

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO,
DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

T314

Teorias da justiça, do direito, da decisão, da argumentação e do realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line]
organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Paulo Roberto Barbosa Ramos – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-457-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teorias da justiça. 3. Realismo jurídico. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIAS DA JUSTIÇA, DO DIREITO, DA DECISÃO, DA ARGUMENTAÇÃO E DO REALISMO JURIDICO

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI -, tem proporcionado a disseminação de pesquisas, enriquecendo o conhecimento em variadas áreas dos saberes. A sua abrangência nacional e internacional alcança inúmeros territórios e culturas, enriquecendo o âmbito da Ciência Jurídica e sua interface com as demais Ciências Humanas e Sociais.

O Grupo de Trabalho “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico”, formado no V Encontro Virtual do CONPEDI, o qual se realizou totalmente on-line, em razão do cumprimento das medidas de distanciamento social decorrentes da pandemia de Covid 19 (Sars-Cov2), ocorreu no dia 17 de junho de 2022.

Todos os textos produzidos em forma de artigos científicos, apresentados por seus respectivos autores e coautores, justificam a atualidade e relevância dos Encontros do CONPEDI e dos Grupos de Trabalhos formados - enquanto espaço de reflexões e debates que divulgam temas jurídicos e sua relação com as dinâmicas sociais, políticas, ambientais e culturais contemporâneas.

As exposições realizadas no “GT Teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico” também propiciaram visões transdisciplinares ao desafiar ricas reflexões envolventes das teorias da Justiça, do Direito, da Decisão, da Argumentação e do Realismo Jurídico, numa trajetória de construção do saber jurídico contemporâneo.

As abordagens epistemológicas trazidas pelos pesquisadores expositores, ao renovarem as reflexões, favorecendo reinterpretções de teorias científicas e temáticas conflitantes, regionais e globais, desafiaram doutrinas e teorias clássicas e contemporâneas, entre outras as de John Rawls, Tommas Hobbes, Paul Ricoeur, John Locke, Miguel Reale e outros juristas de nomeada.

Nesse sentido, com satisfação, os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecerem e desfrutarem do teor integral dos artigos aqui agrupados, desejando a todos uma profícua leitura, ao mesmo tempo em que agradecem a honra e a alegria de terem coordenado as

reflexões e os debates promovidos pelos pesquisadores, todos extremamente qualificados e conhecedores dos temas trazidos às exposições.

17 de junho de 2022.

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

Prof. Dr. José Alcebíades Oliveira Junior – Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões (URI)

**POSITIVISMO JURÍDICO EM HOBBS, HISTORICISMO ALEMÃO E
FORMALISMO JURÍDICO FRANCÊS: TRÊS BASES PARA COMPREENSÃO DA
ESTRUTURA DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO.**

**HOBBS'S LEGAL POSITIVISM, GERMAN HISTORICISM AND FRENCH
LEGAL FORMALISM: THREE BASES TO UNDERSTAND THE STRUCTURE OF
MODERN LEGAL THINKING.**

**Alberto de Moraes Papaléo Paes ¹
Aleph Hassan Costa Amin ²**

Resumo

O Presente artigo visa fornecer uma base conceitual geral para compreender o que é: a) Positivismo Jurídico em Thomas Hobbes; b) Historicismo Alemão e; c) Formalismo Jurídico Francês. A partir das leituras de Morrison (2006), Martins (2016) e Bobbio (1995), propõe-se o estabelecimento de uma estrutura racional que fundamenta o debate jurídico e o pensamento moderno, tendo influenciado a formação do pensamento português e sido recepcionado pelo Brasil.

Palavras-chave: Positivismo jurídico, Historicismo alemão, Formalismo jurídico, Teoria do direito, Modernidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to provide a general conceptual basis to understand what is: a) Legal Positivism in Thomas Hobbes; b) German Historicism and; c) French Legal Formalism. Based on the readings of Morrison (2006), Martins (2016) and Bobbio (1995), we propose the establishment of a rational structure that underlies the legal debate and modern thought, having influenced the formation of Portuguese thought and been welcomed by the Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal positivism, German historicism, Legal formalism, Jurisprudence, Modernity

¹ Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal (UFPA), Professor Universitário (UNAMA-UNINASSAU), Pesquisador vinculado ao GPHC (UNAMA-PPGDF).

² Doutor em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Professor Universitário da UNIFAMAZ, ESAMAZ e Professor Substituto do ICJ - UFPA.

1. Introdução.

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

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

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

A presente pesquisa pretende lançar uma luz sobre este mal entendido e demonstrar que não existe uma visão única, exclusiva, do Positivismo Jurídico, existe na verdade Positivismos Jurídicos. Apesar destas várias orientações uma delas é a que acaba sendo recepcionada pelo Brasil através da Tradição Portuguesa. Nosso objetivo central é fornecer os indícios basilares através da Teoria Estatal de Hobbes, do Historicismo Alemão e do Formalismo Jurídico Francês a fim de substanciar uma trilha, um caminho seguro, que fez com que a cultura jurídica portuguesa pudesse, constituir

uma tradição jurídica. Por conta da limitação que um artigo apresenta, opta-se, por um corte metodológico mais preciso apontando que trata-se de uma pesquisa que pretende apresentar conceitos gerais acerca destas três categorias jurídicas como elementos fundamentais da concepção moderna do pensamento jurídico.

2. Hobbes e a Teoria Estatal.

Delimitar e alocar historicamente o que pode ser compreendido enquanto Positivismo Jurídico é o ponto de partida. Vale a pena lembrar a alegação de Dib Taxi (2018, p. 103) 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”, entretanto, para o autor, Hobbes pode ser, indiscutivelmente, o ponto de partida do debate sobre o que vem a ser o Positivismo Jurídico. A respeito deste tema, acerca diferença entre o positivismo em sentido filosófico e o positivismo jurídico¹ argumenta-se que, apesar de uma grande confusão entre estes 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, p. 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, p. 88) estabelece uma relação mais anterior com a tentativa de infringir uma concepção religiosa do Direito Natural a partir de Maquiavel. Para Morrison (2006, p. 88-9) 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. 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.

¹ A distinção foi usada 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.

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-tomista².

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

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” (MORRISON, 2006, p. 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

² 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” (p. 90).

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, 93-4), 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.

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, p. 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, p. 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, p. 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 descartiano³ se torna a segunda grande metodologia a favor do argumento hobbesiano (MORRISON, 2006, p. 96).

Morrison (2006, p. 97) segue argumentando que este posicionamento se torna contrastante com a ideia de dependência que era inexorável à experiência do misticismo e do sagrado. 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

³ 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 Teísmo na filosofia, a explicação de que a razão humana pode ser estruturada em categorias que não decorrem necessariamente de Deus ou todas logicamente de Deus.

como uma coisa orgânica dependente da orientação e vontade de Deus⁴. 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 Jó⁵, 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, p. 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, p. 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

⁴ Morrisson (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” (p. 97-8).

⁵ 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, p. 99)

Morrison (2006, p. 103) 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. 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, p. 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, p. 106-7) 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. 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, p. 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 humano⁶. 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

⁶ 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, p. 109-11).

social (MORRISON, 2006, p. 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, p. 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 (MORRISON, 2006, p. 113). É por essa distinção que muitos naturalistas relutam em caracteriza-lo como um positivista⁷, e alguns positivistas o caracterizam como um protopositivista⁸. A respeito das leis positivas humanas, estas podem ser de duas ordens diferentes: a) as leis distributivas e; b) as leis penais. Enquanto as primeiras dizem respeito aos direitos relativos a todos os súditos, as segundas corporificam as penalidades que serão atribuídas àqueles que violarem as leis, desse modo, vinculando sua aplicação à interpretação do aplicador⁹.

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, p. 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

⁷ 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” (p. 1568).

⁸ 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 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”. (p. 143).

⁹ 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” (p. 113).

punição de súditos inocentes vai contra a lei natural, por exemplo). Em sede de uma conclusão preliminar desta análise, é possível sintetizar:

“O triângulo pode ser assim descrito: (i) o cosmo é agora um mundo de objetos representados; (ii) a verdade é o ponto organizador, mas não pode ser assegurada por algum ponto fora da caverna que não seja um vaio significante 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, p. 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 (2016), para quem, apesar de conceber que o nominalismo de Ockham¹⁰ teria tido um peso filosófico de maior monta para influenciar as orientações hobbesianas¹¹ (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 (MARTINS, 2016, p. 124).

Ainda neste sentido, Martins (2016, p. 131) 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”. Bobbio (1995, p. 45) 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. Trata-se, aqui, exatamente da orientação proposta por Martins (2016) acima, pois os mitos da

¹⁰ 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 explica-las. Pode-se citar a redução da complexidade do entendimento à linguagem, ou, a redução do universo metafísico à experiência.

¹¹ 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 (p. 234).

filosofia naturalista eram pautados no racionalismo e o que a Escola Histórica do Direito irá propor é um argumento anti-racionalista (BOBBIO, 1995, p. 45).

3. O Historicismo Alemão.

Martins (2016, p. 134) 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. Além do mais, de acordo com Martins (2016, p. 134) 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. Em conclusão, para esse pensamento historicista de Herder, não haveria categorias amplamente universais (como “felicidade geral” ou “virtude”), pois elas dependem de uma interpretação consciente do pertencimento á sua temporalidade¹².

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, p. 135) no que tange do pensamento de Herder que diz respeito á tomada de consciência da finitude humana por parte do historiador. 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, p. 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-

¹² 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. Concluimos, então, que Herder foi um crítico da perspectiva eurocêntrica iluminista, ao ‘descobrir’ que não apenas temporalmente, mas também espacialmente, poder-se-ia ver as singularidades dos povos” (p. 135).

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” (MARTINS, 2016, p. 136).

Outro argumento muito importante levantado por Martins (2016, p. 137) se dá por conta da colocação temporal da Escola Histórica do Direito em relação ao criticismo kantiano. 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, p. 137). O legado desta influência kantiana no pensamento historicista é compreendido por Martins (2016, p. 137) a partir de duas consequências, quais sejam: “1) o Direito é diferente de uma Ética abstrata e universalista¹³; 2) que, também, a Ciência do Direito é autônoma em relação ao Direito Positivo¹⁴”.

O italiano Bobbio (1995, p. 48-51), 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. 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, p.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, p. 49).

¹³ Nesse sentido veja-se: “A primeira consequência (1) representa o reflexo da presença, no Historicismo jurídico, da distinção feita por Kant em sua *Doutrina do direito*, texto que está contido na *Metafísica dos costumes*, entre Ética e Direito. Para Kant, a Ética é o conjunto de leis que faz de uma ação um dever, sendo que o motivo o qual fundamenta esta ação, tem de ser o próprio ‘dever’. Na *Doutrina do direito*, Kant entendia que o Direito é um conjunto de leis que faz da ação também um dever, mas que o seu motivo fundamentador jamais seria o próprio ‘dever’, porque, em questões jurídicas, o motivo da ação pautada em uma lei jurídica deverá ser um ‘motivo externo’” (MARTINS, 2016, p. 137).

¹⁴ 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, p. 137).

Ainda, o chamado pessimismo antropológico¹⁵ 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, p. 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, p. 50). Por fim, ao olhar para trás, o historicista acaba por determinar a existência de determinadas instituições e costumes sociais que compõem parte da tradição de um povo, em matéria de compreensão do fenômeno jurídico vale mencionar a frase: vale aquilo que é formado no curso da história (BOBBIO, 1995, p. 51).

Bobbio (1995, p. 51) 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. 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”¹⁶ (BOBBIO, 1995, p. 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

¹⁵ 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.

¹⁶ 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” (p. 139).

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.

4. O Formalismo Jurídico Francês.

Grande parte do argumento racionalista, do Iluminismo, poderia, também, ser encontrado dentro do pensamento Francês através da ideia de codificação¹⁷. O que para Bobbio (1995, p. 64) 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. 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, p. 64). É a partir daí que se constituiu uma ciência legislativa em oposição ao direito fenomênico da tomada de consciência histórica, além do que o direito real precisaria ser fundado na natureza das coisas conhecíveis através da Razão (BOBBIO, 1995, p. 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, p. 68). Cambacérès¹⁸, por oportuno, apresenta por três vezes um

¹⁷ De acordo com o 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 sentimentos, dos olhares, do silêncio, do sofrimento, da vivência dos povos originários e dos escravizados.

¹⁸ Jean-Jacques Régis de Cambacérès foi um político francês que deteve vários postos de elevado prestígio político, porém, depois de ser nomeado arquichanceler do Império Francês ficou encarregado de propor uma reunião das leis civis do Estado, ou seja, ele é um dos autores do Código Civil Francês.

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, p. 68-71).

De toda sorte, foi Portalis¹⁹ 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, p. 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, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo” (BOBBIO, 1995, p. 72)²⁰. 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, p. 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, p. 40).

¹⁹ Jean-Étienne-Marie Portalis, tal qual Cambacérés 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 adeptos, tendo sido a orientação preponderante no projeto final do Código.

²⁰ 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, p. 72).

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” (FONSECA, 2010, p. 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, p. 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 alemã (FONSECA, 2010, p. 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, p. 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. Há de se destacar, por oportuno, que esta tradição Formalista reivindicou a bandeira do Legalismo Exegético que pretendeu impedir que o Juiz interpretasse o direito como uma atividade criativa (por meio de algum tipo de ativismo judicial, como veio a ser compreendido hodiernamente). Há, desse modo, uma contribuição para o esvaziamento da empresa hermenêutica dentro do direito e uma clara inclinação para a compreensão de que interpretação do direito é, necessariamente, aplicação das leis.

5. Conclusões.

O Objetivo central desta pesquisa era o de estabelecer as bases conceituais do Positivismo a partir da Teoria Estatal de Hobbes, do Historicismo e do Formalismo Jurídico. 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 é possível perceber já todo um desenvolvimento do Positivismo, do Historicismo e um Formalismo Jurídico. É de se assustar que, muito por conta disso, as influências doutrinárias e legais, no Brasil, são sempre mediadas por algum comentador de todo este debate.

Por isso é importante frisar que é possível dividir a recepção dessas influências europeias em dois momentos distintos: a) o primeiro, pensando numa imposição direta da cultura jurídica portuguesa para formação do direito e da cultura brasileira (desde a chegada da Coroa até a criação das primeiras faculdades) e; b) o segundo, pensando numa interpretação dos doutrinadores estrangeiros através dos acadêmicos brasileiros.

Se for possível, neste momento, usar de alguma metáfora, é como se se estivesse diante das primeiras experiências do ser consciente de si. A criança sendo apresentada para as referências externas, o mundo exterior e criando vínculos com ele, laços, juízos valorativos. Quando aquela criança atingir certa maturidade começará a questionar tais laços iniciais e juízos. Somente a partir daí conseguirá construir sua identidade própria.

Se os pais lhe disseram o que era ruim, e que as pessoas não aceitariam determinados comportamentos, ao criticar essa ordem e buscar compreendê-la a partir de suas próprias experiências aquele ser pode construir sua identidade.

Como se está demonstrando preocupação com estes dois momentos (o da formação do contexto dos conhecimentos iniciais e o da crítica) pretende-se dar prosseguimento a pesquisa, noutro artigo, 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.

Somente assim nos será possível compreender a fundo a origem dos mitos e equívocos na autocompreensão ordinária do que é Positivismo no Brasil.

6. Referências Bibliográficas.

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

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

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

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

FACHINI NETO, Eugênio. *Code Civil Francês: Gênese e difusão de um modelo*. Revista de Informação Legislativa. Ano 50, número 198. Abril/Jun. 2013.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *O Código Civil Francês, origens e sistemas*. Revista dos Tribunais - Edições Especiais. Doutrinas Especiais do Direito Civil. Org.

Gilmar Mendes e Rui Stoco. Volume III. Princípios e Aspectos Gerais. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo-SP. 2010. p. 811 à 824.

JUSTO, Antônio. *A Influência do Direito Português na formação do Direito Brasileiro*. Palestra proferida em 26.08.2008. RevJurFA7, Fortaleza, v. V,1. P. 197-242. 2008.

LINS, Ivan. *História do Positivismo no Brasil*. Companhia Editora nacional. São Paulo-SP. 1926.

LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão de Tradução Silvana Cobucci Leite. Martins Fontes – São Paulo-SP. 2007.

MARTINS, Ricardo Evandro Santos. *A Ciência do Direito Como uma Ciência Humana: Hans Kelsen e a influência do neokantismo*. Porto Alegre – RS. Editora Fi. 2016.

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

PAES, Alberto de Moraes Papaléo; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de. *Uma Historiografia Crítica do Positivismo Jurídico: Ensaio Preliminar*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica da Forum. Vol. 21. P. 103-125. 2017.

POUSADA, Estevam Lo Re. *Preservação da Tradição Jurídica Luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das leis Cíveis*. Dissertação de Mestrado na área de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP. São Paulo – SP. 2006.

SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das Ideias Políticas no Brasil*. Editora do Senado Federal Brasília – DF. 2001.

SOUZA, Sylvio Capanema. *O Código Napoleão e a sua influência no Direito Brasileiro*. Revista da EMERJ. Vol 7. N. 26. 2004. P. 36 – 51.

TOMÉ, Julio. *O Positivismo no Leviatã de Hobbes*. Revista Enciclopédia. Pelotas, Vol. 04, p. 123-145. 2015.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *O Positivismo no Brasil*. Edições Câmara. Brasília – DF. 2018.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Tadeu. *Hobbes: Um positivista ou um jusnaturalista*. Quaestio Juris. Vol. 10, n.3, Rio de Janeiro, p. 1568-1581, 2015.