativo que teria sido dado pelas gerações de leitores posteriores acerca da obra de Tobias, teriam contribuído para a sua alocação enquanto um culturalista. A professora Graziela Bacchi Hora (2013) fornece argumentos imprescindíveis para que seja possível realizar uma análise completa.

Os argumentos da professora são, em grande parte, provenientes da comparação entre a proposta de Tobias e a interpretação que lhe é dada por Miguel Reale. É correto afirmar que se está diante do clássico problema hermenêutico conhecido por toda tradição de investigação: a posição do autor e do intérprete. É possível dizer com certeza que assiste razão á professora quando diz que Tobias era um monista e que tinha interesse na crítica ao jusnaturalismo sem, contudo, abrir mão de uma consciência metafísica advinda da filosofia como epistemologia. Também é possível compreender que Tobias estava em processo de construção de sua tese e, naturalmente, haveria de enfrentar e responder aos seus críticos se ele pudesse ter vivido tempo o suficiente para conhecer das interpretações posteriores a respeito do tema¹⁰⁰. Esta é uma conclusão que se acredita ser compartilhada por todos os leitores do tema.

A questão central é discernir, na relação entre eles, os pontos de conexão e os pontos de divergência. Não se trata de um debate insípido, porque ele pode ser usado para desconstruir uma parte muito importante da tese aqui apresentada. Porém, lembre-se do objetivo central do presente capítulo: compreender se gênese da identidade jurídica brasileira reside nesse debate (da recepção da orientação positivista e a produção de diferença com o Culturalismo). Reale é expresso em aderir e defender a bandeira do Culturalismo. Sua longevidade acadêmica, sua vasta publicação, e o grande impacto da sua Teoria Tridimensional do Direito são elementos que o caracterizam como um grande jurista do Século XX. Seu conhecimento filosófico, também, o credencia a colocar seu nome dentre os grandes juristas da tradição brasileira. Porém, todo esse reconhecimento contrasta com a redução desleal que é feita pelos acadêmicos nas Universidades brasileiras. Sua teoria foi reduzida a uma fórmula simplificada que aduz ser o direito a união de fatos, valores e normas¹⁰¹. Porém, sua compreensão de Direito vai muito além desta redução simplista. No tópico a seguir pretende-se imergir em vários dos estudos que fundamentam a proposição tridimensional realeana.

¹⁰⁰ A respeito desse mesmo assunto vide os comentários feitos no tópico 3.3.4. e a nota de rodapé n. 25.

¹⁰¹ Nas palavras do próprio professor Miguel Reale (2010) “nada mais errôneo do que reduzir a teoria tridimensional do Direito, qualquer que seja a sua configuração, à simples constatação de que toda experiência jurídica implica, sempre de um modo ou de outro, a correlação de *fatos, valores, e normas*. É óbvio que tal verificação não bastaria para representar, de per si, uma *teoria*. De ‘teoria tridimensional’ propriamente dita só se pode falar quando se inferem consequências sistematizadas daquela constatação, o que pode dar lugar a diretrizes diversas, num amplo espectro de posições, que vão desde a compreensão culturalista e relativista, inicial e genérica, de Gustav Radbruch, até aquela que venho elaborando com a qualificação de ‘tridimensionalismo específico, concreto e dialético’” (REALE, 2010, pg. 89-90). De fato, não parece haver equívoco maior do que a redução desleal e a generalização não causal.

4.3. Miguel Reale e a Continuidade do Problema do Culturalismo.

No supramencionado artigo “Uma revisão sobre o Culturalismo Jurídico...” são abordados dois ensaios de Miguel Reale (2003), intitulados “Diretrizes do Culturalismo” e “Espaço, tempo e cultura – o *a priori* cultural” (PAES e LEAL, 2018). Retomando a leitura destes textos para a continuação do trabalho, é possível perceber que o primeiro já inicia com uma advertência de Reale (2003): “este e o próximo ensaio reportam-se ao meu pequeno livro *Cinco Temas do Culturalismo*” (pg. 1). De sorte que o primeiro constitui uma síntese apressada dos grandes temas discutidos neste livreto e o segundo uma palestra proferida no ano de 2002, constituindo comunicações importantes, porém menos ricas em comparação com a extensão do assunto tratado naquele que lhes servem de base. Neste sentido, para não repetir na explanação destes ensaios adotar-se-á como guia a obra “Cinco Temas do Culturalismo” enquanto base para a investigação deste tópico. Junto a ela considera-se visitar alguns temas por ele abordados noutros livros, dentre eles “Paradigmas da Cultura Contemporânea” e, “Filosofia do Direito” para então avaliar sua leitura do Culturalismo Jurídico no Brasil e a relevância dos argumentos levantados por Tobias anteriormente.

O livro em apreço é constituído de cinco tópicos especiais condizentes à investigação do Culturalismo, a construção da narrativa do autor se dá por meio do que se pode denominar de “pinça temporal”. Durante os seus anos de escrita e de defesa da posição culturalista, Reale (2015) deixou vários fragmentos esparsos e temas em aberto que somente vão ser reunidos e fechar as provocações inauguradas no passado com o esforço empregado numa empreitada tal qual a da obra em comento. Como ele próprio vem a sustentar no prefácio da brochura “o objetivo do presente livro, intencionalmente breve, é esclarecer alguns pontos do culturalismo, a corrente de filosofia brasileira mais extensa e original” (REALE, 2015, XIII). De toda sorte, Reale (2015) pretende demonstrar que o culturalismo não corresponde a qualquer uma das escolas Neokantistas conhecidas, nele estando contidas, também, a influência da fenomenologia e a do historicismo axiológico-hermenêutico (XIII). Por isso ele retorna a diversas publicações que surgem desde a década de 40, até as mais contemporâneas para, de certo modo, atualizar sua leitura e fazê-la cintilar sob sua melhor luz.

A primeira questão versa sobre o tema Ontognoseologia e Culturalismo. Em outras obras o professor paulista desenha um quadro geral a respeito da polêmica que será desenvolvida neste estudo. Por exemplo, no seu livro “Experiência e Cultura”

(2000) ele busca demonstrar que, se de um lado a crítica do idealismo hegeliano contra o conhecimento especulativo é leviana, de outro a ponderação exercida pelo kantismo também nos leva-o a diferenciar o sentido empregado à expressão “consciência transcendental” e “experiência” (pg. 25-6). Deste modo é perceptível que Reale (2015) dissente tanto do idealismo quanto do realismo e do realismo-crítico, ao desenvolver a questão de uma teoria geral do conhecimento pautado na lógica e na ontognoseologia (pg. 03). Noutro momento, Reale (2007) discorre que um dos problemas fundamentais da filosofia reside na questão sobre o valor do pensamento mesmo e do valor verdadeiro, devendo ambos serem investigados no plano transcendental e no plano empírico-positivo (pg. 21). Ele aduz que “as condições primordiais do conhecimento são objeto da parte da Teoria Geral do Conhecimento que denominamos *Ontognoseologia*, (...) dada a correlação essencial que *a priori* se põe” (REALE, 2007, pg. 21) entre sujeito e objeto. Neste sentido, veja-se o seguinte esquema por ele proposto a fim de sistematização da Teoria geral das condições lógicas do conhecimento:

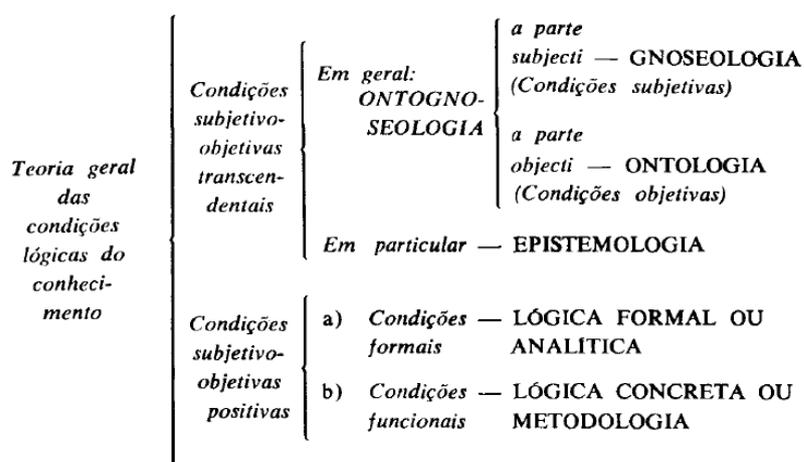


Fig. 01 (REALE,2007, pg. 22)

Para Reale (2007) a ontognoseologia pode ser compreendida enquanto a reunião necessária da Gnoseologia e da Ontologia, considerando a necessidade de que o sentido da relação sujeito-objeto se dê de modo dialético¹⁰² (pg. 24). Ainda nesse sentido Reale

¹⁰² É bastante dizer, nas palavras do autor que “a Ontognoseologia se desdobra por abstração em duas ordens ou momentos distintos de pesquisa: ora indaga das condições do conhecimento pertencentes ao sujeito que conhece (Gnoseologia); ora indaga das condições de cognoscibilidade de algo, ou, por outras palavras, das condições segundo as quais algo se torna objeto do conhecimento, ou, em última análise, do ser enquanto conhecido ou cognoscível (Ontologia). Poderíamos, em síntese, dizer que a

(2015) assevera que sendo o pensamento por natureza intencional e referido a algo implica dizer que “sujeito” e “objeto” embora distintos e heterogêneos só possuem sentido numa relação dialética, ou seja, “quer dizer que o pensamento é dialético por intrínseca estrutura, não podendo *ser* senão como *processus*” (pg. 04). O ponto central ao qual o autor procura conduzir o debate é demonstrar que tanto a concepção lógica quanto a ôntica de cultura já se encontram presentes dentro do conceito de Ontognoseologia (sem a necessidade de buscar um sentido de cultura em si tratando-a ontologicamente¹⁰³) (REALE, 2015, pg. 04). A posição adotada por ele, em sua obra, é a de que através de um revigoramento da fenomenologia Husserliana, se pode considerar a impossibilidade de redução do real ao pensamento, suscitando a tese do poder legislador nomotético do espírito a fim de converter elementos dispersos da experiência pré-categorial em dados lógicos da experiência subjetivo-objetiva (REALE, 2015, pg. 05). Pretende ele a superação de qualquer resquício de Idealismo hegeliano que ainda possa existir dentro da fenomenologia através de sua proposta ontognoseológica¹⁰⁴.

Desta relação, Kant e Husserl, é que ele pode situar o local de sua filosofia ontognoseológica e a relação necessariamente dialética entre sujeito e objeto, pois eles se implicam e se complementam. Ademais, é justamente esta relação dialética que fundamenta seu conceito de cultura, que pode ser entendida, neste contexto como um “conjunto de bens que a espécie humana vem historicamente acumulando para a realização de seus fins específicos” (REALE, 2015, pg. 08). Cultura não pode ser entendida senão como uma realidade axiológica e como composição histórica de atos ontognoseológicos sucedidos no tempo e relativos às suas conseqüências particulares

Ontognoseologia desenvolve e integra em si duas ordens de pesquisa: uma sobre as condições *subjetivas* e a outra sobre as condições *objetivas* do conhecimento. Mais tarde ver-se-á que a Ontognoseologia, após essa apreciação de caráter *estático*, culmina em uma correlação dinâmica entre sujeito e objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um *processo dialético de implicação e polaridade*” (REALE, 2007, pg. 24).

¹⁰³ A respeito dessa controvérsia escreve o mestre paulista “Se fosse adepto da filosofia hegeliana ser-me-ia impossível distinguir entre ‘ser em si’ e ‘ser pensado’, porquanto é sabido que para o grande mestre do idealismo objetivo tudo o que é em si e por si identifica-se com o pensamento mesmo em um processo dialético concreto, unitário e imanente. Para Hegel, em suma, não haveria como distinguir entre ‘ôntico’ e ‘ontológico’, a não ser como momentos progressivos do espírito, ou, por outras palavras, como degraus sucessivos do universal concreto” (REALE, 2015, pg. 05).

¹⁰⁴ Merece menção, ainda que repetidamente, “com a Ontognoseologia o que visto, a bem ver, é superar qualquer resquício de idealismo que porventura possa existir na fenomenologia, a partir da observação inicial de que o conhecimento pressupõe dois elementos correlativos e interdependentes: o poder nomotético *a priori* do sujeito cognoscente (o que foi genialmente visto por Kant, ao formular as condições transcendentais subjetivas do conhecimento) e a existência *a priori* no objeto de condições, igualmente transcendentais, que o tornam suscetível de ser captado pela consciência intencional (o que foi não menos genialmente visto por Husserl, com a sua ideia de ‘*a priori material*’) (REALE, 2015, pg. 05).

(REALE, 2015, pg. 09). Ainda, todo o Culturalismo é necessariamente e essencialmente dialético e trata a relação entre sujeito e objeto não como uma questão de natureza lógica, mas sim como uma questão existencial, vista num sentido heideggeriano (REALE, 2015, pg. 09). Prossegue o autor asseverando que a relação dos objetos e a explicação deles enquanto culturais deve ser entendida a partir do esquema abaixo:

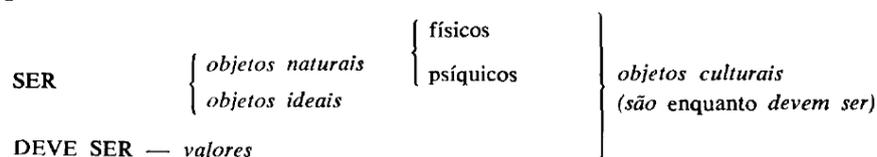


Fig. 02 (REALE, 2007, pg. 159).

A partir da figura acima é possível entender que os objetos podem ser apreendidos enquanto ser ou dever ser, na primeira perspectiva eles podem ser objetos naturais (físicos ou psíquicos) e ideais, de modo que na segunda os objetos correspondem à valores (REALE, 2015, pg. 10). Ou seja, o que pode ser experimentado fisicamente, ou pensado e comprovado sensivelmente correspondem aos objetos naturais, igualmente, no campo especulativo encontram-se os objetos idealizados. Todas as vezes que se está diante de valores, ou valora-se algo entra-se no campo do dever ser e, neste diapasão, a cultura não poderia estar restrita a apenas um destes campos, pois ela é bem mais abrangente e se referiria aos objetos que “são enquanto devem ser”¹⁰⁵ (REALE, 2015, pg. 10). A perspectiva sustentada aqui pelo autor refere-se ao fato de que os chamados objetos culturais são apreendidos não apenas, ou enquanto, pensamento ou constatação empírica, especulativa ou valorativa. O aspecto conglobante dos objetos culturais reside na sua generalidade que abarca os mais variados graus do conhecimento humano.

Na prática, uma lei representa uma ordem coercitiva proferida por autoridade competente e que deve ser seguida pelo cidadão, mas o direito enquanto objeto cultural transcende esta interpretação objetivista porque ele acontece enquanto deve ser, ou seja, ao mesmo tempo em que ele existe enquanto objeto natural também apresenta dimensões ideais, e valorativas, por isto o direito (num sentido cultural) não pode

¹⁰⁵ De acordo com o autor “essa visão abrangente só foi possível graças á distinção do *valor* como algo em si e por si distinto dos *objetos ideais*, discordando, desse modo, da teoria dominante na axiologia de Max Scheler, Nicolai Hartmann e todos os seguidores, de aquém e além-mar. Essa é uma contribuição de que me envaideço, em que pese possa a vaidade ser um pecado, assistindo razão à Antônio Paim quando sublinha que, fica assegurada a autonomia da Axiologia, deixando o valor de ser considerado parte da Metafísica, como modalidade do ‘ser’, ou de ser equiparado aos *objetos ideais* da Lógica e da Matemática” (REALE, 2015, pg. 11).

afastar de sua essência o diálogo com justiça, legalidade e legitimidade. Noutro momento chega-se até a afirmar, apropriando-se da visão de Reale (2015) que o direito não possui um sentido em si, mas que ele simplesmente acontece, ocorre enquanto tal¹⁰⁶. O segundo tema abordado por Reale (2015) diz respeito a Universalidade e Cultura, iniciando a análise dissertando acerca do Neokantismo no Brasil e a recepção deste debate na obra de Paim (pg. 15). De acordo com Reale (2015) a leitura de Windelband acerca da filosofia transcendental de Kant foi vanguardista na consideração do papel da cultura como expressão e resultado de todo o conhecimento humano (pg. 15). Em oposição, entendia Hegel que a cultura fazia parte do espírito objetivo (em momento dialético anterior ao espírito absoluto), deste modo excluindo de seu conteúdo a religião, as artes, e as atividades filosóficas; não é esta a posição de alguns neohegelianos que, ao incluir estes conteúdos do espírito absoluto no conceito de cultura, a admitem como um processo espiritual em seu todo (REALE, 2015, pg. 15).

É somente a partir do entendimento de cultura em conexão com a consciência intencional husserliana (expressão de subjetividade e objetividade) que a cultura passa a ser interpretada como algo além de uma intermediadora entre natureza e espírito podendo ser entendida como “modo de ser da natureza enquanto objeto do conhecimento” (REALE, 2015, pg. 16). De outra sorte, importante consideração a ser feita diz respeito ao fato de que a teoria de Husserl é precedida pela teoria dos objetos de Brentano e Meinong acentuando que *ser* é condição de *conhecer*, desse modo, a consciência é sempre consciência de algo (REALE, 2015, pg. 16). Esta compreensão faz com que a cultura se desenvolva a partir de um domínio autônomo “compreendendo sujeito e objeto em sua universalidade, [tendo] uma validade em si e por si, distinguindo-se da *natureza bruta*, que nela se manifesta como fenômeno” (REALE, 2015, pg. 16). Esta compreensão Reale (2015) denomina de segunda fase do conceito de cultura e também a acusa de confundir objetos ideais com objetos de valoração, pelo que, como já visto acima, ele próprio acredita se tratar de objetos distintos conforme a figura 02, alhures (pg. 16).

A compreensão de Reale (2015) sobre cultura possui sentido existencial¹⁰⁷ e experiencial, vindo a concluir que “a cultura – abrangendo tudo o que o homem sente,

¹⁰⁶ Essa análise encontra-se no nosso “O Conceito de Constituição” (2017) pg. 100-8, no tópico a respeito da Teoria Tridimensional de Miguel Reale.

¹⁰⁷ O sentido existencial decorre de sua divergência a posição da teoria dos objetos de Max Scheler e Nicolai Hartmann por acreditar que elas partilham de um tipo de idealismo quase platônico de cultura não conseguindo, portanto, compreendê-la na sua totalidade como manifestação vital e existencial, fato que

pensa e quer – no fundo não é senão a *unidade sintética de todos os objetos do conhecimento e das criações da espécie humana*” (pg. 17). A dúvida que passa a nortear a pesquisa do autor diz respeito a correlação entre ser e dever ser em relação a autonomia e integralidade da cultura, deste modo, o mundo da cultura deve ser compreendido enquanto mundo histórico justamente por conta do fato de ser projeção da consciência intencional (REALE, 2015, pg. 18). De acordo com ele o homem, ao relacionar-se com seus próximos, é arrebatado pelo sentimento imediato de sua finitude e, por conta disto, passa sentir a angústia existencial na medida em que pretende se projetar e transcender no tempo e no plano histórico a fim de lidar com tais insuficiências (REALE, 2015, pg. 18). Em conclusão, o “ser do homem é essencialmente um ser histórico e é essa historicidade que está no âmago do processo cultural, necessariamente *dialético*” (REALE, 2015, pg. 18), este é o fundamento da dialeticidade da cultura enquanto um objeto genérico compreendendo ser e dever ser.

Do ponto de vista Ontognoseológico cultura pode significar, então, “a *globalização de todas as estruturas do ser enquanto dever ser*; este entendido, repito, na sua dupla e complementar configuração lógica e axiológica” (REALE, 2015, pg. 20). Através da postura culturalista é possível pensar o conhecimento humano dentro de uma perspectiva que adota duas vias metódicas para que ele possa estar sempre em processo de desenvolvimento, sendo elas a dialética de complementaridade e o pensamento conjetural (REALE, 2015, pg. 21). A consequência desta investigação dentro do universo jurídico é a de que o sentido empregado para a expressão experiencial do direito será dada através de uma teoria que demonstra a dialeticidade entre fato, valor e norma, o que fornece a abertura para um normativismo jurídico concreto, ou experiencial (REALE, 2015, pg. 22). Tal experiência deve ser entendida tanto quanto de um mundo físico quanto a de um mundo cultural na medida em que ambas se implicam e se distinguem.

A dialética de complementaridade proposta por Reale (2015) visa superar a dialética dos opostos de Hegel e abrir o sentido do ser para um sentido experiencial e de uma verdade conjetural¹⁰⁸, em última instância, a historicidade humana irá modular a

somente veio a ser desvelado por pensadores da estirpe de Ortega y Gasset e Martin Heidegger (REALE, 2015, pg. 17).

¹⁰⁸ De acordo com Reale (2015) “o pensamento conjetural vinha, desse modo, complementar o método dialético, sendo uma espécie de ‘dialética conjetural’, tendo *sempre a experiência como seu confronto e limite*, conforme salientei com todas as letras à pag. 63 e s. de *Verdade e Conjetura*, lembrando, por sinal, o ensinamento de Kant de que a conjetura se desenvolve ‘sobre as asas da fantasia, embora não sem um fio condutor ligado, mediante a razão, à experiência’” (pg. 23).

essência dos valores de acordo com as suas “invariantes axiológicas”, que estão em mutação ao longo do tempo (pg. 23-4). Tais invariantes não podem ser confundidas com aquelas intuições radicais que não conseguem se submeter a contrastação da experiência, com por exemplo a existência de Deus, a imortalidade da alma, ou a criação do universo, por não serem experienciáveis (REALE, 2015, pg. 24), em conclusão

“São todas essas perspectivas que é necessário ter presente quando se estuda o problema das verdades fundamentais, o qual não pode mais ser resolvido segundo os antigos termos formais da Teoria do Conhecimento, cumprindo situá-la na concreção da universalidade da cultura”. (REALE, 2015, pg. 24).

A terceira questão que será abordada por Reale (2015) diz respeito à tensão entre a Teoria do Conhecimento e a Teoria da Cultura (pg. 26) e a pergunta inaugural diz respeito ao problema de saber em que medida a ideia de cultura pode vir a influir sobre a Ontognoseologia (pg. 27). Seu ponto de partida é a proposta de realizar uma interpretação complementar entre Kant e Husserl num contexto cultural, o princípio basilar, insculpido em passagem de Ortega y Gasset, que diz “eu sou eu e a minha circunstância” (REALE, 2015, pg. 28). O paradigma cultural se põe como um valor transcendental no ato de conhecer sempre acrescentando algo novo aos elementos até então apreciados, ou seja, “a questão do conhecimento não pode se reduzir a uma relação puramente lógica entre ser cognoscente e realidade cognoscível, porquanto um e outra se situam *ab initio* em um contexto cultural” (REALE, 2015, pg. 28) o que culmina no alargamento de sua transcendentalidade. Dada esta leitura kantiana de Husserl, Reale (2015) propõe que é possível desenvolver um conceito de *a priori cultural* e, por essa razão, Teoria do Conhecimento e Teoria da Cultura devem ser estudadas em conjunto procedendo um alargamento das condições *a priori* de cognição (REALE, 2015, pg. 29).

Quando se pergunta sobre a questão “quem é o homem?” o porto seguro argumentativo é a reflexão “depende...”. Pois bem, entender a questão do ponto de vista da Ontognoseologia realeana é acrescentar pelo menos três variáveis à resposta “depende”, na medida em que: a) depende dos valores norteadores do contexto histórico-social do momento em que é feita a pergunta; b) depende do contexto histórico-cultural daquele que pergunta; c) depende do contexto histórico-cultural

daquele a quem a pergunta se dirige. O sentido objetivo-subjetivo, dialético complementar, conjectural pretendido por Reale (2015) capacita a compreender toda a complexidade contemporânea e uma alternativa interessante que revigora e atualiza a escola cultural no Brasil. Este argumento vai leva-lo a entender que o conhecimento é um processo de interpretação e portanto um ato hermenêutico, especialmente, porque é um ato que é dirigido por uma consciência intencional (REALE, 2015, pg. 31), em conclusão pode afirmar que “não há conhecimento do *ser*, mas sim *sentido do ser*¹⁰⁹” (REALE, 2015, pg. 31). O famoso neologismo heideggeriano do *Dasein* é relido por Reale para que se possa compreender que o “no mundo” do “ser” também inclui o “mundo da cultura” e que, como consequência, a teoria lógico-abstrata do conhecimento é superada pelo plano histórico-cultural¹¹⁰ do conhecimento humano (REALE, 2015, pg. 32).

Esta proposição é muito salutar porque é possível, por exemplo, compreender que o contexto da filosofia kantiana se dá no período de proposições da física de Newton, e a proposição da fenomenologia, da hermenêutica estão colocadas num período de superação e de relatividade einsteniana (REALE, 2015, pg. 33). De acordo com a modificação do contexto cultural, mudam-se os padrões da ciência e a própria intencionalidade das proposições filosóficas também vai ser mediada pelo mundo cultural. Não à toa é possível observar a proposição heideggeriana de que os guardiões da tradição de uma determinada época não são os filósofos, mas sim os poetas porque conseguem fazer transparecer, com honestidade e sensibilidade muito mais do que apenas proposições filosóficas, o sentimento que traduz seu tempo (NUNES, 2011). Em conclusão, “à luz desse originário enfoque subjetivo-objetivo, compreende-se que a experiência cultural deva ser objeto de uma *dialética de complementaridade*, sem olvido do que nela há de conjectural e problemático” (REALE, 2015, pg. 34).

O penúltimo problema enfrentado por Reale (2015) diz respeito, justamente, a compreensão do que vem a ser o *a priori cultural* (pg. 37). Ao se deparar diante do

¹⁰⁹ A respeito desse tema Miguel Reale assevera que “No meu entender, embora Heidegger não se tenha proposto, ou melhor, pressuposto o problema gnoseológico, abriu novos caminhos à gnoseologia, ao distinguir duas esferas da realidade, a originária realidade da coisa (*schafeld*) e a dos objetos (*gedensatandsgebiet*), sendo esta o campo da experiência e das ciências positivas, enquanto que aquela seria o da fenomenologia convertida em Ontologia” (pg. 31).

¹¹⁰ A distinção do que significa histórico-cultural é tratada por ele do mesmo modo que se distingue o tempo na filosofia, desse modo “a filosofia contemporânea correlaciona-o [tempo] com a teoria do conhecimento, distinguindo entre ‘temporalidade’ própria das ciências positivas; a ‘a-temporalidade’ das ciências lógicas e matemáticas; e, por fim, a ‘metatemporalidade’ das cogitações metafísicas” (REALE, 2015, pg. 32).

Ceticismo, do Iluminismo e, ao mesmo tempo, entre os Empiristas e os Racionalistas, Kant (2015) elege um adversário que é considerado como o culpado pela obscuridade das ciências naturais: a metafísica (pág. 17-22). Resumidamente, o argumento de grande filósofo de Koingsberg que pretende ser utilizado é: a metafísica é um campo interminável de disputas em nome do conhecimento puro (KANT, 2015, pág. 29). Quando é dito que Kant (2015) está entre os Céticos e os Iluministas, se está dizendo que ele está entre a tese de que não há uma lei universal que possa ser presumível fora do campo da experiência humana, e sua tese adversária: a de que existe uma forma de conhecimento *apriorística* fora da experiência humana.

De outra sorte, quando se diz que ele está entre Empiristas e Racionalistas, faz-se porque Kant (2015) pretendeu responder, dentro da tradição alemã, o ceticismo empirista através da suspeita dentro da própria Razão. Para que ele pudesse empreender tal missão dentro de sua “*Kritik*” ele teve de remontar a uma investigação mais anterior dentro da filosofia grega, e voltando ao passado, em seu prefácio á segunda edição alemã, ele sentencia que matemática e física são campos diferentes do conhecimento, mas enquanto a primeira não teve problemas em se afirmar enquanto ciência por conhecer seus juízos *a priori*; a segunda transfere para seus juízos *a priori* problemas de fontes metafísicas porque os físicos operam o fenômeno a partir de sua intuição (KANT, 2015, pág. 30).

Por conta das releituras que vieram a ser feitas a partir das premissas lançadas por Kant, Reale (2015) passa a acreditar que a objetivação do dado de experiência como realidade do homem pode ser pensada subjetivamente quando se coloca em questão a pessoa do sujeito cognoscente, o que, em última instância levará ao idealismo subjetivo (pg. 37). Não obstante, a realidade deixa de poder ser captada pelo homem e, por conta dessa subjetividade se torna em experiência, ou seja, o que se passa a entender como realidade é a vista pelo sujeito “pois ela é somente tal como é percebida ou captada segundo ‘condições subjetivas’” (REALE, 2015, pg. 38). Uma solução apontada por Reale (2015) para esta problemática vai ser fornecida pelo próprio criticismo kantiano quando disserta acerca da diferença entre *noumenon* e fenômeno¹¹¹, além de estabelecer

¹¹¹ Nas palavras do mestre paulista, “A conclusão de Kant, na Crítica da Razão Pura, é a de que somente podemos conhecer fenômenos, isto é, aquilo que se subordinou às formas da sensibilidade e às categorias do intelecto, visto como nos é impossível atingir a *coisa em si* (*noumenon*), que transcende o campo do sensível e do intelectual. É no intelecto que se elaboram os *conceitos*, que ordenam o que se percebe, e como tais se apresentam ao nosso espírito. A tais condições subjetivas, que condicionam todo conhecimento, Kant atribui a qualidade de *transcendental*” (pg. 38).

outra relação de distinção entre transcendental e transcendente¹¹², o que o leva a crer que Kant seria um dualista. Em oposição ao idealismo subjetivo, Schelling e Hegel propõem o idealismo objetivo discordando da natureza subjetiva do conhecimento o que, em consequência, acabou por esvaziar o sentido de realidade subjetiva e autônoma (REALE, 2015, pg. 39).

Somente depois de apresentar com clareza os pressupostos do debate de ambas as teses Reale (2015) passa a defender a sua posição ontognoseológica usando, novamente, a fenomenologia de Husserl, e sua interpretação de Kant, em seu favor (pg. 39). Em apertada síntese, é possível dizer que através da consciência intencional e sua aplicação na relação sujeito-objeto, Husserl é capaz de desenvolver uma compreensão fenomenológica e opor um transcendentalismo material ao formal de Kant (REALE, 2015, pg. 40-1). A cultura, enquanto um ato cultural primordial e originário, entra em questão justamente pela via da consciência fenomenológica husserliana, na medida em que, por exemplo, quando da criação da linguagem já se fazia necessário um ato de conhecer de algo anterior à linguagem, e esse ato anterior é um ato cultural (REALE, 2015, pg. 42). Consequentemente, “é por essa razão que me parece necessário reconhecer que na (...) Ontognoseologia, há também um *a priori cultural*, como *condição de objetivização*, na qual o inerente é o *poder nomotético*” (REALE, 2015, pg. 42), é através deste poder que o mundo é intelectivamente ordenado e liberto das confusões das impressões sensoriais. Em suma,

“Como bem se percebe, meu estudo sobre o ‘*a priori cultural*’ situa-se no plano ontognoseológico, no intento, talvez ousado, de responder à pergunta: dada a universalidade da cultura, a *objetivação* do cognoscível não seria um *a priori* a mais, além dos vistos por Kant e Husserl? É que, enquanto o ‘conhecido’ não se exterioriza, revelando-se ‘objeto cultural’, como tal, não há ainda plenitude de conhecimento e comunicação. Estes só existem enquanto adquirem uma forma. Daí a indagação que faço sobre se o espírito não seria *a priori* dotado do poder *nomotético de objetivização*, com o qual começa o fenômeno da cultura” (REALE, 2015, pg. 44-5).

O quinto e último problema enfrentado por Reale (2015) diz respeito à relação entre experiência e axiologia e é um tema derivado da discussão travada anteriormente sobre a existência e conceito de um *a priori cultural* (pg. 49). O ponto de partida é a

¹¹² De modo bem resumido, o sentido de transcendente está no que se põe para além da experiência enquanto que o transcendental só tem sentido em função da experiência sendo impensável sem ela (REALE, 2015, pg. 38).

compreensão de que o sentido de experiência não pode ser reduzido à experiência física nos moldes pretendidos pelo kantismo clássico, mas sim através de um alargamento do sentido de experiência que somente é possível através de um *a priori cultural* (REALE, 2015, pg. 49). A teoria da relatividade não partiu de um teste, ou um experimento físico que colocou em jogo a imutabilidade das constantes tempo e espaço, na verdade ela inicia com uma intuição pura de Einstein sobre quais seriam as consequências, para um corpo em movimento, se ele atingisse a velocidade da luz sem resistência, ou seja, no vácuo? Por óbvio, Einstein deve ter se feito essa pergunta e atribuindo-lhe um valor, imagine como estaria o conhecimento humano hoje se ele tivesse ponderado que esta pergunta não tinha tanta importância assim dada sua natureza especulativa. Esta é, de acordo com Reale (2015) a consequência do pressuposto transcendental do *a priori cultural*: a axiologização universal da experiência (pg. 50).

Tais asserções preenchem lacunas que foram deixadas ao longo da produção do mestre paulista e, como dito anteriormente é como se o autor fosse voltando no tempo, agora com uma visão privilegiada pela experiência e conhecimento do futuro, e trilhasse o mesmo caminho uma vez já percorrido. Dada sua extensa preocupação em defender a perspectiva herdada pelos dissidentes do Neokantismo da Escola de Marburgo o elemento do Culturalismo se faz, acentuadamente, presente por toda sua obra. Porém, antes da conclusão desse tópico em particular, decidiu-se abordar um fragmento de outra obra na qual Reale (1998) se dirige especificamente ao pensamento de Tobias Barreto de Menezes. O texto “Cultura e Direito no pensamento de Tobias Barreto” pode ser definido como a ponte, o elo que conecta o pensamento dos dois juristas como uma forma de referência direta. Ele começa com uma pequena biografia de Tobias Barreto de Menezes aos olhos de Miguel Reale. Os momentos determinantes, o caráter, as idiosincrasias da *persona* de Tobias, sua paixão pela literatura e pela música, para somente alguns parágrafos mais adiante adentrar no interesse a respeito da filosofia (REALE, 1998, pág.181-2). Aqui, Miguel Reale (1998) aponta que

“encantou-se o nosso filosofante [Tobias] com as conquistas das ciências naturais, com Heackel à frente, assim como os ensinamentos de Eduard von Hartmann sobre a 'Filosofia do Inconsciente', para, finalmente, acolher a doutrina de Ludwig Noiré, uma das mil luzes apagadas do pensamento alemão, mas em cujos escritos Tobias pensava poder encontrar satisfatória solução para superar o antagonismo, que o atormentava, entre o mecanicismo causal da

natureza e o finalismo que lhe parecia essencial ao mundo do espírito”. (REALE, 1998, pág. 183).

É claro que este é o argumento inicial, tanto que o próprio Reale (1998, pág. 184) afirma mais a frente no texto que Tobias teria avançado nestas pesquisas incluindo questões relativas à Teoria do Direito (com Ihering) e antropologia jurídica (com Post). Neste diapasão é que vai compreender a substância teórico-filosófica que circunda o pensamento de Tobias. Como o texto em análise é uma palestra, ele vem com poucas referências e acaba sendo difícil não transcrevê-lo e citá-lo diretamente em alguns trechos importantes; como é o caso da concepção de cultura nas palavras de Reale (1998) “entendida em antítese com a natureza, cuja selvageria originária, a seu ver, ele corrige e ajeita para o desenvolvimento espiritual da espécie humana” (pág. 184). Os termos história, cultura e natureza dialogam para compreensão da narrativa. Na medida em que se reconhece o estado natural ao qual o homem é encontrado quando jogado à natureza, percebe-se a não substituição da selvageria pelo intelecto/razão; neste momento não há cultura. De outra sorte, quando o homem toma para si e se credencia através da razão a postular uma superação da selvageria (como estado de natureza), surge como expressão de uma mentalidade social/histórica/política a cultura. E ela própria depende, então, do contexto em que a história do homem vai legar as condições de permanência e ressignificação.

Existem dois efeitos que podem ser suscitados a partir desta distinção antagônica entre natureza e cultura feita por Tobias: a) na Teoria do Direito de Tobias; e b) na Filosofia Política de Tobias. No que tange à Teoria do Direito, Tobias acaba por se filiar a uma tese que afasta do objeto central do direito as divagações da metafísica tradicional como legado escolástico. Para ele, o Direito não pode ser tratado como um filho do céu, mas sim pelo seu caráter histórico-cultural. Sendo ele uma das ferramentas que o homem utiliza para tomar para si (racionalizar) a natureza, ele torna-se parte da própria cultura. Outro detalhe lembrado por Reale (1998, pág.186), que não pode ser esquecido, é o fato de que esta teoria do direito se reveste de uma crítica expressa ao Direito Natural. Entretanto, recorda que Tobias foi bastante prudente ao afirmar acerca da existência de uma lei natural do Direito e explica que

“Em nossa época, com efeito, com os renovados estudos sobre a 'natureza das coisas', a partir de conhecidos pronunciamentos de Gustav Radbruch, logo após a Segunda Grande Guerra, considerando-

a como uma das componentes da experiência jurídica, cabe salientar o valor da intuição de Tobias, o qual, diga-se de passagem se era contrário à Metafísica tradicional, reconhecia que uma nova Metafísica era possível após a crítica de Kant, não como ciência, mas como 'disposição natural (*Naturanlage*) e indestrutível do espírito". (REALE, 1998, pág. 186)¹¹³.

A respeito do segundo efeito, o que concerne à filosofia política, é possível perceber em dois momentos o caráter liberal e progressivo da doutrina de Tobias. Liberal porque se coloca contrário à escravidão, sendo um abolicionista e vindo a sustentar não fazer parte de cultura humana objetificar o homem, como o fazem animais irracionais (REALE, 1998, pág. 186). De outra sorte, Tobias, por conta desta concepção de direito, acaba se colocando em rota de colisão com a escola tradicional do pensamento em matéria penal, que à época estava extasiada pela obra de Lombroso, que é bastante criticada pelo próprio Tobias ao acusar por meio de seu culturalismo a superação de tais proposições (REALE, 1998, pág. 187). Neste sentido, o professor Reale (1998) conclui suas considerações apontando a necessidade de se conhecer e reconhecer a figura influente de Tobias Barreto de Menezes, dizendo não mais discutir acerca de se acertou ou errou Tobias, mas sim de por intermédio dele ter a visão de um tempo (pág. 188).

4.4. Proposta de Síntese: Principais aspectos do Culturalismo Jurídico.

A guisa de conclusão do capítulo pretende-se sistematizar a Teoria do Direito do Culturalismo Jurídico partindo das informações coletadas ao longo da pesquisa aqui realizada. Para tanto se começará a síntese estabelecendo duas categorias iniciais de análise: a) aspecto material e; b) aspecto formal. Ao subdividir estas categorias iniciais na perspectiva de Tobias e na de Reale, assim almeja-se conseguir uma visão integrada da teoria avaliada. Logo após se correlacionarão as duas propostas a fim de elucidar, se

¹¹³ São no mínimo curiosas as menções que se podem fazer e remeter à obra de Tobias Barreto de Menezes, o professor Eugênio Zaffaroni atribui à Tobias a criação da chamada "teoria agnóstica da pena" em seu pequeno texto "sobre as penas" ao investigar o discurso estatal no ato de aplicar o Código Penal da Coroa e confrontá-lo com sua visão culturalista. Não podemos afirmar que o professor Radbruch foi conhecedor da obra de Tobias, mas o seu célebre "*Five Minutes of Legal Philosophy*" reproduz quase que integralmente a proposta de inserção de um traço de humanidade racional para dentro do debate jurídico, sem a obrigação de se discutir a metafísica tradicional como em Aristóteles, Platão e Aquino. A fórmula de "*total injustice is not law*" acusa o traço distintivo da qualidade jurídica: nem toda lei é direito.

ainda restar alguma dúvida, como que a orientação Culturalista demarca a gênese da identidade jurídica pátria.

a) Aspecto Material¹¹⁴:

a. Tobias Barreto de Menezes:

O que é o Direito? O Direito consiste num objeto cultural. Em oposição aos objetos naturais, o direito busca superar a animalidade originária do ser humano e ordenar seu comportamento rumo a um progresso, um desenvolvimento de todas as suas potencialidades;

Os seus antecedentes estão na reação Culturalista à Escola Neokantiana de Marburgo, tendo Tobias se apropriado desses estudos para propor um conceito de direito que se adequasse tanto a interpretação de Kant dada por seus continuadores, quanto pelo Monismo Evolucionista de Haeckel que ele defendia;

O Culturalismo Jurídico de Tobias é uma resposta tanto para os Jusnaturalistas quanto para os Positivistas no que tange ao argumento da evidência metafísica e especulativa da existência de um Deus que organizar o “ser” do direito quanto do argumento de que a ciência quantifica apenas o sensível, o objetivamente compreendido;

O Culturalismo Jurídico pode ser colocado no rol de Teorias do Direito que propõe uma tese de conexão entre Direito e Moral, porém, é impreciso dizer se ele assume que a Moral necessariamente faz parte do Direito, ou, se ela é influenciada contingencialmente o Direito. A partir de um enfoque crítico, a proposta tobiática pode levar a acreditar que a conexão é necessária na medida em que o característica cultural do Direito levaria o homem a erigir valores e, desse modo, no direito estariam contidos enunciados valorativos;

¹¹⁴ Quer dizer, sobre o que se entende enquanto a substância do Direito, o que ele é e o que ele não é.

O Culturalismo Jurídico de Tobias é uma teoria inacabada. Seria possível assumir a crítica feita pela professora Graziela Hora a respeito de uma interpretação equivocada de vícios por parte de Reale e Paim acerca do pertencimento de Tobias a uma Escola Culturalista pois sua preocupação seria mais com o Monismo Evolucionista do que com os problemas epistêmicos enfrentados por outros membros da mesma escola. Porém, o fato é que ele próprio não experimentou observar o amadurecimento e a recepção de sua tese na academia, o tempo não lhe permitiu responder sobre a questão de se permaneceria defendendo um monismo ou, se voltaria atrás e passaria a defender um dualismo;

O Culturalismo Jurídico de Tobias ainda possui fôlego para se erigir enquanto uma Teoria do Direito aplicável na prática? Bem, pelo fato de ser uma teoria inacabada ela carece de elementos que a fariam disputar uma posição de destaque no âmbito do debate sobre a natureza e propósito do direito. Ela não deixa claro sobre sua posição quanto a relação entre Direito e Moral, ela não deixa claro sobre o processo de elaboração do Direito, e muito menos sobre sua interpretação e aplicação. Seria válido afirmar, com certeza, de que se trata de uma proposição filosófica instigante e que pode ainda ser melhor desenvolvida no futuro.

b. Miguel Reale:

O que é o Direito? No sentido estudado na presente tese, é lícito aduzir que para Reale o Direito é produto da Cultura também, porque esta última é compreendida num sentido mais abrangente, incluindo a dimensão do que é e do que deve ser, logo a perspectiva de Reale é a de que devemos entender o fenômeno jurídico dentro da experiência e do que é experienciável pelo ser humano a partir de sua consciência intencional, da dialética de complementaridade, da experiência conjetural e da capacidade de objetivização do conhecimento humano constitutivo da cultura (*a priori cultural*). Em conclusão, o Culturalismo é o substrato da Teoria Tridimensional do Direito;

Culturalismo Jurídico e Teoria Tridimensional do Direito são tipos de teorias distintas? Bem, a proposição da Teoria Tridimensional é justificada pelo sentido que Reale confere á experiência e pelo alargamento do sentido comum dado a expressão, fazendo que a experiência jurídica seja compreendida para além de uma visão estritamente normativista como a do primeiro Kelsen. Nesse diapasão, ela guarda relação com o sentido que Reale atribui para Cultura, não tendo nenhuma relação direta com a de Tobias, pois, apesar deles compartilharem de uma orientação filosófica comum eles estão falando em tempos diferentes para auditórios diferentes;

A fundação filosófica dos pressupostos de Reale encontra-se numa via original proposta por ele para, em continuação do enfrentamento cultural na filosofia, se colocar entre Kant e Hegel, abordando a questão do conhecimento através da fenomenologia Husserliana e da “Hermenêutica Existencial” de Heidegger, avaliando, desse modo, não só o Direito como um fenômeno, mas as relações jurídicas como um todo entendidas enquanto objetos que são enquanto devem ser;

Inegavelmente, a posição de Reale é de uma teoria voltara para assumir a necessária conexão entre Direito e Moral, as relações dialéticas fornecidas pela Ontognoseologia demonstram que o fenômeno da experiência jurídica necessariamente precisa ser valorado para que possa existir enquanto direito e atingir sua finalidade.

b) Aspectos Formais¹¹⁵:

a. Tobias Barreto de Menezes:

O indício mais relevante dos aspectos formais do Culturalismo Jurídico em Tobias diz respeito ao fato de que ele acredita que o Direito é uma ideia de força, e que, portanto, exige o reconhecimento de autoridade;

¹¹⁵ Aqui entendido como os aspectos estruturais, ou, para nos valer da distinção do positivismo hartiano, uma parte do direito que confere as relações originárias de direitos e deveres (regras primárias) e uma parte que organiza o próprio sistema jurídico e a relação das regras entre elas (regras secundárias). Claro que não é essa a distinção que será usada como aspecto formal; apenas queremos dizer que é uma distinção no que tange aos juízos organizacionais dos sistemas em apreço.

Ao exigir o reconhecimento de autoridade o direito ganha coercitividade, porém ela é um componente do direito enquanto um atributo morfológico, sendo um componente sintético e não um componente analítico como é, por exemplo, para teoria do positivismo jurídico excludente;

Tobias acredita que o Estado é fonte autorizada para atribuir validade ao Direito, porém ele não fornece uma Teoria do Estado para complementar os argumentos levantados nesse quesito;

Tobias acredita que valores como liberdade, igualdade, etc., estão no epicentro da atenção do direito, pois, como produto da cultura, o desenvolvimento humano depende da busca por esses direitos na constituição de uma vida social pacífica e harmônica;

Apesar de não dissertar sobre o tema não é precipitado desenvolver a hipótese de que Tobias reconhece a categorização de leis que estabelecem direitos e leis que possuem um sentido organizacional, ou, estruturante. Sua relação com o Direito Constitucional e com o Direito Público não se dá no âmbito da estrutura, mas, exclusivamente, no âmbito das liberdades, sendo, desse modo uma teoria carente. Não há, como já se deve presumir, nenhuma distinção entre normas, regras, princípios, postulados, relação de prescrição e descrição na Teoria de Tobias.

b. Miguel Reale:

A norma jurídica requer o reconhecimento de autoridade competente dentro de um processo legislativo constitucional a fim que venha a produzir todos os seus efeitos jurídicos, porém, o direito não se reduz á norma. Reale produz sua Teoria do Estado para dar apoio ao que argumenta na Teoria do Direito e, conseqüentemente, fornece um contexto mais amplo que o de Tobias;

Reale reconhece a diferença entre normas jurídicas voltadas para estabelecer direitos e deveres e normas jurídicas que servem para organizar as Instituições Jurídicas. Sua teoria é compreendida enquanto um tipo de normativismo em reação ao de tipo analítico kelseniano, mas, uma visão que concebe a experiência jurídica no sentido alargado pela Ontognoseologia;

O alargamento do sentido de experiência faz com que o conceito de direito não se esgote na norma, pois, além da instância que reconhece a validade e a eficácia da norma jurídica é necessário que os cidadãos e os juízes se mantenham em constante estado de fiscalização dos valores e fatos subjacentes à norma;

Como se pôde observar ao longo deste capítulo a Teoria do Culturalismo Jurídico não é simples, e ela não é produto de uma “feliz ideia”, muito pelo contrário. Passando da distinção original através do pensamento kantiano, pela dissidência Neokantista, e finalmente, pela orientação fenomenológico-hermenêutica de Reale, o conceito de Cultura passou por diversas e significantes modificações. O conceito de Direito, por consequência, também se diferiu de um para outro. Porém, o que guardam de comum, até hoje, é o fato de consistirem em teorias que são colocadas do lado oposto àquelas que pretendem reduzir o Direito a um tipo de certeza científica similar a do cálculo, a do número. Ele, o Culturalismo, pode ser conceituado como uma Teoria anti-positivista (seja aplicando o sentido mais clássico, conforme abordado no Capítulo 02, seja aplicando o sentido do normativismo kelseniano). As teorias de Tobias e Reale guardam este aspecto em comum e acredita-se que isto se dê por conta da fundação da identidade jurídico-cultural brasileira.

Em algum momento da história jurídica no Brasil deixou-se de reagir passivamente ao conteúdo das teses que eram lançadas e começou-se com a proposta de compreendê-las e modificá-las. Neste processo de compreensão/modificação alvos foram eleitos (que decorrem do peso que se atribui a determinados fatores e variáveis); num primeiro momento o alvo da crítica eram o Ecletismo Espiritual e o Direito Natural (o que justifica a adesão parcial ao positivismo por parte da Escola do Recife). Posteriormente, fixadas as bases de um tipo de orientação positivista, a crítica apontou para as dificuldades da própria orientação positiva assumida no Brasil. O grande

problema é identificar, como isto foi feito, como esta tradição se apresenta para os atores jurídicos nestes dois períodos e no subsequente. A reprodução deixa de ser mimética e se torna “indolente”. Inegavelmente, o Culturalismo é uma forma de rebeldia contra a orientação positivista.

É possível identificar, de modo mais aprofundado, que o Direito brasileiro resiste a redução de Tobias enquanto um fenômeno físico, ou natural. Muito embora as convenções entre os físicos sobre os pressupostos de suas pesquisas encontre um arcabouço de regras e soluções *apriorísticas*, não se podia dizer o mesmo do direito dada sua singular complexidade. Neste passo mais anterior às dissidências e diferenças entre as duas teorias deixa de ser o critério definitivo para afasta-las e se torna o elo entre elas. Novamente, a brevidade da investigação tobiática é contrastada com a longevidade das proposições realeanas. Reale continuou a empresa iniciada por Tobias. O espírito combativo e a necessidade de se colocar entre os interlocutores nacionais e internacionais moveram, e ainda movem, os juristas brasileiros.

Numa passagem do seu livro “Paradigmas da Cultura Contemporânea”, Miguel Reale conta que teve a intuição do Tridimensionalismo e a oportunidade de apresentar sua ideia para um professor italiano que, encantado com sua proposição, decidiu traduzir um livro inteiro dele para o italiano. Tal qual como Tobias que estava constantemente publicando além-mar e correspondendo-se com Leipzig e autores estrangeiros. Nestas breves anotações encontra-se a distância e a diferença. Os brasileiros, não são italianos ou alemães, não vivem a realidade européia. Conhecem de tais realidades compreendem-na, e às vezes confundem-se, enquanto pesquisadores, se é válida a adoção da perspectiva participantes ou observadores destas realidades. A identidade jurídica brasileira deve se manter dialética como em Tobias e Reale, no sentido de conhecer teses, fornecer antíteses, sintetizar os resultados.

Não deve ser prudente se manter estático acreditando que ao assumir-se que as Teorias jurídicas estrangeiras devem ser conhecidas, exclusivamente, no âmbito da posição do participante ou observador do fenômeno jurídico, enquanto teorias prescritivas ou descritivas. O Culturalismo Jurídico é uma resposta capaz de fornecer uma alternativa diferente e ainda atual para a compreensão do Direito. Os seus reflexos dentro do debate a respeito da tese de conexão necessária ou contingente do direito com a moral pode ser revisto. A concepção subjetiva de Direitos Humanos e sua Universalidade podem ser vistas sob um novo enfoque. E o próprio Culturalismo pode ser atualizado sob a perspectiva das teorias linguísticas e argumentativas

contemporâneas se se enfrentar sua problemática através do prisma da linguagem.
Reservar-se-á, entretanto, à conclusão um comentário acerca destes temas.

CAP 05 – CONCLUSÃO: SOBRE O APOCALIPSE DO CULTURALISMO JURÍDICO.

No início desta pesquisa lançou-se proposta metodológica e foi explicado o caminho que se pretendeu percorrer para chegar no grande problema que foi enfrentado ao longo da tese. Procurou-se explicar que existiam três abordagens históricas que poderiam ser consideradas a fim de empreender o percurso metodológico: a) a da hermenêutica; b) a da alteridade e; c) a das ideias. Ao dissertar sobre elas optou-se pela proposição da História das Ideias apoiada na necessidade ressignificar a contribuição dos autores brasileiros na participação dos debates sobre as grandes teses produzidas pela humanidade. Diante disto, é importante mencionar que a pesquisa é plenamente consciente das autolimitações da proposta metodológica que por foi assumida para escrita da Tese. Se de um lado a perspectiva hermenêutica gadameriana, por meio da Consciência Histórica/Hermenêutica, capacita ler a história sob a suspeita de depender da integração do horizonte do autor e do intérprete, do seu pertencimento à Tradição; de outro a posição de uma história pautada na Alteridade busca colocar em pauta o lugar da fala, na composição de um sistema mundo.

A proposição da História das Ideias fica limitada no que tange à discussão dos problemas e consequências de uma avaliação histórico-hermenêutica e a compreensão de um diálogo do intérprete com a sua tradição como elementos centrais da sua análise. Isto não quer dizer que ela deixe de conhecer, em determinados graus, a natureza e a necessidade deste debate. É possível afirmar, então, que enquanto a preocupação da hermenêutica com a história se dá porque ela é uma teoria da compreensão (geral), a da História das Ideias, não assume qualquer compromisso em desenvolver uma teoria satisfatória de como se dá o fenômeno da compreensão. Igualmente, ela parte do pressuposto de especificidade da história do direito com a história geral e da necessidade de compreender a primeira não só a partir do seu diálogo com a (história) geral, mas, precipuamente, através da contribuição do pensamento nacional na constituição de uma visão geral. De toda sorte, a questão da diferença de objetos e consequências metodológicas necessitaria de uma pesquisa muito mais focada na elucidação dessa problemática, portanto, outra Tese diferente.

De todo modo, dizer que a História das Ideias busca ressignificar o papel do pensamento nacional na constituição de uma história real, demonstra outra diferença de

método em relação ao argumento da Alteridade. O que o pensamento Decolonial pretende é a constituição de um *Ethos* do libertador para que os países periféricos não tenham a sua identidade encoberta por meio de processos totalitários. O que significa dizer que quando se fala que “nossa história não foi contada por nós mesmos” parte-se do pressuposto de que: a) foi negado esse direito ao sujeito latino-americano; b) ele não participa na constituição da narrativa; c) há uma imposição dos processos totalitários como forma de dominação; d) há uma substituição dos processos de vida social reais pelos ideais. A teoria do decolonialismo é, portanto, uma teoria prescritiva que assume as falhas contemporâneas na organização social excludente e totalizante que joga para a história tais elementos a fim de criticar as posturas eurocentralizadas. Muitas objeções podem ser feitas para esta proposição, porém ela se difere qualitativamente da História das Ideias porque esta última não é uma teoria prescritiva e, portanto, ética.

O modo de realizar a História das Ideias é mais uma proposição metodológica do que uma proposição ética, muito embora, esta pesquisa expressamente assumiu que o simples fato de fazer pesquisa histórica já é assumir uma postura ética, não se pretendeu falar do ponto de vista de uma ética da alteridade, mas sim no sentido empregado pela hermenêutica a fim de dizer que o jurista deve ser consciente do tributo que a história necessita. Então, não se busca a desconstrução da significância do pensamento euroamericano, pois ele é importante na constituição das tradições locais. Se ele foi imposto, ou, se ele configura um processo totalitário, não cabe dentro desta proposta metodológica de debate. A valorização da produção nacional pode ser descrita como uma consequência cocompartilhada entre as duas teorias, porém, elas o fazem por causas diferentes. É bastante dizer que para a História das Ideias, não é tanto uma questão de local de fala, mas, mais uma questão de inclusão. O pensamento nacional não pode ser alijado ou diminuído de pertencer ao total das contribuições sobre conhecimento humano.

Acredita-se que estas asserções iniciais devem responder a algumas lacunas que por ventura haviam sido deixadas quando se abordou tal temática no Capítulo introdutório. Ademais, é seguro considerar que as opções e as críticas sobre por que não usar uma metodologia ou outra estão muito mais afetas ao problema de pesquisa e modo como ele é abordado do que por uma opção discricionária do pesquisador. Logo, não é uma questão de gosto, ou de estilo, ou por dissentir de uma vertente ou outra. Na verdade é justamente pelo modo como o problema de pesquisa é construído que desemboca, fatalmente, na escolha por esta orientação metodológica. O que não quer

dizer que por ventura se resolva voltar a este assunto, noutra pesquisa e buscar esclarecer de modo mais específico o ponto de conexão, ou de complementação entre estas três visões. E, nesse sentido, o trabalho seria muito mais voltado para o campo da epistemologia do que, propriamente, o da história do direito.

Do segundo capítulo é possível extrair as seguintes conclusões: a) a teoria do Positivismo Jurídico tem a sua origem na discussão hobesiana sobre a fundação de um Estado a partir da ideia de um “temor reverencial” juridicamente instituídos na forma de coerção; b) tendo essa concepção se espalhado pela Europa ela pode gerar o Positivismo Jurídico Britânico e a Jurisprudência Analítica na Inglaterra, e a Escola Histórica do Direito na Alemanha; c) as premissas lançadas pelo Historicismo Alemão capacitaram a França proceder o resgate do Direito Romano através da criação do Código Napoleônico e, conseqüente, insituíram as bases do Formalismo Jurídico Francês; d) O Direito Português vem se desenvolvendo com grande influência do Direito Romano e do Direito Natural que, com a chegada deste debate positivista, passa a se chamar Direito Comum; e) A França acaba por exercer uma forte influência nos processos modernos de compreensão do Direito e Portugal busca uma atualização do ensino e do modo de concepção do conhecimento jurídico a partir da Reforma Pombalina; f) o Brasil recepçiona o Direito Português sem uma resistêntia durante muito tempo, até que se consolidem as duas grandes correntes de pensamento no País, o Ecletismo Espiritualista e o Direito Natural (aristotélico-tomista).

Acredita-se que, em que pese a pesquisa desta parte tenha atingido ao objetivo no contexto metodológico adotado, ainda, algumas críticas podem ser opostas ao que foi pesquisado aqui. A opção pelo ponto de partida em Hobbes, por exemplo, é uma que pode ser facilmente levantada por não ser a única escolha possível. A própria pesquisa nele desenvolvida assevera que o Positivismo pode remontar do próprio Aquino, ou até, do nominalismo de Oackham. Portanto, a posição levantada no capítulo é plenamente ciente de a questão mais discricionária que pode ser atacada aqui é esta por Thomas Hobbes. Porém, é possível justifica-la pelo argumento quantitativo. Muito embora exista essa disputa, a maioria dos referenciais utilizados na construção da pesquisa assume a mesma posição aqui levantada. O que não retira o ônus de expressar que existe outro lado, outra posição.

Ainda, ao revisar o capítulo 02 para sua correção e compará-lo com o capítulo 04, em matéria de conteúdo do pensamento de Hobbes e Tobias, foi possível perceber que o autor brasileiro sofre certa influência do pensamento hobessiano em vários

pontos. Muito disto se dá por conta da tentativa de humanização da natureza que é perpetrada por ambos. Como foi dito na conclusão do capítulo 04 Tobias falha em entregar uma Teoria do Estado completa. Todavia, é possível lançar uma hipótese a ser investigada no futuro sobre as implicações da Teoria do Estado Hobesiana na Filosofia de Tobias Barreto a fim de fomentar elementos indiciários do que poderia ser uma Teoria do Estado a partir da perspectiva tobiática. Por não ser o objetivo central, nem dos capítulos comentados, nem do trabalho como um todo, não foi considerado perseguir esta iniciativa por enquanto. Porém, ela aparenta ser uma derivação salutar no que tange a magnitude da obra do mestre de Recife. De outra sorte, acredita-se que a delimitação do fio condutor do debate pode levantar uma ou outra suspeita e sobre elas pretende-se dissertar rapidamente.

A influência que a proposição hobbesiana surte para com a cogitação da Escola Histórica do Direito e, a que ambas reverberam na constituição do Formalismo Jurídico, ficou bem expressa e fundamentada a partir dos referenciais apresentados. A questão da amplitude em que as proposições originais são recepcionadas em Portugal é que pode causar a impressão de que não há uma conexão delas com a fundação da tradição jurídica brasileira. O que é possível avaliar, a partir da pesquisa realizada, é que os próprios portugueses constituíram a sua identidade jurídica partindo do diálogo histórico entre o Direito Romano e o Direito Natural. Por conta da resistência antinaturalista proveniente dos processos iluministas, racionalistas, empiristas, etc., o Direito Português passou a ter que se adequar aos ditames e exigências do pensamento moderno. A imposição da criação de um Código Civil, similar ao Código Napoleônico, fez com que houvesse uma urgência neste processo de atualização e, conseqüentemente, culminou com a fuga da família Real Portuguesa para o Brasil. Com isso a visão jusnaturalista acompanhou os Padres Jesuítas e conseguiu, por muito tempo, manter o Brasil, exatamente, onde tinha parado Portugal com as cogitações tomistas e neotomistas (daí o termo: Segunda Escolástica Portuguesa).

A crítica externa, por ocasião de contribuição dialética, já havia considerado, noutra ocasião, que há um risco de em diminuir, ou, esvaziar a participação da Igreja no desenvolvimento do País e, muito por conta disto, este é um argumento que precisa de cautela. Não é justo diminuir o papel da Segunda Escolástica Portuguesa no Brasil e a contribuição dos estudos aristotélico-tomistas daquele período. É importante manter em mente que, mesmo tendo sido colocada como alvo pelo movimento crítico da Escola do Recife, estes estudos fazem parte da grande Tradição jurídica pátria. O que conferiu, em

última instância, a possibilidade de dissertar sobre a orientação Eclética e sobre o Direito Natural. Avaliou-se, também, que esta análise proporcionou, dentre outras coisas, perceber o quanto que o Brasil estava “atrasado” no debate em comparação com o cenário internacional. A Filosofia de Kant, Hegel, Marx, os Neokantianos, era praticamente inexistente durante esse período e os poucos interessados possuíam uma visão fracionada que havia sido herdada através da lente de autores franceses, que eram maioria esmagadora. Deu-se início, portanto, a constituição de uma identidade por *mimesis*, imitando os portugueses e, somente muito tempo depois, dada a possibilidade do desenvolvimento de uma elite brasileira, começou a rebelião intelectual a partir do autoconhecimento, ou, autoconsciência. O “eu” que se percebe enquanto tal começa a se incomodar com que lhe é imposto e, portanto resiste.

No capítulo seguinte foi possível adentrar nessa resistência do “eu” brasileiro que engatinhava a caminho de se conhecer. Desta feita, os estudos que foram produzidos pela Escola do Recife e o Surto de Novas Ideias foram o nosso objeto central de análise. Podemos sintetizar nossas conclusões a respeito de tal investigação do seguinte modo: a) O movimento denominado de Escola do Recife foi um evento cultural, político, acadêmico que não se limitou aos muros da Faculdade de Direito do Recife, fazendo escola em vários outros centros de investigação do final do Século XIX e início do Século XX; b) Em Belém, pudemos avaliar a contribuição de herdeiros deste legado na figura ímpar dos nomes de Farias de Brito e Augusto Meira, além de outros nomes citados que nos trouxeram essa inclinação de pesquisa a partir dos referências lá discutidos; c) A produção bibliográfica e intelectual dos principais expoentes do movimento se centrou na continuação ou na crítica dos estudos de Tobias Barreto de Menezes e seu Monismo Evolucionista cumulada com a filosofia Neokantista de sua última fase; d) o Culturalismo Jurídico baseia-se na concepção da crítica positivista ao naturalismo, porém, dissente da postura positivista assumida pela academia brasileira inserindo as cogitações Neokantistas, de Rudolf Von Ihering e Herman Post.

Identificou-se, neste capítulo, uma grande fragilidade da obra de Tobias que nunca abriu mão da leitura Monista, primando pela ideia de progresso, evolução e desenvolvimento humano e assumindo, antes de seu falecimento, uma postura Neokantista. De acordo com os autores estudados, a posição do Monismo Evolucionista é irreconciliável com a assumida pelo Neokantismo. A primeira acredita que existe uma lei natural que inclina todos os seres vivos a estarem em processo contínuo de evolução e adaptação. O princípio da sobrevivência do mais forte faz com que a luta seja uma

constância na experiência de vida do homem. Foi possível entender somente no capítulo posterior, o quanto que a proposição Neokantiana se afasta dessa leitura de mundo a partir da contradição de uma vontade que não seja intencionalmente dirigida a algo e proveniente do ser humano. A lei da ação e reação não é produto da natureza, ela não se manifestou mediante um ego superior e nos ditou seu funcionamento, nós, seres humanos, nos apropriando da explicação do funcionamento das coisas é produzimo-la. Logo é uma lei racional. Não há uma visão escatológica, da humanidade, que fatalmente leve o homem a um único destino que seria o progresso e a evolução para o Neokantismo.

Outrossim, é notório que o interesse por Kant e os Neokantianos, pelo menos dentro do debate do Culturalismo Jurídico está situado nas proposições da Crítica da Razão Pura, e, para Tobias, não há um interesse na Ética kantiana e nos seus estudos da Crítica da Razão Prática. Reale é quem vai poder atualizar o entendimento acerca do tema e considerar as variáveis da Ética no debate do Culturalismo por conta do que podemos chamar de “visão temporal privilegiada”, que Tobias só tem em relação a seu tempo (o que se verá no capítulo 04). A questão mais essencial a respeito do kantismo no Culturalismo não foi, por assim dizer, nosso enfoque principal. Conforme a advertência feita ao longo da tese o escopo principal da pesquisa era a avaliação da influência do kantismo no Culturalismo, pelo que se restou bastante frutífera a investigação por ter sido possível identificar como esta teoria se apropria do pensamento kantiano e Neokantiano para desenvolver o objeto da cultura e aplica-lo no conceito de direito. Daí o porque de, também, não se socorrer em muitas vezes de uma leitura direta de Kant. Resume-se, não havia necessidade de trazer Kant expressamente para o debate porque não era a intenção central problematizar suas ideias centrais, mas sim identificar como ele era lido pelo movimento recifense.

Outro ponto acerca do qual merece comentários é a atenção para o capítulo 03 que diz respeito às referências que foram utilizadas na sua construção. Dado o interesse diminuto no tema pela Academia brasileira, foram encontradas poucas referências mais atuais sobre o tema e muitas delas são pesquisas que foram derivadas de Dissertações de Mestrado, Teses de Doutorado e Artigos Científicos. Melhor dito, com exceção de obras como as de Antônio Paim, Nelson Saldanha, João Maurício Adeodato e Antônio Carlos Wolkmer, não há uma preocupação direta em se enfrentar a contribuição da Escola do Recife para o Direito brasileiro como um conjunto coeso de autores. Isto ocasionou, inclusive, uma sistematização mais objetiva na construção dos tópicos do capítulo e

uma exposição mais descritiva das questões que foram exploradas naquela parte da pesquisa. Dada a limitação autoimposta no parágrafo anterior e a dificuldade na seleção do material por conta da especificidade do tema foi tomada a decisão de se centrar nestes textos que foram apresentados sem, com isso, diminuir a qualidade da produção dos argumentos.

Por fim, a despeito da caracterização da Teoria do Direito do Culturalismo Jurídico a partir de Tobias Barreto e Miguel Reale no capítulo 04, chegam-se às conclusões que se seguem: a) a concepção culturalista decorre de uma das linhas do Neokantismo que reage aquele institucional produzido em Marburg; b) a investigação do Culturalismo no Brasil pode ser dividida em três momentos, um inicial com Tobias Barreto e Sylvio Romero, um segundo momento com Djacir Menezes e Miguel Reale e a última com Antônio Paim; c) o Culturalismo exerceu forte influência no início do século XX através das duas últimas gerações de culturalistas com especial contribuição de Miguel Reale e, alguns autores afirmam que sua opção teórica pode ser encontrada no Código Civil de 2002; d) o Culturalismo Jurídico de Tobias Barreto consiste na oposição do natural ao cultural e na concepção de Direito tanto como ideia quanto como força; e) o Culturalismo de Miguel Reale consiste numa evolução da cogitação inicial de Tobias e seus sucessores a fim de incluir no conceito de cultura os desenvolvimentos da fenomenologia husserliana e da hermenêutica heideggeriana a fim de ampliar o conceito de experiência através da proposta de uma ontognoseologia; f) a ampliação do conceito de experiência e da ontognoseologia capacita o mestre paulista conceber o fenômeno jurídico como algo que ocorre enquanto deve ser (por ser produto da cultura humana).

A partir destas asserções no capítulo 04, foi possível ofertar uma síntese das duas teses e problematizar algumas questões a respeito delas, sem, no entanto, desenvolver-las naquele momento. Todavia, na conclusão desta investigação, emprestando olhar crítico ao que foi produzido pretende-se desenvolver quatro assuntos que são abertos por conta da investigação realizada no capítulo anterior. A palavra grega *apokálypsis* significa “revelação”, ou, “ação de descobrir”, pode-se ainda entendê-la como sendo originada da junção de “apo” (tirar) e “kalumna” (véu). O sentido empregado pela tradição judaico-cristã, outrossim, é mais comum e ordinário do que este, Grego. Para os judeus e cristãos, Apocalipse é sinônimo de uma revelação divina que permanecia secreta até que um profeta escolhido por Deus a externe, e essa revelação diz respeito a um cataclisma mundial, o final da história da civilização como

conhecida pelo homem. Se emprega a expressão no título deste tópico e não se quer que ela seja entendida no sentido da tradição cristã, pois não seria prudente crer, por tudo o que foi exposto até aqui, que a revelação do Culturalismo Jurídico marque o fim de uma história ou que a partir dela se produzam eventos cataclísmicos dentro do Direito.

As revelações do Culturalismo Jurídico a partir da pesquisa realizada são cogitações e propostas que ele próprio é capaz de fornecer para dois temas internos e dois externos á problemática aqui abordada. Temas internos são assim considerados, pois tem conexão direta com a pesquisa, e, os outros dois externos são também assim considerados, porque não possuem essa conexão direta, são consequências indiretas da investigação realizada, mas que repercutem largamente dentro da linha de Pesquisa do Programa no qual ela está sendo desenvolvida. Por oportuno, alinha-se também com uma questão estética, pois, nada mais justo que um trabalho que leva como título “A Gênese...” seja concluído com a revelação sobre o Apocalipse do Culturalismo Jurídico. As quatro revelações às quais pretendemos discorrer serão arrançadas do seguinte modo: a) As Internas: a1) O pertencimento da Teoria Tridimensional do Direito ao Culturalismo Jurídico; a2) A filosofia da linguagem, teorias argumentativas e o Culturalismo Jurídico; b) As Externas: b1) A tese da conexão (necessária ou contingente) na perspectiva do Culturalismo Jurídico; b2) Os efeitos da “Consciência Culturalista” no sentido objetivo e subjetivo de Direitos Humanos.

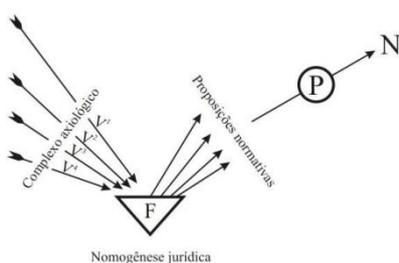
a1) *O pertencimento da Teoria Tridimensional do Direito ao Culturalismo Jurídico:*

Acredita-se que este tema pode até aparentar certa obviedade, porém, não há como sustentar que as proposições filosóficas se seguem logicamente de modo *sine qua non*, ainda as proferidas pelo mesmo autor. Ora, durante a pesquisa do capítulo 04, foi possível imergir no pensamento do professor paulista Miguel Reale e, através dele se pôde compreender que o seu Culturalismo é uma proposição filosófica que deriva das intuições originais de Tobias Barreto, atualizando-a de acordo com os debates do Século XX através das contribuições Husserlianas e Heideggerianas. Do mesmo modo, o autor também sustenta a conhecida Teoria Tridimensional do Direito e pode parecer então que, para ele, o Culturalismo não é Teoria do Direito, mas orientação filosófica. Queremos, desse modo, desmistificar tal relação para demonstrar que a cogitação motriz da Teoria Tridimensional já está inclusa dentro da concepção Cultural.

O chamado tridimensionalismo é uma reação ao positivismo normativista kelseniano pautado sob a alegação de que o sentido de direito estaria relacionado umbilicalmente ao de norma. Direito é sinônimo de norma. Ela também se opõe ao sentido marxista atribuído ao direito como correlato aos fatos sociais decorrente da luta de classes e a dominação da burguesia. Igualmente, também configura uma reação ao naturalismo, pois acredita que o direito não é puramente e exclusivamente um valor moral. O direito consiste na proposição real de uma integração normativa de fatos segundo valores e decorre da compreensão de dialética da complementaridade. O grande problema desta questão é que o tridimensionalismo é uma proposição que antecede a investigação culturalista desenvolvida por Reale.

Primeiro lhe veio essa intuição inaugural que demarcou a sua grande recepção na academia jurídica, depois lhe veio a necessidade de justificá-la. É somente a partir de cogitação exordial que Reale se torna capaz de asseverar que o Direito não se limitava a visões inteiramente fechadas e que não dialogam umas com as outras. Ao mergulhar na justificativa desta tese é que se torna capaz de postular por uma visão integral do Direito que entrelace todas as formas de existência. É o momento em que se deixa levar pelos comentários ético-culturais de Gustav Radbruch e somente aqui que o Culturalismo ganha a forma adequada para que possa justificar o Tridimensionalismo. Em suma o Culturalismo fornece a base sobre a qual se sedimenta a proposição tridimensional e podemos afirmar que o primeiro é a causa e o segundo consequência, muito embora eles não tenham se externado temporalmente nessa ordem.

Para que seja possível demonstrar isso na prática vale a pena a orientação prescrita na seguinte figura:



(Fig. 03. REALE, 2010, pg. 103).

O processo acima descrito denomina-se nomogênese jurídica e é explicado pelo autor como sendo a noção de que o mundo jurídico seria formado de intermináveis intenções de valor incidentes sobre bases de fato, delas decorrem proposições jurídicas e

apenas uma delas se corporifica em norma jurídica. A partir desse pressuposto ontognoseológico Reale é capaz de demonstrar que o Direito não será formado exclusivamente num Poder Legislativo, mas, que dependendo do arranjo do reconhecimento adotado pelo sistema jurídico, o Poder Judiciário poderá realizar a nomogênese jurídica e a própria sociedade através dos costumes. O tridimensionalismo, está, portanto, para qualquer atividade cultural. Por conta dessas alegações nos é possível afirmar que dentro da teoria tridimensional estão inclusas as cogitações correlatas ao alargamento do conceito de experiência jurídica, de dialética da complementaridade, a proposição de uma fenomenologia e de uma hermenêutica na base da compreensão do fenômeno jurídico. Não nos parece adequado, portanto, pensar na contramão de que o Culturalismo de Reale seria uma tese posta na contramão do tridimensionalismo. Elas são propostas afetas e complementares.

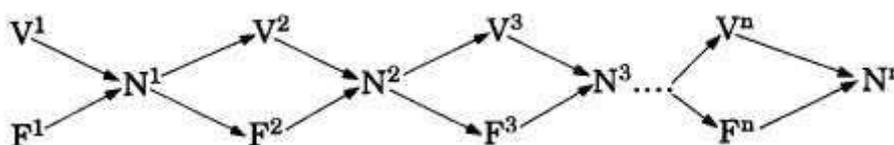
a2) A filosofia da linguagem, teorias argumentativas e o Culturalismo Jurídico:

O diálogo do Crátilo de Platão direciona para a questão da justeza da linguagem em relação ao conhecimento e é a primeira vez em que se debate a função dos nomes em relação ao conhecimento. Muito embora se trate de um diálogo aporético ele sugere que a posição do convencionalismo (tese que sustenta que os nomes são pura convenção) e a do essencialismo (tese que sustenta que os nomes expressão características essências do “ser”) se excluem mutuamente e que não há como declarar um vencedor nesta contenda. O deslocamento da linguagem como meio para a linguagem como fim do conhecimento capacitou o desenvolvimento da filosofia da linguagem com o objetivo de compreender o mundo enquanto um quadro pintado pelos fenômenos linguísticos.

Na perspectiva da Filosofia da Linguagem só existe aquilo que pode ser falado, ou, aquilo que pode ser explicado através da linguagem. Algo que é pensado e que não consegue se externar enquanto linguagem somente existe no campo abstrato e vago do pensamento humano, e mesmo que não venha a existir fisicamente aquilo que é expresso pela linguagem existe enquanto linguagem. Por exemplo, a descrição do universo de Nárnia no livro de C.S. Lewis, é linguisticamente possível e faz imaginar os animais mágicos e falantes porque a linguagem nos capacita entender o que é um Leão, o que é Sabedoria, o que significam Luz, Trevas, Magia, Bem ou Mal. Mesmo que seja impossível encontrar um Leão falante, ele existe linguisticamente no conceito e contexto empregado naquela obra e para aquela obra.

Este é o sentido em que é possível acompanhar Reale e assumir que o Culturalismo não só conhece do problema da Filosofia da Linguagem como o enfrenta de seu modo particular asseverando que a Linguagem, ela própria, é expressão da Cultura. Em consequência dentro da concepção ontognoseológica encontraria-se a filosofia da linguagem contida na preocupação epistemológica e enquanto objeto cultural. Importa, não só o valor que é atribuído a um bem, ou fato, na interpretação do que deve ser perquirido pelo Direito, mas também a linguagem e o modo de sua expressão se compreendida dentro da cultura.

Uma sugestão neste sentido é a de que considera usar os diversos níveis de linguagem absorvidos pela sociedade para que seja válido mensurar o grau de efetividade de uma determinada norma jurídica. Quando expressões populares como “fulano é 171” são ouvidas pela população leiga, não se está postulando por um sentido expresso do crime de estelionato previsto no Código Penal Brasileiro, na verdade, a referência diz respeito a um sentido simbólico do mesmo. O impacto simbólico do direito é linguístico e o cidadão comum conhece de parte dos conceitos jurídicos a partir da expressão da linguagem simbólica e do que ela representa naquele contexto. Porém, não parece que o Direito esteja preocupado com este processo. Este processo Miguel Reale denomina de variação semântica do Direito e o representa a partir da seguinte figura:



(Fig. 04. REALE, 2010, pg. 126).

De outra sorte, ao considerar a questão do esvaziamento que o racionalismo procedeu na retórica, a contemporaneidade demonstra que existe um interesse em revigorar a capacidade de persuadir e convencer. Em conclusão desta proposição, são sugeridos os temas correlatos à Nova Retórica e as Teorias Argumentativas. A teoria dos auditórios e necessidade de resgate de uma retórica pautada em elementos de convencimento e persuasão voltadas para um *Ethos* se torna a preocupação central da Nova Retórica, enquanto que a necessidade de justificação racional das decisões jurídicas a da Teoria Argumentativa do Direito. Bem, a questão de se o Culturalismo acompanha ou não estas proposições parece respondida quando se volta para o

argumento de que a linguagem é forma de expressão Cultural. A questão, então, se torna saber se, e em que medida, o Culturalismo pode ser interpretado sob a perspectiva do procedimentalismo argumentativo.

Uma hipótese é a de que o Culturalismo não tem uma resposta direta e óbvia para a teoria dos auditórios e para a necessidade de revigoração da persuasão e do convencimento na contemporaneidade. Muito embora isso aconteça, o Culturalismo consideraria a Nova Retórica enquanto um fenômeno interno produzido pela própria cultura na forma de conhecimento humano. Porém, acredita-se que ele não tenha muito mais a dissertar a respeito do tema, acusando a sua fragilidade em deliberar acerca do assunto. A respeito das Teorias Argumentativas e do Procedimentalismo parte-se da conjectura de que seja necessária nova síntese para prosseguir com a posição do Culturalismo sobre o tema. Ora, para os chamados procedimentalistas a substância não é mais importante que o procedimento, ou seja, a forma é o que dá sentido para matéria e não o contrário. Dizer que os Juízes têm liberdade para interpretar a constituição de um modo determinado é necessariamente estabelecer em quais condições e em quais limites tal liberdade será exercida.

É necessário que se estabeleçam regras de organização do discurso para que a liberdade de expressão possa ser exercida. Este é um dos argumentos sob os quais podemos sintetizar a posição procedimental. Bem, aqui nossa hipótese é a de que o Culturalismo não tem uma preocupação acentuada no desenvolvimento de uma Teoria Argumentativa do Direito, ou fomentar elementos para uma Teoria da Decisão. Esta é uma segunda fragilidade na Teoria do Culturalismo Jurídico porque demonstra o seu desinteresse prático em orientar uma ordenação de conduta voltada para uma prática universalista. Poderia-se dizer que o Culturalismo, ao incluir a linguagem e os jogos linguísticos dentro do seu conceito de Cultura transforma a linguagem numa categoria similar a Tradição para filosofia hermenêutica. Por conta disto ela acaba não se interessando pelos debates das teorias argumentativas pelo mesmo motivo que a hermenêutica rejeita-as. Claro que se trata de uma hipótese que pode ser ou não comprovada em estudos posteriores.

b1) *A tese da conexão (necessária ou contingente) na perspectiva do Culturalismo Jurídico:*

Nos debates sobre a Teoria do Direito Contemporânea existe um assunto recorrente na pauta dos pesquisadores. Procurar-se-á sintetizar aqui os principais pontos

deste debate a fim de elucidar a posição do Culturalismo Jurídico em relação ao tema. A relação entre Direito e Moral pode ser avaliada a partir das seguintes posições: a) conexão necessária; b) conexão contingente; c) separação necessária. Os teóricos que acreditam na tese da conexão necessária o fazem por crer que no ato de formação do direito já encontram presentes elementos morais, sendo, desse modo, o direito indissociável da moral. Podemos alocar dentro desta classificação de doutrinadores os adeptos do pós-positivismo, do não-positivismo inclusivo e do jusnaturalismo clássico e do revigorado.

Os pós-positivistas sustentam a tese de que, possuindo o direito uma característica interpretativa, ele se colocaria na posição de externalizar os debates sobre moralidade política de uma sociedade. Os princípios políticos de convivência harmônica social se desenvolveriam e princípios de justiça e deveriam ser perquiridos pelo direito a fim de harmonizar os pressupostos de vida em sociedade, tornando o direito uma questão de debate político e, conseqüentemente (e necessariamente), moral. O não-positivismo inclusivo trata de uma teoria normativa do direito que acredita possuir o direito uma característica de servir de correção moral como forma de organização da conduta humana e parte de pressuposto de que qualquer tipo de correção que não seja moral equivaleria na possibilidade de regimes autoritários, como por exemplo o nazismo. Pautam-se, nesse critério, pelo enunciado na fórmula Radbruch: “total injustiça não é direito”, logo, se uma lei prever uma injustiça ela não será caracterizada enquanto direito.

As últimas duas teorias aqui abordadas que prelecionam a tese da conexão necessária são a do jusnaturalismo clássico e a do revigorado. O chamado jusnaturalismo clássico, na perspectiva aristotélico-tomista, acredita que Deus é um ente que faz parte da experiência de vida e de mundo de todos os seres, por conta disto Ele tem uma vontade e é capaz de ordenar as leis que regem o funcionamento de tudo. As leis humanas seriam, portanto, criadas a partir da derivação dos enunciados da Lei Divina, por consequência, necessariamente morais. Devido á reação anti-naturalista ocasionada a partir das investigações iluministas, racionalistas, empiristas, céticas, criticistas, positivistas, etc., o Direito Natural começa a perder força dentro das academias e passa a ser tratado enquanto uma teoria subsidiária e sem um alto alcance, ou relevância, prática. Tal ressignificação do papel do Direito Natural faz com que, contemporaneamente, alguns pesquisadores tentem revigorar a teoria aquiniana.

Os atuais defensores de um Direito Natural revigorado sustentam a tese de que o Direito Positivo falhou em descrever e identificar com clareza no que realmente consiste o Direito Natural, há sempre uma visão fracionada e incompleta da tese a que eles atacam. De outra sorte, os jusnaturalistas modernos argumentam que o Direito Positivo falha na sua descrição de direito porque tentam assumir uma postura descritiva quando, na verdade, é impossível descrever sem prescrever alguma orientação. Nesse sentido, argumentam que a escolha de uma orientação filosófica já é um tipo de prescrição. E, por fim, pautam-se na alegação da existência de um número de bens humanos básicos que sempre existiram na história do pensamento humano e que sempre foram o objeto de proteção do direito através de critérios de razoabilidade prática. Esses bens humanos básicos e os critérios de razoabilidade prática constituem uma teoria ética que toma como pressuposto central o pensamento de São Tomás de Aquino.

De modo bem objetivo acredita-se serem estes os principais argumentos de cada uma das correntes que preceituam uma conexão necessária entre direito e moral. O ponto arquimediano do debate diz respeito à chamada tese da conexão contingente. Para os adeptos dessa teoria Direito e Moral teria uma natureza diferente e o primeiro, no ato de sua formação, não teria elementos morais. Ou seja, o direito não precisaria da moral para ser direito. O que o caracteriza enquanto tal é o procedimento pelo qual é reconhecido como direito. Porém, a conexão contingente não exclui que no ato da aplicação e do desenvolvimento do direito ele possa considerar a utilização de elementos do debate moral. Como no caso da existência de lacunas ou de antinomias jurídicas no ordenamento jurídico e o Juiz poder ser guiado pela Equidade enquanto um valor subjetivo de justiça, claramente, orientando o conceito de obrigação jurídica por meio da moralidade.

Por fim, os adeptos da tese da separação admitem que a ciência jurídica, sendo objetiva e metodológica, não deve se submeter ao arbítrio de uma moralidade subjetivista e, portanto, relativista. Admitir que o direito se correlacione necessariamente com a moral, para eles, seria o mesmo que admitir que ele pode assumir consequências diferentes para casos análogos quando é a moral subjetiva de cada um dos participantes do debate que condiciona a sua conclusão. De outra sorte, modernamente, alguns outros autores sustentam uma diferença de grau entre Direito e Moral. A moral seria compreendida enquanto um conjunto de razões para agir e o direito um conjunto de razões sobre razões que substituem e cancelam as razões para agir porque o direito requer autoridade. Trata-se de uma diferença de grau e analítica

que tem como consequência a impossibilidade de o direito reabrir debates morais porque ele próprio se constitui na solução deles.

Nesta apertada síntese do debate que é, deveras, extenso, acredita-se estarem contidos elementos suficientes a fim de passar para a análise da relação do Culturalismo Jurídico com o debate da tese de conexão. Bem, conforme foi possível perceber, tanto Tobias Barreto, quanto Miguel Reale, acreditam que Cultura deve ser entendida num sentido mais alargado e com isso aumentando-se a espectro da experiência jurídica. Desse modo, a teoria do Culturalismo rejeita a tese da separação, seja ela argumentada pelo prisma da relatividade ou da diferença analítica. O Monismo Evolucionista sustentado por Tobias acredita que o desenvolvimento humano é a superação do estado de animalidade e, portanto, insere no direito elementos morais no ato da sua formação na medida em que ele serve ao propósito de superar a bestialidade original do homem. No mesmo diapasão, na ontognoseologia realeana a conexão aparece no sentido da valoração e da Teoria dos Valores. Objetos que são enquanto devem ser demonstram que, sendo o direito pertencente à classe de objetos culturais, prescindem da relação de valor. Uma crítica a ser considerada pelos defensores da tese da separação.

A despeito da diferença entre os adeptos da tese da conexão (necessária ou contingente), o Culturalismo é capaz de refletir acerca da questão: que moralidade é essa? Nesse sentido, entender que nos objetos culturais estão compreendidos os valores essenciais da moralidade de um povo revigora a tese culturalista e a conduz para o epicentro da controvérsia contemporânea. A hipótese central para tal argumento é o de que o Culturalismo seja capaz de englobar elementos morais no direito no ato de formação e no ato de aplicação sem, contudo, se tornar uma tese jusnaturalista. Porém, o Culturalismo acabaria admitindo relativismo como consequência. Ora, o Culturalismo admite que seja por uma lei de evolução, seja por uma perspectiva fenomenológica, o valor não é um fim em si, mas possui um sentido para algo, ou para alguém. De modo que, de tempos em tempos as invariantes axiológicas podem se voltar para uma necessidade ou para outra.

O tridimensionalismo de Reale possui ótimas considerações a respeito disto. Assumir que fatos são interpretados e deles surgem diversos valores e que o peso qualitativo desses valores depende de um debate político para que a norma seja elaborada sobre tais ditames (nomogênese jurídica) é assumir, portanto, que toda normatividade depende da compreensão de experiência jurídica no sentido cultural. Portanto, se um determinado país decide criminalizar um tipo específico de conduta

humana que outro não criminaliza a justificativa de tal diferença reside no fato do desenvolvimento interno de sua cultura e dos pesos que atribuem aos valores durante a nomogênese jurídica. Esta explicação, então, assumiria tanto o relativismo da moralidade, porque cultural, quanto o relativismo do conteúdo do direito em comparação com sistemas fundados em tradições diferentes. O controle interno em cada país consideraria os valores culturais daquele lugar, até que se ache um denominador em comum que corporifica a tradição daquele tempo.

O Culturalismo, admitindo um ponto em comum entre a tese de conexão necessária ou contingente não pode ser conceituada como um jusnaturalismo justamente pelo fato de se opor frontalmente ao mesmo. A religião é uma parte da Cultura, não é possível negar o pertencimento dela na história e sua contribuição para o desenvolvimento da humanidade. Porém, o que o Culturalismo nega é a interferência de uma vontade divina na construção, formação e aplicação do Direito. Assumir que a religião faz parte da Cultura explica o porquê de existirem diversas religiões e as diferenças entre elas também se justificam pelo mesmo argumento. De modo que a tese do jusnaturalismo clássico seria rebatida pelo argumento da falácia do naturalismo e da impossibilidade de comprovação da existência deste ser metafísico superior, e o jusnaturalismo revigorado seria contraditado pelo argumento etnográfico e antropológico em contraste com a universalidade dos bens humanos básicos e dos critérios de razoabilidade prática. Para o Culturalismo, portanto, as leituras modernas do jusnaturalismo seriam uma ficção insustentável.

b2) Os efeitos da “Consciência Culturalista” no sentido objetivo e subjetivo de Direitos Humanos:

Os Direitos Humanos podem ser compreendidos, objetivamente, enquanto direitos que são voltados para o ser humano enquanto tal. Essa perspectiva conceitual de Direitos Humanos pode ser contrastada com outras como, por exemplo, a histórica (por meio de uma evolução da defesa das liberdades), uma econômica (por meio do desenvolvimento de uma sociedade de capital e o jogo de interesses sociais), uma sistêmica (pela compreensão do sistema jurídico como um todo), uma naturalista (direito natural é sinônimo de direitos humanos), e, por fim, uma subjetiva. A caracterização subjetiva de Direitos Humanos está correlacionada ao que se entende por Dignidade da Pessoa Humana e, em grande monta, na contemporaneidade o sentido de dignidade é alocado pontualmente na teoria da autonomia kantiana. A tese de que o

limite da liberdade de um ser humano é a liberdade do outro reflete na necessidade de se pensar os Direitos Humanos a partir da dignidade como sinônimo de autonomia.

Como se pôde ver ao longo da Tese, o Culturalismo Jurídico é uma teoria do direito que pressupõe um fundamento filosófico Neokantista e, portanto, conhece do debate da autonomia e da liberdade. Tobias, inclusive defendia o liberalismo político, a abolição da escravatura, o direito de voto feminino, dentre outras coisas que o colocavam bem à frente de seu tempo. De todo modo, ele não se debruçou atentamente à Ética kantiana, ou as críticas que se seguiram. Isto não obsta o fato, porém, de que existem elementos no Culturalismo (tanto de Tobias quanto de Reale) que nos levam a crer que os Direitos Humanos, subjetivamente considerados, devem ser estudados sob o prisma da Cultura. Pelo mesmo argumento levantado no tópico anterior, o Culturalismo Jurídico poderia fornecer uma explicação subjetiva de Direitos Humanos culminando na consequência de aderir a um Relativismo Empírico, porém, epistemologicamente, uma Consciência Cultural Universal.

Se tomarmos como pressuposto as teses do Relativismo em matéria de Direitos Humanos grande parte delas assume que o sentido de universalidade na prática é empiricamente inexistente. Não existe uma universalidade na prática pois as condutas humanas são valoradas subjetivamente de acordo com sua posição geográfica, política, histórica, religiosa e, em última *ratio*, cultural. De fato, o fundamento do relativismo que chamamos de empírico é cultural. As diversas culturas do mundo estabelecem o modo pelo qual irão concretizar as diretrizes dos Direitos Humanos e o modo pelo qual vão organizar os seus sistemas jurídicos nacionais. Por isso questões como, a proibição da “farra do boi” no Brasil e a permanência das Touradas enquanto esporte tradicional na Espanha são temas recorrentes no debate dos Direitos Humanos contemporaneamente. Porém, há de se ressaltar que o Culturalismo Jurídico, na parte em que se debruça na ontognoseologia confere premissas universais, ou, universalizáveis para o conhecimento humano.

O *a priori cultural* consiste na compreensão de que na base do relativismo empírico existe uma universalidade epistêmica (ontognoseológica) e que toda a possibilidade de conhecimento cultural é universalmente concebida através desta forma de conhecimento apriorístico. Seja no Irã, Afeganistão, Alemanha, França, Portugal ou Brasil, o sentido de pertencimento à cultura e a história é um argumento compartilhado. Não se pode dizer que exista um ser humano que não pertença a nenhum contexto cultural, pois todos estamos integrados a uma Tradição. É neste sentido que o

Culturalismo pode fornecer uma resposta para questão do debate Relativismo x Universalismo dos Direitos Humanos. Na prática, num sentido subjetivo os Direitos Humanos são empiricamente relativos. Na teoria, num sentido subjetivo, também, os Direitos Humanos são ontognoseologicamente universais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. (org.). **Continuidade e Originalidade no Pensamento Jurídico Brasileiro: análises retóricas**. Editora CRV. Curitiba – Brasil. 2015.

_____. (org.). **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: UFPE, 1996.

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

_____. **Filosofia do Direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Ed. Malheiros. São Paulo – SP. 2008.

_____. **O Conceito e Validade do Direito**. Org. Ernesto Garzón Valdés, Hartmut Kleimt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Revisão da tradução por Karina Jannini. Editora Martins Fontes. São Paulo – SP. 2011.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2011.

_____. *Human Dignity and Proportionality Analysis*. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joçaba. V. 16, n. 3. p. 83-96. Edição Especial. 2015.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Textos adicionais e notas Edson Bini. 2ª Ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

AUBENQUE, Pierre. **La Prudencia en Aristóteles**. Traducción castellana de Maria José Torres Gómez-Pallete. Ed. Crítica. Grijalbo Monadori, S. A., Aragón, Barcelona. 1999.

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.

AUSTIN, John. **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**, 2 vols., 5 ed., Londres. 1861.

BARRETO, Luis Antônio. **Tobias Barreto (1839-1889) – Biografia e Estudos Críticos**. Centro de documentação do pensamento brasileiro. Disponível em: <http://www.cdpb.org.br/tobias_barreto.pdf> Acesso em 01.04.2014.

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

_____. A Escola dos Annales e a crítica ao Historicismo e ao Positivismo. **Revista Territórios e Fronteiras**. V.3. N.1. – Jan/Jun. 2010.

BAVARESCO, Agemir; RAMALHO, Júlia Sebba; HELFER, Inácio (Org.). **Enciclopédia de Hegel 1817 – 2017: duzentos anos de lógica – natureza – espírito [recurso eletrônico]**. Porto Alegre, Editora Fi. 2017.

BEVILAQUA, Clóvis. **Juristas e Filósofos**. Salvador: Fonseca Magalhães, 1888.

_____. **Esboços e Fragmentos**. Com prefácio de Araripe Júnior. Rio de Janeiro. Laemmert & C. 1899.

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.

BRITO, Rosa Mendonça de. **O Neokantismo no Brasil**. Manaus, Editora da Universidade do Amazonas. 1997.

CAMPILONGO, Celso. **Governo representativo versus governo de juízes**. A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico. Belém: UFPA. 1998.

CAMPILONGO, Celso; FARIA, José Eduardo. **A Sociologia jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

CAPONI, Gustavo. Herbert Spencer: entre Darwin y Cuvier. *Scientle Studia*, São Paulo, v. 12, n. 1, pg. 45-71, 2014.

CARVALHO, José Maurício. **Antologia do Culturalismo brasileiro: um século de filosofia**. Londrina. Editora da UEL. 1998.

_____. **Antologia do Culturalismo brasileiro: um século de filosofia. Parte II – Textos (Complementação)**. Londrina. Editora da UEL. 1998.

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**. (...).

DABIN, Jean. *La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine [article]* [Revue Philosophique de Louvain](#). Année 1928. 20 pp. 418-461

DIAS, Geraldo. Entre renovadores e reacionários: a recepção estética e política da obra de Nietzsche na imprensa brasileira no período de 1893 a 1945. **Cadernos de Nietzsche**. São Paulo, v. 36. N. 1. P. 85-102, 2015.

DIB TAXI, Ricardo Araújo. **A Perda da Prudência no Pensamento Jurídico Moderno**. Rio de Janeiro – Lumen Juris. 2018.

DURAN, Maria Renata da Cruz. **Ecletismo e retórica na filosofia brasileira: de Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) ao frei Francisco do Mont Alverne (1748-1858)**. Almanack. Guarulhos, n.09, p. 115-135, abril de 2015.

DUSSEL, Enrique. **1492. El encubrimiento Del otro: Hacia el origen Del mito de la modernidad**. Madrid, Nueva Utopía, 1992.

_____. *Filosofía de la Liberación*. Ediciones la Aurora, Buenos Aires-Argentina, 1990

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England. 1978.

_____. **Law's Empire**. Harvard University Press. Cambridge. Massachusetts. London, England. 1986.

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. pg. 811 à 824.

FRANCO, Sandra Pires. **O ideário Gonzaguiano na obra Tratado de Direito Natural**. Tese apresentada ao curso de Pós-Graduação em Letras, da Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meuer; nova revisão da tradução por Ênio Paulo Gianchini. 15ª Edição. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2015.

_____. **Verdade e Método II – Complementos e Índice**. Tradução de Ênio Paulo Gianchini; revisão da tradução Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Editora Vozes. Petrópolis – RJ. 2002.

_____. **O Problema da Consciência Histórica**. 2ª Ed. Tradução Paulo César Duque Estrada. Editora FGV. Rio de Janeiro – RJ. 2003.

_____. **A Razão na Época da Ciência**. Trad. De A. Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GOMES, Sonia. **Surto de novas ideias: década de 1868 – 1878: Aspectos Fundamentais**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Filosofia da Universidade Gama Filho. Rio de Janeiro- RJ. 1986.

GRINBERG, Keila. **Interpretação e Direito Natural – Análise do Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga**. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/rhr/article/view/2025>> Acesso em: 10 out. 2016.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

_____. **Gadamer and Bultmann**. Published in J. POKORNY and J. ROSKOVEC (dir.), *Philosophical Hermeneutics and Biblical Exegesis*, Tübingen : Mohr Siebeck, *Wissenschaftliche Untersuchungen zum Neuen Testament*, 2002, 121-143. Disponível em: <https://www.academia.edu/12295132/Gadamer_and_Bultmann>

HART, Herbert. **O Conceito do Direito**. Ed. Pós-escrito e organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Revisão de tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. Ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo – Parte I**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

_____. **Ser e Tempo – Parte II**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13º Ed. Editora Vozes. Universidade de São Francisco. 2005.

_____. **Os Conceitos Fundamentais da Metafísica: Mundo-Finitude-Solidão**. 2ª Ed. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2015.

HESPANHA, António Manuel. **A História do Direito na História Social**. Lisboa: Livraria Horizonte, 1978.

_____. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Coimbra: Livraria Almedina, 2015.

_____. **História das Instituições: Épocas medieval e moderna**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

HIMMA, Kenneth. **Inclusive Legal Positivism**. Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law. Oxford University Press. 2002.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. **Clóvis Bevilacqua: um contexto, uma história**. Revista Pensar: R. C. Direito Unifor. Fortaleza. V. 6. N. 6. P. 23-32. Fev. 2001.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. Tradução Claudio Carina. Revisão técnica Luísa Valentini. Companhia das Letras. São Paulo – SP. 2013.

HORA, Graziella Bacchi. **Fragmentação Erística na Escola do Recife: uma leitura retórica da filosofia de Tobias Barreto**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife. Recife. 2010.

_____. Tobias Barreto e a crítica moderada ao positivismo. **Revista Caderno de Relações Internacionais**. Vol 4. N. 7. Jul-dez. 2013.

IHERING, Rudolf Von. **A Evolução do Direito**. Vertido da tradução Francesa de O. de Meulenare. Lisboa. José Bastos Editores. 1963.

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.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução e Notas de Tradução de Fernando Costa Mattos 4ª Ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista, SP: Editora Universitária de São Francisco. 2015.

KELSEN, Hans. **A Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 7ª ed. Martins Fontes. São Paulo – SP. 2006.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3º Edição, Segunda Tiragem. Editora Martin Fontes. São Paulo – SP. 2000.

LESSA, Bárbara Alencar Ferreira. **O Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga: Uma Análise Histórica do Conceito de Direito Natural**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=297fa7777981f402>> Acesso em: 10 out. 2016.

LIMA, Hermes. **Tobias Barreto: a época e o homem**. Companhia Editora Nacional. São Paulo-Sp. 1939.

LIMA, Newton de Oliveira. A Teoria Filosófica do Direito de Hans Kelsen e seus contornos de Legitimidade. **Aufklärung**. João Pessoa, v.3. n.2. Jul-dez. p. 73-82. 2016.

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.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito. Volume I**. Estudos Alemães. Série Coordenada por: Eduardo Portela, Emmanuel Carneiro Leão e Vamireh Chacon. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro. Edições Tempo Brasileiro. 1983.

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%20003%20abril%202017%20Paulo%20Weyl%20ufpa%20ppgd.pdf>> Acesso em: 15.06.2018.

_____. **A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo**. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. Clóvis Bevilacqua e a Escola do Recife. **RIDB**, Ano 2. N. 8. Pg. 8349-8368. 2013.

MATOS, Saulo Martinho Monteiro de e; PINHEIRO, Victor Sales. Por um conceito hermenêutico de direito: delimitação histórica do termo “hermenêutica” e sua pertinência ao Direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**. Belo Horizonte, ano 14, n. 20, p. 169-194, jul-dez. 2016.

MATOS, Saulo Martinho Monteiro de. Conceito de Direito na Filosofia Moral Gadameriana. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. 4(1):90-101. Unisinos. Janeiro-Junho. 2012.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **Autopoiese e Cognição**. Tradução Alessandra Stragapede. Venezia: Marsilio Editori, 1985.

MCINERNY, Ralf. Foreword to the English Version. In: DI BLASI, Fulvio. **God and the Natural Law; a rereading of Thomas Aquinas**. South Bend: St. Augustine Press, 2006.

MEIRA, Augusto. **Discursos Parlamentares**. Seleção, introdução e comentários de Silvío Meira. Brasília: Câmara dos Deputados Federais. 1993.

MENDONÇA, Carlos Sussekind. **Silvío Romero: sua formação intelectual**. 1851-1880. Companhia Editora Nacional. São Paulo – SP. 1938.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Ensaio e Estudos de Philosophia e Crítica por Tobias Barreto de Menezes**. 2ª Edição correcta e aumentada. Editor José Nogueira de Souza. Pernambuco – PE. 1889. Disponível em: <www.dominiopublico.com.br> Acesso em: 01.04.2014.

_____. **Estudos de Direito**. Prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Ed. Fac. Similar. Brasília – Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

_____. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Prefácio de Luiz Carlos Fontes de Alencar . Ed. Fac Similar. Brasília – Senado Federal, Conselho Editorial. 2003.

_____. **Estudos Alemães**. Primeira Série. Typographia Central. Recife. 1883. Disponível em <www.dominiopublico.com.br> Acesso em 01.04.2014.

_____. **Estudos de Filosofia**. Parte I e II. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. **Questões Vigentes: Obras Completas**. Decreto n. 803, de 20 de Abril de 1923, do Governo do Estado de Sergipe. Empresa Gráfica Editora de São Paulo. 1926.

_____. Dissertação de concurso (1882). In. MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. Notas á lápis sobre a evolução emocional e mental do homem (1884). MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. Relatividade de todo conhecimento (1885). MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações anti-sociológicas (1887). MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. Recordações de Kant (1887) MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. A irreligião do futuro (1888). MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. Introdução ao estudo do direito (1887/1888). MENEZES, Tobias Barreto de. **Estudos de Filosofia**. Parte III. Introdução de Paulo Mercadante e Antônio Paim. Em convênio com o Instituto Nacional do Livro – Ministério da Educação e Cultura. 2ª Edição. Editorial Grijalbo. Recife. 1977.

_____. A Ideia do Direito (1883). In **Estudos de Direito**. Prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Ed. Fac. Similar. Brasília – Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

_____. Uma Nova Intuição do Direito (1881). In **Estudos de Direito**. Prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Ed. Fac. Similar. Brasília – Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

MICADEI, Kaonan (e outros). *Reversing the direction of heat flow using quantum correlations*. arXiv:1711.03323v2 [quant-ph] 5 Jun 2019.

MOURA, Odilão. A Doutrina do Direito Natural em Tomás de Aquino. **Revista Jurisp. Mineira**. Belo Horizonte, ^a 55, n. 169, p. 21-41, abril/junho. 2004. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/644/1/D2v1682004.pdf>> Acesso em: 10 out. 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.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado Democrático de Direito além de Luhmanne Habermas**. Marcelo Neves; [tradução do autor], - São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NUNES, Benedito. **Passagem para o Poético: Filosofia e Poesia em Heidegger**. São Paulo. Edições Loyola. 2011.

PEREIRA, Janaina Braga Norte. **O fenômeno da positivação do culturalismo no ordenamento jurídico brasileiro**. Congresso Nacional do CONPEDI. 1ªed.Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, v. 504, p. 31-.

POST, Albert Hermann. **Ethnological Jurisprudence**. Source: The Monist, October, 1891, Vol 2. N. 1 pg. 31-40. Published by Oxford University Press. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/27896912.pdf> Acesso em 15.02.2019.

OLIVEIRA, André Renato de. **O sentido íntimo: uma apresentação da filosofia de Maine de Biran**. Periagoge. UCB. V1. N1. 2018.

PAIM, Antônio e MERCADANTE, Paulo. Apresentação e Introdução. In. MENEZES, Tobias Barreto. **Estudos de Filosofia**. 2ª Ed. Editorial Grijalbo. 1974.

PAIM, Antônio. **Os Intérpretes da Filosofia Brasileira – Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil**. Volume I. 3ª Ed. Editora UEL. Londrina. 1999.

_____. **A Escola do Recife: Estudos Complementares à História das Ideias Filosóficas no Brasil**. Vol. V. Editora UEL. Londrina – PR. 1997.

_____. **Formação da Escola Eclética**. Vol. 1. Ed. 1. Brasília. 2012.

_____. **Problemática do Culturalismo**. 2ª Ed. Cefil Reproduções. Porto Alegre-RS. 1995.

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.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Uma Revisão sobre o Culturalismo Jurídico brasileiro – Confluências entre Tobias Barreto de Menezes e Miguel Reale. **Argumenta Journal of Law**. V.1. p. 287-311. 2018.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo; COSTA, Paulo Sérgio Weyl Albuquerque. Entre adesão parcial e crítica ao Positivismo Jurídico – a Teoria e a Filosofia em Tobias Barreto de Menezes. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. V. A, p. 71-96. 2019.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo. Uma historiografia crítica do jusnaturalismo no Brasil – Um ensaio preliminar. **EM TEMPO DE HISTÓRIAS**, v. 31, p. 45-64, 2017.

_____. **Direito em Perspectiva**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2017. v. 1. 170p .

_____. **O Conceito de Constituição - Dimensões na Experiência Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. v. 1. 228p .

PAULSON, Stanley. **The Very Idea of Legal Positivism**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte. n. 102. pp. 139-165. Jan/Jul. 2011.

PISCIOTTA, Renato Matsui. **O direito e a ideia de evolução - Reflexões sobre obra de Rudolph Von Ihering**. In: 13º Seminário Nacional de História da Ciência e Tecnologia, 2012, São Paulo: USP, 2012. Disponível em: http://www.13snhct.sbhct.org.br/resources/anais/10/1345063861_ARQUIVO_13snhc-ihering.pdf . Acesso em: 03 ago. 2019.

POUSADA, Estevam Lo Re. **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.

RAWLS, Jhon. **A Theory of Justice**. Original Edition. Reprinted. The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London, England. 1971.

REALE, Miguel. (1948). A doutrina de Kant no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 43, 113-145. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66090>

_____. A doutrina de Kant no Brasil (Parte II). **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 43, 113-145. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66090>

_____. **Nova Fase do Direito Moderno**. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 1998.

_____. **Filosofia e Teoria Política – Ensaio**. 1ª Edição, 3º Tiragem. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2003.

_____. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

_____. **O Direito como Experiência**. 2ª Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 1992.

_____. **Cinco temas do Culturalismo Jurídico**. São Paulo: Saraiva. 2015.

_____. **Introdução à Filosofia**. 4ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. **Verdade e Conjetura**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2001.

_____. **Experiência e Cultura: para a fundação de uma Teoria Geral da Experiência**. 2ª Ed. Revisada. Campina: Bookseller. 2000.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª Ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva. 2010.

REZENDE, Maria José. Teorias da Mudança Social: as perspectivas lineares e as críticas. *Revista de Ciências Humanas*. Florianópolis: **EDUFSC**, n. 32, p. 349-378, outubro de 2012.

ROMERO, Sylvio. **Philosophia no Brasil: apontamentos para História da Literatura brasileira no século XIX. Ensaio Crítico.** Tipografia da Deutsche Zeitung. Porto Alegre – SC. 1878.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das Ideias Políticas no Brasil.** Editora do Senado Federal Brasília – DF. 2001.

SANTOS, Evandra Alves dos; LIMA, Jociene Santos; AMORIM, Nadir Araújo; SANTOS, Maria Cristina Santana dos. **TOBIAS BARRETO: UMA LEITURA POÉTICA EM TEMPOS DE GUERRA.** Disponível em: <http://openrit.grupotiradentes.com:8080/xmlui/handle/set/2241> Acesso em: 05 Ago 2019.

SANTOS, Gustavo dos. **Academia de direitos de São Paulo: cultura jurídica e política na formação dos bacharéis (1850-1870);** orientação [de] Prof^a. Dr^a. Ilka Miglio de Mesquita – Aracaju: UNIT, 2015.

SCHOTT, Rüdiger. *The influence of Jurists on German Ethnological Jurisprudence.* In. RENTELN, Alison Dundes; DUNDES, Alan. *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex non scripta: Volume I. The University of Wisconsin Press. 114 North Murray Street, Madison, Wisconsin.* 1994.

SCHULZ, Almiro. Max Scheler: educar é humanizar. **Espaço Pedagógico.** V. 24. N. 3. Passo Fundo, p. 552-564. Set/dez. 2017.

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.

_____. 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, Jessé. **A Elite do Atraso: da escravidão à Bolsonaro.** 2. Ed. Saraiva. São Paulo – SP. 2019.

TAPARELLI, Luigi. **Saggio Teoretico di Dritto Naturale.** 1855. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=FAEZQYulfZkC&hl=pt&pg=GBS.PA1>

TOMÉ, Julio. O Positivismo no Leviatã de Hobbes. **Revista Enciclopédia**. Pelotas, Vol. 04, pg. 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.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007

WEBER, Tadeu. Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista. **Quaestio Juris**. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, pg. 1568-1581, 2015.

WEYL A. COSTA, Paulo Sérgio. **Autonomia e norma jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WHISTLER, Daniel. *The Official Journal of the North American Schelling Society Volume 1 (2018)*. The Eclectic System in Cousin and Schelling.

WOLFF, Robert Paul. *The Parable of the butcher and the analytic philosopher*. Disponível em: <<http://robertpaulwolff.blogspot.com.br/2015/03/the-parable-of-butcher-and-analytic.html>> Acesso em 15 Jun. 2017.

_____. *Reading the Critique Part one: A preface to my readers*. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/BIRKTO-4> Acesso em.15 Jun. 2017.