

**UNIVERSIDADE DE LISBOA – UL**  
**TESE DE MESTRADO EM DIREITO CIENTÍFICO**

**LILIANA SOARES MORAIS**  
**Nº MEC: 27220**

**A INFLUÊNCIA DA ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO**  
**NO**  
**PENSAMENTO FILOSÓFICO-JURÍDICO**  
**DE**  
**TOBIAS BARRETO**

**LILIANA SOARES MORAIS**

**Tese apresentada ao Universidade  
de Lisboa – UL como requisito para  
obtenção do grau de Mestre em Teoria  
Geral do Direito, sob orientação da  
Professora Doutora:  
Miriam Afonso Brigas**

**LISBOA**  
**20/06/2021**

## **AGRADECIMENTOS**

Ao concluir esta tese de mestrado, gostaria de agradecer a tantos quantos me auxiliaram durante a sua elaboração.

À minha orientadora Professora Dr.<sup>a</sup> Miriam Alfonso Brigas por ter me acompanhado na elaboração da tese, sempre atenta e prestativa.

Aos professores em geral, pela benevolência de me terem transmitido seus conhecimentos,

A Tobias Barreto por ter me ensinado que vale sempre a pena combater um bom combate a favor dos pobres, negros, mulheres e desfavorecidos do meu País.

À minha família, e em especial à Dr.<sup>a</sup> Otília Silvão Soares Morais, mãe, amiga e protetora, por todo amor, incentivo e apoio. E por fim ao Professor Doutor António Salgado, companheiro de muitos anos, que ao meu lado me incentivou a escrever este trabalho, e além disso, me deu as luzes da minha vida que são meus filhos queridos, Luíza e Gabriel.

## RESUMO

No seu início, o Direito foi concebido a partir da noção do Direito natural, e esse foi o pensamento vigente até ao princípio do século XIX. A visão teocêntrica do Direito Natural foi substituída na modernidade por uma visão jusnaturalista que procurou fundamentar o Direito no senso comum e na racionalidade, o que veio a originar, em França, o nascimento do juraracionalismo iluminista.

Na Alemanha, nos finais do século XVIII e princípios do século XIX, surgiu o Historicismo que se tornou aí preponderante enquanto pensamento jurídico. Esse movimento que girava em torno das ideias românticas inspirava-se na valorização da tradição, dos sentimentos, dos costumes dos povos, opondo-se ao racionalismo Iluminista que dominava o pensamento francês dessa altura, e que via na razão uma força impulsionadora e transformadora do mundo.

Do mesmo modo, à época dos grandes debates jurídicos e sociológicos sobre o Direito Brasileiro (Naturalidade vs Historicidade Evolutiva do Direito, no Brasil do século XIX) é possível constatar igualmente realçada, sobretudo através dos escritos e dos debates levados a cabo pela Escola do Recife e pela sua figura máxima Tobias Barreto, a relação do Direito com a valorização do direito espontâneo nascido do povo, dos seus costumes, da sua evolução em sociedade e da sua cultura.<sup>1</sup>

Fazendo parte deste movimento de valorização do passado, dos sentimentos e das singularidades históricas do tempo e do espaço, o pensamento historicista afirmava que a história carrega em si mesma um sentimento irracional e que este vai contra o sentido racional que lhe é atribuído pelo pensamento iluminista.

Para a Escola Histórica, o Direito não é um mero produto racional, mas antes, um produto histórico e espontâneo peculiar de cada povo. O pensamento historicista seria, assim, determinado pela presença imanente do que ficou conhecido com e a partir de Savigny como – *Volksgeist* - ou seja, a verdadeira manifestação da “espírito do povo”. O “Espírito do Povo” manifestar-se-ia através das particularidades culturais de uma nação, aproximando-se, por isso, a uma perceção ‘quase’ sociológica do Direito ao valorizar a espontaneidade e as tradições sociais de um povo, entendendo-se assim que as tradições oriundas da forma de viver de um povo na sociedade seriam a verdadeira fonte do Direito. A Escola Histórica do Direito descobria assim na historicidade do Direito, a historicidade do próprio povo.

---

<sup>1</sup> Tobias Barreto (1977:14) refere que: “A cultura em oposição à natureza é o processo geral da vida, apreciado, não segundo a relação de causa e efeito, mas segundo a de meio e fim. Ela é o desenvolvimento vital, pensando como alvo e até onde chegam os meios humanos, tratados também como alvos; é a vida mesma considerada no ponto de vista da finalidade, como a natureza é a vida considerada no ponto de vista da causalidade”. Como Tobias afirma (1991:48), “o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade.”

De igual modo, a Escola do Recife, especificamente com Tobias Barreto, procurou replicar esta visão de historicidade do Direito e apresenta, no conjunto dos seus escritos e posicionamentos historicistas e evolucionistas, uma visão que reclama a preponderância da cultura e da historicidade dos fatos humanos na dinâmica da evolução das sociedades, com especial atenção ao Direito e à Filosofia, colocando, desta forma, em perspectiva a formação de um sentimento nacional das estruturas sociais e administrativas, no final do Império. A imanência de um sentimento fortemente nacionalista, mas manifestamente anticolonialista, que vai surgindo através do movimento culturalista que pretendia dar sentido e resposta à complexidade histórica do Brasil daquele tempo, encontra uma manifestação clara e vigorosa no pensamento historicista e (r)evolucionário de Tobias Barreto.

**Palavras chaves:** Escola Histórica de Direito; Espírito do Povo; Codificação do Direito; Metodologia Jurídica; Tobias Barreto; Direito no Brasil; Alma do Povo; Culturalismo.

## ABSTRACT

At its birth, Law was conceived from the notion of natural law, and that had been the prevailing thought until the beginning of the 19th century. The theocentric view of Natural Law was replaced in modernity by a jusnaturalist view that sought to base Law on common sense and rationality, what came to originate, in France, the birth of Enlightenment jusrationalism.

In Germany, in the late eighteenth century and the beginning of the nineteenth century, Historicism emerged and became the predominant there as a legal thought. This movement that revolved around romantic ideas was inspired by the valorization of tradition, feelings, customs of peoples, opposed the Enlightenment rationalism that dominated French thought at that time and that saw reason as a driving and transforming force in the world.

Likewise, at the time of the great juridical and sociological debates on Brazilian Law (Naturality vs Evolutionary History of Law, in 19th century Brazil), it is possible to verify, through the writings and debates carried out by Escola do Recife and by its maximum figure Tobias Barreto, that also here the relationship between Law and the valorization of spontaneous law born of the people, their customs, their evolution in society and their culture is present and emphasized.<sup>2</sup>

As part of this movement valuating the past, the feelings and the historical oddities and heritage, the historicism claimed that history carried in itself an irrational feeling, and thus this movement was against the Enlightenment thought. For the Historical School, the law was not merely a rational product, but rather a historical and spontaneous peculiar product of each people, what became famous through Savigny's maxim as: the true manifestation of the "spirit of the people" (Volkgeist). The "Spirit of the People" would manifest itself through the cultural particularities of a nation, thus approaching a 'almost' sociological version of the Law by valuing the spontaneity and social traditions of the people. Therefore, the true source of the Law would become through the traditions arising from the way of life of a people in society. In this way, valuing the past, the historical feelings and singularities of time and space, the Historical School of Law thus discovered in the historicity of law, the historicity of the people themselves.

Similarly, the School of Recife, specifically with Tobias Barreto, seeks to replicate this view of the historicity of law and presents us with a set of historicist and evolutionist writings and positions, a view that demands the preponderance of culture and of the historicity of human facts in the dynamics of the evolution of societies, with special attention to law and philosophy, putting in perspective the formation of a national feeling of social and administrative structures, at the end of the Portuguese Empire in Brazil. The immanence of a strongly nationalist, but manifestly

---

<sup>2</sup> Tobias Barreto (1977: 14) states that: "*Culture in opposition to nature is the general process of life, appreciated, not according to the relationship of cause and effect, but according to that of means and ends. It is vital development, thinking as a target and as far as human resources go, also treated as targets; it is the very life considered from the point of view of purpose, as nature is the life considered from the point of view of causality*". As Tobias states (1991: 48), "*Law is not a child of heaven, it is, simply, a historical phenomenon, a cultural product of humanity.*"

anti-colonialist feeling, which is emerging through the cultural movement that intended to give meaning and response to the historical complexity of Brazil at that time, finds a clear and vigorous manifestation in the historicist and (r) evolutionary thinking of Tobias Barreto.

**Key words:** Historical School of Right; Volksgeist; General Theory of Law; Law Codification; Juridical Methodology; Tobias Barreto; Law in Brazil; Alma do Povo; Culturalism

# Índice Geral

Agradecimentos.....	02
Resumo.....	03
Abstract.....	05
Introdução Geral.....	08
1. Enquadramento histórico-jurídico dos territórios alemães – séc. XVIII e XIX.....	14
2. Fundamento filosófico do pensamento historicista.....	24
3. A Historicidade como base jurídica do Direito.....	33
3.1 A Escola Histórica do Direito: origens e auge.....	34
3.2 Direito como manifestação de uma consciência coletiva.....	36
3.3 Conceito de Direito no pensamento historicista.....	54
3.4 Debate sobre a codificação – Savigny vs Thibaut.....	60
3.5 Metodologia Jurídica – Friedrich Carl Von Savigny.....	75
Princípios Fundamentais da Interpretação Geral	
4. O Direito no Brasil-Colônia.....	85
4.1 Panorama histórico-político-jurídico do Direito no Brasil (sec. XVI a sec. XIX) .....	87
4.2 Tobias Barreto e a Valorização do Direito brasileiro.....	97
4.2.1 Tobias Barreto e a Escola do Recife.....	101
4.2.2 Tobias Barreto e o Culturalismo.....	106
5. Considerações Finais.....	123
Bibliografia.....	129

## Introdução Geral

O Direito, no seu nascimento, foi concebido a partir da noção do Direito natural. Este foi o pensamento vigente até ao princípio do século XIX. A visão teocêntrica do Direito Natural foi substituída na modernidade por uma visão jusnaturalista que procurou fundamentar o Direito no senso comum e na racionalidade. Em França, o jusracionalismo permitiu a luta contra a monarquia absolutista e que o Direito europeu se libertasse do Direito romano, já que defendia que a razão poderia descobrir por ela mesma o Direito natural.

Nos territórios alemães, porém, na ausência de uma revolução que levasse, como na França, a burguesia ao poder, a influência da cultura francesa encontrava resistência e o jusracionalismo iluminista defrontava-se com dois tipos de argumentação diferente: uma visão historicista do mundo, que por influência de Herder, colocava em questão o racionalismo iluminista; e um movimento de ideais românticos, *Sturm und Drang*,<sup>3</sup> que acabaria por desembocar mais tarde no Romantismo alemão. Estas duas resistências à cultura francesa, engrossariam as fileiras do movimento historicista, que surgiu na Alemanha, no fim do séc. XVIII, início do séc. XIX. Este movimento que girava em torno das ideias românticas e românicas, e que se inspirava na valorização da tradição, dos sentimentos, dos costumes e da sensibilidade dos povos, opunha-se ao pensamento Iluminista racional que imperava no pensamento francês dessa altura, o qual via na razão uma força impulsionadora e transformadora do mundo.

Do conjunto das diferentes tendências do movimento historicista surgiu, assim, entre os séculos XVIII e XIX na Alemanha, uma escola de Direito, cujos expoentes máximos foram Friedrich Savigny e Gustavo Hugo, responsáveis pelo desacreditar do Direito natural na Alemanha: a Escola Histórica do Direito. No

---

<sup>3</sup> *Sturm und Drang* (tempestade e ímpeto), movimento literário romântico alemão que ocorreu, na Alemanha, no período entre 1760 e 1780.



dizer de Barreto (2001:86), *“o grande mérito da escola histórica está em ter posto um dique a essa fantástica racional dos direitos absolutos e imutáveis, reduzindo o Direito em geral às proporções de uma coisa, que nasce, cresce e se desenvolve como qualquer produto da natureza”*.

A distinção entre os termos civilização e cultura, está hoje claramente estabelecida: atribui-se ao primeiro o conjunto das criações materiais, e ao segundo o conjunto das criações imateriais como: crenças, mitos, lendas, religiões, filosofias, sistemas jurídicos, enfim, todo o património de ideias de uma época ou de um povo. Nesta noção de cultura se insere não só o pensamento historicista, mas também o de Tobias Barreto, segundo o qual, e na sequência das ideias da Escola Histórica, o Direito deveria ser considerado *“como uma criação humana que se desenvolve com a civilização”*,<sup>4</sup> ao contrário do que pensavam os defensores do Direito natural que, consoante as escolas, ora defendiam a origem divina da sua essência, ora proclamavam o seu carácter racional, universal, necessário e absoluto, obtido unicamente através da inteligência humana iluminada. O Direito, segundo Tobias (2012), era visto como um fenómeno social, criado pela própria sociedade, para assegurar a sua vida e desenvolvimento:

*“No imenso mecanismo humano, o Direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza. Ele é, pois, antes de tudo, uma disciplina social”*<sup>5</sup>

Também a Escola Histórica do Direito, tendo sido originalmente uma filosofia universal, tornou-se a partir e com o historicismo uma verdadeira escola histórica *“em que a relação do dever ser com o ser histórico, da norma*

---

<sup>4</sup> BARRETO, Tobias (1977:287) A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros. Rio de Janeiro, Imprensa Industrial – Editora.

<sup>5</sup> *Estudos de Direito*, pg. 26 e 365; *Questões vigentes*, pg. 145 da Ed. Do Recife, e 142 do vol. IX, das Obras completas.

*jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade da ciência jurídica – o que a autoridade do Corpus Iuris e o racionalismo bidimensional do direito natural tinham impedido até aqui”* (WIEACKER, 1967:409). Portanto, o Direito, para a Escola Histórica, era considerado não como um mero produto racional, mas antes como um produto histórico, espontâneo e peculiar de cada povo, e da sua cultura, aquilo que ficou conhecido a partir de Savigny como a verdadeira manifestação do “espírito do povo” (Volksgeist).

No prefácio à Nova Edição das Obras Completas de Tobias Barreto, António Paim afirma que o projeto que deu ânimo a Tobias Barreto ao longo da sua vida, viria a ser formulado pelo próprio Tobias Barreto nas seguintes palavras, em *A Questão do Poder Moderador*, 1871:<sup>6</sup>

*“O Único meio de salvar e engrandecer o Brasil é tratar de colocá-lo em condições de ele poder tirar de si mesmo, quero dizer, do seio de sua história, a direção que lhe convém”.*

Está claramente patente, nesta declaração de Barreto, a sua filiação historicista e evolucionista que já havíamos visto surgir com a Escola Histórica do Direito Alemão, bem como a sua compreensão clara de que é a ‘Alma do Povo’ (versão Tobiniana de ‘Volksgeist’), a sua cultura e os seus costumes, aquilo que poderá fundamentar o Direito Brasileiro, e a sua evolução, no Brasil do século XIX.

Contrariamente aos adeptos positivistas da filosofia determinista naturalista, com que se debateu na época, e que procuraram difundir argumentos em torno da possibilidade de uma física social na construção do Direito Brasileiro, Tobias preferiu assegurar a autonomia da cultura e da moral, reduzindo a sua abordagem à teoria do conhecimento, conseguindo assim evitar a queda quer no espiritualismo metafísico quer no cientificismo naturalista e

---

<sup>6</sup> BARRETO, Tobias. (1977). *A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*. Rio de Janeiro, Imprensa Industrial – Editora.

preconizar (dir-se-ia, 'quase vaticinando') desta forma, a trajetória da evolução do neokantismo para o culturalismo e para o Direito Alemão.<sup>7</sup> Nas palavras de Schmitz Filho (2017:9), o pensamento filosófico-jurídico desenvolvido pelo ilustre e polêmico jurista brasileiro manteve relações próximas com o surgimento do pioneiro movimento cultural que se denominou Escola do Recife, que se tornou importante pela sua originalidade e posicionamento face ao positivismo jurídico e pela importação de saberes de outras áreas da filosofia que contribuiriam para uma nova visão do direito no Brasil.<sup>8</sup>

Desta forma, Tobias Barreto, nas palavras de Araújo e Barbosa (2020),<sup>9</sup> tem sido visto por muitos autores que estudaram a geração de setenta, e até mesmo pelo seu colega e discípulo Sílvio Romero, como o líder do grupo de intelectuais que viria a ser mais tarde conhecido como: Escola do Recife.

Inspirado pelo pensamento da Escola Histórica do Direito, Barreto procurou, através da transposição dos conceitos de 'evolução' e de 'história' do universo teórico para o metodológico, definir no campo do social quais as suas reais implicações em face de uma sociedade tão complexa como a sociedade brasileira do seu tempo, numa época histórica de grande inquietação e transformação social. Através deste mecanismo metodológico de apropriação de um saber historicista, Tobias foi elaborando uma visão refletida e cautelosa de história e de progresso das civilizações. Este mecanismo permitia a articulação

---

<sup>7</sup> "O movimento do neokantismo na direção do culturalismo é fenômeno posterior à sua morte. Embora Windelbland (1848/1915) já fosse professor nos anos oitenta, a obra que o tornou famoso (*História da Filosofia*) é de 1892. De 1894 é o livro em que formula um novo caminho para aproximar-se da cultura (*História e Ciência Natural*). A obra de Rickert (1863/1936), em que deu continuidade a essa pesquisa, é ainda posterior. O livro *Ciência Cultural e Ciência Natural*, por exemplo, é de 1899." PAIM, Antônio (1990). Nova Edição das Obras Completas de Tobias. In: *Tobias Barreto (1839-1889): Bibliografia e Estudos Críticos*, pag. 11. ED. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro.

<sup>8</sup> "Tobias Barreto foi um importante jurista na cultura brasileira. Egresso da Faculdade de Direito do Recife, teve sua vida rodeada de particularidades e polêmicas, envolvido com questões sociais, políticas, filosóficas e jurídicas, Tobias foi produto de um meio pouco favorável ao seu desenvolvimento intelectual: suas origens humildes, mestiço do interior do Nordeste e a distância dos grandes centros produtores de conhecimento não pareciam poder transformá-lo no Mestre do Recife, como viria a ser reconhecido." (SCHMITZ FILHO, 2017:9)

<sup>9</sup> ARAÚJO e BARBOSA (Consultado a 18 de abril de 2020). A Geração de 1870 e o Direito no Brasil: a relação Estado, ciência e sociedade.

de um sentido de tempo e de evolução dos povos que admitia a intervenção humana através da cultura (destaque para a Educação, a Arte, o Direito e a Razão filosófica): numa palavra, o Culturalismo.

A ideia da trajetória histórica e de evolução dos povos interferiu no juízo temporal do seu pensamento de forma decisiva. Analisar o passado tornou-se, para Barreto, condição 'sine qua non' para o entendimento do presente e para as projeções do futuro e, portanto, de política e de construções de propostas políticas. A este respeito Barreto (2012:217-218), afirmaria:

*“Fique, portanto, assentado que a história geral ocupa o meio-termo entre a história da humanidade, que não existe, e a história do homem, que faz parte da história natural”.*

O Direito, segundo Tobias, deveria ser considerado como uma criação humana que se desenvolve com a civilização, ao contrário do que pensavam os defensores do Direito natural que, consoante as escolas, ora defendiam a origem divina da sua essência, ora proclamavam o seu carácter racional, universal, necessário e absoluto, obtido unicamente através da inteligência humana iluminada. O Direito era visto por Barreto como um fenómeno social, criado pela própria sociedade, para assegurar a sua vida e desenvolvimento. Tobias Barreto expõe de uma forma original este sentido social do Direito:

*“No imenso mecanismo humano, o Direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza. Ele é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina, que a sociedade se impõe a si mesma, na pessoa de seus membros, como meio de atingir ao fim supremo (e o Direito só tem este) da convivência harmônica de todos os associados.”<sup>10</sup>*

O Direito, portanto, segundo esta concepção de Barreto, como outras ciências sociais e humanas, concorreria, assim, para estabelecer a harmonia dos interesses dos indivíduos e a coexistência pacífica dos seres humanos.

---

<sup>10</sup> *Estudos de Direito*, pp. 26 e 365; *Questões vigentes*, p. 145, da Ed. Do Recife, e 142 do vol. IX, das Obras completas.

No seu conjunto, esta dissertação apresenta um capítulo introdutório que situa histórica e juridicamente o aparecimento da pensamento historicista; um segundo capítulo, onde se procura fundamentar filosoficamente o pensamento historicista; um terceiro capítulo, que apresenta a Escola Histórica do Direito, as suas origens e o seu auge enquanto Teoria do Direito; depois, a sua visão do Direito como manifestação de uma consciência coletiva; em seguida, o foco será colocado no conceito de Direito para esta Escola e nos debates históricos entre os juristas Savigny (1779-1861) vs Thibaut (1772-1840); por último, a metodologia jurídica de Savigny será alvo de uma abordagem que se atém ao sentido estrito dos primeiros escritos de Savigny, isto é, os da primeira fase da Escola Histórica, já que neles se encontra especialmente realçada a relação do Direito com a valorização do direito espontâneo nascido do povo, dos seus costumes, da sua evolução e da sua cultura, o que se prende especialmente com a influência desta Escola Histórica sobre a história do Direito no Brasil especificamente com os escritos de Tobias Barreto. O quarto capítulo enquadra histórica e politicamente o nascimento do Direito no Brasil-Colônia até ao aparecimento das Escolas Jurídicas no Brasil, e a sua influência na formação e constituição do arcaboiço jurídico do Brasil ao longo dos períodos regenciais até à proclamação da República Independente e da promulgação da Constituição de 1824. Este capítulo, centra-se na figura singular de Tobias Barreto e na relevância dos seus escritos e da sua personalidade, e na influência que a Filosofia e o Direito alemão e a Escola Histórica do Direito tiveram no seu pensamento e na sua formação, e na história da codificação do Direito Brasileiro, à época dos grandes debates jurídicos e sociológicos sobre Naturalidade vs Historicidade Evolutiva do Direito no Brasil. O trabalho termina com um último capítulo, onde as considerações e as conclusões finais serão apresentadas.

*“Para que a justiça seja possível é preciso mais do que a técnica simples do ato de interpretar, a consciência de que interpretar é um ato de serviço, pois a lei deve existir para servir o homem e não para escravizá-lo”.*

Tomaz de Aquino

## **1. Enquadramento histórico-jurídico dos territórios alemães (Séc. XVIII e XIX)**

Com o advento da revolução francesa, o pensamento jurídico que passou a imperar na Europa a partir do século XVIII foi o Jusracionalismo Iluminista que trouxe a supremacia da razão e das escolas de pensamento que se centravam no conceito de que o direito seria natural e imutável, fruto de uma vontade política, e de uma razão legisladora.

O século XVIII na Europa foi todo ele marcado, por grandes mudanças, por revoluções tanto no campo social, como no campo da ciência, das artes, da medicina, da filosofia, e foi um período de profundos questionamentos das ideias tradicionais. A nova consciência europeia constituiu-se na mudança do pensamento advinda da passagem do século XVIII para o século XIX quando começou a história contemporânea. O Iluminismo passou a ganhar terreno como um movimento cultural e intelectual europeu influenciado pelo humanismo e racionalismo do sec. XVIII.

Esta foi uma época de profundos questionamentos das certezas tradicionais. No mundo artístico e literário surgiu a “querela dos antigos e dos modernos”. Na Inglaterra ressurgiu o sentimento de liberdade estimulado pelo receio da tirania. A harmonia social adveio do medo das guerras civis e como consequência generalizou-se a consciência dos perigos do absolutismo. A crença nas leis emanadas do Divino foram cedendo lugar a um movimento cada vez mais racionalista permitindo que o pensamento iluminista fosse ganhando terreno e se afirmasse, tornando-se hegemónico a partir do século XVIII. O cientificismo e o racionalismo passaram, assim, a ser a base de toda ciência natural ou social (HANKINS, 1985).

O Jusracionalismo Iluminista advogava que somente através da razão o homem atingiria o grau de conhecimento necessário para a formulação de um direito capaz de servir o equilíbrio e a paz social. Não havia, assim, nesta visão racionalista do homem, do universo e do Direito, espaço para um olhar diferente onde a própria sociedade tivesse um papel fundamental na criação do Direito que viria nascendo e desaparecendo de acordo com o momento histórico vivido.

No desenvolvimento histórico da cultura, a consciência que o homem tinha de sua individualidade se deu de forma tardia devido à dependência senhorial e do corporativismo da sociedade feudal. Segundo Wieacker (1967:399):

*“À autocracia do absolutismo iluminista começou a opor-se uma sensibilidade política autônoma por parte das camadas burguesas em ascensão. Foi isto precisamente que fez surgir (tal como em França, onde ela preparou e provocou ao mesmo tempo a reintegração revolucionária da nação) também, no conjunto da comunidade política Alemã, uma consciência política nacional, uma relação imediata dos cidadãos com o seu Estado, tal como veio ao de cima pela primeira vez na participação de toda a Alemanha nas guerras de Frederico II; guerras que de acordo com o testemunho insuspeito de uma figura tão prestigiada como Goethe, despertaram, elas também, a consciência cultural da nação.”*

Nessa época surgia na Alemanha um movimento contrário à hegemonia da influência da França na cultura alemã e contra o pensamento iluminista jusnaturalista, para dar lugar ao pensamento historicista. A Alemanha diferentemente da França não teve revoluções que elevassem a burguesia ao poder, não havia a figura do Rei a ser destronado, e não predominava o regime absolutista. Além disto o sentimento de amor à pátria, o pangermanismo, se intensificou de modo tal, que o povo alemão passou a rejeitar toda influência estrangeira, aí incluídas as ideias iluministas racionais da França revolucionária.

A situação que se vivia nos diversos territórios alemães era bem diferente politicamente da situação que se vivia em França, já que nestes territórios não tinham acontecido revoluções liberais, ou de outra origem, que tivessem colocado a burguesia no poder, ou transformado de alguma forma a ordem social aí existente (ELIAS, 1992:123).<sup>11</sup>

Na realidade, a Alemanha, como nos é hoje conhecida, era bastante diferente naquele final do século XVIII, início do séc. XIX. Ela era denominada de Sacro Império Romano Germânico. Faziam parte deste império as regiões na atualidade conhecidas como Alemanha, a Áustria, a Eslovênia, a República Checa, o oeste da Polónia, os Países Baixos, o leste da França, a Suíça e partes da Itália central e setentrional.<sup>12</sup>

Esse vasto território, entretanto, não era hegemônico, ainda não se tratava de um País consolidado na unicidade, e sim era um composto de vários territórios com características feudais e agrícolas. O poder político era exercido pelos senhores feudais da região, eles decidiam sobre ações políticas, jurídicas e económicas nos seus feudos, discutiam em praça pública, todos os assuntos com a participação dos membros da comunidade.

No século XIX, os franceses, sob o comando de Napoleão Bonaparte invadiram, conquistaram a região, e aboliram a denominação de Sacro Império Romano Germânico, que passou a se chamar Confederação do Reno. Esta confederação, logo após, foi dissolvida pelo Congresso de Viena e reconstruída em novas bases com o nome de Confederação Germânica. Nesta época, ainda não havia sido unificado o território que era composto de muitos Estados

---

<sup>11</sup> “A situação da Alemanha no final do século XVIII e início do XIX é frequentemente definida como caótica. Uma nação fragmentada e submetida a diversos tipos de despotismos. Qualquer oposição determinada e ativa contra esse regime e seus principescos e autocráticos grupos dominantes por parte de grupos de classe média era dificultada e, com frequência, paralisada pelo medo de que pudessem pôr em perigo sua própria e elevada posição em relação às ordens inferiores, se abalassem o regime existente através de uma luta contra a posição elevada das ordens superiores (ELIAS, 1992:123).”

<sup>12</sup> Segundo Hegel, a então nação alemã “era formada pela Prússia e Áustria, pelos príncipes eleitores e 94 príncipes eclesiásticos, por 103 barões, quarenta prelados e 51 cidades imperiais, o país compunha-se de aproximadamente 300 territórios independentes (HEGEL, 2013: VII).”



independentes. Isso durou até o final do século XIX, quando ocorreu a unificação destes Estados, com a atuação diplomática do Chanceler Otto Von Bismarck, a Confederação Germânica passou a se chamar Alemanha.

Os países, naquele momento da história, formavam grupos e faziam alianças político-militares para se protegerem e salvaguardarem seus territórios, seus costumes e sua hegemonia. Este clima de desconfiança e luta de poderes foi a causa maior dos conflitos e oposições reinantes no território Europeu. Os conflitos se intensificaram, levando a tal ponto que culminou na primeira grande guerra.

A primeira Guerra mundial foi travada pelos países Alemanha, império Austro-húngaro e a Itália (componentes da Tríplice Aliança), que lutaram contra os seguintes países: Rússia, França e Inglaterra, que formavam a Tríplice Entente.

A Alemanha foi vencida nesta guerra e condenada a grandes perdas, ficando completamente devastada. Foi um período catastrófico, houve uma hiperinflação da moeda alemã, depressão, desemprego em massa. Esse caos teve como sequência a desestabilização da República de Weimar, e a marginalização da Alemanha. Daí surgiu o movimento do povo alemão para recuperar o seu prestígio nacional e promover a expansão dos seus territórios.

Após a derrota, foi elaborado o Tratado de Versalhes, no qual a Alemanha foi condenada a perder territórios, a pagar prejuízos de guerra e foi limitada em seu poder bélico. Os alemães consideraram destrutivas as rígidas determinações do Tratado de Versalhes e passaram até mesmo a acreditar que haviam sido apunhalados pelas costas, isto é, por aqueles que ajudaram a formar o novo governo de Weimar e a negociar a paz. Esta insatisfação criada pelo pós-guerra foi tão desastrosa que muitos foram presos e condenados ao cumprimento de penas pesadas e fez com que se disseminasse entre os Alemães muitas dúvidas sobre as soluções democráticas da Alemanha de

Weimar, alimentando o desejo de adotarem um governo dotado de grande poder e liderança. Esse mal-estar que se instalou no país acabou, posteriormente, por abrir o caminho para que Adolf Hitler e o seu partido Nacional-Socialista assumissem o poder na Alemanha.

Com o fim da revolução francesa, fim do século XVIII, houve uma mudança relativa à percepção do tempo, que teve como consequência a redescoberta da História em duas direções opostas: uma voltada em direção ao futuro e outra fazendo uma reconstrução do passado. A Burguesia francesa confiava na razão e na capacidade dos homens de fazerem a história do futuro e que contracenava com a resistência da aristocracia alemã *“retrospectiva, reflexiva, meditativa, contemplativa, que desconfiava da Razão e suspeitava dos pretensos portadores e parteiros do futuro”* (REIS, 2002: 2).

Após o fim da Revolução francesa, e com a queda da Bastilha, iniciou-se uma grave crise moral que deu origem ao surgimento de uma grande instabilidade no domínio das ideias onde se debatiam teorias tão díspares quanto a nova filosofia positiva de Auguste Comte, que procurava remediar o mal-estar provocado pela Revolução Francesa, e as filosofias de Immanuel Kant e W. G. Friedrich Hegel que viam na Revolução Francesa a confirmação da teoria de progresso moral da humanidade. Para eles, e ainda segundo Reis (op. cit.:2), a revolução francesa representava a chegada da Razão à história: *“Justiça, ordem, liberdade, moralidade. Ela revelara o sentido do trabalho humano ou do espírito: a construção de uma sociedade racional, moral.”*

Os países de tradição romano-germânica foram influenciados, como veremos, em grande parte pelo romantismo, enquanto corrente filosófica, literária, artística e cultural, *“encontrando fundamento em algumas dessas ideias românticas que partiam do pressuposto de que as normas jurídicas se originavam na evolução histórica da essência dos costumes e crenças dos*

*diversos grupos sociais*” (REIS, 2002:2), como um produto histórico, o resultado de uma evolução histórica, e uma manifestação cultural.<sup>13</sup>

Em razão do antagonismo na forma de pensar entre o Jusnaturalismo Iluminista francês nos finais do século XVIII, que considerava o Direito como uma entidade separada do tempo e do espaço e cujo principal fundamento seria a Razão, e o Historicismo germanista do século XVIII/XIX, os historicistas se opuseram à revolução francesa como produto da legitimação racional e filosófica do devir das sociedades a partir de ruturas históricas que ignoravam as tradições e os vínculos evolutivos dos povos particulares e seus costumes. Para os historicistas não seria a “Razão” a organizar a história. Segundo José Carlos Reis (2002:2):

*“A Escola histórica alemã buscava no passado uma justificação das instituições feudais, ainda predominantes no presente. Ela pesquisa as origens históricas das sociedades para mostrar que toda instituição nascida e desenvolvida na história era válida nela mesma, e não precisava da ‘Razão’ para se legitimar.”*

Os intelectuais do direito envolvidos nesta atmosfera passaram a lutar bravamente contra o jusnaturalismo iluminista que (ao contrário do que estes professavam) acreditavam não se tratar de ciência exata ou natural. O fervor desta reação poderia ser resultante de um longo período da idade média onde qualquer tipo de pensamento científico se viu obrigado a dar espaço de primazia ao Direito divino, devido à forte influência da igreja no meio social geral que fazia

---

<sup>13</sup> Como escreveu Friedrich Carl von Savigny, principal pensador da Escola Histórica do Direito: o Direito teria suas origens “nas forças silenciosas e não no arbítrio do legislador”. O trabalho de F.C. von Savigny está reproduzido in: *Thibaut und Savigny: zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, 1814 - 1914; die Originalschriften in ursprünglicher Fassung mit Nachträgen, Urteilen der Zeitgenossen und einer Einleitung*. Org: Jacques Stern, Berlin: Vahlen, 1914 - 238 S., in <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/mfer-cgi/kleioc/0010MFER/exec/books/301174>

crer que o Direito positivo, de influência e herança Tomista,<sup>14</sup> era apenas a obra dos homens e que acima deles havia Deus o verdadeiro criador do Direito “natural”.

O historicismo surgiu entre os séculos XVIII e XIX na Alemanha. Essa escola, cujos expoentes máximos foram Friedrich Savigny e Gustavo Hugo, foi responsável, em primeira instância, pelo desacreditar do Direito natural na Alemanha, devido às suas críticas ferozes a esse tipo de pensamento. E com isso a escola histórica abriu caminho para a forte influência da historicidade no pensamento filosófico-jurídico e na própria concepção do Direito.<sup>15</sup>

De facto, no fim do século XVIII, início do século XIX, surgira na Alemanha um movimento em torno das ideias românticas que se inspirava na valorização da tradição, dos sentimentos, e da sensibilidade, em oposição ao racionalismo do pensamento Iluminista racional que imperava no pensamento francês desta altura.

Entre outros, é de referir, a importância do já referido ‘*Sturm und Drang*’, movimento romântico na literatura, na música e no teatro em que os autores

---

<sup>14</sup> “Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho supra positivos que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação do seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respetivamente, pelo Direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo Direito positivo, sustentando que a desobediência ao Direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do Direito da resistência da população”. (SARLET, 2009:38).

<sup>15</sup> “Dentre as inúmeras concepções do Direito que floresceram no decorrer da história humana e que chegando aos dias de hoje, compõe o acervo cultural da Humanidade, encontra-se a Escola Histórica. (...) dentre as teorias jurídicas existentes, é aquela que desperta na Ciência Jurídica, a reflexão acerca da historicidade do Direito, o que significa nada mais nada menos do que relacionar a norma jurídica com a realidade social.” PAIVA Nunziata S. V. (2020:230).

postulavam uma abordagem mística, instintiva, quase primitiva, onde o que realmente importava era o efeito da emoção, e que se opunha ao racionalismo do iluminismo francês que postulava a supremacia da razão acima da emoção.

Ao contrário da situação revolucionária vivida em França, o contexto alemão em que ocorre o surgimento da Escola Histórica apresentava-se politicamente mais estável apesar de a Alemanha ainda não se encontrar unificada, tendo sido fortemente influenciada pelos movimentos românticos da época.

Fazendo parte deste movimento de valorização do passado, dos sentimentos e das singularidades históricas do tempo e do espaço, o pensamento historicista afirmava que a história carrega em si mesma um sentimento irracional, e que este vai contra o sentido que lhe é atribuído pelo pensamento iluminista. Os pensadores historicistas eram adeptos do amor pelo passado clássico e germânico do qual sentiam verdadeiro orgulho, pois acreditavam ter sido a época onde se viveu de forma mais pura e com menos vicissitudes e onde se teria iniciado a verdadeira essência da civilização.

Inspirada na valorização da tradição, do sentimento e da sensibilidade, a Escola Histórica do Direito, tendo sido uma corrente romântica, valorizou as manifestações espontâneas da individualidade e da variedade do próprio homem (suas dores, seus amores, o seu oculto impulso, e a paixão que existe em suas almas), e demonstrou ao mesmo tempo neste enorme amor ao passado a vontade de não apenas explicar o presente, mas também a vontade de gerar motivações futuras. De acordo com Bobbio (2006:48):

*“O que caracteriza, portanto, o historicismo é o fato dele considerar o homem na sua individualidade e em todas as variedades que tal individualidade comporta, em oposição ao racionalismo.”*

Desta forma, e segundo a Escola Histórica do Direito, a história possuiria em si mesma um sentido irracional, de modo que não se tornava possível

compartilhar do otimismo iluminista que via na Razão uma força transformadora do mundo e da humanidade. O Direito era, assim, para esta Escola, um produto histórico, espontâneo e peculiar de cada povo, que ficou conhecido a partir de Savigny, como se referiu anteriormente, como a verdadeira manifestação do “espírito do povo” (Volksgeist).

O Direito para o jusracionalismo iluminista era, portanto, natural, universal, imutável e racionalmente cognoscível. Ao invés, a Escola Histórica do Direito proclamava um Direito em constante modificação de acordo com as transformações sociais e com as manifestações culturais de um determinado povo. O Direito seria assim para esta Escola um produto histórico, e as normas jurídicas uma decorrência da evolução histórica, e seriam basadas nos costumes e nas crenças desse povo.

Segundo Carlos Reis (2002:3):

*“Este racionalismo iluminista, os historicistas o consideravam uma ameaça à sociedade estabelecida. Afinal, quem, que sociedade concreta, poderia dizer o que são os “direitos universais” ou a “liberdade em geral”? Para eles, ao contrário, seria preciso (...) compreender o indivíduo concreto e histórico, a partir de um estudo empírico de sociedades particulares. Não se pode fazer história com especulações sistemáticas e abstratas, mas com estudo de dados empíricos, de factos particulares, que geralmente proíbe a intervenção radical no vivido. O Racionalismo idealista aborda um objeto inexistente – o homem em geral, irreal, virtual, a natureza humana trans-histórica. A história trata de homens concretos, em suas relações concretas e particulares, em sua experiência vivida e sofrida da finitude.”*

Esta corrente de pensamento historicista se desenvolveu bastante na Alemanha principalmente por seu caráter conservador e de aceitação, e de idolatria da tradição, pois o pensamento historicista nascido nesta Alemanha do fim do século XVIII, este é um país em que as tradições e as instituições se

formaram lentamente no decorrer do tempo e se tornaram importantes para e pela sociedade em geral. A Escola Histórica do Direito descobria assim na historicidade do Direito, a historicidade do próprio povo.<sup>16</sup>

Neste pensamento já podemos perceber as fortes influências dessa filosofia de vida na própria Escola Histórica do Direito, pois é daí que nasce a prescrição histórica, nascendo de facto um Direito pelo uso prolongado no tempo de um determinado bem ou objeto, ainda que não se tenha formalmente formado um título jurídico válido. Esta seria também uma forma de conseguirem manter o Direito adquirido ao longo do tempo e defender a legitimidade e hereditariedade dos cargos existentes. Apesar deste perfil mais conservador da Escola Histórica em relação à Escola Jusnaturalista Iluminista, a Escola Histórica do Direito, como veremos, acabou por se tornar uma escola de referência da atualidade, influenciando a contemporaneidade do Direito, e permanecendo viva no seu olhar sociológico e sua influência metodológica, epistemológica e gnosiológica.

---

<sup>16</sup> Como já foi referido, (WIEACKER, 1967:409), a Escola Histórica do Direito tendo sido originalmente uma filosofia universal, tornou-se a partir e com o historicismo uma verdadeira escola histórica *“em que a relação do dever ser com o ser histórico, da norma jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade da ciência jurídica – o que a autoridade do Corpus Iuris e o racionalismo bidimensional do direito natural tinham impedido até aqui.”*

## 2. Fundamento Filosófico do Pensamento Historicista

Como nos foi dado aperceber ao longo do precedente capítulo, e ao contrário do que seríamos levados a pensar de uma forma apriorística em face do suposto progressismo implicado ao nível da conceção do Direito pela filosofia revolucionária do Iluminismo racionalista, o sentido conservador da filosofia historicista do Direito acabou por historicamente se afirmar como um pensamento mais capacitado para enfrentar a evolução das sociedades e o futuro do Direito.

A explicação fundamental para este fato deve-se à própria característica do pensamento historicista e do pensamento subjacente à teoria do Direito Historicista. O pensamento historicista é, essencialmente, um pensamento evolucionista. Inspirado na filosofia de Herder,<sup>17</sup> e de certa forma próximo a algum conteúdo da filosofia Hegeliana, já que o pensamento historicista abraça a ideia do Ser e da sua evolução como fundamento essencial no seu processo de conhecimento.

Tomar-se-á como ponto de partida desta reflexão o antagonismo entre o conceito de Direito da Escola Histórica e o conceito de Direito do pensamento jusnaturalista iluminista para que se melhor iluminem e esclareçam, nas divergências entre os dois pensamentos, as questões subjacentes a cada um deles.

O propósito aqui será o de justapor as diferenças que melhor estabelecem a divergência de concepções filosóficas entre o pensamento historicista e o

---

<sup>17</sup> De acordo com Barros (2011:7), é com alguma ironia que Herder (1744-1803) intitula sua obra como *Mais uma Filosofia da História* (1774): “Pretendia mostrar, de alguma maneira, que a pretensão à universalidade na história era inócua, e que consistia em grosseira transfiguração a redução da grande variedade humana e de processos históricos a casos particulares de leis universais. Ademais, a pretensão de que um historiador podia tomar a sua própria época como “medida de todas as coisas”, de modo a amoldar a uma fôrma única as diversas épocas e sociedades – cada uma delas dotada de suas próprias singularidades e riquezas culturais – parecia ao filósofo alemão um gesto de suprema arrogância. Com seu reconhecimento de que tudo é histórico, a começar pelas sociedades examinadas pelos historiadores, Herder estava antecipando uma perspectiva particularizante que logo seria abarcada pelo Historicismo, já no século XIX. Neste aspecto em particular, há grandes afinidades entre os Românticos e os Historicistas”.



pensamento iluminista racionalista. O que se propõe nesta abordagem reflexiva sobre uma e outra das abordagens filosóficas, ou acerca de um e outro tipo de pensamento doutrinal e interpretativo da realidade do Direito, é o exame dos conceitos metodológicos e gnosiológicos utilizados por uma e outra filosofia interpretativa do Direito, por um e outro tipo de pensamento subjacente às diferentes abordagens conceptuais da realidade do Direito intrínseca a cada uma dessas abordagens. A evolução desta análise far-se-á a partir de aspetos ou questões fundamentais à abordagem conceptual e à atitude cognoscente subjacente a um ou a outro tipo de pensamento doutrinal, e inerente a um ou a outro tipo de filosofia de Direito em questão.

Assim, os aspetos fundamentais aos dois tipos de abordagem conceptual à visão da 'essência' do Direito, acima enunciadas, relacionam-se fundamentalmente com os pressupostos subjacentes aos dois tipos de pensamento filosófico que as constituem e fundamentam. Ou seja, a atitude cognoscente pertencente a uma e a outra destas duas tipologias de pensamento que busca compreender o Direito, e a forma como este se produz, depara-se, num e noutro caso, com algumas questões fundamentais de natureza essencialmente filosófica: questões epistemológicas, gnosiológicas e ontológicas por um lado, e outras de origem metodológica.

É sobre estas questões fundamentais a uma e a outra das abordagens conceptuais referidas, que se irá refletir em seguida.

Tomar-se-á como ponto de partida desta reflexão as proposições acima já referidas sobre uma das questões que constituíram problemática central no antagonismo entre o conceito de Direito da Escola Histórica e o conceito de Direito do pensamento Jusnaturalista Iluminista. O Jusnaturalismo Iluminista acreditava em poder conceber o Direito como uma ciência exata ou natural, independente do tempo e do espaço, e legitimada, portanto, apenas pelo uso da Razão. Esta posição conceptual pressupõe, em primeira instância, a crença em

que todo o conhecimento humano é racional e tem como origem a função da razão com base na imparcialidade do sujeito que produz esse conhecimento.

Segundo o pensamento do Jusnaturalismo Iluminista tratava-se, no que diz respeito ao conhecimento do Direito, de descobrir, através da razão, as regras universais válidas para todas as sociedades humanas. Subjacente à possibilidade de descoberta racional das leis gerais comuns a todas as sociedades humanas estava a crença na natureza imutável e universal do ser humano, e a legitimação do conhecimento racional como determinante e único no conhecimento do objeto em estudo. Claro que, a pressuposição da possibilidade da objetividade nesse tipo de conhecimento assentava também na crença da imparcialidade do sujeito do conhecimento.

A essência racionalista da filosofia do pensamento jusnaturalista iluminista, predispôs à conceptualização de um sujeito “inocente” e imparcial, que chegaria por via da razão e de princípios lógico dedutivos a uma relação privilegiada no conhecimento do seu objeto de estudo. O sujeito do conhecimento, segundo este pensamento, seria um sujeito neutro, fora do contexto histórico em que produz o seu conhecimento, e fora também da contemporaneidade da sua relação cognoscente com o objeto de seu estudo. A doutrina jusnaturalista iluminista acreditava que o seu sujeito cognoscente era supra-histórico, universal, e capaz de produzir conhecimento verdadeiro a partir da generalização universalizante dos seus princípios e dos princípios com que procurava delimitar, construindo, o seu objeto de conhecimento.

Supostamente, a relação de objetividade da atitude cognoscente do jusnaturalismo iluminista com o Direito pretendia ser da mesma natureza que a física e a astronomia do seu tempo. O paradigma epistemológico e gnosiológico adotado pela jus-naturalismo iluminista em face do seu objeto de estudo, da objetividade do seu processo de conhecimento e da atitude cognoscente que lhe

era subjacente assemelhava-se e pretendia coincidir com o paradigma das Ciências Naturais do seu tempo.

Essencialmente revolucionário na sua origem e emancipação face a uma tutela medieval secular, o movimento cultural do Iluminismo procurou mobilizar o poder da razão para o campo social, e para a reforma da sociedade, e expandir os princípios críticos do pensamento racional a todos os campos do pensamento humano.

No entanto, este absolutismo da razão traria igualmente consigo a crença de que todo o conhecimento que não fosse alcançável através do raciocínio lógico, da dúvida cartesiana, da demonstração empírica lógico-dedutiva, e que levasse a *“leis gerais, necessárias e constantes”* (CONDORCET, 1966:211) seria um conhecimento falível e inadequado ao objeto de conhecimento em estudo.

Por outro lado, levou também à crença de que a situação histórica e social do sujeito cognoscente não participaria do ato cognoscente e que, portanto, o sujeito do conhecimento seria neutro na sua atitude cognoscente, e que, desta forma, o sujeito da investigação não interferiria na construção das tais ‘leis gerais, necessárias e constantes’, advogando desta forma a neutralidade do investigador face ao objeto e ao resultado da sua investigação.<sup>18</sup>

As teorias do sujeito pós-moderno<sup>19</sup> encarregaram-se de desconstruir este sujeito naïf do Iluminismo racionalista, e do paradigma da investigação científica das Ciências Naturais. Freud (1915), trouxe a este sujeito do

---

<sup>18</sup> LYOTARD, Jean-François (1985:13): *“Vivemos desde o cartesianismo numa filosofia do sujeito que era a medida, e hoje há o declínio e a passagem a um tipo de pensamento completamente diferente onde as estruturas, as matrizes do sentido não são estabelecidas, ou devem ser permanentemente estabelecidas.”*

<sup>19</sup> Segundo Maffesoli (2002, 2005), a identidade do sujeito, na contemporaneidade, não é mais única e imutável e não se baseia em conceitos homogêneos, ela é fragmentada e feita de “representações separadas” que se referem às múltiplas identificações que uma pessoa alterna no seu cotidiano. Assim, também para Maffesoli, a maneira pela qual o sujeito se interpreta na sociedade é reconfigurada na pós-modernidade. Esse também é o ponto de vista de Lyotard (1985) como podemos ler na referência anterior.

conhecimento uma ruptura intransponível para a sua pretensa unidade pensante, introduzindo o outro, o inconsciente, como parte integrante do processo e da produção de conhecimento. Outros autores, como Karl Marx, Friedrich Nietzsche, Martin Heidegger, Ferdinand de Saussure, Jacques Lacan, Michel Foucault, Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Julia Kristeva, entre outros, trouxeram para a pós-modernidade a marca de um “sujeito dividido”, aberto ao social e às influências históricas e sociais suas contemporâneas, à intersubjetividade dos seres humanos seus contemporâneos, às emoções, sensações e sentimentos da sua vida interpessoal, e às pulsões do desejo e da sua produtividade inter-relacional.

Curiosamente, foi a Escola Histórica, o pensamento historicista, o romantismo, e movimento romântico alemão já referido *Sturm und Drang* (que teve fundamental importância política na unificação germânica), os primeiros a querer retirar ênfase e importância ao conceito iluminista de Razão e a contrapor a ênfase no sentimento, no ser histórico e evolutivo, por contraponto ao universalismo racionalista do Iluminismo.

A postura histórica destes diversos movimentos face ao racionalismo iluminista teve subjacente uma concepção do ‘ser humano’ que contrasta e se contrapõe ao conceito de ‘Homem’, e de sujeito cognoscente, da filosofia intrínseca ao jus-naturalismo iluminista. O sujeito cognoscente já não tem uma natureza imutável e um olhar “ascético” acima da realidade cognoscível como seria no caso do pensamento jusnaturalista iluminista, já não se apresenta com a pretensa inocência, e o rigor científico “descontaminado” de real e de evolução histórica que o sujeito do pensamento filosófico do Iluminismo apregoava, e onde, se incluiu, obviamente, o pensamento do jusnaturalismo iluminista.

Pelo contrário, o sujeito cognoscente da filosofia intrínseca no pensamento da Escola Histórica de Direito é um ser em evolução, inserido numa realidade social e historicamente determinada, e cuja subjetividade transparece

de uma consciência coletiva e imana de um espírito coletivo: o “espírito do povo” (Volksgeist). Este sujeito cognoscente que aparece na filosofia implícita do pensamento jurídico da Escola Histórica de Direito, é um sujeito de um novo conhecimento que não denega o contributo da sua subjetividade no ato cognoscente e em que procura apreender o objeto do seu estudo. Subjetividade e objetividade passaram a ser correlatos essenciais e extremamente importantes na produção de conhecimento científico, segundo o paradigma da epistemologia e da gnosiologia da Escola Histórica.

Ao modelo explicativo da realidade, próximo às Ciências Naturais, e adotado pelo pensamento jusnaturalista iluminista, a Escola Histórica contrapôs o modelo compreensivo, ou de compreensão, próximo às Ciências Humanas.<sup>20</sup> Para o pensamento historicista, o investigador, e a sociedade em que este se insere, já não são universais e imutáveis, mas realidades em movimento e como tal devem ser observados. A atitude do sujeito cognoscente busca, neste tipo de pensamento, o diferente, o singular, o particular e o específico no objeto do seu estudo. Em uma palavra, e como afirma Barros (2010:89), *“trata-se de apreender com radical historicidade toda e qualquer realidade, de modo que nada no universo estaria estático e imobilizado, ao mesmo tempo em que nenhuma coisa seria igual a outra neste interminável devir histórico”*.

O modelo contraposto pela filosofia do Direito historicista ao modelo jusnaturalista iluminista, examinado na perspectiva de como este – o Direito - se revela ao sujeito cognoscente a partir da metodologia adotada, deixa entrever um paradigma científico muito mais próximo das ciências humanas contemporâneas quer pela atitude metodológica de compreensão adotada

---

<sup>20</sup> Tobias Barreto, era também um crítico acérrimo do advento da sociologia brasileira do seu tempo de influência positivista, que procurava utilizar metodologias de caráter naturalista, exclusivos das ciências da natureza, e que, segundo Tobias relegavam, assim, a dimensão propriamente humana da liberdade e da finalidade das ações, promovendo uma separação inopinada e desnecessária entre Estado e sociedade, e tornando estanques o estudo da política e o entendimento das relações sociais.

relativamente à apreensão do seu objeto de estudo, quer pela relativização conjuntural de espaço e tempo em que esse mesmo objeto de estudo se situa, quer pela aceitação conceptual de que o sujeito cognoscente está ele também relativizado pela sua situação conjuntural, histórica, pessoal e social.

Ao contrário, no modelo científico proposto pelo jusnaturalismo iluminista, a metodologia adotada é de carácter explicativo e chega a esta Filosofia do Direito importado das Ciências Naturais do seu tempo, buscando leis gerais e universais que seriam legitimadas pelo poder da Razão legisladora.

A epistemologia da filosofia subjacente ao estudo do Direito, no pensamento do jusnaturalismo iluminista, preconizava a partir de uma metodologia explicativa, à maneira das ciências exatas, descobrir os invariantes e as leis naturais do seu objeto em estudo – o Direito – e generalizar universalmente as regras racionalmente descobertas e deduzidas. Para que isso fosse possível a gnosiologia adotada considerava e acreditava na possibilidade real de um sujeito cognoscente neutro. A neutralidade do investigador e do legislador era uma condição sine qua non da possibilidade e do sucesso da metodologia adotada por este tipo de pensamento que advogava a possibilidade de uma filosofia do Direito Natural.<sup>21</sup>

Barros (2011:4), corrobora esta linha de pensamento, afirmando:

*“A obsessão pela ideia de uma unidade, generalizável para todas as sociedades humanas, podia levar alguns iluministas*

---

<sup>21</sup> De igual modo, e posteriormente, o positivismo Comtiano e, também, o Durkheimnismo, nele parcialmente inspirado, acreditavam na possibilidade da ‘neutralidade do cientista investigador’, a partir justamente desta identidade neutra forjada entre os métodos e os padrões epistemológicos das ciências exatas e das ciências humanas. *“A ciência social não poderia realmente progredir mais se não houvesse estabelecido que as leis das sociedades não são diferentes das leis que regem o resto da natureza e que o método que serve para descobri-las não é outro senão o método das outras ciências”* (DURKHEIM, 1953:113). E, também: *“Que o sociólogo se coloque no estado de espírito no qual estão os físicos, químicos, fisiólogos, quando eles se debruçam sobre uma região ainda inexplorada do seu domínio científico”* (DURKHEIM, 1953:14).

*a simplesmente descartar as evidências mais incômodas acerca da alteridade radical que podia ser encontrada entre sociedades distintas, o que mostra mais uma vez que uma determinada 'visão de mundo' pode também obstruir ou distorcer o olhar do pesquisador".*

Curiosamente, Barros (2011:4) oferece nesta linha de pensamento um exemplo fundamental, relativo ao uso do Direito, que apesar de anedótico se afigura como paradigmático em relação ao que se vem afirmando ao longo destas páginas, relativamente aos equívocos gerados pelo conjunto de premissas advogadas pela lógica racional do pensamento filosófico característico do jusnaturalismo iluminista, e que, por esse motivo, se passa a transcrever na íntegra:

*"Michèle Duchet cita na sua Antropologia de Voltaire (1995:310) uma ilustrativa passagem deste filósofo iluminado, que também é retomada por Marcos Antônio Lopes em seu estudo sobre o Voltaire Historiador (2001:75). Ao tomar informações sobre o relato de um viajante, no qual este afirmara que 'um rei em Cochim transmite seu poder ao filho de sua irmã, e não a seu primogênito', Voltaire tende a duvidar do relato como uma 'fábula de viajantes'. Para o filósofo iluminado, 'uma tal regra contraria demasiado a natureza; não há homem, absolutamente, que queira excluir seu filho de sua herança'. Voltaire, deste modo, acompanha a tendência universalizadora predominante entre os europeus do século iluminista".*

A crença iluminista na uniformidade e na universalidade da natureza e da alma humana tornavam impossível ao pensamento iluminista compreender que o 'tempo outro' e o 'espaço outro' de uma outra sociedade humana pudesse conceber uma regra de sucessão de poderes – um Direito de sucessão – que não fosse coincidente com a tendência universalizante e predominante entre os europeus do século iluminista. Subjacente a este pensamento estava a questão

essencialmente filosófica: o que o Direito deveria ser? E o seu objetivo, para o pensamento jusnaturalista iluminista, deveria ser o de favorecer a decifração dos “desígnios secretos da natureza”, da racionalidade que se ocultava por trás das ações aparentemente individualistas, e por vezes insensatas, dos seres humanos.

O pensamento filosófico que subjazia à doutrina da Escola Histórica de Direito, pelo contrário, não buscava de forma deliberada essa ‘Razão oculta’, universalizante e legisladora, e, em vez de questionar o que o Direito deveria ser, a escola histórica do Direito procurou compreender como é que o Direito se formou na sociedade, e como através dela se manifestava.

Esta sociedade seria mutável e evoluiria através do tempo e do espaço e, portanto, através da própria história, e desta forma o Direito evoluiria junto com ela, bem ao contrário da concepção da teoria jusracionalista iluminista que, como vimos, considerava o Direito como um fenômeno imutável, separado das categorias existenciais do tempo e do espaço.

Assim, a evolução histórica do Direito seria o resultado da manifestação de uma consciência coletiva, em que todos os componentes de uma nação estariam se manifestando através do sistema jurídico, a partir do estudo do Direito romano e dos costumes e das diversas expressões culturais. De modo idêntico, e integrando os parâmetros conceptuais desta filosofia, o sujeito cognoscente, na relação particular e singular com o seu objeto de estudo – o Direito – seria ele também parte integrante dessa intersubjetividade, parte dessa consciência coletiva, e, portanto, ele mesmo relativizado pela sua situação histórica determinada, e sujeito participante (i.e., não neutro) na observação e investigação do seu objeto de estudo que procurava, *in situs*, compreender.



### 3. A historicidade como base jurídica do Direito

As ideias historicistas explanadas no capítulo antecedente fundamentam não só o pensamento da Escola Histórica do Direito como alicerçam as ideias de Tobias Barreto e do Culturalismo por ele liderado, e que se procurarão abordar de uma forma mais específica no capítulo final desta dissertação. Trata-se, aí, de analisar como a ideia de evolução, e a receção e circulação do evolucionismo e do historicismo europeu oitocentista influenciaram o pensamento de Tobias Barreto no contexto nacional do Brasil colonialista e pós-colonialismo. O professor de Sergipe inspirou-se neste conjunto de ideias e nas concepções da Escola Histórica do Direito e, posteriormente, até nas ideias da Filosofia do Direito de Jhering (1818-1892)<sup>22</sup> (fundador da escola moderna de Direito sociológico e histórico) para forjar um pensamento crítico evolucionista e historicista que as incorpora numa síntese monística que vê no Direito o processo de adaptação do ser humano ao bem-estar da ordem pública e ao desenvolvimento harmonioso da sociedade em geral, um produto cultural da humanidade.<sup>23</sup>

Serve, pois, este capítulo para ajudar a contextualizar e a compreender o pensamento de alguns autores da Escola Histórica do Direito onde Tobias Barreto se inspirou e, através do qual, como pensador na linhagem histórica da evolução das ideias, procurou pelos conceitos mesmo de evolução e de historicidade, e da sua transposição do universo teórico para o metodológico, definir no campo do social quais as suas reais implicações em face de uma sociedade tão complexa como a sociedade brasileira do seu tempo, numa época histórica de grande inquietação e transformação social. Num momento ainda incipiente de consolidação das ciências sociais e humanas e no campo específico da análise das sociedades emerge, desse mecanismo teórico de apropriação de um saber historicista, uma visão refletida e cautelosa de história e de progresso das civilizações.

---

<sup>22</sup> Caspar Rudolph Ritter von Jhering (1818–1892), jurista alemão e fundador da escola moderna de direito sociológico e histórico. Sua obra mais importante *Der Kampf ums Recht* (1872).

<sup>23</sup> Relembramos as palavras já anteriormente citadas de Barreto (1991:48): “o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade.”

### 3.1 A Escola Histórica do Direito: origens e auge

A origem da Escola Histórica do Direito é normalmente referida ao jurista alemão Gustav Hugo (1764-1844)<sup>24</sup> que foi um dos principais agentes na implantação da ciência do Direito. Antecessor da Escola Histórica de Direito, Hugo foi um aceso crítico do jusnaturalismo racionalista, e introdutor da noção de Direito como fato histórico singular à cultura de um povo e intrínseco à sua história e à sua tradição. O apogeu desse pensamento jurídico-filosófico é, porém, reconhecido ao jurista Friedrich Karl von Savigny (1779-1861).

Professando uma ciência jurídica autônoma, histórica e filosófica, ele considerava toda deliberação que fosse abstrata e generalista sem fundamento científico na esfera do Direito. Todo o jusracionalismo iluminista que apresentava essas características foi considerado por Hugo (1892:255)<sup>25</sup> como inapropriado e sem cientificidade:

*“Nas normas jurídicas e nas leis pode tão pouco tomar-se em consideração o jusnaturalismo abstrato como nas receitas médicas a ‘metafísica dos corpos’ (i.e., os princípios gerais da física)”.*

A este propósito, Franz Wieacker (1967:432), afirma acerca de Hugo que *“considerava as ‘especulações gerais’ completamente inúteis para a legislação, uma vez que neste plano não se podiam fazer ‘experiências’”.*

Com esse posicionamento, Hugo, no século XVIII, começou a pensar em criar uma ciência jurídica autônoma. Segundo alguns autores, como Ferraz

---

<sup>24</sup> "Nascido em Lörrach, Hugo estudou desde 1782 em Gottingen, aí ensinou desde 1788 e tornou-se professor logo em 1792 na mesma universidade, onde permaneceu com uma influência científica em rápido crescendo e com uma veneração geral até o fim de sua vida. Ultrapassado pelos subsequentes nomes da escola histórica, nomeadamente por Savigny, não permaneceu insensível a esta evolução que fez recuar a sua importância autônoma, para a reforma da ciência jurídica civilista, pelo menos na consciência dos seus contemporâneos. Esta importância reside na crítica firme do jus-racionalismo, na sua participação na construção de uma teoria autônoma do direito positivo e na ampliação da investigação até aí antiquarista no sentido de uma exposição de conjunto da história do direito romano a partir da sua lógica interna" (WIEACKER, 1967:431).

<sup>25</sup> HUGO, Gustav. *Beiträge zur civilistischen Bucherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, II. 1892, in Wieacker (1967:432).

(1980), Chaves (2001), Wieacker (1967), Hugo teria já formulado nos seus escritos,<sup>26</sup> a construção conceitual do conteúdo do Direito historicista de acordo com um sistema intrínseco ao próprio Direito, preservando, no entanto, a realidade e o olhar para as questões sociais. Desta forma, ele passa a conceber o Direito positivo como fenómeno histórico inerente à cultura de um povo, e não como um produto da razão dogmática, estabelecendo desta forma o fundamento da crítica ao jus-naturalismo racionalista.

Foi este mesmo empirismo que o reconduziu, por fim, às fontes do direito romano, ao logo da sua lecionação como professor dessa disciplina, na Universidade de Göttingen. Hugo olhava a história, sua evolução, e o impacto social causada por ela como produto primordial para as ciências jurídicas. Segundo as palavras de Franz Wieacker (1967:432):

*“Com toda a sobriedade, Hugo teve uma participação muito importante nos esforços dos maiores espíritos do seu tempo no sentido da construção de uma ciência jurídica autônoma ao mesmo tempo histórica e filosófica que ultrapassasse os dualismos entre a jurisprudência antiquarista e prática e a especulação jus-racionalista. No (Lehrbuch eines civilistischen Cursus e Lehrbuchdesheutigenrömischen Privatrechts) Hugo prosseguiu este programa”.*

Este tipo de pensamento acabou por dar origem a uma Escola de pensamento jurídico que acabou se afirmando na ‘pré’ Alemanha dos séculos XVIII e XIX através da figura de um outro eminente jurista alemão, Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) e que se denominou de Escola Histórica do Direito.

---

<sup>26</sup> HUGO, Gustav. *“Lehrbuch eines civilistischen Cursus”* (1792-1821). (*“Manual de um Curso Civilista”*). 7 Volumes

### **3.2 Direito como manifestação de uma consciência coletiva**

Abordaremos aqui a história do Direito na época em que a Alemanha passava por uma mudança social, advinda de uma revolução intelectual que se operou por toda Europa, a partir do final do século XVII, quando a revolução industrial e o cientificismo deram a tônica de uma nova e expressiva forma de pensar e de agir do homem. Um momento em que o Direito natural, que teve o seu ápice como sendo aquele que poderia ser válido universalmente, com igual eficácia e de modo imutável, base do pensamento filosófico jusnaturalista, foi confrontado por um pensamento antagônico que o descaracterizaria e incentivaria a sua separação gradativa entre o campo da Fé e o da Razão.

Quando o cientificismo e o racionalismo passam a ser a base de toda ciência, afastando a crença nas leis divinas emanadas de Deus, ser supremo, para dar lugar ao pensamento iluminista, para o qual somente através da Razão o homem atingiria o grau de conhecimento, eis que surge na Alemanha, com o jurista G. Hugo, a Escola Histórica do Direito (1764-1844) que atingiria o seu auge no pensamento filosófico-jurídico com o jurista alemão, Friedrich Carl von Savigny (1779–1861).

O historicismo marcou o pensamento alemão durante o fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, em um momento de grande simpatia pelo movimento do romantismo que inspirava a valorização da tradição, do sentimento e da sensibilidade no lugar da Razão. O Direito seria, então, visto não como um resultado do pensamento racional, mas antes como um conhecimento histórico e espontâneo próprio de cada povo.

A Escola Histórica do Direito alcançou o seu apogeu na disputa histórica sobre a codificação, travada entre os juristas Friedrich Carl von Savigny e o jurista Anton Justus Thibaut (1772– 1840). Esta disputa como fruto, em época mais tardia, resultou na Codificação do Direito privado da Alemanha. Foi a escola histórica do Direito, precursora do positivismo jurídico, que defendeu a observância da lei como fonte primária do Direito.

Até ao final do século XVIII as escolas centravam-se no conceito de que o Direito é fruto de uma vontade política, nascendo e desaparecendo de acordo

com o momento histórico vivido. Não existia, pois, o olhar inverso, onde a sociedade poderia ser vista como um elemento fundamental na criação de normas, e do próprio Direito visto como conhecimento histórico e espontâneo, próprio de cada povo. Pretende-se, então, aqui, através dos autores que serão abordados, compreender como a partir da Escola Histórica, o Direito passou a ser compreendido como a manifestação de uma consciência coletiva e a historicidade como um elemento essencial na compreensão da evolução do Direito.

Com uma visão diferente no próprio ramo da sociologia, as Escolas positivas de caráter sociológico observam essas questões sob dois ângulos: de dentro para fora do Direito, e o que vem de fora (sociedade) para dentro da ciência do Direito. São várias as escolas que procuram explicar a Ciência Jurídica, entre elas, a Escola Jusnaturalista, a Escola Teleológica, a Escola Racionalista, a Escola Histórica do Direito, a Escola Marxista e a Escola Sociológica do Direito. Não iremos abordar o pensamento de todas essas escolas, mas apenas daquelas cujo pensamento, e cujos pensadores, contribuíram de alguma forma para uma visão diferenciada do Direito como manifestação de uma consciência coletiva. Estas referências serão importantes para a compreensão da visão filosófico-jurídica da Escola Histórica do Direito, e para, posteriormente, compreendermos da sua importância para a visão 'quase' sociológica do Direito que Tobias Barreto advogava contra o modelo naturalista/cientificista vigente ainda como paradigma dominante no Brasil do século XIX.

As escolas sociológicas positivas surgem levantando questões que antes não eram consideradas prioritárias ou simplesmente não traziam pertinência à questão da realidade do Direito. Os precursores dessas escolas vinham questionando quem fazia o Direito? Para que ele existia? Porque hoje uma norma é válida, e em outro momento não há mais aplicação para ela? Qual a realidade do Direito? Qual a ligação que o Direito tem com a realidade daqueles que necessitam dele?

A Escola Sociológica do Direito defende que a sociedade possui uma realidade específica oriunda da vontade política que entende que o Estado cria

e impõe direitos e comportamentos sociais, visando o convívio em sociedade. Esta escola admite que o Direito, em si, é fruto de consequências históricas na atualidade da sua aplicação sendo possível a modificação deste no decorrer do tempo, mas, apenas as escolas sociológicas de pensamento positivo, tem o olhar voltado para a sociedade em si, no homem como produto e criador do seu habitat.

De acordo com Sabadell (2017:33), *“as escolas positivistas entendem o direito como um sistema de normas (regras), que regulam o comportamento social. Regular o comportamento social significa influenciar e mudar o comportamento da pessoa”*.

Os filósofos Thomas Hobbes (1588-1679), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Hans Kelsen (1881-1973) elaboraram diferentes teorias positivistas. Hobbes opoñdo-se a Grotius, não considera a solidariedade como um atributo natural do homem. Ele afirma que é necessário estabelecer determinados limites para que o homem possa conviver na sociedade. Para Hobbes é melhor um Direito elaborado pelo homem do que as “verdades” do Direito natural. Rousseau por sua vez, deposita a validade do Direito nas mãos do povo. Ele afirma que foi concebido um pacto social pelos homens para evitar a injustiça e a guerra. Já Kelsen desconhece as forças sociais que criam o Direito pois para ele existem apenas as normas jurídicas.

Essas escolas positivistas passam a estudar sobre questões inerentes a temas sociológicos, onde se questiona o ‘para quê’, e o ‘para quem’. Essas questões trazem o olhar desses pensadores para aqueles que são os verdadeiros utilizadores dessas normas, que são as pessoas, os grupos sociais ou a sociedade como um todo. Um dos primeiros a observar que o ‘habitat’ era o molde do povo que o habita, foi Montesquieu. Em sua obra o Espírito das Leis, ele deixa claro que os eventos históricos, o clima, a geografia, a religião e a organização social eram os elementos criadores do tipo de sociedade em que cada povo vive. Com isso, ele voltou os olhos para a organização social dos povos e para a forma como politicamente e juridicamente eles funcionavam. Montesquieu foi um precursor indireto desse olhar sociológico que estaria tão presente nessas Escolas Sociológicas de pensamento positivista e, como

exponemos mais à frente, virá a estar presente, também, no pensamento de Tobias Barreto sobre o que a sociologia deveria ser, como ciência baseada na compreensão, particular, empírica, indutiva e política, diferente, portanto, dos modelos naturalistas do seu tempo. Neste sentido, e de acordo com Sabadell (2017:9), Montesquieu declara que:

*“Por serem os povos diferentes entre si, não haveria como ter apenas um único modelo de Direito que fosse adequado e equilibrado para todas as sociedades, em razão exatamente destas diferenças substanciais encontradas em cada um desses povos, onde a ideia do justo é diferente para cada tipo de organização social” (cit. em SABADELL, 2017:9).*

O filósofo Montesquieu fundamenta suas análises em pesquisas sobre os sistemas jurídicos de várias épocas e países, numa abordagem do direito que Ana Lucia Sabadell denomina de relativista (SABADELL, 2017).<sup>27</sup>

Quando Montesquieu afirma que cada povo tem sua forma de viver, ele também acredita que este povo possui as suas próprias regras e normas adequadas a esse contexto organizacional. Deste modo, para Montesquieu, qualquer norma de Direito que viesse de encontro a essa cultura enraizada naquele meio social, seria considerada como uma forma de tirania, e não seria aceita ou cumprida pela sociedade que fosse tiranizada.

Em pleno século XVIII, estas teorias de Montesquieu eram extremamente diferentes do que normalmente era seguido. Essa revolução teórica causada pelas ideias de Montesquieu, abriram espaço a um novo pensamento jurídico e fez com que os olhares dos pensadores se voltassem para o estudo das questões sociais.

---

<sup>27</sup> SABADELL, Ana Lucia. (2017). *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.

A razão de invocar aqui Montesquieu<sup>28</sup> deve-se à visão revolucionária da sua teoria sobre como as questões sociais e ambientais interferem na sociedade, e ao interferir nesta acabam também por interferir no regramento jurídico-social, sendo por isso considerado por muitos autores como um dos pais da sociologia e do olhar sociológico do Direito. No contexto deste trabalho ele se inscreve, portanto, como uma das figuras que influenciaram o pensamento filosófico-jurídico de Tobias Barreto, e por esse motivo se dedicará agora uma atenção particular a este autor.<sup>29</sup>

Ele escreveu um compêndio chamado “O Espírito das Leis”, dividido em três partes. Uma sobre as formas de governo, outra sobre a influência do meio social no homem, e por último como se formam as normas. Ele tem como origem de pensamento os clássicos filosóficos, ficando clara a influência de Aristóteles em suas obras, seja na continuação de uma ideia clássica social ou contrapondo em muitos casos suas afirmações.

As ideias expressas nessa obra podem-se resumir da seguinte maneira: As leis escritas ou não, que governam os povos, não são fruto do capricho ou do arbítrio de quem legisla. Ao contrário, decorrem da realidade social e da História concreta própria ao povo considerado. Não existem leis justas ou injustas.

---

<sup>28</sup> Montesquieu foi um político, filósofo e escritor francês. Crítico feroz da monarquia absolutista decadente e do clero católico. Tornou-se famoso pela sua teoria da separação dos poderes, que se tornou parte integrante de várias constituições de todo o mundo.

<sup>29</sup> “Para a construção de suas ideias, elaboradas em uma linguagem refinada a demonstrar que possuía um nível de estudos considerável, Tobias Barreto menciona as teorias de Benjamin Constant, segundo a qual o poder real deveria ser um poder neutro, protegendo, balanceando e restringindo os excessos dos outros poderes ativos (o executivo, o legislativo e o judiciário), e Montesquieu, com o sistema dos checks and balances.” In: CARVALHO, Nathalie de Paula. (2020) *Tobias Barreto, um Iluminista Radical Brasileiro?* (Consultado a 28.05.2020: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c65d7bd70fe3e5e3>). *Checks and Balances*: Montesquieu escreveu que o poder do governo deveria ser dividido em três ramos e cada ramo poderia “verificar” os outros ramos para “equilibrar” o poder, usando um sistema de freios e contrapesos para que nenhum ramo obtivesse demasiado poder.



O que existe são leis mais ou menos adequadas a um determinado povo e a uma determinada circunstância de época ou lugar. O autor procura estabelecer a relação das leis com as sociedades, ou ainda, com o espírito dessas.

Neste sentido, o pensamento de Montesquieu insere-se na linhagem do pensamento sociológico do direito que podemos encontrar na Escola Histórica do Direito e no pensamento historicista evolutivo do direito brasileiro de Tobias Barreto, com repercussão direta na Constituição Brasileira, e daí o interesse de conhecermos um pouco mais da sua teoria e do seu pensamento.

Segundo Montesquieu<sup>30</sup> os regimes de governo dividem-se em três categorias, República, Monarquia e Despotismo e cada regime vem de acordo com o perfil do povo que nele se apoia. A República traz a virtude, a Monarquia a honra, e o Despotismo o medo, sendo esse último oriundo de uma sociedade de quase homens, inundados pelo sentimento essencial e primário da humanidade que é o medo tornando-os incapazes de serem homens completos.

Como estudante da ciência do direito, o que mais me chamou a atenção nas ideias de Montesquieu foi sobretudo a ideia de adicionar os sentimentos e as vontades políticas a um entendimento específico das diferentes culturas e costumes, e a sua relação com as diferentes formas de governo. Assim, num estado perfeito e teórico, a república enquadrar-se-ia no respeito mútuo a cada indivíduo em prol de uma coletividade de virtudes morais e de respeito.

---

<sup>30</sup> O Autor também faz uma classificação de formas de governo atrelados ao tamanho do território, onde o menor se enquadra na república, o intermediário a monarquia, “aos olhos do rei”, e o maior, um estado despótico, onde só assim, seria possível manter-se uma ordem social. Convém acrescentar o terceiro critério, o do princípio do governo. Um tipo de governo não é suficientemente definido pela característica quase jurídica da detenção da força soberana. Cada tipo de governo é também caracterizado pelo sentimento, à falta do qual não pode durar nem prosperar. Ora, segundo Montesquieu, há três sentimentos políticos fundamentais, cada um deles assegurando a estabilidade de um tipo de governo. A república depende da virtude, a monarquia da honra e o despotismo do medo.

Segundo Montesquieu (1966:257):<sup>31</sup>

*“O governo monárquico supõe, como o dissemos, proeminências, categorias e até mesmo uma nobreza de origem. A natureza da honra é pedir preferências e distinções. Encontra, pois, dada a coisa em si mesma, o seu lugar neste governo. A ambição é perniciosa numa república. Tem bons efeitos na monarquia; é ela que dá a vida a este governo, e com a vantagem de não ser nele perigosa, pois pode ser continuamente reprimida.”*

Na monarquia existiria o sentimento de honra, amor a pátria, de sacrifícios em prol da nacionalidade e do respeito à tradição. Entretanto, a virtude não se enquadra nesse modelo de regime político. De acordo com Raymond Aron (2000:33-45):

*“Se a virtude na república é o amor das leis, a dedicação à coletividade, o patriotismo, para empregarmos uma expressão moderna, desemboca em última análise num certo sentido da igualdade. Uma república é um regime no qual os homens vivem para e pela coletividade, no qual se sentem cidadãos, o que implica que sejam e se sintam iguais uns aos outros”.*

Essas duas formas de governo, a república e a monarquia, são classificadas como moderadas, porque se fundamentam em normas que regulam e limitam o poder governamental. Por outro lado, o despotismo não se atém a regras, a limites ou a respeitos individuais ou sociais, é o governo de um homem só, sem regras, onde a inexistência de regulamentação de controle leva ao medo e à subordinação. Ainda segundo com Raymond Aron (2000:33):

*“Em última análise, no pensamento político de Montesquieu, a oposição decisiva é entre o despotismo, em que cada um tem medo de todos os outros, e os regimes de liberdade, nos quais nenhum cidadão tem medo dos outros. Esta segurança que a*

---

<sup>31</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Chistina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

*cada um dá a sua liberdade, Montesquieu exprimiu-a diretamente e claramente nos capítulos consagrados à constituição inglesa, no livro XI. No despotismo, subsiste apenas um limite ao poder absoluto daquele que reina, a religião; e mesmo essa proteção é precária”.*

Respeitando o autor e o pensamento sociólogo de Montesquieu e levando em consideração o tempo histórico e a sua vida pessoal neste período em que compilou suas ideias na obra “O Espíritos das Leis” e analisando os sentimentos que mantem os regimes políticos em sua extensão territorial de forma fixada e inexorável, acredito que valha a pena pensarmos e refletirmos que a sociedade não é fixa e sim, dinâmica, à semelhança dos seres em constante movimento, desejosos que somos do novo. Estamos sempre à procura do preenchimento dessas necessidades de forma individual e conseqüentemente coletiva, não somos seres gregários, e sim, energias pulsantes em constante movimento, esses movimentos nos tornam sempre detentores do novo, sejam novos conhecimentos, novas necessidades, sentimentos ou novas conquistas. Não somos imutáveis e conseqüentemente a sociedade é a mola geradora do movimento da mudança, é o sentimento, político ou não, confortável ou desconfortável, individual ou coletivo, que nos fará ter sempre a necessidade de mudança constante e ininterrupta.

Com isso, chegamos à questão relacionada com o facto de o sentimento nacional ser um dos pilares para a manutenção imutável de um regime de governo.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Voltando à imutabilidade territorial podemos ver, buscando agora na história, que o mundo tem um histórico de conquistas, derrotas, guerras, escravidão, o homem vive em constantes mudanças, vive na busca incessante da riqueza material, sempre em busca do aumento territorial dos Estados. Seja pelo poder, por maiores riquezas, ou segurança o homem até hoje, traz em si, a necessidade da conquistas de novos territórios, daí devemos pensar que a imutabilidade territorial não faz parte da índole humana, se assim fosse, estaríamos todos à procura dos estados despóticos e estaríamos todos submissos pelo temor, e sabemos que o sentimento que segue à necessidade de mais territórios não se enquadra somente nesse sentimento de conquista, e sim na vontade de se saciar por e através do poder, o que faz com que essa conquista se dê. O medo, com certeza não está nos sentimentos primários da maioria dos povos conquistadores, mas sim nos dos conquistados.

Como é isso possível? Se a sociedade é volátil, as mudanças são constantes e necessárias para a sobrevivência humana. Historicamente falando, daí advém nossa sobrevivência, o que pode ser visto através da Cultura que é moldada pelo ambiente externo, como diz Montesquieu, e pelos eventos históricos também, como diriam mais tarde os precursores da Escola Histórica do Direito, e a própria Cultura como acrescentaria Tobias Barreto. Os povos conquistadores não mudam a cultura das sociedades que compõem os Estados menores conquistados. A raiz histórica, filosófica, religiosa, comportamental dessa cultura é inerente àquele povo conquistado. Essa cultura independe da quantidade de faixa territorial que se disponha, ela é um legado do passado social. O conceito de Cultura é mais amplo que o de Civilização.

A este propósito Tobias Barreto (2001, 1977:14) refere que:

*“A cultura em oposição à natureza é o processo geral da vida, apreciado, não segundo a relação de causa e efeito, mas segundo a de meio e fim. Ela é o desenvolvimento vital, pensando como alvo e até onde chegam os meios humanos, tratados também como alvos; é a vida mesma considerada no ponto de vista da finalidade, como a natureza é a vida considerada no ponto de vista da causalidade”.*

Se é certo que os Estados que vivem sob o regime despótico se alimentam do medo, também é certo que ninguém, nem mesmo o animal mais irracional, sobrevive muito tempo gerindo esse sentimento. A mudança social não acaba, o tempo é inexorável e implacável, e obriga-nos como seres sociais a mudar, e o sentimento que se sobrepõe ao medo é a raiva. E ela sim, pode ser classificada como o real sentimento impulsionador da mudança política, social e individual. Esse facto leva-nos a acreditar que, os Estados despóticos terão dia para começar e dia para acabar devido ao natural movimento social que vivemos, de acordo com o pensamento que o Estado não faz o Direito, mas, pelo contrário, é a sociedade com os seus costumes que faz o Estado. E como o Direito e a Justiça deveriam andar idealmente de mão dadas com os movimentos sociais, a normatização, seja em que modelo for, acaba por surgir advindo da necessidade humana de uma lei maior: a de sobrevivência, respeito e harmonia

social de acordo com a realidade e pensamento daquela sociedade em questão. Lei essa, que dará origem a uma normatização com metodologias aplicadas, não a sentimentos fixos pois eles não existem, mas à Cultura do povo em cada Estado, pois, essa sim, sua história, suas origens, suas crenças e sua criação artística e cultural, será a linha condutora do nascimento de uma metodologia que será sempre aplicada à evolução deste povo, ao serviço deste, e em respeito a premissas básicas de sobrevivência e respeito ao seu período maturacional.

Montesquieu era um entusiasta da causa social e política, viveu a vida com uma busca incessante a estudar e formular seus princípios, passou vinte anos a produzir sua grande obra “O Espírito das Leis” sendo sua premissa maior a tarefa do professor o de instruir, mudar, reformular pensamentos e comportamentos na busca de um ideal social e político.

Para ele o ânimo de cada sociedade e suas formas de governo assim como seu território, clima, civilidade e moral política deveriam ser compreendidas a fundo, para então, se estabelecer diretrizes de conduta, não com a ênfase radical de mudanças, mas sim, de uma compreensão de funcionamento e respeito a esse circuito que advém do interno social para o externo deste em forma de características de políticas distintas, encontradas hoje no estudo da ciência da sociologia.

Ele acreditava, e nisso se baseia seu interesse e estudo, que era instruindo o homem, um ser naturalmente flexível que se levava este ao encontro da moral, do amor a si próprio e da sua nação. Fazendo aqui um esclarecimento já que o autor não utilizava o termo moral na conjetura de moral cristã, e sim na de moral política de respeito ao outro e na virtude política de amor a sua pátria. Para Montesquieu<sup>33</sup> o conhecimento, e a falta dele, moldavam toda uma nação e a levava à escolha e aceitação da sua forma de organização política, social e jurídica.

---

<sup>33</sup> “É procurando instruir os homens que se pode praticar esta virtude geral que compreende o amor de todos. O homem, este ser flexível, dobrando-se na sociedade aos pensamentos e às impressões dos outros, é igualmente capaz de conhecer sua própria natureza, quando ela lhe é mostrada, e de perder até seu sentimento, se ela lhe é ocultada” (MONTESQUIEU, O Espírito das Leis II:315).

No capítulo I, do seu livro dois, ele começa por falar das leis e do seu envolvimento com outros seres. Para Montesquieu a lei é obrigatória em todas as cadeias de existência viva, ela é necessária para os homens e para os diversos animais, pois sem ela não seria possível a sobrevivência. Já que é a lei que impõe as normas da convivência e conseqüentemente de sua sobrevivência.

Montesquieu inicia, assim, o movimento de formulação da necessidade de organização, criação e sistematização legislativa, e que a norma deve ser pensada pelo homem. Sendo essa a diferença do homem para os outros seres vivos, pois essa racionalização da norma advém da inteligência humana, o que o diferencia dos outros animais.

Fica claro nesta explanação sobre o pensar de Montesquieu a razão pela qual ele é considerado o pai da Sociologia, e deste olhar do Direito sobre a sociedade, pois para ele o homem é produto da sua sobrevivência entre os demais, dando origem à sociedade moldada por todos os agentes externos, transformadores do ser individual, e atuando diretamente na movimentação social. Ele aproxima a ciência da sociologia da sociologia do direito, ao trazer para o homem a responsabilidade de ser racional na sistematização da normatização do comportamento para o bem-estar social, sendo que esse carrega a característica inerente à historicidade de cada povo.<sup>34</sup>

Neste sentido a Escola Histórica do Direito pode, ela também, ser considerada uma escola de olhar sociológico por aderir à espontaneidade do nascimento do Direito que advém da sociedade e a partir das suas tradições populares e culturais,<sup>35</sup> como manifestação de uma determinada consciência

---

<sup>34</sup> Como já foi referido, Montesquieu foi um precursor indireto desse olhar sociológico que estaria já de alguma forma presente na Escola Histórica do Direito e nas Escolas Sociológicas de pensamento positivista e, como exporemos mais à frente, virá a estar presente, também, no pensamento de Tobias Barreto sobre o que a sociologia deveria ser, como ciência baseada na compreensão, particular, empírica, indutiva e política, diferente portanto dos modelos naturalistas do seu tempo. Daí a importância da referência à teoria de Montesquieu e do seu pensamento no âmbito desta Tese, de uma forma um pouco mais alargada.

<sup>35</sup> *“Neste sentido, pode-se afirmar que a história do Direito deve ser vista como parte da história cultural, eis que uma cultura não pode ser imaginada sem leis”*. AZEVEDO, Plauto Faraco de. (1979). *Limites e Justificação do Poder do Estado*. Petrópoles: Vozes. Segundo Wieacker (1967:439), o Direito aparece para Savigny *“como parte da cultura global, e a história do Direito, portanto, como história da cultura global*.

coletiva. A Escola Histórica do Direito faz uma leitura social dos fenômenos jurídicos, que será a base da sociologia jurídica moderna.

Com o seu “Manual do Direito Natural enquanto Filosofia do Direito Positivo”, em 1798, Gustav Hugo,<sup>36</sup> representante da Escola Histórica do Direito, trouxe o Direito para o âmbito das ciências sociais, recusando tudo que fosse meramente saída da razão pura e abstrata e afirmando que, por isso, o jus-naturalismo não tinha seriedade, e por isso não deveria ser seguido, pois que as leis não são a única fonte do Direito.

A este propósito, Franz Wieacker (1967:432), afirma que:

*“Hugo considerava as ‘especulações gerais’ completamente inúteis para a legislação, uma vez que neste plano não se podiam fazer ‘experiências. (...) Com toda a sobriedade, Hugo teve uma participação muito importante nos esforços dos maiores espíritos do seu tempo no sentido da construção de uma ciência jurídica autônoma ao mesmo tempo histórica e filosófica que ultrapassasse os dualismos entre a jurisprudência antiquarista e prática e a especulação jus-racionalista”.*

Com esse posicionamento, Gustavo Hugo, no século XVIII, começou a pensar em criar uma ciência jurídica autônoma. Gustavo Hugo foi um dos

---

*Neste ponto, é um discípulo da filosofia da história de Herder; para Herder, os povos são executores de um plano de evolução da história da humanidade que aponta para a realização plena da humanidade. No entanto, Savigny vê a cultura (...) como uma tradição espiritual, ou mesmo – de uma forma para nós surpreendente – como uma tradição literária (‘história da literatura’); (...). Quem não atender a isto corre o risco de confundir o “espírito do povo” de Savigny com um fundo biológico ou uma realidade social e não como uma tradição cultural e, a partir daqui acusar o seu programa de inconsequente”.*

<sup>36</sup> Gustavo Hugo, nascido em Lörrach, estudou desde 1782 em Göttingen, ensinou desde 1788 e tornou-se professor logo em 1792 na mesma universidade, onde permaneceu com uma influência científica em rápido crescimento e com uma veneração geral até o fim de sua vida. Ultrapassado pelos subsequentes nomes da escola histórica, nomeadamente por Savigny, não permaneceu insensível a esta evolução que fez recuar a sua importância autônoma, para a reforma da ciência jurídica civilista, pelo menos na consciência dos seus contemporâneos. Esta importância reside na crítica firme do jus-racionalismo, na sua participação na construção de uma teoria autônoma do direito positivo e na ampliação da investigação até aí antiquarista no sentido de uma exposição de conjunto da história do direito romano a partir da sua lógica interna (WIEACKER, 1967:431)

fundadores da Escola histórica e forte oponente das ideias jus-racionalistas e criador da ciência civilista orientada historicamente. Nascido em Lörrach, tornou-se professor na Universidade de Gotinga onde ficou por toda vida lutando pelo cientificismo jurídico, era um incansável estudioso das fontes. Tinha também um conhecimento profundo da situação social, política e cultural alemã, e como discípulo de Kant foi um crítico feroz ao racionalismo abstrato e doutrinário do jusracionalismo. Pregava que toda matéria jurídica era dominada pela metodologia da teoria da ciência, substituindo assim o Direito natural que, segundo ele, deveria ser um elemento filosófico da ciência jurídica. Gustavo Hugo foi um dos maiores responsáveis pela luta e implantação da ciência do Direito. Ele estabeleceu as bases da crítica ao jus-naturalismo racionalista a partir da noção de Direito como fato histórico peculiar à cultura de um determinado povo, sua tradição e sua história, professando uma ciência jurídica autônoma, histórica e filosófica. Considerava toda deliberação que fosse abstrata e generalista sem fundamento científico na esfera do Direito. Todo o jus-naturalismo iluminista que apresentava essas características foi considerado por ele como inapropriado e sem cientificidade.

Gustavo Hugo foi um dos fundadores da Escola Histórica do Direito e forte oponente das ideias jus-racionalistas e criador da ciência civilista orientada historicamente. Gustavo Hugo olhava a história, sua evolução, e o impacto social causada por ela como produto primordial para as ciências jurídicas. Na sua obra já se encontra a construção conceitual do conteúdo do Direito positivo de acordo com um sistema interno, preservando a realidade e o olhar para as questões sociais. Foi, como se disse, um dos fundadores da Escola Histórica do Direito e forte oponente das ideias jus-racionalistas e criador da ciência civilista orientada historicamente. Olhava a história, sua evolução, e o impacto social causada por ela como produto primordial para as ciências jurídicas.

Um outro grande representante desta corrente jurista Friedrich Carl Von Savigny, traz a ideia fundamental de que a evolução do sistema jurídico é determinada pela presença de um espírito peculiar (Volksgeist), ou opinião da nação (Meinung der Nation), onde, segundo ele, se encontram todas as manifestações de uma nação, inclusive o próprio sistema jurídico. Para Savigny, o direito nasce do espírito do povo, dos trabalhos intelectuais nacionais, estudos



do direito de raiz e sua sistematização, obras literárias, música e poesia que exprimem e preservam a cultura popular. A Escola Histórica do Direito tem como metodologia fazer uma leitura social dos fenômenos jurídicos, o que é, no fundo, a base da sociologia jurídica moderna.

Segundo Sabadell (2017:42):

*“A Escola Histórica aproxima-se de uma concepção sociológica do Direito, na medida em que considera importante o surgimento espontâneo do direito nas tradições populares, demonstrando assim, um particular interesse pelas pesquisas das tradições jurídicas.”*

Friedrich Carl Von Savigny<sup>37</sup> nasceu em 1779 em Frankfurt e faleceu em 1861, ficando conhecido no território Alemão e por toda a Europa. Muito conceituado, Savigny tem suas obras constando no patrimônio da literatura nacional alemã, e se mantinha no propósito de se preservar o que já existia no cerne cultural e político-jurídico. Ele foi responsável por importantes mudanças na renovação da ciência do direito. De acordo com Wieacker (1967:438):

*“...seu programa deve ser interpretado do ponto de vista dessa finalidade. O tratamento histórico da ordem jurídica vigente consiste para Savigny - já de acordo com o testemunho dos seus primeiros companheiros de método de Marburgo - no completo empírico-positivo do tratamento filosófico, ou seja, sistemático e jurídico-teórico, a partir do qual a ciência da legislação (como Savigny então ainda a designava) se tornava uma ciência.”*

O conceito para Savigny sobre força histórica vinha do espírito do povo, era a transformação, no decorrer do tempo, da cultura desse povo encontrada nos seus costumes, nas artes, na literatura, e na música. Era uma força intrínseca e impulsionadora, construída por anos de costumes e modificações

---

<sup>37</sup> Friedrich Carl Von Savigny foi professor de Direito Romano na Universidade de Landshut e em seguida Professor de Direito romano na Universidade de Berlim. Foi professor do príncipe herdeiro Friedrich Wilhelm, conselheiro do Estado, e dirigiu o ministério da legislação, e formalmente foi o maior representante da Escola Histórica do Direito.

naturais, oriunda de eventos históricos, e que construía a alma – ‘*ánimus*’ - do povo e da sociedade. Isso era estudado através da História do Direito Romano na idade média, as histórias dos manuscritos e livros que eram fontes desse Direito.

Savigny, além de um grande jurista, foi também um reconhecido político,<sup>38</sup> e por isso a Escola Histórica do Direito pode ser considerada, também, uma escola com um olhar social de carácter político. Ele defendia que há uma variedade de homens, pois que existe uma variedade histórica que os molda. Eles são mutáveis, vivem em constante mudança, uma vez que, o ambiente à sua volta sofre mutações, que os influencia. Deixando claro que para ele a história não é razão, cálculo, avaliação racional, pois, essa não é a essência do homem. Com essa ideia de historicidade procura rebater o pensamento jusnaturalista Iluminista que afirmava que o Estado Racional e Iluminado foi criado para corrigir os inconvenientes dos estados irracionais da natureza.

Essa é a diferença fundamental entre o iluminista e o historicista, enquanto aquele acredita que a racionalidade do homem pode mudar o mundo, o historicista não acredita nessa possibilidade, e crê que as coisas são como são, que a vida é intercalada por miséria, soberba, avareza, lascívia, vícios religiosos, morais, leis, privilégios... que isso é a natureza do homem e através disso ele constrói a história.

Neste sentido, o marxista Hungaro Lukács (BOBBIO, 2006), fala mesmo de pessimismo antropológico inerente ao pensamento da Escola Histórica do Direito já que é uma corrente que defende a irracionalidade da história devido ao carácter mutável do homem que a escreve, e onde o trágico passa a fazer parte de um contexto normal e aceite como tal. Como diz Burke (1790:53):

*“A história consiste em grande parte na miséria, que a soberba, a ambição, a avareza, a vingança, a lascívia, a revolta, a hipocrisia, a avidez descontrolada, e as paixões desenfreada espalharam pelo mundo...Tais vícios são as causas dessas tempestades. Religião, moral, leis,*

---

<sup>38</sup> Na política alemã, Savigny foi Ministro da Justiça entre 28 de fevereiro de 1842 e 30 de março de 1848.

*privilégios, liberdades, direito dos homens são os pretextos dos quais se servem os poderosos para governar a massa humana mobilizando e jogando suas paixões”.*

O historicismo surgiu, como foi dito entre os séculos XVIII e XIX na Alemanha. Essa escola teve, como acabamos de ver, como expoentes máximos Savigny e Gustavo Hugo que foram responsáveis, em primeira instância, pelo desacreditar do Direito natural na Alemanha, devido a suas críticas ferozes a esse tipo de pensamento.

Essa corrente de pensamento historicista desenvolveu-se bastante na Alemanha, principalmente por seu caráter conservador e de aceitação, pois historicamente a Alemanha foi um país que constantemente teve que se reinventar, e renascer das brumas em virtude de todos os seus dramas históricos. E para isso nada melhor do que o pensamento e a aceitação da premissa de que os acontecimentos ocorridos na vida durante sua história, são inevitáveis, e o espírito do homem deve se fazer mutável pela sua natureza para sobreviver e continuar na linha da própria da vida.

Assim, segundo Bobbio (2006:45), as características básicas do historicismo são: o princípio da individualidade e variedade do homem, o da irracionalidade das forças históricas, o do pessimismo antropológico, e o do amor pelo passado e sentido da tradição, e pelo valorizar das manifestações culturais da sociedade em que vivem. No entanto, e apesar da falta de otimismo por mudanças no futuro, os adeptos do historicismo acreditavam que no período histórico em que viviam, a alma humana e suas instituições estavam viciadas e corrompidas.

Cultivavam, portanto, um verdadeiro orgulho do passado e acreditavam que teria sido a época onde se teria vivido de forma mais pura e com menos vicissitudes. Aí estaria a verdadeira essência inicial da civilização que idealizavam como algo que infelizmente não voltaria mais. Esse pensamento encontra-se bem desenvolvido em Justus Möser (1720-1794) que será citado mais tarde por Savigny como um dos precursores das suas ideias.

Como vimos, o fim da revolução francesa, no século XIX, trouxe, também, uma mudança relativa à percepção do tempo, que teve como consequência a redescoberta da história que a levou em duas direções: uma voltada em direção ao futuro e outra fazendo uma reconstrução do passado. A burguesia francesa confiava na razão e na capacidade dos homens de fazerem a história do futuro, em sentido contrário, e em paralelismo com a resistência da aristocracia alemã, o historicismo acreditava nas virtudes do passado e na reconstrução do presente a partir desse passado.

Entretanto Kant e Hegel viram na Revolução francesa a confirmação da teoria de progresso moral da humanidade. Para eles, e segundo Reis (2002:2), a revolução francesa representava a chegada da Razão à história:

*“Justiça, ordem, liberdade, moralidade. Ela revelara o sentido do trabalho humano ou do espírito: a construção de uma sociedade racional, moral”.*

Por outro lado, com a queda da Bastilha, iniciou-se uma grave crise moral, levando a acreditar-se que somente a filosofia positiva a poderia resolver. Era esta a opinião de Comte (1798-1857), filósofo francês e um dos pensadores mais relevantes do seu tempo, aceso defensor e fundador da Sociologia e do Positivismo, que se debateu com o pensamento jurídico dominado pelo Jus-naturalismo de cunho racionalista, conhecido por Jus-naturalismo iluminista, que não teria, segundo ele, feito mais do que desestruturar as instituições sociais, base do funcionamento ordenado da sociedade. Nesse sentido, Augusto Comte chamaria pejorativamente aos Iluministas de “Doutores da Guilhotina”, para dizer que tudo o que a Revolução Francesa tinha conseguido fazer, tinha sido decepar cabeças e ideias.

Os países de tradição romano-germânica, ao contrário, foram influenciados pelo romantismo que considerava que as normas jurídicas se originavam no passado e na evolução histórica dos costumes e das crenças dos povos e através das suas manifestações culturais. Em razão do antagonismo na forma de pensar, alguns historicistas opuseram-se à revolução francesa como produto da legitimação racional e filosófica do devir das sociedades, a partir de

ruturas históricas que ignoravam as tradições e os vínculos evolutivos dos povos particulares e seus costumes.

Segundo José Carlos Reis (2002:2):

*“A Escola histórica alemã buscava no passado uma justificação das instituições feudais, ainda predominantes no presente. Ela pesquisa as origens históricas das sociedades para mostrar que toda instituição nascida e desenvolvida na história era válida nela mesma, e não precisava da “Razão” para se legitimar”.*

Os intelectuais do direito envolvidos nesta atmosfera, talvez incitados a uma reação resultante de um longo período da idade média onde qualquer tipo de pensamento científico teria que dar espaço ao Direito divino, devido à forte influência da igreja no meio social geral que fazia crer que o Direito positivo, de influência e herança Tomista,<sup>39</sup> era apenas a obra dos homens e que acima deles havia Deus o verdadeiro criador do Direito “natural”,<sup>40</sup> passaram a lutar bravamente contra o Jus-naturalismo Iluminista, acreditando que o Direito não seria objeto de uma ciência exata ou natural, mas que as normas jurídicas se originavam na evolução histórica dos costumes e crenças dos povos, e através das suas manifestações culturais, aí incluindo as filosófico-jurídicas.

---

<sup>39</sup> Já na Idade Média, desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivos que, por orientarem e limitarem o poder, atuam como critérios de legitimação do seu exercício. De particular relevância, foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino, que, além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respetivamente, pelo Direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo Direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito da resistência da população (SARLET, 2009:38).

<sup>40</sup> Segundo Abelardo (Patr. Lat., 178:1656), a característica do Direito positivo seria a de ser posto pelos homens, em contraste com o Direito natural que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza ou o próprio Deus (BOBBIO, 2006:19).

### 3.3 Conceito de Direito no Pensamento Historicista

Como já foi referido, o advento da revolução francesa trouxe para o pensamento jurídico a hegemonia do Jusracionalismo Iluminista que passou a imperar na Europa a partir do século XVIII, e que trouxe a supremacia da Razão e das escolas de pensamento que se centravam no conceito de que o Direito seria natural e imutável, fruto de uma vontade política, e de uma razão legisladora. O cientificismo e o racionalismo passaram, assim, a ser a base de toda ciência afastando a crença nas leis divinas emanadas do Deus Pai todo poderoso, para dar lugar ao pensamento iluminista para o qual somente através da Razão o homem atingiria o grau de conhecimento necessário para a formulação de um Direito capaz de servir o equilíbrio e a paz social. Não havia, pois, nesta visão racionalista do Homem, do Universo, e do Direito, espaço para o olhar inverso, onde a sociedade tivesse um papel fundamental na criação do Direito que viria nascendo e desaparecendo de acordo com o momento histórico vivido.

Como vimos, também, anteriormente, a situação que se vivia nos diversos territórios alemães era bem diferente, politicamente, da vivida em França, já que nestes territórios não tinham acontecido revoluções liberais, ou de outra origem, que tivessem colocado a burguesia no poder, ou transformado de alguma forma a ordem social aí existente. O movimento intelectual nesses territórios alemães era adverso ao pensamento iluminista, o que proporcionou o aparecimento de diferentes autores, e de diversas escolas sociológicas ou de olhar social, que começavam a levantar questões que antes não tinham sido consideradas prioritárias, ou que simplesmente não tinham ainda encontrado a sua pertinência política: Quem faz o Direito? Para quem? Qual a razão da sua existência? Porque, hoje, uma norma é válida e em outro momento já não há mais aplicação para ela? Qual a realidade do Direito? Qual o objeto do Direito? Que ligação tem essa ciência com a realidade daqueles que necessitam dela?

De acordo com Sabadell (2017:40), todas essas questões têm sido observadas pelas escolas sociológicas positivas sob dois ângulos: *“As correntes sociológicas do positivismo tratam estas questões tanto na perspectiva interna do*

*Direito ('de dentro para fora'), quanto na perspectiva externa ('de fora para dentro')”.*

Uma destas escolas foi precisamente, como já foi referido, a Escola Histórica do Direito, que surgiu na primeira metade do século XIX, nos territórios alemães não unificados e cujos representantes principais são, como já vimos, os juristas Gustav Hugo (1764-1844) e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861).<sup>41</sup>

Em vez de questionar o que o Direito deveria ser, a Escola Histórica do Direito procurou compreender como é que o Direito se formou na sociedade, e como através dela se manifestava. Esta sociedade seria mutável e evoluiria através do tempo e do espaço e, portanto, da própria história, e dessa forma o Direito evoluiria junto com ela, bem ao contrário da teoria jus-racionalista iluminista que considerava o Direito como um fenómeno dissociado do tempo e do espaço. Ainda segundo a Escola Histórica do Direito, a evolução histórica seria o resultado da manifestação do espírito do povo – *Volksgeist* – em todos os componentes de uma nação e, portanto, também, estaria se manifestando através da sua cultura e, portanto, do seu sistema jurídico, a partir do estudo do Direito Romano e dos costumes.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> De notar que, já anteriormente, e de acordo com Sabadell (2017:40), Charles de Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”, e em outras obras menores e menos conhecidas, analisa os fatores naturais e sociais “*que explicariam as diferenças entre as legislações dos diversos povos*”. Ele defende, ainda, a consideração da história como fonte de conhecimento para captar o porquê das condutas humanas - que se dá conforme as circunstâncias - e examinar a adequação das leis a estas condutas. Montesquieu, como vimos, não acreditava que o homem fosse capaz de criar uma infinidade de leis e de costumes apenas usando a sua própria imaginação e fantasia, uma obra utópica, portanto, sem relação com a realidade social. Com isto, Montesquieu anunciava um Direito com um objetivo de ser fidedigno às origens da sociedade e ao modo de sua existência e evolução. Segundo Bobbio (2006:46), o próprio Gustav Hugo evocaria Montesquieu como seu predecessor, já que “*a obra deste não se refere absolutamente ao Direito natural, mas sim às experiências jurídicas concretas dos vários povos, da época bárbara à civil. Trata-se de um estudo comparado das legislações, feito com a finalidade de individualizar a função do Direito, as suas relações com a sociedade e as leis históricas que regulam a sua evolução*”.

<sup>42</sup> No entanto, segundo Wieacker (1967:448): “*Povo não é, portanto, para Savigny de modo algum a realidade política e social de uma nação histórica, mas um conceito cultural ideal — a comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum*”. Alexandre Araújo Costa (2008: 208), acrescenta que Savigny “*volta-se para o Direito dos juristas (Juristenrecht), ou seja, para a cultura jurídica tradicional, construída com base na experiência dos juristas germânicos em desenvolver um sistema jurídico a partir do estudo do Direito romano e dos costumes*”.

Sabadell (2017:41) esclarece que, de acordo com Savigny, ‘o espírito do povo’ *“manifesta-se no Direito costumeiro (‘direito popular’), nos trabalhos de intelectuais nacionais que se dedicam a estudar as raízes do Direito e sistematizam as suas tendências (Direito Sábio), e finalmente, nas obras literárias e artísticas que exprimem e preservam a cultura popular”*.

Desta forma, o Direito passa a ser visto não como mero produto racional e, ao contrário do que pretendiam os jus-racionalistas iluministas, ele não pode ser universal e imutável, e também não pode ser criado arbitrariamente pela razão legisladora. Pelo contrário, o Direito para o pensamento historicista seria antes de mais um produto histórico e espontâneo, mutável e evolucionar,<sup>43</sup> peculiar a cada povo, e substituiu, assim, o conceito racionalista de um Direito abstrato e universal pela de um particular e concreto.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> De acordo com Tobias Barreto (2001:95), *“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 Gottingen: - ‘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”. Este sentido evolucionista é passível de ser encontrado no pensamento historicista pela influência da teoria do evolucionismo social e jurídico.*

<sup>44</sup> Zmijevski, Custódio Matheus (2013:12) comenta no seu artigo *O Historicismo jurídico do pensamento Montesquiano em Friedrich Carl von Savigny e suas consequentes implicações no materialismo histórico Marxista*, que *“Friedrich Carl von Savigny, um dos maiores expoentes dessa escola, sustentava que o Direito vive na prática e no costume, que são a expressão imediata da “consciência jurídica popular”*. E isto seria devido ao fato de que todo povo tem um espírito, que se reflete numa numerosa série de manifestações, de modo que: moral, direito, arte, linguagem etc. são todos produtos espontâneos e imediatos desse espírito popular (o “Volksgeist”). Por sua vez, Karl Marx, que fora aluno de Savigny, acabou influenciado por muitos dos temas por este debatidos (tais como a propriedade), e foi-lhe fiel quanto ao princípio de que o Direito procede do social – colocando-se, pois, nas mesmas diretrizes ponderativas empregadas por Montesquieu. No entanto, a perspectiva histórica de Marx possuía um sentido mais funcional do que a de seu antigo professor, não se reduzindo àquilo que considerava uma reverência exagerada às origens. Ele acaba por discordar da concepção de evolucionismo jurídico aplicada por Savigny (mais “continuista”) evidenciando a necessidade de se lutar contra leis hostis aos reais costumes do povo, para, então, no âmbito do Estado e da sociedade, se poderem sanar as desigualdades acarretadas pelo manejo legal oportunista. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/40307> :Consultado em 22/08/2016 as 19:13.



O Direito seria, assim, a manifestação do próprio ser social mutável, nas suas estruturas e relações, nas manifestações culturais, através das obras literárias e artísticas e jurídicas, e sobretudo nos trabalhos dos estudiosos do Direito romano e germânico e das suas raízes. No dizer de Barreto (2001:86), “o grande mérito da escola histórica está em ter posto um dique a essa fantástica racional dos direitos absolutos e imutáveis, reduzindo o Direito em geral às proporções de uma coisa, que nasce, cresce e se desenvolve como qualquer produto da natureza”.

O conceito de Direito da Escola Histórica é, portanto, eminentemente anti-racionalista, e opõe-se à concepção iluminista através de uma desmistificação do Direito natural. Ao considerarmos as características básicas do historicismo, que temos vindo a expor, e as adaptarmos ao estudo dos problemas jurídicos, conseguiremos obter a formulação clara dos atributos do conceito de Direito para o historicismo, e as premissas básicas da doutrina da Escola Histórica do Direito.

A) *O Princípio da individualidade e variedade do homem.*

Ao adaptarmos este princípio ao Direito obtemos a formulação de que não existe um Direito único e imutável, e que o Direito não é uma ideia da razão, mas um produto da história e da tradição. Ou seja, o Direito para a Escola Histórica do Direito seria: *um produto histórico, mutável e particular.*

Como já foi anteriormente exposto, para a Escola Histórica do Direito, o homem é um ser mutável e regido por seus sentimentos e subversões, ultrapassando esse pensamento para a esfera jurídica podemos afirmar que a Escola Histórica do Direito defende que não há um Direito único e imutável, igual para todos os tempos e para todos os lugares. Este advém da história e por isso é diferente a cada povo, a cada sociedade, no seu tempo histórico determinante, e no seu histórico cultural. Deixa de lado a ideia da razão como determinante no instituto do Direito, e a substitui pela variação do tempo e da história.

B) *Princípio da irracionalidade das forças históricas.*

Ao adaptarmos este princípio ao Direito obtemos a formulação de que o Direito não é fruto de uma avaliação ou de um cálculo racional que se imporia à sociedade, mas que, pelo contrário, nasce imediatamente do sentimento de justiça. Ou seja, para a Escola Histórica do Direito, o Direito seria: *particular, espontâneo, intrínseco ao próprio homem, e expresso diretamente através das formas jurídicas primitivas que se encontram nas origens da sociedade.*

Voltamos às formas jurídicas primitivas, populares e costumeiras, onde o sentimento do certo e do errado é intrínseco a cada homem, que é a base, e a origem do Direito criado pelo homem no estado moderno. Mais uma vez aqui encontramos a aversão à racionalidade sempre tão presente no iluminismo como modeladora do comportamento humano. Para a Escola Histórica do Direito é a alma humana que dá origem à sociedade que constrói o Direito, e não o contrário, pois, esse instituto é fruto da continuidade do ser mutável, carregado de uma história, sentimentos, linguagem e cultura geradora de suas necessidades e regras de convivência dando origem ao Direito e sua normatização.

C) *Princípio do pessimismo antropológico.*

Ao adaptarmos este princípio ao direito obtemos a formulação de que o Direito não deveria estar sujeito a novas formulações e novas instituições jurídicas. Ou seja, o Direito para a Escola Histórica do Direito seria: *puro, primitivo e primordial.*<sup>45</sup>

Segundo a Escola Histórica do Direito a segurança jurídica deve ser protegida de forma bastante inflexível, era preciso desconfiar de tudo que fosse novo no ordenamento jurídico. O pessimismo em relação ao futuro mostrava-se latente nesse pavor de que o novo já estaria carregado das vicissitudes das almas que já não guardavam a pureza primitiva (o que gera um contra senso, visto que para a Escola

---

<sup>45</sup> Primordial: 1. Relativo a primórdio. 2. que é a origem, o início de (algo); primeiro, primitivo.

Histórica do Direito, o homem e o tempo são mutáveis, assim como seu comportamento; ora, se o social rege o Direito entender-se-ia, por isso, a natural aceitação das mudanças, também, na esfera normativa). Mas na realidade o pessimismo, e o medo da Escola Histórica do Direito prevalece na desconfiança de novas instituições e inovações jurídicas, entre elas a codificação. O argumento utilizado era de que a codificação cristalizaria o Direito numa fase em que este não seria detentor de todo o seu esplendor e de toda a sua pureza. O efeito do pessimismo antropológico foi tão forte que os adeptos da Escola Histórica do Direito conseguiram com êxito que a primeira codificação na Alemanha só viesse a acontecer um século depois do que poderia ter acontecido, isto é, já no século XX.

D) *O Princípio do amor ao passado.*

Ao adaptarmos este princípio ao Direito obtemos a formulação de que o Direito não deveria estar sujeito à importação de um Direito estrangeiro, radicalmente novo, arbitrário e ilusório, e não adequado ao povo alemão. Ou seja, o Direito para a Escola Histórica do Direito seria: *concreto e realista, o Direito do passado-presente.*

Escola Histórica do Direito queria reviver e reinventar o antigo direito germânico, oriundo de suas próprias raízes e, portanto, era contrária aos Jus-razionalismo Iluminista, pois alegava que este queria trazer e implantar um Direito estrangeiro não adequado ao povo alemão, o que vem de encontro com os ideais da tradição e a história e cultura do seu próprio povo.

E) *O Princípio do sentido da tradição.*

Ao adaptarmos este princípio ao Direito obtemos a formulação de que o Direito que nasce lentamente da evolução histórica de um povo, passa a ser a raiz do Direito deste. Ou seja, o Direito para a Escola Histórica do Direito seria: *espontâneo, atuante, evolutiva,<sup>46</sup> expressão da tradição e intrinsecamente estabelecido pelo devir do Volksgeist.*

---

<sup>46</sup> Que pode evoluir, que se transforma espontaneamente, parte do tranquilo desabrochar inconsciente e cultural de um povo e de que o Direito faz parte.

Volksgeist, o espírito do povo. Esse sentimento, nomeado por Savigny, é a tônica da construção normativa da Escola Histórica do Direito que dá ênfase ao Direito consuetudinário, o costume que nasce lentamente da evolução histórica de um povo, e passa a ser a raiz do Direito deste. O Direito nasce do povo, e com isso a fonte do Direito que prevalece é a espontânea, o costume. Só depois surge a lei refletida, criada a partir daquela primeira fonte espontânea do Direito. Ao criticar radicalmente o Jus-racionalismo Iluminista, a Escola Histórica do Direito, proporciona as condições ideais para o desenvolvimento do positivismo jurídico na Alemanha. Todavia, é bom lembrar que tais movimentos não são idênticos, de forma que não é possível considerar Savigny propriamente como um positivista, afirmativa esta que é confirmada pela posição deste autor frente à polêmica da codificação.<sup>47</sup>

A Escola Histórica do Direito não fez nascer ou renascer o positivismo, a importância dela para esse fenômeno foi a crítica feroz feita aos iluministas abrindo caminho para que o Direito positivo fosse o próprio Direito, ao trazer de volta a importância do Direito consuetudinário e ao afastar a força da Igreja no Estado, e tirando-lhe, assim, o seu papel disciplinador de toda esfera social. Serviu de inspiração a outras correntes da filosofia jurídica como, por exemplo, a Escola Realista e a Escola Sociológica. Ela foi de grande impacto também para a ciência sociológica em seu ramo da Sociologia do Direito.

---

<sup>47</sup> De acordo com Bobbio (2006:45), “o surgimento do positivismo jurídico teve de passar pela polêmica acontecida no clima do romantismo. (...). No campo filosófico-jurídico o historicismo teve, de fato, sua origem com a Escola Histórica do Direito, que surgiu e se difundiu particularmente na Alemanha entre o fim do século XVIII e o começo do século XIX, sendo o seu maior expoente Savigny. Note-se bem que “escola histórica” e “positivismo jurídico” não são a mesma coisa; contudo, a primeira preparou o segundo através de sua crítica radical do Direito natural. De igual modo, Canotilho (2008:18), explica que: “os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem “positivista”: os direitos naturais são constructa sociais e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista também já espreita nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais”.

### 3.4 Debate sobre a codificação – Savigny vs Thibaut

A Escola Histórica do Direito alcançou o seu apogeu da sua influência nos territórios alemães com a disputa histórica sobre a codificação do direito, travada entre o jurista Friedrich Karl Von Savigny (1779–1861)<sup>48</sup> e o professor e jurista Anton Thibaut (1772 – 1840).<sup>49</sup>

A ocupação francesa dos territórios alemães que terminara em 1814, deixara como legado uma influência jurídica que acarretou um dilema para as diferentes correntes de pensamento jurídico existentes nos Estados Germânicos: os defensores de uma codificação segundo o Código Napoleónico, os defensores da criação de um Código Germânico, e os defensores da não codificação do Direito.

Esse pensamento da codificação foi introduzido na Alemanha através da disseminação das ideias iluministas que foram sendo cada vez mais conhecidas nos Estados Germânicos à medida que as tropas francesas iam ocupando uma parte significativa do território alemão. Ao mesmo tempo, iam difundindo na população a ideia de igualdade entre os cidadãos, o que, para uma “Alemanha” fragmentada, falida, e com características feudais com clara distinção de castas, encontrou um terreno fértil para a disseminação dessas ideias.

Os mais radicais propunham adotar o próprio Código de Napoleão no território Alemão; outros propunham criar um modelo de codificação alemã *sui generis*. Outros ainda recusavam qualquer tipo de codificação, ou pelo menos propunham que essa codificação fosse adiada para um tempo mais adequado ao conhecimento necessário para que um código pudesse ser estabelecido. Os dois primeiros destes movimentos propunham a unificação do Direito e a

---

<sup>48</sup> Friedrich Karl von Savigny (1779–1861) foi responsável pela criação e pelo desenvolvimento do conceito de relação jurídica e de outros conceitos relacionados como, por exemplo, o de fato jurídico. O seu método histórico influenciou a jurisprudência dos conceitos.

<sup>49</sup> Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 – 1840) foi um jurista contemporâneo de Gustav Hugo e bastante renomado na Alemanha. Foi professor de Direito romano e reitor da Universidade de Heidelberg.

codificação para toda a “Alemanha”, ou seja, para o conjunto de todos os Estados alemães.

A disputa referida em epígrafe, que polarizou a discussão em torno da Codificação do Direito na Alemanha do princípio do século XIX, diz respeito aos debates acontecidos entre os adeptos da Escola Histórica do Direito, cujo representante máximo era Savigny, e os adeptos de um modelo alemão de codificação *sui generis*, cujo defensor mais importante se apresentou na figura de Thibaut.

A razão de, no âmbito deste capítulo, explorarmos a querela Savigny vs Thibaut em torno da codificação do Direito na Alemanha prende-se com as razões que pressupõem esse próprio debate, e que a existência desse debate mesmo parece demonstrar.

Assim, a ideia da codificação do Direito foi fruto de um pensamento racionalista iluminista originário da França, o maior império e a pátria maior do iluminismo, e são também o resultado das forças históricas políticas desencadeadas pela e a partir da revolução Francesa.<sup>50</sup>

Este movimento político cultural iluminista apregoava desde o século XVIII, a positivação do Direito natural. Para eles o Direito era autoridade e razão, e para ser concebido com êxito precisava ser imposto pelo Estado. O Direito era derivado da razão e deveria ser imposto pela autoridade e para que essa autoridade fosse concretizada deveria ser imposta pelo Estado de forma clara e

---

<sup>50</sup> A ideia de codificação do Direito surgiu no século XVIII. Teve como marco fundamental dessa ideia iluminista, o Código de Napoleão, que surgiu em 1804, na França (bastante parecido com o que temos hoje como realidade de Códigos Jurídicos, com o corpo de norma sistematicamente organizado e expressamente elaborado). Nesse mesmo momento, outros códigos também foram surgindo, como os códigos da Prússia e da Áustria, Bélgica e Itália, mas sem grande importância histórica. Na idade média Justiniano já havia criado o código de *Justiniano Corpus Juris Civilis*, que é diferente do formato do código que conhecemos por não ter um corpo de normas sistematicamente elaboradas. Esse código era uma coletânea de normas, trechos dos principais juristas romanos, agrupados por temas, e adaptados à realidade da sociedade Bizantina, e sempre sujeito a modificações.

direta sendo as normas transcritas para um documento público onde todos deveriam ser obrigados a respeitar e cumprir as normas estabelecidas.

Esta ideia da positivação do Direito natural prega a existência de um legislador comum para todas as Pátrias e a qualquer momento do tempo. Ao visar criar um Direito único de caráter universal defendia-se a ideia política de integralizar a sociedade francesa, que se encontrava subdividida em sociedades apartadas e com legislações diferenciadas. Pensava-se, portanto, que com essa ideia de unicidade, unir-se-ia a França como um só povo, e na maior amplitude desse pensamento, todos os países numa só nação regida por um único Direito, capaz de atender a todos e a tudo a qualquer momento da vida, e ditado pela ciência do legislador. Para os iluministas quanto mais simples, com poucas e claras leis, e acessível a todos, o Direito fosse, mais próximo da natureza do homem estaria, já que, para o pensamento iluminista, a multiplicidade de normas facilitaria a possibilidade de corrupção.

Inspirados na obra de Rousseau (1712-1778), que considerava a civilização e os costumes como agentes causadores de desigualdades sociais, os iluministas consideravam que o Direito histórico era apenas fenomênico, e que existia uma ciência que questionando a essência do homem determinaria as leis universais e imutáveis que o regem e a essência verdadeira da sua realidade social e, conseqüentemente, do Direito.

Como foi visto anteriormente, para o pensamento da 'Alemanha' do final do século XVIII e início do século XIX, o Direito era consuetudinário, originava-se do costume do povo onde se materializava a ideia do *Volksgeist*, e o Direito por sua vez, deveria ser originado e nascido espontaneamente do sentimento e do espírito do povo e que a seu tempo e de forma natural iria formando o caráter e as necessidades do homem na sociedade, ou seja, mutável, histórico, mas não moldado por agentes históricos transformadores e arbitrários.

Assim, uma das componentes da Escola Histórica do Direito contrária ao pensamento iluminista é a construção sistemática do Direito. A sistematicidade do Direito decorreria de ser ele uma emanção de um todo orgânico: o 'espírito do povo'. Como já foi referido, a Escola Histórica do Direito, influenciada pelos diferentes movimentos do romantismo que se afirmavam cada vez mais nos países de tradição romano-germânica, considerava que as normas jurídicas seriam resultantes de uma evolução histórica da essência do costume, das crenças populares, da tradição literária, e da jurisprudência. Os Historicistas exaltavam o tradicionalismo conservador e hostilizavam o Iluminismo racional.

Gustavo Hugo considerava que o Direito de um povo podia apenas ser compreendido através de sua própria vida nacional, desde que ele próprio fosse uma parte e uma expressão dessa vida.

Já para Savigny o Direito era um organismo vivo, e a sua essência estaria no decorrer da história. A fonte do Direito para Savigny era, de acordo com o já referido, o costume do povo que ele valorizava e, portanto, as fontes primárias do Direito seriam a história, os costumes e a cultura do povo. A base da Escola Histórica do Direito era, portanto, o Direito consuetudinário, e era com base nele que, segundo essa escola, se originaria o pensamento jurídico.

O Jusracionalismo Iluminista vinha criticar ferozmente exatamente o que essa escola tinha de mais caro, ao afirmar que esse Direito era uma herança nefasta da idade média, atrasado e incivilizado, e por isso deveria ser substituído por um conjunto de normas sistematizadas advindas da razão, sendo obrigatórias por lei. Com base nos movimentos iluministas e racionalistas, a escola jus-racionalista do pensamento jurídico sustentava que o Direito é um produto da razão e através dela poder-se-ia descobrir as regras imutáveis e de validade geral, ou seja o Direito natural. Esta escola teve uma grande importância e influência no movimento da codificação, já que, segundo esse



pensamento jurídico, se considerava que os legisladores deveriam utilizar a razão para descobrir as regras do Direito natural e positivá-las.

A Escola Histórica do Direito, pelo contrário, baseando-se nos movimentos românticos alemães e na filosofia de Herder (1744-1803), a qual apelava à criatividade de uma arte e de uma literatura autenticamente alemãs e de inspiração nas origens germânicas, argumentava que não seria possível construir o Direito abstratamente, já que este se encontrava diretamente ligado ao Volksgeist (espírito do povo) donde brotaria espontaneamente.<sup>51</sup>

De acordo com Maltez (2007),<sup>52</sup> a Escola Histórica do Direito pensaria o povo como anterior e superior ao Estado, e seria do seu espírito que brotariam a Língua, a Arte, a Literatura e o Direito, como produções instintivas e quase inconscientes:

*“Segundo a Escola Histórica do Direito, o povo é um ser vivo marcado por forças interiores e silenciosas que segrega uma espécie de consciência popular, o espírito do povo (Volksgeist). O povo é anterior e superior ao Estado e é do espírito do povo que brota tanto a Língua como o Direito, consideradas produções instintivas e quase inconscientes que nascem e morrem com o próprio povo. No caso específico do Direito, o costume teria de ser mais importante do que a lei, porque o que emana do Volksgeist tem de estar numa posição superior aos próprios ditames do Estado.”*

---

<sup>51</sup> Segundo Wieacker (1967:439), o Direito aparece para Savigny “como parte da cultura global, e a história do Direito, portanto, como história da cultura global. Neste ponto, é um discípulo da filosofia da história de Herder; para Herder, os povos são executores de um plano de evolução da história da humanidade que aponta para a realização plena da humanidade. No entanto, Savigny vê a cultura (...) como uma tradição espiritual, ou mesmo – de uma forma para nós surpreendente – como uma tradição literária (‘história da literatura’); (...). Quem não atender a isto corre o risco de confundir o “espírito do povo” de Savigny com um fundo biológico ou uma realidade social e não como uma tradição cultural e, a partir daqui acusar o seu programa de insequente”.

<sup>52</sup> Disponível em: <[http://maltez.info/respublica/Cepp/conceitos\\_politicos/espírito\\_do\\_povo.htm](http://maltez.info/respublica/Cepp/conceitos_politicos/espírito_do_povo.htm)>. Consultado em 22/08/2020. ‘Respublica’ – Reportório português de Ciência Política – Edição Electrónica, 2004.

Os debates em torno da codificação do Direito surgiram sobre a necessidade e conveniência da formação de um código que sistematizasse um Direito civil unificado para todos os Estados Alemães. A ideia de codificação não era bem vista pela Escola Histórica do Direito, e sobretudo por Savigny, que considerava que a codificação significaria a fossilização das leis, o que feriria um dos princípios fundamentais da Escola Histórica do Direito que era a plasticidade e mutabilidade das normas e dos costumes.

Thibaut, ao contrário, acreditava que a criação de um código alemão seria um passo fundamental para a unificação da Alemanha. De acordo com Arruda (1942), Thibaut seria simpatizante da Escola Jus-racionalista, e acreditava que pelo exercício da razão seria possível deduzir princípios e normas de validade universal. Também acreditava que a criação de um código de Direito alemão que substituísse as múltiplas fontes de Direito seria um passo fundamental para a unificação da Alemanha.<sup>53</sup>

O objetivo principal da codificação era a unificação do Direito, o que, segundo Thibaut, libertaria a Alemanha dos inconvenientes políticos e comerciais resultantes das disparidades existentes entre as leis e os costumes dos Estados alemães, e ajudaria na consolidação de um sentimento de unidade nacional.<sup>54</sup>

Em França, o movimento codificador, que ia também chegando gradualmente à Alemanha, venceu contra o Direito comum<sup>55</sup> e contra o Direito consuetudinário.

---

<sup>53</sup> ARRUDA, João. (1942). *Filosofia do Direito*. Volume 1. São Paulo: Faculdade de Direito da Univ. de SP.

<sup>54</sup> Thibaut era, ainda, contrário à aplicação do Direito Romano ao povo germânico por considerá-lo desconhecido do povo comum e de considerar que o gênio romano seria demasiadamente diverso do germânico, sendo, portanto, a aplicação de uma legislação estrangeira ao povo alemão.

<sup>55</sup> Direito romano adaptado às condições europeias pelos juristas europeus desde a Idade Média.

Em 1813, o alemão conservador historicista, Rehberg (1757-1836),<sup>56</sup> em defesa das características nacionais alemãs sobre o perigo da introdução das ideias iluministas neste país, se insurgiu contra a codificação num artigo chamado: "*Sobre o Código de Napoleão e a sua Introdução na Alemanha*".<sup>57</sup>

Em resposta a este artigo, surgiu em 1814, uma crítica, anónima, de grande impacto na época e que posteriormente foi atribuída ao jurista alemão Anton Friedrich Justus Thibaut. Nessa resposta, Thibaut defende a codificação argumentando que a unidade jurídica propiciada pelos códigos seria necessária à unidade política que a Alemanha tanto necessitava após a queda do regime Napoleónico.<sup>58</sup>

Na continuação dessa crítica Thibaut continua a chamar a atenção dos intelectuais alemães quando escreve outro artigo onde proclama a necessidade de renovação e mudança do país, chamando a atenção dos Príncipes para que estes se juntem e promovam o renascimento da nação alemã homenageando o povo, a sua cultura, o seu espírito através dessa renovação. Esse crescimento, dizia Thibaut (1914:41), no seu livro - "*Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha*" - se daria através da referida codificação do Direito:

---

<sup>56</sup> August Wilhelm Rehberg (1757-1836) foi um pensador *pivot* na época da filosofia clássica alemã que se desenvolveu de Kant a Hegel. Foi um crítico feroz da Revolução Francesa e da sua ideologia revolucionária. A sua maior contribuição para o historicismo, fez-se sobretudo a partir da publicação do seu artigo: "*Sobre o Código de Napoleão e sua Introdução na Alemanha*".

<sup>57</sup> A polémica entre Savigny e Thibaut desencadeou-se a partir dessa crítica feita ao artigo de Rehberg - "*Sobre o Código de Napoleão e sua Introdução na Alemanha*"- onde se tratava das ideias jus-naturalistas que se propagavam nos Estados alemães e que aí procuravam introduzir a codificação do Direito.

<sup>58</sup> No entanto, relativamente ao projeto de implantação do Código Civil Francês - o Código de Napoleão (1804) - na Alemanha, Thibaut reage negativamente, argumentando que cada povo tem suas próprias especificidades. Esta convicção de Thibaut é categórica. Mesmo antes do *Code*, já tinha publicado uma obra na qual esboçava as linhas gerais de uma legislação alemã - *Sistema do Direito das Pandectas* -, que seria seguida da obra de Heise: *Fundamentos de um Sistema do Direito Civil Comum* (1807). Por esse motivo, Thibaut e seus seguidores, para além de serem classificados como positivistas, também são denominados de pandectistas (ver BOBBIO, op. cit., p. 57).

*"Sou da opinião que o nosso direito civil(...) necessita de uma transformação rápida e completa e que os alemães não poderão se tornarem felizes nas suas relações civis a não ser que todos os príncipes Alemães reunindo suas forças, procurem redigir um código válido para toda Alemanha e que a escape das arbitrariedades dos Estados independentes."* <sup>59</sup>

Thibaut, e sua escola filosófica, afirmam que para se conseguir construir uma legislação correta e adequada são necessários alguns requisitos que devem ser observados e formalizados. Estes requisitos seriam: a perfeição formal e a perfeição substancial. Seria obrigatório que a legislação fosse redigida de forma clara, correta e precisa, contendo todo o conteúdo que regule as relações sociais. Por causa desse primeiro requisito, Thibaut afirma que seria necessário criar uma legislação geral para a codificação, visto que, o Direito germânico é insuficiente, obscuro e primitivo.

O Direito canônico não faz parte do dia a dia Alemão, que para Thibaut seria inculto e de difícil interpretação. Tão pouco o Direito romano serviria, porque é incerto e de difícil apreciação. Esta codificação, segundo Thibaut, seria de importância vital para a política, trazendo através dela a unificação dos Estados Alemães. Além disso seria de suma importância para os juizes estudiosos do Direito e para o cidadão comum que saberia exatamente como deveria funcionar a formalidade nas suas relações. De acordo com as palavras de Landsberg, na sua História da Ciência Jurídica, Vol. III, p.79 (apud Bobbio, 2006:57):<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> Thibaut/Savigny, Ein programatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften (mit Abdruck der beiden Schriften) 1959, pág. 72 ss. O trabalho de F.C. von Savigny está reproduzido in: Thibaut und Savigny: zum 100jährigen Gedächtnis des Kampfes um einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland, 1814- 1914; die Originalschriften in ursprünglicher Fassung mit Nachträgen, Urteilen der Zeitgenossen und einer Einleitung. Org: Jacques Stern, Berlin: Vahlen, 1914 - 238 S.

<sup>60</sup> LANDSBERG, História da Ciência Jurídica, Vol. III, p.79 (apud BOBBIO, 2006:57)

*"Os Alemães estão há muitos séculos paralisados, oprimidos, separados uns dos outros por causa de um labirinto de costumes heterogêneos, em partes irracionais e perniciosos. Justamente agora se apresenta uma ocasião inesperadamente favorável para a reforma do direito civil como não se apresentava e talvez mais em mil anos(...) Se, agora os príncipes alemães concordassem com a redação de um código geral alemão civil, penal e processual e empregassem por apenas cinco anos aquilo que custa um meio regimento de soldados, não poderíamos deixar de receber algo de notável e sólido. A contribuição de um tal código seria incalculável".*

Para Thibaut, no entanto, não importava, como nos afirma Bobbio (2006:57), “ressuscitar o jus-naturalismo, mas sim construir um sistema do Direito positivo”. De facto, em 1803, ele escreveu um *“Sistema do Direito das Pandectas”*<sup>61</sup>, que representava a primeira tentativa de ordenar sistematicamente o direito positivo (especialmente o privado).

Pouco depois (1807) surgiu uma obra análoga de Heise (1778-1851): *“Fundamentos de um sistema do direito civil comum”*.<sup>62</sup> Essas duas obras representam, segundo Bobbio (2006), os primórdios daquela Escola alemã que, na primeira metade do século XIX, sistematizou cientificamente o direito comum vigente na Alemanha e que leva o nome de: Escola Pandectista.

Thibaut, como é conhecido, era defensor da ideia de codificação iluminista ou jusnaturalista racionalista, mas não nos moldes já referidos da escola iluminista tradicional. Ele não era um radical, e sim um mediador. Como bom Alemão, não tinha intenção de trazer ou ressuscitar o Jus-naturalismo, e sim, de montar uma sistematização do positivismo, em forma de codificação, organizando o Direito costumeiro Alemão que passou a chamar-se, como acima referimos, a Escola Pandectista, que defendia a necessidade da codificação e a

---

<sup>61</sup> System des Pandektenrechts.

<sup>62</sup> Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts.

criação do código civil alemão, iniciando assim a criação do positivismo científico. Esse código seria criado a partir da análise dos preceitos dos textos do Direito romano, e do Direito oriundo do povo Alemão. Essas leis seriam estudadas, e delas seriam retiradas, formuladas e organizadas sistematicamente as leis que comporiam o código civil Alemão.

A corrente criada por Thibaut é logico-sistemática, e no fundo não propunha contrapor-se à Escola Histórica do Direito, mas muito pelo contrário, a integrá-la, trazendo a história em conjunto com a filosofia, e com a razão. Thibaut, de acordo com o que escreveu na sua obra de 1799, "*Sobre o influxo da filosofia na interpretação das leis positivas*", busca trazer o raciocínio lógico sistemático para a interpretação do Direito, fazendo a junção do costume com o raciocínio lógico. Segundo Thibaut, para se interpretar a lei não só era necessário conhecer o passado e a origem dessa lei, mas também integrá-la e conhecer a sua fluência lógica e o seu conteúdo em relação a outras leis, e organizá-la sistematicamente.

Thibaut preparando-se para os ataques às suas ideias (que viriam a acontecer principalmente pela mão de Savigny) deixou claro que essa codificação não secaria as fontes do Direito, nem paralisaria o desenvolvimento, pois, na realidade no que dizia respeito aos assuntos relevantes para a sociedade, as variações do Direito que aconteceriam no decorrer do tempo seriam muito poucas. E que nos institutos básicos do Direito este se aplicaria em todo os Estados alemães da mesma forma, sendo universal nas demandas societárias, por causa da universalização da natureza humana. Porque para Thibaut, o que houvesse de diferente na norma que rege o comportamento do povo, no que diz respeito aos institutos jurídicos (casamento, sucessão, contrato,

etc.) de um determinado local no Estado alemão, não seria natural, e sim, causado pelos diversos pensamentos e regramentos dos príncipes locais.<sup>63</sup>

Foi nesse momento que Savigny, que na época já era um jurista muito conhecido, professor da Universidade de Berlim, pertencente à Escola Histórica de Direito, e autor de muitos artigos e tratados de extrema relevância, se viu obrigado a mostrar publicamente qual era a sua posição a respeito de toda essa mudança a nível do Direito e da própria organização social e política que Thibaut propunha.

Assim, ele escreveu e publicou seu opúsculo "Da Vocaçãõ do Nosso tempo para a Legislaçãõ e a Jurisprudência", em 1814, onde procurou contrariar as ideias de codificação do Direito pregadas por Thibaut. A argumentação de Savigny girava em torno das questões essenciais da Escola Histórica do Direito que, como referimos anteriormente, seriam a mutabilidade do Direito e o seu caráter evolucionar, pois, advém do costume que se modifica no decorrer do tempo. A ideia de codificação do Direito representa para ele um engessamento do que é mutável, tornando o Direito fixo, e eterno, deturpando, assim, a sua principal característica que é acompanhar o entorno social, a sua evolução espontânea e a sua história ao serviço, e originário, do espírito do povo.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Como afirma Bobbio (2006:57), "*Thibaut, de resto, não procurou assumir nunca uma atitude extremista. Para ele, a interpretação 'filosófica' (isto é, lógico-sistemática) não se contrapõe à interpretação histórica, mas a integra-a. Procurava, portanto, assumir uma posição moderada, de conciliação, entre história e razão - como resulta desta afirmativa: 'Sem filosofia não há realização de nenhuma história; sem história nenhuma aplicação segura da filosofia.'*"

<sup>64</sup> Como afirma Costa (2008) na sua *Hermetênica Jurídica*, Cap. III.2 (Do Historicismo ao Conceitualismo: Savigny), "*Em sentido contrário ao racionalismo iluminista de Thibaut, Savigny defendia que o Direito não era revelado ao legislador pela razão, mas que deveria ser extraído do espírito do povo (Volksggeist), que é a única fonte legítima de normas jurídicas.*" Contudo, é preciso estar atento para o fato de que o povo de cuja vontade Savigny fala não é a apenas a população real dos reinos germânicos, pois o 'Volksggeist' não é apreendido por meio de uma análise sociológica dos anseios da nação. "*Tal como o gramático que considera que a língua é fruto de uma sociedade, mas funda toda sua teoria na análise do modo como essa língua é utilizada pelos poetas e literatos; Savigny afirma que o Direito nasce do espírito do povo, mas estuda o Direito que é construído pelos juristas profissionais, que o desenvolvem de forma mais elaborada*

De acordo com o próprio Savigny,<sup>65</sup> ele e Thibaut, não divergiam da ideia principal que era a busca incansável de um Direito não dúbio, justo, igual para toda a nação, fundamentado na ciência fruto da pesquisa científica jurídica:

*"Quanto ao objetivo estamos de acordo; queremos o fundamento de um direito não dúbio, seguro quanto a usurpações da arbitrariedade e dos assaltos da injustiça, este direito igualmente comum a toda nação, e a concentração de seus esforços científicos. Para essa finalidade desejam um código, que, contudo, a uma metade somente da Alemanha traria a ansiada unidade, enquanto a outra metade ficaria ainda mais aviltada. Quanto a mim, vejo o ponto de equilíbrio numa ciência do direito organizada, progressiva, que pode ser comum à nação toda."*

Em última instância, Savigny não era contra a codificação em si, mas, argumentava que aquele momento histórico da Alemanha em que Thibaut propunha a organização do código de Direito, não era o momento ideal. Segundo ele o período histórico atual da Alemanha não comportava a compilação das normas, porque se vivia um período de crise e decadência da cultura jurídica. Partir dessas normas viciadas e as perpetuar em um código seria, para Savigny, um erro histórico terrível. Codificar um Direito decadente seria, no entender de Savigny, danoso para toda a nação alemã.

No entanto, e em última análise, o período histórico perfeito jamais existiria, já que a finalidade da busca do Direito perfeito seria assegurada, para

---

*e com alto grau de sofisticação (WIEACKER, 1967)".* Desta forma, embora fale em 'espírito do povo', o interesse de Savigny é dogmático e não apenas sociológico, como ficou claro na síntese de Wieacker (1967:448): "o povo constitui, aqui, portanto, um conceito cultural, finalmente quase equivalente, de forma paradoxal, aos juízes e letrados de um país". Disponível em: ([http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismonormativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny#\\_ftn13](http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismonormativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny#_ftn13)). Acesso em 22/08/2019).

<sup>65</sup> SAVIGNY, F.C. (1814). *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968, pg. 201, 202.



Savigny, apenas pelo processo natural maturacional da lei através dos cientistas jurídicos.

Essa era uma das razões porque Thibaut defendia a tese contrária, pois entendia que o tal momento adequado do qual fala Savigny jamais viria, e portanto seria necessário aproveitar os ventos favoráveis do momento presente e a atual conjuntura histórica, política e jurídica internacional para conseguir levar a cabo a tarefa que, segundo Thibaut, ajudaria a unificar os Estados alemães, e ajudaria a Alemanha a sair de um período histórico, político, social e jurídico, em seu entender, obsoleto e retrógrado. Savigny viria, assim, a argumentar contra a codificação filosófica e sistemática de Thibaut, com a introdução da sua metodologia jurídica, e atrasaria com essa argumentação a codificação do Direito na Alemanha, que viria nesse país a ocorrer somente um século após o início da polêmica sobre a codificação do Direito, e já pela mão de Otto von Bismarck.

Assim, a razão fundamental, e que antecede o próprio debate, mas que é claramente demonstrada ao longo dele, é que para Savigny o Direito não deveria ser um agente arbitrário transformador da sociedade. Ele reconhece a mutabilidade do Direito e o seu caráter evolucionar, mas esses atributos do Direito, advêm, como se disse, do reconhecimento de que o costume se modifica no decorrer do tempo, e essa mutabilidade e caráter evolucionar são apenas considerados como parte do 'tranquilo desabrochar inconsciente e cultural de um povo' e de que o Direito faz parte.

Ora a codificação seria exatamente o contrário disso, já que se, por um lado, ela tornaria o Direito imutável pela sua fixação através da sua apresentação em Código, por outro, o Direito se transformaria, assim, arbitrariamente em agente transformador da sociedade fazendo com que a sociedade evoluísse, não no 'tranquilo desabrochar inconsciente e cultural de um povo' ao longo da sua própria história e do seu próprio espírito, mas através da vontade arbitrária

de um ou vários legisladores, que como se verificou acabou por levar, um século mais tarde, à unificação dos territórios germânicos, através da política da força do denominado chanceler de ferro: Bismarck.

Paiva (2020:231)<sup>66</sup> parece corroborar esta ideia quando afirma:

*“Apesar da importância atribuída à Escola Histórica, algumas críticas devem ser consideradas. Savigny considerava os fatores históricos sob o prisma da função conservadora do Direito, e neste sentido sua concepção é estática. Não considerava, pois, que o Direito pudesse ser agente transformador da sociedade porque desconsiderava qualquer origem arbitrária do mesmo.”*

No capítulo seguinte, abordar-se-á a metodologia jurídica de Savigny pelo impacto que a mesma suscitou no Brasil, e como historicamente ela influenciou a metodologia jurídica brasileira desde o tempo em que Tobias Barreto e a Escola do Recife referenciaram, através do seu culturalismo de influência germanista, o pensamento metodológico da Escola Histórica do Direito.

---

<sup>66</sup> PAIVA, Nunziata S. V. (2020:230). *Literatura e Cultura Jurídica*. Disponível em: [www.direito.ufmg.br](http://www.direito.ufmg.br)  
Consulta em 20.08.2020

### 3.5 A metodologia Jurídica - Friedrich Karl von Savigny

#### Princípios Fundamentais da Interpretação Geral

Para Savigny, a reconstrução do pensamento legislativo deveria ser subordinada ao estudo dos próprios textos legislativos. Interpretar seria, portanto, para Savigny, reconstruir o 'espírito da lei'. Neste capítulo procurar-se-á objetivar o pensamento jurídico da Escola Histórica através da metodologia interpretativa de Savigny.

Podemos constatar que, ao longo da História, sempre existiram métodos de aplicação do Direito,<sup>67</sup> e que, de uma forma prática, eles se encontram na forma reiterada em que, por exemplo, um determinado jurista escreve seus pareceres. O sistema que é empregue continuamente pelo indivíduo se transforma em seu método de trabalho. Esses métodos respeitam e adquirem uma grande parcela da individualidade de quem o aplica e a realidade do mundo à volta dele.

Historicamente falando, é necessário analisar esses métodos, e levar em consideração a escola jurídica vigente na época em que esse Direito foi aplicado, assim como a interpretação que foi realizada em deferência a ela. A importância

---

<sup>67</sup> Como por exemplo: o método dos Juristas Medievais, o método dialético da antiga filosofia grega, o 'modus geometricus' da jurisprudência romana, e dos próprios humanistas franceses (entre outros) de que nos escreve o próprio Savigny (op.cit.:24,25). Segundo Silvia Mota (2014), em 'O Método dos Juristas Medievais': "Na jurisprudência, o método dialético adquire a forma de análise e síntese da massa da doutrina encontrada na codificação justinianeia. Esta circunstância, permite aos juristas do século XII uma grande liberdade e flexibilidade (das quais nunca dispuseram seus antecessores romanos ou bizantinos). O método dos juristas medievais transforma totalmente o método dialética da antiga filosofia grega e o modus geometricus da jurisprudência romana. O método dialético se distingue, sobre todas as coisas, pelo fato de que não começa por enunciados, mas sim por problemas ou quaestiones, ainda que, em última instância as quaestiones resultem em uma conclusão ou em uma forma de proposição ou princípio primeiro. Os juristas medievais concebem o método dialético não somente como método para chegar ao princípio primeiro (como um princípio indutivo), mas como método de análise de argumentos e definições de conceitos, mediante a distinção e síntese de gênero e espécie. Desta maneira, a dialética se converte em uma disciplina independente, não essencialmente diferente da lógica, mas com poderosos elementos de retórica e gramática". Disponível em: <http://www.silviamota.com.br/direito/artigos/IED-metjurmed.htm> Acesso em 22/08/20.

de visitarmos a metodologia jurídica de Savigny, deve-se ao impacto que a mesma suscitou no Brasil, e como historicamente ela influenciou a metodologia jurídica brasileira desde o tempo em que Tobias Barreto e a Escola do Recife referenciaram, através do seu culturalismo de influência germanista, o pensamento metodológico da Escola Histórica do Direito.<sup>68</sup>

Para Savigny, como referimos anteriormente, o melhor instrumento auxiliar do historiador jurídico para conhecer os métodos aplicados a cada época era a história da literatura. Nas palavras do próprio Savigny (2004:16): *“toda a história da literatura nada mais é que a história do método, cada uma depende da outra, e uma deve ser aclarada pela outra.”*

Em 1802, no Curso de Inverno, na Universidade de Marburgo, foi transcrita por um dos irmãos Grimm, a aula ministrada por Savigny onde este preocupado com a importância da interpretação da norma, organiza metodologicamente, o que a seu ver, deveriam ser as formas de interpretação da lei. Para isso, seria necessário definir a Hermenêutica Literal.<sup>69</sup> A Hermenêutica é a própria maneira do homem compreender o mundo à sua volta. Para além de um método de interpretar, a hermenêutica é uma ciência de interpretação da lei, um conjunto de princípios e normas direcionadas para a interpretação. Segundo Maximiliano (1981:7), interpretar seria antes de mais:

*“O ato de explicar, esclarecer, dar o significado do vocábulo, atitude do gesto, produzir por outras palavras um pensamento exteriorizado, mostrar o sentido*

---

<sup>68</sup> Ainda hoje, na hermenêutica jurídica e constitucional, os elementos lógico e histórico coexistem com o gramatical, que consistem na busca do sentido textual e literal da norma, e que deve ser tomado como um ponto inicial.

<sup>69</sup> Segundo Barroso (2009:107): *“A hermenêutica é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do Direito. A interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto. A aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”*. Convém, no entanto, referir que, nesse curso, o pensamento de Savigny apresentava algumas diferenças em relação ao que viria a ser o seu pensamento de maturidade, de acordo com o exposto no primeiro volume do seu *“Sistema do Direito Romano Atual”*.

*verdadeiro de uma expressão, extrair da frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém”.*

A interpretação, segundo Savigny, está impregnada do ‘modus vivendi’ de determinada época e indivíduo, como demonstra a cultura sistemática e, conseqüentemente, o método empregado naquele período histórico. Savigny defendia que o Direito é uma ciência que deve ser elaborada histórica e filosoficamente, sendo que o sentido do termo filosófico significa, antes de mais, sistemático, conceito onde subjaz a ideia de imanência do sentido lógico e uno do ser, de acordo com a filosofia de Herder e de Hegel, tão cara à Escola Histórica do Direito. Como refere Costa (2008:203):

*“Nessa época, Savigny sustentava que o direito se deveria elaborar histórica e filosoficamente. A esses dois termos, porém, atribuía um significado muito diverso do que eles têm no discurso comum atual. Ao afirmar que o direito deveria ser filosófico, não queria Savigny dizer que o Direito deveria subordinar-se às noções filosóficas de justiça nem se ater ao jus-naturalismo dominante, mas simplesmente que a ciência jurídica deveria ser elaborada de forma sistemática, por meio de conceitos organizados, constituindo um campo de conhecimentos com unidade e organicidade. Portanto, o conhecimento do Direito não poderia reduzir-se a uma mera exposição fragmentária do sentido das normas, mas deveria ser capaz de organizar sistematicamente todos os conceitos jurídicos”.*

A importância da sistematização de conceitos gerais para a formação da base da ciência do Direito é de extrema importância para a partir daí se fundamentar uma construção normativa do Direito. Nesse sentido nasce o conceito da criação da legislação civil e o da legislação penal. Para que isso seja possível, torna-se necessário o estudo e a procura de cada um desses conteúdos separadamente, e é aí que, segundo Savigny, necessitamos da

filosofia pois ela nos embasa em conhecimento para a criação desses conceitos. Daí a sua afirmação de que a ciência jurídica é filosófica.<sup>70</sup>

Uma jurisprudência perfeita vem, pois, da junção desses dois conceitos acima referidos, e os respectivos conteúdos devem ser elaborados com a diferenciação filosófica já realizada. A junção só será feita de forma perfeita, mais tardiamente, em um segundo momento, quando os conteúdos gerais dessas duas características se unem em bases conceituais. Através desse processo se chega, então, ao sistema, sendo que o próximo passo será o de ter os conteúdos classificados e separados segundo a sua ordem histórica.

De acordo com as palavras de Savigny (ob. cit:6):<sup>71</sup>

*“O tratamento da jurisprudência deve, então, conter em si a condição de uma elaboração interpretativa e filosófica. Mas, primeiramente, exegese e sistema devem ser elaborados em separado, e não serem elaborados juntos e depois separados, caso contrário a elaboração fracassará necessariamente”.*

Dando seguimento ao raciocínio sobre o processo metodológico da interpretação geral de Savigny na sua Metodologia Jurídica, chegamos ao ponto central de como interpretar a norma:

---

<sup>70</sup> Para Savigny, a função e objetivo da ciência do Direito é representar a função legislativa do Estado. Segundo ele, a jurisprudência teria duas classificações: ciência do Direito privado, e ciência do Direito penal; o Direito público não entraria nessa classificação por achar que ele não se enquadra na categoria de jurisprudência, já que o Direito público seria inerente à existência do próprio Estado, pois ele seria a atuação do Estado existente. Com isso, o Direito público seria uma das partes que compõem o próprio Estado, e o seu estudo seria feito de forma muito parecida com o estudo do próprio Direito privado, segundo as antigas normas do Direito feudal. Savigny tinha muito apego às normas do passado e as considerava (como vimos a respeito dos conceitos da Escola Histórica do Direito) como um amor ao passado, ou seja, um amor às normas mais antigas, por considerar serem elas produtos menos viciados, onde a ganância e a vicissitude humana, e os privilégios, ainda não se encontravam aí impregnados.

<sup>71</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Metodología Jurídica. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803).

*“Toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma. Então quem interpreta uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei. O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente seu pensamento. Essa interpretação só é possível através de uma composição tripla da tarefa. A interpretação, portanto, deve ter uma constituição tríplice: lógica, gramatical e histórica” (Savigny, op. cit.:9)*

Toda lei deve ser, portanto, como disse Savigny, objetiva, ela se expressa por si mesma, razão pela qual todas as premissas interpretativas devem estar contidas na própria lei. Para facilitar a interpretação, o intérprete, segundo Savigny (op.cit.:3), deve colocar-se de acordo com o sentido da lei vigente naquela época:

*“A lei. Ela deveria, então, ser completamente objetiva conforme a sua finalidade original, ou seja, tão perfeita que quem a aplicasse não teria que adicionar nada de si próprio”.*

É neste sentido que todo o caráter da ciência legislativa deve ser, segundo Savigny, histórico, isto é, filológico e histórico no sentido próprio. Denomina, assim, de saber histórico todo o saber de algo objetivamente dado. Para ele, só existia a seguinte alternativa como possibilidade de resolver os litígios entre indivíduos: ou é designado um árbitro para o efeito, ou, o que no entender de Savigny seria ainda melhor, a existência de algo totalmente exterior e que não dependeria de arbitrariedade alguma, a saber, a lei, civil ou penal (no que tange à determinação da ação do indivíduo ou no que se refere à garantia da dita ação).

Segundo Savigny, uma vez que a lei foi estabelecida para excluir toda a arbitrariedade, a única ação e a única tarefa do Juiz seria uma interpretação

puramente lógica. É neste sentido que Savigny usa a expressão: a jurisprudência é uma ciência puramente filológica.

Para que a ciência legislativa seja filosófica: ela deve ser, como já foi referido, coerente e deve ter unidade, isto é, deverá ter um conteúdo geral<sup>72</sup> e a legislação deve ter um conteúdo não sujeito ao acaso. Assim, a jurisprudência é uma ciência filosófica, já que na filosofia deve-se indicar todo o conteúdo da tarefa geral mediante uma completa dedução.

Finalmente para que a ciência legislativa seja histórica e filosófica, o intérprete, o jurista, tem de considerar o particular do elemento histórico e articulá-lo com o todo da elaboração sistemática das normas jurídicas.

Ou seja, o tratamento da jurisprudência deve conter em si a condição de uma elaboração interpretativa e filosófica. Como já foi referido acima, exegese e sistema devem ser elaborados separadamente, e não juntos e depois separados, senão, como diz Savigny, a elaboração fracassará.

Chegados aqui, a pergunta que se impõe é a seguinte: como é, então, possível uma interpretação jurídica para Savigny?

A questão de saber se existe a possibilidade de um Juiz poder, ou não, criar Direito, ocupou o pensamento de vários juristas, e em épocas diferentes. O princípio prevalente é o de se salvaguardar os princípios do Estado de Direito e a separação dos poderes. Para que isso se realize é necessário que o juiz fique estritamente vinculado à letra da lei.

A interpretação, para Savigny (1994:13)<sup>73</sup>, *“deve investigar o conteúdo da lei. Interpretação é primeiramente: reconstrução do conteúdo da lei. O intérprete deve colocar-se no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente seu pensamento”*.

---

<sup>72</sup> A qual deverá ser uma tarefa geral da ciência do Direito.

<sup>73</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Metodología Jurídica. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803).



Para isso ele conta com a ajuda dos seguintes elementos: gramatical (particularidades de cada texto); lógico (significado de cada texto para o conjunto), e histórico (circunstâncias concretas do aparecimento da lei), e o sistemático (que diz respeito ao contexto interno que reúne os institutos jurídicos e todas as regras jurídicas numa grande unidade).<sup>74</sup>

Segundo Hassemer & Kaufmann (2009:165,166), Savigny entende por interpretação:

*“A ‘reconstrução do pensamento inerente à lei’ e acrescenta que em razão deste entendimento desenvolveu quatro elementos da interpretação jurídica que segundo ele passou a caracterizar a ‘teoria clássica da interpretação’ – O primeiro é elemento gramatical; o seu objeto é a palavra, ‘a qual opera a transição do legislador para o nosso pensamento’. Em segundo lugar, temos o elemento lógico; o seu objeto é a estrutura do pensamento, a relação lógica entre as partes individuais. Em terceiro lugar, o elemento histórico; este visa ‘a configuração da situação jurídica em causa’. E, por fim o elemento sistemático, que diz respeito ‘ao grande contexto interno, o qual reúne todos os institutos jurídicos e todas as regras jurídicas numa grande unidade’.”*

---

<sup>74</sup> Nas próprias palavras de Savigny (1994:13):

*1) a parte lógica, que consiste na apresentação do conteúdo da lei em sua origem e apresenta a relação das partes entre si. É também a apresentação genética do pensamento na lei. Mas o pensamento deve ser expresso, motivo pelo qual é preciso também que haja normas de linguagem, e disso surge:*

*2) a parte gramatical, uma condição necessária da parte lógica. E também se relaciona com a parte lógica*

*3) a parte histórica. A lei é dada em um momento determinado, a um povo determinado; é preciso conhecer, pois, essas condições históricas para captar o pensamento da lei. A compreensão da lei só é possível pela compreensão do momento em que a lei existe. “*

Ainda hoje, na hermenêutica jurídica e constitucional, o elemento gramatical, que consiste na busca do sentido textual e literal da norma, deve ser tomado como um ponto inicial.

Para Savigny, o juiz não tem de esclarecer nem de aperfeiçoar a lei de modo criativo, tem apenas que executá-la.<sup>75</sup>

Nestes primeiros estudos Savigny não aceitava, portanto, a utilização da interpretação restritiva, nem da interpretação extensiva, assim como da interpretação teleológica por acreditar que ultrapassam a fidedignidade do corpo da lei.

Posteriormente, esse pensamento, em outra fase, será flexibilizado nesse sentido. Segundo Pacheco (2011):<sup>76</sup>

*“O pensamento da lei atinge-se, tomando em consideração as circunstâncias históricas em que a lei apareceu. De seguida, buscar-se-ão as particularidades (significado de cada texto para o conjunto). A legislação só é entendida no seu todo e esse todo exige um sistema para ser legitimamente reconhecido. Daí o grande significado dos elementos históricos e sistemáticos na interpretação da norma”.*

Além destes elementos da interpretação da lei, Savigny considerava como imprescindíveis à interpretação geral, dois princípios fundamentais: o individual e o universal. O individual, é aquele segundo o qual o texto da lei deve expressar uma parte do todo, de maneira que não esteja contida em nenhuma outra parte. Quanto mais particularizado for o texto, maior será a sua importância à legislação como um todo. Cabe ao intérprete encontrar e definir a partícula individual de cada texto. Todo texto de uma lei deve expressar, portanto, uma parte do todo,

---

<sup>75</sup> Savigny (2004:11) escreve literalmente: *“Interpretação é reconstrução do pensamento (claro ou obscuro, é o mesmo) expresso na lei, enquanto seja possível conhecê-lo na lei”.* O fator da obscuridade da lei é de pouca valia e a sua forma de interpretar deve conter os mesmos elementos, lógicos, gramaticais e históricos. Vale ressaltar que a lei é temporal, ela entra em vigor em determinado momento para um povo específico, e por este motivo precisa se conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei.

<sup>76</sup> PACHECO, Henrique Olegário. (2011). *As lições de Savigny*. Disponível em: <https://direitosala25.wordpress.com/2011/10/18/as-licoes-de-savigny/> Acesso em 22/08/2020

de forma que essa parte não esteja contida em nenhuma outra parte. De acordo com as próprias palavras de Savigny (2004:15):

*“Todo texto de uma lei deve expressar uma parte do todo, de tal maneira que não esteja contida em nenhuma outra parte. Quanto mais individual for, quanto mais tentar encontrar uma frase especial, e quanto menos particularizar texto em geral, mais rica será a sua contribuição a totalidade da legislação”.*

Relativamente ao princípio universal, diz Savigny (2004:18) que:

*“A legislação apenas expressa um todo. A interpretação do particular também deve ser tal que, para poder compreender o particular este se deve amoldar ao todo. A exposição do todo não pertence a esse ponto propriamente, mas ao sistema. Porém, desde que cada parte não é inteligível sem o todo, deve ser concebida em relação com o todo, tarefa semelhante àquela que existe no sistema, mas com objetivos opostos”.*

Parafraseando Savigny, a aplicação destes princípios de interpretação, depende muito da qualidade da legislação que se pretende interpretar. Quanto mais formalmente perfeito for a legislação, tanto mais aplicáveis serão os princípios. Será, portanto, de concluir que, nos seus primeiros escritos, o conceito de interpretação para Savigny atem-se a uma estrita vinculação à literalidade da lei, ao contrário dos seus escritos ulteriores onde aparecem considerações voltadas para a finalidade da lei, e para o ‘nexo orgânico’ entre os ‘institutos jurídicos’.

Nesta primeira fase da Escola Histórica, foi possível verificar que para Savigny a reconstrução do pensamento legislativo deveria ser subordinada ao estudo dos próprios textos legislados. Toda a interpretação que não se ativesse

à literalidade da letra da lei, seria recusada, demonstrando assim a importância do elemento gramatical e lógico na interpretação dos textos legais. Interpretar seria, portanto, para Savigny, reconstruir o 'espírito da lei'.

Assim, à vontade do legislador, Savigny oporia a vontade da própria lei, ou seja, a vontade historicamente expressa na lei. Segundo Savigny, para se captar o 'espírito do povo na lei' é necessário conhecer as condições históricas do momento em que a lei foi feita, ao mesmo tempo que é necessário apresentar o conteúdo da lei na sua origem, e na relação das diferentes partes entre si, partindo apenas do que está expresso na própria lei.

Nesse sentido, o próximo capítulo, começará por fazer uma pequena resenha das condições históricas, políticas e jurídicas dos diferentes momentos em que o Direito brasileiro se foi formando, atendendo ao conjunto das diferentes mudanças e ajustes que a própria lei foi obrigada a submeter-se pela necessidade das grandes mudanças e alterações históricas que se processaram ao longo do século XIX, no Brasil, e que culminaram com a implantação de República em 1889 e a promulgação da Constituição de 1891. Este foi o período do aparecimento de um movimento de grande influência filosófico-jurídica e política, que contribuiu de maneira decisiva para uma nova visão do Direito no Brasil, e a que se chamou o Culturalismo, que nasceu na Escola do Recife, e cujo liderança coube ao singular germanista Tobias Barreto.

#### 4. O Direito no Brasil-Colônia

Eis-nos chegados à singularidade desta dissertação cujo proposta pretende elucidar e testemunhar da influência do pensamento da Escola Histórica de Direito no pensamento filosófico-jurídico de Tobias Barreto Meneses, tornando evidente através dos textos escritos deste o testemunho dessa influência, quer por citação expressa dos textos daqueles autores que pertenceram referida escola, quer pelo conteúdo dos textos de Barreto que explicitamente referem e refletem a influência do pensamento da Escola Histórica Alemã, e de alguns mais autores ligados ao pensamento historicista e à ideia de historicidade na formulação do conceito de Direito.

Entre estes autores estão sobretudo aqueles já anteriormente foram referidos, Gustav Hugo, Frederic von Savigny e Rudolf Jehring, e entre as teorias jurídicas existentes, a teoria da Escola Histórica do Direito por ser aquela que *“desperta na Ciência Jurídica, a reflexão acerca da historicidade do Direito, o que significa nada mais nada menos do que relacionar a norma jurídica com a realidade social.”*<sup>77</sup>

Savigny defende que o Direito possui um caráter determinado para cada povo, constituindo juntamente com a língua, costumes e constituição política um todo inseparável derivado da *“crença comum do povo, do sentimento uniforme de necessidades íntimas, ficando excluída toda a ideia de uma origem arbitrária. As camadas cultas em ascensão descobriram em si mesmas o povo como nação cultural e interpretaram as criações culturais como manifestações do espírito do povo.”*<sup>78</sup>

De acordo com Paiva (2020), a cultura, para Savigny, surge, como referimos nos capítulos anteriores, “como uma tradição espiritual, ou mesmo, como uma tradição literária”. Assim, diz-nos Savigny que: *“o direito se origina, em primeiro lugar, dos costumes e crenças populares, e, depois da*

---

<sup>77</sup> PAIVA Nunziata S. V. (2020:230). *Literatura e Cultura Jurídica*. Disponível em: [www.direito.ufmg.br](http://www.direito.ufmg.br)  
Consulta em 20.08.2020

<sup>78</sup> WIEACKER, Franz (1993:408) *Historiando Direito Privado Moderno*. 2\* ed Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian

*jurisprudência; sempre, portanto, em virtude de uma força interior e silenciosa, jamais em virtude do arbítrio de qualquer legislador.”*<sup>79</sup>

Também para Barreto (1977:287), “o próprio Direito, que em última análise não é um produto natural, mas um produto cultural, uma obra do homem mesmo.” E insurge-se, não sem alguma indignação: “É mister bater, bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade.” (BARRETO, 1929:175).

Como teremos oportunidade de elucidar ao longo deste capítulo, muitas são as alegações de Tobias sobre este tem e sobre esta influência quer através de citações da própria obra de Savigny e de outros autores acima referidos, quer através de suas próprias elucubrações e cogitações filosóficas e jurídicas que deixam claramente compreender a visão partilhada deste conceito histórico do Direito. Tobias chega mesmo a ir mais além e reconhecer, diferentemente de Savigny, que o Direito pode ser um agente transformador da sociedade, já que para Barreto o Direito para além de historicista seria também evolucionário,<sup>80</sup> no sentido de poder ajudar a própria sociedade a desenvolver-se:

*“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 conceção e definição do Direito”. BARRETO (2001:95).<sup>81</sup>*

---

<sup>79</sup> SAVIGNY, F. (1946). *De la vocation de nuestro siglo para la legislation y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Ed. Atalaya. Cit. em PAIVA (2020:230).

<sup>80</sup> Dir-se-ia, mesmo, [r]evolucionário, devido ao conjunto de causas que ele abraçou: abolição da escravidão, emancipação da mulher, a crítica ao poder moderador, a luta pela industrialização do Brasil, antimonárquico, crítico severo da filosofia atrasada do seu tempo, e da falta de coerência e princípios do seu partido.

<sup>81</sup> BARRETO, Tobias (2001:95). *Introdução ao Estudo do Direito. Política Brasileira*. Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. SP, Brasil.

#### **4.1 Panorama histórico-político-jurídico do Brasil-Colônia (Séc. XVI-XIX)**

Ao chegar ao Brasil, em 1500, os portugueses encontraram uma quase ausência de instituições políticas e jurídicas com um mínimo de representatividade de uma população que se encontrava dispersa em várias tribos, e a que os portugueses chamaram de indígenas. Para além dos indígenas, o outro povo cuja influência na formação cultural do Brasil foi igualmente determinante, foram os africanos. Trazidos de África na condição de escravos, os africanos pela sua condição de escravatura também não exerceram influência nas instituições políticas e jurídicas do Brasil. Desta forma, os portugueses impuseram o seu sistema jurídico ao Brasil-Colônia, apagando desta feita os antigos costumes jurídicos dos indígenas e do povo africano escravizado.

Na história da formação do Direito brasileiro, os indígenas e os africanos foram “*mais como objetos – coisas – do que sujeitos do Direito*” considerados (Maciel & Aguiar, 2017:211). E o Direito usuário desses povos permaneceu esquecido ao longo dos séculos, com consequências paradoxais, como veremos, que podem ainda ser encontradas no direito brasileiro dos nossos dias.

Esta “importação” direta do sistema jurídico português para o Brasil-Colônia, justifica o porquê da total relação do Direito brasileiro com os sistemas romanistas, já que, de igual modo e até 1822, nenhuma outra civilização pôde influenciar diretamente a formação jurídica brasileira.

O primeiro período da colonização brasileira, que vai da “descoberta” do Brasil em 1500 e até 1549, foi marcado pelas Capitânicas Hereditárias, sistema tipicamente feudal em que as questões políticas, administrativas e jurídicas ficavam a cargo dos donatários – nobres responsáveis pelas funções de legislar, acusar e julgar sobre as populações das terras que lhes eram confiadas. O que na prática significava uma só pessoa a legislar, acusar e julgar.

A partir de 1549, é instituído pela Coroa o Governo-Geral, que assumiu amplas responsabilidades burocráticas, jurídicas e fiscais, o que permitiu um melhor funcionamento da justiça.

Ainda de acordo com Maciel & Aguiar (2017:214), o sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal:

*“As ordenações reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas (1603), que surgiram como resultado do domínio Castelhana.”*

Em 1769, uma grande mudança legislativa veio a acontecer com a introdução, durante a Reforma Pombalina, da chamada “Lei da Boa Razão”, cujo intuito era o de minimizar a influência do Direito romano, estabelecendo regras centralizadoras que uniformizavam a interpretação e a aplicação das leis em “acordo com o Direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas” (HAROLDO, 1980:76). Tratava-se, finalmente, “da chegada a Portugal da modernidade científica e filosófica, do espírito crítico e das novas práticas do progresso material que estavam a ajudar a construir a moldura político-jurídica da Europa moderna, ou seja, o Estado iluminista, caracterizado pelo absolutismo político do monarca e pelas reformas política, social, cultural, econômica e até religiosa, com o objetivo de reorganizar a sociedade em conformidade com normas racionais”.<sup>82</sup>

Crete no poder da razão e na capacidade reformadora das leis o Marquês de Pombal, conseguiu abrir as portas de Portugal às influências do Renascimento, retirando-o, assim, do dogma eclesiástico da fé e da revelação (em parte resultado da anterior adesão à Contra Reforma) e abrindo-o às ideias do racionalismo iluminista da Europa moderna.

---

<sup>82</sup> MACIEL, José Fábio Rodrigues (2017). *História do Direito, A Lei da Boa Razão e a formação do direito brasileiro*, no Jornal Carta Forense, 2001-2019, São Paulo. (<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-lei-da-boa-razao-e-a-formacao-do-direito-brasileiro/1668>. Consultado em 22.02.2019)



Como escreve Maciel (2018:1), “a *Lei da Boa Razão*, de 18 de agosto de 1769, elaborada no processo da reforma pombalina, redefiniu a teoria das fontes do Direito, tornando-se documento chave para a compreensão do bacharelismo liberal na cultura jurídica brasileira do século XIX, com consequências até a atualidade”.

A força do Pombalismo estava, pois, na crítica do saber jurídico tradicional, defendendo o Direito laico e se insurgindo contra a influência do Direito canônico, procurando a certeza jurídica, a limitação do arbítrio dos juizes, e a reinterpretação do Direito romano, ainda em vigor. A ‘Reforma Pombalina’ era libertária das disfunções do passado, mas buscava um novo monopólio, o da lei editada pelo soberano, com a possibilidade de invocação em função dos princípios de Direito natural e, também, “da *instauração da filosofia política racionalista, como a linha mestra da formação intelectual dos juristas*”.<sup>83</sup>

No entanto, a aplicação do Direito no Brasil-Colônia tinha o principal interesse de favorecer a metrópole, e o que de facto mormente interessava eram as regras que asseguravam o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros. Daí que, por exemplo, a lei que pôs fim à escravatura em Portugal, em 1773, não tivesse tido qualquer efeito sobre a colônia brasileira, pois que o trabalho escravo interessava manter aí, já que ele era a base de toda a produção agrícola no Brasil dessa altura.

Apesar disso, as Ordenações Filipinas foram sendo a base do Direito no período colonial e também durante a época do Império no Brasil. E foi só a partir da independência, em 1822, que os textos destas Ordenações foram sendo

---

<sup>83</sup> MACIEL, José Fábio Rodrigues (2017) acrescenta que: “A reforma da prática jurídica foi complementada com a reforma do ensino jurídico na Universidade. É que a *Lei da Boa Razão*, ao rever todo o sistema de fontes do Direito, fez com que se abandonasse os textos de autoridade dos grandes juristas medievais, como *Bártolo e Acúrsio*, o mesmo se dando com o Direito canônico. O que se buscava era o monopólio da edição do Direito a favor da lei do soberano, com raras exceções, como a possibilidade de invocar os princípios de Direito natural, especificamente aqueles que tinham sido incorporados na legislação dos novos Estados iluministas”. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-lei-da-boa-razao-e-a-formacao-do-direito-brasileiro/1668> (Consultado a 22.02.2019)

gradualmente revogados e substituídos por textos que, embora introduzissem reformas legislativas, ainda assim se mantinham sob a influência dos textos das Ordenações Filipinas. De acordo com os escritos de Maciel (2017: 220):

*“Primeiro surgiu o Código Criminal do Império de 1830, que substituiu o Livro V das Ordenações Filipinas; em seguida foi promulgado, em 1832, o Código Processual Criminal, que reformou o processo e a magistratura; em 1850 surgiram o Regulamento 737 (processo civil) e o Código Comercial. Os Livros I e II perderam a razão de existir a partir das Revoluções do Porto em 1820 e da Proclamação da Independência brasileira. O livro que ficou mais em voga foi o IV, vigorando toda a época do Brasil Império e parte do período republicano, com profundas influências no atual sistema jurídico do Brasil. (...). As normas relativas ao direito civil só foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916”.*

Após a conquista da independência, em 1822, para a qual contribuíram de forma decisiva as Conjurações Mineira e Baiana, e o facto histórico da mudança da família real portuguesa para o Brasil, surgiu a necessidade de uma identificação jurídica nacional, dotando o Brasil, agora país independente, de instituições que garantissem a coesão e a unidade nacional. Entre estas instituições, a jurídica, de grande relevância, urgia rapidamente dotar de novas leis que não trouxessem do período anterior as marcas do colonialismo, mas que por outro lado não rompessem com o passado histórico de construção do País. A solução encontrada traduziu-se na substituição gradual das leis portuguesas do ordenamento brasileiro, ao mesmo tempo que se manteve no comando do novo governo D. Pedro I, filho de D. João VI.<sup>84</sup>

Nestas condições, o Brasil como país independente tornou-se um Reino unido a Portugal, e desta forma teve direito a eleger deputados às cortes. Estes deputados, participando ativamente das atividades legislativas, foram tomando

---

<sup>84</sup> De facto, com a saída dos franceses de Portugal, e com a revolução de 1820 do Porto, D. João VI foi obrigado a retornar a Portugal, caso contrário perderia o trono, e com isso, D. Pedro I viria a assumir o trono do império brasileiro.

contato direto com as ideias liberalistas que se expandiam na Europa e, desta forma, foram reunindo esses ideais que utilizaram na criação das novas leis e com um sentido claramente independentista.

Nesse sentido, foram implementadas algumas medidas como, por exemplo, a substituição das Ordenações Filipinas (já referenciadas anteriormente) e a criação, em 1827, dos cursos jurídicos nacionais - escolas de São Paulo e de Olinda (posteriormente transferida para Recife, em 1854) - instrumento importante na formação de novos legisladores (que vieram substituir a geração de velhos juízes, e velhos legisladores, formados pela Universidade de Coimbra<sup>85</sup> e ligados, portanto, à monarquia portuguesa) que precisavam formar os novos alicerces jurídicos do Brasil independente e reformar as instituições que restavam do Antigo Regime, como o governo, a justiça e a fazenda.

Porém, o liberalismo brasileiro tinha profundas diferenças em relação ao liberalismo da escola europeia, já que a estrutura sociopolítica do Brasil desta altura era uma estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, cuja economia repousava fundamentalmente na estrutura agrária escravagista.

Pelo contrário, na Europa, o liberalismo estava ligado a uma ideologia revolucionária ligada à ascensão da burguesia e focado na luta contra os privilégios da nobreza. O paradoxo do liberalismo brasileiro na época do Império resultava da tentativa de conciliação do binómio irreduzível "liberalismo-escravidão". Em duas palavras, não tendo havido qualquer processo revolucionário conducente a um liberalismo de representatividade popular, o Estado liberal brasileiro surgiria apenas pela vontade da elite dominante, na busca pela liberdade política e a democracia.

---

<sup>85</sup> De acordo com MACIEL, José Fábio Rodrigues (op. Cit.) "*a própria Universidade de Coimbra passou a valorizar o ideário jus-racionalista no ensino jurídico, ao focar o estudo mais nas fontes do que nas opiniões e comentários. Portugal recebeu claramente a influência iluminista, que buscava a renovação da ordem jurídica a partir da codificação do direito, codificação essa levada a cabo na França no início do século XIX por Napoleão Bonaparte e logo seguida por Portugal. Foi esse o sistema jurídico adotado pelo Brasil quando da instituição dos cursos jurídicos em território nacional em 11 de agosto de 1827.*"

No entanto, o processo de independência do Brasil, não contou, como já foi referido, com a adesão dos velhos magistrados, formados pela Universidade de Coimbra, e adeptos da monarquia portuguesa. Esta velha magistratura era utilizada para garantir a unidade nacional mantendo o estado atual das coisas e da classe dominante, onde o poder judicial permanecia intrinsecamente ligado ao poder político (ainda que as duas instituições se apresentassem como jurídica e administrativamente separadas). Na sequência deste estado de coisas, dois problemas surgiram na fase inicial do governo de D. Pedro I: a luta contra o absolutismo e a luta a favor da descentralização político-administrativa a caminho do federalismo.

O governo de D. Pedro I era monárquico e centralizador, e por isso contrário à vontade descentralizadora político-administrativa dos novos legisladores brasileiros acabados de sair dos cursos de São Paulo e de Olinda (Recife)<sup>86</sup>, bem como da vontade federativa dos políticos brasileiros que participaram como deputados nas Cortes convocadas em 1820, como consequência da Revolução do Porto. Como resultado desta divergência de interesses, D. Pedro dissolveu sem demoras a assembleia constituinte de 1823, já que na sua maioria era composta por liberais radicais que propunham leis para regerem a nação no interesse do país, mas que eram contrárias aos interesses de quem detinha o poder Real.<sup>87</sup>

A constituição de 1824 foi então o resultado de uma elaboração de um pequeno grupo de legisladores que acabou por ser outorgada por D. Pedro I, a 11 de dezembro de 1823, entrando em vigor a 25 de março, de 1824. Esta constituição apresentava, na grande maioria das suas leis, características claramente antiliberalistas, propondo um governo centralizado, com acentuado centralismo político; a institucionalização da monarquia parlamentar,

---

<sup>86</sup> A escola do Recife (Olinda) funcionou como centro intelectual, preparando novos doutrinadores que formulariam novas teorias; a de São Paulo, formava políticos e burocratas do Estado.

<sup>87</sup> Para Barreto (1888:17), a crítica ao poder moderador fazia parte de uma crítica mais alargada ao Direito público brasileiro e o identificava como o maior problema político deste ramo jurídico no Brasil da sua época. Para Tobias, e outros pensadores da Escola do Recife, o poder moderador evidenciava uma política baseada na subserviência dos poderes locais e estaduais ao imperador, e era orientado por um pensamento político e filosófico cujas influências jusnaturalistas europeias se encontravam obsoletas.

defendendo os interesses dos que detinham o poder real através de um exacerbado individualismo económico; a figura inviolável e sagrada do Imperador; a religião católica apostólica romana como sendo a religião do Estado e do Império; e permitindo a continuação de um Estado escravocrata e latifundiário.<sup>88</sup>

O período do primeiro reinado, a partir da independência, a 7 de setembro de 1822, e até 7 de abril 1831 (data da abdicação ao trono brasileiro por D. Pedro I) foi, pois, um período marcado por várias crises políticas internas ligadas ao processo de unificação do Brasil e aos interesses portugueses na ex-colônia, que se mantiveram de certa forma ainda predominantes, como acabamos de referir.

O período que se seguiu, entre 1831 e 1840, também não foi politicamente estável. Este período, chamado Regencial Brasileiro, ficou marcado por grande instabilidade política, já que a abdicação de D. Pedro I provocou um vácuo político (D. Pedro II ainda era menor), provocando a disputa pelo poder entre as duas principais correntes políticas do Brasil: a dos liberais moderados, formada pelas camadas médias urbanas, e a dos liberais conservadores, formada pelos representantes da aristocracia rural.

Estas duas correntes tinham-se aliado no chamado Partido Brasileiro que enfrentou os membros do Partido Português (simpatizantes de D. Pedro I e da política absolutista e autoritária do Imperador) e desta forma precipitando a abdicação eminente do imperador. Com a queda do Partido Português, as diferentes facções do Partido Brasileiro tornaram-se elas mesmo concorrenciais e disputaram o poder ao longo de todo o período regencial.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> A única emenda que sofreu a Constituição de 1824, que permitiu uma medida liberalista, foi por meio do Ato Adicional de 12 de agosto de 1834, aprovado pela Lei n. 16, durante o governo da Regência Trina Permanente, em que os liberais conseguiram descentralizar a administração do Império (MACIEL, 2017:244).

<sup>89</sup> Este período ficou marcado por várias regências e por várias revoltas, que geraram grande instabilidade política: Regência Trina Provisória (1831); Regência Trina Permanente (1831-1835); Regência de Feijó (1835-1837); Regência de Araújo Lima (1838-40); Segundo Reinado (os liberais promoveram o golpe de maioria levando D. Pedro II ao poder). As principais revoltas ficaram conhecidas por: Cabanagem no Pará (1835-1840); Revolta dos Malês na Bahia (1835); Sabinada na Bahia (1837-1838); Balaiada no

Ao contrário do Primeiro Reinado e do Período Regencial, o Segundo Reinado acabou sendo, por comparação com o primeiro, um período de relativa estabilidade. Dom Pedro II atuou como mediador político entre os dois partidos acima referidos, criando estratégias para agradar às duas elites económicas do País. O Parlamentarismo assumiu forma de governo durante este período, embora o presidente do Conselho não fosse eleito por votação, mas diretamente pelo próprio imperador. A economia passou a girar em torno da agro-exportação, sendo o expoente máximo a exportação do café, plantado em grandes latifúndios, em sistema de monocultura e com uso da mão de obra barata dos imigrantes e dos ainda escravizados africanos.

A partir da segunda metade do século XIX, muitos italianos e alemães chegaram ao Brasil fugidos dos seus países de origem, e à força das pressões inglesas e das próprias revoltas dos escravizados, gradualmente a mão de obra escrava foi sendo substituída pela mão de obra livre assalariada desses imigrantes. Foi nesta altura que surgiu a *Lei de Terras* que determinava que a posse das terras teria de acontecer através da compra, limitando assim o acesso às terras dos escravos libertos e dos imigrantes, por meio de doação ou herança.

Finalmente a partir de 1880, o Segundo Reinado, começa a enfrentar muitas instabilidades. Parte dos fazendeiros tornaram-se contrários à política de D. Pedro II, já que com o fim da escravatura em 1889, e na dificuldade de continuarem a pagar a mão de obra dos assalariados, foram assumindo posições cada vez mais anti-imperialistas. Por outro lado, os ideais modernos republicanos foram-se disseminando pela classe média brasileira.

Finalmente, a insatisfação da Igreja (com a interferência de D. Pedro nas questões religiosas) e dos militares (desvalorização do seu trabalho e baixos

---

Maranhão (1838-1841); Guerra dos Farrapos no Rio Grande do Sul (1835-1845). Algumas destas revoltas, como por exemplo a dos Malês na Bahia, tinham como motivação profunda a libertação dos escravos do jugo escravagista, mas o fim da escravatura no Brasil só viria a acontecer a 13 de maio de 1888, através da chamada Lei Áurea. Embora beneficiando juridicamente os escravos, esta lei deixou, no entanto, por resolver as questões sociais e de integração social, económica e política resultantes de 400 anos de escravatura.

salários) levaram à queda do Segundo Reinado e à proclamação da República a 15 de novembro de 1889, através de um golpe de Estado político militar.

Pretendeu-se, neste capítulo, relatar o ambiente histórico, político, económico, social e jurídico que os novos juristas legisladores tiveram de enfrentar na tarefa de formação e constituição do arcabouço jurídico que haveria de dar sustentabilidade legislativa e jurídico ao novo País, que se tornara independente e que, através de alguns períodos de estabilidade e de instabilidade política, económica e social, conseguiu a maturidade necessária para se proclamar República e se dotar de uma constituição, promulgada em 24 de Fevereiro de 1891, apenas três anos após o fim da escravidão, e onde ficaram estabelecidas as principais características do Estado Brasileiro contemporâneo, substituindo a de 1824 que havia vigorado durante todo o período imperial, pós-independência.<sup>90</sup>

Do ponto de vista filosófico, esta constituição de 1891, tem uma enorme influência do positivismo francês e do jusracionalismo europeu. O fundamento filosófico em que esta constituição se baseava era o de que o Direito seria natural e cientificamente determinável. Esta ideologia positivista ao delegar a construção do Direito na ciência, no racionalismo e na cientificidade do Direito, levou à crença que o estabelecimento de leis fixas e objetivas poderia guiar objetivamente o Estado. No entretanto, esclarecem Maciel, José Fábio Rodrigues e Aguiar, Renan (2017:269):

*“a dogmática jurídica da segunda metade do século XIX, fortemente influenciada pela bibliografia francesa, incorporou nos seus estudos as ideias e os conceitos de natureza e de associação*

---

<sup>90</sup> A constituição de 1891 durou cerca de 40 anos, ainda que tenha passado por várias reformas, algumas lesantes, como a de 1920. Seguiram-se a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967, a de 1969, e finalmente a de 1988, promulgada em 5 de outubro, estabelece o Brasil como um Estado democrático de Direito de estrutura federativa: a República Federativa do Brasil (com 26 Estados federados e um Distrito Federal). Em 1993, conforme determinação do texto constitucional, foi realizado um plebiscito para que o povo determinasse a forma de governo, entre monarquia e república, e o sistema de governo, podendo optar entre o presidencialismo e o parlamentarismo. Foram confirmados o regime republicano e o presidencialismo já existentes, junto com a tripartição dos poderes.

*civil, desenvolvendo-os a par das unidades conceituais: Direito Natural e Direito Político.”*

Como já foi referido, as diversas noções de “*direitos naturais*” neste período, apresentam dois sentidos intrínseca e indissociavelmente associados: o divino e o racional. A razão seria uma dádiva divina, isto é, o procedimento ou conjunto de procedimentos segundo os quais o homem poderia conhecer acerca das leis naturais.

Contra este estado de coisas e deste pensamento filosófico-jurídico, social e político se insurgiram diversos autores, entre os quais, Tobias Barreto, insigne pensador, jurista, poeta e filósofo, um dos nomes mais relevantes deste período e que ficaria ligado à escola jurídica do Recife, centro intelectual por excelência, que preparava novos doutrinadores, os quais formulariam novas teorias que seriam fundamentais para a fundação, organização e independência do novo País.



## **4.2 Tobias Barreto e a Valorização do Direito Brasileiro.**

Tobias Barreto de Menezes (1839-1889) nasceu a 7 de junho de 1839 na Vila de Campos em Sergipe, numa zona de tradicional fuga de escravos dos Palmares, no seio de uma família pobre no sertão nordestino. Mestiço, filho de Pedro Barreto de Menezes e Emereciana Menezes, iniciou o curso de primeiras letras com o professor Manuel Joaquim De Oliveira Campos e depois veio a ter aulas de latim com o Padre Domingos Quirino. Obteve posteriormente o título de professor substituto de latim que lhe conferiu um certo prestígio, visto que o domínio do latim, naquele tempo, enobrecia quem o dominasse enquanto língua.

O Curso de Direito, marco essencial em seu desenvolvimento intelectual, iniciou em 1862, na Faculdade (Escola) de Direito do Recife. Dedicou-se aos estudos jurídicos e filosóficos, enquanto desenvolvia uma atividade reconhecida de poeta. Formou-se em Direito, nessa mesma Faculdade em 1869, e aí foi, posteriormente, professor entre 1881 e 1889. Ainda durante o tempo de estudante de Direito, desenvolveu uma intensa atividade como poeta e orador, e destacou-se no campo da política, rumo que seguiria depois que termina o curso na Faculdade de Direito.

Depois de formado ainda residiu algum tempo no Recife, onde abriu um colégio de instrução secundária, sendo que durante o curso foi sempre no ensino que encontrou o meio de subsistência: lecionava francês, latim, história, retórica, filosofia e matemática. Em 1869, casa-se com Graça Mafalda dos Santos, com quem teve nove filhos. Filia-se no Partido Liberal em 1870 e passa a defender as ideias liberais em alguns jornais da época. Este período que vai de 1862 ao início de 1871 constituiu aquilo que ficou conhecido como a sua primeira fase do Recife.

Em 1871 deixa o Recife e muda-se para a cidade de Escada onde passa a exercer cargos políticos e cria o seu primeiro jornal editado com tipografia própria, e no ano de 1875, publica seu primeiro livro: *Ensaio e Estudos de*

*Filosofia e Crítica*.<sup>91</sup> Com a sua filiação no Partido Liberal, passou a ocupar cargos políticos como, por exemplo, o de deputado de província. Tobias Barreto era um brasileiro atento à realidade social, política e económica do seu tempo. Participou nas lutas abolicionistas e republicanas, posicionou-se a favor da luta dos negros e mestiços nos seus poemas e em artigos na imprensa abolicionista, a favor da inclusão das mulheres nas instituições académicas, e lutou pela industrialização do país. Apesar do seu esforço, não encontrou na política o desejado caminho para a realização das mudanças sociais, políticas, económicas e de mentalidade que ele achava necessárias para o Brasil da sua época. Antimonárquico, crítico severo da filosofia atrasada do seu tempo, e da falta de coerência e princípios do seu partido<sup>92</sup>, Tobias desencantado com a falta de sucesso dos seus ideais políticos, decidiu retornar ao Recife, que deixara 10 anos antes, para se tornar professor da Faculdade de Direito daquela cidade.<sup>93</sup>

Parece iniciar-se, neste momento, o seu rompimento com o positivismo, a que aderira parcialmente enquanto estudante, o que representaria, segundo Paim & Mercadante (1972) a segunda fase de sua filosofia. Tobias, ao mesmo tempo que adere intelectualmente ao monismo Haeckeliano, sendo considerado um dos primeiros a introduzir as teorias germanistas e as teorias do culturalismo na Faculdade de Recife e no Brasil, passa, também, a dedicar mais tempo aos escritos e aos temas jurídicos e filosóficos.

---

<sup>91</sup> BARRETO, Tobias (1875). *Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica* (1ª Livração). Recife, Typ. Mercantil. 1875, 158pp. Idem 2ª edição corrigida e aumentada: Pernambuco, J. Nogueira de Souza, 1889, 191pp.

<sup>92</sup> MERCADANTE, Paulo & PAIM, Antônio. (1972). Tobias Barreto na Cultura Brasileira: uma reavaliação. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1972. p.50-51.

<sup>93</sup> BARRETO, Luiz Antônio. (2013). Tobias Barreto: uma biobibliografia, in BARRETO, Tobias; *Estudos Alemães* p.14. 1ª Ed. Solomon. Rio de Janeiro; Editora do Diário Oficial. Sergipe.

Neste período, publica os seus Estudos Alemães<sup>94</sup> e as Questões Vigentes de Philosophia e do Direito<sup>95</sup>, e amadurece o seu último período filosófico ao aderir, em grande medida, às ideias do neokantismo, tornando-se um destacado membro da Escola de Recife, sendo considerado juntamente Sílvio Romero, como o iniciador de uma nova corrente filosófica no Brasil.

De acordo com Schmitz Filho (2017:8):

*“O desabrochar do seu pensamento, e de suas influências no cenário filosófico e jurídico brasileiro, se entrelaça com o surgimento e com o desenvolver da Escola do Recife, pioneiro movimento intelectual nascido na cidade que lhe dá nome. A relação de Barreto com o movimento que surgia e as curiosas relações do autor com a nata do pensamento alemão do século XIX fizeram culminar em Tobias uma efervescência de novas ideias e caminhos.”*

Este período que vai de fins de 1881 a junho de 1889, foi chamado “a segunda fase do Recife”, período esse que ficou marcado pela influência do neokantismo no seu pensamento e nos seus escritos. Tobias Barreto foi professor lente substituto na Faculdade de Recife e só alcançou a sua cátedra em 1888, um ano antes de sua morte. De acordo com Araújo e Barbosa (2020:6):

*“Durante o magistério ficou responsável por lecionar Direito Natural, cadeira que abrangia desde o positivismo a filosofia do Direito de Jehrning, nessa cadeira o objetivo do professor sergipano era romper com a ideia natural do Direito e mostrar que o mesmo era fruto da cultura humana. Ele ministrava outras cadeiras nas áreas de Economia Política, Filosofia do Direito, Direito Público em todas as disciplinas era ovacionado por seus alunos que admiravam sua brilhante oratória.*

---

<sup>94</sup> BARRETO, Tobias. (1888). *Estudos Alemães*. (Obras Completas, Vol. VIII). Aracaju: Edição do Estado do Sergipe, 1926b.

<sup>95</sup> BARRETO, Tobias. (1888). *Questões Vigentes de Philosophia e de Direito*. Pernambuco. Livraria Fluminense.

Segundo VENANCIO FILHO (1982), a influência de Tobias no campo do Direito era tão forte que o seu *'Menores e Loucos'* (1884) *"foi considerado a monografia mais importante da literatura penal brasileira."*

Morreu a 26 de agosto de 1889 (tendo podido ainda assistir à abolição da escravatura no Brasil), praticamente jogado ao ostracismo intelectual, mas o tempo que aí lecionou, demonstrou ser uma figura essencial, responsável pela renovação do pensamento filosófico e jurídico do Brasil do seu tempo, com repercussão duradoira sobre as gerações futuras e o futuro do Direito no Brasil. A sua concepção do Direito ficou intrinsecamente ligado à sua concepção de Cultura, i.e., como uma criação humana que se desenvolveu com a civilização e que admitia a intervenção humana através da cultura, com especial atenção para a educação, os costumes, a arte e o pensamento filosófico-jurídico.

#### 4.2.1 Tobias Barreto e a Escola do Recife

Antes do aparecimento de Tobias Barreto e da Escola do Recife, o jusnaturalismo de raiz teológica (onde uma enorme influência do positivismo francês, do jusracionalismo europeu e de muitas reminiscências do direito pós-colonialista e imperialista português existiam) ainda era praticamente, como já se expôs anteriormente, a única filosofia jurídica com peso real no Brasil, no início da segunda metade do século XIX.

Na opinião Veiga<sup>96</sup> (1991), a frágil organização política e jurídica do Brasil, neste período, era representada por um poder moderador e uma monarquia caduca. Além dos grandes produtores rurais, os grupos sociais mais influentes eram compostos por padres, bacharéis e militares. Nesta sociedade pós-colonialista e pós-imperialista, a escravatura e a monocultura latifundiária que ainda eram a economia dominante, que tinham praticamente anulado a possibilidade da existência uma classe média e do nascimento da industrialização, pareciam estar agora à beira de se esgotarem em si mesmas. A impossibilidade deste cenário político e social se sustentar por muito mais tempo a partir desta segunda metade do século XIX brasileiro, fez com que a contestação política, jurídica e filosófica da Escola do Recife, tivesse surgido e se tivesse afirmado e desenvolvido mesmo num cenário hostil e atrasado, quer do ponto de vista político, quer intelectual, quer mesmo social.

Segundo Barreto (1888:17)<sup>97</sup> a crítica ao poder moderador fazia parte de uma crítica mais alargada ao Direito público brasileiro e o identificava como o maior problema político deste ramo jurídico no Brasil da sua época. Para Tobias, e outros pensadores da Escola do Recife, o poder moderador evidenciava uma política baseada na subserviência dos poderes locais e estaduais ao imperador, e era orientado por um pensamento político e filosófico cujas influências jusnaturalistas europeias se encontravam obsoletas.

---

<sup>96</sup> VEIGA, Gláucio. (1982). *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Edição do Autor, Volume III.

<sup>97</sup> BARRETO, Tobias. (1888). *Questões Vigentes de Filosofia e de Direito*. Pernambuco. Livraria Fluminense, p.17

A cultura do bacharelismo estava ainda muito presente neste último quartel do século XIX brasileiro, e o lugar que os novos bacharéis em direito, saídos dos cursos de São Paulo e de Recife (Olinda), formadas em 1827, iam ocupando na sociedade brasileira, e no aparelho administrativo da ex-colônia, estava-se tornando crucial para a formação do Estado brasileiro e para propagação de algumas ideias mais liberais e anti centralizadoras do aparelho estatal.

Foi esta vontade descentralizadora político-administrativa dos novos legisladores brasileiros, que se juntava agora, como vimos anteriormente, ao descontentamento dos fazendeiros, à insatisfação da Igreja e dos militares, às revoltas dos escravos, e à disseminação dos ideais republicanos entre a camada mais intelectual da sociedade, que se tornou no terreno propício ao aparecimento do novo pensamento crítico político e filosófico-jurídico da Escola do Recife. E que levaria posteriormente, como já foi referido, ao enfraquecimento do Segundo Reinado de D. Pedro II e, finalmente, à implantação da República no Brasil e à promulgação da constituição de 1891.

O movimento filosófico-jurídico denominado a Escola de Recife, e que também ficou conhecido como geração de 1870, era composto por nomes como Sílvio Romero, Paulo Egídio, Clóvis Bevilacqua e Tobias Barreto, este último visto por muitos comentadores, e também pelo seu amigo Sílvio Romero, como o líder deste grupo de intelectuais.

As palavras de Sílvio Romero<sup>98</sup> são claras a respeito das diretrizes que guiavam o pensamento deste movimento conhecido como Escola de Recife:

*“A ação por mim e por Tobias Barreto iniciada neste País, a princípio contra o positivismo de Comte, ou em prol do*

---

<sup>98</sup> ARAÚJO, Esdras Bezerra Fernandes & BARBOSA, Anna Kristyna Araújo da Silva. (2020). A Geração de 1870 e o Direito no Brasil: a relação Estado, ciência e sociedade. Consultado a 18 de abril de 2020 e disponível em:

[https://www.academia.edu/38386959/Gera%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_1870\\_e\\_direito\\_no\\_Brasil\\_pdf](https://www.academia.edu/38386959/Gera%C3%A7%C3%A3o_de_1870_e_direito_no_Brasil_pdf)

*evolucionismo spenciarista, Tobias em prol do monismo transformista de Haeckel e Noiré, não tem sido de todo perdida.”*

Sílvio Romero procura aqui evidenciar que a presença ainda predominante de uma filosofia positivista (comteana)<sup>99</sup> e de um excessivo naturalismo no campo científico entre os intelectuais brasileiros poderia ser dramática na compreensão da sociedade, na deliberação política e no debate em torno do Estado que se pretendia construir no último quartel do século XIX, no Brasil.

Defensor da crítica de Spencer ao pensamento dogmático da fase final de A. Comte, Romero estabelece uma narrativa da história própria de cada nação que se identifica com o devir de cada país e do seu povo. Ele critica o anacronismo da importação de formas de governo ou leis ‘gerais’ incompatíveis entre países tão distintos como a França e o Brasil e considera por isso que não é admissível o milagre da existência de *“instituições, quatro vezes seculares, no ar, sem a menor base na vida nacional”* (Romero, 1894: XIII).

De igual modo, Tobias Barreto era um aceso opositor deste excesso de determinismo nas análises sociais, políticas e jurídicas levadas a cabo pelos adeptos da filosofia positivista e do naturalismo sociológico e legislativo do seu tempo.

---

<sup>99</sup> COMTE, Auguste (1793-1857), *“o pensador europeu que no século XIX mais influenciou na história cultural e política brasileira, era um homem de formação matemática, animado do propósito de dar à Filosofia uma certeza igual àquela que, a seu ver, seria própria das ciências físico-matemáticas. Para Comte, a Filosofia só é digna desse nome enquanto não se diversifica da própria Ciência, marcando uma visão orgânica da natureza e da sociedade, fundada nos resultados de um saber constituído objetivamente à luz dos fatos ou das suas relações. Tal posição e tendência de Augusto Comte, baseando o saber filosófico sobre o alicerce das ciências positivas, estavam destinadas a obter repercussão muito grande em sua época, notadamente por sua declarada aversão à metafísica e a quaisquer formas de conhecimento a priori, isto é, não resultantes da experiência. A publicação do Curso de Filosofia Positiva de Augusto Comte (1830-1842) marca, sem dúvida, um momento relevante na história do pensamento europeu e americano, possuindo ainda entre nós continuadores entusiastas, sem falar no neopositivismo contemporâneo, que invoca, porém, outras fontes inspiradoras, apesar de coincidir com a Filosofia positiva em vários pontos essenciais”*. (REALE, 2002).

De acordo com Alvarez (2002:683),<sup>100</sup> em seu *Menores e loucos*,<sup>101</sup> Tobias Barreto condenou o excessivo ‘determinismo biológico’ nos estudos de direito e criminalidade publicados sob o título de *L’ Uomo Delinquente* (1880), de Cesare Lombroso.<sup>102</sup>

A influência germânica no pensamento filosófico-jurídico de Tobias Barreto promoveu nele a perspectiva que a cultura de um povo e o seu desenvolvimento cultural se inter-relacionam com aspectos da formação da nação e da sua evolução, criando caracteres distintivos na formação civilizacional, e que se devem refletir no conteúdo do seu Direito. Esta visão culturalista<sup>103</sup> pioneira em Tobias Barreto, contagiou toda a Escola do Recife opondo-se drasticamente ao positivismo comteano em voga e à consideração de um determinismo natural. Nas palavras do próprio Barreto (1977:287):<sup>104</sup>

*“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, uma obra do homem mesmo.”*

Nesse contexto, as propostas de Paulo Egídio para a reestruturação do sistema penal paulista alinham-se com as influências filosóficas da visão culturalista germanista de Tobias Barreto. Para Egídio, o direito surge como um fator civilizacional. Ele considerava necessária uma reflexão sobre o direito e a sociedade, onde a elaboração de um conjunto hierarquizado de normas jurídicas

---

<sup>100</sup> ALVAREZ, Marcos César. (2002). *A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais*. Dados, p. 677-704

<sup>101</sup> BARRETO, Tobias. (1884). *Menores e Loucos em direito criminal: estudo sobre o artigo 10 do código criminal brasileiro*. Rio de Janeiro, H. Laemmert & C. Editores, 1884, 180pp. Idem, 2a edição aumentada: Recife, Tipografia Central, 1886, 145pp

<sup>102</sup> LOMBROSO, Cesare. (2013). *O Homem Delinquente*. Ed. Icone.

<sup>103</sup> REALE, Miguel. (2000). “O Culturalismo na “Escola do Recife””. In Horizontes do Direito e da História. São Paulo. Editora Saraiva. 3a Ed. 2000. P. 232-240.

<sup>104</sup> BARRETO, Tobias (1977) *A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*. Rio de Janeiro, Imprensa Industrial – Editora.



deveria disciplinar coercitivamente as condutas humanas, com a finalidade de buscar a harmonia e a paz social, mas onde estivesse vinculada uma percepção da evolução da sociedade e do seu progresso.

Outro contemporâneo de Romero, também grande entusiasta do pensamento jurídico de inspiração culturalista, foi o jurista Clóvis Bevilácqua que viria a ser, posteriormente, um dos idealizadores do Código Civil de 1916. Para além destes intelectuais diretamente ou indiretamente influenciados pelas ideias da Escola do Recife, muitos pensadores, legisladores, intelectuais e bacharéis foram de algum modo influenciados por este movimento cultural, filosófico e jurídico, e ajudaram a transformar a mentalidade brasileira daquela época e a contrapor estes novos ideais do culturalismo ao positivismo jusnaturalista de enorme influência comteana.

De acordo com Adorno (1988)<sup>105</sup> a presença do pensamento da Escola de Recife dissemina-se no campo intelectual e ganha força exatamente na consolidação da crítica à hegemonia 'comteana' no campo jurídico, interferindo diretamente na dinâmica tanto da reflexão científica quanto da ação política dos pensadores. A vasta repercussão da Escola do Recife, e em particular do Culturalismo tobiático, estendeu-se neste final de século XIX e princípio do século XX, a várias áreas do saber que se iam consolidando, incluindo a área jurídica, exercendo uma influência decisiva em vários sectores da sociedade e de pensadores emergentes, até mesmo ao nível da legislação e da formação do Estado de Direito brasileiro.

---

<sup>105</sup> ADORNO, Sérgio (1988). *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

#### 4.2.2 Tobias Barreto e o Culturalismo

Resumindo o que anteriormente já foi referido, o Brasil deste fim de século romântico foi marcado por uma enorme agitação cultural e intelectual, profundamente relacionada com a crise do Estado imperial. Inúmeros protestos culturais e sociais estremaram-se e deram corpo a manifestações políticas diversas e a novos movimentos intelectuais: a luta contra a escravatura; a luta contra a monarquia e o Estado imperial; a formação de um sentimento nacional frente à dissolução eminente do regime Imperial; as reclamações contra o atraso do Brasil em comparação com a Europa e o resto do mundo civilizado; a crítica contra a ascendência da cultura francesa no Brasil; a reformulação do Direito e da filosofia jurídica; toda uma séria contestação que culminaria, entre outras coisas, com a abolição da escravatura, o fim do regime imperial, a reformulação do Direito e do campo jurídico e a proclamação da República.

De acordo com Bosi (1992:222):<sup>106</sup>

*“A partir de 1868 a estabilidade do Segundo Império foi abalada definitivamente e sua contestação culminaria com a Abolição da escravatura, a proclamação da República, uma urbanização e industrialização iniciais, além da adoção de políticas imigratórias como alternativa social ao trabalho livre e a colonização de várias regiões de nosso território – destaque especial para os contingentes populacionais que se fixaram no sul e sudeste do país.”*

A vontade de rutura com a tradição e o próprio Império, expressa na Escola de Recife, e que encontrou eco na chamada geração de 1870, foi liderada por Tobias Barreto ao longo das diversas fases da sua evolução, e foi secundada pelo grupo de intelectuais marginalizados pela política centralizadora do Império,

---

<sup>106</sup> BOSI, Alfredo. (1992). *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 222.

e que viram em Barreto o seu líder e no seu pensamento o exemplo da circulação internacional das ideias. Nas palavras de Mercadante (1991:36):<sup>107</sup>

*“Recife era um centro de agitação e cultura. Ligava-se à Europa por uma ponte de curiosidade, recebendo da Itália trupes teatrais, da França um hálito de aspirações revolucionárias, de Portugal a rebeldia da Universidade de Coimbra. Na boémia estudantil Tobias e Castro Alves introduzem o desafio público da poesia nascendo os duelos das improvisações, cujos episódios incorporaram-se à tradição do Nordeste. Formava-se no vetusto casarão da Faculdade de Direito uma vertente, e Tobias é o arauto das ideias novas. Em torno do mulato desabrido reúnem-se a juventude, dela saindo os bacharéis que se espalharão pelo país chegando à corte com espalhafato, conduzindo na desobediência a ordem do chefe. A Escola do Recife inaugurou-se sem estatutos e sem bandeira, sem sede nem hino, sem princípios que não fossem batalha pela reforma das instituições, do pensamento, da literatura e do Direito.”*

Tobias Barreto liderou essa vontade de rutura com a tradição política e cultural de diferentes formas e ao longo da sua vida e do seu pensamento. A construção da identidade e da cidadania brasileira afirmou-se em Tobias por uma oposição clara à influência do pensamento positivista francês e pela defesa de uma cultura essencialmente brasileira, para o que foi encontrando como aliados vários pensadores germânicos, em busca de um sentido de nacionalismo e de uma reformulação filosófico-jurídica do Direito Brasileiro que se opusesse à concepção imperialista e tradicionalista do último quartel do século XIX, no Brasil.

---

<sup>107</sup> MERCADANTE, Paulo. (1991). *Tobias Barreto e a cultura brasileira*. Paulo Mercadante. In: *O pensamento de Tobias Barreto. Colóquio*. Lisboa, 4 a 7 de julho de 1990. Universidade Nova de Lisboa: Lisboa, p. 36-7.

Como afirma Passos (2016:7):<sup>108</sup>

*“A partir de uma crítica à influência do pensamento francês no Brasil oitocentista, Tobias Barreto buscou na cultura alemã o contraponto necessário à estruturação de um projeto político alternativo diante da constituição de uma cultura brasileira, até então dependente dos modelos importados e mimetizados em território nacional. Dessa maneira, as obras e críticas que se dispuseram à formulação de um projeto cultural, que pode ser identificado em seus posicionamentos expressos em ideias e ações no espaço público diante das principais questões de seu tempo, como a abolição da escravatura, o movimento republicano, a crítica ao Império, a reformulação do Direito e do campo jurídico são o leitmotiv para uma historicização dos embates intelectuais travados na transição do Império para a República.”*

Ao analisar a trajetória intelectual de Tobias Barreto, ao longo do que são consideradas as diversas fases do seu pensamento, depreende-se que a elaboração da formulação da ideia de Cultura, a que se dará ênfase neste capítulo, correspondeu à necessidade de encontrar uma estratégia no espaço das disputas intelectuais brasileiras do fim do século XIX, onde a construção de uma identidade individual e coletiva, juntamente com as noções claras de cidadania e de cultura nacional, se tornassem possíveis. Ainda de acordo com Passos (2016:34):

*“Essa vontade de contestação à procura de um espaço no universo intelectual brasileiro é exemplarmente denotada no percurso intelectual de Tobias Barreto em, pelo menos, três fases distintas. A primeira, marcada pela crítica do ecletismo espiritualista e do*

---

<sup>108</sup> PASSOS, A. A. (2016). *Pensamento em combate: Tobias Barreto na aurora da república (1869-1889)*.

AA Passos- 2016 - repositorio.bc.ufg.br - Consultado em 21 Maio

*positivismo para o naturalismo de Ernest Haeckel e Ludwig Noiré em 1869, tendo como texto emblemático “Sobre a religião natural de Jules Simon”. A segunda é caracterizada pelo germanismo defendido por Tobias frente ao predomínio da cultura francesa no Brasil. E a terceira fase seria demarcada pela proposição de um “retorno” à obra de Kant.”*

De facto, o Brasil deste último quartel do século XIX hesitava entre a influência de diferentes modelos culturais estrangeiros, europeus sobretudo, e a fundação de um movimento cultural autenticamente nacional. Foi o século do rompimento com a tradição política, mas também com a tradição cultural. O desafio que se impunha agora aos intelectuais e pensadores brasileiros era o de refletir e fundar a identidade e o sentido da nacionalidade brasileira.

Foi no espaço desse desafio, no da fundação de uma identidade e de um sentido para a nacionalidade brasileira, que a Escola de Recife e o seu líder Tobias Barreto, exerceram um papel pioneiro na afirmação de novos valores culturais, de novas teorias filosóficas e jurídicas, de um novo pensamento que se veio a afirmar como o movimento do Culturalismo. Um movimento cultural de cunho germanista, que abraçava, entre outros setores, a Poesia, a Filosofia, o Direito, o Folclore, a Crítica literária e musical. Barreto, além das suas atividades na área do Direito e da Filosofia, dedicava-se também à Crítica musical, além de gostar de cantar, acompanhando-se ao violão. A sua influência cultural e nacionalista estendeu-se a vários aspetos e agentes culturais e artísticos seus contemporâneos.

Entre outros, e apenas a título de exemplo, referimos Alberto Nepomuceno, que foi aluno de Tobias Barreto, estudando com ele filosofia e alemão, e que também estudou e fez amizade com Farias Brito, Alfredo Pinto, Manuel Bonfim e Clóvis Bevilacqua.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> Autor do lema “*Não tem Pátria um Povo que Não Canta em sua Própria Língua*”, Nepomuceno acreditava que era principalmente através da apropriação de versos em português que ele expressaria nossa “Brasildade” - nossos costumes e nossa autenticidade - gerada pela rica e bela miscigenação de raças que define o Brasil.

Considera-se que este contato com Barreto tenha sido determinante para dirigir o interesse de Nepomuceno para cultura alemã.

Segundo Vermes (1996:23):

*“A crítica musical de Barreto, por exemplo, faz a apologia da ópera de Wagner, cuja estética mais tarde viria a ser a grande inspiração para o grupo de compositores e críticos musicais de que Nepomuceno fez parte.”<sup>110</sup>*

Ainda mais determinante que o seu interesse pela cultura alemã, foi a forma como Nepomuceno, seguindo o exemplo do mestre, se apropria do conhecimento da cultura musical europeia, e alemã em particular, para desencadear o que viria a ser uma das mais importantes revoluções no campo musical brasileiro, a criação daquilo que viria a ser considerado o nascimento da Canção Erudita Brasileira, cujo poema musicado se exprimia na língua vernacular - a língua portuguesa. A partir do estudo e do conhecimento da essência do Lied alemão, inspirado pela imaginação e o engenho dos compositores alemães e europeus, Nepomuceno, cria uma das mais importantes formas musicais do nacionalismo musical brasileiro, conquistando desta forma o seu lugar como elemento e agente do Culturalismo brasileiro.

Este movimento cultural exerceu também a sua influência, no dizer de Passos (2016:28) *“como marco de reflexão e de debate em torno de temas que se estenderiam até à chamada Geração do Regionalismo dos anos 1930, passando pelo Manifesto Regionalista de 1926, a elaboração do Código Civil de 1916 (com participação efetiva de Clóvis Belivácqua) além da literatura produzida por seus membros e o exercício de cargos públicos, como o caso de Graça Aranha, que foi diplomata e escritor.”*

Tobias Barreto, depois de uma primeira fase inspirada pelo romantismo europeu (Tobias escreveu poesias inspiradas em Victor Hugo e traduziu algumas das poesias dele para a língua portuguesa) e profundamente marcada, segundo

---

<sup>110</sup> VERMES, V. M. (1996). *Alberto Nepomuceno e a Criação de uma Música Brasileira: evidências em sua música para piano*. Dissertação (Mestrado Artes) – Instituto de Artes, UNESP, São Paulo, 1996.

Passos (2016) pela crítica do ecletismo espiritualista e do positivismo de origem comteana. Seguiu-se uma segunda fase, de cerca de 10 anos (1871-1881), a saber, a da sua estadia em Escada, onde passa a exercer cargos políticos e a ocupar-se das suas primeiras publicações em livro – *Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica* - e onde o contato com inúmeros pensadores alemães foi mantida através de uma ativa correspondência com professores, editores e escritores germânicos.<sup>111</sup>

Com o seu retorno ao Recife, para se tornar nessa cidade professor da Faculdade de Direito, seguiu-se no pensamento teórico de Tobias Barreto uma fase mais madura,<sup>112</sup> a do seu último período filosófico, onde surgiu uma crítica mais apurada ao positivismo a partir do contato com o monismo evolucionista Haeckeliano, mas sobretudo com a filosofia alemã, sobretudo a kantiana, mas também a Hegeliana. Daí emergiriam, finalmente, as suas teses sobre a Cultura que foram encontrando formulações cada vez mais claras e mais precisas, dando assim origem ao Culturalismo, de que foi fundador e líder, tendo sido considerado como um dos primeiros a introduzir as teorias germanistas inspiradoras do culturalismo na Faculdade de Recife e no Brasil.

---

<sup>111</sup> MERCADANTE & PAIM (1972). “A troca de correspondências com a Alemanha por parte de Tobias se inicia em Escada e só se encerra com sua morte. Segundo Paim e Mercadante, Tobias “mantinha esse contato epistolar com membros do ‘Clube dos Cosmófilos’, de Leipzig, com um botânico de Berlim, Dr. Karl Keck e vários outros, em cidades diversas. Alfred Wadler, de Leipzig, dava notícias dessa correspondência através da imprensa. A publicação ‘Export’, de Berlim, e o ‘Magazin für literature’, de Leipzig, inseriram-lhe o retrato e a biografia. A ‘Gazeta de Colônia’ (Kölnische Zeitung) ofereceu-lhe um exemplar de sua edição semanal, fazendo-a acompanhar de uma carta. A resposta de Tobias Barreto foi ali publicada com uma introdução elogiosa. Também através dos próprios jornais editados no Brasil pela colônia alemã. Tobias Barreto fazia-se conhecido do público daquele país. Carlos de Koseritz publicou, no seu ‘Deutsche Zeitung’, editado em Porto Alegre, inúmeros artigos a propósito de sua obra e levou-o ao conhecimento de Haeckel, Lange e outros filósofos alemães com os quais se correspondia. Outro jornal que publicava artigos do pensador sergipano era o ‘Germânia’, de São Paulo”. In: MERCADANTE, Paulo & PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na Cultura Brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Ed. da USP; Grijalbo, 1972, nota 1, p. 39-40.

<sup>112</sup> Este foi o período em que Tobias Barreto Menezes publicou os seus *Estudos Alemães* e as *Questões Vigentes de Philosophia do Direito*, já referenciados anteriormente.

Calafate (1997:39),<sup>113</sup> corrobora claramente esta ideia quando afirma que um dos temas mais relevantes da obra de Tobias seria certamente o da Cultura, “na linha daquilo a que seus posteriores analistas, com relevo para Miguel Reale e António Paim, viriam a designar como o Culturalismo Brasileiro”.

No prefácio à *Nova Edição das Obras Completas de Tobias Barreto*, António Paim afirma que o projeto que deu ânimo a Tobias Barreto ao longo da sua vida, viria a ser formulado pelo próprio Tobias Barreto nas seguintes palavras, em *A Questão do Poder Moderador*, 1871:<sup>114</sup>

*“O Único meio de salvar e engrandecer o Brasil é tratar de colocá-lo em condições de ele poder tirar de si mesmo, quero dizer, do seio de sua história, a direção que lhe convém”.*

Está claramente patente, nesta declaração de Barreto, a sua filiação historicista e, também, evolucionista que já havíamos visto surgir com a Escola Histórica do Direito Alemão, bem como a sua compreensão clara de que é a ‘Alma do Povo’ (versão Tobiniana de ‘Volksgeist’), a sua cultura e os seus costumes, aquilo que poderá fundamentar o Direito Brasileiro, e a sua evolução, no Brasil do século XIX.

Contrariamente aos adeptos positivistas da filosofia determinista naturalista, com que se debateu na época, e que procuraram difundir argumentos em torno da possibilidade de uma física social na construção do Direito Brasileiro, Tobias preferiu assegurar a autonomia da cultura e da moral, reduzindo a sua abordagem à teoria do conhecimento, conseguindo assim evitar a queda quer no espiritualismo metafísico quer no cientificismo naturalista e preconizar (dir-se-ia, ‘quase vaticinando’) desta forma, a trajetória da evolução do neokantismo para o culturalismo e para o Direito Alemão.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> CALAFATE, Pedro. *O pensamento filosófico de Tobias Barreto*. Madrid: Revista de Hispanismo Filosófico, N.2, 1997, p. 39.

<sup>114</sup> BARRETO, Tobias. (1977). *A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*. Rio de Janeiro, Imprensa Industrial – Editora.

<sup>115</sup> “O movimento do neokantismo na direção do culturalismo é fenómeno posterior à sua morte. Embora Windelbland (1848/1915) já fosse professor nos anos oitenta, a obra que o tornou famoso (*História da*



Nas palavras de Schmitz Filho (2017:9), o pensamento filosófico-jurídico desenvolvido pelo ilustre e polêmico jurista brasileiro manteve relações próximas com o surgimento do pioneiro movimento cultural que se denominou Escola do Recife, que se tornou importante pela sua originalidade e posicionamento face ao positivismo jurídico e pela importação de saberes de outras áreas da filosofia que contribuiriam para uma nova visão do direito no Brasil.<sup>116</sup>

Desta forma, Tobias Barreto, segundo Araújo e Barbosa (2020),<sup>117</sup> tem sido visto por muitos autores que estudaram a geração de setenta, e até mesmo pelo seu colega e discípulo Sílvio Romero, como o líder do grupo de intelectuais que viria a ser mais tarde conhecido como: Escola do Recife.

Inspirado pelo pensamento da Escola Histórica do Direito, Barreto procurou, através da transposição dos conceitos de 'evolução' e de 'história' do universo teórico para o metodológico, definir no campo do social quais as suas reais implicações em face de uma sociedade tão complexa como a sociedade brasileira do seu tempo, numa época histórica de grande inquietação e transformação social. Através deste mecanismo metodológico de apropriação de um saber historicista, Tobias foi elaborando uma visão refletida e cautelosa de história e de progresso das civilizações. Este mecanismo permitia a articulação de um sentido de tempo e de evolução dos povos que admitia a intervenção

---

*Filosofia*) é de 1892. De 1894 é o livro em que formula um novo caminho para aproximar-se da cultura (História e Ciência Natural). A obra de Rickert (1863/1936), em que deu continuidade a essa pesquisa, é ainda posterior. O livro *Ciência Cultural e Ciência Natural*, por exemplo, é de 1899." PAIM, Antônio (1990). Nova Edição das Obras Completas de Tobias. In: *Tobias Barreto (1839-1889): Bibliografia e Estudos Críticos*, pag. 11. ED. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro.

<sup>116</sup> "Tobias Barreto foi um importante jurista na cultura brasileira. Egresso da Faculdade de Direito do Recife, teve sua vida rodeada de particularidades e polêmicas, envolvido com questões sociais, políticas, filosóficas e jurídicas, Tobias foi produto de um meio pouco favorável ao seu desenvolvimento intelectual: suas origens humildes, mestiço do interior do Nordeste e a distância dos grandes centros produtores de conhecimento não pareciam poder transformá-lo no Mestre do Recife, como viria a ser reconhecido." (SCHMITZ FILHO, 2017:9)

<sup>117</sup> ARAÚJO e BARBOSA (Consultado a 18 de abril de 2020). A Geração de 1870 e o Direito no Brasil: a relação Estado, ciência e sociedade.

humana através da cultura (destaque para a Educação, a Arte, o Direito e a Razão filosófica): numa palavra, o Culturalismo.

A ideia da trajetória histórica e de evolução dos povos interferiu no juízo temporal do seu pensamento de forma decisiva. Analisar o passado tornou-se, para Barreto, condição *'sine qua non'* para o entendimento do presente e para as projeções do futuro e, portanto, de política e de construções de propostas políticas.

A este respeito Barreto (2012:217-218), afirmaria:

*“Fique, portanto, assentado que a história geral ocupa o meio-termo entre a história da humanidade, que não existe, e a história do homem, que faz parte da história natural”.*

O Direito, segundo Tobias (2001:95), deveria ser considerado *“como uma criação humana”*, *“um produto cultural da humanidade”*, que se desenvolve com a civilização ao contrário do que pensavam os defensores do Direito natural que, consoante as escolas, ora defendiam a origem divina da sua essência, ora proclamavam o seu carácter racional, universal, necessário e absoluto, obtido unicamente através da inteligência humana iluminada. O Direito era visto por Barreto como um fenómeno social, criado pela própria sociedade, para assegurar a sua vida e o seu desenvolvimento.

Tobias Barreto expõe de uma forma original este sentido social do Direito:

*“No imenso mecanismo humano, o Direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza. Ele é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina, que a sociedade se impõe a si mesma, na pessoa de seus membros, como meio de atingir ao fim supremo (e o Direito só tem este) da convivência harmônica de todos os associados.”<sup>118</sup>*

---

<sup>118</sup> BARRETO, T. (2012:26, 365). *Estudos de Direito*; BARRETO, T. (2001:145). *Questões vigentes*, da Ed. Do Recife, e 142 do vol. IX, das Obras completas.

O Direito, portanto, segundo esta concepção de Barreto, como outras ciências sociais e humanas, concorreria, assim, para estabelecer a harmonia dos interesses dos indivíduos e a coexistência pacífica dos seres humanos.

No cerne da Teoria da Cultura formulada por Tobias Barreto está, como se disse, o seu interesse pela raiz moral das ações humanas. Este interesse particular fez com que a cultura surgisse para o culturalismo como *“um a priori no qual o homem edifica a existência singular”*.<sup>119</sup> A cultura seria, assim, um modo de edificar uma sociedade mais justa e democrática. Neste sentido, e para o culturalismo tobiático, a Educação, a Arte, a Ciência, a Filosofia, a Religião, e o Direito, assim como outras instituições humanas, seriam produtos da cultura humana:<sup>120</sup>

*“Os direitos considerados como naturais e inalienáveis, tais como a vida, a propriedade, e a liberdade nunca existiram fora da sociedade; foi esta que os instituiu e os consagrou”*  
(BARRETO, 1977: 286).

O Direito como parte da cultura humana, seria assim uma espécie de Ciência Social, de Sociologia das ações humanas, que estuda e examina a historicidade das normas sociais sem desconsiderar a liberdade das mesmas, pois é o exercício destas liberdades que *“dá à Ciência Social um ‘plus’ que a diferencia das Ciências Naturais”* (BARRETO, 1977:236).<sup>121</sup>

---

<sup>119</sup> CARVALHO, José Maurício de. (2002:89), O tema da cultura na filosofia brasileira. *Utopía y praxis Latinoamericana*. Ano 7, n.17, junho de 2002.

<sup>120</sup> É notória, a analogia entre o pensamento culturalista e o pensamento da Escola Histórica do Direito que se deve, explicitamente, à influência do historicismo em geral e da Escola Histórica de Direito, em particular, sobretudo através de Savigny, na evolução do pensamento filosófico e jurídico de Tobias Barreto. A este propósito Sabadell (2013:41) esclarece que, de acordo com Savigny, ‘o espírito do povo’ *“manifesta-se no Direito costumeiro (‘direito popular’), nos trabalhos de intelectuais nacionais que se dedicam a estudar as raízes do Direito e sistematizam as suas tendências (Direito Sábio), e finalmente, nas obras literárias e artísticas que exprimem e preservam a cultura popular”*.

<sup>121</sup> BARRETO, Tobias. (1977). Sobre uma nova intuição do Direito. In: *Estudos de Filosofia*. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977.

O Direito segundo o pensamento culturalista tobiático seria assim uma ciência distinta das ciências naturais, no sentido em que o seu método vai permitir definir a sociedade como *“um conjunto de vontades que tem cada uma o seu fim a realizar, o seu escopo a atingir, e para cuja explicação não bastam os mesmos princípios porque se explicam e coordenam as forças do mundo físico”* (BARRETO, 1977:243).

No seu texto histórico sobre *A Ideia do Direito* (1991:48), Tobias Barreto afirma, como já foi referido, que *“o Direito não é filho do céu, é simplesmente um fenómeno histórico, um produto cultural da humanidade”*. Aí se encontra destacada a génese histórica da Ciência do Direito, baseada na experiência e na existência da humanidade e na sua história, e como afirma Carvalho (2014:3)<sup>122</sup> contrária ao pensamento platónico e aristotélico e ao pensamento tomista deles herdeiro, e ainda muito em voga no Brasil dessa época, que reconhecem existir no ‘ser’ determinações necessárias que não podem deixar de se manifestar nos ‘entes’, independentemente de condições históricas ou existenciais. A este propósito Tobias escreve:

*A teoria de semelhantes direitos não é somente inarmonizável com os referidos pressupostos, mas até sucede que a sua permanência é um obstáculo à sociologia. Platão disse: não há ciência do que passa; a moderna teoria da evolução inverteu a proposição e redarguiu ousada: só há ciência do que passa, por que a história só se ocupa do que passa, e todas as ciências caminham para tornar-se preponderantemente históricas (Barreto, 1977:287).*

A propósito, ainda, da conceção de uma ‘essência ideal de justiça’ ela será rebatida por Barreto (1991:244) da seguinte forma:

*“Uma essência ideal de justiça tem tanto senso como porventura uma essência ideal de saúde, ou uma essência ideal do remédio. Puras ideias gerais, a que os modernos realistas, os Duns Scotts*

---

<sup>122</sup> CARVALHO, J.M. (2014). *A filosofia culturalista do direito de Tobias Barreto*. Comunicação no Colóquio Tobias Barreto. Lisboa, 17 a 21 de novembro, 2014.

*dos nossos dias atribuem uma existência independente da realidade empírica.”*

O Direito não poderia, portanto, segundo Tobias, ter como fundamento uma realidade metafísica que se idealizasse separado da experiência histórica da humanidade. O Direito é concebido, por ele, como um conjunto de condições sociais asseguradas por um poder público. Esse poder público, porque é criado pelo homem, não pode ser natural e, portanto, também o Direito não pode ser anterior a ele, já que ele é o garante dos direitos sociais. Na sua metáfora de *‘Serpente que não devora Serpente, não se faz Dragão’*,<sup>123</sup> Tobias define a essência do fenômeno jurídico.

O Direito seria assim a força que *“limitou e continua a limitar-se no interesse da sociedade. 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, uma obra do homem mesmo (BARRETO, 1977:287).*

Concebe, então, um método de investigação histórico naturalístico aplicado ao Direito, baseado na observação e reflexão (BARRETO, 1977:216),<sup>124</sup> e que justifique, desta forma, o exame da historicidade das normas sociais como clímax da vida e da existência humanas.

Com base nestas ideias, Tobias formula, então, uma noção de Direito que enuncia da seguinte forma (BARRETO, 1977:263):

---

<sup>123</sup> BARRETO, Tobias (1929:175). *“É mister bater, bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é filho do céu, é simplesmente um fenómeno histórico, um producto cultural da humanidade. Serpens nisi serpentem comederit, non fit draco, a serpente que não devora a serpente, não se faz dragão; a força que não vence a força, não se faz direito; o direito é a força que matou a própria força.”*

<sup>124</sup> BARRETO, Tobias. (1977). Sobre uma nova intuição do Direito. In: *Estudos de Filosofia*. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977. (*“pela observação e reflexão aplicada à esfera do Direito”* (p. 236

*"Direito vem a ser, o estudo metódico e sistematizado de quais sejam essas formas condicionais, de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social."*

É esse estudo metódico e sistematizado - esse método – que irá permitir a Tobias Barreto atribuir ao Direito um caráter científico sem se afastar da origem histórica da sua constituição. A historicidade do Direito está intrinsecamente ligada à sua cientificidade e é por essa razão que Tobias afirma que *"a ciência do Direito, é uma ciência de seres vivos"* (Barreto, 1977:262).

Uma ciência, portanto, em profunda evolução e transformação e que deverá encontrar a sua fundamentação na história, no social e no devir de cada povo, ou seja, numa palavra, segundo Tobias, na sua cultura. Neste sentido, Tobias Barreto (2001:95), clama a sua visão do Direito inserindo-a na linhagem do grande mestre de Göttingen:

*"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".*

Como explica Carvalho (2014:4), a respeito do conceito de historicidade de Tobias Barreto:

*"Seu conceito de historicidade do direito supõe a consciência humana como medida, melhor dito, o surgimento de uma norma que vai aos poucos realizando um valor, embora nunca consiga realizá-lo em sua forma plena. É o seu modo de considerar a objetividade e validade das normas jurídicas: através da noção de valor que se realiza na consciência humana."*

Tais valores, porém, não correspondem a uma visão positivista de ideal eterno e intemporal, mas supõem o reconhecimento racional de um valor no tempo, na história e na sociedade. Por outro lado, também não são idealizações subjetivas sem objetividade prática ou valor objetivo, eles são uma atualização de uma consciência coletiva reconhecida pela humanidade ao longo da história. Embora declarando-se materialista *“não faço mistério de minha fé filosófica, sou materialista, no bom sentido da palavra”* (BARRETO, 1943:183)<sup>125</sup>, Tobias reconhece ser impossível renunciar a toda a metafísica, alinhando com Kant na aceitação da metafísica como um ‘mal necessário’: *“Ainda hoje é exato, o que disse Kant - que a metafísica é aceitável, se não como ciência, ao menos como disposição natural”* (BARRETO, 1991:218).<sup>126</sup>

Tobias Barreto vai mesmo mais longe, afirmando que, apesar disso, seria inaceitável querer abolir, como pretendeu o positivismo, a metafísica da vida humana:

*“(...) o ridículo de tal intuito aumenta de proporções, ao considerar-se que é em nome de Augusto Comte que atacam a metafísica e relegam-na sem piedade para o país dos silfos e gnomos.”* (BARRETO, 1991:218)

Esta aceitação da metafísica como elemento indissociável da vida humana é a base do reconhecimento no pensamento tobiniano da existência de uma finalidade última do Direito, enquanto produto da consciência coletiva da humanidade. Para Barreto, o Direito não é independente da moral e tem origem nela, embora sejam produtos culturais de agentes sociais diferentes. Segundo Tobias, a moral se transforma quando dos costumes a interdição passa *“para a esfera da lei”* (BARRETO, 1991:264). A partir deste momento, segundo ele, começaria, então, a surgir distintamente uma concepção diferenciada de Direito.

---

<sup>125</sup> BARRETO, Tobias. (1943, 1884). *Menores e Loucos em direito criminal: estudo sobre o artigo 10 do código criminal brasileiro*. Rio de Janeiro, H. Laemmert & C. Editores, 1884, 180pp. Idem, 2a edição aumentada: Recife, Tipografia Central, 1886, 145pp

<sup>126</sup> BARRETO, Tobias. (1991). *A ideia de direito*. In: Estudos de Direito I. Obras Completas. 2. ed., Rio de Janeiro: Record, Aracaju: Secretaria de Cultura, 1991.

Se, por um lado, Barreto (1943:183) considera que “o homem é feito, não à semelhança de Deus, mas da Natureza”, por outro lado, ele também considera que as ações humanas se guiam por valores que estão para além do observado na natureza. Em *Variações Antisociológicas*, Barreto (1977:330)<sup>127</sup> esclarece que:

*"é natural a existência da escravidão, há até espécies de formigas (...) que são escravocratas; porém, é cultural que a escravidão não exista."*

As ações humanas devem, portanto, corrigir a natureza e disciplinar a vontade e, neste sentido, a própria sociedade como sistema de regras morais e jurídicas deve corrigir a natureza e contribuir para melhorar o homem em proveito da coletividade. Nas próprias palavras de Barreto (1943:188):

*"Também o Direito, máxime o Direito Penal, é uma arte de mudar o rumo das índoles e o curso dos caracteres, que a educação não pode amoldar, não no sentido da velha teoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas par o céu, mas no sentido da moderna seleção darwinica, no sentido de adaptar o homem à sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que afinal é o alvo de toda política humana."*

Neste sentido, as ações humanas, delituosas, apesar de poderem ser influenciadas pelas circunstâncias, não devem ser determinadas pela natureza e/ou explicadas pela medicina psiquiátrica, ou outra. Daqui decorre a noção de imputabilidade relativa, segundo a qual o sujeito deve ser responsável e prever os resultados das suas ações, e agir de modo diferente se pretender evitar as consequências socialmente indesejáveis da sua conduta, e puníveis pela lei. A noção de imputabilidade relativa está, em Tobias, diretamente relacionada com a noção de liberdade e com os conceitos de finalidade e de causalidade da vontade. A este respeito, Barreto (1977:328) afirma que:

---

<sup>127</sup> Barreto, Tobias. (1977). *Variações Antisociológicas*. In: Estudos de Filosofia. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977.



*“(...) a liberdade é alguma coisa, ela consiste na capacidade que tem o homem, de realizar um plano por ele mesmo traçado, de atingir um alvo, que ele mesmo se propõe. Eu não sei, nem cabe aqui indagar, se o conceito de finalidade deve ou não ser inscrito na tábua das categorias, segundo a doutrina de Kant, mas esse conceito, que nada significa no mundo físico, tem toda significação no mundo psicológico. A causalidade da natureza e a causalidade da vontade não têm o mesmo caráter. Assim, ao passo que as causas naturais não se traduzem num porquê, a causa voluntária se exprime num para quê. A ideia deste fim aparece como motivo, e os motivos, já nós vimos, não excluem a liberdade.”*

A finalidade das ações humanas não excluiria, assim, necessariamente a liberdade, ou o exercício do *libre arbitrio*, já que a causalidade da vontade implica a ideia de finalidade que permite ao indivíduo prever o resultado das suas ações na sociedade, segundo os seus motivos, e do mesmo modo, permite ser possível de atribuir-lhe a responsabilidade pelas escolhas puníveis pelo juiz. Este conjunto de noções e conceitos tobinianos, procedentes dos seus próprios escritos, permitem compreender a importância da filosofia do Direito culturalista, segundo Tobias Barreto, e a visão histórica e evolutiva da sua constituição, que supõe a consciência humana como medida do valor da objetividade e da validade das normas jurídicas culturalmente concebidas.<sup>128</sup>

---

<sup>128</sup> De acordo com PAES e COSTA (2019:92), *“Tobias (1977:292-293) procura sustentar a construção da morte da metafísica através da complementação de Kant à crítica feita por Hume, desde já frisando que todos os desenvolvimentos do tema se dão dentro da filosofia alemã, não somente isso, ele associa a obra de Hermann Hettner como sendo o pressuposto da crítica de Kant, sustentando a queda do absoluto e a superação da metafísica e da teologia pela experiência. Refere-se ele ao pressuposto das críticas da razão pura e prática, da possibilidade de moldar o mundo da natureza pelo mundo da cultura e a questão da conduta é completamente levada a cabo pelo prospeito do ideal de libertação do sono dogmático. Tobias (1977) se põe divagante nesse princípio kantiano e conclui que a apreensão da causalidade pela humanidade diz respeito à consciência e ela é pura metafísica, nesse sentido, seria mesmo possível advogar uma tese de morte da mesma estando ela presente como dado essencial para compreensão da natureza e das humanidades? Essa é a primeira crítica tobiática ao que se tornou o positivismo jurídico no Brasil (p. 294-297). Nota-se que Tobias está operando num quadrante que diz respeito ao desenvolvimento hegeliano das premissas kantianas da crítica da razão, ele está se filiando ao fato de que a partir da intencionalidade do ser as ciências se dividem em natureza, razão e espírito, este último o centro onde se desenvolvem as instigações do espírito objetivo, subjetivo e absoluto. Outrossim, Tobias está a criticar uma apropriação do pensamento kantiano de modo a acreditar num esvaziamento completo e desmedido da questão metafísica de dentro das ciências, parece comungar com um ideal que só viria a ser postulado em sua inteireza em 1934 na Teoria Pura do Direito, a ciência do direito como uma verdadeira ciência do Espírito.”*

Após os anseios de modernização intelectual que fizeram com que o Direito Natural perdesse força no Brasil tendo sido gradualmente substituído pelo ideal de cientificismo do Direito Positivo,<sup>129</sup> o movimento culturalista permitiu introduzir uma nova dimensão metafísica na concepção do Direito, no Brasil, a partir do reconhecimento no pensamento tobiniano da existência de uma finalidade última do Direito, enquanto produto da consciência coletiva da humanidade.

---

<sup>129</sup> Ainda de acordo com PAES e COSTA (2019:92), este terá sido um “movimento similar ao que se deu em âmbito macro após a publicação do trabalho de Savigny e Gustavo Hugo. (...) O Direito Natural perpassa no Brasil, como forma de conclusão preliminar deste tópico: a) do descobrimento até a reforma pombalina o Direito Natural passou por um amplo resgate da tradição tomista, fixando suas bases na cultura brasileira; b) a partir da reforma pombalina o Direito Natural passou por uma modernização de seus dogmas e paradigmas para que pudesse transparecer no Brasil na forma de ecletismo espiritualista; c) a partir da crítica da Escola do Recife o Direito Natural começa a perder a significância por conta da instituição de um paradigma positivo.” Paradigma esse que se verá posteriormente confrontado com as (r)evolucionárias teses do Culturalismo.

## 5. Considerações Finais

Procurou-se ao longo deste quarto capítulo fazer compreender o enquadramento histórico, filosófico e jurídico em que a figura de Tobias Barreto se afirmou contracorrente, e como a sua visão do Direito que se integra na sua teoria culturalista procurou fazer face ao conservadorismo das políticas jurídicas instaladas e ao atraso social e político com que o seu País se debatia nesse final do século XIX. Como já foi referido, antes de Tobias Barreto e da Escola do Recife, o jusnaturalismo de raiz teológica, onde se fazia sentir uma enorme influência do positivismo francês comteano, do jusracionalismo europeu e de muitas reminiscências do Direito pós-colonialista e imperialista português, ainda era praticamente a única filosofia jurídica com peso real no Brasil, no início da segunda metade do século XIX.

O Brasil deste último quartel do século XIX hesitava entre a influência de diferentes modelos culturais estrangeiros, europeus sobretudo, e a fundação de um movimento cultural autenticamente nacional. Foi o século do rompimento com a tradição política, mas também com a tradição cultural. O desafio que se impunha agora aos intelectuais e pensadores brasileiros era o de refletir e fundar a identidade e o sentido da nacionalidade brasileira.

A vontade de rutura com a tradição e com o próprio Império, expressa pela Escola de Recife, foi liderada por Tobias Barreto ao longo das diversas fases da sua evolução, e foi secundada pelo grupo de intelectuais marginalizados pela política centralizadora do Império, e que viram em Barreto o seu líder e no seu pensamento o exemplo da circulação internacional das ideias.

A evolução do pensamento de Tobias Barreto alicerçou-se num conjunto de influências sociais, políticas, filosóficas e jurídicas que resultaram a partir da atividade da Escola do Recife, como expoente da oposição ao jusnaturalismo positivista e ao estado de coisas políticas e sociais, na formulação e elaboração do Culturalismo. Desta forma, Tobias procurou articular o conjunto das influências que se foram referindo ao longo dos capítulos anteriores numa teoria que fosse capaz de compreender os grandes desafios intelectuais, científicos,

filosóficos e jurídicos do final do século XIX Brasileiro, e até mesmo da Europa sua contemporânea.

Entre essas influências está com certeza, como referimos, a Escola Histórica do Direito, mas também Haeckel e Noiré, Spencer, Comte, Lange, Kant e Hegel e de vários pensadores alemães e brasileiros, seus contemporâneos, com quem mantinha correspondência direta, não sendo alheio às teorias evolucionistas e sociológicas do seu tempo, de quem foi crítico construtivo e, em alguns casos, opositor.

A respeito das influências germanistas, entre as quais se encontra a Escola Histórica do Direito, diz-nos Tobias que:

*“Há uma orthodoxia liberal, que não tolera o menor afastamento da terra sancta de sua dogmática. Eu serei, portanto, aos olhos de muitos, aos olhos de todos, uma ovelha desgarrada, um liberal heterodoxo. Mas este peccado não é, em si mesmo, o que mais espanta; maior que o proprio crime é a circumstancia, que o agrava, a circumstancia exotica de me ter deixado envenenar das doutrinas allemans.* <sup>130</sup>

Este é um discurso que se dirige em primeira instância às críticas positivistas e podemos nele claramente perceber a insatisfação de Tobias com as determinações do positivismo, que interfere sobremaneira nas suas posições políticas. Tobias cruza a natureza do individual para traçar a dinâmica de articulação entre ação, história, singularidade e determinações culturais, sociais e naturais. E é neste cruzamento que ela reivindica a ascendência germanista e histórica da sua teoria culturalista e da sua visão do Direito:

*Não sou judeu para crer no Messias, nem tenho a ingenuidade dos primitivos christãos para acreditar na parousia; mas sou philosopho em confiar nas leis da história, que regulam o destino dos povos; e essas hão de também cumprir-se entre nós.*

---

<sup>130</sup> BARRETO, Tobias. (1926). *Discursos*. (Obras Completas IV). Aracaju: Edição do Estado do Sergipe, p. 147.

A influência germânica no pensamento filosófico-jurídico de Tobias Barreto promoveu nele a perspectiva que a cultura de um povo e o seu desenvolvimento cultural se inter-relacionam com aspectos da formação da nação e da sua evolução, criando características distintivas na formação civilizacional, e que se devem refletir no conteúdo do seu Direito. Entre estas características distintivas na formação civilizacional que se refletem no conteúdo do Direito, o culturalismo herdou da Escola Histórica um conjunto de atributos do Direito que manteve e outros que prescindiu, pelas razões óbvias da sua própria singularidade e condição histórica da sua evolução.

Entre os atributos do Direito herdados da Escola Histórica pelo culturalismo tobiniano, encontram-se: o Direito como produto histórico, mutável e particular; espontâneo, intrínseco ao próprio homem, e expresso diretamente através das formas jurídicas primitivas que se encontram nas origens da sociedade; concreto e realista.

No entanto, Tobias Barreto e o culturalismo brasileiro não advogavam, nem poderiam advogar, pelas condições históricas em que existiram, do pessimismo antropológico de Savigny e, deste modo, como vimos anteriormente, o Direito para Barreto deveria ser não só, como em Savigny, apenas atuante no sentido ‘tranquilo desabrochar inconsciente e cultural de um povo’ e de que ele faz parte, mas também deveria ser agente de transformação da própria sociedade, já que para Barreto o Direito para além de historicista seria também evolucionário, i.e., no sentido de poder ajudar a própria sociedade a desenvolver-se.<sup>131</sup> O Direito era, portanto, visto por Barreto como um fenômeno social, criado

---

<sup>131</sup> BARRETO (2012:26,365) *“No imenso mecanismo humano, o Direito figura também, por assim dizer, como uma das peças de torcer e ajeitar, em proveito da sociedade, o homem da natureza. Ele é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina, que a sociedade se impõe a si mesma, na pessoa de seus membros, como meio de atingir ao fim supremo (e o Direito só tem este) da convivência harmônica de todos os associados.”* Ou Barreto (2001:95), *“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”.

pela própria sociedade, para assegurar a sua vida e o seu desenvolvimento. O Culturalismo, numa palavra, a articulação de um sentido de tempo, de história e de evolução dos povos que admitia a intervenção humana através da cultura, com destaque para a Educação, a Arte, a Razão filosófica, e o Direito.

Esta visão culturalista pioneira em Tobias Barreto, contagiou toda a Escola do Recife opondo-se drasticamente ao positivismo comteano em voga e à consideração de um determinismo natural.

A presença do pensamento da Escola de Recife, e em particular do Culturalismo tobiático, vai-se disseminando no campo intelectual e ganha força exatamente na consolidação da crítica à hegemonia 'comteana' no campo jurídico, interferindo diretamente na dinâmica tanto da reflexão científica quanto da ação política dos pensadores, estendendo-se a várias áreas do saber que se iam consolidando, incluindo a área jurídica, exercendo uma influência decisiva em vários sectores da sociedade e de pensadores emergentes, até mesmo ao nível da legislação e da formação do Estado de Direito brasileiro.

Tobias Barreto liderou, como se disse, essa vontade de rutura com a tradição política e cultural de diferentes formas e ao longo da sua vida e do seu pensamento. A construção da identidade e da cidadania brasileira afirmou-se em Tobias por uma oposição clara à influência do pensamento positivista francês e pela defesa de uma cultura essencialmente brasileira, para o que foi encontrando como aliados vários pensadores germânicos, em busca de um sentido de nacionalismo e de uma reformulação filosófico-jurídica do Direito Brasileiro que se opusesse à concepção imperialista e tradicionalista do último quartel do século XIX, no Brasil.

No cerne da Teoria da Cultura formulada por Tobias Barreto está o seu interesse pela raiz moral das ações humanas. Este interesse particular fez com que a cultura surgisse para o culturalismo como um modo de edificar uma sociedade mais justa e democrática. Neste sentido, a Educação, a Arte, a Ciência, a Religião e o Direito, assim como outras instituições humanas, seriam produtos da cultura humana.

O Direito como parte da cultura humana, seria assim uma espécie de Ciência Social, de Sociologia das ações humanas, que estuda e examina a historicidade das normas sociais sem desconsiderar a liberdade das mesmas, pois esta liberdade, segundo Tobias (1977:328), “*consiste na capacidade que tem o homem de realizar um plano por ele mesmo traçado, de atingir um alvo que ele mesmo se propõe*”. As ações humanas devem, portanto, segundo Tobias, corrigir a natureza e disciplinar as vontades e, neste sentido, a própria sociedade como sistema de regras morais e jurídicas deve corrigir a natureza e contribuir para melhorar o homem em proveito da coletividade.

O Direito segundo o pensamento culturalista tobiático seria assim, de acordo com Carvalho (2002:89), “*uma ciência distinta das ciências naturais, no sentido em que o seu método vai permitir definir a sociedade como um conjunto de vontades que tem cada uma o seu fim a realizar, e que não se conseguem explicar através dos mesmos princípios através dos quais se explicam e coordenam as forças do mundo físico.*”

Tobias formula então uma noção de Direito que enuncia da seguinte forma (BARRETO, 1977:263):

*"Direito vem a ser, o estudo metódico e sistematizado de quais sejam essas formas condicionais, de cujo preenchimento, ao lado de outras, depende a ordem social."*

O Direito era, assim, visto por Barreto, para além de um fenómeno cultural e histórico, como um fenómeno social, criado pela própria sociedade através do seu devir para assegurar a sua vida e desenvolvimento, e deveria ser considerado, como referimos, como uma ‘criação humana’ que se desenvolve com a civilização e ao longo da sua história, ao contrário do que pensavam os defensores do Direito natural que, consoante as escolas, ora defendiam a origem divina da sua essência, ora proclamavam o seu carácter racional, universal, necessário e absoluto e arbitrário obtido unicamente através da inteligência humana iluminada.

Desta forma, e contrariamente aos adeptos positivistas da filosofia determinista naturalista, com que se debateu na época, e que procuraram

difundir argumentos em torno da possibilidade de uma física social na construção do Direito Brasileiro, Tobias preferiu assegurar a autonomia da cultura e da moral, reduzindo a sua abordagem à teoria do conhecimento. O pensamento filosófico-jurídico desenvolvido pelo ilustre e polêmico jurista brasileiro manteve relações próximas com o surgimento do pioneiro movimento cultural que se denominou Culturalismo, e que se tornou importante pela sua originalidade e posicionamento face ao positivismo jurídico e pela importação de saberes de outras áreas da filosofia que contribuiriam para uma nova visão do Direito no Brasil e para a elaboração de uma nova filosofia jurídica Brasileira.

Termino invocando, uma vez mais, a célebre máxima tobiniana:

*“O único meio de salvar e engrandecer o Brasil é tratar de colocá-lo em condições de poder ele tirar de si mesmo, quero dizer, do seio, de sua história, a direção que lhe convém.”*

Tobias Barreto (1839/1889)



## BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Sérgio. (1988). *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- AGUIAR, Renan e MACIEL, José Fábio Rodrigues. (2017). *História do Direito*. 8ª Ed. Saraiva.
- ALVAREZ, Marcos César. (2002) *A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais*. Dados, p. 677-704.
- ARAÚJO, Esdras Bezerra Fernandes & BARBOSA, Anna Kristyna Araújo da Silva. (2020). *A Geração de 1870 e o Direito no Brasil: a relação Estado, ciência e sociedade*. (Consultado a 18 de Abril de 2020)  
Disponível em:  
[https://www.academia.edu/38386959/Gera%C3%A7%C3%A3o\\_de\\_1870\\_e\\_direito\\_no\\_Brasil\\_pdf](https://www.academia.edu/38386959/Gera%C3%A7%C3%A3o_de_1870_e_direito_no_Brasil_pdf)
- ARON, Raymond. (2000). *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Tradução de Miguel Serras Pereira Lisboa, Publicações Dom Quixote, 2000- In. 4º de 638 págs. Brochura. pag. 33-45.
- ARRUDA, João. (1942). *Filosofia do direito*. Volume 1. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de SP, 1942.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. (2002, 2005) *NBR 6023: NBR 10520: NBR 12225: NBR 14724: informação e documentação: citações em documentos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002 e 2005.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. (1979). *Limites e Justificação do Poder do Estado*. Petrópolis: Vozes
- BARRETO, Tobias (1875). *Ensaio e Estudos de Filosofia e Crítica* (1ª Livração). Recife, Typ. Mercantil. 1875, 158pp. Idem 2ª ed. corrigida e aumentada: Pernambuco, J. Nogueira de Souza, 1889, 191pp.
- BARRETO, Tobias. (1884, 1943). *Menores e Loucos em direito criminal: estudo sobre o artigo 10 do código criminal brasileiro*, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C. Editores, 1884, 180pp. Idem, 2ª edição aumentada: Recife, Tipografia Central, 1889, 145pp
- BARRETO, Tobias. (1888). *Questões Vigentes de Philosophia e de Direito*. Pernambuco. Livraria Fluminense.

- BARRETO, Tobias. (1888). *Estudos Alemães*. (Obras Completas, Vol. VIII). Aracaju: Edição do Estado do Sergipe, 1926b.
- BARRETO, Tobias. (1929). *Obras Completas IV: Discursos*. Edição do Estado de Sergipe. Decreto n. 803 de 20 de Abril de 1923. Sergipe – SE: 1929. Disponível em: <www.dominiopublico.com.br> Acesso em 12 abr. 2020.
- BARRETO, Tobias (1977) *A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros*, Rio de Janeiro, Imprensa Industrial – Editora.
- BARRETO, Tobias. (1977). *Sobre uma nova intuição do Direito*. In: Estudos de Filosofia. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL.
- BARRETO, Tobias. (1977). *Variações Antisociológicas*. In: Estudos de Filosofia. 2. ed., São Paulo: Grijalbo; Brasília: INL, 1977.
- BARRETO, Tobias. (1991). *A ideia de direito*. In: Estudos de Direito I. Obras Completas. 2. ed., Rio de Janeiro: Record, Aracaju: Secretaria de Cultura, 1991.
- BARRETO, Tobias (2001). *Introdução ao Estudo do Direito. Política Brasileira*. Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda. SP, Brasil.
- BARRETO, Tobias (2012). *Estudos de Direito e Questões vigentes*, Ed. Do Recife, vol. IX, das Obras completas.
- BARRETO, Luiz Antônio. (2013). Tobias Barreto: uma biobibliografia in BARRETO, Tobias; Estudos Alemães p.14. 1a Ed. Solomon. Rio de Janeiro; Editora do Diário Oficial. Sergipe.
- BARROS, José D'Assunção (2010). *Objetividade e subjetividade no conhecimento histórico: a oposição entre os paradigmas positivista e historicista*. Revista Tempo, Espaço e Linguagem (TEL), v.1, n.2, maio/ago. 2010, p. 73-102. Objetividade e Subjetividade Histórica na Oposição entre Positivismo e Historicismo. Consultado: 2019.10.01\_às\_12:22
- BARROS, José D' Assunção. (2011). *Considerações sobre o paradigma positivista em história*. Revista Historiar -Universidade Estadual Vale do Acaraú – v.4. n. 4 (jan./jun. 2011). Sobral-CE: UVA, 2010. ISSN 2176-3267 [www.uvanet.br/revistahistoriar]. Consultado: 2019.10.01\_às\_20:22

- BARROSO, Luís Roberto (2009). *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ed. Saraiva.
- BOBBIO, Norberto. (2006). *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOSI, Alfredo. (1992) *Dialética da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras.
- BURKE, Edmund. (2014). *Reflexões sobre a Revolução Francesa*. Editora EdiPro, 1790. Tradução de Soares, José Miguel Nanni.
- CALAFATE, Pedro. (1997). *O pensamento filosófico de Tobias Barreto*. Madrid: Revista de Hispanismo Filosófico, N.2, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (2008). *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Ed. Coimbra Editores, 2ª Edição 2008.
- CARVALHO, José Maurício de. (2002). *O tema da cultura na filosofia brasileira*. Utopía y práxis Latinoamericana. Ano 7, n.17, junho de 2002.
- CARVALHO, José Maurício (2014). *A filosofia culturalista do direito de Tobias Barreto*. Comunicação no Colóquio Tobias Barreto. Lisboa, 17 a 21 de novembro.
- CHAVES, Pablo Holmes. (2001) *Direito e Sistema*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 de Outubro de 2001.
- CONDORCET, Nicolas (1793). *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit huymain*. Paris: Éditions Sociales, 1966 [original: 1793].
- COSTA, Alexandre Araújo. (2008). *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Tese de Doutorado. UnB, Faculdade de Direito. Março de 2008.
- CUSTÓDIO, Matheus Zmijevski. (2013). *O Historicismo jurídico do pensamento Montesquiano em Friedrich Carl von Savigny e suas conseqüentes implicações no materialismo histórico Marxista*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito. Volume III. N.1. Ano 2013. ISSN: 1678-5029 – E – ISSN: 2317-8558.
- DUCHET, Michèle. (1995). *L'anthropologie de Voltaire in Anthropologie et Histoire au Siècle des Lumières*. Paris: Albin Michel, 1995.
- DURKHEIM, Emile. (1953). *Sociology and Philosophy*. Cohen & West.

- ELIAS, Norbert (1992). *Studien über die Deutschen* (Machtkämpfe und Habitusentwicklung im 19. und 20. Jahrhundert), em 1992, por Suhrkamp Verlag, de Frankfurt, Alemanha. Trad. Álvaro Cabral. Jorge Zahar Editor Ltda. rua México 31 sobreloja 20031-144, Rio de Janeiro, RJ. 1997.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. (1980). *A Ciência do Direito*. ed. S. Paulo: Atlas, pg. 27
- FREUD, Sigmund (1915). *Kleinen Schriften II*. Sender: Gerd Bouillon. 20130607. Ed: Projekt.gutnberg.de
- HANKINS, Thomas L. (2004). *Ciência e Iluminismo*. Ed. Porto Editora. ISBN: 978-972-0-45085-2 (traduzido de Hankins, T. L. (1985) *Science and The Enlightenment*. Cambridge U.P. isbn: 9780521286190).
- HAROLDO, Valladão. (1980). *Direito internacional privado: Introdução e parte geral*. 5. ed. Livraria Freitas Bastos.
- HASSEMER, W. & KAUFMANN, A. (2009). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. ISBN: 9789723109528 Edição ou reimpressão: 01-2009 Editor: Fundação Calouste Gulbenkian.
- HEGEL, Georg F.W. (2013). *A Razão na História*. Edições 70.
- HERDER, Johann Gottfried (1774). *Mais uma Filosofia da História* [Também uma Filosofia da História para a Formação da Humanidade. Lisboa: Antígona, 1995].
- HUGO, Gustav. (1892). *Beiträge zur civilistischen Bucherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, II.
- LANDSBERG, Otto. (2006). *História da ciência jurídica alemã*, pg.79. Citado em Bobbio, O Positivismo Jurídico, 2006.
- LYOTARD, Jean-François (1985). *Modernes et après: les immatériaux*. Paris, Autrement.
- LOMBROSO, Cesare. (2013). *O Homem Delinquente*. Ed. Icone.
- LOPES Marcos Antônio. (2001). *Voltaire historiador: Uma introdução ao pensamento histórico na época do Iluminismo*. Papyrus. Pg. 75.
- MACIEL, José Fábio Rodrigues e AGUIAR, Renan (2017). *História Do Direito - Col. Direito Vivo - 8ª Ed. 2017*. Marca: Saraiva, p. 211.
- MAFFESOLI, Michel (2005). *O Mistério da Conjunção*. Porto Alegre: Sulina.

- MAXIMILIANO, Carlos. (1981). *Hermenêutica e a aplicação do direito*. Ed. Forense.
- MERCADANTE, Paulo & PAIM, Antônio. (1972). *Tobias Barreto na Cultura Brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 1972. p.50-51.
- MERCADANTE, Paulo. (1991). *Tobias Barreto e a cultura brasileira*. Paulo Mercadante. In: O pensamento de Tobias Barreto. Colóquio. Lisboa, 4 a 7 de julho de 1990. U. Nova de Lisboa: Lisboa, pg. 36-37.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. (1996) *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Chistina Murachco. São Paulo: Martins Fontes.
- MONTESQUIEU, Charles (1748). *Do Espírito das Leis*. 1748 Liv. III, cap. 7; O. C., t. II, pg. 257.
- PACHECO, Henrique Olegário. (2011). *As lições de Savigny*. Disponível em: <https://direitosala25.wordpress.com/2011/10/18/as-licoes-de-savigny/> Acesso em 22/08/2020.
- PAES, Alberto; COSTA, Paulo. Entre adesão parcial e crítica ao positivismo jurídico: a teoria e filosofia do direito em Tobias Barreto de Menezes. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 41, p. 71-96, dez. 2019. ISSN:0104-6594.E-ISSN:2595-6884. DOI: <<https://doi.org/10.22456/0104-6594.84017>>. Acesso em 22/08/2020.
- PAIM, Antônio (1990). Nova Edição das Obras Completas de Tobias. In: Tobias Barreto (1839-1889): Bibliografia e Estudos Críticos. ED. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro.
- PAIVA Nunziata S. V. (2020:230). Literatura e Cultura Jurídica. Consulta em 20.08.2020. Disponível em: [www.direito.ufmg.br](http://www.direito.ufmg.br)
- PASSOS, Aruanã António dos. (2016). Pensamento em combate: Tobias Barreto na aurora da república (1869-1889). AA Passos- 2016 - repositorio.bc.ufg.br - Consultado em 21 Maio.
- REALE, Miguel. (2002). Filosofia do Direito. 20ª Ed. Editora Saraiva
- REIS, José Carlos. *O historicismo, a redescoberta da história*. Locus, Revista de História, 2002. Acesso em 10 Agosto de 2019. Disponível em: <https://locus.ufjf.emnuvens.com.br/locus/article/view/2437/1734>

- ROMERO, Sívio. (1894). *Doutrina contra doutrina: o evolucionismo e o positivismo na República do Brasil*. Rio de Janeiro: JB Nunes, 1894.
- SABADELL, Ana Lúcia. (2017). *Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo.
- SARLET, Ingo Wolfgang. (2009). *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. (1814). *La Vocazione del nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Bologna: Forni, 1968 (pg. 201, 202)
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. (1951). *Metodologia Jurídica*. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo, Ed. Edicamp, SP. 2004.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von. (1994). *Metodología Jurídica*. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803).
- SCHMITZ FILHO, Ricardo Sérgio (2017). *Tobias Barreto: A Escola do Recife e o Pioneirismo na Elaboração de uma Filosofia Jurídica Brasileira*. Monografia Final de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/UFPE, Recife.
- THIBAUT und SAVIGNY. (1914). *Zum 100 jährigen Gedächtnis des Kampfes um ein einheitliches bürgerliches Recht für Deutschland. 1814-1914*. Die Originalschriften in ursprünglicher Fassung mit Nachträgen, Urteilen der Zeitgenossen und einer Einleitung herausgegeben von Dr. Jacques Stern, Amtsrichter in Berlin.
- VEIGA, Gláucio. (1982). *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Edição do Autor, Volume III.
- VENANCIO FILHO, Alberto (1982). *Das Arcadas ao Bacharelismo*. Editora: Perspectiva.
- VERMES, Viviana Mónica. (1996). *Alberto Nepomuceno e a Criação de uma Música Brasileira: evidências em sua música para piano*. Dissertação (Mestrado Artes) – Instituto de Artes, UNESP, São Paulo
- WIEACKER, Franz. (1967). *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.
- ZMIJEVSKI, Custódio Matheus. (2013). *O Historicismo jurídico do pensamento Montesquiano em Friedrich Carl von Savigny e suas conseqüentes implicações no materialismo histórico Marxista*. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/40307>: Consultado em 22/08/2019.