

DIREITO E
ESCRavidÃO
NO BRASIL

Rafael Reis Ferreira



DIREITO E ESCRAVIDÃO NO BRASIL

RAFAEL REIS FERREIRA

UNIVERSIDADE FEDERAL DE RORAIMA - UFRR

REITOR EDITORA DA UFRR

José Geraldo Ticianeli

Diretor da EDUFRR

Carlos Vicente Joaquim

VICE-REITOR

Silvestre Lopes da Nóbrega

CONSELHO EDITORIAL

Titulares

Ariosmar Mendes Barbosa

Georgia Patrícia da Silva Ferko

Rosinildo Galdino da Silva

Guido Nunes Lopes

Rafael Assumpção Rocha

Raquel Voges Caldart

Simone Rodrigues Silva

Ana Paula da Rosa Deon

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Altiva Barbosa da Silva

Madiana Valéria de Almeida Rodrigues

Ricardo Carvalho dos Santos

Paulo Jeferson Pilar Araujo

Suplentes

Francinildo Gales dos Santos

Victor Hugo Lima Alves

Gilmara Maria Duarte Pereira

José Teodoro de Paiva

Monalisa Pavonne Oliveira

Ramão Luciano Nogueira Hayd

Edileusa do Socorro Valente Belo

Edilane Nunes Régis Bezerra

Rafael Reis Ferreira

Fábio Luiz Wankler

Lilian Leite Chaves

Maria Bárbara de Magalhães Bethonico

Roni Petterson de Miranda Panchecco



Editora da Universidade Federal de Roraima
Campus do Paricarana – Av. Cap. Ene Garcez, 2413,
Aeroporto – CEP: 69.310-000. Boa Vista – RR – Brasil
e-mail: editora@ufr.br

A Editora da UFRR é filiada à:



DIREITO E ESCRAVIDÃO NO BRASIL

RAFAEL REIS FERREIRA



Boa Vista - RR

2023

Copyright © 2023
Editora da Universidade Federal de Roraima

Todos os direitos reservados ao autor, na forma da Lei.
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei n. 9.610/98) e é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Projeto Gráfico e Capa

Bruno Franques

Imagem da Capa

Bruno Franques

Diagramação

Bruno Franques

Revisão

Rafael Reis Ferreira

Dados Internacionais de Catalogação Na Publicação (CIP)
Biblioteca Central da Universidade Federal de Roraima

F383d Ferreira, Rafael Reis.
Direito e escravidão no Brasil / Rafael Reis Ferreira. – Boa Vista
: Editora da UFRR, 2023.
567 p.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-65-5955-049-4

1 – Direito. 2 – História do Brasil. 3 – Escravidão. 4 –
Jurisprudência. I – Título. II – Universidade Federal de Roraima.

CDU – 34:326 (81)(09)

Ficha Catalográfica elaborada pela: Bibliotecária/Documentalista:
Shirdóill Batalha de Souza - CRB-11/573 - AM

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade dos autores.
O texto deste livro foi avaliado e aprovado por pareceristas ad hoc.

SUMÁRIO

ESCRAVIDÃO E PESQUISA JURÍDICO-FILOSÓFICA

| | |
|--|-----|
| 1. UM COMEÇO E SUAS INTENCIONALIDADES | 9 |
| 2. JURIDICIDADE E ESCRAVIDÃO: O CAMPO DA PESQUISA | 19 |
| 3. DINÂMICAS INVESTIGATIVAS, SENTIDOS CRÍTICOS E JURISTAS | 32 |
| 4. ASPECTOS METODOLÓGICOS | 45 |
| 4.1 Tempo passado: método histórico | 45 |
| 4.2 Tempo presente: método jurídico | 63 |
| 5. TEMPO DO DIREITO E SINCRONISMO | 70 |
| 6. PARADIGMAS DO DIREITO DESDE A ESCRAVIDÃO E O(A) JURISTA | 81 |
| 7. PERSPECTIVAS DO DIREITO ILUMINISTA NO BRASIL | 98 |
| 8. NACIONALIDADE E SUA PERSPECTIVA UNIDIMENSIONAL | 113 |
| 9. CRISE DO DIREITO BRASILEIRO E JURISPRUDENCIALISMO | 131 |

MODERNIDADE E ESCRAVIDÃO

| | |
|---|-----|
| 1. JURIDICIDADES DA ESCRAVIDÃO NA AMÉRICA PORTUGUESA | 141 |
| 2. TRADIÇÃO DA ESCRAVIDÃO E PENSAMENTO JURÍDICO OCIDENTAL | 160 |
| 3. PARADIGMAS MODERNOS E ESCRAVIDÃO: O CAMINHO DO DIREITO NATURAL . | 188 |

DIREITO E ESCRAVIDÃO NO BRASIL

| | |
|--|-----|
| 1. DIREITO DA ESCRAVIDÃO BRASILEIRA | 218 |
| 2. SERES HUMANOS ESCRAVIZADOS: NATUREZA JURÍDICA | 238 |
| 3. MUNDO DOS STATUS E CLASSIFICAÇÕES JURÍDICAS | 248 |
| 4. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA ESCRAVIDÃO | 261 |

| | |
|--|------------|
| 5. LEGISLAÇÃO ESCRAVOCRATA | 272 |
| 6. DIREITO DE PROPRIEDADE ESCRAVA | 291 |
| 7. DIREITOS DOS ESCRAVOS | 302 |
| 8. ABOLIÇÃO E CONSTRUÇÃO SIMBÓLICA DA ESCRAVIDÃO | 315 |
| CRISE DO LEGAL-NORMATIVISMO E O JURISPRUDENCIALISMO NO BRASIL | |
| 1. ASPECTOS DA MODERNIDADE JURÍDICA E DO RACISMO | 340 |
| 2. A CONSTRUÇÃO DO LEGAL-NORMATIVISMO | 388 |
| 3. SUPERAÇÃO POSSÍVEL DA CRISE DO DIREITO ATUAL | 431 |
| 4. SENTIDO DO DIREITO E JURISPRUDENCIALISMO NO BRASIL | 452 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 489 |
| REFERÊNCIAS | 495 |
| REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES | 535 |

ESCRAVIDÃO E PESQUISA JURÍDICO-FILOSÓFICA

I. Um começo e suas intencionalidades

A crise atual do direito exige, de quem defende o sentido do Direito, particularmente os(as) juristas, o oferecimento de melhores perspectivas para a sua superação. No Brasil, isso se mostra ainda mais urgente em vista da inaptidão do legal-normativismo em responder minimamente às complexidades da realização do direito em concreto, devido à profundidade dos seus problemas sociais. Por isso, apostamos no jurisprudencialismo como o melhor caminho, diante das alternativas ao direito, para oferecer um horizonte de ultrapassagem da crise do Direito. Crise e superação que se referem ao possível, mas ainda não realizado, projeto iluminista para o Direito, que envolve, necessariamente, o aprofundamento da pesquisa e a reflexão sobre a sua historicidade. Além disso, os esquemas explicativos dos fenômenos jurídicos do paradigma jurídico atual, por sua extrema simplificação, são insuficientes por decorrerem das lógicas binárias e simplórias de um certo sentido da racionalidade moderna que ainda fundamenta ideologicamente o paradigma do direito brasileiro. Tal quadro simbólico exige confrontação, para a qual consideramos a temática da escravidão no Brasil para a sua crítica.

Assim, buscamos realizar uma reflexão quanto à formação do paradigma do direito brasileiro desde os seus primórdios até o seu projeto atual, o referido legal-normativismo acrítico. Partimos da pesquisa do direito da escravidão para pensarmos a crise do direito brasileiro desde o seu processo de construção, pela grande preocupação com a realização em concreto do direito. Para tanto, parece ser fundamental compreender o afastamento do projeto de modernização do direito no Brasil e no plano simbólico da temática da escravidão. Algo que, evi-

dentemente, pensado o direito justo, a dignidade da pessoa humana e a ideia da individualidade como integrantes do sentido do Direito, merece ser mobilizado pelo pensamento jurídico crítico.

A partir desses marcos, iniciamos o trabalho de pesquisa da formação do paradigma jurídico atual no Brasil, projeto estatal de domínio da juridicidade viabilizado após o fim da América portuguesa, decorrente da Independência em 1822. Consideramos, assim, que o Brasil nasceu como um país somente após alcançar sua Independência, o que concretizou, em definitivo, o rompimento com a situação política colonial que a antecederá¹. A passagem nos interessou por revelar o processo de apropriação das racionalidades e das fontes do direito, a elevação de um “passado mítico”² da formação jurídica nacional, bem como os grandes quadros das juridicidades, desde a América portuguesa³. Assim, respeitamos a perspectiva sincrônica dos fenômenos jurídicos, de modo a acompanhar os projetos intencionais de construção que foram desenvolvidos dinamicamente no tempo e no espaço. Especificidades que não podem ser desconsideradas pela pesquisa jurídica preocupada com a realização em concreto do Direito, merecendo a historicidade profundas reflexões dos(as) juristas.

Ressaltamos não ser um paradoxo, muito pelo contrário, o domínio do paradigma positivista no Brasil ter sido acompanhado pela despreocupação quanto às transformações históricas de seu próprio processo de construção cultural. Paradigma formado por ideologias responsáveis pelo fechamento do sistema jurídico, para permitir o seu maior controle político, diante dos problemas concretos da sociedade.

1 Cfr. José Antonio PIMENTA BUENO, *Direito Público Brasileiro e análise da Constituição do Império*, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C., 1857, 1ª e 2ª partes, p. 20. Não ingressamos nas discussões de não ter sido “exatamente” esse o momento de rompimento, mas a abdicação de d. Pedro I, *v. g.*, sendo para nós suficiente pensarmos tal momento como viabilizador da reflexão do projeto jurídico para o novo Estado.

2 NICOLAU SEVCENKO, *Literatura como missão: Tensões Sociais e Criação Cultural na Primeira República*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2003, p. 317.

3 A política colonial e a complexidade daquele contexto, apesar da centralidade investigativa no séc. XVIII, podem ser consultadas em SILVIA Hunold LARA, *Fragmentos setecentistas: escravidão, cultura e poder na América portuguesa*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

Nele, claramente muitos(as) juristas vêm sendo mantidos em um mundo especial de signos e sentidos – “como ideias simbólicas que são de profundos conteúdos morais da consciência humana, embora frequentemente de difícil interpretação para a inteligência”⁴ –, para não se realizar atividade alheia à interpretação da lei em sentido lógico-dedutivo, dentro dos limites do sistema hermético afirmado como direito, em bases estritamente analíticas e lógicas subsuntivas.

Como muito especialmente no Brasil a construção desse projeto jurídico ocorreu a partir de uma herança da escravização de seres humanos – merecendo toda a atenção, numa perspectiva crítica para as reflexões sobre o direito brasileiro –, encontram-se abertos variados caminhos para a pesquisa jurídica. Diante deles, fizemos a opção de limitação temática pelos aspectos principais das reflexões entre juridicidade e subjetividade, desde o grande marco do mundo dos *status*⁵. Nesse ponto, almejamos pensar conjuntamente a criação do direito moderno com a escravidão, pois, a escravização de seres humanos, particularmente no Brasil do séc. XIX, mesmo em seus momentos finais, foi legitimada pelo direito, apesar de aí ter sido também combatida. Direito, então, como era reconhecido naquele momento, exigente da identificação de sua grande complexidade e das propostas de sua transformação correlatas com as práticas jurídicas. No fundo, os sentidos complexos dos textos jurídicos produzidos no mundo da escravidão brasileira estavam em confronto com a elevação do projeto estatalista e a defesa da construção do paradigma moderno do direito.

Optamos, assim, pela pesquisa jurídica dos sentidos da juridicidade refletidos desde o do fim da América portuguesa, momento inaugural da construção de um projeto de direito específico acompanhado por processos simbólicos de claras feições ideológicas. Portanto, interessaram as peculiaridades das afirmações locais da juridicidade, dian-

4 LUIS CABRAL de MONCADA, *Estado e pessoa humana*, Coimbra, Comunidade Distrital, 1967, p. 14.

5 Estrutura da época do *ius commune*, que não reconhecia a ideia do sujeito de direitos, cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, *Tantas personas como estados: por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 74 s. Para as transformações ao longo do tempo dos sentidos da palavra *status*, cfr. R. C. van CAENEGEM, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 5 e 6.

te do referencial amplo do pensamento jurídico ocidental envolvido na construção do direito moderno. Mais exatamente, a individualidade nas perspectivas modernizadoras diante de uma juridicidade plural e complexa. Marco importante das reflexões filosóficas do direito no Brasil, com atenção aos paradigmas das juridicidades surgidos desde o nascimento do direito estatalista até os nossos dias, passam pela confrontação reflexiva da viabilidade do projeto jurídico iluminista. Ponto assentado levando em consideração o destino principal do nosso trabalho, pela peculiaridade do problema que temos diante de nós, a reflexão sobre a crise do direito e os caminhos para a sua superação.

A criação da figura do sujeito de direitos, pelos movimentos de codificação e transformação do mundo dos *status*, foi considerada para a compreensão da juridicidade, que progressivamente foi sendo atribuída uma nacionalidade. Mas, ao contrário do mito fundador que normalmente a acompanha, responsável por seu isolamento enquanto fenômeno humano, o direito foi refletido conjuntamente com a escravidão. Logo, em franco contraponto às idealizações comuns da juridicidade, não isolado dos seres humanos, partindo da sociedade escravocrata brasileira. Tais quadros mentais foram considerados importantes pelas claras marcas deixadas no pensamento jurídico brasileiro. Por essa razão, os sentidos do direito decorrentes do reconhecimento dos grandes paradigmas encontram-se no eixo principal do trabalho para acompanhar a construção da individualidade jurídica, o sujeito de direitos, em relação com a escravidão, a sociedade escravocrata e o direito plural do Antigo Regime. Feições reconhecidas de um direito brasileiro organizado enquanto legitimada a escravidão, não edificada a igualdade⁶ nem superado o mundo dos *status*. Posteriormente, após a abolição da escravidão, nos interessamos pela construção da individualidade jurídica, não especificamente em relação à desigualdade material, mas no seu confronto com as diferenças que eram suportadas pela juridicidade complexa anterior. Mas também, num primeiro momento o legal-positivismo, depois o normativismo, se apresentam como dois eixos reveladores dos significados da interpretação jurídica em relação aos diferentes projetos que

6 Ao menos na perspectiva da primeira sentença do art. 1º da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, em 1789: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*”. Cfr. MÁRIO REIS MARQUES, “O Liberalismo e a Codificação Civil em Portugal: Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. XXIX, 1987, p. 127 s.

foram sendo afirmados desde a codificação civil brasileira, atingida com o Código Civil de 1916.

Procuramos extrair daí questões essenciais para a organização do trabalho e da justificação teórica, mais exatamente o objetivo principal e os complementares, os métodos de pesquisa e reflexão, a contextualização temporal e espacial, bem como as perspectivas da pesquisa e suas intencionalidades. A pesquisa foi orientada, então, para fundamentar a crítica do paradigma legal-normativista brasileiro, ainda claramente dominante. Destacamos os seus problemas estruturais enquanto sistema encerrado em si mesmo, mas também a construção da individualidade formal da pessoa humana e seu afastamento do reconhecimento em concreto das desigualdades materiais. São fenômenos envolvidos no projeto jurídico construído pelo Estado brasileiro a subjetividade e a individualidade modernas, partindo do contexto de ideias da então sociedade escravocrata. Pois o direito positivista envolveu-se com a escravidão brasileira e com as consequências não superadas decorrentes da então sociedade escravocrata, como as profundas desigualdades sociais, mantidas na construção da juridicidade nacional, já que inaugurada sem o enfrentamento dos valores e das simbologias raciais responsáveis pelos mitos da superioridade racial representativos do racismo brasileiro⁷.

Dessa forma, organizamos o trabalho para abranger — portanto, não extrair ideologicamente — o processo de formação do paradigma jurídico moderno desde a sociedade escravocrata brasileira. Ressaltamos a importância da ampliação das perspectivas investigativas desse fenômeno no campo do direito, no eixo da modernidade e da escravidão, porque tais temáticas, no nosso sentir, ainda não foram suficientemente investigadas no Brasil. Por isso, nos interessamos pela crítica ao paradigma atual do direito brasileiro construída com o acompanhamento mais profundo dessa juridicidade, particularmente a partir do rompimento com a situação colonial, apesar de já alterada em 1808 com a abertura dos portos⁸. Contexto, para nós, incontornável para a consideração crí-

7 Cfr. Lia Vainer SCHUCMAN, *Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: Raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana*, Tese em Psicologia Social, São Paulo, IP-USP, 2012.

8 Assinada por d. João VI, em 28 de janeiro de 1808, na cidade de Salvador, antes mesmo de chegar ao Rio de Janeiro, cfr. Heloisa M. STARLING; Lília M. SCHWARCZ,

tica dessa juridicidade específica. Destacamos o marco temporal, o fim da América portuguesa e a construção do projeto de Estado para o Brasil, que alterou profundamente as reflexões dos projetos jurídicos, bem como permitiu, após estabilizações significativas, o seu reconhecimento enquanto paradigma da juridicidade brasileira do séc. XIX. Nesse sentido, procuramos evidenciar que, sem atenção à juridicidade na qual se legitimou a escravidão, o deslocamento sem mais de quadros mentais e explicativos de paradigmas modernos representa grande equívoco.

Quanto ao tema da escravidão, procuramos não somente compreender, mas também contribuir na profundidade permitida pelo seu estado atual, mesmo que, em estreita medida, com a ampliação das perspectivas investigativas para o direito brasileiro. Tocamos também os grandes quadros daquela juridicidade e a mudança do paradigma de direito provocado pelas alterações nas fontes do Antigo Regime, bem como o complexo panorama do direito plural em alteração profunda, apesar de reconhecido como não moderno, por ser anterior à codificação civil de 1916. Portanto, a escravidão como contraponto ao projeto iluminista do direito.

A construção do sujeito de direitos, em sequência, foi destacada como a principal realização após o fim da escravidão, enquanto aposta na segurança jurídica, mas também relacionada com as teorias raciais e as correntes positivistas no Brasil. Portanto, partindo do momento inaugural do paradigma atual do direito brasileiro, a codificação civil, acompanhamos a passagem do positivismo legalista para o normativista – a construção do direito brasileiro pelos movimentos constitucionais, a partir dos renovados pensamentos positivistas do séc. XX, até se chegar à Constituição de 1988. Não propriamente preocupados com a questão das fontes jurídicas, mas sim do pensamento jurídico que as acompanhou, em que a realização do direito foi sendo compreendida silogisticamente, realizamos uma proposta de crítica diante da identificação da crise do direito e de sua superação pelo jurisprudencialismo – portanto, a defesa do pensamento jurídico que mobiliza a perspectiva

Brasil: uma biografia, São Paulo, Companhia das Letras, 2015, p. 173. Mandando-se cumprir com o alvará de 1^a de abril de 1808, que revogou a proibição do alvará de 5 de janeiro de 1785, cfr. Agostinho Marques PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social. Parte 3 (Africanos)*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1867b, p. 177.

metodológica na interpretação jurídica, a reflexão da sua viabilidade e sua vocação para a realização do direito justo no Brasil. Vistos o pensamento jurídico e os paradigmas da juridicidade na longa duração, a partir de contextos amplos de sentidos, modelos e projetos, daquilo que decisivamente caracterizou o processo de construção das diferentes culturas jurídicas nacionais, desde a relação entre juridicidade em crise e sentido possível do Direito. Optamos, assim, pelas reflexões mais complexas, campos amplificados e diálogos abertos desde as fontes pesquisadas, enquanto garantias de certa postura crítica assumida frente ao imediatismo do nosso mundo. Tem-se cuidado com a transformação da “razão jurídica numa razão puramente instrumental”⁹, enquanto justificativa da preocupação com o tempo e o Direito.

Diante desse campo de pesquisa, optamos pela busca de sentidos partindo das contribuições dos(as) juristas, assumindo um olhar sensibilizado com os problemas específicos da juridicidade, e sem deixar de reconhecer a importância das contribuições de outras áreas do conhecimento humano para a ampliação da pesquisa e a garantia da crítica. Tudo para aprofundar a percepção do fenômeno jurídico, certamente autônomo e vital, mas não isolado. Seria muito difícil realizar a reflexão jurídica, na base da defesa da filosofia prática, de uma sociedade brasileira pressuposta e idealizada, mas não compreendida. Tal quadro amplo de questões, de forma intencional, foi construído pela seleção de temas considerados especialmente importantes para a construção de um discurso crítico. Organizamos os grandes tópicos do trabalho, desde a ênfase na dinâmica das transformações percebidas na construção do paradigma atual do direito brasileiro, no eixo principal da relação entre juridicidade e subjetividade.

A motivação da pesquisa decorreu de uma percepção inicial, posteriormente reconhecida como evidência — não no sentido ideológico de algo que não precisa ser justificado, mas enquanto consequência racional de uma pesquisa crítica —, de haver um sério problema na ideológica construção do direito brasileiro. Mais exatamente, a elevação da mitologia liberal e humanista dos quadros simbólicos dos sécs. XVIII

9 Mário REIS MARQUES, “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestor?”, in Augusto Silva DIAS *et al.* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009c, Coimbra, Almedina, 2009c, pp. 416 s. e 423.

e XIX, com a quase total omissão da escravidão no campo da pesquisa jurídica brasileira¹⁰. Não exatamente por ter sido a principal força de trabalho por quase quatrocentos anos da então sociedade escravocrata, mas decorrente das reflexões jurídicas que foram ali realizadas e integradas na formação de um pensamento jurídico moderno em paralelo à escravização de seres humanos. Porém, sem nos preocupar com tal ausência na modernização do direito brasileiro em si, já que claramente marcado pela idealização de um modelo para a sociedade do futuro. A grande questão, ainda atual e pendente, recai no pouco esforço investigativo da escravidão, que foi intensificado pelo processo de construção da juridicidade nacional. O panorama mantém-se quase que inalterado até os nossos dias no campo da pesquisa jurídica brasileira, apesar de direta ou indiretamente vir sendo debatido pelas mais variadas perspectivas investigativas, *v. g.*, sociais, políticas, antropológicas, psicológicas, econômicas e históricas.

No decorrer da pesquisa, a dimensão do problema nos levou a abandonar a opção por uma temática mais delimitada, que não corresponderia aos objetivos propostos, através da superação do alheamento da escravidão dos discursos jurídicos no Brasil, especialmente após a sua abolição. Para ser refletido criticamente, o direito em progressiva normatização decorrente de textos legais, ao mesmo tempo distanciado dos problemas práticos do direito, dos valores e das culturas, e identificado como o paradigma atual da juridicidade brasileira, exigiu a reflexão de seus problemas para o pensamento jurídico desde a sua própria afirmação histórica. Um direito peculiar e específico construído desde o contexto da sociedade escravocrata, portanto, impossível de ser inserido, sem esforço crítico, em uma linha de sentidos num projeto jurídico iluminista. Sem esses esforços, no nosso sentir, seriam utilizados os mesmos pressupostos reflexivos da construção do direito positivista, para defendermos o sentido do Direito e a construção de uma teoria crítico-reflexiva apropriada do direito. Logo, o contrassenso do projeto de direito mitológico é reconhecido como suficiente para a proposta crítica e jurisprudencialista no Brasil.

10 Uma amostra da necessidade do aprofundamento da investigação jurídica nacional pode ser consultada em Keila GRINBERG, “Alforria, direito e direitos no Brasil e nos Estados Unidos”, *Estudos Históricos*, FGV-CPDOC, n. 27, 2001, pp. 63-83.

Portanto, realizamos a pesquisa do fenômeno jurídico brasileiro, na longa duração, desde o rompimento político até o seu paradigma atual, o positivismo organizado em vértice pela dimensão constitucional hierarquizante. Em especial, pela não atenção às questões metodológicas mais profundas e adequadas à realização do direito num contexto social complexo. Destaca-se, assim, o maior problema daquele paradigma: a ausência ou mesmo a aspiração a um método interpretativo suficiente para a garantia de certa coerência à realização do direito. A limitação, ainda, ao sentido de normatividade resultante exclusivamente da *applicatio*, pela tradicional lógica subsuntiva e vinculativa ao texto jurídico.

Com tal propósito destacamos a escravidão, diante das mais variadas possibilidades de pesquisa da formação da juridicidade nacional, por ter sido o maior problema para a modernização do direito, também na passagem do legalismo para o normativismo. Sua confrontação foi muito clara nas construções mitológicas responsáveis por uma constante redução de sentidos dos problemas jurídicos e concretos da sociedade brasileira. Dessa forma, vimos como inevitável o esforço de compreensão mais amplo, para a reflexão de tal problemática, com a preocupação de não provocar a mesma redução condicionada por um evidente projeto ideológico. Certamente não se oferece o último, ou melhor, argumento, a última palavra sobre as inumeráveis questões da pesquisa, mas antes a preocupação mais sincera diante dos grandes quadros das juridicidades envolvidas, de indicação de caminhos para a reflexão crítica da construção do direito brasileiro, no nosso sentir, impossível de ser realizada sem a mobilização da escravidão.

A ampliação do campo de pesquisa da escravidão e do direito no Brasil foi necessária porque ainda está pendente a construção de um panorama mínimo para a sua compreensão crítica. Ou seja, algum paradigma explicativo básico não fundado em pretensas estruturas autopoéticas de sentidos, com a intencionalidade de abertura de caminhos e profundidade suficiente para a pesquisa do processo peculiar de formação da juridicidade brasileira. Deve-se entender o sentido de suficiência nos limites impostos à pesquisa, sem o fechamento à crítica e ao diálogo, para corresponder às imposições da reflexão profunda da construção do direito brasileiro. Portanto, a opção também pela pesquisa das fontes primárias, sem importar em trabalho historiográfico, mas como condição para reconhecer as representações mitológicas do direito nacional, contrárias às nossas intencionalidades críticas.

Além disso, a escravidão foi importante para pensarmos criticamente as construções dos valores da liberdade e da igualdade na sociedade brasileira, na qual o processo de tradução de uma certa juridicidade mitológica, moderna e burguesa nunca se adequou suficientemente, sendo exigido esforço muito maior dos(as) juristas para a sua acomodação temática. Nessa latitude, buscamos reconhecer tal processo a partir dos aspectos de sua formação no tempo, com a crítica dos muitas vezes inquestionados quadros explicativos do direito, que foram sendo afirmados em seu desenvolvimento. A escravidão, então, foi erigida como o paradigma máximo de contraposição aos discursos de modernização do direito, em particular da individualidade, da subjetividade e do sujeito de direitos.

Por fim, a pesquisa dos fundamentos da afirmação do pensamento jurídico brasileiro, desde a sociedade escravocrata, exigiu especial atenção à igualdade jurídica reconhecida como “igualdade perante o direito”¹¹. Pois, o fim da escravidão e o posterior processo de modernização do direito — abstrato e deslocado da realidade — não importaram no encerramento de suas consequências para a pesquisa jurídica, por ter sido construído diante do ainda atual e problemático contexto das desigualdades sociais concretas. São problemas que demandam o reconhecimento do fenômeno jurídico em sua própria historicidade¹² para oferecer perspectivas críticas, mas também reflexivas, de compreensão do sentido do direito no Brasil, suas origens e processos que ainda se desenvolvem, bem como os caminhos de superação possível da crise do direito por uma proposta jurisprudencialista.

Como bem reconhece NICOLAU SEVCENKO, “uma comunidade que perca sua capacidade crítica perde junto sua identidade, vê dissolver-se sua substância espiritual e extraviar-se seu destino”¹³. Sem levantarmos

11 António CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 190.

12 Para a distinção entre “história” e “historicidade”, cfr. António CASTANHEIRA NEVES, “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito”, in *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010c, v. 3, p. 24.

13 NICOLAU SEVCENKO, *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*, 13 reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2015, p. 19.

aqui qualquer apelo de predestinação, procuramos no trabalho abordar questões importantes, pensadas a partir do contexto da juridicidade brasileira e necessárias para a proposta jurisprudencialista de realização dos direitos com preocupação metodológica, partindo da aposta no projeto comunitário decorrente do sentido do Direito. Porém, limitado o trabalho a um certo quadro reflexivo e crítico, por nós suportado, dos sentidos da historicidade, mas não aquela do direito estatalista que legitimou a institucionalização do legal-normativismo, das suas posições voluntaristas e funcionalistas, reconhecidas ainda como válidas, apesar do descompromisso profundo com o projeto possível do direito justo no Brasil.

Nessa medida, abordamos essa grande problemática pela valorização do tema da escravidão para pensarmos a realização de tal projeto. Portanto, é necessária a compreensão da formação jurídica no tempo como algo mais do que aspiração de mundos, que se perdem em um ciclo infinito de discursos de legitimação do direito estatalista. Confiamos no pensamento jurídico crítico, especialmente nos diálogos desde aí proporcionados, bem como nas contribuições dos(as) juristas, para pensarmos o próprio sentido do Direito pelos caminhos abertos pelo jurisprudencialismo. Além disso, toma-se o grande esforço de pesquisa da formação da juridicidade brasileira diante da crise do direito, para considerá-la em perspectivas mais profundas, por ser insuficiente o simples projetar de sentidos possíveis de serem verificados nas mais diversas alternativas ao direito hoje oferecidas, mais ou menos sofisticadas, que poderiam, com outras perspectivas ideológicas, renovar velhos riscos para a realização do direito justo na comunidade plural brasileira.

2. Juridicidade e escravidão: o campo da pesquisa

A juridicidade, compreendida por CASTANHEIRA NEVES como “projecto axiológico-normativo que se constitui na vida histórica de uma determinada comunidade”¹⁴, se pensada seriamente enquanto fe-

14 António CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*, reimp., Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica 1, Coimbra, Coimbra Editora,

nômeno construído culturalmente e inserido na complexidade social, econômica e política para sua consideração enquanto construção localizada, normalmente nacional, como tem ocorrido no Brasil, exige grande profundidade reflexiva dos(as) juristas. Dessa forma, a juridicidade identificada num processo de transformação — sem entrarmos, neste momento, nos seus aspectos normativos, ordenativos ou decisionistas — exige a pesquisa de suas principais características, como viabilizam suficientemente os paradigmas jurídicos, para ser investigada além das reiteraões simbólicas da mitologia moderna. Dessa forma, a juridicidade originada no passado exige reflexão histórica, como é manifesto, apesar de muitas vezes não ser assim admitido — mais ainda quando almeja-se atingir as ideias, os fatos, os agentes e demais fatores que influenciaram o seu distintivo processo de transformação no tempo. Algo não suportado, para além do plano ideológico, por pressuposições positivas de quadros explicativos sedimentados sem reflexão crítica. São imposições, por conseguinte, incontornáveis para pensar o sentido do Direito enquanto “uma *ordem justa* de sociedade”, que “exige uma *validade que fundamente*” e implique “o dever-ser de uma normativa axiologia”, bem como “uma categoria ética”, pois, “o seu universo é *prático-axiológico*”¹⁵.

O direito brasileiro, naquele sentido de juridicidade do Estado nacional, para ser pensado além das suas próprias pressuposições ideológicas, exige também o entendimento das noções, propostas e pulsações da sociedade responsável pelo feixe de peculiaridades ou aproximações dos processos amplos e profundos relacionados com a sua própria dimensão de signos. Por isso, devem interessar aos(às) juristas os valores dos diferentes sistemas jurídicos, como se expressam através das regras jurídicas, *v. g.*, mas abrangendo também a ideia de justiça e sua materialização no mundo do direito. Assim, conjuntamente com a pesquisa histórica, consideramos indispensável que o pensamento jurídico assumira uma dada ordem social concreta, em razão de o campo do direito não poder ser considerado isolado e autossuficiente na defesa de uma proposta de valorização da filosofia prática. Nada mais do que a distinção do tempo do direito, para além das formas ou funcionalismos, como

2013, p. 161.

15 *Idem*, “O Direito como alternativa humana: notas de reflexão sobre o problema actual do direito”, in *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010a, v. 1, p. 308.

fundamento significativo para o direito refletido criticamente. ORLANDO DE CARVALHO, por exemplo, afirmava que “a personalidade jurídica não é algo que subsista por si mesma, mas algo que subsiste apenas enquanto uma personalidade humana real”¹⁶.

Por essas razões, buscamos acompanhar a construção do paradigma do direito brasileiro, com atenção especial às alterações dos sentidos da interpretação jurídica decorrente da modernidade. Movimento esse que abrangeu a composição da própria ideia de juridicidade nacional, enquanto estrutura fundante do próprio Estado. Mas, ao contrário do desejo das mitologias nacionais, pareceu essencial realizarmos a pesquisa conjuntamente, para garantir clarezas mínimas desses fenômenos, com a temática da escravidão, como pontos de viabilização da crítica ao projeto de edificação de uma juridicidade específica. A nacionalização do direito brasileiro, portanto, é questionado em seu próprio processo de desenvolvimento, e não mais a dimensão simbólica alheia à crítica pelo pensamento jurídico. De forma muito significativa, Paschoal José de MELO FREIRE, jurista português integrante da grande problemática das mudanças fundamentalmente metodológicas na virada para o séc. XIX, defendia já aquilo que a partir daí passou a dominar os discursos jurídicos também no Brasil, a cientificidade do jurídico vinculada à história nacional, às leis pátrias e aos costumes, que constituiriam o fundamento da Ciência do Direito Português¹⁷. Tal posição também foi assumida, mesmo que em processo diverso, no contexto brasileiro¹⁸. Daí a importância da atenção ao grande campo das peculiaridades da juridicidade ideologicamente nacionalizada.

No seu centro estava a ideia de formação jurídica discutida no tempo, enquanto fundamento para a cientificidade, passando a ser uma exigência para qualquer ciência humana¹⁹ a demonstração da defesa do direito pátrio (“*quod Juris Patrii studium vel antecedere, vel comitari sal-*

16 ORLANDO DE CARVALHO, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra, Textos Vértice, 1973, p. 17 e 18.

17 *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis*, 4 ed., Conimbricæ, Typis Academicis, 1853a,

18 Cfr. Luíz Maria VIDAL, *Manual de direito civil para o uso do povo*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1875, p. 10 s.

19 Cfr. MELO FREIRE, *op. cit.*, 1853a, p. L.

tim debeat illius Historia specialis”)²⁰ e a elevação do elemento mitológico da pátria (“*et Patriae denique ipsius spei, quae vobis oculis ispis carier esse debet*”, “*Patriae et gloriae amor*”)²¹. Dessa forma, há o movimento de elevação das leis pátrias em detrimento dos direitos canônico e romano (“*jam satis Canonici et Romani Juris*”, “*in Lusitaniae enim solo vivitis, non in Romuli aliqua republica*”)²². MELO FREIRE reconhecia não somente aí o fundamento principal do direito, particularmente desde as leis pátrias, mas o paradigma delimitador também do próprio método interpretativo (“*recta Lusitani Juris interpretandi ratione*”)²³. Algo muito profundo para compreensão da juridicidade moderna e dificilmente desconsiderado sem esforço específico de alheação voluntária e ideológica da perspectiva crítica da pesquisa jurídica.

A afirmação do direito pátrio brasileiro ocorreu em bases semelhantes, na progressiva afirmação da importância do valor da nacionalidade²⁴. Do mesmo modo, a escravidão, como problema do direito e partindo do contexto da sociedade escravocrata, passou a ser percebida dentro desses projetos e dessas representações integradas pelas mais diversas discussões jurídicas. Por isso, procuramos pesquisar criticamente as reconstruções de origens dos ainda atuais paradigmas resultantes de sedimentações ideológicas — “de hoje para o passado” —, responsáveis pela edificação de monumentos às origens construídos artificialmente.

Por esse motivo, pesquisamos como a escravidão foi compreendida conjuntamente com a ideia de direito nacional, inserida no processo de construção estatal e a partir da então sociedade escravocrata, bem como as suas influências no problema atual da realização do direito em concreto, do legal-normativismo, por se valer, agora no plano simbólico, de uma seletividade posterior, sobretudo à abolição, reconhecida nos quadros mentais do pensamento jurídico brasileiro. Aquilo que consi-

20 *Ibidem*, p. 1 e 2.

21 *Ibidem*, p. XLVI e L.

22 *Ibidem*, p. XLIX.

23 *Ibidem*, p. LVI.

24 Construção simbólica, no amplo esforço realizado desde o séc. XIX, particularmente no campo da literatura. Cfr. José Luiz FIORIN, “A construção da identidade nacional brasileira”, *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, LAEL-PU-CSP/CNPQ, v. 1, n. 1, 2009, p. 115-126. Como pode ser visto, *n. g.*, no texto de EUCLIDES DA CUNHA, *À Margem da História*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

deramos como bastante persistente nas posições de alheamento puro e simples, a intencionada transposição para o contexto regional brasileiro de outros paradigmas jurídicos, sem maiores esforços investigativos de contextualização crítica, com a extração da temática da escravidão da pesquisa da formação jurídica brasileira. Precariedades explicativas herdeiras das eras coloniais de classificação e quantificação de mundos humanos, as estruturas de sentidos hierarquizadas, que não ultrapassam nem as mínimas exigências do senso comum, importando em posição contrária ao patamar científico e dialogante exigido pelo projeto humanista do Direito.

Dito isso, buscamos demonstrar que a escravidão foi uma questão muito importante para os projetos de construção do direito no Brasil, sendo enfrentada diretamente, mas que sofreu o alheamento dos discursos jurídicos pela incompatibilização com as projeções e modelos teórico-políticos para a juridicidade. Interessou entender as suas posições dentro dos modelos jurídicos de construção nacional e estatal, organização política e administrativa, a partir da pesquisa dos principais paradigmas jurídicos brasileiros. Posteriormente, pesquisamos de que forma a escravidão, enquanto principal preocupação do mundo do direito, foi sendo extraída dos discursos de construção dos projetos jurídicos modernos, bem como as possíveis consequências do seu afastamento da discussão de temas essenciais do mundo do direito. No fundo, há a preocupação com os projetos que afastam os valores e a própria sociedade do mundo do direito, por serem apenas utilizados para construções ideológicas e simbólicas das juridicidades de futuro, características de muitas propostas de direito moderno.

Para a superação desses problemas, no campo da pesquisa jurídica, buscamos oferecer um sentido razoável para o aprofundamento, a reflexão e a abertura dos temas envolventes da temática da escravidão. É uma construção assentada na crítica prévia às não incomuns posições jurídicas de compreensão da formação das ideias de direito e Estado, sob a orientação do símbolo da nacionalidade, criadas na passagem do sistema plural de direito, das *Ordenações* e dos demais materiais jurídicos ainda não organizados em sentido moderno, para o sistema de perfil estatalista e voluntarista, no qual se deu a própria separação entre pensamento jurídico e direito positivo, moral e direito, dentro das propostas estruturantes da juridicidade pela lei.

Justamente tal crítica, com muita clareza, demonstrou que a escravidão foi a principal discussão para a escrita do projeto de formação jurídica nacional, no qual foram lançados os principais pilares para a construção do Brasil²⁵ e do seu direito. Espantosa força que motivou o interesse para compreender à formação das ideias e das noções da juridicidade, não somente sem deixar de lado tal temática, mas posicionando-a no centro. Assim, há o interesse, desde as suas legitimações e seus reconhecimentos sociais, pelas principais consequências para o mundo do direito da transformação da vigência legítima da escravidão. Dessa forma se dá a centralidade do trabalho no direito brasileiro e a escravidão como o principal eixo para tentar entendê-lo, na dinâmica de sua afirmação e crítica.

Diante do amplo campo de pesquisa, partimos da busca pelo essencial, mais diretamente encontrado nas reflexões jurídicas da escravidão, da codificação e da modernização do direito, além das reconhecidas na construção da ideia de direitos humanos, no contexto da formação da ciência do direito no período posterior ao do direito plural. Da mesma forma, importou pensar de maneira sensata a formação do peculiar pensamento jurídico-filosófico brasileiro, sem nos valer do puro e simples enredo de “importação e exportação de ideias”, enquanto tópicos insuperáveis dos esquadros dos estatismos nacionais, por estas serem elementares construções mitológicas inadequadas à proposta crítica da nossa pesquisa.

A compreensão da juridicidade moderna brasileira, diante de sua dimensão muito complexa imposta pela escravidão legítima, dependeu essencialmente da atenção aos projetos de afirmação do sujeito de direitos dentro da construção do Estado moderno. Assim, faz-se a pesquisa da individualidade considerada como a possível de ser construída desde o séc. XIX, a partir da especificidade brasileira, em que estava em formação a noção de “*espace privé*” para garantia contra violações²⁶, mas certamente não ainda a ideia da pessoa humana, cujo perfil só foi construído posteriormente, dentro dos paradigmas dos direitos humanos do pós-Guerras Mundiais.

25 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 13-128.

26 Guy HAARSCHER, *Philosophie des Droits de L'Homme*, 4 ed. rev., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1993, p. 107.

Por isso, buscamos desenvolver sobretudo dois temas essenciais, a codificação moderna, a partir do rompimento com o mundo dos *status* das Ordenações, organizado pelo pensamento do *usus modernus pandectarum* conjuntamente com a ideia da “*naturalis ratio*”²⁷, e a construção da individualidade jurídica, do sujeito de direitos, com a afirmação da igualdade jurídica formal. Sem afastar, todavia, a preocupação com os direitos que foram afirmados ou reconhecidos, na construção dos projetos de individualidade a partir da sociedade escravocrata, até a sociedade idealizada nos projetos normativos e voluntaristas da modernidade. Portanto, tem-se a perspectiva crítica de uma reiterada e muitas vezes irrefletida imagem da “evolução histórico-cultural” do direito brasileiro, mas sem a “recusa de ordens ou sistemas de valores absolutos”²⁸.

Defendemos a compreensão crítica da formação jurídica nacional por considerarmos a proposta jurisprudencialista no Brasil abrangente da defesa do sentido do Direito, sem implicar em substituição do legal-normativismo por outro positivismo dissimulado, seja dogmático ou não, fundado em seus recorrentes discursos de autoridade e pressuposições subjetivistas de mundos imaginados. Acentuamos tal preocupação com a formação do direito brasileiro na sociedade escravocrata e os consequentes projetos para a juridicidade, em uma intencionalidade investigativa dos valores que foram pensados pelos diferentes projetos para o direito nesse contexto. Dessa forma, há a ênfase na formação do paradigma jurídico baseado na centralidade do sujeito de direitos enquanto projeto do Estado brasileiro. Mas também se atenta para a construção da individualidade, desde o fim da escravidão e do mundo dos *status*, reconhecida na organização das fontes jurídicas, bem como no pensamento jurídico normativista. Assim, buscamos investigar, com razoável profundidade crítica, os problemas da juridicidade brasileira para viabilizar a afirmação da proposta jurisprudencialista para a superação da crise do direito no Brasil.

Por isso, destacamos os projetos de direito que foram afirmados na transição da situação colonial para a de país independente, as marcas de uma juridicidade tradicional alterada por diversos projetos característicos do séc. XIX. Mas também, decisivamente, a profunda

27 MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2003, p. 274.

28 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 45.

modificação decorrente da codificação civil, bem como dos projetos de normatividade constitucional enquanto aspiração da efetividade máxima e formal. Tais problemas foram exigências para a compreensão da construção da individualidade no campo jurídico, da passagem dos mundos dos estamentos para a do sujeito de direitos, da personalidade jurídica e da cidadania. Temos a preocupação de acompanhar a peculiar nacionalização dos materiais jurídicos, que passaram a ser organizados pelos projetos de edificação do Estado brasileiro, através de um reconhecido fenômeno de acomodação a modelos já existentes²⁹. Desse modo, importaram as discussões jurídicas provocadas pelo direito da modernidade frente à juridicidade do Antigo Regime que, como sabemos, sofreu um processo de alteração, a partir de uma ideologia decisionista e unidimensional desde o polo político central, do direito vigente em concreto, plural, descentralizado, diversificado, receptivo e pluridimensional. Destacando a magnitude das modificações das mentalidades responsáveis pela transformação da juridicidade, apesar de não serem causas exclusivas, como adverte MICHEL VILLEY: “*si le plus pur de la pensée des grands génies philosophiques est au-dessus du temps, l’opinion y est immergée; tantôt telle philosophie et tantôt telle autre réussit et triomphe dans le monde du droit*”³⁰.

Indagamos se o valor inerente da desigualdade orgânica da sociedade escravocrata foi superado somente em termos formais após a abolição, por não ter sido erigido um projeto de direito vocacionado para sua realização além das lógicas silogísticas e institucionais – o que, lamentavelmente, pode ser reconhecido ainda no direito atual. Além disso, refletimos se tal superação se limitou apenas ao plano da afirmação formal da igualdade, com a consciente e intencional ausência de observação mínima da igualdade material em termos valorativos. No fundo, mereceu toda a nossa atenção a substituição da concreta e desigual sociedade escravocrata, sem esforço crítico e em termos ideológicos, pela construção de um paradigma no qual a igualdade foi elevada ao centro da juridicidade moderna, mas restrita ao plano simbólico, em que pouco passou a importar a realização do direito na prática. Daí

29 José MURILO DE CARVALHO, “Entre a liberdade dos antigos e a dos modernos: a República no Brasil”, in *Pontos e Bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998, p. 90.

30 *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, 9 ed., Paris, Les Édition Montchretien, 1975, p. 425.

o acompanhamento dos projetos posteriores à abolição e suas principais consequências, especialmente da codificação civil, que provocou a modernização do direito no Brasil, bem como da atual Constituição Federal, reconhecida como o paradigma máximo da normatividade do sistema jurídico brasileiro.

A valorização da temática da escravidão para, enquanto dimensão crítica aos sentidos evolutivos³¹ do direito, refutar profundamente os discursos jurídicos hegemônicos que comumente têm se valido dos fundos mitológicos da modernidade para justificar e legitimar ideologicamente o direito, nada mais é do que os bem conhecidos métodos positivistas e seus modelos normativos decorrentes de sistemas fechados, que tradicionalmente foram sendo construídos com suporte em discursos em que preponderam genialidades, singularidades e forças dos mais diversos pensamentos jurídicos, mas que nada ou pouco refletem quanto às possibilidades de pesquisa jurídica mais crítica, com a reflexão dos diferentes mundos do passado e o reconhecimento dos seus próprios contextos³².

Tal opção foi justificada pelo interesse de reflexão sobre a formação do direito brasileiro exigente de um ponto de partida razoável, bem como a problematização da própria escolha realizada. Dessa forma, destaca-se o quadro da construção da identidade do direito nacional, além das correlatas assimilações das juridicidades simbolicamente vocacionadas para a legitimação do exercício do poder após a Independência. Porém, tal perspectiva não foi por nós erigida, muito pelo contrário, para a contenção de perspectivas críticas à formação do fenômeno jurídico no Brasil, normalmente realizada desde os discursos institucionais do presente. Almejamos, por esse motivo, alcançar uma certa compreensão que permita o pensamento crítico da construção da nossa própria juridicidade. A fixação do ponto de início, artificial e problemático, cabe admitir, foi então pensado apenas para manter a centralidade

31 Uma crítica especial à ideia do evolucionismo dos fenômenos humanos pode ser vista em MARC BLOCH, *Apologie pour L'Histoire ou Métier D'Historien*, 2 ed., Paris, Armand Colin, 1952, p. 85 s.

32 Cfr. Manuel António COELHO DA ROCHA, *Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 7 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896, p. 125, § 165: “nos rodearmos das circunstancias, costumes e maximas, que então vogavam”.

da pesquisa na formação da juridicidade brasileira. Tem-se uma reflexão e crítica possíveis a partir das influências dos projetos modernos de direito, não só dos lugares mais costumeiramente reconhecidos, mas também de outros não tão valorizados até nossos dias, como a temática da escravidão. Desse modo, a impossibilidade de fixação de limites apriorísticos às exigências de compreensão, sendo necessária a busca do fenômeno jurídico em seu próprio ambiente de formação e considerando importantes as suas próprias especificidades.

A Independência foi marcada como ponto de atenção das perspectivas de mudança e afirmação regional de projetos jurídicos para melhor entendimento de importantes discussões jurídicas na sociedade escravocrata, em correlação com a construção da ideia de individualidade, bem como, após o seu fim com a abolição, para reconhecer as dificuldades da afirmação de projetos positivistas desacompanhados da preocupação com a igualdade concreta em uma sociedade essencialmente desigual. Tal despreocupação ainda é responsável pela limitação reflexiva da construção da individualidade como valor jurídico desde o contexto da sociedade escravocrata e sua superação, como reconhecida nos projetos posteriores que edificaram a ideia de sujeitos de direitos.

Preocupou-nos o pensamento da formação do direito no Brasil a partir do processo de rompimento político, ou seja, a construção da juridicidade regionalizada, mas que manteve a escravidão legitimada juridicamente como um dos seus principais eixos de organização. Pelo fato de a formação jurídica nacional ter ocorrido a partir do contexto da sociedade escravocrata, pareceu necessário questionar como foi sendo pensada nos projetos de afirmação da igualdade jurídica em substituição ao mundo dos *status*, bem como interrogar se deixou marcas no mundo do direito, ao menos no plano ideológico. A quase ausência da temática da escravidão da pesquisa jurídica brasileira foi considerada como grande indício desse problema, sendo reconhecida para refletir se o projeto atual do direito considera seriamente essas questões essenciais, no nosso sentir, para a afirmação do sentido do Direito. No fundo, coube considerar se o paradigma atual do direito brasileiro e o pensamento jurídico que o acompanha têm demonstrado, ao menos teoricamente, aptidão para a realização do direito em concreto, no sentido de mediação³³ do direito, na sociedade brasileira formada a partir da então

33 Com atenção à diferenciação entre “concretização” e “mediação”, com prefe-

sociedade escravocrata. São questionamentos realizados na pesquisa da codificação civil e das mudanças impostas ao mundo do direito pela modernidade, pelos contrapontos oferecidos pela escravidão e pelo racismo no Brasil.

Sendo assim, buscamos valorizar o sincronismo da investigação proposta³⁴, por considerarmos importante a formação jurídica para a reflexão da crise do direito, porém não mais a reconhecida em uma longa tradição que a tem considerado como pressuposta ou imaginada imediatamente desde diferentes quadros de legitimação do direito moderno. Para MARC BLOCH, a interpretação deve atentar para a necessária inserção em “*une série chronologique ou un ensemble synchrone*” através da intensificação da comparação, “*tantôt des ressemblances, tantôt des différences*”, com a crítica da observação, “*la similitude qui justifie et celle qui discrédite*”, “*la critique du témoignage s’appuie sur une instinctive métaphysique du semblable et du dissemblable, de l’un et du multiple*”³⁵. Temos justamente a sincronia que abre ao pensamento do tempo histórico a sua consideração enquanto processo de conhecimento através da compreensão dos fatos no contexto que lhe são assemelhados, com a combinação sistemática — “*du plus ancien au plus récent*” — e a organização dos fenômenos humanos nessa perspectiva³⁶. Exigiu-se nada mais do que a amplitude do tema proposto enquanto busca pela compreensão, a partir da reflexão prévia sobre a própria atividade de pesquisa relacionada aos temas propostos, das mudanças iniciadas com a afirmação da juridicidade na América portuguesa em correlação com o quadro de possibilidades abertos desde aí para pensarmos a formação jurídica nacional. Dessa forma, temos a investigação dos fenômenos em compreensão suficiente exigida desde a sua contextualizada dimensão de construção de sentidos no tempo, bem como a atenção para a própria atividade de criação e recriação de significados em “*la grande voie royale*

rência por esta última, no pensamento de CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 13 s. Utilizamos, no nosso trabalho, ambas com o sentido justificado nessa referência.

34 Sem qualquer pretensão de superação, fundada em uma posição utópica qualquer, ao incontornável problema da diacronia presente nas diferenças entre os tempos históricos investigados e os do nosso presente, mas confiantes na aposta da suficiência da pesquisa jurídica crítica para a construção de novos caminhos e abertura de diálogos.

35 *Op. cit.*, 1952, p. 65-68.

36 *Ibidem*, p. 84.

*de la théorie des probabilités*³⁷, reconhecida por “*un échelonnement des degrés*”³⁸.

Nossa pesquisa buscou acompanhar a atuação dos(as) juristas e sua preocupação com as mais diversas questões da juridicidade como compreensão suficiente e possível, no sentido da vocação para o diálogo entre seres humanos³⁹, e assumindo o sentido de responsabilidade aí presente⁴⁰. Por isso, o campo da pesquisa abrangeu o fenômeno da criação da ideia de direito brasileiro, no contexto da sociedade escravocrata, até se chegar à afirmação do paradigma normativo atual, para justificar a defesa da alternativa de mudança para o jurisprudencialismo e sua aptidão para a mediação em concreto dos problemas do direito.

No nosso caso, perspectivados para pensar as consequências das desigualdades e do racismo na modernização do direito no Brasil. À vista disso, consideramos viável a defesa da possibilidade do conhecimento das diferentes realidades históricas através de suas fontes, porém entendida tal questão em potencialidade, nos limites dos sentidos para garantir o espaço de diálogo aberto para a discussão constante e progressiva – no sentido de desenvolvimento no tempo, não de algo pior para melhor – no campo da cientificidade do direito. Dessa forma, certamente não com a intenção de abranger genericamente a questão da realização do direito no Brasil, mas como acompanhamento do projeto de construção da própria ideia de juridicidade nacional, abrangente das concepções de sociedade e cultura, pela mobilização do tema da escravidão, mais exatamente a partir das grandes questões da juridicidade do séc. XIX (“*le stupide XIX^e siècle*”⁴¹) e das suas principais consequências para o direito moderno, cuja problematização foi sendo adequada, com maior ou menor consciência, enquanto problema a ser resolvido pelas construções paradigmáticas do direito brasileiro.

37 *Ibidem*, p. 72

38 *Ibidem*, p. 77.

39 Cfr. HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, 2 ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1998, p. 4 s.

40 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 38.

41 ORLANDO DE CARVALHO, *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*, 2 ed., Coimbra, Centelha, 1981, p. 77.

Destacamos que a construção da juridicidade brasileira dependeu essencialmente da sua compreensão e valoração na sociedade, na busca por espaços simbólicos próprios, já que a noção de direito desde a escravização de seres humanos foi pensada, e os seus diferentes projetos foram propostos e inaugurados naquela sociedade escravocrata. Dessa forma, ao reconhecermos que os problemas do direito, que caracterizaram o séc. XIX, foram progressivamente afirmados como estatelistas, numa concepção da juridicidade centralizada e voluntarista, pareceu importante perceber como tal processo amplo de transformação fundamental se deu a partir da ex-Colônia escravocrata e monárquica. Na verdade, questões fulcrais, juntamente com a escravidão, que passaram a ser desconsideradas dos fundos mitológicos do direito brasileiro moderno, através da construção e da repetição de discursos ideológicos, não pela reflexão crítica do pensamento jurídico.

As manifestações dos(as) juristas e demais participantes desse profundo processo foram os caminhos encontrados para pensarmos a mudança de um direito inicialmente orgânico e ordenativo para um outro legalista e normativo, com a valorização das reflexões contextualizadas e sincrônicas. A atuação dos(as) juristas, desde a superação do Antigo Regime, com “a construção da ordem política, cultural e social da sociedade capitalista”⁴², foi fundamental e, por isso, ocupou o centro da nossa pesquisa. Consequentemente, há o entendimento dos processos baseado na busca de compreensão dessas valorações sobre a juridicidade em relação à historicidade. Portanto, temos não a juridicidade enquanto modelo a ser defendido sem mais, como realização de desejos das mitologias da modernidade, mas a pensada no tempo e no espaço, na medida em que foi sendo reconhecida em diferentes épocas, enquanto processos culturais de uma afirmação específica e localizada.

Por fim, a marca da nacionalidade ao jurídico exigiu a definição quanto aos seus significados e suas características mais fundamentais para a definição do campo de pesquisa, ou seja, o reconhecimento das mudanças nos sentidos que passaram a identificar o direito a partir da construção da centralidade do poder político. Desse modo, tivemos especial atenção ao que foi projetado para o jurídico e reconhecido como sua especificidade própria, para acompanhar a dinâmica das alterações,

42 António Manuel HESPAÑHA, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978, p. 114.

pelos sincretismos da pesquisa jurídica, de forma a perspectivar mais profundamente a crise do direito em que vivemos.

3. Dinâmicas investigativas, sentidos críticos e juristas

Diante do amplo campo aberto por modelos ideológicos explicativos da formação jurídica brasileira, buscamos uma conscientização inicial quanto à pesquisa, partindo da sua própria construção. Pois, para cumprirmos a proposta de investigação crítica, pareceu indispensável encarar a questão da juridicidade em seu próprio tempo, refletindo a escravização de seres humanos enquanto paradigma máximo contraposto ao projeto iluminista do Direito e identificado numa sociedade específica⁴³. Partirmos desse percurso relevante e essencial para pesquisar as correlações entre escravidão e juridicidade, não somente daquela que a suportou legitimamente, mas também das que foram consideradas nas propostas de confrontação.

Se tais questões fossem tidas como estáticas, dados uniformes ou fatos isolados, *i. e.*, como objetos interligados em conceitos estruturantes, enquanto exigências do direito estatalista, não seria possível a pesquisa crítica e suficiente. Sem tal esforço, passaríamos a seguir caminhos e posições, muitas vezes construídos para outros contextos, resultantes da redução ideológica a reiterados esquemas explicativos. Mas, como a vida humana não pode ser considerada um simples jogo⁴⁴, procuramos respeitar a sua complexidade diante da opção metodológica de reconhecimento do fenômeno da escravização de pessoas – as escravizadas e os escravizados – para a pesquisa crítica das dinâmicas e lógicas da modernização do direito no Brasil.

A simples afirmação do “escravo”, sem reflexão, importaria na sua objetivação – a repetição, nos nossos dias, da reificação do mundo e do ser humano. Portanto, temos a desvalida perpetuação, agora dentro do pensamento jurídico crítico e voltado para a realização do direito

43 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 26.

44 *Idem*, *op. cit.*, 2013, p. 40.

na prática, do ser humano em objeto. Por isso, confrontamos a reprodução irrefletida de modelos explicativos do presente para o passado, marcadamente das posições nominalistas ou positivistas, na qualidade de principais responsáveis, *v. g.*, por “fadar o escravo à mais completa passividade, descrevendo-o como um ser incapaz de pensar e agir segundo seus próprios valores”⁴⁵.

A pesquisa sincrônica foi realizada para permitir a reflexão crítica da juridicidade, em confrontação possível com a construção de discursos jurídicos puros e alheios às inter-relações inerentes, no tempo e espaço, do direito no Brasil. Assim, partimos do chamado “Direito impuro, que se transfunde na vida da sociedade concreta, dos homens concretos, e não algo de magnificamente isolado”⁴⁶. Há o horizonte do fenômeno jurídico mais profundo, pesquisado em discursos minimamente racionais e fundamentados, na base da postura de honestidade com as fontes e da preocupação com a consequente criação de sentidos para pensarmos o projeto do direito no Brasil. Essa perspectiva é considerada elementar para tornar possível a pesquisa da escravização de seres humanos diante dos paradigmas sociais, jurídicos, políticos e econômicos da sociedade escravocrata que a abrigou. Particularmente, as problemáticas jurídicas a partir de seus próprios contextos de identificação de sentidos, em que o escravo ou a escrava foram ponderados como consequências da escravização, mas também como agentes nos espaços em que tal atuação foi possível, mesmo diante da violência profunda daquela sociedade, como demonstram precisamente as fontes investigadas.

Apesar da tradicional narrativa fundada especialmente em relatos institucionais e acontecimentos oficiais, da construção do direito brasileiro, ser importante para se entender os fenômenos jurídicos, o ser humano nunca pode ser abandonado sem o reconhecimento da sua condição de agente histórico — como afirmava PROTÁGORAS, “*omnium rerum mensura est homo*” —, mais ainda, num momento tão grave como

45 Elciene AZEVEDO, *Orfeu de Carapinba: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*, Campinas, Editora Unicamp, 1999, p. 27, nota 27. Em respeito à essa advertência, no trabalho a palavra “escrava” foi utilizada com o sentido de “a” pessoa humana escravizada, e “escravo”, como “o” ser humano escravizado.

46 ORLANDO DE CARVALHO, “Indi partissi povero e vetusto: meditação sobre Manuel de Andrade trinta anos depois de sua morte”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXV, 1989, p. 471.

o da escravidão. Contudo, essa preocupação, necessária para pensarmos tal questão no Brasil a partir das manifestações das pessoas que foram escravizadas, esbarra nos limites da pesquisa aqui realizada. Se fosse superada a sua limitada dimensão, como a dos poucos relatos diretos e imediatos dessas experiências, em vista do analfabetismo⁴⁷, *v. g.*, teriam sido abertas outras perspectivas para pensarmos o direito na sociedade escravocrata brasileira, reconhecendo o amplo quadro das fontes jurídicas, abrangendo os costumes e as diferentes tradições culturais. É algo que vem sendo contornado pelos esforços investigativos da escravidão, especialmente pelas iniciativas da historiografia social, que procuramos constantemente nos valer na construção do trabalho, mas infelizmente ainda não realizada pela pesquisa jurídica brasileira. Portanto, apesar de reconhecemos a importância da ampliação da pesquisa, reconhecemos não ter sido aqui realizada na profundidade exigida em razão dessa carência. Porém, tal omissão não deixa de ser também mais uma evidência da necessária valorização da temática da escravidão para a compreensão da juridicidade no Brasil.

Apesar disso, com a consciência de que tal problema merecia ser confrontado, buscamos pesquisar o fenômeno da escravização através dos caminhos tradicionais da juridicidade, assumidos na base da própria formação específica do direito e do pensamento jurídico brasileiros⁴⁸,

47 As “Escolas Normais” para a educação básica foram criadas no Brasil a partir da década de 1830, mas apenas em algumas poucas cidades. Cfr. Angela Maria Souza MARTINS, “Breves reflexões sobre as primeiras Escolas Normais no contexto educacional brasileiro, no século XIX”, *Revista HISTEDBR*, Campinas, UNICAMP, n. 35, 2009, p. 173-182. A educação na América portuguesa esteve sempre voltada para a Metrópole, não havendo qualquer medida mais efetiva de implantação de escolas em sentido amplo no período imperial, a não ser alguns exemplos oficiais ou de natureza religiosa. Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 175; Alberto VENANCIO FILHO, *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*, 2 ed., São Paulo, Perspectiva, 2011.

48 Se vistas as coisas somente a partir de textos jurídicos brasileiros do fim do séc. XIX para a frente, como normalmente se faz, aliado à uma postura de esterilização e pré-acomodação de discursos, com o pinçar de projetos pessoais de singularidades de vulto, na base da vigência de um paradigma que não era aquele característico e herdado do Antigo Regime colonial, como se o Brasil fosse um território europeu “sem mais”, sem atenção a sério ao seu contexto histórico, não só às personagens das falas refletidas ou da imagética aí sedimentada acriticamente que nos foram legadas, mas também a muitas possibilidades reflexivas que teriam sido perdidas, como se não tivessem nunca existido. Cfr. João Maurício ADEODATO (org.), *Continuidade*

com a intensificação da crítica para percebermos, *v. g.*, quais foram as estratégias e ideologias que fundamentaram as opções legislativas, as manifestações de juristas e a produção de atos oficiais, de forma a tentar atingir os valores envolvidos naqueles projetos para a afirmação de um direito nacional⁴⁹. Apesar das limitações referidas, as fontes aqui pesquisadas permitiram pensar as diferentes posições da juridicidade da sociedade escravocrata em sua inter-relação essencial, do discurso jurídico com as consequências e as influências sociais, especialmente a partir da preocupação de controle social e de contenção à luta por direitos dos escravizados.

Por essa razão, ressaltamos os contextos históricos na nossa investigação sem deixar de lado a preocupação com a construção de sentidos mais amplos, com a ênfase em temas pensados enquanto conjuntos de possibilidades suficientes para permitir a reflexão e sua crítica, afastando as frágeis linhas evolutivas ou mesmo elevações de sínteses simbolicamente compostas. Portanto, procuramos manter uma percepção conceitual suficiente para marcar o campo de reflexão e os seus limites, sem se importar em reduzir a investigação à uma mesma dimensão intencional e estática, e, portanto, num sentido crítico contraditoriamente homogeneizante.

Identificamos a juridicidade — seu sentido, seus pressupostos e suas intenções⁵⁰ —, atentando aos(às) juristas e às tradicionais fontes reconhecidas como jurídicas. Mas, como o objetivo foi acompanhá-la no longo prazo para alcançar o paradigma atual do direito no Brasil, pareceu necessário considerar com cuidado as suas próprias referências, seus

e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas, Curitiba, Editora CRV, 2015, prefácio, p. 17 s. No ponto, o que seria agravado se não fosse considerado que a sociedade brasileira até fins do séc. XIX era, fundamentalmente, escravocrata, e que as questões jurídicas, essencialmente, foram refletidas a partir desse contexto, pelas problemáticas indígenas e africanas que, aliás, integraram a própria formação do direito e do pensamento jurídico no Brasil.

49 Em quase todo o período da América portuguesa, as discussões dos letrados restringiam-se às pessoas que tinham formação oficial e religiosa em Portugal, mas no final do séc. XVIII foi sendo cada vez mais decisiva a influência política das pessoas educadas nos colégios católicos locais, como são exemplos padre FEIJÓ e frei CANECA. Cfr. Iara Lis C. SOUSA, *A Independência do Brasil*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000, *e-book*, p. 103.

50 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 15.

testemunhos e suas fontes históricas. Por isso, de imediato, nos pareceu totalmente equivocado o deslocamento, para o passado, da ideia de juridicidade que queremos para o presente. Aí só haveria imaginação, não pesquisa jurídica. Entretanto, para evitarmos essa simplificação, teríamos que comportar uma imensa complexidade além dos limites desse trabalho. Então, optamos pelas mudanças na construção da individualidade, propiciando a compreensão suficiente do fenômeno para fundamentar a reflexão sobre a crise do direito brasileiro atual. Sobretudo, nos interessou pensar o problema da realização prática dos valores jurídicos a partir da noção de igualdade, porém não simplesmente limitada enquanto problema formal. Por essa razão, pesquisamos por esse eixo a mais ampla compreensão da juridicidade, para refletir a própria autonomia conceitual do Direito, na sua especificidade, com a preocupação de não incorrer nas sedimentações ideológicas de sentidos para os fenômenos jurídicos, muitas vezes encontradas, por exemplo, na pesquisa histórica, sociológica, econômica, política, antropológica e filosófica, com especial atenção para esta última e sua muitas vezes reiterada intenção de fundamentação enquanto simples sistema explicativo de todo o pensamento, como adverte MICHEL VILLEY⁵¹. Buscamos pesquisar com precaução as formas de compreensão que se autonomizam em suas intencionalidades específicas, não raras vezes também do Direito, para permitir com um olhar mais profundo, através das perspectivas críticas, a reflexão sobre os fenômenos envolvidos na temática do direito e da escravidão no Brasil.

Apesar de reconhecermos outras possibilidades e aberturas, no sentido de possibilidades ao conhecimento, procuramos manter a centralidade dos(as) juristas para a pesquisa da juridicidade, na busca de se garantir sempre a estruturação mínima ao trabalho, diante da amplitude das questões aí envolvidas. Afirma-se a centralidade sem afastar as contribuições de outras pesquisas, apesar da aspiração às peculiaridades dos pensamentos jurídicos, relacionadas com a construção do Estado brasileiro a partir do contexto da sociedade escravocrata.

A escravidão perpassa as construções simbólicas dos projetos normativos, desde a construção do legal-positivismo brasileiro, porém é progressivamente deslocada das modernas reconstruções da juridicidade do presente. Daí a necessária ampliação da pesquisa conjuntamente

51 *Op. cit.*, 1975, p. 427.

te com o cuidado com as fontes investigadas, cuja juridicidade muitas vezes não ocupa o centro das preocupações, muito especialmente as do campo historiográfico. Apesar disso, foram por nós consideradas pela demonstração da preocupação investigativa com o tema da escravidão, e por permitir a crítica da tradição idealizada para o direito brasileiro.

Procuramos acompanhar a concepção da juridicidade nacional, a partir do momento de ruptura e de afirmação dos materiais jurídicos específicos para o nascente Estado brasileiro, formada pelos quadros já conhecidos na América portuguesa, tais como o jusnaturalismo racionalista e iluminista, a codificação e os projetos de positivação do direito, até a afirmação e crise do legal-positivismo, no contexto da renovada opção normativista, agora em dimensão constitucional. No centro temos a especial tensão entre os indivíduos e a juridicidade, a pessoa humana e o direito da escravidão, posteriormente o sujeito de direitos e a codificação civil moderna, o cidadão e o Estado. Tudo pensado, sob a perspectiva crítico-reflexiva final, quanto à inviabilidade do projeto de direito brasileiro de identificar, refletir e realizar em concreto direitos, por afastada do sentido do Direito, bem como a fundamentação de superação desse problema pelo caminho metodológico jurisprudencialista.

Pesquisamos amplamente as transformações do direito, com a valorização da relação entre Estado e indivíduo, mais exatamente as verificadas enquanto “realidade social”, ou seja, as propostas elevadas a paradigmas como “pretensões de validade”⁵², desde a afirmação do direito para o Estado independente, sua inter-relação com o sistema anterior e as transformações que ocorreram até o atual paradigma normativista. Panorama amplo no qual estão abertas as possibilidades de busca das bases de certa inteligibilidade do fenômeno jurídico e a reflexão das diversas propostas jurídicas afirmadas, sobretudo da ordem jurídica plural para a estatal e monista.

A participação dos(as) juristas ocupou o centro das nossas preocupações, sendo assim a fonte principal para o trabalho. Porém, buscamos pesquisar outras fontes, mesmo em paralelo, para perspectivarmos criticamente a relação entre projeções e interpretações jurídicas dentro da sociedade escravocrata. O interesse recaiu sobre a atuação dos(as)

52 João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13 reimp., Coimbra, Almedina, 2002, p. 33.

juristas, considerada, porém, em sentido amplo e decisivo como possibilidade de compreensão dos fenômenos das afirmações dos panoramas do direito brasileiro a partir de sua própria origem, bem como para possibilitar a aproximação com as juridicidades da sociedade escravocrata e dos diálogos com as propostas resultantes do choque entre o jusnaturalismo racionalista e do paradigma religioso cristão que, apesar de ter sofrido as influências da modernidade desde o fim do séc. XVIII, esteve na base da legitimação do direito da escravidão brasileira, num claro paradigma não secularizado do direito no país. O lugar do(a) jurista, então, foi o centro da nossa preocupação com o fenômeno da escravidão e com as consequências para a reflexão crítica partindo da juridicidade como tema central, muito especialmente dos que estiveram compreendidos no contexto das construções das sociedades modernas, como a brasileira, construídas a partir da circunscrição do direito pelo Estado.

Jurista, não parece demais considerar, é inicialmente homem, tendo em vista que a primeira mulher no mundo luso-brasileiro a se formar foi em 1902⁵³. Portanto, tal jurista inicialmente foi aquele formado pelos Cursos de Cânones e pela Faculdade de Direito de Coimbra, desde 1831, bem como, preponderantemente, pelas demais faculdades portuguesas e brasileiras. O panorama de formação intelectual foi importante para pesquisar os textos consultados, nos quais o direito português formou a principal base mental do processo de construção do direito que se identificou como brasileiro. Muito dificilmente teria ocorrido sem as influências da herança recebida após o fim da América portuguesa, apesar de alterada significativamente após a criação dos cursos jurídicos nas cidades de Olinda e São Paulo, em 1827.

Dessa forma, foram reconhecidas as influências no pensamento das questões jurídicas, após a Independência, com a formação jurídica nacionalizada, marcando o movimento intelectual no Brasil, desde o ambiente do romantismo⁵⁴, envolvido na construção dessa juridicidade específica. Porém, a origem comum na formação intelectual dos juristas não correspondeu a uma harmonização do pensamento, como demonstrou a pesquisa realizada, tendo havido apenas a convivência

53 Cfr. Marcelo de ALCÂNTARA, “Centenário do bacharelado de Maria Augusta Saraiva”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, USP, v. 97, 2002, p. 745-752.

54 OCTAVIO SOUZA, *Fantasia de Brasil: as identificações na busca da identidade nacional*, São Paulo, Editora Escuta, 1994, p. 158.

comum num ambiente de formação intelectual. Em consequência, somente após a reflexão crítica mais profunda foi possível identificar movimentos, escolas ou associações, de forma mais específica. No geral, a passagem de compreensões, sem atenção às especificidades envolvidas, quanto às questões jurídicas, *v. g.*, de Portugal para o Brasil e vice-versa, demonstrou-se completamente equivocada para a reflexão crítica da escravidão e do direito.

Pudemos verificar, quanto às questões jurídicas da escravidão, que as obras portuguesas foram amplamente conhecidas e consideradas pelos juristas do Brasil⁵⁵, em franco diálogo que até hoje podemos considerar como inequívoco, apesar de sempre merecer ser refletido dentro da especificidade de cada pesquisa a ser realizada. Para sermos mais claros, procuramos atentar para os esquadros dos nacionalismos construídos enquanto projetos ideológicos de poder, que têm confinado também a pesquisa jurídica. Aliás, na forma como assumidos especialmente desde o séc. XIX, quanto às possibilidades de se pensar o direito no Brasil, considerada especialmente a relação com Portugal. Naquilo que tivemos oportunidade de pesquisar, sem muitos riscos, podemos afirmar que houve ali um contexto aproximado de oportunidades para se acessar os mesmos textos jurídicos.

Por isso, procuramos respeitar o(a) jurista como núcleo da pesquisa das interpretações contextuais do fenômeno jurídico, e os seus discursos foram considerados fundamentais para a reflexão crítica do trabalho. Ao contrário de ser uma obviedade na investigação jurídica, a sua importância foi valorizada com seriedade, já que não procuramos acomodar os seus testemunhos em linhas explicativas previamente definidas⁵⁶. No fundo, buscou-se afastar as construções “encobertas pelo

55 Como pode ser constatado, *p. ex.*, em duas importantes obras brasileiras: Candido Mendes de ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I*, 14 ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870; e Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis: nova edição refundida*, Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1911, v. 1.

56 Aquilo que não raras vezes tem sido realizado através da adaptação a textos referenciais, em detrimento da profundidade da pesquisa contextual, com a elevação de um caminho obrigatório da compreensão do fenômeno jurídico para os mais variados contextos. Ressalvadas honrosas exceções, é o que tem sido feito, *v. g.*, com a obra de Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 3 Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2016.

mito da neutralidade e do progresso linear⁵⁷ da razão jurídica”⁵⁸, ideias que, desde o positivismo do séc. XIX no Brasil, têm sido utilizadas reiteradamente para a formação da mitologia do direito moderno. Por isso, a sua problematização foi muito importante para pesquisa, já que o Direito, para nós, representa justamente o fenômeno humano em que as duas ideias referidas — neutralidade e progresso — não se adequam à investigação jurídica, séria e crítica. ERIC HOBSBAWM, quanto ao progresso, defendia com acerto ser um conceito muito complicado para uma aplicação global no campo do direito e da filosofia⁵⁹.

Por causa disso, valorizamos o sentido dinâmico da pesquisa, já que o tema da escravidão não tem sido pesquisado, com seriedade, pela história positivista do direito brasileiro. Através da crítica, então, buscamos ampliar os sentidos da construção da juridicidade, com a preocupação de acompanhar a extensão das importantes mudanças envolvidas na modernização do direito nacional. Logo, a nossa reflexão dirigida ao fenômeno jurídico, não o desejo simplista de oferecer outra proposta de entendimento sem cuidados, mas como a viável para refletir a partir de evidências e perspectivação ampla da crise do direito no Brasil. A centralidade da escravidão na pesquisa do direito nos pareceu incontornável para o trabalho não disposto a oferecer uma sucessão de fatos e fundamentos para atender forçosamente às exigências de certa “dogmática jurídica” que, normalmente, “cobre com sua capa de cientificidade o ideológico-ocultador”⁶⁰.

Consideramos os “possíveis lugares de produção do direito e o modo como eles se articulam entre si”⁶¹, *v. g.*, as leis, os tribunais, as obras jurídicas e a dogmática, enquanto “elementos estruturais da prática jurídico-científica” necessariamente abrangente do “sistema nor-

57 A ideia de progresso linear é vã, como bem reconhecido, apoiando-se em ROUSSEAU, em Tzvetan TODOROV, *In defence of the Enlightenment*, London, Atlantic Books, 2010, p. 19-20.

58 António Manuel HESPANHA, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, reimp., Coimbra, Almedina, 2015, p. 6.

59 Eric HOBSBAWM, *On History*, New York, The New Press, 1997, p. 57.

60 Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, “Literatura Jurídica?: (Impressões de um Leitor)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXXIV, 2008, p. 689.

61 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 52.

mativo”, “ideológico e dogmático”⁶², ou seja, das conhecidas construções simbólicas para o direito moderno. Como afirma PIERRE BOURDIEU, em tais esquemas destaca-se o problema da perspectiva estruturalista-funcionalista (*structuro-fonctionnaliste*), que apesar de contribuir com a “*connaissance du champ scientifique*”, pensada pela “*nouvelle sociologie de la science*”, quase sempre se encontra desacompanhada do questionamento do próprio conhecimento, em razão das ideologias e das finalidades pré-concebidas⁶³. No fundo, destaca-se a preocupação sociológica com a longa duração e os problemas com as generalizações amplíssimas com potencial de afastar o pensamento crítico. Daí a necessidade de reconhecimento da própria racionalidade envolvida nos fenômenos jurídicos em bases muito mais complexas do que as simples emanações políticas de lógicas internas autônomas que as acompanham. Cuidados imprescindíveis para a pesquisa do período de transição do Antigo Regime, do mundo dos *status*, em que não se podia perceber com muita clareza, por exemplo, campos, classes, movimentos e linhas de identificação suficientes para permitir minimamente generalizações.

Por isso, pensando no projeto cultural do Direito frente às alternativas oferecidas, o seu reconhecimento “como arte prudencial” e a ponderação jurídica através do diálogo⁶⁴ pareceram importantes para valorizar a dinâmica do trabalho, no sentido de aprofundamento da crítica. Contudo, temos uma abertura constante da reflexão, e não a construção de paradigmas para a defesa de projetos pretensamente jurídicos. Posições que normalmente se valem do campo simbólico da historicidade, numa limitadíssima visão científica, enquanto viabilizadora de fundamentos de convencimento para a juridicidade que se quer legitimar. Tal ideia nos pareceu importante para refletir sobre a complexidade do fenômeno jurídico no Brasil desde o rompimento do direito

62 *Ibidem*, p. 97.

63 *Science de la science et réflexivité*, Paris, Éditions Raisons d’Agir, 2001, p. 25 s. Esse importante pensamento não vem aqui mobilizado em suas complexidades mais profundas, mas apenas enquanto referência relevante para pensarmos a importância da crítica ao campo científico, para nós, do direito. De qualquer forma, as linhas mais gerais de sua sociologia crítica e prática podem ser vistas no seu texto fundador, *Le sens pratique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1980, p. 87 s., bem como em *O Poder Simbólico*, Lisboa, Edições 70, 2011.

64 Cfr. HESPAÑA, *op. cit.*, 2015, p. 503.

complexo e plural, somada à possibilidade de superação desse paradigma, com atenção ao sentido do Direito.

Então, há a imprescindível observação profunda dos problemas jurídicos em conjuntos com a pesquisa das sociedades envolvidas, apesar de tal dimensão provocar a dispersão e a perda de sentidos, sem a atenção às intencionalidades específicas. Por isso, a relevância, tão só na perspectiva histórica, da posição de PIERRE BOURDIEU sobre o “*champ scientifique*”, no sentido da compreensão da formação da comunidade científica, apesar de haver aí um sentido de crítica muitas vezes sem recomposição possível, especialmente quando desacompanhada, paradoxalmente, da dinâmica histórica do direito, quando lhe são atribuídas noções de pureza, lógica própria e isolamento⁶⁵. Mais ainda, importância dessa noção aliada ao esforço de contextualização, já que no Antigo Regime brasileiro, por exemplo, tal ideia de campo certamente não foi formada até os seus momentos finais. Do mesmo modo, o capital simbólico mereceu atenção especialmente quanto ao risco de se tornar generalizador de significados, com a diminuição das posições individualizadas⁶⁶. Contudo, afastados tais problemas, quanto ao direito no Brasil, pensamos o fenômeno jurídico desde a sua formação, que moldou a cultura jurídica específica construída num ambiente social muito complexo. Por isso, aceitamos essas importantes conexões, no mínimo para afastar as lógicas do tipo “*Deus ex machina*”, ou seja, as que não se valem de esforço minimamente crítico, características dos mais diversos formalismos e funcionalismos jurídicos.

Essas preocupações fundaram-se na preocupação com a profunda simplificação do pensamento positivista, ainda persistente, não raras vezes, desde a centralidade forçada da monológica concepção restrita de cultura jurídica. Paradigma que tem servido para simplificar pretensos diagnósticos reflexivos, como uma espécie de “chave para a compreensão e direção das relações humanas de todo o tipo”⁶⁷. Por isso,

65 *Op. cit.*, 2001, p. 92 s. Quanto ao campo científico, cfr. “La Spécificité du champ scientifique et les conditions sociales du progrès de la raison”, *Science et structure sociale*, Québec, Les Presses de l’Université de Montréal, v. 7, n. 1, maio 1975, p. 91-118; e “Le Champ scientifique”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, Le Seuil, v. 2, n. 2, 1976, p. 88-104.

66 Cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2001, p. 138-139.

67 HESPAÑA, *op. cit.*, 2015, p. 87.

com a preocupação de aprofundar criticamente tal paradigma, pareceu importante compreender as especificidades da formação das ideias jurídicas – entendidas na perspectiva de “*una ulterior recreación*”⁶⁸, não de uma pressuposta assimilação integral –, bem como o modo específico de suas transformações na formação do direito brasileiro. Portanto, historicidade no sentido defendido por PAOLO GROSSI, do “*occhiali che non sminuiscano l’interpretazione a una dimensione meramente conoscitiva ma la colgano come vita della norma nel tempo e nello spazio, carnalità della norma in quanto esercizio, prassi, uso*”⁶⁹.

Juridicidade, também, a partir da sociedade enquanto realidade, e não só como projeto para o futuro, na medida em que as fontes permitiram essa conexão de sentidos para a compreensão dos fenômenos manifestados culturalmente. Pois, como tais situações caracterizaram fortemente o período da pesquisa, no exato ponto das relações entre sociedade imposta pelo modelo de direito positivo frente às comunidades complexas, fez-se necessário perceber o projeto de defesa de uma natureza “*impermeabile*” ao direito que foi sendo anunciado pelo(a) jurista “*con insipiente orgoglio intendendo riferirsi a un universo di norme conchiuso in sé come una fortezza di confine, forte della sua separatezza da tutto il resto che statualità ufficialità autoritarietà approfondivano in un fossato invalicabile*”, bem como a dinâmica de “*togliere alla legge quel ruolo totalizzante e socialmente insopportabile che l’età borghese le ha dato*”⁷⁰.

São questões que têm marcado não somente o projeto positivista de projeção da juridicidade, mas também fortemente a própria história do direito. Entre as concepções de direito moderno e as perspectivas pós-modernas, historicidade que tem se movido entre a simples edificação de estruturas conceituais acríicas e universalistas⁷¹, até as tão intencionalmente críticas que dissolvem, com pretensas mobilizações da juridicidade de passados também míticos, qualquer possibilidade de se

68 *Idem*, “Una historia de textos”, in FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE *et al.*, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 191.

69 *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 73.

70 *Ibidem*, p. 80 s.

71 Para a problemática do sentido epistemológico, cfr. Immanuel WALLERSTEIN, *Historical Capitalism with Capitalist Civilization*, 8 ed., London/New York, Verso, 1996, p. 80 s.

pensar criticamente a superação da crise do direito. Por isso, em atenção a esses polos problemáticos, construímos nosso trabalho a partir do contraponto com a escravidão, mantendo a preocupação com a “*dimensione della vita sociale*”⁷², que marcou a “*riscoperta della complessità*” do direito⁷³ e a importância de suas fundamentais atitudes compreensivas de “*comparare relativizzare differenziare*”⁷⁴.

Portanto, pensado o sentido do Direito, para a superação da crise atual, a partir de reflexões mais profundas, quanto à formação jurídica no tempo, alcançável com postura crítica às generalizações a qualquer custo, que têm marcado os discursos do direito com renovados esforços de acomodação da própria formação jurídica às ideologias do projeto jurídico moderno. Buscamos, dessa forma, ir além das tradicionais afirmações do projeto cultural do Direito, que segue reiteradamente afirmado e repetido, mas insuficientemente investigado e refletido. Sem atenção a essas estratégias, as compreensões críticas desse fenômeno complexo repetiriam posições eminentemente subjetivas que partam dos modelos de invenção de tradições do desejado passado para o direito moderno – justamente aquele passado que, no Brasil, como atestam a escravidão e a ausência do código civil, o direito brasileiro viu ser construído a pouco mais de cem anos. No nosso entender, é algo essencial de ser mobilizado ao pensarmos o sentido do Direito para além da técnica como ideologia⁷⁵, pelo reconhecimento da aposta de um caminho melhor, diante da atual crise do direito, também, à sua maneira, problemática.

72 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2001, p. 52.

73 *Ibidem*, p. 53.

74 *Ibidem*, p. 86.

75 Cfr. Jürgen HABERMAS, “Technik und Wissenschaft als ‘Ideologie?’”, *Man and World*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, v. 1, n. 4, nov. 1968, p. 491 s.

4. Aspectos metodológicos

4.1 Tempo passado: método histórico

A pesquisa exigiu a ruptura, quanto ao projeto jurídico iluminista e a construção da teoria crítica do direito, com os discursos jurídicos acríticos, apesar de eles terem sido necessários para o acesso a fontes, nomes, fatos, textos normativos etc., mas não se adequaram ao desejo de levar a sério o contexto de formação do direito brasileiro, desde a juridicidade plural até o normativismo legalista, a partir da valorização da historicidade para pensar o sentido do Direito. Destacamos o método histórico crítico-reflexivo como o melhor caminho para a compreensão das fontes pesquisadas a partir de seus próprios contextos, em especial as obras jurídicas que normalmente são utilizadas por “períodos longos”⁷⁶, já que ela não seria possível com o deslocamento de paradigmas de hoje para contextos anteriores que lhes eram desconhecidos. Dessa forma, valorizamos a crítica aos lugares comuns da juridicidade que se projetam para o passado, especialmente através da invenção de origens, que tem sido exigida pelos projetos jurídicos modernos, com os seus fundamentos mitológicos. Mas não por meio da reflexão enquanto fundamento para afirmadas juridicidades, por exemplo, usar a filosofia como introdução de obras jurídicas técnicas de modo a aparentar que alguma informação relevante será considerada na sequência⁷⁷, apenas para garantir uma consideração pretensamente não superficial. Esse é um enredo comum nos modelos explicativos simplificados decorrentes das intencionalidades do projeto estatal do direito brasileiro.

A superação da crise do direito no Brasil, considerando a importância do jurisprudencialismo, passa também por uma prévia e profunda pesquisa do paradigma jurídico atual enquanto característica da construção cultural. Logo, se faz necessário o reconhecimento de conexões, fundamentos e limites entre a juridicidade e a historicidade, não apenas como alternativas ao Direito, para pensar as culturas, as comunidades e os projetos de sociedade aí envolvidos, de forma a buscar os senti-

76 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 48.

77 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 479.

dos possíveis de crítica às origens e de formação de conceitos, dentro da perspectiva da realização do direito em concreto, para a superação das lógicas do direito positivista. Postura que assumimos, diante da ampla carga reflexiva, para a compreensão da construção dessa juridicidade, incluídos os incontornáveis caminhos metadogmáticos e conjugada aos profundos problemas de um direito afirmado em dimensão relacional⁷⁸.

Assim, o jurisprudencialismo aparece como principal motivação para a composição de uma proposta de pensamento crítico, com a consciência de que os sentidos atingidos da pesquisa foram consequências de intencionalidades pensadas metodologicamente. Por isso, a preocupação com objetivos enquanto alcançáveis — não apropriáveis nem colonizáveis —, enquanto perspectivas para a abertura do conhecimento, através da confrontação com os discursos da modernização do direito brasileiro. Daí surge a confiança no método histórico-crítico, por nos parecer vital para aprofundar os sentidos do direito afirmado no Brasil, bem como seu paradigma dominante marcado por institucionalizações traduzidas em discursos objetivamente intencionais, já que organizados simbolicamente, para acomodar as dimensões concretas da complexidade social, a partir do arranjo ideológico das fontes e da criação de uma tradição para a legitimação do direito fundada particularmente em noções modernas de “*l’Evolution de l’humanité*” e de “*progrès*”⁷⁹. A imagem de uma linha evolutiva para a tradição da juridicidade estatal deve ser refletida mais profundamente pela pesquisa crítico-jurídica.

Dessa forma, a importância do reconhecimento de “um momento analítico-descritivo”⁸⁰, ou teórico-descritivo, como exigência prévia de reflexão sobre a construção do fenômeno jurídico, não somente para alcançar uma perspectiva histórica suficiente, mas enquanto exigência da mediação em concreto de direitos em conformidade com o sentido do Direito. Daí a inafastável perspectiva sincrônica, na pesquisa jurídica, como postura básica para as reflexões e os posicionamentos intencionados na problematização do paradigma normativo atual do direito brasileiro, ao menos com a consciência de limites e dos problemas decorren-

78 ORLANDO DE CARVALHO, “*Ius — Quod Iustum?*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXII, 1996, p. 4.

79 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 424-425.

80 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 14 s.

tes de discursos puramente ficcionais e ideológicos para legitimar uma pretensa juridicidade.

Importante pensar a juridicidade refletida por juristas a partir do passado, mas também considerá-la em suas dimensões sociais a partir de sua própria realização, daí o destaque à historiografia e às fontes mais adequadas às intencionalidades críticas, para ir além dos tradicionais arranjos dos materiais jurídicos que compõem a cantilena acrítica da formação jurídica no Brasil. Quadro facilmente reconhecível na pesquisa jurídica, assume-se a postura investigativa de não se avançar para o grande universo das fontes do direito da escravidão, que, por essa principal razão, não conta com reflexões profundas, apenas a repetição de textos jurídicos selecionados reproduzidos irrefletidamente no tempo, a partir de discursos de autoridade e de uma tradição jurídica nacional mitológica.

Mesmo sem qualquer pretensão de superar um problema tão amplo, por esbarrar justamente nos limites impostos pelas pesquisas jurídicas acríticas quanto à temática da escravidão e do direito, nos apegamos às noções de suficiência. No mínimo, para não repetir os mesmos problemas que foram sendo reconhecidos na pesquisa, através da clara diferenciação entre tempo e direito. De um lado, a historicidade na formação dos fenômenos jurídicos, e de outro, a realização do direito sob a perspectiva jurisprudencialista, enquanto correspondência ao sentido do Direito, em bases metodológicas, particularmente daquela que “*compete reflectir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito*”⁸¹. É o cruzamento, de acordo com as intencionalidades projetadas, para pensar quais são os problemas da formação do direito brasileiro, quais são os sentidos do jurídico construídos na sociedade brasileira, a partir do projeto iluminista moderno, mesmo que aceitando o eixo estruturante do positivismo no Brasil e um grande quadro explicativo universalizante⁸². No fundo, para diferenciar a juridicidade afirmada nacionalmente, sem correspondência ao sentido de aspiração

81 *Ibidem*, p. 17.

82 Sem deixar de anotar, *n. g.*, a grande influência de WIEACKER, *op. cit.*, para essa construção ainda muito influente, mesmo sem haver espaço, neste momento, para aprofundar as críticas a essa posição dominante. Cfr. Hans-Peter HAFERKAMP, “Positivism as a Concept of Legal Historians”, *Juridica international*, Tartu, University of Tartu Press, n. XVII, 2010, p. 100-107.

ao “Direito”, em maiúscula, e o projeto considerado “como efectiva dimensão da prática humano-social”⁸³.

Ao optar pelo método crítico, realizamos a investigação do tema e a construção do trabalho fundadas em possibilidades de entendimento, não na busca por sentidos artificiais e propostas de edificação de imagens que serviriam como instrumentos para se afastar de maneira forçada, ou mesmo ingênua, da inerente complexidade dos fenômenos humanos e edificar, pura e simplesmente, discursos a partir daí. Partindo da investigação da juridicidade brasileira, desde a sua formação estatalista, não almejamos a construção de uma narrativa isolada com a seleção de temas sucessivos ou uma fantástica linha de sentidos qualquer. Ao contrário, construímos apenas as possibilidades para uma compreensão suficiente e para a abertura para a pesquisa jurídica. Porém, sem qualquer intenção de ficar apenas na analítica do estado da arte da reflexão da escravidão e do direito, bem como nas limitadas propostas de superação da crise do direito, aí sabidamente acomodadas.

Escolhemos textos que demonstrassem preocupações conjugadas entre a escravidão, a construção do direito no Brasil e a superação da sua crise, ou seja, com exigências mínimas de sincronia e espírito crítico. Com destaque para dois caminhos, o do pensamento jurídico surgido em confrontação com o direito da escravidão, para a reflexão das mais profundas problemáticas das transformações da temática da escravidão no Brasil, incluídas as realizadas fora do campo jurídico, não obstante fundadas sem o olhar dos(as) juristas; de outro, a construção dos paradigmas para a modernização do direito, com a perspectivação do pensamento metodológico para a superação da crise do direito e a busca do seu sentido.

Como afirma ERIC HOBSBAWM, não se trata de uma descoberta do passado, mas sim de tentar oferecer uma explicação, de forma a atingir possíveis conexões com nosso presente⁸⁴. Contudo, sem haver aqui a aspiração à construção dos discursos estruturalistas de simples acomodação subjetiva de sentidos ao modelo proposto. Por isso, consideramos como fundamental refletir sobre o direito em sua própria formação, mas seguindo a advertência de ORLANDO DE CARVALHO sobre o “vício

83 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 23.

84 *Op. cit.*, 1997, p. 214.

que consiste em sobrevalorizar os produtos históricos”, particularmente “desligando-se da sua historicidade (da sua validade para uma certa época)”⁸⁵. Dessa forma, fizemos a opção pelo método histórico, crítico e reflexivo para afastar a lógica *reductio ad unum*, ou seja, a produção de unidades artificiais de sentidos através de construções de fundamentos para abranger, explicar e traduzir tudo que se coloca diante da ciência como um objeto pleno e passível de total compreensão e organização. Por essa razão, na trilha do pensamento desse jurista, pareceu fundamental reconhecer minimamente o sentido de parte da “ciência moderna”, como “uma produção fabril, colectiva, contínua, onde é mistificação ou estultícia desconhecer os contributos dos outros e a experiência dos outros”⁸⁶.

Assumi-se tal método por importar a abertura de possibilidades, a partir dos fatos e das evidências, em que foi reconhecida a importância da dimensão ôntica para a reflexão jurídica, especialmente relevante por expressar o exercício do poder político através do Estado. Assim, realizamos a crítica às bases teóricas tradicionais da formação do pensamento jurídico brasileiro, que normalmente foram fundados em construções mitológicas, com a preocupação de entender os seus sentidos e relação à construção da individualidade moderna. Logo, a fundamental confrontação com a história brasileira da escravidão está apoiada em construções ideológicas dos quadros mentais para a compreensão da juridicidade no país. Temos o pensamento jurídico no centro da preocupação da pesquisa, mesmo cientes das ainda não muito claras diferenciações em relação ao objeto do direito nas questões de justificação e legitimação da escravidão, ou mesmo sua oposição, desde aquela sociedade escravocrata. Interessou refletir como tais questões em torno da escravidão foram compreendidas a partir das noções das juridicidades contextuais, assim como de que maneira os paradigmas tradicionais foram transformados pelo direito moderno.

Confiamos na força da crítica, mas também na recomposição, através do esforço de reestruturação de sentidos. Por essa razão, não pretendemos a “exclusividade”⁸⁷, a defesa de um caminho exclusivo para acessar os fenômenos pesquisados. Ao contrário, interessaram-nos

85 *Op. cit.*, 1981, p. 42, nota 34.

86 *Idem, op. cit.*, 1989, p. 476.

87 HOBBSAWM, *op. cit.*, 1997, p. 126.

muito mais os que puderam ser perspectivados a partir da crítica sobre as ideias que se formaram da juridicidade e do direito, presentes nas propostas para a formação do direito brasileiro. Tal postura é exigida para permitir “uma reflexão criticamente refundamentante, a dialéctica”, “posto que não *dialéctica da história*”, “mas *dialéctica da liberdade problemática*”, como atitude filosófica, sem “ignorar a historicidade”⁸⁸. Com a consciência das distinções entre o direito e a história, que, muitas vezes, fundam-se em dimensões idealizadas de sentidos, apesar das suas diversas perspectivas investigativas.

Valorizamos o questionamento das imagens construídas para fundamentar ideologicamente o paradigma legal-normativista brasileiro e a busca da inteligibilidade possível para a reflexão reconstitutiva de sentidos, pela comparação de perspectivas⁸⁹. Consequentemente, nos afastamos das concepções pós-modernas, especialmente as fundadas em certo ceticismo ou mesmo desconfiança com o direito, pela aposta assumida por nós no projeto do Direito em realização, perspectivado em constante reflexão, o que o autonomiza. Em consequência, admitimos, também, “a fragilidade prático-cultural do processo de comparação-*tematização* que o distingue e das *aquisições* que este assume”⁹⁰, na qual aquelas demonstrariam apenas a impossibilidade de recomposição e formação de bases para propostas racionalizadas para o sentido possível do Direito, *v. g.*, através da redução dos saberes a diferentes tipos de discursos (*linguistic philosophy*)⁹¹, da consciência da importância do passado, de sua singularidade, mas com a redução à linguagem narrativa, o direito como “*discours performatif*”⁹², dentre tantas outras que poderiam

88 CASTANHEIRA NEVES, “A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 72, 2003a, p. 143-146.

89 Cfr. HOBBSAWM, *op. cit.*, 1997, p. 269.

90 José Manuel AROSO LINHARES, “O *Homo Hvmanns* do Direito e o *Projecto Inacabado* da Modernidade”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXXVI, 2010, p. 556.

91 Cfr. Richard RORTY (org.), *The Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1967.

92 François OST, *Le Temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999, p. 13. Com igual sentido, também do mesmo autor, em “Towards a Critique of Narrative Reason”, *Law and Humanities*, Coventry, University of Warwick, v. 7, n. 1, 2013, p. 55-67.

ter sido mobilizadas. Apesar de muitas dessas perspectivas terem sido importantes enquanto alternativas para pensar a problemática crise do direito e os conflitos das propostas alegadamente mais correlatas com a explicação dos fenômenos humanos, através da ênfase na linguagem narrativa, há muito tempo também reconhecidas pela historiografia⁹³ como construções de sentidos em bases linguísticas e circunstanciais⁹⁴.

As narrativas construídas especificamente para o moderno direito brasileiro foram fundamentais para entender a sua crise, através da ênfase dada à realização em concreto. Mas mantiveram-se atrelados ao dimensionamento da crise do direito, sendo assim considerados em paralelo ao aprofundamento necessário do caminho jurisprudencialista, por serem inaptos para a superação da juridicidade positivista, em que pese a importância para perspectivar as mitologias da modernidade incompatíveis com a almejada construção da teoria do direito crítico-reflexiva.

Optamos, então, por um certo “espírito crítico” alimentado pela provocação e pela indução ao deslocamento, não pela noção de “sobre” os temas, o que implicaria aí já a pressuposição de domínio e de inata superioridade, mas “entre” eles, como alternativa racionalmente justificada para a busca de caminhos construídos a partir das reconhecidas intencionalidades investigativas. Com especial atenção à singularidade do discurso que muitas vezes fundamenta a própria juridicidade, como nos ensina SEABRA, de “as cousas mais simples são as que escapam com mais facilidade em razão de sua mesma simplicidade: – não lhe damos atenção; e esta é uma das causas de nossos erros e mãos racionais”⁹⁵. Por isso, reconhecemos a historicidade e a cultura para o jurisprudencialismo, pensando na circunstância do direito brasileiro, como exigentes de um panorama crítico das construções jurídicas próprias, no tempo e no espaço, sem a admissão de proteções ideológicas como aporias.

93 Cfr. Lawrence STONE, “The Revival of Narrative: Reflections on a New Old History”, *Past and Present*, 85, nov. 1979, p. 3-24.

94 Cfr. STONE *apud* HOBBSAWM, *op. cit.*, 1997, p. 187.

95 *A Propriedade: Philosophia do Direito para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos foraes*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, v. I, parte I, p. 17, nota f. Jurista português muito importante, conhecido como VISCONDE DE SEABRA.

Dessa forma, assumimos tal perspectiva da formação do direito brasileiro, com intenção de reconhecer a crise, bem como de “*pôr problemas*”⁹⁶, enquanto abertura. Daí o desejo de oferecimento de solução para a juridicidade reconhecida no seu próprio percurso, pelos caminhos abertos pelo jurisprudencialismo, com a especificidade da crise envolvida na formação jurídica brasileira. Entretanto, sem deixar de anotar a importância, com os cuidados quanto aos condicionamentos da juridicidade fora do sentido do Direito, da posição de FRANÇOIS OST quanto ao direito e a história como artefatos culturais (“*radicalement culturel*”⁹⁷), também produtos coletivos, nos quais prevaleceria uma constante instabilidade (“*jamais définitivement établi*”⁹⁸). Algo que procuramos afastar da proposta jurídica preocupada com a historicidade, mas que pôde ser mantida dentro da pesquisa crítica da formação jurídica nacional. São distinções importantes para chamar atenção para os riscos da dissolução do discurso jurídico através da crítica.

A crise atual do direito e sua formação desde a escravidão exigem a ampliação das possibilidades de compreensão da juridicidade na perspectiva histórica, da pesquisa e do aprofundamento no campo do direito. Os fatos pertencem ao passado, mas as suas representações e seus significados são normalmente alterados pelas historiografias sempre sujeitas a novas perspectivas⁹⁹, mesmo quando respeitadas as intencionalidades sincréticas. Algo que não observamos, de uma maneira geral, na formação do pensamento jurídico acrítico, por haver a decisiva intenção de adequar a historicidade aos discursos de formação mitológica de origens, postos em prática dentro da construção do projeto jurídico estatal, aquele reconhecido como a ideologia dominante do paradigma normativo-racionalista modernizador. Formam-se, como se vê, dois momentos muito diversos, a criação na origem da construção dos discursos e, depois, a sua reprodução quando passa a ser estabilizado.

Há, portanto, um quadro problemático preocupante e amplo, que buscamos conformar à nossa pesquisa diante do risco de afasta-

96 CABRAL MONCADA, “Para uma rigorosa temática filosófico-jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. XL, 1964, p. 8.

97 *Op. cit.*, 1999, p. 20.

98 *Ibidem*, p. 25.

99 MURILO DE CARVALHO, “As batalhas da Abolição”, in *Pontos e Bordados: escritos de história e política*, p. 65.

mento das intencionalidades aqui assumidas. Apesar disso, procuramos realizar um grande esforço de ampliação, de forma a destacar a “*incertitude*”, ao menos como contrária a um certo “*sens commun*”¹⁰⁰, com o desejo de construção de alguns fundamentos para evidenciar o prestígio da doutrina em sua “racionalidade fundamentada”¹⁰¹. Assim sendo, deve-se destacar a importância da construção subjetiva para o diálogo, pensando na discussão como ainda necessária, por consideramos não ter sido almejada suficientemente com intencionalidade jurídica, ao menos com referência à temática da escravidão. É uma questão reconhecida para refletir as consequências da ocultação voluntária das origens do direito brasileiro, essencial para identificar os problemas considerados na realização de direitos em concreto, bem como na possível construção do Direito.

A defesa de outros sentidos, enquanto alternativas ao Direito, nas bases de propostas de mediação de direitos, não nos pareceu passível de ser compatibilizada, a não ser perspectivada para a reflexão, em razão dos fundamentos produzidos por outros tipos de elevação dogmática, que não a responsabilizada com o domínio cognitivo da prática, em paralelo à crise do direito positivista. Dentre os principais problemas foi reconhecida a persistente herança da formação jurídica assentada invariavelmente em bases gnosiológicas atreladas ao mundo da afirmação estatal, ou seja, nas recriações para nacionalidades e a dispersão de conceitos com bases acríticas de discursos de autoridade. Quadros mentais não adequados ao Direito como portador da ideia de justiça, da defesa da igualdade e avesso à discriminação, que comprometem integralmente, no nosso sentir, as dimensões da validade do direito e da própria institucionalização para a subjetiva mediação problemática dos direitos. Portanto, a proposta jurisprudencialista, na reflexão intencionada ao contexto brasileiro, mereceu ser considerada partindo da crítica às construções conceituais de que se tem valido o paradigma atual como instrumental para a perspectivação do direito, sob pena de ser oferecida como superadora da crise que convoca, diante das alternativas ao direito, em especial o oferecido pelo legal-normativismo, sem afastar o

100 Luc BOLTANSKI, *De La Critique: précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Gallimard, 2009, p. 88 s.

101 *Op. cit.*, 2013, p. 157.

risco de ser oferecida simplesmente como uma nova cela para um preso antigo¹⁰².

Optamos pelo método crítico para pensar a juridicidade brasileira a partir da escravidão, no contexto da afirmação do Estado, por permitir o deslocamento das narrativas tradicionais do direito e a construção do pensamento jurídico brasileiro. Interessaram os discursos de sedimentação, adaptação e criação de ideias para alicerçar o imaginário do direito moderno no Brasil. Tal intenção crítica foi importante para pensar o fenômeno jurídico, na dimensão da longa duração, generalizando as especificidades mais restritas e, conseqüentemente, valorizando o que foi sendo considerado mais importante, dentro da proposta do trabalho, por ter contribuído com mais intensidade para o grande campo reflexivo da juridicidade brasileira, nas especificidades decorrentes de sua compreensão enquanto paradigma. Porém, sem admitir o sentido da linearidade e da construção dogmática acrítica, apenas os sentidos possíveis de serem dialogados, a partir de perspectivas temáticas selecionadas, sem as usuais estruturas ou cronologias¹⁰³ dos discursos jurídicos, já que “*en histoire de la philosophie toute chronologie est trompeuse*”¹⁰⁴.

Assume-se a generalização sem significar abandono às possibilidades de compreensões isoladas e mais profundas dos fenômenos ou suas dinâmicas específicas, como se reconhece na “*la notion de champ*” de PIERRE BOURDIEU, quando é destacada a exigência da consciência da artificialidade do processo do conhecer, bem como a responsabilidade de quem investiga de dar a devida atenção à criação do próprio espaço assumido¹⁰⁵. Tal postura é importante também para o pensamento jurídico, como noção de “*capital scientifique*”, uma espécie de “*capital*

102 *Ibidem*, p. 121, “odres velhos para vinho novo”.

103 Apesar de muito da organização de nosso trabalho ter seguido essas perspectivas, não tivemos a intenção de criar um outro sedimento de sentidos em linha evolutiva em substituição, por optarmos por considerar que, pela investigação crítica com reflexão, seria assim mais adequado, desde que não compreendida em termos deterministas ou evolutivos, como foi comum na viragem para o séc. XX no Brasil, e daí repetido muitas vezes até os nossos dias.

104 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 552.

105 *Op. cit.*, 2001, p. 69.

symbolique” fundado na “*connaissance*” e na “*reconnaissance*”¹⁰⁶, especialmente relevantes para a compreensão de longo prazo com relação à investigação aqui proposta, a justificar a construção de fundamentos na dinâmica do convencimento. Contudo, sem haver aí um simples aproveitamento para pura e simplesmente convocar outro de tipo de direito¹⁰⁷, o que tem sido comum encontrar também em propostas alegadamente críticas, destacadamente insuficientes para a reflexão e para a superação do problema da juridicidade que nos interpela.

O campo científico, ao menos em uma noção geral suficiente, já que não o consideramos como elevação insuperável de reflexão, foi importante para acompanhar as dinâmicas de conhecimento e reconhecimento das formas de percepção¹⁰⁸ dos(as) juristas, o que nos pareceu bastante revelador das transformações dos fenômenos jurídicos em perspectiva temporal, com a intenção de afastar qualquer alusão a um materialismo condutor de futuros ou mesmo idealismo puro e simples. Ao contrário, buscamos valorizar a dimensão prática e a exigência de escolher, com responsabilidade e subjetivamente, os caminhos para a investigação¹⁰⁹ da complexidade do Direito. Essas noções pareceram adequadas para pesquisar a juridicidade brasileira partindo de uma longa tradição jurídica da América portuguesa, passando pela inquestionável ligação sem mais às fontes estatistas e os discursos de sedimentação, com as fontes não tão comuns a esses projetos totalizadores para o jurídico e suas reconhecidas seleções de materiais para a legitimação do direito atual. Por isso, pensada a importância da dinâmica social das lutas pelo sentido do Direito, destacamos as perspectivas mais preo-

106 *Ibidem*, p. 70.

107 Trata-se, assim, da importância dessa noção para pensarmos as distâncias entre as *intentios auctoris, operis e lectoris*, na reflexão jurídica. Em um capítulo clássico e interessante, porém problemático para a reflexão jurídica, especialmente por aquilo que aí se considera como direito, tais perspectivas podem ser vistas em PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2011, p. 217-267. Nossa intenção foi fazer referência à importância do sentido empírico do campo reflexivo, sem adentrarmos nessa discussão de forma ampla, ou mesmo na imensidão de pensamento envolvido, muito menos pensá-lo como viável na perspectiva de superação da crise do direito, por encerrar-se na crítica, não na reflexão em si do problema do Direito.

108 Cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2001, p. 110 s.

109 Referência ao pensamento de PIERRE BOURDIEU para ampliação da postura crítica do trabalho, sem a intenção de aprofundamento em sua complexidade.

cupadas com o sentido prático para o jurídico, refletido com o jurisprudencialismo, mas também a mobilização do componente sociológico mais profundo, no sentido das aproximações “*pragmatiques*” com a “*réflexivité*”¹¹⁰ necessárias para pensar as desigualdades humanas em confrontação com a aspiração ao valor do justo na sociedade concreta, não imaginada, como a brasileira.

A partir da pesquisa jurídica da escravidão, sempre referenciada ao possível projeto iluminista, importou assumir criticamente a construção do legal-normativismo, com a escolha da temática do racismo, por ser o mais expressivo contraponto à construção plena da subjetividade jurídica. Dessa forma, diante de cruzamentos decorrentes dessas confrontações, no eixo da realização em concreto do direito, almejamos especificar a crise atual do direito pela dimensão da efetivação da igualdade jurídica diante da muito complexa, e abissal, sociedade brasileira. Para tanto, nos valem das contribuições de um certo tipo de pensamento sociológico, para o reconhecimento de exterioridades, a “simples” e a “complexa”¹¹¹, imprescindíveis para garantir o acesso ao fenômeno jurídico pela via da reflexão crítica.

O tempo histórico foi mobilizado não para a desconstrução do jurídico¹¹² ou mesmo para fundamentar uma inviabilização reflexiva qualquer para os mais variados sentidos para o direito, mas apenas para a abertura de caminhos para a construção de fundamentos viáveis, na questão específica da construção da individualidade pelo direito brasileiro. No fundo, importa a proposta jurisprudencialista como uma das possíveis, mas que nos pareceu essencial para a superação da crise atual do direito brasileiro. Daí a exigência da juridicidade identificada no tempo pensado como construção cultural, reconhecida no longo prazo e em possível aproximação de reconhecimento¹¹³. Portanto, não é a naturalização ou mesmo a assimilação superficial de uma tábua cronológica de sentidos ideologicamente construídos, como tem sido feito com

110 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 98 s.

111 *Ibidem*, p. 27 s.

112 Os riscos dos discursos contrários à chamada “modernidade” podem ser vistos, *v. g.*, em Jürgen HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*, 4 ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1988.

113 José MATTOSO, *A escrita da História: Teoria e Métodos*, Lisboa, Editorial Estampa, 1988, p. 150.

a temática da escravidão, em grande medida, por parte da investigação jurídica brasileira. Nos valemos das potencialidades dessas construções para a compreensão da juridicidade, mas sem ficarmos inteiramente abertos para que seus significados importassem em simples reproduções.

A escravidão e suas consequências para o direito brasileiro foram pesquisadas a partir do quase absoluto silêncio dos(as) juristas brasileiros(as)¹¹⁴, e pela ausência de intencionalidade crítica nas investigações das obras produzidas após a abolição. O que encontramos aí foi pouco mais do que o domínio de reproduções de imagens, a frágil intenção de pesquisa mais profunda, resultando no arremedo, a partir do passado criado entre o final do séc. XIX e meados do séc. XX, de conceitos assimilados em representações mentais para uma simples e cada vez mais rápida comunicação¹¹⁵, dentro da ideologia do direito moderno. É um campo investigativo extremamente preocupante, mas que tem dominado quase integralmente a reflexão da construção do legal-normativismo nacional. Por esse motivo, partindo do marco da escravidão realçamos a juridicidade correlacionada com a pessoa humana, os principais aspectos referidos, como pano de fundo para consideração da superação da crise do direito brasileiro, não enquanto estrutura fechada da juridicidade, mas exatamente em apreço à complexidade social que a confronta. Com a construção de um discurso crítico, também a partir da historicidade, fundamentamos a defesa da perspectiva jurisprudencialista que aspira o sentido do Direito.

Lembramos que, para PAOLO GROSSI, o fenômeno jurídico não pode ser considerado como uma “nuvem” que “boia no panorama histórico”, por ser “componente fundamental e uniformizante” do próprio panorama da historicidade¹¹⁶. O direito “personificado na história” possuiria, ao seu ver, dois momentos extremos, o “nascimento” e a

114 Fenômeno reconhecido por um dos mais importantes historiadores brasileiros, ao menos desde o contexto de aprovação da lei do fim do tráfico de 1831 até hoje, cfr. Sidney CHALHOUB, *A Força da Escravidão: ilegalidade e costume no Brasil Oitocentista*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012, p. 140, em reiteração de afirmação já feita em *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da Escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das

115 Cfr. MATTOSO, *op. cit.*, p. 14-16.

116 PAOLO GROSSI, *Prima lezione di diritto*, 3 ed., Roma, Editori Laterza, 2004, p. 43.

“aplicação”, que se completariam com a “manifestação” e a “interpretação”, em um processo “delicadamente unitário”¹¹⁷. Tal dinâmica claramente problemática, em vista da ligação imediata entre historicidade e direito positivo, que também foi construída no direito brasileiro, ao menos permite atenção especial a esses momentos muito expressivos, especialmente relacionados com a centralidade da fonte jurídica, para pensarmos as interpretações realizadas em abstrato ou concretamente, problematizando noções de aplicação e as normas teologicamente reconhecidas para a resolução de conflitos, bem como a vinculação cega às lógicas dedutivas e subsuntivas do silogismo do paradigma atual do direito no Brasil.

Tais destaques permitiram a nossa pesquisa, particularmente a compreensão dos textos legais, incontornáveis para reflexão desse tipo de direito construído na tradição da modernidade. Mas em vista do grave componente da artificialidade que carrega consigo, na projetada juridicidade de futuro para a imaginada sociedade do direito, não pudemos deixar de lado o reconhecimento do sentido desse tipo de juridicidade em conjunto com as necessárias preocupações contextuais. Importante lição de PAOLO GROSSI: “*un torto del moderno scienziato del diritto è, infatti, di essersi troppo spesso dimenticato che l’applicazione è creazione giuridica non meno della promulgazione d’una legge*”¹¹⁸, para quem o direito seria talvez o “modo mais fiel que uma sociedade tem para viver a sua própria história”, para se reconhecer enquanto fenômeno histórico, o que exigiria uma “análise comparativa”, “vertical ou horizontal”, ou seja, “temporal e espacial”, para expor os caminhos de um paradigma que se encontra “presente e vigente”¹¹⁹, como a realizada, por exemplo, na “construção teórica analítica medieval”¹²⁰.

No centro da modernidade encontram-se as linhas artificiais para o histórico, condutor exclusivo de sentidos, pela imposição integral das perspectivas de compreensão, sem alternativas para a reflexão jurídica. Daí a relevância de não oferecimento de outra estrutura explicativa, mas apenas a viabilização de um caminho crítico e seu campo de reflexão para as propostas para a juridicidade. Muito menos, portanto,

117 *Ibidem*, p. 43-44.

118 *Ibidem*, p. 44.

119 *Loc. cit.*

120 *Ibidem*, p. 55.

o avançar comum para a perspectivização do próprio futuro, ao contrário do que parece indicar PAOLO GROSSI ao acreditar ser possível reconhecer o presente, a própria linha histórica e os caminhos que serão trilhados¹²¹. Trata-se da renovada e problemática crença evolucionista, com seus condicionamentos causais e temporais. Por isso, de forma muito restrita, buscamos manter o sentido da historicidade do direito no “nível específico da atividade humana” e de suas inerentes preocupações com as decorrentes “perspectivas teóricas”, sem importar na “dissolução” integral da crença do idealismo em se buscar os valores jurídicos apenas na razão humana¹²², em oposição à postura “materialista, ou seja, rigorosamente atrelada à tese da determinação dos conteúdos da consciência pelo contexto da prática”¹²³.

A investigação da escravidão no Brasil foi proposta para perspetivar a ultrapassagem da intencionalidade acrítica através da ampliação do conhecimento do direito brasileiro desde esse incontornável momento de sua formação, para inserir um contexto de reflexão ao problema da construção do paradigma atual do direito brasileiro. O jurisprudencialismo que, na perspectiva da historicidade para a interpretação jurídica (“*compreensão*”¹²⁴), cujo sentido assemelha-se “com a *interpretatio iuris* medieval”¹²⁵, ao assumir “em intenção normativa a historicidade humano-social, obriga o pensamento jurídico a dar-se conta dos limites objetivos, intencionais, temporais e mesmo de validade das positivas normas jurídicas (da própria lei ou da legalidade em geral) para cumprir a intenção do direito que o sistema jurídico e a ordem jurídica autonomamente implicam”¹²⁶. Dessa forma, a intenção de crítica da própria formação do direito e do pensamento jurídico brasileiro, especialmente referidos às definições históricas da individualidade, que posicionam-se na fundamentação de uma reflexão sobre a proposta jurisprudencialista inserida em um processo humano de modernidade possível para o Di-

121 *Ibidem*, p. 45.

122 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 23.

123 *Ibidem*, p. 26.

124 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 153.

125 *Ibidem*, p. 95.

126 *Idem*, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010b, v. 2, p. 374.

reito, bem como na sua viabilidade para pensar a realização do direito justo, por esse caminho privilegiado de abertura de reflexão.

Com esse método, assumimos a reflexão dos sentidos da juridicidade enquanto delimitação possível, mesmo sem atingir a amplitude das problemáticas envolvidas, *v. g.*, posicionando-a no leque de questões mobilizadas pelo direito global¹²⁷. Tentamos apenas compreender o processo histórico do direito nacional, nas bases da investigação da escravidão com a construção do sujeito de direitos. A investigação crítica da juridicidade carregou consigo as grades mentais das possibilidades de superação de seus problemas dentro dos projetos de modernização do direito. Assume-se a intenção de pesquisa por quem mais se preocupou, os(as) juristas, e, quando consideradas insuficientes, pelas confrontações possíveis com o campo construído pelas pesquisas históricas, no qual se tem investigado a escravidão e o direito – o cruzamento temático fundamental quase esquecido pela pesquisa jurídica nacional. Claro que tudo com a atual consciência do ponto de vista crítico, “*des jugements moraux*”¹²⁸, a oposição profunda à escravização de seres humanos¹²⁹, sem importar na dissolução das sincrônicas reflexões contextualizadas no tempo.

Para a compreensão de sua crise atual, pesquisamos a formação jurídica brasileira, os sentidos do direito e de diferentes pensamentos jurídicos, pelos marcos característicos da modernidade, através da difícil analogia entre os sentidos da historiografia com a juridicidade. Em razão da perspectivação necessária da teoria do direito abrangente e responsabilizada pelo sentido do Direito, partimos da reflexão epistemológica inicial e suficiente para a pesquisa, para então pensar a facticidade e a normatividade em sentido amplo no contexto brasileiro.

127 Cfr. José EDUARDO FARIA, “Policentrismo versus Soberanía: los nuevos órdenes normativos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad de Granada, v. 44, 2010, p. 295-309.

128 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 31.

129 Que certamente seriam abalados se tal fenômeno tivesse chegado com legitimidade até o nosso presente. Como também possivelmente serão confrontados, no futuro, passando mais uma vez a ser admitida pelo corpo social. Apesar de reconhecida aí a clara confrontação valorativa da igualdade e da liberdade humanas nas bases do sentido do Direito, que lutará contra tal renovada violência contra seres humanos.

Porém, sem a intenção do método crítico utilizado para ultrapassar as discussões dos discursos das alternativas e dos limites do Direito, muito menos a ilusão de afirmar um controle epistemológico do conhecimento histórico como garantia única de um sistema autopoiético e generalizador de sentidos para a juridicidade do futuro¹³⁰, sem cair na discussão equivocada do caráter científico das ciências normativas.

Encaramos a investigação histórica com seriedade como alternativa para refletir a formação do direito e o pensamento jurídico no Brasil. Por essa razão, valorizamos as fontes jurídicas primárias para suportar a quase escassez de crítica da escravização de seres humanos que conviveu com a formação jurídica brasileira. Essa temática tem sido manifestamente recusada pelos discursos jurídicos modernos, por ser um obstáculo incontornável aos ideológicos discursos planejadores das lógicas de pressuposição de mundos, sendo alheada epistemologicamente. Daí a investigação sincrética, não para substituir tal quadro de problemas pela simples inversão de narrativas aos discursos construídos nessas bases, mas para entender também a estéril simplificação de tais contextos complexos por dicotomias simplificadas. Isso exigiu a preocupação com a investigação dos fatos, através da pesquisa responsabilizada pela evidência, pois teria sido muito improvável atingir uma compreensão razoável pela mitológica historicidade filosófica de construção de mundos *a priori*, sem esforços investigativos do tempo próprio dos fenômenos jurídicos.

Nesse sentido, com muita precisão, afirma MIGUEL BAPTISTA PEREIRA que “com essa cientificidade absoluta, soçobra totalmente a historicidade humana, que é sacrificada a uma identidade indiferente, a uma totalização definitiva de sentido como se fosse uma imagem evanescente de um ‘*nunc stans*’ eterno que já chegou ou está prestes a chegar ou não passasse de uma antecipação ou fase limitada e relativa da identidade absoluta da totalização última”¹³¹. No fundo, para concluirmos esse ponto, consideramos essencial o entendimento dos fatos passados, espe-

130 Como parece ambicionar, *v. g.*, o *social engineering* de HANS ALBERT, “The Economic Tradition and the Constitution of Science”, *Public Choice*, New York, Springer, n. 144, 2010, p. 401-411. Cfr. Karl POPPER, *The Myth of the Framework: in Defence of Science and Rationality*, New York, Routledge, 1997, p. 65 s.

131 *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra, Livraria Minerva, 1990, p. 236.

cialmente a formação do fenômeno do direito — o “grande laboratório” do(a) jurista —, bem como sua “passagem através da consciência”, num estado de permanente crise e vigilância, com a abertura franca ao diálogo, contra as tentativas de elevação de um monumento qualquer do tipo da *Historia Magistra Vitae*¹³². Sem essas atenções, renovaríamos muito provavelmente os discursos dos projetos de poder político sobre o direito, sua sobrevivência e relevância, apoiados nas tradicionais linhas evolutivas e acrílicas da modernidade ou em *puzzles* da pós-modernidade.

Justamente a manutenção da complexidade da pesquisa nos pareceu uma alternativa essencial para aspirar minimamente à reflexão crítica do fenômeno jurídico, pois “uma coisa que a técnica não pode fazer é abolir a crítica, pela simples razão de que precisa dela para descortinar novos horizontes”¹³³. Sem permanecermos, entretanto, nessa etapa, mas passando para o reconhecimento justificado de um melhor caminho, dentro do grande quadro das perspectivas ao sentido possível do Direito, oferecido pelo jurisprudencialismo. Para isso, a marca da diferença substancial, apesar de ser duvidoso, no nosso sentir, é assim bruscamente determinada, sendo exigida sempre a devida contextualização entre o tempo passado fundado na evidência e o tempo presente refletido por uma teoria crítico-reflexiva do Direito. Dessa forma, ao menos para correspondermos ao emancipacionismo, há uma renovada aposta na modernidade iluminista¹³⁴, mas muito além da ideológica autorrealização simbólica do direito tradicional burguês que se quer ver renovado num círculo vicioso de signos e sentidos. Ao contrário, apostamos na crítica como postura de superação da crise, desde que realizada de forma intencional e consciente, pela racionalidade também refletida por quem a convoca, seja ela instrumental, comunicativa ou prática.

132 Reinhart KOSELLECK, *Vergangene Zukunft: zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 3 Auflage, Frankfurt, Suhrkamp, 1995, p. 38-66.

133 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2015, p. 17.

134 Cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 33.

4.2 Tempo presente: método jurídico

De imediato, cabe destacar a grande diferença metodológica das construções, no tempo histórico da juridicidade, de projetos, programas e formas de pensamento quando articulados e pensados na mesma dimensão de criação. As fontes e suas diversas interpretações contextuais reconhecidas pela sincronia das afirmações em conexão espacial e temporal enquanto evidências de propostas específicas que as produziram. Há, portanto, o destaque ao método crítico da investigação jurídica, para não reduzir os problemas da compreensão do fenômeno do direito a um puro e simples “*ubi societas, ibi ius*”¹³⁵, sem deixar de reconhecer como direito o afirmado em seu próprio contexto criador, não do presente para o passado, em construção forçada de linhas de sentido para projetos sequenciais de afirmadas juridicidades. Para isso, procuramos abranger o sentido do Direito e de sua autonomia motivada por uma “*intenção crítico-reflexiva*”¹³⁶, mas não a universalização de *per se*, que passaria certamente para as margens de um idealismo, ou mesmo da ideologia. Assim, a confrontação entre as influências e as características do projeto iluminista do direito com as problemáticas mais expressivas oferecidas pela escravidão e pelo racismo, sem cair em um realismo jurídico qualquer, nos pareceu um caminho viável para pensar o tempo do direito.

Admitimos o método crítico-reflexivo e a realização do direito em concreto, no sentido da defesa de valores intrínsecos de uma juridicidade reconhecida, não como mera ordenação para a sociedade, mas sim enquanto “*uma ordem de direito*”¹³⁷. O Direito é compreendido como específico “*domínio cultural*” ordenativo prático, quanto à validade dos comportamentos sociais, e que se traduz historicamente no pensamento jurídico, com suas intencionalidades axiológico-normativas, como

135 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 40. Tema também desenvolvido em *op. cit.*, 2010a, p. 287 s.

136 ANA MARGARIDA; Simões GAUDÊNCIO; José Manuel AROSO LINHARES; Mário REIS MARQUES, “Os cem anos do *Boletim* na sua vertente jurídico-filosófica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. XCI, volume comemorativo, 2015, p. 65.

137 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 40. No mesmo sentido, também em outro texto, *op. cit.*, 2010a, p. 298: “nem todas as ordens sociais são (...) ordens de direito”.

“uma entidade histórico-sociologicamente condicionada – mas como obra do homem, e como toda obra do homem, assimila um sentido que só por referência a um último fundamento de compreensão e inteligibilidade se pode dilucidar”¹³⁸.

Por isso, importou discutir a possibilidade de um caminho de superação dos problemas jurídicos com atenção à reflexão de ORLANDO DE CARVALHO, qual seja, do “engano de um Direito sem real – alienado ou divorciado da vida – o não menor engano de uma realidade sem Direito”¹³⁹. Portanto, além da fundamental contemplação da juridicidade moderna, a partir da tensão de sua historicidade que foi sendo construída e esvaziada de sentidos ao mesmo tempo, a apreciação crítica, procuramos avançar para uma proposta mais específica para a juridicidade, num “revelar normativo-fundamentadamente”¹⁴⁰, que não se dissolvesse em generalizações, sabidamente úteis para a reflexão das construções jurídicas no tempo, mas não adequadas para a perspectivação de uma proposta melhor diante da crise do nosso paradigma do direito.

Procuramos, então, destacar tais diferenças da compreensão do fenômeno do direito, ou seja, os pressupostos de uma “inteligibilidade”¹⁴¹. O que significou admitir uma intencionalidade projetada do momento presente, de valores e de concepções, a partir das quais são abertas as possibilidades de compreensão das juridicidades construídas até o nosso momento. Estamos diante dos inafastáveis problemas humanos, sob a ótica do Direito e de seu sentido, entre formas diferentes de olhar, que interpelam o(a) jurista na busca por caminhos possíveis de serem compreendidos fora dos esquadros comumente utilizados, particularmente de um afirmado direito enquanto integrante do projeto político-ideológico do legal-normativismo brasileiro.

Com essa consciência essencial, verdadeiramente um finca-pé fundamental quanto à crítica e à reflexão do Direito, procuramos ter atenção para a reprodução irrefletida de posições de compreensão de outros períodos históricos e contextos que não os nossos, das suas propos-

138 *Idem, op. cit.*, 2014, p. 178-179, nota 393.

139 *Op. cit.*, 1981, p. 96.

140 FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 23.

141 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 178.

tas de conhecimento e reconstrução das realidades que se projetaram como modelos a serem seguidos. Procuramos não repetir as tão comuns duplicações de propostas explicativas — com seus modelos, imagens e estruturas —, que foram sendo utilizadas para a construção dos sentidos para a juridicidade nacional brasileira. Pois, se tais exigências não fossem minimamente observadas e delas não tivéssemos ao menos a noção de seus riscos, mesmo que em mínima apreciação, certamente teríamos mantido intactos e infecundos, por alheios à crítica, os discursos históricos das formas de compreensão dos fenômenos jurídicos.

Por essa razão, uma mobilização da historicidade constitutiva não deveria se valer dos mesmos materiais, métodos e objetivos que têm sido usualmente requeridos para a fundamentação ideológica do legal-normativismo, a ordem de normas jurídicas legitimadas por um Estado nacional. Dentro de um pulsar político, a interpretação jurídica restringe-se aos esquadros positivados, dentro das lógicas e das racionalidades do *mos geométrico*, particularmente, com destaque aos desenvolvimentos decorrentes das codificações modernas, como o amplo processo de “*stessa armonia di costruzione geometrica dove tutto appare esatto e preciso, contenuto com'è nel rigore di linee angoli cerchi*”¹⁴². Logo, a construção dos fundamentos críticos exigidos para o reconhecimento das transformações históricas do fenômeno jurídico brasileiro, a transformação das bases ideológicas do paradigma normativo atual edificado no Brasil até a sua crise atual, para não ficar apenas na dimensão do “histórico-crítico-reflexivo”, foi sendo acompanhada pela abertura de caminhos possíveis de superação dos problemas identificados no trabalho. Buscamos cumprir tal objetivo com as perspectivas decorrentes da defesa do jurisprudencialismo, por meio da admissão de que o sentido da historicidade para esse pensamento não se traduz em um conceito vazio, para pensarmos a solução de problemas no horizonte metodológico do sentido do Direito, com atenção à “dialéctica totalizante”¹⁴³, também crítica de seu próprio olhar.

Perspectiva do problema da juridicidade compreendida através da proposta metodológica de mediação dos direitos em concreto, do método crítico-reflexivo dirigido à essência do sentido do Direito, com a confrontação, pela crítica, à formação dos próprios fundamentos pers-

142 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2001, p. 48.

143 *Idem*, *op. cit.*, 2013, p. 176.

pectivados como direito brasileiro. No centro, temos o conceito da individualidade como muito importante para a reflexão da afirmação estatalista e nacional para o jurídico, uma construção específica realizada desde a então sociedade escravocrata brasileira. Portanto, procuramos fundamentar a proposta metodológica e a historicidade no contexto da interpretação jurídica¹⁴⁴, para pensarmos a viabilidade da mudança também do paradigma do pensamento jurídico brasileiro, diante dos problemas históricos de criação de desigualdades, que um tipo de direito ainda dominante não se interessou fundamentalmente, já que adstrito à estreita dimensão problemática do silogismo do direito moderno. Por isso, dentro do panorama crítico, buscamos seguir o caminho metodológico jurisprudencialista, “plenamente *normativo, não hermenêutico*”¹⁴⁵, em que a realidade social integra o campo reflexivo do pensamento jurídico sobre os sentidos da realização do direito¹⁴⁶, com a ênfase sempre dada ao caso concreto.

Nesse ponto, almejamos destacar as principais perspectivas e racionalidades envolvidas no trabalho. Por um lado, a crítica do paradigma do direito brasileiro fundado na reflexão de sua formação histórica, assumida pela racionalidade de fundamento crítico com o fim de expor o paradigma atual do direito brasileiro como problemático, incluídas as especificidades que envolvem a própria crise do legal-normativismo, além das perspectivadas pelas alternativas de fundo filosófico de pres-suposição de contextos sociais inseridas nas mais diversas propostas jurídicas. Por outro, a proposta jurisprudencialista com a assunção da racionalidade “prático-jurisprudencial”¹⁴⁷ — a “metodológica racionalidade de fundamentação normativa”, com base na evidência de seu caminho para solução da interpretação jurídica¹⁴⁸ —, pensando o contexto brasileiro, para refletir essa proposta fundada em seu método de mediação de direitos, a exigência da teoria crítico-reflexiva do direito, a

144 *Ibidem*, p. 149 s.

145 GAUDÊNCIO *et al.*, *op. cit.*, p. 79.

146 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 183.

147 *Idem*, “O ‘Jurisprudencialismo’: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito”, in Antonio Sá da Silva; Nuno M. M. Santos COELHO (orgs.), *Teoria do Direito: direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012, p. 71.

148 *Idem*, *op. cit.*, 2013, p. 196-197.

historicidade em sentido mais profundo e totalmente diverso do assumido pelo paradigma do legal-normativismo que desejamos ultrapassar.

Colocamos como proposta de reflexão o jurisprudencialismo, que buscamos justificar pela defesa da pesquisa do Direito enquanto incompatível com fundamentos teóricos e científicos contidos em discursos históricos acrílicos e assimilados pela dinâmica positivista de decantação de conceitos alheados dos mais diversos componentes filosóficos, sociais e históricos, por lhe interessar a produção de sentidos mais ou menos refletida a partir de irradiações institucionais e oficiais exclusivas para a juridicidade, ambas envolvidas em afirmados direitos criados desde o voluntarismo, não da racionalidade jurídica. Portanto, compreendemos a realização em concreto do Direito, exigente do esforço de investigação e reflexão das sociedades, historicidades e culturas jurídicas, não mais considerado pura e simplesmente como projeções pela via estreita do direito positivo da modernidade.

Sem cair no puro realismo, ressaltamos a importância do tempo do Direito, não mais enquanto descrição ideológica e narração de fenômenos, mais como verdadeiramente reconhecido pela intencionalidade crítica, ao menos para realizar distinções necessárias entre fatos e ficções¹⁴⁹. Trata-se de uma separação essencial para pensarmos o fenômeno jurídico brasileiro, não a partir de discursos inquestionáveis de fundo positivista, mas por aproximações possíveis pela “supremacia da evidência”¹⁵⁰ com os fatos para o reconhecimento da construção de discursos, não em perspectiva estruturante, mas sim como abertura de reflexão mais ampla do que os sentidos da historicidade que têm sido assumidos até os nossos dias pelo paradigma jurídico atual.

Assim, acreditamos na possibilidade de fundar posições a partir de uma crítica prévia do paradigma jurídico brasileiro e de sua mitologia estatal, característica do movimento racionalista moderno de transformação dos materiais jurídicos, “*il implique des prémisses fausses; il n’est solide qu’en apparence*”¹⁵¹ – aquilo que indicamos com as ainda muito presentes justificativas do direito nacional, suas posições e paradigmas, cuja crítica foi necessária para não admitirmos, ao menos conscientemente-

149 Cfr. HOBBSAWM, *op. cit.*, 1997, p. 241.

150 *Ibidem*, p. 271-272.

151 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 626.

mente, fórmulas prontas e objetos inquestionáveis, mas opções e alternativas para discursos científicos para a juridicidade em sentido valorativo do “direito justo”, ou melhor, do Direito. Portanto, para avançar e simplificar o desenvolvimento do trabalho, defendemos a exigência e a viabilidade da reflexão da decisão judicativa, pela interpretação jurídica, que vem a “revelar-se objetivo-racionalmente fundamentada no seu concreto sentido prático-normativo”¹⁵², a partir da dialética entre sistema normativo e problematização prática que visa a realização do Direito¹⁵³. A substituição da pressuposição de mundos pela reflexão crítica, com a viabilização da proposta jurisprudencialista, ao pensamento jurídico brasileiro, que não deixa de mobilizar as fontes do direito positivo, mas com o questionamento da sua própria formação e sedimentação histórica, no sentido do Direito, por estar diante da própria essência do argumento e da defesa de uma proposta de superação da lógica normativista-positiva das decisões e de seu conseqüente “determinismo lógico-subsumtivo”, sem, em outro extremo, oferecer-se como decisionista e irracionalista, antes como “o *tertium modus* da mediação judicativa”¹⁵⁴.

Procuramos levar a sério o “sentido da interpretação enquanto problema normativo”¹⁵⁵ e sua exigência “de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática”¹⁵⁶. Sentido da historicidade, cabe apontar, que não pode ser considerado suficiente a partir dos discursos de legitimação ideológica e apelos mitológicos do direito estatal brasileiro. Algo que deixa muito clara a distinção entre a proposta de crítica da própria ideia da historicidade, no sentido da exigência para a mediação de direitos em concreto, com o direito definido como ordem, projeção e expectativa ideológica ou utópica. Dessa forma, a historicidade que dá sentido à interpretação exige como questionamento inicial se tem sido ela própria construída criticamente a partir dos valores da sociedade e de diversas comunidades humanas, correspondendo ao mundo prático da juridicidade e o sentido do Direito, dentro de uma tradição identificada como

152 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 33.

153 *Ibidem*, p. 79.

154 *Ibidem*, p. 33-34 e 48.

155 *Ibidem*, p. 123.

156 *Ibidem*, p. 163.

cultura jurídica ou, ao contrário, se resulta de discursos simplificados para a legitimação do exercício do poder através de uma esvaziada juridicidade de fundamento autoritário. Mais do que simples busca por legitimação, assim nos parece, a ideia do direito na construção do justo, cuja finalidade também é reconhecida por FRANÇOIS OST¹⁵⁷, passa pelo reconhecimento das suas próprias finalidades sociais e as consequências concretas do saber jurídico, mesmo que em potencialidades, apostas e riscos, desde uma compreensão suficiente do tempo do Direito.

Destacamos a importância do jurisprudencialismo, assumido como um *tertium genus*, entre os polos mais extremos positivistas e jus-naturalistas, no quadro das propostas possíveis de serem consideradas e destacadas, pelo eixo do “reconhecimento de um ‘princípio normativo’ da juridicidade em que se objectiva a ‘consciência jurídica geral’ de uma certa comunidade histórico-cultural, com o seu núcleo numa ‘consciência axiológico-jurídica’ constituída pelos ‘princípios jurídicos fundamentais’ e o ‘sentido axiológico último’ do direito nessa mesma comunidade”¹⁵⁸. Por isso, o sentido do Direito, que assumimos em perspectiva a partir da proposta jurisprudencialista para reflexão do direito e do pensamento jurídico brasileiro, enquanto possibilidade de superação de seus problemas essenciais, apesar de não considerado aqui como um rígido marco teórico de definição de busca no passado de sua formação histórica, a exigir a edificação de textos para confirmá-lo sempre em um sentido determinista e evolutivo, antes enquanto incitação à investigação e à reflexão pelos(as) juristas.

Assim, optamos pelo esforço de pesquisa do próprio contexto de construção do paradigma jurídico brasileiro, para entender a juridicidade formada desde a sociedade escravocrata, sem retirar o que naquele momento era entendido, pensado e realizado como direito, além de sua transformação, até os nossos dias, por meio do respeito ao método sincrônico da pesquisa jurídica. Formação específica desse direito, dentro do processo de modernização e de alteração de seus paradigmas, que resultou numa juridicidade nacional específica. Notamos aí a clara diferenciação de sentidos entre a formação e a compreensão dos fenômenos jurídicos, com dimensões e reflexões distintas que as envolveram, majoritariamente construídas por perspectivas claramente subjetivistas,

157 *Op. cit.*, 1999, p. 16.

158 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 49.

mas que não impedem o diálogo aberto diante do esforço e da preocupação com as fontes. Em grande medida, as mesmas que se projetam, no próprio sentido do Direito, para a realização em concreto, “com uma intencionalidade problemática que co-responda ao mérito do problema circunstancialmente em causa”¹⁵⁹. Assim, apostamos não na historicidade confinada ideologicamente para justificar a mediação de direitos, mas na compreendida crítica e suficientemente em um amplo campo de pesquisa dos fenômenos do direito, logo muito além dos signos e significados construídos pelo direito positivista brasileiro.

Procuramos não amalgamar, assim, distintas intencionalidades da nossa pesquisa, mediante o destaque para as diferentes perspectivas metodológicas nelas envolvidas. Para isso, partimos de um ponto de perspectivação da pesquisa considerado adequado, através da tentativa de se compreender os sentidos mobilizados pela expressão “comunidade histórico-cultural” na proposta jurisprudencialista. Desde aí valorizamos o confronto, em relação à formação jurídica no Brasil, entre a pesquisa jurídica crítica com a escravidão e a construção mitológica de uma juridicidade nacionalizada que não enfrentou tal temática. Por fim, para pensar a superação do problemático paradigma brasileiro reconhecido em um normativismo constitucional e legalista essencialmente acrítico, devido à restrição ideológica imposta por um direito oficial e voluntarista, apostamos na via da abertura e do diálogo com a reflexão crítica para perspectivar a viabilidade da superação da crise do direito no Brasil com o jurisprudencialismo.

5. Tempo do direito e sincronismo

Nos pareceu, assim, incontornável a reflexão profunda da relação entre racionalidade¹⁶⁰ e formação jurídica, mesmo que apenas numa

159 FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Mestres e Discípulos Habitam a mesma Casa: *topos* de gerações que se sucedem, *agora* de concordâncias e dissidências”, in FERNANDO JOSÉ BRONZE; JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Conferências. Cadernos do Centenário: Metodologia e Filosofia do Direito*, Coimbra, Instituto Iuridico, 2016, p. 66.

160 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 43.

perspectiva crítica de sujeição das construções e propostas para a juridicidade, por facultar à investigação das concepções do direito e suas manifestações sociais o acesso ao tempo histórico. Foi fundamental para a pesquisa, a partir da Independência, do direito formado desde a sociedade escravocrata, a opção para viabilizar a problematização não superficial da construção do reconhecido paradigma do direito brasileiro, até sua crise, para pensarmos sua superação pelo jurisprudencialismo. Partimos do reconhecimento da incompatibilidade e da inaptidão do direito atual para a concretização de direitos em um sentido de igualdade mínima, por lhe serem consideradas alheias as mais diversas propostas reflexivas exigidas para tal missão, ou seja, a consideração pelo pensamento jurídico das alternativas e das aspirações procedimentais, funcionalistas e formalistas para o problema do direito, como marcos importantes para a reflexão mais profunda¹⁶¹ do que a exigida pelo paradigma atual do direito brasileiro.

Certamente não almejamos a relativização do jurídico, partindo da sua projeção no passado, para fundamentar uma determinada via para o Direito. Nos preocupou a dimensão temporal do direito brasileiro para compreender o fundo mitológico, atemporal e seus sentidos construídos pela ordenação institucional. Pesquisamos, dessa forma, a estruturação do Estado e seus projetos de concepção de sociedade com nacionalidade, na perspectiva da individualidade. Refletimos a proposta jurisprudencialista, frente à juridicidade brasileira enquanto herança de diversas culturas jurídicas, apesar de muitas vezes simplificada monologicamente enquanto “cultura jurídica” singular e seus condicionamentos mecanicistas¹⁶², dando destaque ao processo político estatalista exigente não de uma projeção pura do social, seus valores e direitos, mas antes o reconhecimento, também pelo juízo jurídico, da existência e validade para a compreensão dessa formação específica no tempo, seus sentidos construídos historicamente e significados atuais na sociedade brasileira, sem afastar ideologicamente as suas complexidades. Pois, o sentido do Direito certamente envolve as motivações e finalidades orien-

161 Os principais monumentos do direito ocidental podem ser consultados em WIEACKER, *op. cit.*, p. 20, nota 19.

162 Cfr. LUÍS CABRAL de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2 ed. reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, v. 1, p. 34-46.

tadas por juízos de valor¹⁶³, reconhecidos dentro de uma tradição jurídica.

A quase ausência da pesquisa da construção da igualdade jurídica no Brasil, enquanto problema fulcral para o Direito, exigiu o questionamento da própria noção de formação das culturas jurídicas nacionais, em uma perspectiva jurisprudencialista, expondo à crítica os fundamentos ideológicos do paradigma positivista, legalista ou sociológico, bem como das mais diversas alternativas do nosso presente marcadas pela projeção de uma realidade que se considera como existente, sem se importar verdadeiramente com a investigação dos problemas concretos. Assim, a partir da preocupação com o reconhecimento dos grandes paradigmas da juridicidade no Brasil, a historicidade dos fenômenos pareceu ser condição para sua compreensão contextual, ultrapassando a dinâmica diacrônica referente à questão da escravidão¹⁶⁴, de uma quase integral reestruturação do passado a partir daquilo que se projeta ou se reconhece como modelo para o presente, bem como das interpretações normalmente realizadas de textos legislativos como pontos de chegada ou espaços herméticos de sentidos, não de partida para compreensões mais profundas.

Diversos problemas identificados nas interpretações dos materiais jurídicos do período da escravidão no séc. XIX, que foram sendo analisados sob a pressuposição de possuírem a natureza de textos legislativos de um direito moderno, ainda não realizado. Por isso, o que tem sido projetado para aquele contexto como padrão da juridicidade é claramente um modelo jurídico legalista superficial, resultando em conclusões do tipo “lei pegou ou não pegou”, “para inglês ver”, “a lei não foi aplicada corretamente” etc., cuja força simbólica tem influenciado não somente as interpretações jurídicas, mas também historiográficas, com evidentes problemas quanto à compreensão crítica e contextualizada dos fenômenos jurídicos da escravidão. No ponto, cabe destacar que a construção teórica do ordenamento jurídico e as lógicas silogísticas

163 Cfr. LUIS RECASÉNS SICHES, *Tratado general de sociología*, 22 ed., México, Editorial Porrúa, 1991, p. 66-71.

164 Algo que pode ser visto em obra clássica referente às transferências de sentidos históricos, cfr. MOSES I. FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology*, Princeton, Markus Wiener Publishers, 1998, especialmente em “The Emergence of Slave Society”.

não chegaram a preponderar no direito brasileiro anterior à codificação civil.

Em vista dessa grande complexidade, para realizar uma reflexão razoável, procuramos destacar dois momentos principais. Por um lado, diante da necessidade de ultrapassar uma quase ausência de reflexão mais profunda sobre a possibilidade de identificação e entendimento sobre os paradigmas jurídicos brasileiros, a do fenômeno jurídico desde o direito da escravidão. Portanto, em linhas gerais e numa generalização importante, do período que abrange desde o Antigo Regime até o contexto anterior à formação do projeto moderno de codificação do direito com nacionalidade, que provocou a grande mudança do paradigma do direito brasileiro. Por outro lado, já partindo da compreensão proposta, pensar a possibilidade de reconhecer, a partir das fontes da juridicidade e das suas interpretações pelos(as) juristas¹⁶⁵, cuja preferência já nos referimos, a crise do direito e sua possível superação, sendo insuficiente uma pesquisa restrita à positivação do direito.

Assim, a historicidade foi assumida para acompanhar criticamente a construção da juridicidade, não enquanto pressuposto histórico-cultural de uma racionalidade autônoma para o direito,¹⁶⁶ que se projeta, mas como conhecimento não limitado a qualquer ideia de positivação jurídica¹⁶⁷ ou mesmo tendente à sua instrumentalização. Às idealizações propostas para o direito procuramos opor a pesquisa de seus próprios antecedentes e influências no seu contexto de afirmação, portanto com a valorização do tempo próprio. Trata-se da noção de movimento que MARC BLOCH reconhece no “*spetacle des activités humaines*”¹⁶⁸ e que justificaria a busca pela “*classement rationnel et une progressive intelligibilité*”¹⁶⁹. Entretanto, foi por nós considerada sem a perspectiva da discussão sobre certezas ou universalismos da historiografia, mas simplesmente na perspectiva de “*une question de degré*”¹⁷⁰, como algo a ser considerado com seriedade. Tal contribuição pareceu relevan-

165 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 85-86.

166 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 44.

167 *Ibidem*, p. 80.

168 *Op. cit.*, 1952, p. 8.

169 *Ibidem*, p. 9.

170 *Ibidem*, p. 13.

te especialmente para a crítica a um tipo comum de construção apoiada “em fatos, grandes nomes e heróis e assim constituía pautas e agendas históricas naturalizadas”¹⁷¹. No fundo, estamos diante da história do evento (“événementielle”), como referido por F. SIMIAND e P. LACOMBE¹⁷², que ainda domina e pode ser identificada claramente numa tradição destacada do direito brasileiro¹⁷³. Assim, LILIA MORITZ SCHWARCZ entende ser fundamental problematizar a história e reconhecê-la como importante para refletir sobre a sua relação com o presente através do “método regressivo”¹⁷⁴, no qual as perguntas contribuem decisivamente para a reflexão dos fenômenos no tempo.

Destacamos a formação da juridicidade, mas também o risco de relativização dos discursos na busca pelo conhecimento possível e suficiente, fundamentalmente crítico¹⁷⁵, sendo importante manter a atenção metodológica quanto àquilo que é defendido contextualmente como direito¹⁷⁶. Por isso, nos valem da possibilidade de racionalização sobre o direito do presente, a partir dos paradigmas jurisprudencialistas, com especial atenção para os riscos de dissolução da juridicidade como resultado de propostas, mais ou menos conscientes dos problemas jurídicos atuais, que não se têm valido da crítica como fundamento para a superação dos problemas atuais do direito, ou dela se aproveitam de forma instrumentalizada. Portanto, a historicidade que parte das transformações dos fenômenos humanos no tempo é muito diversa, numa perspectiva afirmada como científica, da mobilizada pela juridicidade como projeção de direitos em sua especificidade cultural e social, também

171 Lília Moritz Schwarcz, introdução à edição brasileira da obra MARC BLOCH, *Apologia da História ou o Ofício do Historiador*, edição anotada por Étienne Bloch, Rio de Janeiro, Zahar, 2002, p. 3.

172 *Apud loc. cit.*

173 Cfr. Francisco Adolfo de Varnhagen, *História Geral do Brasil: antes da sua separação e Independência de Portugal*, 2 ed., Rio de Janeiro, E. & H. Laemmert, 1877, tomo I; Waldemar Ferreira, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1951, tomo I.

174 In MARC BLOCH, *op. cit.*, 2002, p. 3.

175 Especialmente quanto às mobilizações sociológicas de um tipo de direito, com importantes contribuições de Boltanski, *op. cit.*

176 Com atenção às advertências, quanto às ingenuidades de pretensos conhecimentos históricos contextuais, levantadas por Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 7 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 177 s.

científica, especialmente quando possuí um sentido de perspectivação futura exigente do destaque às diferentes racionalidades aí presentes, em generalizações suficientes para permitir o seu reconhecimento.

Tal reconhecimento do direito exige a contextualização do objeto de estudo na amplitude do pensamento jurídico, bem como a sociedade que o abriga em sua “consciência espiritual” e na “vida social econômica e ideológica”¹⁷⁷. Tal postura parece ser a necessária não só para considerar a juridicidade em sua complexidade, mas também respeitar a participação humana em diferentes épocas e contextos, com atenção à memória das circunstâncias, que não pode ser reduzida e simplificada artificialmente em análises de meras escolhas e projeções, como se a Humanidade pudesse ser traduzida por um universo de vontades preponderantes aos olhos de quem investiga, e todo o resto não tivesse qualquer sentido. Procuramos afastar esse quadro com a postura de seriedade e esforço intelectual para a pesquisa jurídica.

A racionalidade exigida em tal esforço caracterizou-se por uma “plausibilidade razoável-situacional e prático-contextual” fundada em uma “*validade*”¹⁷⁸, para permitir a crítica do paradigma do direito com a delimitação da problematização das construções dos discursos no tempo através de diálogos científicos, já que hoje qualquer pretensão de síntese tende a ser utópica, diante de uma inalcançável amplitude de referências, com as marcas da exigência de fundamentação da interpretação científica e a conseqüente consciência quanto à idealização da própria racionalidade que a sustenta. Possui a marca do conhecimento, não a edificação de uma espécie de razão histórica qualquer, já que intencionada a compreender os fenômenos e valores humanos a partir de uma suficiente consciência do passado, dos processos de construção de seus fundamentos e ideias correspondentes, desde sua vida prática, inseridos no horizonte da viabilidade, dentro ainda dos quadros de possibilidades dos projetos modernos, para se pensar o Direito. Como afirma BARTOLOMÉ CLAVERO, “*nada, ni siquiera los derechos, escapa a la historia*”¹⁷⁹, considerada aqui tal afirmação no sentido de compreensão de sua própria

177 MÁRIO REIS MARQUES, “O krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXVI, 1990, p. 2.

178 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 37.

179 BARTOLOMÉ CLAVERO, *Derecho Global: por una historia verosímil de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014, p. 16.

formação no tempo, justificando pensar também a historicidade para a edificação de um discurso crítico, não a construção de paradigmas idealizados descompromissados, nem a sua transformação em automa-tização artificial da crítica da própria possibilidade de construção dos projetos jurídicos.

Tal atenção foi exigida para acompanhar a formação do direito estatalista no Brasil, partindo do contexto da sociedade escravocrata brasileira, para aprofundar as conexões com a formação de ideias de direito específicas e seus pensamentos jurídicos construídos localmente correspondentes. Nesse processo, destaca-se a problemática do sujeito de direitos acessado através das manifestações expressas nas fontes históricas, pelo principal eixo dos discursos jurídicos investigados. No fundo, sem importar em qualquer estruturalismo teleológico, diante do campo de investigação de nossa temática, assumimos um momento de análise baseado na racionalidade histórica, como simplifica ERIC HOBSBAWM¹⁸⁰, potencialmente dirigida à identificação de origens para o desejado e amplo contexto de compreensão, de modo a fundamentar a crítica das posturas a-históricas, ou seja, as posições normalmente motivadas por atitudes instantâneas e sem maiores reflexões. Portanto, a intenção foi de corresponder à aposta numa razão instrumental crítica, como “*une vigilance critique efficace*”, que nos fala HAARSCHER¹⁸¹. Opções para valorizar a peculiar formação do direito brasileiro, desde o contexto da Independência, sem olvidar as tradições da América portuguesa, além dos amplos contextos de influências dos mais diversos discursos jurídicos da modernidade, na afirmação e na construção do Estado independente. Destacamos, também, o referencial do contexto europeu formado não tanto pela recuperação do direito romano pela escola humanista, porque a fundação a partir daí já vinha ocorrendo pelo menos desde o séc. XII¹⁸², mas sim da própria superação do direito romano e da fundamentação do sistema jurídico a partir da ideia de universalidade baseada em um outro tipo de racionalidade – “*un droit commun universel parce que rationnel*” –, ou seja, no *logos* estoico¹⁸³.

180 *Op. cit.*, 1997, p. 53.

181 *Op. cit.*, p. 136.

182 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 520.

183 *Ibidem*, p. 521-522.

Sobre a crítica ao paradigma que foi construído, sem deixar de dizer expressamente, enquanto fundamento para a sua superação, assumimos também uma perspectiva procedimental argumentativo-hermenêutica, de modo a construir fundamentos de evidência que reconheçam a historicidade do fenômeno do direito. Buscamos demonstrar analiticamente o problema do paradigma do direito brasileiro através do discurso do nosso trabalho, considerando a sua importância também retórica¹⁸⁴ para a recomposição de sentidos a partir da hermenêutica, de forma a corresponder à preocupação metodológica com o problema do acesso à vida prática (“*Lebenspraxis*”¹⁸⁵), assumindo ser possível a objetivação do método, sem esquecer que a própria possibilidade de investigação científica forma-se claramente desde o momento da reflexão metodológica¹⁸⁶. Questão que não atingimos na amplitude com a qual tem sido posta, mas considerada como ponto de reflexão fundamental da construção do trabalho, em que a teoria, seja histórica ou jurídica, não se projeta apenas enquanto subjetividade unilateral, mas como “postura” (“*Haltung*”), “condição” (“*Zustand*”) e “estado” (“*Stand*”) em que permanecemos¹⁸⁷ numa reflexão.

Destacamos a perspectiva dos problemas práticos como fundamentos do caminhar pela *theoria* e o reconhecimento da prática em unidade com a própria vida (“*So ist das Leben die Einheit von Theorie und Praxis, die jedermanns Möglichkeit und Aufgabe ist*”)¹⁸⁸, enquanto possibilidades do próprio conhecimento científico herdeiro da ideia de “cognoscibilidade”, reconhecido pelo menos desde GALILEU¹⁸⁹ – sem perder, contudo, a noção da possibilidade do conhecimento nas bases da participação e do diálogo diante dos desafios da vida. No fundo, como afirma MARC BLOCH, está a angústia do próprio conhecimento, de ser “*la vie est trop brève, les connaissances sont trop longues à acquérir pour permettre, même au plus beau génie, une expérience totale de l’humanité*”, que não pode ser desconsiderado. É um problema cuja possibilidade de solução

184 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 218-219.

185 Hans-Georg GADAMER, “Lob der Theorie”, in *Reden und Gedenkworte*, Heidelberg, Lambert Schneider, 1980, p. 72.

186 *Ibidem*, p. 82.

187 *Ibidem*, p. 85.

188 *Ibidem*, p. 90.

189 *Ibidem*, p. 75.

parece estar mais do que nunca na ideia de “cooperação”¹⁹⁰, especialmente em nossa era de alegadas impossibilidades de o sujeito afirmar-se isoladamente enquanto vetor de um conhecimento pleno qualquer. Esse é um limite que procuramos observar no nosso trabalho, em especial pela problemática jurídica que o envolve e o torna muito importante para pensar a própria dimensão da normatividade do Direito.

A temática da escravidão para o Direito carrega consigo a necessidade de reflexão sobre a formação das juridicidades brasileiras através do testemunho de juristas, com o esforço de questionar para fortalecer a autoconsciência dessa atividade e sua posição social. Suporta também, apesar dos riscos de certa generalização, a confrontação com o paradigma jurídico fundado como expressão pura e simples de uma *voluntas* enquanto patamar máximo, que se traduz numa problemática lógica dedutiva e reprodutiva. Tal insuficiência ainda segue com plenitude no direito brasileiro, apesar das críticas ao legalismo e ao normativismo, num artificioso mundo de sentidos ideologicamente produzidos e assimilados tradicionalmente. Por essa razão especial, a conexão entre a juridicidade e a historicidade merece ser reconhecida como envolvente de sistemas abertos, já que seus objetos são claramente dinâmicos, apesar das intencionalidades em sentido contrário. Por isso, foram pensadas em termos de sincronização com os seus contextos e suas transformações para assegurar as necessárias reflexões¹⁹¹ pelo pensamento jurídico, como afirma CASTANHEIRA NEVES, que está “ao serviço de uma ideia dinâmica de justiça que se deverá realizar histórico-concretamente”¹⁹².

A racionalidade jurídica exigida para a superação do problema da crise do direito, que abrange criticamente o paradigma nacionalista e atual do direito brasileiro, reconhecemos no jurisprudencialismo. No nosso sentir, é central à própria proposta metodológica para a mobilização da autopoiética “racionalidade prático-normativa autônoma”¹⁹³. Abertura problemática do método jurídico através da metodologia que o justifica com o reconhecimento da diferença entre “uma dimensão da

190 *Op. cit.*, 1952, p. 29.

191 *Op. cit.*, 2010a, p. 46-47.

192 *Ibidem*, p. 50.

193 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 159.

problemática do direito e do correlativo pensamento jurídico”¹⁹⁴, que em seu sentido de realização “implica que a *metodologia jurídica* será o *logos* (a *ratio*) intencional, a racionalidade ou o pensamento do *método* pelo qual se cumprirá essa realização”¹⁹⁵, mesmo assim perspectivada, como buscamos desenvolver no trabalho, pela evidenciação da importância de uma “*racionalidade prática*”¹⁹⁶ assentada em “uma *validade* pressuposta a objetivar-se numa *dogmática*, por um lado, e uma *concreta problematização* praxística a exigir uma *mediação judicativa*, por outro lado”¹⁹⁷.

Desse modo, é essencial a fundamentação crítica frente ao direito brasileiro para evidenciar sua inviabilidade instrumental, já em essência, para perspectivar a promoção do Direito num processo de realização de direitos em concreto. Caminho que mereceu ser considerado em razão da ausência de preocupação do direito legal-normativista quanto aos processos envolvidos em sua construção, marcadamente a partir da sociedade escravocrata. Procuramos ampliar o campo da pesquisa jurídica através da indicação de possibilidades investigativas de fontes muitas vezes incomuns aos(às) juristas, também de formas reflexivas pouco consideradas mais profundamente como relevantes, justamente para afastar a exclusiva fundamentação ideológica do direito voluntarista, no intuito de confrontar os mais relevantes fundamentos para a reflexão crítica da juridicidade brasileira e abrir caminhos para a superação de seus problemas. Para tal, como já referido, pareceu importante partirmos da própria formação do pensamento jurídico brasileiro e considerando o seu contexto.

Conforme afirma ORTEGA Y GASSET, “*un pensamiento separado de la ruta mental que a él lleva, isleño y abrupto, es una abstracción en el peor sentido de la palabra, y es, por lo mismo, ininteligible*”¹⁹⁸. Daí o esforço de reconhecimento das formas de compreensão e racionalidades construídas a partir de uma especificidade brasileira, bem como o destaque às intencionalidades das interpretações, a partir das manifestações do pas-

194 *Ibidem*, p. 9.

195 *Ibidem*, p. 10.

196 *Ibidem*, p. 71 s.

197 *Ibidem*, p. 78-79.

198 *¿Qué es Filosofía?*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 12.

sado e do esforço de compreensão contextual. Foram incluídos alegados processos de seleção, adaptação e classificação de materiais para edificações forçadas de sentidos, ou seja, os esforços acríticos comuns de construções de linhas, correntes e quadros explicativos. Há a consequência problemática de alguns discursos da modernidade de construção sem mais de signos e significados reconhecível também no racionalismo moderno brasileiro, enquanto espelho do projeto iluminista para o direito, sem a preocupação com sua contextualização¹⁹⁹. Destacamos, por essa razão, o modo como as ideias foram simplificadas ao serem “apropriadas”, numa simplificação exigente de investigação mais ampla, por ser essencial identificar como a formação jurídica brasileira foi sendo racionalizada por diversas intencionalidades e em diferentes momentos através de dimensões problemáticas muito profundas. A questão não é tocada por tentativas de compreensão a partir das lógicas da “imitação” de ideias, preferencialmente europeias e norte-americanas, com a redução da pesquisa às costumeiras e limitadas perspectivas²⁰⁰.

Portanto, confrontamos as generalizações acríticas muito comuns em todo o período investigado, normalmente reconhecidas pela utilização irrestrita de palavras-chave automáticas de sentidos, tais como, direito, liberalismo, republicanismo, positivismo, darwinismo etc. Destacamos o discurso da modernidade acrítica, que se aceita sem refletir, para evidenciar a adaptação de discursos para legitimar o exercício do poder pelo direito. Assim, procuramos evidenciar a extrema dificuldade, se não pensados critérios e limites, de aproveitar os textos com essas características sem o esforço de pensamento com as referências contextuais mais específicas, em atenção às racionalidades envolvidas, sendo fundamentais as demarcações de posturas investigativas

199 Adotamos, assim, a perspectiva crítica de identificação das construções que foram sendo feitas, também fundamentais para a pesquisa jurídica, a partir dos textos brasileiros, especialmente da segunda metade do séc. XIX, com destaque para a ideia de “repertório”, como referido na obra de ANGELA ALONSO, *Idéias em Movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Império*, São Paulo, Paz e Terra, 2002, p. 39 s., que, por sua vez, foi declaradamente inspirada em Ann SWINDLER, “Culture in Action: Symbols and Strategies”, *American Sociological Review*, Notre Dame, ASA, v. 51, 1986, sendo aproveitada para a análise política da chamada “geração de 1870”.

200 Cfr. ANGELA ALONSO, “Apropriação de ideias no Segundo Reinado”, in Keila GRINBERG; Ricardo SALLES (orgs.), *O Brasil Imperial: 1870-1889*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009c, v. III, p. 87 s.

para a reflexão filosófica da construção da juridicidade brasileira, desde o início da aproximação entre o jurídico e o político em uma sociedade que assim passou a ser categorizada de forma homogênea, após o fim da escravidão. Dessa forma, buscamos enfrentar as dificuldades da nossa pesquisa para atingir as peculiaridades mais importantes da projeção do fenômeno jurídico, particularmente quando pretensamente subjetivo ou confinado numa teoria do direito inadequada, muito mais discurso de adaptação de modelos explicativos do que decorrente de investigação jurídica crítica, com especial referência para a ideia de evidência. No fundo, para ao menos distinguir os fatos dos discursos ficcionais, em confronto com as ideologias que se apropriaram simbolicamente do direito da modernidade.

6. Paradigmas do direito desde a escravidão e o(a) jurista

ORLANDO DE CARVALHO, especialmente com sua crítica à “posição de princípio que identifica o jurista com um homem do pormenor: um homem que discreteia infinitamente sobre nada, porque perdeu em definitivo a consciência de tudo”²⁰¹, identifica um certo modelo de jurista. Diante dos variados sentidos possíveis dessa afirmação grave decorre uma fundamental e necessária postura do(a) jurista, para abranger a perspectiva do sentido do Direito, de constantemente esforçar-se pela busca consciente e crítica dos paradigmas, bem como refletir sobre sua própria atividade. Na verdade, o que importa é identificar numa tradução suficiente os quadros mentais mais marcantes que envolveram — e que continuam a envolver — os fenômenos jurídicos vistos no presente, como acesso e reconhecimento da atividade jurídica e das funções assumidas no tempo histórico, enquanto inseridas em movimentos conscientes mais amplos do que as tradicionais visões limitadas decorrentes de esquemas simplificados alegadamente de direito.

Realmente os paradigmas são “grandes modelos de entender o direito”²⁰², mas que devem ser assumidos com todos os cuidados, diante

201 *Op. cit.*, 1981, p. 14.

202 Antonio Manuel HESPANHA, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no*

das não raras generalizações frente aos fenômenos jurídicos. Sem entrarmos em maiores discussões quanto aos seus possíveis sentidos daí decorrentes, no nosso trabalho optamos pela ideia de paradigma enquanto referência ao universal e ao reconhecimento das principais características do direito numa determinada comunidade²⁰³. São sentidos importantes para a organização dos problemas e das posições que foram refletidas, especialmente com a intencionalidade sincrônica, para manter a ênfase investigativa em uma contextualização histórica sempre interpelante. Por isso, temos o paradigma não enquanto um objeto, mas como vetor de preocupação crítica.

Dessa forma, buscamos seguir a ideia de paradigma, apesar de normalmente formada no campo do direito por mobilizações tradicionais identificadas em textos jurídicos produzidos exclusivamente por juristas e fontes oficiais. Deles se extrai aquilo que dificulta certa linearidade do discurso, com simplificações claras e preocupantes, como usualmente se dá com as construções mitológicas do Estado-nação. Por isso, foi necessário pesquisar conjuntamente com um “*sens de la totalité*”²⁰⁴ as referências aos movimentos sociais não hegemônicos ou tradicionais, com a abertura da investigação aos mais diversos discursos críticos. A opção pelos paradigmas nos serviu também para a reflexão de dimensões mais amplas da juridicidade, infelizmente muitas vezes pela simplificação das complexidades e das riquezas dos fenômenos jurídicos. Mas sem deixar de significar verdadeiramente uma abertura reflexiva diante do estado de privação que encontramos a investigação jurídica brasileira quanto ao tema da escravidão até os nossos dias. Herdeira direta de uma tradição do período republicano, a escravidão para a pesquisa jurídica foi sendo acomodada nos estudos da “mestiçagem” para a fundação do novo direito estatal nacional, nos seres humanos escravizados foram excluídos dentro da reformulação provocada pelo racismo de pretensas bases científicas, especialmente marcado pelo pensamento positivista. Nas palavras de JOSÉ ISIDORO MARTINS JUNIOR, os “negros” seriam “‘gentes brutas, submissas e robustas’ nada tem que oferecer-nos para a elucidação do problema. Seres inferiores na escala da criação natural, bárbaros reduzidos a escravos na inconsciência da

mundo de hoje, 2 ed. reelab., Coimbra, Almedina, 2014, p. 39.

203 Cfr. MELO FREIRE, *op. cit.*, 1853a, p. X.

204 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 61.

sua dignidade e dos seus direitos de homens, elles não foram entre nós factores jurídicos senão passivamente, como *cousas* sujeitas a uma legislação especial, — de uma bem triste especialidade, por signal”²⁰⁵. A passagem demonstra como a escravidão, para a compreensão da formação jurídica brasileira, foi sendo naquele momento sepultada, bem como o estado de inércia que mantém a dominância das superficialidades do pensamento positivista brasileiro.

Diante do amplo quadro de problemas decorrentes das insuficientes pesquisas do direito da escravidão no Brasil, só foi possível corresponder com algumas generalizações aqui confessadamente realizadas. Valorizamos a abertura e o reconhecimento das mais variadas possibilidades investigativas, servindo às grandes noções alcançadas como referências necessárias, enquanto não forem atingidas as investigações de nossas temáticas mais específicas, que demandariam grande esforço coletivo. Buscamos oferecer certo panorama de confrontação, já que quase tudo relacionado com a escravidão e o direito brasileiro ainda nos parece à espera de ser um dia mais bem investigado, em sentido crítico.

As posições investigativas críticas foram assumidas para a reflexão sobre a formação do paradigma atual do direito brasileiro enquanto caminho possível de reconhecimento dos processos e fenômenos envolvidos na sua formação. O paradigma atual nasceu preponderantemente já com o país independente e no contexto de uma afirmação estatalista para o direito no Brasil, desde o início do séc. XIX. Contudo, sem ser imediatamente ou artificialmente como uma projeção total, como se poderia pensar de maneira equivocada, tendo sido construído após transcorrer um complexo percurso. Por isso, qualquer pesquisa profunda do direito brasileiro não teria seria possível sem considerar tal contexto histórico de transformação, particularmente a confrontação entre os paradigmas do Antigo Regime e a modernidade do direito.

A ideia de paradigma foi importante para caracterizar melhores momentos da formação jurídica brasileira, apesar de reconhecidamente não ser suficiente para atingir as complexidades profundas de tal fenômeno. Daí a pesquisa, quando possível, mais atenta a partir de fontes para apontar caminhos para tal investigação. O paradigma foi

205 *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895, p. 143. Essa obra foi acolhida como “manual” para o estudo do direito.

assumido enquanto modelo explicativo adequado, diante do campo do realizável, como fundamento apto para garantir, ou intentar, certa inteligibilidade. Não necessariamente há uma estrutura a ser forçadamente construída, mas aquilo que considera a complexidade e a busca por entendê-la nessa dimensão, diante das alternativas que estiveram diante dos(as) juristas em seus principais momentos de formação. Trata-se de uma exigência do próprio conhecimento para permitir o reconhecimento e a reflexão sobre os fenômenos jurídicos²⁰⁶, sem a aspiração de construção de modelos explicativos fechados de sentidos. Fundamental, então, ORLANDO DE CARVALHO ao ensinar que a ideia de paradigma como “critério reitor”²⁰⁷ é relevante para a identificação da juridicidade que “só pode achar-se no projecto de sociedade que toda a sociedade incorpora, pelo simples facto de o ser ou de assim se entender”²⁰⁸. Portanto, não fechada em uma dimensão que se poderia identificar como jurídica, mas integrada por outras dimensões do “político, económico, sociológico, etc.”, que compõem a ideia de projeto como um “feixe de fins”²⁰⁹ e “sendo o jurídico a instância coactivo-conformadora dessa realização”²¹⁰. Adverte, contudo, que um valor que seja vigente em um determinado “projecto social global”, “não faz dele valor jurídico”²¹¹, pois, deve-se investigar qual seria o critério para a definição dessa juridicidade, ou seja, aquilo que permite afirmar que a sua principal importância abrange não só a intenção de busca por sentidos que poderiam ser verificados em uma grande amplitude a partir do direito. Daí o cuidado de sua inserção dentro de um ambiente de interpretações e fatos históricos com características próprias, que devem ser considerados para a reflexão dos sentidos da juridicidade. No fundo, a fundamental busca por vínculos, em uma intencionalidade sempre crítica, entre os textos com

206 Foi seguida aqui uma versão simplificada, portanto, sem qualquer pretensão de atingir a complexidade do “Schematismus” kantiano, que parece ser a grande inspiração da ideia moderna do paradigma, cfr. Immanuel KANT, *Kritik der Reinen Vernunft*, Leipzig, Leopold Voss, 1853, p. 150-156.

207 ORLANDO DE CARVALHO, “Para um novo paradigma interpretativo: o Projecto Social Global”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIII, 1997, p. 6.

208 *Ibidem*, p. 8.

209 *Ibidem*, p. 10.

210 *Ibidem*, p. 8.

211 *Ibidem*, p. 16.

“as correntes de pensamento que mais lhe são aproximadas”, “a consciência espiritual que ela espelha”, bem como “a vida social econômica e ideológica do grupo em que ela nasce”²¹².

Portanto, o paradigma foi assumido como perspectiva para o reconhecimento de um parâmetro interpretativo, que se sujeita ao diálogo, não como um conceito estrutural e rígido condicionante de possibilidades. Tal caminho evidencia a grande diferença quanto às consequências teórico-explicativas decorrentes da identificação da juridicidade enquanto “sistema externo” – como “reino da técnica” – ou “sistema interno” – como “reino da ciência” –, da maneira que FRANÇOIS GÉNY²¹³ os distingue. A perspectiva de formação permite alcançar um sistema mais amplo de compreensão fundado em padrões mínimos de inteligibilidade que devem ser valorizados. Viabiliza, assim, a distinção entre “razão” e “vontade”²¹⁴, a dicotomia fundamental para a compreensão dos paradigmas jurídicos das perspectivas modernizadoras para o jurídico.

Parece não ter havido a confrontação de forma compartimentada entre sistemas de direito na então sociedade escravocrata brasileira, em razão da preponderância do pensamento orgânico e englobante. Algo que foi passando a ser mais perceptível após as compartimentações realizadas desde o fim do séc. XIX, com a divisão mais clara dos conceitos de “direito brasileiro” e “pensamento jurídico brasileiro”, apesar de tributárias ainda das contribuições especialmente importantes, se permitida aqui uma tal simplificação, da “Escola do Recife”²¹⁵.

Identificamos o paradigma do direito da sociedade escravocrata, naquilo que pôde ser afirmado como o seu projeto jurídico, desde uma

212 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1990, p. 2.

213 FRANÇOIS GÉNY *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1981, 52. Cfr. FRANÇOIS GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1995, 2 v.; e *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, L. Tenin, 1914, “Première partie”.

214 Para uma síntese breve e relevante da distinção, cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2014, p. 31-33.

215 João Maurício ADEODATO, “O Positivismo Culturalista da Escola de Recife”, *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, UNIVALI, v. 8, n. 2, 2003, p. 317 s. A simplificação de reflexões complexas, especialmente de TOBIAS BARRETO e SYLVIO ROMÉRO, sem mais, *data vênia*, nos parece muito equivocada.

compreensão viável para a reflexão da juridicidade a partir dessa sociedade, desde o contexto de formação das noções da juridicidade com nacionalidade envolvida pelas influências das ideias mais importantes do período, também diante da vida prática da luta por direitos, dentro do processo de modernização do direito. Como afirma ORLANDO DE CARVALHO, é sempre necessário buscar reconstruir o seu “inventário criterioso dos valores pendentes”²¹⁶, do seu “projecto social global”, naquilo que o(a) jurista pode reconhecer como o “Direito que *está* – que aí está, *hic et nunc*, na nossa vida quotidiana”, e que “aparece como norma ou, pelo menos, como um comando ou uma autorização, e aparece como um sentimento de que se pode ou se quer alguma coisa”²¹⁷, bem como a “regulamentação de interesses, que só na vida e à flor da vida se vislumbram”²¹⁸. Sentidos da juridicidade brasileira desde o séc. XIX, que só com essa dupla atenção poderiam ser viabilizados enquanto possibilidade de uma investigação séria.

Infelizmente, em razão da enorme carga temática envolvida nesses processos, foi necessário optar por uma pesquisa que fosse suficientemente importante para justificar a crítica e a posterior reflexão das especificidades do direito brasileiro. Dado isso, a escravidão demonstrou-se, por diversas razões, como o principal tema para realizar essa pesquisa. Como foi ficando evidente desde o início do trabalho, em geral a escravidão ainda não foi considerada com profundidade na investigação do direito brasileiro, nem nas perspectivas conservadoras nem nas críticas, demonstrando que a construção das origens para o direito brasileiro ou dos próprios institutos jurídicos não a consideraram propriamente como campo de reflexão. Tal situação abriu grandes possibilidades para questionar os motivos e os processos de formação desse quadro atual, exigindo a mobilização de um caminho para ser refletido, no sentido do estabelecimento de um horizonte de possibilidades. No processo de seleção e organização do passado a partir do presente, que claramente também foi realizado na área do direito no Brasil, a escravidão, por não se adequar ao fenômeno que aqui poderíamos denominar de “ilustração forçada”, foi apagada, conscientemente ou não, bem como utilizada como exemplo e comprovação dessa alegada ilustração. Daí a

216 *Op. cit.*, 1997, p. 11.

217 *Idem, op. cit.*, 1981, p. 24.

218 *Ibidem*, p. 59.

incontornável importância da pesquisa e da reflexão histórica²¹⁹ para a crítica dessas construções através da oposição à tal mitologia, que nada mais representa do que a crença em conclusões não demonstradas, *i. e.*, “*accettazione sostanzialmente acritica, o, il che è lo stesso, ideologicamente motivata*”²²⁰.

A construção simbólica do direito brasileiro valeu-se preponderantemente das construções mitológicas da modernidade, com o auxílio muito especial dos títulos de obras de grande projeção da era da escravidão brasileira. Tal pode ser visto em obras como *O abolicionismo*, de JOAQUIM NABUCO, e *Representação sobre a escravatura*, de JOSÉ BONIFÁCIO, enquanto outras, ao contrário, como *A escravidão no Brasil*, de PERDIGÃO MALHEIRO²²¹, não puderam contribuir para a tese da ilustração do direito brasileiro, sendo assim pouco referidas²²². Procuramos, assim, demonstrar que o tema da escravidão, em que a situação jurídica dos seres humanos foi definida enquanto semoventes e refletida como propriedade, apesar de a isso não se limitar, possui grande potencial de questionamento dos quadros históricos de formação do direito nacional pelo eixo do direito moderno de construção da individualidade. É essencial, no fundo, para a crítica ao alegado projeto iluminista que se

219 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 11.

220 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 7, nota 3, e p. 34.

221 Gostaríamos de abordar mais profundamente o pensamento de PERDIGÃO MALHEIRO, por representar a principal fonte de compreensão do direito da escravidão brasileira, mas não é possível em razão dos limites impostos ao trabalho. De qualquer forma, importa informar, por ser ainda autor desconhecido fora dessa temática, que foi um importante jurista brasileiro, tendo vivido entre 1824 e 1881, período quase correspondente ao da escravidão brasileira. Filho de um Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça do Império, homônimo, foi advogado e procurador dos Feitos da Fazenda Nacional, tendo grande proximidade com diversas questões jurídicas da escravidão. A sua principal obra é *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*, escrita em três volumes, *Parte 1ª (Jurídica): Direito sobre os escravos e libertos*, *Parte 2ª (Índios)* e *Parte 3ª (Africanos)*. Além disso, também referente às diversas problemáticas da escravidão, foi autor da obra *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional*.

222 Jurista cuja amplitude de produção em relação ao tema da escravidão, como alcançado com a nossa pesquisa, não encontramos em nenhum outro trabalho que tivemos acesso. Representativa adaptação de sua obra ao contexto posterior à abolição (“hagiografia”) pode ser vista na apresentação de José Antonio de AZEVEDO CASTRO à obra póstuma de PERDIGÃO MALHEIRO, *Consultas sobre varias questões de direito civil, commercial, e penal*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1884.

vale ainda da persistente e irrefletida²²³ mitologia burguesa e liberal de construção de nacionalidades, cidadanias e individualidades que corresponderiam ao modelo do sujeito de direitos. Esse processo é muito próprio da construção do direito e especialmente fundado a partir das projeções de imagens da igualdade e da liberdade na criação de ideias para o chamado direito moderno brasileiro, sem maiores preocupações com as contextualizações de cada uma dessas manifestações.

Por isso, pareceu de fundamental importância a ideia do paradigma, por permitir a identificação da dominância do discurso jurídico em relação às suas principais intencionalidades, já que permite a contextualização histórica do fenômeno com o afastamento das posições acríticas e artificiais, servindo também de anteparo conceitual para identificar as posições minoritárias de resistência, que não foram consideradas relevantes nesse processo. Tais cuidados foram tomados almejando atingir as variações e características dos fenômenos jurídicos.

Procuramos distinguir as contribuições fundamentais para aprofundar a questão da escravidão e suas consequências para o direito brasileiro, através do acompanhamento crítico dos discursos homogeneizantes de sentidos desejados. Pois, nos deparamos com um direito baseado em uma igualdade formal, projetado numa sociedade desigual, com grande profundidade e complexidade. Algo exigente de maior atenção pelo pensamento jurídico crítico do que o quadro encontrado em nossa pesquisa.

Nos pareceu importante indagar a formação do direito brasileiro a partir da escravidão não só porque foi o grande pilar de sustentação econômica da América portuguesa e do Brasil Imperial²²⁴, mas princi-

223 Mas que exigiu, e tem exigido, muito esforço para sua construção e manutenção. No fundo, a questão da não reflexão tem sido condição de sustentação ideológica de sua aceitação e legitimidade, não propriamente daqueles(as) que conscientemente a construíram. É significativo o exemplo desse tipo de ideologia de “purificação” temática, como teria ocorrido com a extração do Código Negro do movimento de codificação francês, cfr. Louis SALA-MOLINS, *Le Code Noir ou le calvarie de Canaan*, Paris, PUF, 2018.

224 Tipo de análise de fundamentos econômicos que, para deixarmos claro, não é hoje mais tão influente na historiografia brasileira, ao menos fora dos quadros neo-marxistas, mas que já foi importante para a crítica de vários mitos nacionais, como o da “democracia racial”. Apenas para indicar algumas obras clássicas, cfr. FLORESTAN

palmente por relacionar-se com as grandes desigualdades sociais, cujas consequências até hoje podem ser sentidas, incluída a vitalidade do racismo brasileiro. Mais ainda, por terem sido muito influentes as teorias raciais e as discussões que consideravam as raças como fundamentos decisivos para os projetos nacionais, amadurecidos a partir da década de 1860²²⁵. É justamente o que acabou por caracterizar o fim do séc. XIX e o início do XX²²⁶, num assimilado mito da “democracia racial” amadurecido em conjunto com o da nacionalidade²²⁷. O quadro exige, assim, passar pela compreensão de paradigmas, do reconhecimento das influências dessas teorias, especialmente no direito e no pensamento jurídico. Isso ocorre justamente por tais ideias terem sido correlatas com a elevação do discurso moderno de pressuposições de mundos, profundamente marcado pelas filosofias sociológicas eminentemente subjetivas, desde o fim da escravidão, bem como por ideologias que marcaram profundamente os discursos jurídicos brasileiros.

FERNANDES; ROGER BATISDE, *Relações raciais entre brancos e negros em São Paulo: Ensaio sociológico: as origens, as manifestações e os efeitos do preconceito de cor no município de São Paulo*, São Paulo, Anhembi, 1955; FLORESTAN FERNANDES, *A integração do negro na sociedade de classes*, São Paulo, Dominus, 1965; e *A revolução burguesa no Brasil: Ensaio de interpretação sociológica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1974; ROGER BATISDE, *Brasil: terra de contrastes*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1959; OCTAVIO IANNI, *As metamorfoses do escravo: apogeu e crise da escravatura no Brasil meridional*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962; e *Escravidão e racismo*, São Paulo, HUCITEC, 1978; CELSO FURTADO, *Formação econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1959; FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962; EMÍLIA VIOTTI DA COSTA, *Da senzala à colônia*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1966. Contudo, a importância dessas obras, apesar da mudança posterior das perspectivas investigativas, a nosso ver, permanece intacta.

225 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 276.

226 SCHWARCZ, *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993, p. 160-164.

227 Antonio Sérgio ALFREDO GUIMARÃES, “A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos)”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 13, n. 2, 2001, p. 124-126 e 129-132.

Justamente essa quase exclusão²²⁸ da escravidão como tema reflexivo e crítico do processo de formação do direito brasileiro, como buscamos ir deixando evidente a partir da investigação dos paradigmas, aponta para processos de esquecimento intencional e conseqüente insensibilização dos(as) juristas. Nos parece o resultado de movimentos sociais que almejaram a exclusão de determinados grupos humanos e de pessoas da própria ideia da construção jurídica nacional, em que pesem os discursos de homogeneização formal da igualdade e da cidadania, sendo clara herança da era de inautênticos discursos modernos de escamoteamento e dos ajustes ideológicos aos projetos de poder. São dinâmicas de inclusão e exclusão conscientes que não foram alheios às próprias posições sociais de quem tem refletido sobre a juridicidade nacional, os(as) juristas. Mantêm-se no contexto específico de um tipo especial de racismo que se formou no país, com força suficiente para promover — e manter com vitalidade — grande insensibilização quanto aos problemas profundos da sociedade brasileira. Especialmente, através de um processo de naturalização das desigualdades no horizonte amplo das misérias do Brasil, alheados intencionalmente do eixo de pressuposição de mundos do legal-normativismo.

A influência da economia em todo esse processo, apesar de não ter sido aqui considerada como suficiente para oferecer caminhos exclusivos para uma compreensão, não pôde ser deixada de lado. Isso porque a pesquisa abrangeu o período herdeiro da ênfase na economia que “*se torna moralista*”, como afirma JOSÉ LUÍS LÓPEZ ARANGUREN, cuja “*concepción moral, utilitaria ya antes de la doctrina que había de ser conocida con el nombre de utilitarismo*”²²⁹. Entretanto, apesar dos paradigmas econômicos também terem sido importantes para o nosso trabalho, pareceu melhor considerá-los apenas como acessórios à construção da juridicidade.

Por tudo isso, entendemos que a reflexão sobre a escravidão permitiu discutir ao menos o próprio olhar dos(as) juristas, inseridos(as) nos espaços que foram sendo reservados para alguns segmentos da po-

228 Só não afirmamos o afastamento integral por não ter sido possível atingir todo o amplo campo dessa problemática. Contudo, a sensação de alheamento integral dessa temática foi bastante perturbadora.

229 *Obras completas de José Luis L. Aranguren: Moral, sociología y política I*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, v. 4, p. 30 e 32.

pulação, para questionar os problemas da construção do direito moderno numa sociedade profundamente desigual, a partir do mundo social escravocrata. Claro que não foi buscada qualquer tipo de responsabilização ideológica, que se poderia exigir hoje sobre os processos pertencentes ao passado. Apenas refletimos os problemas do que se poderia afirmar hoje como inércia do presente, decorrente das ideologias que impedem a crítica mais profunda, e, para além, do ilusório paradigma da democracia racial. Tratamos, no fundo, das exigências reflexivas para defesa do Direito que se projeta enquanto justo, mas ainda não realizado especialmente pelas limitações dos próprios discursos pretensamente jurídicos.

Tentamos realizar o aprofundamento possível da escravidão no Brasil, em particular desde aquele já referido contexto de afirmação do Estado independente. Encontram-se aí, no nosso sentir, as mais importantes reflexões do paradigma atual do direito mantido ainda numa clara mitologia nacional de origens. Por isso, a atenção ao racismo e aos processos de construção de desigualdades sociais em confrontação às afirmações formais de igualdade jurídica dos projetos modernizadores do direito, com a preocupação com os contextos de formação. Sem essa atenção, ficaríamos apenas com narrativas ideológicas e acríicas imprestáveis para a reflexão exigida para a afirmação do Direito. Portanto, foram fundamentais para o trabalho as conexões entre a escravidão, como “não tema” para o direito brasileiro, e os processos de construção do paradigma atual da ideia dominante de juridicidade. As projeções de mundividências para o jurídico acompanhadas de certa omissão quanto aos problemas fundamentais de uma sociedade onde a desigualdade pode ser verificada sem a necessidade de maiores questionamentos e reflexões profundas²³⁰, v. g., a partir do simples olhar sobre a arquitetura das cidades brasileiras²³¹.

230 Essa é uma questão profunda, que pode ser consultada em George MARMELSTEIN LIMA, *A Judicialização da Ética: Um Projeto de Transformação da Ética em Direito Orientado pela Expansão do Círculo Ético*, Tese de Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 63 s.

231 Cfr. João Sette WHITAKER FERREIRA, “São Paulo: cidade da intolerância, ou o urbanismo ‘à brasileira’”, *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 25, n. 71, 2011, p. 73-88. Algo que pode ser visto no clássico texto de MILTON SANTOS, *A urbanização brasileira*, 5 ed., São Paulo, Edusp, 2009, p. 105 s.

Portanto, o desinteresse quanto ao tema da escravidão no nosso país – com “60% de sua população composta de pardos e negros, o Brasil pode ser considerado o segundo mais populoso país africano, depois da Nigéria”²³² – nos pareceu um problema fundamental a ser questionado em diversas áreas do conhecimento. Necessária e devida a reflexão especificamente da pesquisa jurídica, ainda mais diante do fato da maioria das pessoas em condição de extrema pobreza no país ser composta por pessoas assim identificadas, que sentem fortemente as consequências das construções de padrões sociais específicos, muitos deles herdeiros diretos da era das teorias raciais. Quanto a esse problema, reconhecemos nosso nível básico argumentativo, mas sem deixar de evidenciar a problemática profunda desse panorama social revelador diante de um quase absoluto silêncio da investigação jurídica brasileira quanto à escravidão.

Assumimos tal intencionalidade na construção do trabalho, a partir da preocupação com esse campo temático, sem significar qualquer tipo de ilusão quanto à possibilidade de isolamento dos fenômenos jurídicos e da crença em fechamentos acrílicos²³³ pelas *intetios*. Marcamos apenas nossa perspectiva, como eixo principal, de questionamento e reflexão de como a escravidão foi sendo refletida no campo do direito brasileiro. No fundo, nos valemos dessa escolha temática quanto ao de mais profundo pôde ser oposto em confrontação ao pretense discurso jurídico linear, dominante, conservador, acrílico e escalonado, ou seja, considerado como quase universalidade, pressuposta ou inserida em horizonte do pensamento, de um suposto e hegemônico projeto iluminista do direito. Isso se dá no nosso sentir ainda não realizado, mas quase

232 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 15. Seguimos a posição de HEBE MATTOS in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009c, p. 34, nota 6. A opção pela nomenclatura “negro(a)”, aqui reconhecida enquanto construção dos movimentos sociais e políticos, não abrangeu, em nosso trabalho, o profundo debate atual que a envolve. Apesar disso, mantivemos no texto tal referência, bem como as que foram mais comumente utilizadas nos diferentes contextos pesquisados. Tudo sem deixar de apontar que tais opções foram feitas com a consciência da profunda crítica realizada pelos movimentos de luta no Brasil, como pode ser visto em JOEL RUFINO DOS SANTOS, “Culturas Negras, civilização brasileira”, *Revista Palmares: Cultura Afro-Brasileira*, Brasília, Fundação Cultural Palmares, ano 1, n. 1, 2005, p. 4-9. Apoiados nesse mesmo autor, *in g.*, não utilizamos a denominação “afrodescendente”.

233 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 23 s.

sempre mobilizado enquanto tal a partir de certos eixos discursivos preponderantes e seletivos do pensamento jurídico tradicional, percebido pelas estratégias e táticas de contenção às ameaças ao núcleo da juridicidade mantida por certa filosofia da conservação do projeto estatista. No fundo, ainda se encontra dominante o “deslumbramento” dos(as) juristas que impede o reconhecimento das profundidades de tal fenômeno²³⁴.

Por tudo isso, pareceu claro que a pesquisa do tema da escravidão no Brasil por paradigmas, ainda hoje, não poderia ser realizada sem nos valermos profundamente dos trabalhos produzidos pela historiografia brasileira. O que exigiu da nossa investigação jurídica a constante atenção às intencionalidades daqueles trabalhos, apesar dos problemas de sua tradução e aproveitamento no campo do direito. Com o destaque para as produções baseadas em modelos explicativos mais rígidos, como os estruturalismos que vêm acompanhados de predeterminações de hierarquias e funções a serem quase que automaticamente preenchidas pela investigação, numa evidente busca de assentamento de determinismos²³⁵. Tais problemas que vimos claramente, *v. g.*, nos trabalhos inspirados em posições como as de ERIC HOBSBAWM²³⁶, apesar de ser proposta, em certo sentido, também como crítica de muitos problemas de sua própria estrutura analítica²³⁷. Mas também são vistas em adaptações mais clássicas que inserem os fenômenos históricos em uma tábua completa de sentidos²³⁸. Perspectivas contrapostas frontalmente por JACQUES LE GOFF, ao afirmar não haver historicidade no estruturalismo porque afasta a própria dinâmica histórica²³⁹, mas que, por sua vez, parece substituir o problema da estruturação pela grande ampliação de perspectivas em sentido aberto. No fundo, apesar dessas questões, que buscamos considerar, tais pesquisas foram consideradas imprescindíveis para o nosso trabalho.

234 Cf. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 32.

235 Cfr. POPPER, *op. cit.*, p. 131 s.

236 *Op. cit.*, 1997, p. 148 s.

237 *Ibidem*, p. 31.

238 Cfr. CAIO PRADO JUNIOR, *Formação do Brasil contemporâneo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011, p. 15.

239 *Reflexões sobre a história*, Lisboa, Edições 70, 2009, p. 8 e 24.

Tivemos atenção, assim, ao estruturalismo que influenciou em grande medida os estudos da escravidão brasileira. Em autores como OCTAVIO IANNI, *v. g.*, vem reconhecida a ênfase da compreensão da escravidão enquanto modelo de produção²⁴⁰, com consequentes naturalizações de explicações a partir de inevitabilidades das condições materiais necessárias para a exploração do meio²⁴¹. Trata-se, na verdade, de um amplo quadro de estudos da relação entre escravidão e capitalismo que, em geral, vão sendo adaptados aos próprios quadros mentais dessa forma de pensar todas as possibilidades reflexivas das questões pesquisadas. Apesar disso, tais contribuições foram importantes para o trabalho, mas não de forma decisiva, especialmente por muitas vezes não ter sido possível encontrar aí o direito ou por lhe ser destinado um papel previamente inserido em uma hierarquia explicativa pressuposta.

Reconhecidos tais problemas, as maiores contribuições foram buscadas na chamada historiografia social influenciada por autores(as) como EDWARD PALMER THOMPSON²⁴², cujo papel do direito nos pareceu mais adequado para a investigação jurídica e crítica. Contudo, mesmo aí, encontramos muitos problemas para a reflexão jurídica, em especial decorrentes de um certo pensamento ainda claramente estrutural e redutor, alheio às mais profundas transformações da própria juridicidade. Muitas vezes o direito vem identificado muito precariamente na superfície atemporal de um discurso de poder político para servir de instrumental para a compreensão dos fenômenos sociais. No fundo, o direito encontra-se caracterizado por atos oficiais, não somente leis, sendo dada pouca atenção às transformações do pensamento jurídico.

240 *Op. cit.*, 1978, p. 57.

241 *Ibidem*, p. 10. Como ilustração, pode ser vista a justificativa da escravidão indígena na Vila de São Paulo, nas bases de certa inevitabilidade de um certo caminho histórico, cfr. Sérgio Buarque de HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 27 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014b, p. 157.

242 A mudança da importância do direito para a historiografia brasileira, que ainda não vimos ter sido alterada, a partir desse autor, pode ser consultada em Alexandre FORTES, “O Direito na obra de E. P. Thompson”, *História Social*, Campinas, n. 2, 1995, p. 89-111. Influências da obra de Edward Palmer THOMPSON, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London, Penguin Books, 1990, publicada originariamente em 1975.

Por isso, foi dado um cuidado especial às intencionalidades dessas obras que consideram o direito como a projeção de um determinado modelo, não havendo, salvo raríssimas e importantes exceções, como buscamos evidenciar no texto, a preocupação mais profunda de se entender a historicidade do paradigma jurídico como condição de compreensão dos fenômenos jurídicos a ele também relacionados. Sem esquecermos que a preocupação da historiografia social não tem sido propriamente a juridicidade, a não ser enquanto possibilidade de compreensão dos grupos sociais e as suas dinâmicas na sociedade. Assim, o maior problema dessa importante produção, para aquilo que propomos, revela-se nas reduções do sentido de direito à lei, a que se resumiria somente à uma dimensão sancionatória, bem como no sentido da lei à lógica positivista-legalista que se projeta, mas não se investiga nem se reflete. Portanto, aparece o direito como lei e a lei como um imaginário direito atemporal, quase não importando o momento histórico considerado nessas investigações. Infelizmente, quanto à investigação jurídica, resumem-se muitas vezes em trabalhos muito superficiais e alheios à própria intencionalidade de compreensão dos fenômenos jurídicos no tempo.

É uma questão exigente de profunda atenção, já que propomos realizar aqui uma investigação reflexiva e propriamente jurídica para problematizar tanto o projeto de direito quanto as construções ideológicas do pensamento positivista²⁴³. Buscamos não promover a reprodução irrefletida de suas representações, que podem ser encontradas numa tradição assentada na redução promovida ao “*dado* passivamente recebido”, a rejeição de “um *mundo* que esteja por detrás daquilo que é percebido” com o “pejorativo” selo de metafísica, bem como pela consideração simplista de que “a norma, o texto legal, é já uma resposta a uma *questão de direito*”, sendo uma interpretação da própria juridicidade²⁴⁴. Sabemos que o direito tem o seu próprio tempo e com esse sentido deve ser considerado. Para não nos valermos da compreensão da juridicidade, a partir da dinâmica positivista, antes mesmo de ser notada a sua influência no direito brasileiro. Os problemas assim seriam multiplicados se aceita-se passivamente tais interpretações do paradigma do direito brasileiro.

243 Cfr. WIEACKER, *op. cit.*, p. 558 s.

244 JOÃO BAPTISTA MACHADO, *op. cit.*, p. 214.

Isso porque nos encontramos diante, ainda, de uma muito influente historiografia do direito positivista de fundamentação de institutos jurídicos, na qual a própria historiografia, a lei, os agentes públicos, os relatos, os costumes, os pensamentos jurídicos, as pessoas escravizadas etc. vêm sendo simplesmente reduzidos a um texto a-histórico e acrítico como construção do presente a partir de escolhas ideológicas. Mas também da quase exclusão da escravidão como tema para o direito, como se o processo de escravização moderno de seres humanos não fosse importante o suficiente para se pensar a formação do direito brasileiro.

Essa preocupação, no nosso sentir, não poderia ser alheada da reflexão do Direito compreendido enquanto justo, mesmo que por paradigmas. Assim, nos interessou reconhecer os principais afastamentos das origens históricas, especialmente relacionadas com a temática da escravidão. Cujo primeiro movimento deu-se no contexto da instauração da República brasileira e seu projeto modernizador do direito²⁴⁵, na conjuntura das teorias raciais, caracteriza-se pela construção de origens para o direito romper simbolicamente com o passado monárquico e escravagista. Mas também dentro das limitações impostas às utopias humanitárias do pós-Guerras Mundiais. Trata-se das representações universalistas de direitos humanos, em que passou a não importar mais a crítica do tempo do direito, mas a simples adoção de modelos criados e adaptados para a projeção de uma juridicidade específica. Seguem a trilha de uma herança reformulada do método especulativo do direito natural, no qual a historicidade da escravidão também não é profundamente considerada, já que se limita à imagem projetada pelo próprio modelo explicativo em que passou a não importar mais refletir sobre as transformações históricas da sociedade brasileira, por já estar tudo resolvido e edificado no patamar máximo para a dignidade humana enquanto eixo da juridicidade, positivamente considerada.

A reflexão do fenômeno da escravidão brasileira e a formação de sua juridicidade nacional foi almejada, a partir desse contexto, como nos pareceu fundamental, considerando os grandes campos teóricos presentes nas possibilidades de sua afirmação diante da amplitude dos diferentes tipos de pensamento e propostas para o jurídico. Portanto,

245 A delimitação do direito, em termos evolucionistas, através de sua separação enquanto objeto do conhecimento pode ser vista em ALBERTO SALLES, *Sobre a Moderna Concepção do Direito*, São Paulo, Typographia da Província, 1885, p. 147 s.

com a devida atenção às principais características sociais, econômicas e políticas brasileiras, que se traduziriam numa noção de paradigma. Tentamos perceber como essa ideia universalista de direito brasileiro, no nosso sentir, aponta para a pressuposição de sua própria construção que foi sendo naturalizada. Parece que tal questão não tem sido ainda muito refletida, no campo do direito brasileiro, em seus aspectos mais profundos, ou seja, com destaque para a noção de grandeza explicativa com a preocupação com o seu próprio processo de construção. Por essa razão, consideramos relevantes as noções amplas do paradigma, sem deixar de perceber as decisivas influências de sua própria formação. Valorizamos a sua importância, mas sem elevar uma estruturação rígida do pensamento, com destaque também às pequenas evidências²⁴⁶, sem o apelo exclusivo à quantidade para a demonstração do paradigma da racionalidade científica, com a desvalorização da qualidade²⁴⁷.

Polos que apesar de não terem sido opostos ou mesmo integrados neste trabalho, com a devida profundidade, nos pareceram fundamentais para pesquisar o direito e a escravidão no Brasil. Ao menos para marcar o finca-pé dentro da mitologia construída para legitimar a construção e as reconstruções do Estado-nação brasileiro, pelo simples confronto de intencionalidades, sem o esforço de ir além da sedimentação de ideias, que ficaria impedido o pensamento jurídico por ausência de campo reflexivo. Portanto, partimos do conceito mais amplo possível desde a filosofia crítica do direito para fundamentar a nossa reflexão final com o jurisprudencialismo. Optamos pela via não fixada por esquemas e apertada em caminhos já perspectivados, de forma a pensar a crise do direito brasileiro além dos esquadros de uma certa herança pretensamente científica. Trata-se dos recortes disciplinares assimilados, por sedimentação e numa reconhecida tradição, que têm vindo a amplificar a transformação da própria palavra “disciplina”, num sentido modelar, ou seja, a passagem da ideia de educação (“*to educate*”) para a de controle (“*process of control*”)²⁴⁸. Consideramos que a liberdade de manifestação do pensamento deveria ser pressuposta como absoluta-

246 Cfr. “Spie. Radici di un paradigma indiziario”, in Carlo GINZBURG, *Miti, emblemi, spie: morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 2000.

247 *Ibidem*, p. 191 s.

248 Lewis R. GORDON, *Disciplinary Decadence: Living Thought in Trying Times*, London, Paradigm Publishers, 2006, p. 3.

mente necessária²⁴⁹, por apostarmos numa concepção filosófica em perspectiva crítica. Mas sem afastar a noção de paradigmas como importantes para a compreensão do tempo próprio dos fenômenos jurídicos, apesar de reconhecidos os seus problemas.

7. Perspectivas do direito iluminista no Brasil

Com o esforço de não cair nas ainda muito comuns explicações fundadas no nacionalismo e sem entrarmos nas suas mais variadas falsificações²⁵⁰, com as lógicas de se “sonhar o passado”, claramente avessas às pesquisas jurídicas críticas, refletimos o direito iluminista no Brasil. De forma muito simples e breve, o evento da Independência demonstrou-se importante para entendermos as relações entre Portugal, a antiga América portuguesa e a criação do Brasil. Mas, ao contrário do próprio sentido semântico da denominação de tal fenômeno, a noção de rompimento mereceu ser considerada com muito cuidado no campo do direito que passou a ser afirmado como “brasileiro”, dentro da perspectiva de modernização pela via do projeto iluminista.

Para atingir uma profundidade reflexiva suficiente para pensarmos a formação do direito brasileiro — afastando o problema decorrente da “pretensão de uniformização”²⁵¹ —, pareceu importante fugirmos dos quadros de sua compreensão fundada em modelos tradicionais²⁵²,

249 No ponto, a afirmação de que a temática da escravidão é alheia à investigação jurídica filosófica, na base do pensamento categorial e classificador, cujo lugar indicado para sua tradicional “dominação” seria o de uma história do direito positivista e hagiográfica, levaria também ao absurdo de considerar, *n. g.*, a proposta metodológica para a juridicidade como alheia à filosofia do direito, por não ser propriamente filosófica.

250 Eric HOBBSBAWM; Terence RANGER (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 7 s.

251 Eunice Ribeiro DURHAM, “A Dinâmica Cultural na Sociedade Moderna”, *Arte em Revista*, São Paulo, CEAC, ano 2, n. 3, 1980, p. 14.

252 Cfr. Antonio PAIM, *História das ideias filosóficas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1967; Miguel REALE, *Teoria do Direito e do Estado*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

em vista da sua extrema superficialidade. Por isso, nos valem da relevância das condições materiais de reflexão do projeto iluminista do direito no Brasil, e não da pressuposição baseada em argumentos temerários de “importação e exportação” de ideias. Questão imprescindível já que em tal contexto histórico claramente a cultura jurídica ocupou o centro das preocupações²⁵³.

Nesse ponto, quanto ao acesso a tais quadros mentais baseado no trânsito de obras jurídicas entre Portugal e a América portuguesa, sendo mantido com a construção do Estado brasileiro, não encontramos qualquer alteração substancial desse amplo campo reflexivo, mesmo no contexto de rompimento político. Claro que havia a questão do tempo entre a publicação de uma obra e a sua chegada ao Brasil, como podemos ver com o exemplo da importante obra de VICENTE JOSÉ FERREIRA CARDOZO DA COSTA, o “Vicentino”, *Que he o Codigo Civil?*, sendo publicada em Lisboa em 1822²⁵⁴ e, também, no Brasil em 1828²⁵⁵, muito provavelmente pelo grande interesse despertado pelo seu prévio conhecimento no país, mas nada que impedisse o conhecimento dos textos jurídicos.

As relações entre os dois países, no séc. XIX, no campo jurídico, só foi condicionada ao próprio transporte de pessoas e cargas — os livros, na velocidade do serviço marítimo disponível, com viagens de

253 Cfr. HESPAÑA, *op. cit.*, 2015, p. 427.

254 Vicente José Ferreira CARDOZO DA COSTA, *Que he o Codigo Civil?*, Lisboa, Typographia de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822. A reflexão da importância dessa obra, na perspectiva do movimento da codificação e em profundidade reflexiva ímpar, pode ser consultada, especialmente, em REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 607 s.

255 Vicente José Ferreira CARDOZO DA COSTA, *Que he o Codigo Civil?*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial de P. Plancher-Seignot, 1828. A informação da reimpressão foi encontrada em ALMEIDA, *op. cit.*, p. LIII. Infelizmente, a obra referida, que consultamos na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro (ref. III-186, 2, 23), não contava com uma introdução própria para a edição brasileira, tratando-se basicamente do mesmo texto publicado em Portugal, inclusive com as famosas ilustrações da “árvore da Justiça”, contando apenas com uma pequena alteração na sequência do texto quanto ao “Projecto” apresentado. Ilustração, aliás, possivelmente inspirada nas imagens das árvores medievais, como a de RAMON LLULL, conhecida como “*lignum vitae*”, que consultamos em MANUEL LIMA, *The Book of Trees: Visualizing Branches of Knowledge*, New York, Princeton Architectural Press, 2014, p. 28, fig. 18.

aproximadamente dois meses no começo do século XIX²⁵⁶. Estas eram realizadas inicialmente por barcos à vela, cuja velocidade não se alterou muito durante esse período, passando para viagens de quinze a vinte dias nas rotas que foram sendo regularizadas em barcos à vapor²⁵⁷. Outro exemplo também significativo pode ser observado no texto *Anarchicall Fallacies*, de JEREMY BENTHAM, publicado na França, em 1816, por ÉTIENNE DUMONT, que foi quem lhe atribuiu esse título²⁵⁸, cuja tradução em português, *Sofismas anárquicos: exame crítico de diversas declarações dos direitos do homem e do cidadão*, foi logo oferecida por RENATO PEDRO BOIRET, um professor de francês no Rio de Janeiro, para a Assembleia Constituinte, na sessão de 1º de agosto de 1823²⁵⁹.

No sentido oposto, temos o exemplo da Carta Constitucional Portuguesa de 1826, outorgada²⁶⁰ e escrita a partir do texto da Constituição Imperial Brasileira de 1824, que foi adaptado por d. Pedro I (IV, em Portugal) e pelo Conselho de Estado brasileiro, como pode ser visto claramente nas anotações cursivas reproduzidas por AFONSO ARINOS²⁶¹. Impressa pela Typographia Imperial e Nacional do Rio de Janeiro, em

256 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 211. Esse interessante relato, de meados do séc. XIX, quanto ao desenvolvimento desse transporte entre Europa e América, inclusive com um quadro com as principais rotas, pode ser consultado em D. P. KIDDER; J. C. FLETCHER, *Brazil and the Brazilians, portrayed in Historical and Descriptive Sketches*, Philadelphia, Childs & Peterson, 1857, p. 606 s.

257 Cfr. Joaquim da COSTA LEITE, “O transporte dos emigrantes: da vela ao vapor na rota do Brasil, 1851-1914”, *Análise Social*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, v. XXVI, n. 112-113, 1991, p. 741-752.

258 Cfr. Hugo Adam BEDAU, “‘Anarchical Fallacies’: Bentham’s Attack on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, v. 22, n. 1, fev. 2000, p. 261-279. O texto foi importante para a reflexão da mudança dos crimes previstos nas Ordenações, diante da ascensão beccariana muito clara do *nulla poena sine lege* no direito brasileiro, a reconhecida aspiração à modernidade na legislação penal, vista já no Código Criminal de 1830, quase um século antes da codificação civil brasileira.

259 Cfr. BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembléa Constituinte, 1823, 1879*, tomo quarto, p. 5.

260 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2004a, p. 198.

261 *Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1972. Como a obra não possuía numeração de páginas, foi por nós esboçada para permitir a localização das referências.

1826, onde foi assinada, foi posteriormente enviada à Lisboa²⁶², tendo sido no mesmo ano recebida e reimpressa²⁶³. MARCELLO CAETANO afirma que “a Carta Constitucional chegou a Lisboa em 2 de julho de 1826, tendo sido trazida pelo embaixador britânico Lord Stuart”²⁶⁴. Vemos, então, como essa importante questão foi resolvida em poucos meses.

Com esses exemplos, a mitológica e ideológica separação entre Brasil e Portugal, *v. g.*, quanto ao acesso aos textos jurídicos, não tem qualquer sentido explicativo quanto à compreensão dos fenômenos jurídicos. Desse modo, as investigações críticas devem se afastar de tais dimensões quando mantidas ainda nas cada vez mais decadentes fábulas dos nacionalismos. O trânsito das obras jurídicas portuguesas e brasileiras foi sempre muito intenso e não encontramos evidências de que tenha sido interrompido em algum momento específico, apesar de terem ocorrido várias situações importantes de alteração profunda desse quadro decorrentes de crises políticas e censuras²⁶⁵, que possivelmente alteraram momentaneamente esse movimento, apesar de muito ineficazes e limitadas.

Por isso, no início da formação do direito brasileiro, mais especificamente no período desde a criação dos cursos jurídicos no país até a sua consolidação aproximada na década de 1850, a importância das obras jurídicas portuguesas também foi muito decisiva. Mesmo após a consolidação formal do ensino do direito no Brasil e abertas às possibilidades de afirmação de culturas jurídicas nacionais, tais referências não deixaram de fazer parte das reflexões sobre a juridicidade regional. Contudo, o reconhecimento do trânsito de obras jurídicas não implica na possibilidade de afirmarmos a homogeneização dos discursos jurídicos. Não se pode extrair daí aquilo que parece ser muito mais relevante, o fato de as reflexões sobre o direito terem sido feitas diante dos problemas práticos de cada contexto específico, como se deu, *v. g.*, muito claramente na formação jurídica nacional dentro da sociedade escravocrata.

262 *Ibidem*, p. 177.

263 *Ibidem*, p. 36-37.

264 *Constituições Portuguesas*, 4 ed. rev. e atual. com a análise da Constituição de 1976, Lisboa, Verbo, 1978, p. 36.

265 Cfr. António FERRÃO, *A censura literária durante o governo pombalino: subsídios para a história do pensamento em Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1926.

Apenas para ilustrar aquilo que poderia ter sido feito com tantas obras jurídicas da época, tivemos acesso a um anúncio de leilão de algumas obras legadas em razão do falecimento de AGOSTINHO MARQUES PERDIGÃO MALHEIRO. Pai do jurista homônimo que deixou a mais importante obra jurídica sobre a escravidão brasileira, como veremos, foi Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, de 1846 a 1860. Naquele texto foram descritos vários juristas já de muita expressão, tais como, LOBÃO, CORRÊA TELLES, PEREIRA E SOUZA e MELO FREIRE. Entre eles, outros autores portugueses, brasileiros, além de outros contextos, em especial, o norte-americano e o europeu²⁶⁶.

Por isso, consideramos tal ponto muito importante para o nosso trabalho, sendo finca-pé incontornável que as obras portuguesas chegaram e foram conhecidas, além da produção jurídica europeia, especialmente francesa, bem como a norte-americana. Claro que, inicialmente, apenas por uma elite alfabetizada, como era característico do séc. XIX. Também sem desconsideramos a importância e a força absoluta das comunicações orais no período, nem a possibilidade de lutar por direitos por caminhos que não os “ilustrados”. Assim, foi sendo fundamental perceber como tais obras foram sendo refletidas e inseridas nas questões jurídicas práticas da sociedade escravocrata, no contexto brasileiro. Destacaram-se, dentro do grande quadro dessas referências, as obras jurídicas produzidas no Brasil²⁶⁷, com as modificações provocadas pela criação das Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, além das produzidas por juristas que não tiveram formação jurídica oficial.

O paradigma do acesso às obras, que certamente foi mais problemático entre os sécs. XVI e XVII, não mais no séc. XVIII, foi por nós considerado como plenamente existente a partir da Independência. Contudo, nessa generalização, não tivemos condições de salientar os fatos mais importantes que alteraram ou momentaneamente impe-

266 JUNIUS VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano XXXV, n. 329, quarta-feira, 28 nov. 1860b, p. 2.

267 Para uma panorama mais geral quanto à publicação de textos na América portuguesa, cfr. Carlos RIZZINI, *O livro, o jornal e a tipografia no Brasil: 1500-1822*, São Paulo, Kosmos, 1946; e Ana Maria de Almeida CAMARGO; Rubens BORBA DE MORAES, *Bibliografia da Imprensa Régia do Rio de Janeiro*, São Paulo, Edusp e Livraria Kosmos, 1993, v. 1 e 2.

diram²⁶⁸, nesse período de quase duzentos anos de formação complexa da noção de “uma cultura jurídica nacional”, o trânsito das obras jurídicas. Sob esse ponto de vista, certamente não sem assumir riscos, não se pode falar em qualquer tipo de isolamento aos grandes quadros mentais do direito moderno que devem, na perspectiva da compreensão histórica, ser sempre contrapostos ao direito no cotidiano (“*law in the books*” e “*law in action*”)²⁶⁹, se a perspectiva investigativa quiser mesmo afirmar-se como crítica e contextual.

Dito isso, com a delimitação das intencionalidades entre a crítica ao paradigma atual do direito brasileiro e a proposta de sua reflexão para a superação dos problemas da juridicidade, fundamentalmente quanto à viabilidade da realização do Direito, pareceu ser necessário perspectivarmos nossa pesquisa mais diretamente a partir das possibilidades de se fundar essa reflexão em bases científicas, com a evidência dessa preocupação nas fontes e sua determinada conjuntura. O trabalho, então, assentou-se com preferência às fontes mais diretamente relacionadas com a viabilização dessa compreensão, a mais ampla possível das juridicidades envolvidas na formação jurídica nacional. As interpretações dos(as) juristas foram as principais fontes a partir das quais buscamos, juntamente com a ampliação para as outras perspectivas, como os textos ditos oficiais, *v. g.*, a composição de um campo preferencial de discussão de sentidos.

Também de forma decisiva reconhecemos que o “trânsito” das ideias sobre o direito moderno, e mantido após a Independência, foi assegurado desde a época da América portuguesa. Não de maneira uniforme, mas reconhecível enquanto campo de possibilidades teóricas e práticas para a pesquisa do direito e da escravidão. As fontes, assim, foram consideradas dentro de uma sistematização que viabilizasse a

268 Mesmo nos períodos de maior censura, como o do governo joanino, o acesso às obras nunca foi interdito. Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 202.

269 Cfr. HESPANHA, *Caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2012, p. 67 s. Para a clássica posição de uma permanente e intensa difusão das mentalidades portuguesas no Brasil, mas certamente totalmente inserida dentro das grades conceituais da nacionalidade e das raças, muito influente no contexto de produção dessa obra, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 49 s. Para uma reflexão sobre a importância nos dias de hoje dessa clássica obra, cfr. SÉRGIO COSTA, “O Brasil de Sérgio Buarque de Holanda”, *Sociedade e Estado*, Brasília, UnB, v. 29, n. 3, 2014, p. 823-839.

identificação do campo do jurídico, também passando por uma certa “análise estrutural”²⁷⁰. Entretanto, o sentido estrutural do nosso trabalho não foi além da organização das fontes para a construção de um discurso de fundamento crítico, em que seriam reconhecidos os sentidos e as intencionalidades das construções das obras consultadas.

Desse modo, o critério da escolha foi feito após a análise preliminar de suficiência das fontes. Primárias, quando produzidas em proximidade com o contexto histórico a que se referem, bem como as secundárias, aquelas que intencionam a interpretação a partir de outros momentos históricos, para a construção de sentidos mais amplos para as juridicidades. No fundo, pesquisamos textos que contribuíssem para a construção de nossa argumentação, pensando sempre na importância de sua referência para a crítica e a indicação para o diálogo²⁷¹. Portanto, há a identificação da noção paradigmática das linhas gerais de uma complexidade suficientemente considerada, justamente para afastar os riscos de uma simples reprodução de narrativas de contextos interpretativos que não os do nosso presente, de forma a assumir as fontes para pensarmos nos problemas do direito, partindo de razoáveis compreensões.

Apesar de fixarmos nossa principal ênfase na investigação das obras jurídicas, em especial das fontes primárias propriamente ditas, como acesso às características de cada um dos paradigmas jurídicos abrangidos pela pesquisa, não pretendemos isolar as possibilidades de uma constante ampliação da investigação. Por isso, assumimos também a busca por reflexões e análises críticas mais profundas, das mais diversas áreas do conhecimento, em perspectiva referencial e comparativa ao que temos à disposição atualmente no Brasil. Assim, demos especial atenção à própria construção das narrativas fundacionais da nacionalidade para viabilizar a compreensão na longa duração das construções da juridicidade a partir do contexto da sociedade escravocrata, como garantia de uma cientificidade apta para o diálogo científico.

Justamente o tempo longo, no sentido proposto por PIERRE BOURDIEU, enquanto decorrência de práticas e atitudes conscientemen-

270 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 30 s. Método que considerou “razoavelmente válido”, em obra mais recente, *op. cit.*, 2015, p. 75, nota 109.

271 Daí a opção pelas nossas “referências complementares”, já indicada.

te projetadas, formando o chamado “*habitus scientifique*”²⁷², nos pareceu interessante para a compreensão suficiente dos fenômenos da juridicidade desde a escravidão no Brasil. Logo, sem a intenção de construção do trabalho a partir da rigidez de uma ordem cronológica qualquer²⁷³, normalmente simplificada em termos evolutivos e fundada na crença em “uma lei universal no ritmo do pensamento filosófico em todos os tempos”²⁷⁴. Isso porque tal noção, sem os devidos cuidados, muitas vezes tem sido equivocadamente entendida em sentido determinista, no qual prepondera a valorização muitas vezes moral ou até mesmo isoladamente subjetiva de “um pior para um melhor”. São começos incompletos que vão sendo preenchidos por conhecimentos pelo caminho. É uma posição na qual claramente são afastadas quaisquer críticas profundas, como atestam os quadros mentais do positivismo. Nada mais diverso das intencionalidades que defendemos em nosso trabalho. O(A) jurista deve sempre fazer a reflexão contextual dos fenômenos do direito nas relações profundas de tempo e espaço. Por isso, nada mais preocupante do que a convicção no transporte de conceitos e ideias de um lugar para outro irrefletidamente. Necessário, então, destacar MICHEL VILLEY e seu reconhecimento de que “*en philosophie, je ne crois guère à l'évolution*”²⁷⁵. Dessa forma, as datas foram consideradas apenas para a construção de uma sistematização para os fenômenos através da relação de antecedência temporal e contextual, não para serem unidas em uma linha tracejada até uma espécie de êxtase discursivo.

Cabe destacar que muitas das principais obras jurídicas do Brasil do séc. XIX, que foram produzidas no contexto-base para a construção de uma juridicidade específica com nacionalidade, responsável pela formação de consequentes formas de percepção em seus agentes²⁷⁶, permaneceram com grande vitalidade mesmo após a codificação civil²⁷⁷.

272 *Op. cit.*, 2001, p. 78.

273 Muito menos nos valermos de explorações binárias e simplistas, como a ideia de classe dominante, cuja crítica pode ser vista em BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 215 s.

274 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 34 e 35.

275 *Op. cit.*, 1975, p. 425.

276 Cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2001, p. 110 s.

277 Tal vitalidade pode ser conferida pelas influências, *v. g.*, da obra de MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA DE LOBÃO, *Tratado historico, encyclopedio, critico, pratico sobre todos os direitos relativos a casas quanto ás materias civis e criminaes*, Lisboa, Imprensa Nacional,

Dessa maneira, não houve o rompimento profundo e instantâneo com o paradigma jurídico anterior, em linhas referenciais e reflexivas, característico do Antigo Regime, tendo mantido grande influência para refletir também o direito codificado. Daí a especial atenção à “descontinuidade e rutura” da história jurídica, dos problemas importantes decorrentes da chamada tradição jurídica caracteristicamente “agregativa”, para que pudéssemos pensar o passado não como “um precursor do presente”, devendo “ser lido na perspectiva do que veio depois” para ser “libertado do presente”²⁷⁸. Isso permitiu, ao menos, romper com o uso ideológico de construções passadas como legitimação do presente, sem maiores esforços de acomodação. Nos afastamos da ainda muito comum noção de que estaríamos no ápice de um processo racional e evolutivo que não merecesse mais ser pensado e construído, mas simplesmente conservado. Processos de sedimentação de situações que foram sendo organizadas pelo olhar do(a) jurista positivista, como se não importasse mais a contextualização dos fatos²⁷⁹, mas as formas resultantes de suas projeções em discursos pretensamente científicos.

Tais cuidados foram essenciais para pensarmos o direito iluminista no Brasil. Pois, o longo período de quase duzentos anos da Independência e o início da construção do Estado brasileiro, conseqüentemente da formação dos conceitos de direito desde aí considerados, em grande medida, encerraram o pensamento jurídico brasileiro em paradigmas monistas. Daí a elevação de pontos de sentido mais amplos que possibilitassem a construção, a partir da crítica profunda, de paradigmas suficientes para a investigação jurídica. Portanto, assumimos a complexidade em oposição à simplificação artificial dos fenômenos jurídicos como postura essencial para a compreensão crítica do sentido do Direito. Daí o destaque aos grandes quadros de sentidos como condição para nossa desejada intencionalidade crítica, para afastar os problemas decorrentes da diacronia que turva as possibilidades interpretativas ou mesmo impede qualquer tipo de compreensão mais profunda do fenômeno jurídico.

1881. Foi reeditada, por exemplo, em 1915. Acrescentamos, por conta própria, ao nome desse grande jurista, como forma de homenagem, a referência à freguesia de Lobão da Beira.

278 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 29 e 30.

279 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 50 s.

Defendemos a importância discursivo-cultural do pensamento jurídico crítico, conseqüentemente não restrito aos mesmos paradigmas do direito em crise que queremos superar. Isso porque o projeto iluminista tem sido considerado enquanto simples resultado da assimilação de certa tradição decorrente ideologicamente da modernidade, que seria reduzida por seus característicos discursos lineares. Daí encontram-se afastadas as profundidades reflexivas que a investigação mais crítica do fenômeno do direito poderia alcançar. Grande exemplo desse risco, muito recorrente, tem sido a transposição de uma ideia que se tem sobre a juridicidade atual para o passado. Resultante da ideologia do paradigma legalista ou normativista, vale-se do sentido positivo da historicidade reproduzida acriticamente, sem qualquer tipo de investigação profunda. Paira certa onipresença de um passado mítico, transformando leis, atos estatais, obras jurídicas, decisões judiciais, direitos costumeiros, entre outros fenômenos jurídicos complexos, em simples dados acomodados em um arranjo ideológico para o direito do presente.

A historicidade aí identificada tem sido absolutamente superficial, já que considerada apenas em dimensão cronológica e harmônica, em que tudo passa a ser lido nessa perspectiva a partir de uma certa racionalidade do presente, não importando em essência qual fenômeno, época ou contexto investigado. Dessa forma, pouco interessam as alterações dos paradigmas das juridicidades e suas decorrentes peculiaridades, a evidenciar também certa influência dos movimentos da *linguistic turn*²⁸⁰. É um problema decorrente da concepção da interpretação jurídica na perspectiva de busca por sentidos a partir de textos, mas que não tem sido exclusividade dos(as) historiadores(as) nem dos(as) juristas, impondo contra o seu autoconhecimento automático uma reflexão de seu próprio tempo²⁸¹.

Nesse aspecto, a preocupação com o iluminismo no direito brasileiro, de forma fundamental, não poderia alhear-se do contexto de formação estatal marcado profundamente pela escravidão. Essa temática provoca o deslocamento do ponto de percepção para fora do contexto de sua afirmação enquanto única possibilidade e viabiliza a crítica mais profunda do paradigma jurídico. Para nós, é algo essencial para pensarmos a realização do direito, sendo considerados os problemas das

280 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 88 s.

281 *Ibidem*, p. 85 s.

desigualdades sociais e o sentido ainda possível do Direito enquanto alternativa cultural e humana. Portanto, aceitar as mais significativas fontes jurídicas desse período da pesquisa como fontes importantes, sem a preocupação por compreendê-las criticamente, nos pareceu um grave problema que tentamos não incorrer.

Como sabemos, o positivismo científico, *grosso modo*, nunca buscou reconhecer o conhecimento fora de sua própria lógica e livre das influências do empirismo, afastando a metafísica e tudo aquilo que pudesse ser considerado como alheio ao campo reconhecido como jurídico. Muito ao contrário, o fenômeno humano deve ser identificado em sua própria historicidade, ou seja, como foi manifestado, reconhecido ou projetado em determinada época e lugar, com as suas características específicas de uma formação cultural sempre específica, apesar das possíveis semelhanças com outros fenômenos. Por essa razão, não somente as fontes foram sempre indicadas para fundamentar os nossos argumentos, mas também tentamos corresponder à exigência de exposição franca dos caminhos e opções da pesquisa aqui realizada. No fundo, almejamos sempre garantir a ampla possibilidade de refutação das nossas posições que foram sendo assumidas²⁸².

A preocupação aqui foi afastar a nossa construção do trabalho das tradicionais posições acríicas, facilmente identificadas já que assumidas nas bases das naturalizações dos fatos históricos, como se quando vistos do presente passassem a ser um único caminho possível. Ou seja, as construções artificiais comuns dos fundamentos buscados no tempo para os institutos jurídicos do presente, sem preocupação com a sincronia, em que toda espécie de maleabilidade argumentativa tem sido mobilizada para a construção de textos intencionais para justificação dos projetos alegadamente jurídicos do presente.

Facilmente podemos perceber os processos de busca de fundamentos, a partir do passado²⁸³, para estruturar e fundamentar dogmáticas assumidas como projeções para o futuro. De forma mais ou menos consciente têm sido realizadas construções textuais, desde uma ainda dominante positivação, na qual encontramos simplesmente enumerações

282 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 43 e 53.

283 Certamente não propriamente aquele que “ilumina”, cfr. TOCQUEVILLE *apud* OST, *op. cit.*, 1999, p. 10.

de datas, fatos e documentos. Ao ritmo da positivação do presente, tais discursos afastam qualquer tipo de intenção crítica e reflexão mais profunda exigidas para se pensar os fenômenos humanos, não apenas os jurídicos. No seu centro, especialmente das juridicidades construídas enquanto consequências de projetos políticos, normalmente encontramos o Estado ainda preocupado com sua própria genealogia e oficialidade²⁸⁴. Sendo o principal condutor dessas dinâmicas, particularmente das posições que identificam a juridicidade a partir daquilo que ele próprio produz, pode ser considerado como o grande responsável pela omissão intencional quanto às amplas lutas por direitos das pessoas humanas decorrentes dos movimentos sociais. Parece-lhe interessar a produção de narrativas fundadas na valorização e seleção de pontos de vista, bem como dos lugares ideologicamente institucionalizados. Assim, para quem não vê com bons olhos a defesa de valores inerentes à juridicidade, nada mais relevante do que evidenciar tais projeções para o direito, através de suas manifestações. Representações valorativas daqueles que dela participaram, ou desejaram participar, importam para o acesso à perspectiva de seus(as) autores(as)²⁸⁵.

A questão das fontes foi inserida na temática da interpretação enquanto condição para entendermos como vêm sendo construídas e em que consistem as diferentes características das juridicidades reconhecidas na própria formação do Estado brasileiro. São resultantes do progressivo esforço de redução da interpretação jurídica ao texto, com seus reconhecidos problemas para a compreensão da igualdade daí decorrentes. Apesar da delimitação espacial da nossa pesquisa, para a crítica desse processo, consideramos fundamental destacar as ideias mais influentes no pensamento jurídico moderno. No fundo, serve para questionar se tal formação específica decorrente da construção nacional ainda condiciona aquilo que muito simplesmente pode ser afirmado como cultura jurídica brasileira. Para isso, foi evidenciado o processo de seleção das fontes na própria construção do texto do trabalho, com a pretensão de facultar a abertura às possibilidades reflexivas das temáticas como integrante de uma dinâmica de conhecimento, afastando-se de uma redução a partir de selecionados fatos e suas dimensões. Assim, ressaltamos as informações consideradas como fundamentais para expor o

284 Cfr. HESAPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 55.

285 Cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2001, p. 184.

método da nossa pesquisa e permitir a refutação futura das afirmações realizadas²⁸⁶.

Contudo, destacamos os problemas das fontes, no longo prazo da formação da juridicidade nacional, para o acesso aos fenômenos jurídicos. São decorrentes de questões materiais, como desaparecimentos, ausências de sistematização ou mesmo destruição intencional, estando desorganizadas diante de uma quase total ausência de trabalhos de maior profundidade, por serem escassas as pesquisas jurídicas brasileiras sobre a escravidão. São obstáculos para o trabalho que buscamos confrontar com escolhas de fenômenos e perspectivas de interpretação suficientemente importantes para a construção de sentidos e propostas de crítica, mesmo que isso resultasse num aprofundamento da pesquisa da historicidade da formação do direito brasileiro. Posicionamos no centro o sentido do Direito — impossível de ser pensando sem levar em conta a historicidade, quando o tempo passado vem mobilizado —, com a pessoa humana nessa mesma perspectiva, enquanto escolha necessária para almejar o questionamento profundo²⁸⁷ da construção do paradigma atual do direito brasileiro. Assim, na pesquisa da escravidão brasileira, enfatizamos as fontes primárias, bem como as interpretações que mais diretamente com elas estiveram relacionadas. Nos esforçamos para pesquisar os textos jurídicos, de forma contextualiza com o seu próprio tempo, para a confrontação com as posteriores reinterpretações e usos que deles foram sendo feitos. Fizemos o cruzamento dessas fontes como “interpretação da palavra e do discurso”²⁸⁸, considerados essenciais para as questões jurídicas. Nos pareceu razoável essa opção diante do quadro encontrado para a pesquisa da escravidão e do direito no Brasil.

286 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 43 e 53.

287 Nesse sentido, fora da busca por evidências históricas, consideramos problemática a afirmação do sentido do Direito, se entendido como construção cultural no tempo, particularmente por sua vinculação às mitologias do direito estatal moderno. Encontra-se aí o tipo de um idealismo esvaziado que, por essa mesma deficiência, busca em pretensas tradições e imaginadas construções culturais figuras de linguagem para preencher de sentidos os discursos necessários para a sua própria legitimação.

288 MATTOSO, *op. cit.*, p. 49.

Diante dos problemas de acesso à temática do direito e da escravidão valorizamos a investigação da juridicidade em constante abertura para as contribuições das mais diversas áreas do conhecimento. Sem assumir as posturas de delimitação e marcação de limites e fronteiras, ao olharmos para o passado, características das investigações propriamente historiográficas exigentes do chamado recorte, bem como jurídicas marcadas pelo campo de pesquisa. Muito ao contrário, apenas nos valemos de investigações com diversas intencionalidades, não propriamente jurídicas, para abrir caminhos de compreensão dos fenômenos de construção do direito brasileiro. Mantivemos a atenção às diversas variações das contribuições que foram sendo indicadas no trabalho, mas não a definição da juridicidade, no que se refere ao seu aspecto histórico enquanto dado objetivamente considerado, desde as estruturas criadas pelo positivismo jurídico. Isso porque, como a intenção foi de tentar compreender criticamente o fenômeno da escravidão no Brasil, tal não seria possível com o isolamento das ideias jurídicas frente ao contexto social, nem pela planificação forçada de correntes de pensamento que não foram assumidas linearmente pelo direito construído no país. Como sabemos, as fontes jurídicas, se consideradas nos seus próprios contextos, nunca possuem o sentido de harmonia, característica do método da ciência moderna²⁸⁹, que se quer às vezes dar do presente para o passado.

Não afastamos a complexidade do contexto de origem das fontes, que inspiraram os(as) juristas brasileiros(as), mas a consideramos enquanto perspectiva de análise para abranger, sempre que possível, as reflexões específicas da formação da juridicidade local. Quadro que, pelo menos até o momento final da abolição da escravidão, nos pareceu não ter sido conduzido pelo esforço de uma escola jurídica brasileira específica para a construção do direito moderno no país. O fim da escravidão, *conditio sine qua non* para a elevação da juridicidade moderna — propriamente “*la giuridicità vincolata alla statualità*”²⁹⁰ —, resultou de esforços individuais e coletivos muito complexos²⁹¹, somente traduzíveis em feixes amplos de opiniões e posições quanto às perspectivas da escravidão para o direito brasileiro. Dessa forma, nos pareceu ser totalmente equivocada a consideração de que o fim da escravidão teria sido

289 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 559.

290 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 60.

291 Cfr. ANGELA ALONSO, *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)*, São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

construído exclusivamente no palco do direito, apesar de sua importância. Diante disso, qualquer tentativa de simplificação nos pareceu evidentemente problemática, sendo devido o cuidado de pensarmos os profundos problemas do direito desde aquele momento, com seriedade e preocupação de realizar a pesquisa e a reflexão amplas, por adequadas ao sentido de suficiência almejado no nosso trabalho.

Daí a opção metodológica para o acesso racionalizado aos principais temas da escravidão e suas correlações para se pensar a juridicidade nacional, com base na seleção de textos fundados em sua relevância de modo a atender a tal finalidade. Procuramos com a escravidão, mesmo que minimamente, abrir o campo de estudo do direito brasileiro, pensando já a possibilidade de superação dos problemas essenciais decorrentes dessa formação específica, numa aposta de que as compreensões profundas e as soluções somente decorrem de esforços coletivos de pesquisa e reflexão. Sendo possível caminhar assim, talvez, para a exploração mais profunda e crítica da persistência de certa fundamentação sociológica, como a característica dos movimentos positivistas nacionais²⁹², demarcadas enquanto perspectivas de limites, condições e escolhas fundadas ideologicamente para a adequação de sentidos falsificados para o Direito. Por isso, no nosso entender, a pesquisa do direito iluminista no Brasil apenas seria possível através da mobilização da escravidão. A sua consideração aqui demonstra-se muito mais importante do que em outros contextos, merecendo grande atenção para acesso crítico às possibilidades do projeto iluminista, diante da problemática do ser humano escravo e pensado quase sempre como propriedade a ser conservada. Contudo, sem afastar as questões da resistência e das lutas por direitos, cujos processos complexos ainda merecem ser melhor investigados pela pesquisa jurídica brasileira.

Assim, procuramos refletir os textos mais aptos para oferecer condições mínimas para, com o pensamento crítico e sincrético, contextualizar o problema do projeto jurídico iluminista no Brasil. Não almejamos a construção de grandes quadros de soluções para tais problemáticas, mas apenas indicar, pelo diálogo aberto e pela suficiência discursiva, alguns caminhos para a reflexão filosófica do direito brasilei-

292 Cfr. João CRUZ COSTA, “O positivismo na República: notas sobre a história do positivismo no Brasil”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, n. 15, 1953, p. 97-131.

ro. Como nos ensina REIS MARQUES, “as novas ideias são incapazes de se subtraírem a uma ‘comunidade de diálogo’, ainda que esse não seja mais do que um diálogo com a realidade”²⁹³. Por isso, tais aberturas foram consideradas necessárias, diante da crise do direito em nosso contexto, sentida não só na dimensão da dogmática jurídica, mas particularmente nos fundamentos ideológicos da legitimação do projeto jurídico vigente, diante da diversidade da sociedade brasileira. Algo que extrapolaria em muito, a não ser que houvesse a preocupação de conservação através de um centro de institucionalização, o sentido da crise do direito frente aos seus próprios referenciais da sua formação no tempo. Nesse quadro, para pensarmos a possibilidade do projeto iluminista do direito no Brasil, mobilizamos o pensamento jurídico para questionar as racionalidades exigidas para a sua efetivação. Como sabemos, diante das alternativas que se colocam ao Direito, pelo específico questionamento das racionalidades que têm-se valido dos mesmos sentidos universalizantes e estabilizadores das condições de possibilidade que, no fundo, são ainda mantidos pelo modelo de direito estatalista marcado pela pré-estabilização territorial e as consequentes delimitações conceituais²⁹⁴.

8. Nacionalidade e sua perspectiva unidimensional

De imediato, ficou claro que a pesquisa da construção dos paradigmas de direito no Brasil deveria considerar profundamente as construções ideológicas para a juridicidade nacional. Especialmente, os valores atrelados aos mitos da nacionalidade que, pela extrema força simbólica, comprometeriam integralmente qualquer proposta de investigação jurídica em sentido crítico. Como nos pareceu bastante óbvio, trata-se de questão fundamental para ser pensada quando intentada a compreensão do fenômeno jurídico moderno, se não traduzido ou diluído enquanto consequência acrítica de uma intencionalidade nacionalista qualquer²⁹⁵. No fundo, a aspiração científica para a reflexão do

293 *Op. cit.*, 2003, p. 500-501.

294 Cfr. Carlo GALLI, *Spazi politici: l'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

295 Tal afirmação, entretanto, não foi pensada para discutir o problema em suas

direito ficaria prejudicada com a consideração, sem cuidados, da nacionalidade.

No direito brasileiro, a questão da nacionalidade pode ser considerada muito importante, passando certamente por momentos históricos marcantes, como os regimes monárquico e republicano, que estruturaram territorialmente os símbolos da brasilidade, bem como do Estado Novo, que propriamente a construiu. Contudo, a sua formação parte do contexto da Independência²⁹⁶, refletindo e ressignificando o universo de valores que vinha sendo construído pelo direito estatal ocidental. É relevante o problema da fundamentação, também sociológica, característica dos sentidos de harmonização ampla exigidos pelo projeto legal-positivista construído no país, com a inserção de modelos humanos dentro dos discursos jurídicos. As diversidades sociais passaram a ser assumidas pelas singularidades dos projetos políticos, a eles se referindo ou adequando. Formou-se assim, também no plano do direito moderno brasileiro, um discurso monológico e os padrões para verificação de desvios e pertencimentos.

Dessa forma, num trabalho que levasse a sério o sentido do Direito, que mobiliza as ideias de limites, avaliações valorativas ou escolhas quanto às suas próprias possibilidades, tais questões não poderiam passar despercebidas. Portanto, a reflexão da formação jurídica nacional dependeu da atenção às questões e às suas influências na construção das referências históricas do período da nossa pesquisa. Claro que sem ser possível aprofundar cada uma das questões decorrentes, mas dando o devido destaque às artificialidades das projeções dos signos da nacionalidade na formação da homogeneização de sentidos para uma

perspectivas sociológicas e políticas, bem como as mais diversas intersecções entre esses campos e tantos outros, mas apenas o sentido reconhecido no campo da investigação jurídica que considerasse com profundidade o Direito e o Estado. Apesar disso, nosso interesse recaiu na indicação da importância de pensarmos desde aí criticamente, sem qualquer pretensão de oferecer um quadro amplo em substituição para a ultrapassagem do universo de artificiosos contentores, usualmente inquestionados, edificados a partir de símbolos influentes, tais como, “brasileiro(a)”, “Brasil”, “direito brasileiro”, etc. Expressões que, justamente pelo não questionamento, têm servido em grande medida para a estruturação quase que integral de parte da pesquisa jurídica brasileira.

296 Cfr. HEBE MATTOS, “Raça e cidadania no crepúsculo da modernidade escravista no Brasil”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009c, p. 25.

cultura jurídica local oficial e empobrecida. Como sabemos, trata-se de questões inseridas no amplo quadro de problemas dos tipos de racionalidades modernas que têm vindo a alimentar-se da aceleração do tempo do direito. Ligado, de forma rápida e irrefletida, ao voluntarismo da lei, bem como conjugado com a decisão moldada pelos métodos interpretativos do legal-normativismo. São processos ideológicos da bem conhecida ponte estreita da interpretação de textos em esquemas silogísticos e lógicos, com as limitações formalistas decorrentes da estruturação da juridicidade pelo poder político.

Ideologias que, infelizmente, têm contaminado não só o momento mais importante da realização do direito, mas fundamentalmente a própria reflexão da formação desse complexo fenômeno cultural. Daí a mobilização do pensamento jurídico crítico, mais ainda pelo fato de o período da pesquisa aqui realizada ter sido especialmente coincidente com os processos modernos de invenção de tradições²⁹⁷, marcantes entre os sécs. XIX e XX, para a legitimação da ação e a coesão de grupos. Houveram neles o predomínio da lógica comparativa, com destaque para o fenômeno do nacionalismo²⁹⁸. Para TZVETAN TODOROV, trata-se de consequências diretas da “distorção” das ideias iluministas²⁹⁹, com o desejo de vinculação da ideia de pátria³⁰⁰, enquanto conceitos estruturais dos Estados em formação naquele contexto ou dos que implantaram ali os seus projetos de poder.

Dessa forma, nos pareceu claro estarmos diante de um universo de conceitos que ainda possuem trânsito livre em alguns discursos jurídicos do nosso tempo, demonstrando fortemente a inquestionável naturalização desses fenômenos e suas bases ideológicas. Fundaram, pela progressiva perspectivação estreita do conhecimento humano, o famoso e débil esquadro do pertencimento a um determinado Estado-

297 No sentido de que aquilo que parece antigo muitas vezes é resultado de um processo critativo mais recente, HOBBSAWM, “Introduction: Inventing Traditions”, in

298 *Ibidem*, p. 13. De forma mais profundada em HOBBSAWM, *Nations and Nationalism since*

299 *Op. cit.*, p. 26.

300 Cfr. Fernando CARTROGA, “Pátria, Nação, Nacionalismo”, in Fernando TAVARES PIMENTA; Julião SOARES SOUSA; Luís Reis TORRALBA (coord.), *Comunidades Imaginadas: Nação e Nacionalismos em África*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2008, p. 21 s.

-nação, sendo talvez o mais importante pano de fundo das grandes polémicas no séc. XIX³⁰¹, que nos influenciam até hoje. Atingiram o seu ápice no mundo do direito brasileiro com a codificação civil de 1916 e o desenvolvimento do projeto nacional legal-normativista. Mas, apesar de tais discursos terem sido construídos no Brasil a partir do contexto de rompimento político e modificados com os projetos republicanos, foi certamente a codificação civil³⁰² que permitiu o aprofundamento das pretensões ideológicas nacionais.

Tais influências de conceitos e ideias da formação do direito nacional provocaram, através de processos de estreitamento, *v. g.*, a ocultação da decisiva influência, enquanto agentes históricos, dos mais diversos movimentos sociais. Sendo claramente excluídas, quanto à nossa temática, as pessoas que vivenciaram a era da escravidão. Diante disso, numa confrontação possível, buscamos evidenciar os sentidos da violência bastante claros, não somente física como psicológica, a imposição do sofrimento ou sua ameaça, como abertura crítica frente aos discursos ideológicos da formação jurídica nacional, alegadamente pacífica e harmônica. No fundo, é consequência da elevação dos dogmas do direito positivista, especialmente da plenitude lógica do ordenamento jurídico³⁰³. Portanto, passamos pela simbologia da escravidão e pelas conexões com a formação jurídica, cuja imensa carga reflexiva ainda está

301 A chamada questão das “originalidades”, desde a formação moderna dos temas da literatura influentes para a construção simbólica da modernidade luso-brasileira, decisivas para as criações dos nacionalismos português e brasileiro, com a indicação de fontes bibliográficas importantes, pode ser vista em Marçal de Menezes PAREDES, “A Querela dos Originais: notas sobre a polémica entre Sílvio Romero e Teófilo Braga”, *Estudos Ibero-Americanos. Edição Especial*, Porto Alegre, PUCRS, n. 2, 2006, p. 113 s. Cfr. TEÓFILO BRAGA, *A Patria Portuguesa: o território e a raça*, Porto, Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1894; SYLVIO ROMÉRO, *Uma Esperteza. Os cantos e contos populares do Brasil e o Sr. Teófilo Braga – protesto*, Rio de Janeiro, Typographia da Escola de Serafim José Alves, 1887.

302 Fenômeno ocorrido no Brasil na época áurea do nacionalismo, cujo panorama amplo Europeu e Norte-Americano pode ser consultado em HOBBSAWM, “Mass-Producing Traditions: Europe, 1870-1914”, in HOBBSAWM *et al.*, *op. cit.*, p. 263 s.

303 Cfr. HESPAÑA, *op. cit.*, 1978, p. 114.

para ser reconhecida, pesquisada e refletida devidamente pelo pensamento jurídico brasileiro.

Esse processo ideológico foi formado e reestruturado a partir dos paradigmas jurídicos consolidados no Brasil. O passado vai sendo reescrito na medida da afirmação de novas ideias e conceitos para a juridicidade brasileira, em movimento circular fundador da própria identidade nacional, por sua vez vinculando os sentidos da juridicidade no país. Assim, como não poderia deixar de ser, a reflexão sobre a criação cultural desses processos foi decisiva para evidenciar os processos, ideológicos e políticos, de invenção do passado, bem como a formação de toda uma mitologia a partir de seus próprios espaços e projetos de criação³⁰⁴. Essa opção nos levou a abordar essa questão a partir da formação da noção do jurídico com a nacionalidade desde seu momento inicial e, ainda, a noção de tradução simplificada, enquanto aspecto local de projetos mais amplos, particularmente da identidade do Estado brasileiro e a sua vinculação profunda com a escravidão – aquele Estado que, de acordo com PAOLO GROSSI, foi sendo identificado como “aparelho de poder” e “cristalização” da própria sociedade³⁰⁵, caracterizado enquanto moderno.

Diante da nossa temática, em particular da reflexão da juridicidade brasileira, a perspectiva neutra teria sido fundamentalmente problemática por desconsiderar a importância das próprias construções discursivas na formalização do direito do Estado brasileiro. Formado a partir da Independência e acompanhado pela construção de signos correlatos com certa tradição jurídica ocidental, não poderia ter sido abordado sem pretensões críticas. Só elas puderam evidenciar que as transformações políticas da modernização da juridicidade, com o fim do período monárquico, modificaram amplamente os signos e as ideologias do direito brasileiro. No entanto, a modernidade do direito é consequência da edificação da codificação civil, que provocou o rompimento com o mundo do direito complexo e antigo, simbolizado pelas Ordenações. Mas, justamente no atual paradigma normativo do direito brasileiro, assentado também em bases simbólicas e inserido na atual questão da realização do direito no nosso presente, que o problema da dimensão unidimensional da nacionalidade se agrava profundamente. É

304 Cfr. HOBBSAWM, *op. cit.*, 1997, p. 5-9; Claude LÉVI-STRAUSS, *Myth and Meaning*, New York, Schocken Books, 1995, p. 34-43.

305 *Op. cit.*, 2004, p. 8.

consequência não só da sua própria natureza moderna de estruturação estatal, desprovida de esforço de fundamentação teórica mais profunda e filosófica, mas também do rearranjo de passados desejados e selecionados para a sustentação ideológica desse projeto jurídico nacional.

Consideramos o mito da nacionalidade, que no Brasil foi intensificado com a República³⁰⁶, em especial no período do Estado Novo³⁰⁷, como imprescindível para refletir as transformações do direito brasileiro. Diante dele, mantendo a perspectiva crítica da pesquisa, procuramos expor as suas diferentes simbologias para legitimar a juridicidade nesse contexto cultural complexo. Assim, sem cair na rede dessa ideologia muito poderosa, consideramos ter realizado um grande esforço de investigação, de forma a não impor outro campo simbólico em substituição, com assemelhadas insuficiências de percepção crítica, apenas indicando a importância do sentido do Direito. Somente após esses cuidados passamos a pesquisar o sentido maior da construção específica do “projecto social global”, da manifestação da juridicidade pela definição de condutas através das coercitividades, não exclusivamente e limitado apenas ao “ponto de vista do poder que organiza a sociedade”³⁰⁸, em que as explicações nacionalistas normalmente têm prevalecido.

Obviamente, os fundamentos ideológicos da juridicidade nacional não se adaptam à escravização de seres humanos. Contudo, isso não ocorre propriamente pela avaliação dos padrões éticos e humanos do nosso presente, totalmente opostos àqueles fenômenos do passado, mas especialmente por colocar em causa grande parte da mitologia construída pelo direito moderno e pela crença na linearidade evolutiva da formação jurídica brasileira. Por essa razão, a escravidão nos pareceu relevante para pensarmos a formação dos paradigmas jurídicos e o próprio pensamento jurídico no Brasil. Além disso, nos serviu de grande contraponto reflexivo para pensar o tipo de proposta para o direito

306 Cfr. MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 92 s.

307 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 374 s. Contexto no qual, em 1931, a *Filosofia do Direito* foi afastada para dar lugar à *Introdução à Ciência do Direito*, em amplo processo de afirmação do estatualismo jurídico, cfr. Antônio Celso MENDES, *Filosofia jurídica no Brasil*, Curitiba, Editora Universitária Champagnat, 1992, p. 90 s.

308 ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1997, p. 12.

atual, considerado como o do nosso presente, fundando por uma pressuposição acrítica de origens que o sustenta ideologicamente³⁰⁹.

A questão da escravidão, ao ser posta, perspectiva os quadros mitológicos do direito estatal e oferece grandes possibilidades para a pesquisa crítica dialogar com os diferentes projetos para o direito no Brasil. Isso especialmente porque o paradigma jurídico construído no país, por não suportar ideologicamente a mobilização da escravização de seres humanos e as consequências em seu discurso pretensamente humanista e evolucionista linear, parece ter recorrido aos esforços de purificação simbólica dos projetos modernos do direito, com a exclusão de tal temática. Particularmente o sentido da nacionalidade provocou a construção dessa noção de singularidade, bem como o horizonte de escalonamento temporal das mudanças do direito dentro de parâmetros escolhidos enquanto idealizações modernas, de forma a progressivamente contornar dois fenômenos muito importantes em especial, a abolição da escravidão e a codificação civil. Circunstâncias que, ao contrário de motivarem a reflexão do mundo do direito em sentido crítico, para tentar compreender as mais diversas problemáticas ali presentes, foram sendo encarados como obstáculos à inserção do direito brasileiro em certo modelo jurídico iluminista.

Por isso, reconhecemos não ser possível encarar acriticamente as aspirações e a efetiva construção do projeto moderno para o direito brasileiro. É justamente o modelo de direito que, como nos ensina MÁRIO REIS MARQUES, almejou através da expressão codificadora a “emancipação do indivíduo considerado como um autêntico *prius* jurídico”³¹⁰. Dessa forma, o acesso aos horizontes de problemas da formação jurídica brasileira não seria possível sem a consideração profunda do direito da escravidão. E aí, particularmente nos interessou o mito da nacionalidade, por ter conseguido manter-se como anteparo ideológico para não serem pensadas as consequências das desigualdades dos processos de

309 A interessante abordagem dessa questão, para propostas de realização do direito, pode ser conferida em Luis Pietro SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987. O “espírito” de conservação da ideologia, dentro de um sentido hermenêutico estrito, pode ser visto em Paul RICOEUR, “L’Idéologie et L’Utopie: deux expressions de l’imaginaire social”, *Autres Temps: Cahiers d’Éthique Sociale et politique*, Paris, Automne, n. 2, 1984, p. 53-64.

310 *Op. cit.*, 1987, p. 129-130.

escravização de seres humanos, em correlação com a criação do direito brasileiro. No nosso sentir, esse é um ponto essencial por caracterizar propriamente a juridicidade no Brasil, não só em seus aspectos da transformação no tempo, mas especialmente pelas consequências sociais muito vivas e reconhecíveis no pensamento jurídico brasileiro³¹¹. Mantivemos, assim, a preocupação especial com a questão da nacionalidade³¹² e da criação das imagens para o Estado brasileiro assentado numa mitologia ainda atual.

A compreensão dos fenômenos humanos liga-se intimamente com o esforço intelectual de atenção também às próprias projeções do mundo de quem observa, os seus valores e prejuízos, da qual não escapa a pesquisa jurídica. Portanto, também o direito, ao ser investigado, vem acompanhado com a valorização do seu próprio tempo. A atenção aos problemas das projeções subjetivas merece ser constante para não impor à pesquisa jurídica posições baseadas em simples reproduções de elevações ideológicas. No fundo, são responsáveis pela formação de imensos obstáculos, herança das épocas em que não havia a preocupação com o pensamento mais elevado e crítico, ou seja, a racionalidade com um olhar menos superficial³¹³. Sem esses padrões minimamente aptos para encarar as complexidades humanas, não se notava que as diferenças entre as sociedades e os Estados, consideradas rígidas e eternas, eram antes apenas manifestações culturais em suas autonomias específicas. Claramente classificadas pelo olhar de seleção³¹⁴, com a correspondente hierarquização de valores inerentes de quem os projetava, construiu-se grande universo de discursos para pretensas juridicidades e suas respectivas sociedades. Além disso, numa tábua determinista

311 Mais uma vez, a recorrente ausência da escravidão nas reflexões da formação jurídica brasileira atesta tal diagnóstico.

312 Para um panorama atual da vitalidade da correlação entre nacionalismo e identidade coletiva, cfr. Anna TRIANDAFYLIDOU, “National Identity and Diversity: Towards Plural Nationalism”, in Jan DOBBERNACK; Tariq MODOOD, *Tolerance, Intolerance and Respect: Hard to Accept?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013, p. 159-185.

313 Cfr. Hans RYFEEL, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, München, Luchterhand, 1969, p. 299 s.

314 Questão de fácil constatação nos nossos dias nos debates das questões das grandes migrações, nos quais seguem mal disfarçados os valores das eras dos determinismos sociais e científicos raciais.

e evolutiva, foram estabelecidos ideologicamente os marcos e as evidências de atraso ou inaptidão. Portanto, valorações culturais e sociais bastante caras às eras das elevações das teorias raciais que, pensamos nós, além de não terem sido ainda confrontadas com profundidade na pesquisa jurídica nacional, têm afastado as mínimas pretensões de cientificidade da compreensão da formação do direito especificamente no Brasil.

Procuramos, então, estar atentos não somente ao exotismo ou ao estranhamento, que motivam não apenas a omissão pura e simples³¹⁵ da temática da escravidão na investigação jurídica, mas também as ainda comuns posições de “rusticidade”³¹⁶, “primitividade”³¹⁷ ou “inerentes defeitos ou ausências (preguiça, inaptidão)”³¹⁸ – fábulas repetidas, sem pensar, sobre as “aculturações” de indígenas, negros e “miscigenados”. Trata-se de consequências manifestas das teorias naturalistas do séc. XVIII e suas classificações imaginadas por racionalidades ainda pre-

315 Interessante notar como temas fundamentais para a compreensão do Direito e do Brasil, p. ex., como a questão da “fome”, são muitas vezes postos de lado, como nos faz ver o singular pensamento de JOSUÉ DE CASTRO, *Geografia da Fome. O dilema brasileiro – pão ou aço*, 10 ed., Rio de Janeiro, Edições Antares, 1984.

316 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 60; Carlos Fernando MATHIAS; Ibsen NORONHA; Rui de FIGUEIREDO MARCOS, *História do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 198: “a

317 V. g., WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, 1951, p. 98: “regiões povoadas por homens da mais rude primitividade”; “terra virgem, povoada de florestas virgens, na qual perambulava o gentio em gráu primitivo de civilização”, p. 131: “primitividade em que os naturais da terra – os *brasis* viviam”; WALDEMAR FERREIRA, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1952, tomo II, p. 118: “primitividade dos índios”. Outros exemplos, em contextos diversos: PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 11 e 56; PONTES DE MIRANDA, *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1979, p. 440; HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 213. Ou ainda, em CAIO PRADO JUNIOR, *op. cit.*, p. 21: “um território primitivo habitado por rala população indígena incapaz de fornecer qualquer coisa de realmente aproveitável”. Formas de pensamento marcadas pelo evolucionismo do séc. XIX, divulgadas por pensadores como COMTE e HEGEL, que buscavam compreender a história através de simplórios esquemas de escalonamento

318 Cfr. FIGUEIREDO MARCOS *et al.*, *op. cit.*, p. 358: “para compreender o início do tráfico atlântico, se faz necessário considerar a questão cultural indígena, pouco habituado ao tra-

sentes em nosso tempo³¹⁹ –, mas que em nossa perspectiva atual, ao permanecerem nesse estado como um ainda influente “senso comum”³²⁰, não deixam de expressar claros problemas decorrentes de deficiências críticas. As ausências de questionamentos e consultas às fontes do passado – ou mesmo a falta de leitura de fontes primárias – têm sido decorrentes de maior esforço de parte do pensamento moderno acomodado à projeção de mundos. As diferenças culturais são características das sociedades humanas, e nessa perspectiva devem ser refletidas, nunca pela já desgastada renovação da imagética de um certo racionalismo binário da época das racionalidades que conviviam bem com as invenções explicativas, por não oferecerem compreensões suficientes para diálogos científicos. Isso sem falar agora sobre o que foi mais bem analisado no decorrer do texto, as influências puras e simples das teorias raciais nos projetos de construção do pensamento jurídico e da afirmação do direito brasileiro, do fim do séc. XIX e início do séc. XX. Além disso, não foi possível abranger aqui o tema em sua perspectiva mais ampla, dentro do imperialismo marcante no mesmo período, que até hoje influencia a própria concepção da ideia moderna de nacionalismo³²¹.

Mesmo diante da simplificação aqui alcançada frente a uma complexidade não suportada, pareceu ser devida a especial atenção quanto às influências das noções de evolucionismo marcado especialmente pelas equações de fundo positivista³²². Aquilo que teria provocado a perda de “todas as outras virtualidades de desenvolvimento”³²³, bem como sido responsável por noções equivocadas, tais como aculturação e hierarqui-

319 Cujo potencial argumentativo nunca pode ser desprezado, inclusive de perpetração e justificação do mal dentro da modernidade, com a localização ideológica após os fatos e fora deles, cfr. Michael MANN, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, New York, Cambridge University Press, 2005, p. 18 s.

320 Quanto à sua influência política atual, cfr. Alan O'SHEA; Stuart HALL, “Common-sense Neoliberalism: The Battle over Common Sense is a Central Part of Our Political Life”, *Soundings*, London, Lawrence & Wishart, n. 55, 2013, p. 8-24. Em relação aos riscos do pensamento fundado no ainda renitente “exotismo”, cfr. OCTAVIO SOUZA, *op. cit.*, p. 145 s.

321 Cfr. Wolfgang J. MOMMSEN, *Imperialismustheorien: Ein Überblick über die neueren Imperialismusinterpretationen*, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987, p. 58-61.

322 Cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 34.

323 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 20.

zação social, decorrentes ou não de afirmações estatais, mesmo que não reconhecidas na ampla dimensão que possuem, nos pareceram oferecer graves obstáculos ao estudo da escravidão em conjunto com o Direito, caso não fossem assim reconhecidas. Por isso, procuramos não reproduzir percepções do passado e suas interpretações dos fatos correspondentes, em contraponto à redução dos fenômenos jurídicos ao jogo de responsabilidades e expiações, *v. g.*, com heróis(heroínas) e vilões(vilãs), bem como para não nos perdermos num exercício comum de “chave invertida”, que se vale dos mesmos eixos temáticos para construções em outros sentidos, pretensamente críticos.

Nos preocupou o Direito, certamente um fenômeno humano vital e identificado na sua própria pretensão por ter certa autonomia, mas difícil de ser criticamente pensado sem a ampliação de suas perspectivas em conjunto com outras formas de entender as sociedades humanas. Porém, sem consideramos a reflexão dos fenômenos jurídicos automaticamente vinculada aos condicionamentos de futuros, no sentido mesmo de *conditio sine qua non*. É fundamental pesquisar e refletir o direito no tempo, com o reconhecimento das diferentes culturas humanas não mais como uma cultura que se projeta sobre as outras, numa atitude muito semelhante a das “invasões bárbaras” do passado, agora em versão cultural³²⁴. Não podemos admitir essa postura nem mesmo nas conversas cotidianas, quanto mais no discurso jurídico, científico e crítico. Ressaltamos, por essas razões, a preocupação com a formação específica da nacionalidade brasileira, que se valeu e tem se valido particularmente da convergência uniformizadora das complexidades sociais para a legitimação do poder estatal³²⁵.

Sabemos que a imagética estatal construída especialmente nos sécs. XIX e XX ainda possui importância política e cultural, mas diante da perspectiva investigativa crítica a sua capacidade explicativa nos pareceu tendencialmente nula, apesar de certamente não ser neutra, na medida em que se impõe como modelo de invenção do seu próprio pas-

324 Cfr. Vanessa de Faria BERTO, “Cultura(s), civilização, barbárie: breve análise de conceitos à luz de algumas abordagens antropológicas”, *Revista do Laboratório de Estudos da Violência*, Marília, UNESP, ed. 13, 2014, p. 95-105.

325 Especificamente para o contexto europeu, cfr. Benedict ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on The Origin and Spread of Nationalism*, New York, Verso, 2006.

sado através do egoísmo e de sua “*morale strictement individualiste*”³²⁶. Justamente diante da história que o Estado, em regra, não possuiu ou não desejou mais possuir, como facilmente reconhecemos na tensão entre o direito brasileiro e a escravidão. Além disso, essa mitologia tem almejado a alteração dos fenômenos humanos, a construção do passado e a antecipação do mundo que se projeta para o futuro, numa atitude típica do direito positivista, sem respeitar a compreensão contextual do tempo “*historique instituant*”³²⁷. Nesse sentido, vemos ideologias que têm reduzido a participação dos(as) juristas a meras representações grotescas adaptadas aos discursos afirmados no presente. A exclusão da complexidade do tempo histórico dos(as) juristas retira também toda a riqueza e a força do pensamento, que só podem ser reconhecidas a partir de perspectivas complexas e com o esforço amplo de contextualização. Quando o tempo histórico sofre aceleração, com a inserção de uma antecipação que não está no presente, a dignidade dos(as) juristas do passado é desrespeitada, e os sentidos de seus trabalhos são praticamente inutilizados.

Apesar desses graves problemas, o fenômeno do direito brasileiro segue majoritariamente atrelado à construção da nacionalidade forçada, inventada e mitológica, valendo-se de signos hoje mais fáceis de serem percebidos em sua inconstância e em seu declínio, permanecendo como um paradigma muito forte a ser combatido, por manter as posições acríicas de construção do próprio pensamento jurídico brasileiro. Trata-se do círculo vicioso entre a ideologia estatal que sustenta seu projeto de direito e o pensamento jurídico acríico que a considera estritamente nessa dimensão problemática. No nosso sentir, nesse campo não haveria qualquer possibilidade de construção da necessária teoria do direito crítico-reflexiva, já que formado por assimilação de quadros ideológicos e políticos para a juridicidade. A projeção da nacionalidade, como a construída desde o séc. XIX conjuntamente com o Estado brasileiro, na passagem do fim do período colonial para uma necessária afirmação estatal, remanejada ideologicamente com a afirmação atual republicana, com destaque para o período do Estado Novo, à toda evidência, não poderia ser mantida inquestionada enquanto paradigma intocado. Mais ainda por aspirarmos no nosso trabalho à compreensão da formação jurídica como síntese possível de um projeto do Direito não realizado,

326 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 503.

327 OST, *op. cit.*, 1999, p. 27.

com seu sentido específico dentro de um amplo horizonte de reflexão, muito prejudicado pela nacionalidade e pelo processo de estabilização do poder através do projeto jurídico atual.

Os paradigmas do direito brasileiro e as suas construções históricas não podem ser compreendidos sem a noção dos quase dois séculos de afirmação nacional. Nos interessou o perfil estatalista do paradigma que consideramos ainda o do nosso presente, que apesar de criticado ainda não foi superado, particularmente marcado por dois períodos ditatoriais brasileiros, a chamada Era Vargas³²⁸ e o golpe militar de 1964³²⁹. São momentos marcantes no quadro do direito brasileiro, sob o ponto de vista da criação de uma monológica cultura jurídica nacional, que visaram o fortalecimento da centralização estatal do sistema jurídico e as formas de compreensão ideológica do legal-normativismo correspondentes. Importam por terem mantido até mesmo as mesmas bases mentais das alterações constitucionais que foram construídas, em grande medida, na base da hierarquização das fontes jurídicas no Brasil a partir do eixo estatalista da criação do direito.

Dessa forma, por investigação unidimensional, entendemos o esforço de edificação de sentidos para o mundo do direito em perspectiva desprovida de preocupação com a possibilidade de compreensão contextualizada. Particularmente importante para a pesquisa do campo jurídico, no qual ideias, posições e opções foram sendo expressas e mantidas especialmente ao redor do eixo da construção do Estado brasileiro, muitas vezes na base da centralidade exclusiva estatal, curiosamente levado, não em raros momentos, para contextos anteriores à sua própria formação³³⁰. A nacionalidade, então, estrategicamente projetada para o

328 Cfr. Dulce PANDOLFI, “Os anos 1930: as incertezas do regime”, in Jorge FERREIRA; Lucília de Almeida NEVES DELGADO (orgs.), *O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, v. 2, p. 15-37.

329 Cfr. Caio Navarro de TOLEDO (org.), *1964: Visões críticas do golpe – Democracia e reformas no populismo*, 2 ed., Campinas, Editora Unicamp, 2004.

330 Cfr. EVARISTO DE MORAES, *A escravidão africana no Brasil: das origens à extinção*, 3 ed., Brasília, Editora UnB, 1998, p. 15 s. Aliás, esse texto, apesar de sua grande importância para a investigação da escravidão no Brasil, pode ser considerado um grande exemplo de texto escrito sob a ótica do patriotismo conjugado com a pretensa tutela intelectual das elites, em um campo autônomo do político-partidarismo a-histórico, característico dos movimentos nacionalistas do início do séc. XX no país, em que

passado foi aqui convocada como chave de identificação desses tipos de análises, já que ao seu redor foram sendo posicionados os textos jurídicos em processos forçados de sentidos, ora para evidenciar o puro e simples acompanhamento de posições alienígenas, muitas vezes em noções comparativas, superficiais e tendentes à postura cândida, ora para denunciar certo descompasso a partir de padrões considerados valorações modelares e escalonadas³³¹. São problemas que buscamos superar com a valorização das fontes jurídicas primárias e com o esforço de compreensão dos textos jurídicos no contexto histórico em que foram produzidos.

Os perigos do paradigma do nacionalismo são mais do que evidentes, basta mobilizar os exemplos dos regimes totalitários. Por ser ainda festejado, na base de sensações e considerações do tipo “como um fato, o direito se manifesta através da consciência jurídica da nacionalidade, em cujas águas lustrais ele deve batizar-se para não crescer pagão”³³², pensamos que devíamos ter com ele a mais completa atenção, como reconhece HANNAH ARENDT: “*the national principal had led into provincial ignorance, and the battle fought by sanity was lost*”³³³. Trata-se da “representação épica e heroica” que não escaparam aos Estados modernos, mantendo-se ainda hoje muito viva a aspiração pelo pensamento singular na dimensão da unidimensionalidade, ou seja, “uma ‘nação’, uma ‘raça’, uma ‘cultura’, uma ‘tradição’, uma ‘civilização’, uma ‘fi-

comumente não podemos encontrar qualquer tipo de preocupação efetiva com a sociedade e as práticas humanas. Nesse texto, o povo (“grande massa popular”) quase (*n. g.*, p. 95, 105, 107, 127, 140) só chega no final da narrativa, na última página, correndo atrás da princesa Isabel no dia da abolição, bem como do próprio discurso produzido pelo eminente jurista, para chancelar os seus representantes, políticos ou não (p. 153). A mesma estratégia pode ser consultada na aprovação da lei do ventre livre, na “*sessão das flores*”, na qual o povo chega para cobrir de flores o Visconde do Rio Branco, que havia conduzido a aprovação desse texto (p. 79).

331 Cfr. ADEODATO (org.), *op. cit.*, 2015, p. 30 s. No ponto, ressaltamos a reiteração, no texto desse jurista e nessa obra (p. 23-44), de perspectivas problemáticas fundadas ainda em noções de “originalidade”, “continuidade” e “pensamento periférico”.

332 José Augusto Cesar SALGADO, “José Antonio Pimenta Bueno: Bandeirante do Direito Brasileiro”, *Revista Jusititia*, São Paulo, MPSP, v. 78, 1973, p. 168.

333 “Imperialism, Nationalism, Chauvinism”, *The Review of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 7, n. 4, 1945, p. 441.

losofia’, uma ‘ciência’”³³⁴. É uma questão impossível de ser deixada de lado por qualquer investigação jurídica alegadamente crítica.

Assim, foi importante no trabalho a preocupação com os problemáticos transportes de sentidos de textos e contextos, feitos de maneira acrítica, para a reflexão da formação da juridicidade brasileira. Procuramos ter atenção aos processos de criação de sentidos baseados nas idealizações nacionalistas que tradicionalmente têm estreitado e afastado a profundidade da investigação jurídica ao ponto de muitas vezes pouco ser aproveitado de tais posições, se assim fossem mantidas em estado de permanente irreflexão. Mas o problema, para nós, não foi o da nacionalidade em si, questão aqui não tocada profundamente, mas a sua utilização dentro de variadas perspectivas teleológicas de contenção da reflexão crítica do Direito. Dessa forma, entendemos que tal preocupação merecia estar na base da reflexão filosófica realizada em relação à formação dos paradigmas jurídicos brasileiros, por terem sido marcados, em grande medida, pelas influências de posições jurídicas formadas ao redor da ideia do direito como destilação do político. Sem essa atitude crítica, vários obstáculos decorreriam da desatenção às circunstâncias históricas complexas dessas formações jurídicas diante dos tradicionais quadros explicativos reconhecidos como insuperáveis. Sem o reconhecimento da profundidade do Direito, não teria sido possível perceber com clareza os processos ilusórios baseados numa consciente ou inconsciente sedimentação de sentidos a serviço da legitimação do Estado-nação, marcado no Brasil por evidentes dinâmicas de restrição³³⁵ e dos projetos de poder dependentes da nacionalidade.

Portanto, essas reflexões prévias à investigação da nossa temática demonstraram ser fundamentais para pensar o sentido do Direito diante da complexidade da sociedade e das comunidades brasileiras. Ponto de reflexão, assim, definido sem alheamento ideológico do campo das possibilidades para não nos valermos dos mesmos movimentos, seja de uniformização, simplificação ou tradução de diferentes formas de se pensar o Direito, a serviço da política ou da economia, dentre tantos outros discursos alheios à juridicidade, com a marca profunda da nacionalidade e da unidimensionalidade. Procuramos destacar as contenções

334 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2015, p. 84 e 130.

335 Cfr. Manuela CARNEIRO DA CUNHA, *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2012, p. 108.

subjetivas das complexidades sociais, nas quais sobressalta o desejo de ver em determinado sentido ao invés de compreender os problemas jurídicos.

É importante o questionamento também de um sentido comum da historicidade do direito moderno para a legitimação do direito estatal, de pressuposição de justiça para os seres humanos, que não pode ser admitido no caminho possível do Direito. É então devida a nossa preocupação com as posições para a juridicidade marcadas pela tábua da nacionalidade³³⁶ que, no nosso sentir, não têm conduzido ao direito justo. Ao contrário, pensamos que devemos partir do ser humano no centro, não exatamente da limitada imagem do(a) nacional. Assim, foi necessária a reflexão mais atenta à essa juridicidade limitante e nacional, diante do sentido possível do Direito, com a preocupação com romper as balizas mentais dos novos guetos contemporâneos e suas mentalidades de conservação de fronteiras do pensamento, para uma possível consideração mais adequada do Direito marcado por valores humanos. Sem essa reflexão, o sentido do Direito não nos pareceria possível, por manter-se restringido pela pura e simples política e por sua ideologia nacional, continuando a traduzir apenas o anseio de legitimação do exercício do poder por um alegado direito.

No Brasil, sem afirmar forçadamente qualquer tipo de especificidade que não pudesse ser vista também em outros contextos, a questão da nacionalidade³³⁷ nos pareceu estar associada à garantia da construção e da conservação ideológica das desigualdades sociais, baseando-se especialmente num certo “silêncio” de longa data³³⁸, como demonstrou

336 Particularmente, construída desde transformações e modelos definidos a partir do início do séc. XIX, cfr. ANDERSON, *op. cit.*, p. 67 s.

337 As principais etapas e figuras de linguagem dessa construção podem ser vistas em OLIVEIRA LIMA, *Aspectos da história e da cultura do Brasil*, Lisboa, Editora de A. M. Teixeira, 1923; e *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997.

338 Para ilustrar, como observado em manifestação de PIMENTA BUENO (“*homogeneity, if no real at least supposed, is the desired goal of nationalities*”), no Conselho de Estado, em 1862, na apreciação de pedido de aprovação dos estatutos da Sociedade Beneficente da Nação do Congo, cfr. Sidney CHALHOUB, “The Politics of Silence: Race and Citizenship in Nineteenth-Century Brazil”, *Slavery and Abolition*, New York, Routle-

a pesquisa da escravidão. Após o seu fim, foram repensadas as lógicas da homogeneização nacional em conjunto com o desenvolvimento das teorias raciais, a desembocar num racismo brasileiro específico, com a naturalização das diferenças essenciais entre os seres humanos, paralelamente à elevação da igualdade jurídica. Surge um quadro especialmente marcado pelo “problema histórico” de tal projeto para o direito estatal de ser ameaçado “pela escravidão a cada vez que procura uma referência simbólica para sua nacionalidade”³³⁹.

Claro que não são admitidas generalizações descuidadas em uma investigação científica, mas pensamos que a construção da nacionalidade e a elevação do direito moderno brasileiro foram as principais causas da ausência progressiva da pesquisa da problemática da escravidão até os nossos dias, com intencionalidade jurídica e crítica no Brasil. Portanto, justificamos desde aí a investigação histórica para a reflexão filosófica, atribuindo à historicidade um sentido mais profundo e complexo, por reconhecermos insuficientes as que foram consultadas na nossa pesquisa da escravidão brasileira. Já que, como afirma MARTIN HEIDEGGER, devemos manter ao menos viva a nossa curiosidade de se buscar saber como as coisas aconteceram³⁴⁰. Assim, buscamos compreender nossa temática além de certo fundo histórico e romântico da construção do direito e do pensamento jurídico brasileiro, que mantém sua vitalidade no Brasil, apesar de encontrar-se já em fase de decadência avançada quando refletida fora dos discursos ideológicos de manutenção simbólica do direito estatal, bem como no confronto de renovadas racionalidades com o limitado pensamento jurídico do legal-normativismo.

Nesse sentido, ressaltamos a centralidade do nosso problema, mesmo que num campo reflexivo estreito, pois sua força ideológica tem provocado, no nosso sentir, problemas essenciais na temática do direito e da escravidão, especialmente pela construção de certa ideia de nacionalidade brasileira. Reconhecemos a aspiração à construção identitária pelo escamoteamento das diferenças e das peculiaridades, claro que não somente da escravidão, apesar de indubitavelmente ser esse o exemplo

dge, v. 27, n. 1, 2006, p. 75 s.

339 OCTAVIO SOUZA, *op. cit.*, p. 92.

340 *Was heißt Denken?*, 5 Auflage, Tübingen, Max Niemeyer, 1994. Claro que não entramos na questão do esforço feito aí pelo grande filósofo para desconsideração ideológica do seu próprio passado muito próximo.

mais evidente, dos campos das possibilidades reflexivas da investigação jurídica crítica no Brasil. Tal tem sido a força dessa ideologia, inclusive no nosso tempo, mesmo provada cientificamente, *v. g.*, a igualdade do gênero humano, a existência de uma mesma linguagem humana cerebral. Nesse quadro de irreflexão, que pouco avança além da necessidade de fundamentação ideológica das próprias institucionalizações, ainda permanece a ideia da nacionalidade com bastante vitalidade no mundo da pesquisa jurídica brasileira, por ter sido muito pouco problematizada criticamente fora dos esquadros de um positivismo legal-normativista, incluídos os chamados direitos humanos “da ONU”³⁴¹.

Diante desse quadro marcadamente ideológico, pareceu importante a defesa do sentido do Direito como construção humana, não encerrado em uma dimensão política qualquer, como absolutamente necessário para a sua própria realização. Por isso, buscamos criticar a construção simbólica do projeto iluminista do direito, na qual segue a nacionalidade com pretensões de mundo fechado, que compromete integralmente a reflexão crítica. Não se ocupa em essência com o problema do Direito, apenas com os fundamentos ideológicos do projeto de um direito nacional. Assim, para oferecer o contraponto ao processo de purificação de um discurso jurídico homogêneo, a escravidão foi pesquisada com atenção à sua exclusão temática ou mesmo a ausência de problematização, bem como integrada nas propostas de superação da crise do direito e suas alternativas, por ser evidência dos graves problemas decorrentes da nacionalidade e das consequentes perspectivas que estão forçadamente alheias à complexidade e aos pluralismos culturais³⁴². Pois a nacionalidade — ou mesmo a ideia de progresso linear que muitas vezes a acompanha —, sem sobra de dúvidas, talvez seja ainda o maior obstáculo de qualquer reflexão pretensamente jurídico-filosófica realizada diante da construção do legal-normativismo.

341 Sentido crítico exigente da leitura integral do texto de BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, 2014.

342 Cfr. Joseph RAZ, “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, Oxford, John Wiley & Sons Ltd., v. 11, n. 3., 1998, p. 193-205.

9. Crise do direito brasileiro e jurisprudencialismo

O campo encontrado pela pesquisa sobre a escravidão no Brasil, com intencionalidade jurídica e reconhecida com seriedade ao menos a tentativa de compreensão desse fenômeno em conjunto com a formação jurídica nacional, justificou nossa postura de defesa e a aposta na ampliação das pesquisas sobre essa temática para oportunizar investigações interessantes em sentido crítico do direito e do pensamento jurídico brasileiro. Algo, portanto, essencial para a compreensão profunda da crise atual da juridicidade no Brasil, pois não encontramos quaisquer justificativas, que não ideológicas, para pesquisar o projeto iluminista do direito sem considerar o contexto brasileiro da escravização de seres humanos. Mesmo após o fim dessa era, com a abolição³⁴³, não nos pareceu possível alhear da reflexão jurídica as suas principais consequências, especialmente as relacionadas aos problemas do racismo, diante do claro comprometimento do vínculo entre a construção do direito moderno e a inserção da pessoa no centro da juridicidade, em que as desigualdades passaram a ser construídas por certos “processos de modernização”³⁴⁴. É justamente a pessoa que sofreu a escravidão que passou a ser vista, mesmo no campo jurídico, a partir de perspectivas raciais, com graves consequências para a vida prática da sociedade brasileira. Por isso, pesquisamos tal projeto acompanhando as mudanças do paradigma brasileiro desde a afirmação de uma juridicidade nacional até a construção do direito positivista, para pensar a sua crise atual em uma perspectiva jurisprudencialista mais ampla e além dos discursos de legitimação de tal projeto em desacordo com o sentido do Direito.

Dessa forma, indicamos as fontes das pesquisas, não somente nas referências em sua forma tradicional com a indicação das obras consultadas, mas também nas complementares³⁴⁵. Destacamos assim aquelas

343 Consequência de movimentos sociais e lutas por direitos, ao contrário do que faz crer certos fundamentos ideológicos nacionais, cfr. André BOTELHO; Lília Moritz SCHWARCZ, “Cidadania e Direitos: aproximações e relações”, in André BOTELHO; Lília Moritz SCHWARCZ (org.), *Cidadania, um projeto em construção*, São Paulo, Claro Enigma, 2012, p. 17.

344 Veit-Michael BADER, *Rassismus, Ethnizität, Bürgerschaft: Soziologische und Philosophische Überlegungen*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 1995, p. 46 s.

345 Procuramos expôr mais claramente a pesquisa realizada com a indicação das fontes de grande parte das referências do trabalho, além das utilizadas para fun-

não diretamente utilizadas na investigação, mas que foram referidas nas obras efetivamente consultadas, ou mesmo necessárias para o acesso às fontes do trabalho, bem como marcadas por outras intencionalidades que não propriamente as nossas, em vista de sua importância ao menos como suporte à pesquisa. Tal postura fundou-se na pretensão, *qui sapit*, de ampliação das futuras pesquisas jurídicas sobre o direito da escravidão no Brasil. Por essa razão, inserimos as fontes que confessadamente, em razão das nossas opções para a construção do texto, não foram suficientemente refletidas com profundidade ou mesmo em sua integralidade, sendo consultadas apenas superficialmente ou para a ampliação do campo de pesquisa, incluídas no rol das referências complementares. Valorizamos, assim, a abertura da investigação do eixo temático formado pela escravidão e o fenômeno da juridicidade nacional, justamente a que exige o “o reconhecimento de um ‘princípio normativo’ da juridicidade em que se objectiva a ‘consciência jurídica geral’ de uma certa comunidade histórico-cultural, com o seu núcleo numa ‘consciência axiológico-jurídica’ constituída pelos ‘princípios jurídicos fundamentais’ e o ‘sentido axiológico último’ do direito nessa mesma comunidade”³⁴⁶. No nosso sentir, entendemos que essa opção foi a mais adequada diante da provável limitação imposta pela escolha de um caminho de pesquisa mais fechado e menos significativo para a investigação jurídica brasileira.

A bibliografia seguiu os parâmetros tradicionais, mas a complementar foi construída com fontes consideradas acessoriamente importantes, sendo dado o destaque no corpo principal do texto ou em notas de rodapé, para o devido aprofundamento. Contudo, não foram indicadas na bibliografia aquelas fontes passíveis de serem consultadas a partir das indicações no próprio texto, por serem muito comuns e de fácil identificação, tais como a legislação atual, diários e declarações

damentar alguma questão paralela, enriquecer o argumento ou indicar caminhos possíveis para um melhor aprofundamento futuro dos diversos temas por nós aqui considerados. Convencidos de que o desejo de se alcançar o “todo” dos materiais hoje disponíveis para uma pesquisa jurídica séria demonstra somente a persistência da sedução pela noção de controle herdeira dos experimentos do cientificismo natural. Em nosso presente, tal pretensão, sob a perspectiva individual e com as limitações da vida humana, frente ao conjunto cada vez mais inacessível dos textos, descamba para a ilusão.

346 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 49.

oficiais, tratados etc. De todo modo, as informações das fontes foram indicadas na primeira vez que apareceram no texto de forma completa e, após, com as formas abreviadas, em conformidade com os padrões metodológicos adotados³⁴⁷.

A nossa intenção foi de expor de forma ampla as referências para serem utilizadas em outras consultas com maior cuidado e profundidade. Como optamos pela ampliação temática, foi inevitável reconhecer a já referida imensidão de textos para a nossa reflexão jurídica. Dessa forma, preferimos manter certa honestidade em reconhecer tais limitações e confrontá-las com a indicação das referências que foram encontradas na investigação. Demos ênfase às questões duvidosas e produtivas que pudessem ser levantadas, em detrimento da repetição e da afirmação equivocada de certezas tradicionais³⁴⁸. Algo realizado em paralelo à pesquisa dos paradigmas para a compreensão dos fenômenos jurídicos, a formação do direito brasileiro desde o rompimento com a situação colonial até chegar ao paradigma atual. No fundo, buscamos construir um trabalho não no sentido mecanicista, com sua artificiosa busca por linhas explicativas de uma racionalidade sempre referida, baseando-se numa ilusão qualquer da sucessão exata e certa³⁴⁹. É justamente a triste imagem do mundo cartesiano, facilmente previsível e anterior às mudanças produzidas pelas relatividades e probabilidades do pensamento da viragem para o séc. XX.

Nos preocupou o quadro das insuficientes inversões dos causalismos³⁵⁰ do pensamento positivista, com seus fatos e posições organizados em perspectiva, sujeito e objeto, sem valores ou mesmo finalidades além da sua própria ideologia. Objetividade do conhecimento normalmente aceita sem reconhecer o envolvimento dos discursos fundantes com as inevitáveis questões entre os sujeitos. Desde aí, nos valem os paradigmas para a produção de um texto marcado pela racionalidade críti-

347 No ponto, seguimos a padronização prevista da ABNT, especialmente nas NBR 10520/2002 e NBR 6023/2018.

348 Cfr. Michael STOLLEIS, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, Basel, Schwabe Verlag, 2008.

349 Sem deixar de reconhecer a nossa atual e evidente “crise da certeza”, cfr. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 56.

350 Cfr. Luis RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19 ed., México, Editorial Porrúa, 2008, p. 76 e 77.

ca, para a reflexão dos fenômenos jurídicos, respeitando sincronicamente o tempo próprio da juridicidade brasileira. Portanto, não como ponto de partida ou de chegada, mas antes atentos ao contexto complexo da própria noção de construção do direito brasileiro. Interessou-nos a sua afirmação a partir da sociedade escravocrata, na qual a desigualdade era a regra, sendo reconhecidas as problemáticas específicas impostas pelo sujeito de direito e o paradigma do direito moderno diante dos seres humanos escravizados.

Selecionamos alguns tópicos considerados fundamentais para a crítica da homogênea e insuficiente ideologia do direito atual brasileiro, a partir da centralidade³⁵¹ do tema da escravidão, para atingir um aprofundamento necessário das discussões para a realização do Direito no Brasil, com a sua perspectiva da igualdade frente à sociedade brasileira fundamentalmente desigual³⁵². Portanto, o trabalho foi pensado para um(a) leitor(a) específico(a) preocupado(a) com a juridicidade no Brasil e atento(a) ao discurso crítico. Mas, confessadamente, limitado às mudanças dos paradigmas jurídicos, com atenção às juridicidades, sem a menor ilusão de oferecer respostas às inúmeras consequências da formação do direito brasileiro a partir da sociedade escravocrata, além da proposta de reflexão jurídica final fundada no jurisprudencialismo. Sem afastar as perspectivas mais amplas para a reflexão da juridicidade, procuramos não nos afastar da proposta de superação da crise do direito.

O fenômeno da formação do direito brasileiro, desde o contexto da sociedade escravocrata, ocupou o ponto central do trabalho, já que entendemos que a crise atual do direito brasileiro deveria ser perspectívada mais profundamente. A partir daí, na busca de certa consciência da própria atividade de pesquisa, consideramos tal tema dentro do panorama das propostas jurídicas envolvidas nesse processo, bem como os mais amplos aspectos para sua compreensão no contexto de grandes transformações de paradigmas. Especificamente, a transformação da juridicidade do Antigo Regime para o direito moderno, com o remane-

351 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 33.

352 Algo exigente de esforços muito mais profundos para ir além das tradicionais, bifrontes e limitantes categorias de “justiça”, normalmente organizadas a partir de uma “linha evolutiva” ideológica do direito, conforme podemos ver exemplarmente em Giorgio DEL VECCHIO, “Igualdade e Desigualdade perante a Justiça”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 61, 1965, p. 26-43.

jamento de materiais jurídicos tradicionais e criação de novos para a afirmação estatalista do direito. Dinâmicas reconhecíveis criticamente a partir das mudanças dos modelos de direito ocidental, no amplo campo teórico disposto para a afirmação do direito brasileiro, a desembocar num tempo jurídico especificamente marcado por um contexto cultural muito complexo, que não podemos mais admitir em termos lineares e progressivos³⁵³.

Dessa forma, a pesquisa da juridicidade afirmada nacionalmente desde o direito complexo da então sociedade escravocrata brasileira exigiu o reconhecimento de textos preocupados com tal temática. Entre eles, foi dado destaque à produção de PERDIGÃO MALHEIRO, que referimos por diversas vezes no trabalho, por haver produzido obras fundamentais para a pesquisa do tema do direito e da escravidão no Brasil. Além disso, ele vivenciou tal sociedade escravocrata e refletiu os seus principais problemas dentro da complexidade do séc. XIX, sendo incontornável para a pesquisa da formação jurídica brasileira. Legou-nos, assim, obras marcadas com a preocupação jurídica³⁵⁴ quanto à escravização de seres humanos.

São obras essenciais para compreendermos como o direito construído no Brasil envolveu tanto o projeto jurídico estatalista, responsável pela estabilização já em termos modernos da escravização brasileira³⁵⁵, como contribuiu para a crítica do próprio sistema jurídico escravista. Dessa forma, estamos diante dos eixos de reflexão daquelas juridicidades reconhecíveis nos polos extremos da escravização de seres humanos, bem como nos movimentos abolicionistas e de luta por direitos. Dentro do sentido linear e evolucionista do direito positivista, limitado por padrões considerados dominantes em termos ocidentais, sem mais, tais questões não teriam sido nem ao menos reconhecidas.

353 Cfr. Helga NOWOTNY, *Eigenzeit: Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989, p. 17 s.

354 Apontou a falta de preocupação com a reflexão mais profunda do direito da escravidão no Brasil, cfr. *op. cit.*, 1867b, p. V: “votando á escravidão o mesmo desprezo que ao escravo, nenhuma atenção prestão”.

355 No sentido de organizada pelo Estado brasileiro através de modificações legislativas em sua tradicional juridicidade, apesar de não atingida a codificação civil.

Assim, consideramos os diferentes tipos de propostas para o direito no Brasil, desde uma perspectiva paradigmática, sem afastar as dificuldades de reflexão conjunta com o projeto iluminista de matriz europeia e norte-americana, bem como as perspectivas para pensar o sentido do Direito como possível, apesar de ainda não realizado. Nossa preocupação não recaiu exatamente nas discussões quanto à fidedignidade desse projeto a um modelo qualquer, mas nas reflexões específicas de problemas práticos. Tal nos serviu como critério de verificação da presença ou não, nos textos jurídicos da pesquisa, da preocupação com a individualidade e a construção do sujeito de direitos no direito brasileiro, cujo eixo temático nos pareceu muito importante para organizar nosso trabalho.

Assim, o sentido do Direito foi sendo considerado de forma ampla, não só o identificado nas lutas por direitos das pessoas, mas também os decorrentes do pensamento jurídico, no quadro das grandes influências referenciais, do direito positivo e de diversas intencionalidades políticas envolvidas que nos permitiram identificar ao menos os contornos dos diferentes projetos e propostas para a juridicidade brasileira. Envolve, assim, do projeto modernizador para o direito em conexão, ocorrido durante quase todo o séc. XIX, com a escravidão, o sujeito de direitos e os escravizados, a liberdade burguesa e a proteção da propriedade escrava, as lutas por direitos das pessoas escravizadas e o debate da igualdade. Diante de tais discussões, fomos procurando justificativas para a nossa preocupação atual, referente aos reflexos e às consequências desses processos, para compreendermos a especificidade da crise do direito brasileiro.

Destacamos a codificação civil brasileira responsável pela transformação profunda do paradigma da juridicidade, na qual as pessoas humanas passaram a ser reconhecidas como sujeitos de direitos. Entretanto, ressaltando que tal processo foi considerado nos principais projetos para a modernização do direito, já desde o contexto da sociedade escravocrata, apesar de alcançado com o Código Civil de 1916. Parece-nos fundamental compreender tal fenômeno a partir do choque entre o direito moderno e o mundo da escravidão fundado em fontes tradicionais, pela via da construção do direito privado. No fundo, buscamos não acomodar o fenômeno jurídico brasileiro em um certo modelo explicativo da modernização ocidental do direito, por ser muito insuficiente. Tal temática foi importante não só para acompanharmos a transformação do paradigma da juridicidade, mas especialmente para refletirmos as

consequências da afirmação da igualdade formal no contexto posterior ao fim da escravidão com a forte influência das teorias raciais no período.

Depois, a partir das grandes questões envolventes da construção do paradigma normativo atual do direito brasileiro, para a sua crítica e as possibilidades de superação, passamos para a nossa reflexão final. Pensamos a crise do direito brasileiro atual a partir de uma proposta jurisprudencialista, com destaque para a realização de direitos envolvente do problema do projeto jurídico da modernidade, perspectivado no Brasil com a sua profunda problemática decorrente das desigualdades sociais. Ressaltamos, assim, a proposta de superação pelo pensamento jurídico preocupado especialmente com a mudança fundamental a partir da interpretação jurídica, os valores e o sentido metodológico. Portanto, o panorama do direito reconhecível na formação da juridicidade brasileira foi considerado dentro dessa dinâmica, a partir da verificação das influências decisivas para se pensar o direito no Brasil e as formas de reflexão no contexto local. Através da crítica da formação do paradigma que consideramos presente, buscamos fundamentar a crise do legal-normativismo, as alternativas de superação e o sentido do Direito.

Nossa intenção foi atender às exigências sincrônicas do trabalho, mas sem a edificação de um todo discursivo articulado e fechado, já que a intencionalidade predominante foi crítica, não a construção dogmática, ao menos com o sentido usualmente identificado no pensamento positivista, que procuramos reconhecer criticamente a partir do jurisprudencialismo. Por isso, optamos pela ampliação do tema da escravidão e do direito no Brasil, com a pretensão de oferecer alguns caminhos de pesquisa, por nos afastarmos da conformada posição de aceitação das tradicionais posições do pensamento jurídico brasileiro, que sedimentou o mito fundador para o direito nacional. Almejamos assim um trabalho filosófico mais amplo, sem a desconsideração da historicidade para a organização do trabalho, através dos apoios temporais e espaciais, bem como a importância das evidências. Tais delimitações foram, por essa razão, propositadamente ampliadas e direcionadas para a reflexão crítica da juridicidade.

Como a intenção do trabalho foi crítica, não de construção de linhas ou sentidos evolutivos tão caros às não raras tradições jurídicas, procuramos pensar em termos referenciais. Assim, por exemplo, enquanto foi admitida pelas juridicidades da época a escravização de se-

res humanos no Brasil, não apenas pela ausência da pessoalidade, mas especialmente por não haver ali o reconhecimento do direito da liberdade, o projeto iluminista não pôde ser reconhecido. Cabe reiterar que sem tal intencionalidade³⁵⁶ no direito brasileiro, não necessariamente a realização prática, tal projeto iluminista não foi ali considerado seriamente como dominante, apesar das mais variadas aspirações para a sua efetivação. Dessa forma, organizamos nosso trabalho com a seleção de temas fundamentais para manter viva a preocupação sincrônica do trabalho, essencial para o acompanhamento com seriedade da transformação do pensamento jurídico. No mínimo, para viabilizar a pesquisa de textos reconhecendo os seus tempos próprios, pois sem a contextualização do campo investigado os seus sentidos seriam seriamente perdidos ou alterados.

Por fim, sem darmos a falsa impressão de estarmos diante de uma linha estruturante de sentidos para sustentar a proposta final de reflexão, já que ela tem vida própria, buscamos a contextualização mais profunda do problema da juridicidade brasileira. A pesquisa da formação do paradigma jurídico atual, desde a então sociedade escravocrata, decorreu então de sua própria importância, por estar na base da possibilidade de justificação da superação do problema atual do direito pelo caminho do pensamento jurídico. Confiamos em tais aberturas, no caminho de compreensão do fenômeno jurídico brasileiro, partindo da reflexão filosófica e crítica, tendo como referência um dado projeto jurídico iluminista para o Direito, para pensarmos a alternativa de reflexão, por fim, da superação da crise do direito no Brasil. Sua importância revelada a partir do direito da escravidão é fundamental para a compreensão do fenômeno jurídico no Brasil, sendo o mais elevado contraponto crítico à modernização do direito.

Assim sendo, diante desses polos investigativos – o direito da escravidão e a crise atual do direito, claro que de forma bastante reduzida, mas assentada no propósito de meditação deslocada dos discursos ficcionais e mitológicos, nos quais as noções para o jurídico chegam ao ponto de não ter tempo nem espaço –, buscamos pensar a crise atual do direito e o sentido do Direito em nossa sociedade. Contudo, não queremos afirmar sem com isso qualquer tipo de linha ou de ligação para a

356 Cfr. John R. SEARLE, “What is an institution?”, *Journal of Institutional Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 1, n. 1, 2005, p. 6-7.

categorização dos fenômenos. Antes, acreditamos que nosso presente se vale ainda acriticamente dessas construções, muito consideradas no plano simbólico para pensar o Direito, partindo da historicidade de tradições positivistas limitadas, que não podem ser deixadas sem reflexão. No fundo, não propomos a busca epistemológica do conceito de Direito, mas o pensamento jurídico comprometido com o seu sentido, que vem sendo muito prejudicado pelos fundamentos reflexivos mitológicos desse eixo simbólico construído pelo projeto estatal do legal-normativismo, que deve ser superado para a construção da necessária teoria crítico-reflexiva do direito.

MODERNIDADE E ESCRAVIDÃO

1. Juridicidades da escravidão na América portuguesa

A construção do direito moderno no Brasil e suas relações com o problema da escravidão foi sendo realizada a partir da juridicidade complexa do paradigma anterior. Contudo, atualmente, o direito do Antigo Regime³⁵⁷ na América portuguesa, no nosso sentir, pende de pesquisas mais profundas sobre o tema no Brasil, podendo ser reconhecido apenas através de um panorama suficiente. A partir dele, através das fontes dessa época, notamos logo a complexidade das juridicidades e racionalidades envolvidas. Abrangiam, exemplificativamente, não só as projeções e os discursos da Metrópole — sejam reais, religiosos ou costumeiros —, mas as determinadas pelos grandes proprietários locais, os *pater família* e decorrentes do sistema administrativo próprio, além das vivenciadas pelas populações tradicionais e pelas pessoas que foram se transferindo ou sendo forçadamente transportadas para aquele território. Quadro impossível, com respeito à sincronia e ao pensamento crítico, de ser resumido em linhas explicativas ou esquemas fechados de um modelo mitológico qualquer.

Assim, o reconhecimento das juridicidades da América portuguesa depende da consideração do amplo campo aberto a partir do encontro³⁵⁸ entre os povos ali residentes com os navegadores, no fim do séc.

357 Tema considerado profundamente, no quadro da evolução do pensamento jurídico ocidental, em REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003. Quanto às complexas dimensões jurídicas e sociais desse período, cfr. António Manuel HESPANHA, *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.

358 A problemática da “descoberta” e as construções mitológicas de origem, a

XV, até a data da Independência brasileira. Tomamos essa data como o marco do fim dessa era, ao menos simbolicamente, já que muitas das juridicidades ali formadas permaneceram vivas não somente no processo de construção do direito brasileiro, mas até os nossos dias. São noções básicas que, ao nosso ver, merecem ser levadas à sério quando investigadas as juridicidades ali presentes e os pensamentos envolvidos, de forma a evidenciar que a formação do fenômeno jurídico, enquanto manifestação das sociedades humanas, abrange processos de criação de sentidos e de relações complexas entre as pessoas. Portanto, os fenômenos jurídicos são muito mais complicados do que o esquadro do nacionalismo ou quejandos nos quer fazer crer.

Assim, a historicidade exigida pelo sentido do Direito, diante da crise da juridicidade também brasileira, deve ser compreendida além dos fundamentos mitológicos de um direito ocidental moderno pacífico e linear³⁵⁹. Daí a importância de pesquisa crítica dos fenômenos jurídicos desde o Antigo Regime na América portuguesa. Contudo, sem contarmos com pesquisas mais profundas sobre tal período, podemos partir ao menos do que certamente não havia ali, qual seja, uma centralização política dominante³⁶⁰ dos sentidos das juridicidades do Antigo Regime colonial. Por isso, é insuficiente a lógica da transposição automática de sentidos de textos jurídicos produzidos na Metrópole para outros contextos, como o americano, por não termos encontrado fontes aptas para demonstrar a possibilidade de sua aceitação e a dispensa da pesquisa crítica e sincrônica. Partindo daí, não podem ser aceitas as posições acríticas e atemporais de tal fenômeno jurídico, ainda mais quando se estruturam em sentidos evolucionistas mitológicos de garantias de um futuro, baseados numa sempre necessária manipulação ou sedimentação do passado.

Por isso, diante da crise do direito brasileiro e da necessidade de sua superação, nos pareceu fundamental compreender profundamente

partir do séc. XIX, podem ser consultadas desde SCHWARCZ, *op. cit.*, 1993, p. 177 s.

359 Discursos, em linhas gerais, que podem ser encontrados na base de legitimação do direito brasileiro em crise, mas também em diversas propostas de sua superação. A historicidade é utilizada como manto para diferentes mitologias e ideologias que não querem ser expostas enquanto marcadamente subjetivas.

360 Um exemplo dessas dimensões profundas, sobre as estratégias políticas das “vilas e cidades”, em SILVIA LARA, *op. cit.*, p. 29-78.

o fenômeno da juridicidade no Brasil. É uma complexidade incompatível com a racionalidade binária e nacionalista, que foi sendo construída por discursos marcados pelo desejo do porvir, através de seleções do passado realizadas por razões políticas e econômicas, não necessariamente científicas, que foram sendo elevadas a patamares preferenciais de um discurso jurídico dominante simbolicamente, para afastar as perspectivas críticas e dialogantes. Portanto, a preocupação filosófica com o tempo do direito, longe da “simples curiosidade”, nos pareceu necessária para a compreensão dos fenômenos jurídicos e a problematização do sentido do Direito, evidenciando as suas contingências muito além de “uma leitura do direito passado na perspectiva do atual, procurando lá os ‘prenúncios’, as ‘raízes’ dos conceitos, princípios e das instituições atuais”³⁶¹.

Com tais propósitos, mesmo que sucintamente, procuramos problematizar alguns aspectos da América portuguesa, importantes para o reconhecimento das juridicidades da escravidão. SEBASTIÃO DA ROCHA PITTA, nascido na Bahia em 1660 e formado em Cânones em Coimbra, ao escrever no início do séc. XVIII sobre a América Portuguesa, logo em seu início, descreve-a com “quasi quatro mil leguas de comprimento, estando ainda por saber as que tem de largo”³⁶². Oferece-nos, assim, a principal característica daquele local, onde a população com maior contato com a Metrópole vivia, numa faixa litorânea e esparsa, sem qualquer perspectiva naquele momento ao menos de saber a real dimensão territorial do “dilatadíssimo sertão da nossa America”³⁶³. Para PERO DE MAGALHÃES GANDAVO, escrevendo no séc. XVI, a expansão para o interior não teria sido possível pela resistência indígena e pela necessidade de permanência na costa para garantir a circulação das mercadorias³⁶⁴. Apesar de terem sido realizados tratados, entre o Reino de Portugal e o da Espanha, no séc. XVIII, que genericamente definiram as frontei-

361 HESPAÑHA, *op. cit.*, 2015, p. 13 e 125.

362 *História da América Portuguesa: desde o anno de mil e quinhentos do seu descobrimento, até o de mil e setecentos e vinte e quatro*, 2 ed., Lisboa, Editor Francisco Arthur da Silva, 1880, p. XVII.

363 Como se pronuncia o padre d. JOSÉ BARBOSA, para a aprovação da obra pela Academia Real da História Portuguesa, cfr. ROCHA PITTA, *op. cit.*, p. XXVII.

364 *Tratado da Terra do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2008, v. 100, p. 32.

ras³⁶⁵, tais limites somente passaram a ser construídos com a formação dos Estados na América do Sul, no século seguinte, através dos direitos estatistas de defesa da noção unitária de emanção exclusiva de comandos num determinado território³⁶⁶. É uma questão fundamental, por exemplo, para as questões jurídicas surgidas nos limites entre dois países em formação, o Brasil escravocrata e o Uruguai abolicionista³⁶⁷.

As juridicidades da América portuguesa não estavam fundadas nem ao menos na noção de territorialidade como hoje a conhecemos, sendo a sua problematização evidente para a reflexão jurídica. SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA aponta que a ausência de uma preocupação efetiva com a criação de cidades nessa região indica a lógica “*soft*” da política colonial³⁶⁸. São características que apontam para o tipo de direito ali desenvolvido, no qual o eixo político também foi muito importante. Mas, ao contrário de sobrepor-se plenamente sobre a realidade, como ocorre no direito moderno, antes a ele se acomodava. Nesse sentido, são importantes as contribuições de ANTÓNIO MANUEL HESPANHA³⁶⁹ quanto

365 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 153. Para aprofundar a questão das fronteiras, JOÃO PANDIÁ CALÓGERAS, *A Política Exterior do Império: as origens*, Brasília, Senado Federal, 1998, v. I, p. 225-281. Quanto ao Tratado de Madrid de 1750, que se referia às fronteiras entre as Américas portuguesa e espanhola, cfr. CAIO PRADO JUNIOR, *op. cit.*, p. 35.

366 Cfr. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 74.

367 Cfr. Keila GRINBERG, “Escravidão, alforria e direito no Brasil oitocentista: reflexões sobre a lei de 1831 e o ‘princípio da liberdade’ na fronteira sul do Império brasileiro”, in José MURILO DE CARVALHO (org.), *Nação e cidadania no império: novos horizontes*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007, p. 279; Lauren BENTON, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, especialmente o capítulo “Constructing Sovereignty: Extraterritoriality in the Oriental Republic of Uruguay”, p. 210-252.

368 *Op. cit.*, 2014b, p. 113 s. Com a advertência da forte influência explicativa, muito presente no Brasil no século passado, das teorias deterministas biológico-espaciais, cujo exemplo literário mais clássico da literatura brasileira é a obra de EUCLIDES DA CUNHA, *Os Sertões*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1902, construída com forte influência do pensamento de SYLVIO ROMÉRO. Sentidos também reconhecíveis, apesar de mais tênue e marcados pelo determinismo de inspiração marxista, em CAIO PRADO JUNIOR, *op. cit.*

369 *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político. Portugal: séc. XVII*, Coimbra, Almedina, 1994, p. 526-528. Sobre essa obra, que foi publicada em espanhol sem os seus anexos, BARTOLOMÉ CLAVERO afirmou tratar-se de uma “revisão historiográfica

às relações de poder nos momentos históricos anteriores à afirmação moderna de Estado português, que, para esse jurista, ingressam o séc. XVIII como uma espécie de “*respublica medieval*”, sob o argumento de não ter havido naquele período uma totalmente decisiva afirmação política central, mas antes uma dinâmica que identifica como “monarquia preeminencial”, no sentido de haver apenas “um particular destaque”, “uma preeminência simbólica”, num sistema complexo entre “monarquia” e ordem plural de poderes, em que o poder monárquico teria sido muito mais expressado pela *prudentia* do que pelo *arbitrium*³⁷⁰. Os juristas seriam então aqueles com possibilidade preferencial de atuação nesse amplo campo não preenchido estrategicamente pela monarquia, além de responsáveis pela aproximação entre o poder e a sociedade, a partir dos sentidos das juridicidades complexas.

A ideia de descentralização foi adaptada por ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, mais recentemente, com a denominação de “monarquia corporativa”³⁷¹, mantendo o eixo de compreensão das questões jurídicas anteriores aos projetos de afirmação estatal do séc. XVIII³⁷². Nesse sentido, “a centralidade ‘do Império’ na verdade dissolvia-se num emaranhado de relações contraditórias entre uma multiplicidade de polos, nos quais a coroa ocupava lugares e hierarquias diversas, frequentemente

crítica” para ir além de uma “anacrônica ideia de centralização” estatal, cfr. “Book reviews: Vísperas del Leviatán: Instituciones y Poder Político: Portugal, Siglo XVII”, *The Journal of Modern History*, Chicago, The University of Chicago Press, v. 63, n. 4, 1991, p. 801-802.

370 Quanto à ideia de desconcentração, já clássica na historiografia brasileira, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 139 s.

371 HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 9 s. Cfr. John Huxtable ELLIOTT, “A Europe of Composite Monarchies”, *Past and Present*, Oxford, Oxford University Press, n. 137, i. 1, 1992, p. 48-71; Jack Philip GREENE, *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1994; Gaetano SABATINI; José Javier Ruiz IBÁÑEZ; Pedro CARDIM; Tamar HERZOG (eds.), *Polycentric Monarchies: How Did Early Modern Spain and Portugal Achieve and Maintain a Global Hegemony?*, Eastbourne, Sussex Academic Press, 2014.

372 Para aprofundar tal questão, com a ênfase na Metrópole, mas abrangente de questões da Colônia americana, cfr. Avelino de Freitas de MENESES (coord.), *Portugal: da paz da Restauração ao ouro do Brasil*, Lisboa, Editorial Presença, 2001, v. VII, muito especialmente o cap. I da parte I, “Estado e Poderes”, p. 17-89.

insignificantes, por vezes escandalosamente rebaixadas³⁷³. Quanto à sua pouca efetividade, ao menos em termos modernos, temos o exemplo da pena de morte, “muito pouco aplicada durante o Antigo Regime”, sendo que “o segredo da eficácia do sistema penal do Antigo Regime estava justamente nesta ‘inconsequência’ de *ameaçar sem cumprir*”³⁷⁴. Tínhamos, assim, um “modelo corporativo de governo” caracterizado pela centralidade da monarquia, mas que convivia de forma muito flexível com outros feixes de poder.

O direito da escravidão na América portuguesa, enquanto modelo explicativo possível, foi marcado pela descentralização política³⁷⁵, sendo aí reconhecida “uma enorme falta de domínio do centro sobre a periferia”³⁷⁶, por terem sido muito presentes outros níveis de poder, como a família, a Igreja e os pequenos grupos³⁷⁷. São lógicas importantes para pesquisar as juridicidades na América portuguesa, bem como acompanhar a construção do direito brasileiro onde, mesmo atualmente, “nunca se consolidou o monopólio estatal legítimo do uso da coerção física”³⁷⁸, sem entrarmos aqui na discussão sobre se isso seria mesmo possível. Portanto, teria predominado a descentralização do poder, não o contrário³⁷⁹, cujo sentido de “incompletude” notado para o contexto francês por PAOLO GROSSI, *ipsis litteris*, “*alla fine del secolo XVI restano, infatti, ancora molti spazii su cui il Principe non há voluto o non há potuto legiferare*”³⁸⁰.

Desse modo, pesquisamos se tais dinâmicas do direito do Antigo Regime poderiam ser afirmadas também na América portuguesa. No séc. XVI, por exemplo, predominou a produção de açúcar por engenhos,

373 HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 15. Para a comparação com a Índia, cfr. Diogo do COUTO,

374 HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 150-151.

375 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 21 s.

376 *Ibidem*, p. 23.

377 *Ibidem*, p. 161.

378 Sergio ADORNO, “Violência e crime: sob o domínio do medo na sociedade brasileira”,

379 Lógica que se evidencia também em questões penais, cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 134 s.

380 *Op. cit.*, 2001, p. 37.

grandes centros de plantio de cana e sua transformação em sacarose³⁸¹, sendo tal atividade reconhecida pela coroa como “negócios internos”, nos quais raramente interveio³⁸². Essa lógica também está presente no sistema de exploração das capitânicas hereditárias ou donatárias, como os seus respectivos forais, para as Vilas de Santos e São Vicente³⁸³, passados pelo rei em Évora, no dia 6 de outubro de 1534³⁸⁴, onde prevaleceram as posições de respeito e especial atenção quanto aos poderes locais da América portuguesa, incluído aí o de escravização indígena e africana³⁸⁵.

As próprias vilas foram sendo construídas quase que totalmente no litoral, com pouquíssimas exceções nas regiões mais interioranas, a exemplo de São Paulo de Piratininga, a atual capital do Estado de São Paulo. Eram estratégias de ingresso³⁸⁶ no sertão³⁸⁷ – nome atribuído a todas as regiões que ficavam para dentro do continente, ou seja, tudo o que não era litoral era sertão –, que somente foram desenvolvidas suficientemente no séc. XVII pelos movimentos das bandeiras que se dirigiram para Minas Gerais³⁸⁸. Realizavam também o apresamento de escravos indígenas, sendo o movimento denominado de “Guerra dos

381 Para a descrição de sua estrutura, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 94 s.

382 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 72.

383 Cfr. WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, 1951, p. 98 s. É um jurista importante, mas que deve ser lido com muito cuidado por ver aí nesse sistema das capitânicas hereditárias a origem do federalismo brasileiro, p. 152 s., que chega a denominar de “capitânicas federadas”, p. 154, ou ainda, como o que modernamente se diz como “entidades autárquicas territoriais”, “pessoas jurídicas de direito público interno”, p. 65 s.

384 Cfr. WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, 1951, p. 92-94.

385 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 6.

386 HOLANDA, *Monções e capítulos de expansão paulista*, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

387 Para os sentidos de sertão repensados numa tradução do republicanismo no Brasil, cfr. Heloisa Maria Murgel STARLING, “A República e o Sertão: Imaginação literária e republicanismo no Brasil”, *Revista de Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, CES, n. 82, 2008, p. 133-147.

388 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 113 s. Para o movimento semelhante, mas em outra região, cfr. Guida MARQUES, “Do índio gentio ao gentio bárbaro: usos e deslizes da guerra justa na Bahia seiscentista”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, n. 171, 2014, p. 15-48.

Bárbaros”³⁸⁹. Assim, tanto as populações do litoral como as que depois foram sendo constituídas nos sertões da América portuguesa tinham evidentes problemas de isolamento, característicos da época, que não impediram a assimilação de determinados valores e práticas jurídicas promovidas diretamente ou estimuladas pela Metrópole, mas seria muito arriscado ver aí uma centralização em sentido moderno, que serviria como chave para a compreensão das juridicidades aí presentes.

Um grande exemplo dos problemas enfrentados pelo controle da Metrópole das atividades na América portuguesa pode ser visto na exploração de ouro em Minas Gerais. Não se conseguiu impedir o desvio de grande parte do que ali foi explorado intensamente a partir do séc. XVII, mesmo com a proibição das ordens religiosas na região em 1709³⁹⁰, por terem sido responsabilizadas por parte dos problemas; nem impedir as inúmeras revoltas que ocorreram na região³⁹¹. Em vista dessas graves questões, a política da Metrópole de moldação estratégica aos interesses locais se alterou em Minas Gerais para uma maior intervenção, através de maior controle, com ênfase também na urbanização³⁹², o que não tinha ocorrido até então. Em outro exemplo, bastante significativo, vemos que o governador SÁ E BENEVIDES administrou sua capitania, onde hoje é o Estado do Rio de Janeiro, com extensa autonomia em detrimento dos interesses da Metrópole³⁹³, como aliás foi comum nas outras capitanias. De um modo geral, predominou a autonomia das autoridades locais, que muitas vezes extrapolavam a própria Metrópole, não sendo raros os casos de acusação de desvios e abusos, como ocorreu com o Governador de Pernambuco, conhecido como “Xumberga”³⁹⁴, não contribuindo tais fatos para a ideia de centralização jurídica ou administrativa.

A descentralização esteve presente no processo de escravização dos americanos e africanos, sendo reconhecida claramente na estruturação da escravização moderna e mercantil. Nesse novo modelo comercial,

389 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 65.

390 *Ibidem*, p. 115 e 116.

391 *Ibidem*, p. 138 s.

392 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 123 s.

393 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 132.

394 *Ibidem*, p. 134 s.

esteve presente a atuação estratégica da monarquia, que foi adaptada à América portuguesa³⁹⁵ por ser distante e muito difícil o controle efetivo dessa região. Esses movimentos devem ser levados em conta para a compreensão do direito da escravidão naquele período, sem deixar de lado a importância das atuações da coroa portuguesa no processo de aceleração da escravidão, que já era muito comum na Metrópole e mercantilizada em alguns locais, como São Tomé³⁹⁶. Desse modo, as técnicas e as estratégias portuguesas para a utilização de mão-de-obra de escravizados(as), que foi trazida para a América portuguesa, já haviam sido desenvolvidas de forma efetiva em várias regiões da África, onde preponderava a produção do açúcar. Em 1522, São Tomé possuía ao menos sessenta engenhos e produzia milhares de “arrobas de açúcar”³⁹⁷. Com a decadência dessa produção no local, a ilha foi sendo progressivamente convertida num dos mais importantes entrepostos para o transporte de seres humanos escravizados para a América portuguesa, cujo sistema foi estruturado no séc. XVI³⁹⁸. O conhecimento adquirido nas ilhas atlânticas sobre a produção de açúcar com o trabalho escravo foi essencial para a América portuguesa³⁹⁹.

Contudo, em tal negócio a Metrópole não foi o único centro de importação e fomento em todos os períodos, pois com a ampliação essa atividade foi se transformando num comércio com “um perfil internacional e à sua maneira globalizado”⁴⁰⁰. Também a própria escravidão se altera no séc. XVI na América portuguesa, onde a africana ultrapassa

395 Tal pode ser visto numa concessão de “mercês” aos envolvidos nas revoltas do início do séc. XIX, especialmente em Pernambuco, pelo decreto de 6 de fevereiro de 1818, cfr. BRASIL, *Collecção das Leis do Brazil de 1818*, p. 15.

396 Quanto à mudança da economia açucareira para entreposto do comércio internacional de escravos, não só em São Tomé, mas em outras ilhas africanas, cfr. Daniel Barros DOMINGUES DA SILVA, “O tráfico de São Tomé e Príncipe, 1799 a 1811: para o estudo de rotas negreiras subsidiárias ao comércio transatlântico de escravos”, *Estudos de História*, Franca, UNESP, v. 9, n. 2, 2002, p. 35-51. A adaptação do processo de produção das ilhas do Atlântico para a América portuguesa pode ser vista em HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 54.

397 OLIVEIRA MARTINS, *O Brasil e as colónias portuguesas*, 5 ed., Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1920, p. 3 s.

398 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 52 s.

399 *Op. cit.*, 1951, p. 155.

400 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 56.

a indígena⁴⁰¹, em consequência da valorização da monocultura de exportação, notada nas relações entre o Reino e a Igreja Católica⁴⁰², bem como na população que ali vivia. A produção do açúcar e a escravidão foram “atividades complementares e indissociáveis”⁴⁰³, sendo adaptadas aos diferentes contextos de acordo com as possibilidades de sua exploração econômica.

A escravidão na América portuguesa foi um fenômeno diferente dos tipos anteriores de escravidão, porque integrou “um sistema mercantil em que seres humanos viravam mercadoria e seu comércio resultava em vultosos lucros; primeiro para os negociantes africanos, depois para Portugal, e depois ainda para os próprios comerciantes brasileiros”⁴⁰⁴. No séc. XVI, formou-se uma espécie de “nova Roma negra”, com uma dimensão desconhecida até então pela humanidade⁴⁰⁵, estruturada num sistema de escravização em larga escala para promoção da monocultura exportadora⁴⁰⁶ fundada na lógica da violência⁴⁰⁷, ao contrário do afirma-

401 *Ibidem*, p. 77. Cfr. WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, 1951, p. 84.

402 Para a temática da Igreja Católica na escravidão brasileira, cfr. José Geraldo VIDIGAL DE CARVALHO, *A escravidão: convergências e divergências*, Viçosa, Folha de Viçosa, 1988; “A igreja e a escravidão: as Irmandades de Nossa Senhora do Rosário dos Pretos”, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, IHGB, n. 361, ano 149, 1988, p. 490-509. Para a legitimação cristã da escravidão na América portuguesa, cfr. S. J. Jorge BENCI, *Economia cristã dos senhores no Governo dos Escravos*, São Paulo, Grijalbo, 1977. Cfr. Natália de ALMEIDA OLIVEIRA, “Jorge Benci e a escravidão: percepções de um jesuíta italiano em uma sociedade escravista”, in *Anais do XV Encontro Regional de História*, São Gonçalo, ANPUH-Rio, 2012. Fonte primária importante, cfr. Luis ANSELMO DA FONSECA, *A escravidão, o clero e o abolicionismo*, Bahia, Imprensa Economica, 1887. Um contraponto aos estudos mais críticos pode ser visto em SERAFIM LEITE, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa, Livraria Portugália, 1938-1950, 10 vols.

403 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 59.

404 *Ibidem*, p. 65.

405 *Ibidem*, p. 87 e 188.

406 Cfr. *Ibidem*, p. 91.

407 Cfr. *Ibidem*, p. 92. Para um panorama da violência da sociedade escravocrata no início do séc. XIX, cfr. Maria Beatriz NIZZA DA SILVA, *Vida privada e cotidiano no Brasil a época de d. Maria I e d. João VI*, 2 ed., Lisboa, Editorial Estampa, 2004, v. 4, especialmente o item “A violência no cotidiano”, p. 307-315. Sobre a prática de marcar a ferro as pessoas, também quando ausente proprietário conhecido, cfr. Manoel

do em um “velho mito nacional”⁴⁰⁸. O sistema escravocrata foi marcado pela descentralização política, apesar da atuação decisiva dos centros de poder metropolitanos, para a implantação de todo um sistema de exploração dessa Colônia a partir da escravização indígena e africana.

Contudo, a escravidão foi um fenômeno muito mais complexo do que os seus aspectos econômicos ou políticos revelam, já que “moldou condutas, definiu hierarquias sociais e raciais, forjou sentimentos, valores e etiquetas de mando e obediência”⁴⁰⁹. Na América portuguesa, alcançou as mais variadas formas de trabalho em toda a sociedade, na qual “a instituição deixou de ser privilégio de grandes senhores de engenho. Padres, militares, funcionários públicos, artesãos, taberneiros, comerciantes, pequenos lavradores, pobres e remediados, e até libertos possuíam escravos”⁴¹⁰. Portanto, atualmente, não pode mais ser considerada como instituição restrita aos grandes centros exportadores (“*plantations*”)⁴¹¹, já que atingiu um sistema muito amplo. Daí a necessidade dessa complexidade ser levada em consideração na pesquisa das questões jurídicas da escravidão.

PERDIGÃO MALHEIRO reconhecia, em 1867, que “Padres, Igrejas e Conventos tem possuído e possuem escravos”⁴¹², considerando ter havido “grande passo” quando os beneditinos concederam, no ano anterior, a liberdade dos filhos de escravas, com a obrigação de “crial-os e educal-os convenientemente”⁴¹³. OLIVEIRA LIMA aponta que tal ordem religiosa possuía naquele momento algo em torno de 1.600 escravos⁴¹⁴. Aliás, as ordens dos beneditinos e das carmelitas do Rio de Janeiro teriam sido

Fernandes THOMAZ, *Repertório geral, ou índice alfabético das leis extravagantes do Reino de Portugal, publicadas depois das Ordenações, compreendendo também algumas anteriores, que se achão em observancia*, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1815, tomo I, p. 99.

408 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 129.

409 Walter FRAGA, *Encruzilhadas da liberdade: histórias de escravos e libertos na Bahia (1870-1910)*, 2 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2014, p. 22-23.

410 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 90 e 96.

411 Cfr. Beatriz Gallotti MAMIGONIAN, “A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão”, in Keila GRINBERG; Ricardo SALLES (orgs.), *O Brasil Imperial: 1808-1831*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009a, v. I, p. 211.

412 *Op. cit.*, 1867b, p. 84.

413 *Ibidem*, p. 108.

414 *Op. cit.*, 1997, p. 256.

“os únicos criatórios de escravos de que se tem notícia no Brasil do século XIX”⁴¹⁵. Tais exemplos apontam que a escravidão passou de inerente às grandes monoculturas, nos momentos inaugurais desse sistema de exploração e violência, a fenômeno amplo. Formou-se assim a chamada sociedade escravocrata, enquanto organismo social diferenciado de qualquer outra sociedade que admitiu a escravização de seres humanos. A sociedade escravocrata se estruturava a partir da escravidão, não o contrário. Como sumariza EVARISTO DE MORAES, “não escasseiam sinais de que a mentalidade comum nada enxergava de anormal no regime escravocrata, no qual, por princípio, era perigoso tocar”⁴¹⁶. É um quadro mental de legitimação da escravidão, que integrou também o direito, passando a ser questionada decisivamente, no Brasil, somente no séc. XIX.

Então, estamos diante do panorama social do direito da escravidão que marcou as discussões jurídicas na América portuguesa. Sua lógica fundava-se não somente na admissão da escravidão, mas na sua fomentação como forma de vida daquela sociedade. Essa complexidade é agravada pela já referida descentralização política. Dessa forma, havia a Metrópole com o seu direito caracteristicamente plural e medieval, compilado de forma assistemática nas Ordenações, os poderes locais, como os engenhos e suas casas-grandes⁴¹⁷, além do pano de fundo formado pelas práticas da escravidão assentadas progressivamente em

415 CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 69. Cfr. Thomas EWBANK, *Life in Brazil*, New York, Harper & Brothers, 1856. No ponto, é imprescindível a consulta ao capítulo 2 de FRAGA, *op. cit.*, p. 57-117. A participação dos carmelitas no comércio interprovincial de escravos, particularmente entre São Paulo e Paraná, pode ser consultada em Eduardo Spiller PENNA, “Burlas à lei e revolta escrava no tráfico interno do Brasil Meridional, século XIX”, in SILVIA Hunold LARA; Joseli Maria Nunes MENDONÇA (orgs.), *Direitos e Justiça no Brasil: ensaios de história social*, Campinas, Editora Unicamp, 2006, p. 166 s. Quanto aos beneditinos, cfr. Luiz Gonzaga PIRATININGA JÚNIOR, *Dietário dos escravos de São Bento: originários de São Caetano e São Bernardo*, São Caetano do Sul, Hucitec, 1991. Os aspectos gerais da “reprodução sistemática de cativos, com o objetivo de vender as crianças”, cfr. LAURENTINO GOMES, *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, Rio de Janeiro, Globo Livros, 2019, v. 1, p. 2877.

416 *Op. cit.*, p. 54. Importantes reflexões sobre esse jurista podem ser vistas em Joseli Maria Nunes MENDONÇA, “Evaristo de Moraes: o juízo e a história”, in SILVIA LARA *et al.*, *op. cit.*, p. 303-342.

417 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 67.

direitos costumeiros, todos com influências nas juridicidades da escravização de seres humanos. Contudo, tal direito da escravidão não foi assim tão simples, mas, para os objetivos do trabalho, as suas principais características parecem ser já suficientes para afastar alguns problemas graves. O principal deles decorre da lógica positivista para o passado, a leitura de textos, como as Ordenações, como se fossem códigos ou constituições, com a artificial e anacrônica simplificação acrítica de fenômenos muito complexos, como o direito da escravidão. As juridicidades na América portuguesa eram complexas, não podendo ser simplificadas na pesquisa da formação jurídica local, devendo ser assim consideradas para a reflexão das questões jurídicas daquele mundo escravocrata.

Não somente a escravidão moderna preponderou na América portuguesa, como a escravização de seres humanos foi uma questão muito importante para a Metrópole, sendo pensada por seus juristas mais importantes. COELHO DA ROCHA, em meados do séc. XIX, reconhecia que os escravos em Portugal, em Açores e na Madeira já eram livres, “apenas tolerados os escravos pretos em nossas possessões Africanas”, que ao seu ver eram livres se desembarcados naqueles territórios portugueses, “excepto se andarem servindo na equipagem dos navios”⁴¹⁸. Afirmava não possuírem os mesmos direitos que as pessoas livres, mas “o senhor não os pôde castigar com mais dureza, do que aos criados livres”, bem como se levados para a cadeia por motivo de “correção” não deveriam sofrer mais castigos do que os outros presos⁴¹⁹. Do mesmo modo, BORGES CARNEIRO considerava os escravos como “verdadeiras pessoas”, mas seguiam classificadas em razão de “qualidade ou condição”, entre outras categorias, como “*livres, escravos, nobres, peões*”⁴²⁰. Afirmava, sobre o alvará de 17 de dezembro de 1802, que “a côr não induz diferença sobre os direitos do homem”, por considerar a escravidão como “oposta á dignidade da natureza humana”, reconhecendo que a abolição estava em curso, nos “Dominios Ultramarinos”, de forma progressiva⁴²¹. Esses

418 *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 4 ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1857, tomo I, p. 35.

419 *Loc. cit.* A influência desse grande jurista, para pensar a escravidão, pode claramente ser sentida em VIDAL, *op. cit.*, 1875.

420 Manuel BORGES CARNEIRO, *Direito Civil de Portugal, contendo tres livros: I. Das pessoas, II. Das cousas, III. Das obrigações e acções*, Lisboa, Typographia de Maria da Madre de Deus, 1858, tomo I, p. 65, § 19, 2 e 70, § 21, 1.

421 *Ibidem*, p. 70, nota a; 100, § 35, 1 e 102, § 35, 8.

exemplos apontam para a plena consciência dos problemas jurídicos da escravidão, com destaque para a dos domínios portugueses⁴²², onde sobre eles pensaram os juristas para oferecer soluções adequadas.

Entretanto, justamente em razão da incompatibilidade da escravização de seres humanos com o pretense discurso moderno e civilizador, que saiu vitorioso apenas no séc. XIX, tais situações, por não se adequarem ao desejo de antecipação da chegada aos “patamares mais altos da iluminação”, foram sendo, também em Portugal, reinterpretadas ou mesmo intencionalmente ocultadas por construções oficiais e positivistas⁴²³. Quem, de forma importante, abordou tais problemas foi JOSÉ RAMOS TINHORÃO, apesar de estruturar seu trabalho a partir da centralização do poder na Metrópole⁴²⁴, oferecendo importantes questionamentos

422 Os debates públicos para a sua extinção intensificaram-se somente na década de 1830, de acordo com JOSÉ CAPELA, “Abolición y abolicionismo en Portugal y sus colonias”, in Francisco de SOLANO (coord.), *Esclavitud y derechos humanos: la lucha por la libertad del negro en el siglo XIX. Actas del Coloquio Internacional sobre Abolición del Esclavitud*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. 585. Cfr. Sebastião XAVIER BOTELHO, *Benefícios que podem provir às nossas possessões d’Africa da prohibição daquelle tráfico: projecto de uma companhia comercial que promova a cultura e civilização daquelles domínios*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1840, p. 13 s. Essa obra foi escrita a partir de um trabalho preparatório, cfr. *Memoria estatística sobre os Domínios Portuguezes na Africa Oriental*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1835. O tempo dessas questões jurídicas pode ser perspectivado, contra mitologias antecipatórias e apenas para ilustração, quanto à escravidão mantida pelos países europeus, no *Acto Geral da Conferência Internacional de Bruxelas para pôr termo ao tráfico de escravos*, de 2 de julho de 1890, no qual mesmo assim, de acordo com o art. III, firmou-se o compromisso de sua extinção gradual: “as potências que exercem uma soberania ou um protectorado em África, confirmando e precisando as suas declarações anteriores, comprometem-se a prosseguir gradualmente na repressão da escravatura cada uma nas suas possessões respectivas e sob a sua direcção própria”. Cfr. *Diário do Governo*, n. 101, de 6 de maio de 1892. No mesmo contexto, foi recomendado o fim da escravidão em carta enviada pelo Papa Leão XIII, apoiada pelo rei de Portugal, que foi publicada no *Diário do Governo*, n. 3, de 5 de janeiro de 1891, p. 536.

423 Mito que pode ser confrontado – apesar de aí não ser reconhecida adequadamente a escravidão das colônias no séc. XIX, além das inúmeras manifestações que merecem críticas severas – com a iconográfica obra PORTUGAL, *Negros em Portugal, sécs. XV-XIX. Catálogo da exposição no Mosteiro dos Jerónimos*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 1999.

424 Cfr. José Ramos TINHORÃO, *Os negros em Portugal: uma presença silenciosa*, 2 ed., Lisboa, Caminho, 1988, p. 15-33. Quanto à vitalidade dessa imagem da centralização

sobre a narrativa destinada à construção de mitologias para o Estado, particularmente o de regime fascista, através de edificações simbólicas da nacionalidade. Os discursos são caracterizados pela despreocupação com a pesquisa de origens, com a ocultação ideológica de algumas pessoas da formação comunitária mitologicamente construída⁴²⁵.

Mesmo não sendo objeto de nossa pesquisa, pareceu relevante notar que, também em Portugal, reconhecemos uma dinâmica de omissão consciente sobre o passado da escravidão, em termos gerais, não somente para a pesquisa jurídica. Esse complexo sistema de escravização de seres humanos, anterior à chegada à América⁴²⁶, muitas vezes segue afastado pela reiterada utilização do alvará com força de lei, de 19 de setembro de 1761, como marco fictício, não exatamente da abolição da escravidão, mas da retirada simbólica desse assunto das construções mitológicas nacionais. A simples leitura desse texto, normalmente não realizada para sua manutenção simbólica, apesar de sua importância histórica, nos demonstra o sentido ali nem ao menos desejado, *ipsis litteris*, “não he da Minha Real intenção nem que a respeito dos pretos, e pretas, que já se acham nestes Reinos, e a elles vierem dentro dos referidos termos, se inove couza alguma”⁴²⁷. Mito responsável, no mí-

política, cfr. José MURILO DE CARVALHO, “História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura”, *Revista de História Topoi*, Rio de Janeiro, PPHS/UFRJ, v. 1, n. 1, 2000, p. 126.

425 Cfr. TINHORÃO, *op. cit.*, p. 405-422. Quanto à escravidão nas colônias portuguesas no séc. XIX, especialmente a participação de SÁ DA BANDEIRA, apesar de assentado profundamente na linha da “progressiva iluminação” das elites do momento, cfr. João PEDRO MARQUES, *Sá da Bandeira e o fim da escravidão: vitória da moral, desforra do interesse*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais - ICS, 2008. Em obra clássica do mesmo autor pode ser conferido o tema da abolição da escravidão, em *Os sons do silêncio: o Portugal de oitocentos e a abolição do tráfico de escravos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 1999.

426 Cfr. Edmundo Correia LOPES, *A escravatura: subsídios para a sua história*, Lisboa, Agência Geral das Colônias, 1944, p. 5 s.

427 Fundamental a leitura da integralidade do texto, em sua originalidade, cujo arquivo encontra-se digitalizado e disponível no site do Arquivo Nacional de Portugal, Torre do Tombo, LO 1222/1926, coleção 003, maço 6, doc. 040.2, *Alvará determinando que os pretos que forem trazidos da América, África e Ásia, passado o tempo que menciona, sejam considerados livres logo que cheguem aos portos deste reino, sem outra formalidade mais que passarem-lhes nas respectivas alfândegas, a competente certidão de terem nelas entrado*. Apesar desse texto, em meados do séc. XIX, assim afirmava António Joaquim de GOUVEA

nimo, pela omissão ou diminuição da própria importância da presença de alguns seres humanos na construção da imagética nacional, situação que dever ser refletida profundamente para pensarmos a juridicidade oferecida enquanto justa.

Essa omissão é superada por uma extensa historiografia⁴²⁸, também pela pesquisa jurídica portuguesa⁴²⁹, que já foi além das posições anteriores de distinções baseadas simplesmente nas nacionalidades, os discursos da constante centralização política e os textos de autoridade – justamente aqueles fundados no esforço exclusivo da horizontalização dos argumentos, com a reprodução da lógica dos grandes manuais, da opção pela quantidade ao invés da qualidade argumentativa, na base de uma única razão explicativa atemporal. Os fundamentos, nessas cons-

PINTO, *Tratado regular e pratico de testamentos, e sucessões, ou Compendido Methodico das principaes regras, e principios que de podem deduzir, tanto patrias como subsidiarias, illustrados, e aclarados com as competentes notas*, 4 ed., Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1844, p. 74: “pela Lei de 19 de Setembro de 1761 lhes foi dada a liberdade, huma vez que aportassem a estes Reinos; mas no entanto ainda ha alguns entre nós”. Apesar de, contraditoriamente e em outro momento dessa mesma obra (p. 120), reconhecer que “a escravidão está extincta entre nós”.

428 Para um mais recente e amplo quadro geral da historiografia sobre a escravidão portuguesa, que atingimos, cfr. Jorge FONSECA, “A historiografia sobre os escravos em Portugal”, *Cultura: Revista de História e Teoria das Ideias*, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, v. 33, 2014, p. 191-218; “Escravidão Moderna no Sul de Portugal”, *Boletim da Sociedade de Geografia de Lisboa*, Lisboa, Sociedade de Geografia de Lisboa, n. 1-12, s. 119, 2001, p. 251-260; *Escravidão em Évora no século XVI*, Évora, Câmara Municipal de Évora, 1997. Alguns exemplos clássicos da historiografia sobre o tema, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 62 s.; Maria do Rosário PIMENTEL, *Chão de Sombras: Estudos sobre a Escravidão*, Lisboa, Colibri, 2010. Para um exemplo de posição de construção do passado idealizado no presente, portanto, sem qualquer preocupação com fontes históricas, cfr. Prefácio de Bertrand de Orleans BRAGANÇA, em Ibsen NORONHA, *Escravidão e leis no Brasil*, Brasília, Art Press, 2011.

429 A obra jurídica mais ampla produzida atualmente, que parece ser caminho incontornável para a pesquisa da escravidão no direito português, com os cuidados e riscos dessa afirmação diante da imensa bibliografia até hoje produzida e por nós ignorada, foi a produzida por Margarida SEIXAS, *Pessoa e trabalho no direito português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa, AAFDL, 2016. Da mesma autora, é muito interessante o texto “O trabalho escravo e o trabalho forçado na colonização portuguesa oitocentista: uma análise histórico-jurídica”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de História Económica e Social, 1975, tomo XLVI, 2015, p. 217-236.

truções, consideravam-se suficientes para a explicação dos fenômenos jurídicos através de fontes descontextualizadas e sínteses discursivas imediatas. É um quadro problemático que, como se vê, por ainda estar na base das mais diversas propostas de superação da crise do direito em que vivemos, não poderia ser desconsiderado. A sua crítica, sucintamente, pode ser construída a partir das obras jurídicas portuguesas, nas quais a escravidão constantemente foi reconhecida nas reflexões jurídicas⁴³⁰, sendo sempre consultadas na sociedade escravocrata brasileira. Não só se ocuparam dos mesmos problemas na época da América portuguesa, como se mantiveram relevantes na construção do direito brasileiro, sendo referências destacadas na formação dessa juridicidade.

Os primeiros momentos da América portuguesa foram marcados pela implantação de um sistema colonial de exploração, realizado também na América espanhola, num processo assemelhado, mas não idêntico, cuja hegemonia e domínio eram ameaçados pelas populações americanas, bem como pela “pirataria” e pelo “corso”⁴³¹. Mas já no séc. XVII, após a implantação da “lavoura açucareira – a *plantation* inglesa – escravista”, ocorreu uma grande mudança no sistema colonial, após a implantação de um sistema assemelhado pelos holandeses, também baseado no trabalho escravizado, que foi amadurecido na região do atual Nordeste brasileiro e nas Antilhas, com a transformação do comércio internacional de escravos, passando de um “monopólio português” para a “concorrência internacional”⁴³². Justamente na passagem do monopólio dos escravos para o sistema de “concorrência colonial”⁴³³, a dinâmica de poder, que já era descentralizada, parece ter se acentuado progressivamente, com reflexos profundos no direito da escravidão. O quadro somente foi alterado, com a recuperação de certo controle pela Metrópole, após as garantias inglesas para a exploração ultramarina portuguesa no séc. XVIII, também favorecida pelo afastamento das guerras do período entre a Inglaterra e a França⁴³⁴.

430 Cfr. Manuel BORGES CARNEIRO, *op. cit.*, p. 95-121.

431 Fernando A. NOVAIS, *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial: 1777-1808*, 4 ed., São Paulo, Hucitec, 1986, p. 34 s.

432 *Ibidem*, p. 38.

433 *Ibidem*, p. 39.

434 *Ibidem*, p. 43.

Nesse contexto, também na América portuguesa, o direito foi sendo marcado pela produção “fortemente ancorada na prática dos profissionais do foro”, apesar de Coimbra ter influenciado a “definição do estatuto socioprofissional dos juristas” e a “limitação da sua ‘consciência possível’”⁴³⁵. Mas, quanto ao contexto americano, a ausência de centros de sentidos para a juridicidade foi mais sentida, havendo grande dispersão das práticas jurídicas sem grandes recomposições generalizantes, em decorrência da complexidade dos problemas ali identificados, da profunda descentralização do poder e da conseqüente elevação de centros regionais de poderes, que caracterizaram o *ius commune* americano. Desse modo, o mundo dos *status* das ordens pluralistas, característico do Antigo Regime português⁴³⁶, que foi combatido estruturalmente na reforma pombalina⁴³⁷, caracterizou também o direito da América portuguesa, mas sem se identificar plenamente com ele, em vista das suas complexidades políticas e jurídicas. Esses temas, no nosso sentir, ainda não foram investigados devidamente de modo a ultrapassar as reiteradas interpretações descontextualizadas.

A América portuguesa caracterizou-se pela complexidade decorrente da multiplicidade de centros de poder, como as casas-grandes, os povos indígenas, os quilombolas, as vilas e os agrupamentos populacionais, além das autoridades coloniais, que concorreram com a Metrópole. Essa dispersão marcou as juridicidades desse período e definiu as peculiaridades regionais do direito americano. Para compreendê-lo suficientemente, partirmos da juridicidade da Metrópole, reconhecendo as intencionalidades ou os reflexos na Colônia, de forma a identificar não somente a pretensão de autoridade, mas também as estratégias envolvidas nas dinâmicas das juridicidades. Tal quadro de possibilidades do direito foi marcado pela organização social da América e suas diferentes dinâmicas coloniais, que passavam pela ocupação do território, com maior ou menor isolamento em relação aos maiores centros coloniais, até as mudanças de toda a estrutura da sociedade colonial. No fundo, não teríamos como considerar tal juridicidade presente sem ao menos o contato com os centros produtores de textos e racionalidades. Assim,

435 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 96-97.

436 Para um panorama geral das viragens da investigação portuguesa sobre o tema, cfr. JEAN-FRÉDÉRIC SCHAUB, “Novas aproximações ao Antigo Regime Português”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 22, 2000, p. 119-140.

437 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 51.

somente partindo de uma conjugação suficiente entre o direito intencional e a complexidade colonial, nos pareceu viável refletir as questões jurídicas específicas, com o respeito à sincronia.

Defendemos, assim, a crítica contra o “espírito de rotina”⁴³⁸ responsável pelo deslocamento das intencionalidades da pesquisa, com alterações profundas nas possibilidades de compreensão dos fenômenos jurídicos. Pois, quanto à escravidão, se tal complexidade não fosse levantada, a possibilidade de pensá-la no processo de formação do direito brasileiro simplesmente desapareceria. Também as diferenciações foram essenciais. Se havia um “aparelho judicial letrado” em Portugal no séc. XV⁴³⁹, o mesmo não poderia ser afirmado automaticamente para a América portuguesa. No fundo, não aceitamos a passagem, sem mais, da juridicidade da Metrópole para outros contextos fundamentalmente complexos. Mas ainda, se as transformações provocadas pela comunicação escrita foram fundamentais para o desenvolvimento do direito ocidental, na América portuguesa, por muitos séculos, não se sobrepôs às outras estruturas mais tradicionais de organização e realização do direito até o final do Antigo Regime. Aliás, reiterando a falta de intenção de domínio pelo centro monárquico de poder, que agia muitas vezes por estratégias próprias e de intermediação⁴⁴⁰.

Tudo, então, para afirmarmos que o Antigo Regime não admitia generalizações, extensões ou ampliações das diferentes formas de resolução dos problemas jurídicos, especialmente porque não havia nem ao menos uma intenção de controle, generalização e uniformização, apenas a participação dentro dessa própria complexidade⁴⁴¹. O paradigma do direito da América portuguesa foi o do mundo da juridicidade complexa e plural, não do direito moderno, mas que não se identificava plenamente com o da Metrópole. Se em Portugal já se notava a grande influência de AZO, ACÚRSIO e de HOSTIENSE, bem como, pelo menos desde o séc.

438 SEABRA, *op. cit.*, 1850, p. 276.

439 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2012, p. 185.

440 *Idem*, “Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime”, *Ler História*, Lisboa, ISCTE, n. 8, 1986, p. 46 e 47, 59 e 60.

441 Cfr. António Manuel HESPANHA, “Ascensão e queda do imaginário imperial”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 14, 1995, p. 31-38; Manuel Valentim Franco ALEXANDRE, *Os Sentidos do Império: questão nacional e questão colonial na crise do Antigo Regime português*, Porto, Afrontamento, 1993.

XIII e depois com Afonso III, a influência do direito romano através do saber letrado⁴⁴², tais influências na América portuguesa não foram sendo automaticamente consideradas como importantes. Procuramos, assim, não nos valer da costumeira passagem de sentidos de textos jurídicos, a ideológica legitimação da construção do direito moderno, entre o contexto europeu e o americano, já que nesse período e sem pesquisa mais profunda nos pareceu totalmente equivocada. Apesar disso, na América portuguesa, foram sentidas as influências dessas juridicidades, no contexto social colonial, nas formas de estruturação das diferentes organizações de poderes ali realizadas, bem como na importante ligação que havia entre os dois contextos pelos intermediários coloniais, pessoas envolvidas na administração do reino ou da própria Igreja, que tiveram constantemente acesso às grades mentais das diferentes épocas, nos mostrando como as juridicidades foram ali pensadas na América portuguesa. Por isso, o reconhecimento do direito da escravidão naquele contexto, anterior à construção do Estado brasileiro, exigiu o esforço investigativo contextual profundo, a partir dos grandes quadros do pensamento do problema do ser humano escravizado frente à construção das juridicidades modernas.

2. Tradição da escravidão e pensamento jurídico ocidental

Muito fácil notar o domínio de um certo esquema para o pensamento jurídico ocidental. Nele, importam mais as reconstruções e as readaptações realizadas no presente, ao sabor de diferentes intencionalidades atuais, do que o esforço de investigação crítica dos contextos de formação de diferentes racionalidades. No fundo, salta aos olhos a construção de uma tradição desejada para o Direito – ou suas alternativas –, reconhecida em termos civilizacionais e culturais a partir dos mesmos padrões construídos para a legitimação do Estado-nação, que se manipulam no presente sob o manto da “historicidade”. Em linhas gerais, sem deixar de arriscar uma ampla consideração, não raramente assenta-se num percurso em sentido evolutivo, de um pior para um melhor, em que textos, autores(as) e contextos se alinham para funda-

442 Cfr. HESPAÑHA, *op. cit.*, 2015, p. 195, notas 31 e 137.

mentar as mais diferentes propostas jurídicas. Nesse quadro, reconhece-se não somente a dinâmica de seleção de materiais, mas também sua sedimentação nos movimentos de aproveitamento e rearranjo estatal da juridicidade social. Claro que muitas vezes os fenômenos humanos se aproximam dessa dinâmica, assim como, com a mesma frequência, são assim adaptados. Como afirma HANNAH ARENDT, quanto ao *homo faber*, “*even more decisive was the element of making and fabricating present in the experiment itself*”⁴⁴³. Quanto à nossa temática, nesses esquemas explicativos a escravidão desaparece ou acomoda-se num dos degraus evolutivos.

A situação, mantida em sentido acrítico, resulta numa espécie de decantação teórica da qual selecionam-se materiais diversos para a fundamentação de posições para a juridicidade do presente. Pode ser visto muito claramente no reconhecimento dos chamados “direitos humanos das Nações Unidas”⁴⁴⁴, em que se eleva o ser humano para o centro de um sistema jurídico qualquer, que se queira fazer valer para a sociedade, sem propriamente compreender a formação cultural. Assim, a escravidão reconhecida conjuntamente com a construção do direito moderno nos pareceu importante, ao menos para afastar a ideia da irresistibilidade do projeto iluminista, fundado não raras vezes em perspectivas teleológicas mais ou menos disfarçadas, sendo antes uma clara opção cultural e com tempo próprio. Assim, buscamos atentar para a aceleração do tempo de modo que haja a verificação das situações fundantes, em termos evolutivos e sob a ótica ainda das nacionalidades.

O direito brasileiro não escapou de tal problemática, sendo comum a tendência de aceleração do tempo histórico para a inserção do Brasil, cada vez mais cedo, numa pressuposta perspectiva jurídica de “grau evolutivo” mais elevado. Para atingir tal propósito, tem sido realizada a sua descontextualização, no limite do irrealismo, para o posicionamento a qualquer custo numa imaginada linha evolutiva da juridicidade ocidental. O tema da escravidão, para ser reconhecido aí, mereceu a alteração dessa perspectiva, em sentido crítico. De imediato, para servir como grande contraponto a tais sentidos evolutivos, já que convoca para a reflexão jurídica a escravização de seres humanos. Portanto, a tensão entre a modernidade do direito e a escravidão foi o cami-

443 *Op. cit.*, 1998, p. 295.

444 BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, 2014, p. 19 s.

nho escolhido para a pesquisa da escravidão brasileira, muito influenciada pelo pensamento jurídico moderno que, por sua vez, formou-se a partir do paradigma da quase absoluta naturalização do ser humano escravizado⁴⁴⁵. Afastamos as referências com menor intensidade crítica, quando dominadas por lógicas de adaptação ou não de ideias de outros contextos, bem como atrasos ou avanços em relação a determinados paradigmas jurídicos, por predominar a lógica binária de um certo tipo de modernidade sempre referida, mas pouco pensada em profundidade, quanto ao tema da escravidão. Destacamos que, para a superação desses problemas para o Direito, o(a) pesquisador(a) deve “*di andare oltre le mitologie giuridiche della modernità, di liberarsi delle ombre gigantesche alilmente crate da una straordinaria lanterna magica, ripopolando un paesaggio storico di creazioni e creature concretamente viventi ricondotte nella concretezza delle loro reali proporzioni*”⁴⁴⁶.

A escravização, enquanto tema de reflexão do pensamento jurídico ocidental⁴⁴⁷, somente foi reconhecida aqui a partir das influências para a sociedade escravocrata brasileira, especialmente para a afirmação específica do seu direito, desde as juridicidades da América portuguesa. Cabe considerar também — o que seria óbvio sem as mitologias — que a reflexão jurídica da escravidão partiu de um contexto de aceitação plena, antes de ser reconhecida como inadmissível. Contudo, sem ser reconhecida partir de uma linha evolutiva qualquer, já que é impossível a sua acomodação tão superficial e escalonada. No ponto, não parece demais afirmar que a escravidão sofreu críticas profundas pelo pensamento jurídico ocidental a partir de finais do séc. XVIII e, no Brasil, somente na década de 1860⁴⁴⁸. Claro que excluímos desse panorama as lutas dos seres humanos escravizados diante da violência sofrida pela escravidão, nos limitando às posições encontradas preferencialmente nos discursos jurídicos.

445 Cfr. Antonio Cortez BREMEU, *Universo Jurídico, ou Juris-Prudencia Universal, Canonica, e Cesarea*, Lisboa, Offic. de Domingos Rodrigues, 1749, tomo I, trat. I, tit. IV, p. 6 s.

446 *Op. cit.*, 2001, p. 50.

447 Cfr. Jean ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: from the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, e-book.

448 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015.

A escravidão antiga ocorreu antes do período mercantilista, que, a partir do séc. XVI, promoveu alterações fundamentais na dinâmica, no modo e na forma da escravização de seres humanos. Sem entrarmos nos diferentes tipos de escravidão humana, tais como as medievais, a distinção entre as formas antiga e moderna nos pareceu essencial. Assim, a escravidão antiga e, por muito tempo, a escravidão moderna mantiveram as racionalidades voltadas para a aceitação total dessa instituição, já que não identificamos ali, no contexto de suas próprias afirmações, uma atualização em sentido evolucionista e libertador do nosso presente, oposição mais profunda à escravização dos seres humanos. Ao menos nos termos da crítica que foi construída contra a escravidão em si, realizada desde fins do séc. XVIII. Mais ainda, para reconhecermos as racionalidades do direito da escravidão brasileira, havia grande diferença entre a escravidão moderna e a antiga, como a grega ou romana, já que essas não tinham a instituição como a sua principal base de produção, pelo menos em comparação com o que se dava na sociedade escravocrata brasileira⁴⁴⁹.

A legitimação da escravidão na América portuguesa apoiou-se em textos recuperados de outros contextos, mas mantidos numa tradição de acomodação da escravização de seres humanos dentro das complexas juridicidades do Antigo Regime. Cabe considerar que tais textos, especialmente o *corpus iuris civilis*, foram sendo reconhecidos através de um tipo de interpretação pautada pela marca da autoridade, somente alterada a partir do Humanismo, “que dá origem a uma relativização e historicização do direito romano”⁴⁵⁰, no sentido de não mais admitidos simples comentários ao direito posto. Na construção do direito brasileiro, tais textos foram sendo acomodados, apesar das posições de crítica à escravidão no séc. XIX, e foram essenciais para a grande construção da escravidão legítima de seres humanos no Brasil. Contudo, a ausência da sistematização desses materiais, fora do plano interpretativo, é responsável pela dispersão referencial da construção da juridicidade nacional.

São distinções importantes para o reconhecimento das questões jurídico-filosóficas da escravidão, enquanto temas da própria construção do pensamento filosófico moderno, especialmente nos reconhecidos como “globais” e “ontológicos”, tais como ARISTÓTELES, S. TOMÁS DE

449 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 79.

450 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 373.

AQUINO e HEGEL, em que domina a pretensão de abrangência da complexidade social em grandes amplitudes filosóficas⁴⁵¹. Justamente diante de tais grandes quadros buscamos reconhecer quando a escravidão, desde o mundo antigo ocidental, mesmo que não plenamente aceita, foi mantida ao menos enquanto problema jurídico. Portanto, reconhecemos a escravidão em textos significativos da construção dos sentidos do direito, desde as origens do pensamento ocidental⁴⁵², com a restrição imposta por nossa temática, ou seja, a preocupação voltada para as influências do direito da escravidão na América Portuguesa. E aí, a grande referência encontrada foi o pensamento de ARISTÓTELES, recuperado a partir do séc. XII pelas traduções feitas na hoje cidade de Toledo, dos seus textos de lógica e filosofia⁴⁵³. A escravidão, assim, seguiu sendo fundamentada na própria ideia de direito natural, do direito como justo (“*dikaiousunê*”) e na natureza enquanto fonte do direito⁴⁵⁴. Aquilo que na filosofia tomista foi reconhecido como “*dikaion phisikon*”, *i. e.*, o “justo por natureza”⁴⁵⁵.

O pensamento de ARISTÓTELES carregou o paradigma da escravidão antiga, sendo também a mais importante fonte para o pensamento da transformação do fenômeno com a escravidão moderna. Tal coisa se deu, especialmente, a partir da sua ideia de hilemorfismo, a combinação entre corpo (ὕλη) e forma (μορφή)⁴⁵⁶. Imagens adaptadas pela escolástica, no contexto da divisão entre corpo e alma⁴⁵⁷, que fundamentaram a divisão do ser humano livre, no plano do direito natural, e escravo, no direito das gentes. A escravidão foi pensada, nessa tradição básica para a América portuguesa, como relacionada mais ao corpo, apesar de man-

451 Cfr. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 ed., Berlin, Springer, 1991, p. 182.

452 Cfr. Antony HONORÉ, “The Nature of Slavery”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 32-41.

453 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 213.

454 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 432. Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de António de Castro Caeiro, 4 ed., Lisboa, Quetzal, 2012, especialmente o livro V.

455 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 303.

456 Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, trad. de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, Lisboa, Vega, 1998, p. 63; *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luis Calvo Martínez, Madrid, Aliança Editorial, 2005, livro VIII, p. 253.

457 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 26.

tida muitas vezes a ideia da alma livre, bem como considerada a própria inexistência de alma, *v. g.*, nas discussões das diferentes legitimações para a escravidão indígena e africana.

ARISTÓTELES, em especial na sua obra *Política*⁴⁵⁸, fundamenta a escravidão não só na natureza, mas principalmente na ideia de utilidade para a *pólis*, organizada a partir dos diferentes grupos sociais. É uma grande referência, também no contexto medieval, para a discussão de diversas questões jurídicas e políticas, especialmente os fundamentos do exercício do poder legítimo e das normas jurídicas. Além disso, também influenciou a formação dos grandes quadros mentais para os movimentos constitucionais dos sécs. XVIII e XIX⁴⁵⁹, em especial a ideia do fundamento do direito na sociedade sob o qual foi construída a individualidade. Contudo, algo poucas vezes considerado profundamente, o indivíduo possuía um sentido totalmente restrito, cujas “exigências éticas e políticas”, assim como em PLATÃO, só se referiam aos homens livres, não aos escravos⁴⁶⁰.

Para onde olhamos, ARISTÓTELES ocupa posição de destaque. Na formação do pensamento jurídico moderno, também ocupou posição especial, apesar de manter a justificativa plena da escravização de seres humanos numa ordem social pensada como justa⁴⁶¹. Tal problemática, diante da modernidade do direito construída a partir da individualidade, foi sendo resolvida de duas maneiras. De um lado, o seu pensamento sofre certa “higienização”, com a exclusão pura e simples da escravidão, sendo impossível a atual conciliação das possíveis influências das *virtus* com um texto escravocrata. De outro, o que tem sido mais comum nas construções do mito da modernidade, o seu pensamento foi sendo selecionado, normalmente em pequenos trechos descontextualizados, para o reconhecer anacronicamente, já que não chegou a conhecer tal ideia, como exemplo de humanista, através de uma evidente e precária antecipação do próprio Humanismo. Portanto, tais problemas não foram causados pelo desconhecimento de seu pensamento pelos(as) juristas,

458 *Op. cit.* As referências, em sequência, respeitam a organização dessa obra.

459 Cfr. Michael STOLLEIS, “Europa als Rechtsgemeinschaft”, in *Historia Constitucional*, Madrid e Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Facultad de Derecho de Oviedo, n. 10, 2009, p. 470.

460 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 20.

461 Cfr. STOLLEIS, *op. cit.*, 2009, p. 470-471.

muito ao contrário, resultam de uma intencionalidade ideológica de construção de discursos homogeneizantes para legitimação do direito a serviço do poder.

De uma maneira geral, aquilo que ORLANDO DE CARVALHO bem reconhece, predomina em ARISTÓTELES a fórmula da igualdade, o tratamento dos iguais como iguais e dos desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade, enquanto o mais significativo fundamento grego para a escravidão⁴⁶², cujas bases eram naturais. Essa filosofia foi muito importante para a escravidão na América portuguesa, sendo assumida como discurso de autoridade atemporal. Sofreu apropriação em sentido religioso, não exatamente em reflexões teóricas mais específicas no campo do direito, por ausente a sua afirmação, ao menos até a construção do direito brasileiro, enquanto conhecimento autônomo. Serviu de paradigma para as imagens e os sentidos de um quadro de possibilidades para a implantação do sistema escravocrata mercantil, desde o séc. XVI, legitimado juridicamente. Além disso, foi a grande referência das lutas por direitos e dos debates pela abolição, no final do séc. XIX no Brasil. Em todo esse percurso, mesmo no pensamento jurídico moderno, foram fundamentais as referências aristotélicas à escravização de seres humanos.

Em linhas muito gerais, assumindo-se aqui também a mesma atemporalidade com que foi sendo reconhecido o seu pensamento, sem entrarmos nas vastas diferenças entre a escravidão antiga e a moderna que extrapolariam os nossos objetivos assumidos, na obra *Política* encontramos a organização política estruturada hierarquicamente como resultado de processos alegadamente naturais. Suas referências foram fundamentais para a sociedade escravocrata brasileira, particularmente a escravidão inserida dentro da organização social⁴⁶³; a escravidão como base da economia da *pólis* e fundamentada como propriedade⁴⁶⁴; as diferenças naturais e justas entre os seres humanos⁴⁶⁵; a justificativa da escravização pela guerra justa⁴⁶⁶; o exercício do *dominus* pela aquisição

462 *Op. cit.*, 1997, p. 17. *Idem, op. cit.*, 1996, p. 10.

463 ARISTÓTELES, *Política*, p. 49-57, 1252a-1253b.

464 *Ibidem*, p. 57-61, 1253b-1254a.

465 *Ibidem*, p. 63-65, 1254b-1255a.

466 *Ibidem*, p. 65-69, 1255a-1255b.

justa de escravos, a arte de aquisição de bens (crematística)⁴⁶⁷; e o escravizado como habitante da *pólis*, mas não cidadão⁴⁶⁸.

Além disso, ARISTÓTELES aborda as estratégias da oferta de liberdade para recompensar os escravos, que foram também utilizadas para o controle social na escravidão brasileira. É um tema não suficientemente desenvolvido na obra *Política*⁴⁶⁹, mas em *Económicos*, na qual a estratégia de oferecimento da liberdade como prêmio garantiria a vontade de trabalho e lealdade. Também aí está a advertência, muito presente na escravidão brasileira, da não aquisição de pessoas de uma mesma etnia⁴⁷⁰, em razão dos diversos problemas que poderiam ser causados por tal agrupamento, como as revoltas e rebeliões. ARISTÓTELES afirma, ainda, a obrigação do senhor pela educação dos escravos, a quem poderiam ser confiadas “funções dignas de homens livres”⁴⁷¹. Ao mesmo tempo, na *Ética* a *Nicômaco*, cujo tema da escravidão está mais amplamente considerado no livro VIII, define o escravo como “*una herramienta dotada de vida, y la herramienta un esclavo sin vida*”⁴⁷².

Essas posições afastam as não tão incomuns hagiografias desse pensador, de recorte ideológico e seletivo, encontradas facilmente no campo da reflexão jurídica⁴⁷³. São incontornáveis por pairar, ainda, toda uma problemática decorrente das diversas representações contidas nos textos que foram sendo escritos posteriormente, responsáveis por diversas transformações do pensamento aristotélico. Particularmente, as realizadas com a formação do pensamento jurídico moderno, através de constructos atualíssimos, que não contribuem, em linhas gerais, para a identificação crítica da escravidão em ARISTÓTELES. É justamente o pensamento fundamental para a legitimação da escravidão brasileira, apesar de referido também nos discursos modernos. Portanto, valoriza-

467 *Ibidem*, p. 69-71, 1255b.

468 *Ibidem*, p. 185-189, 1275a-1275b.

469 *Ibidem*, p. 521, 1330b; e p. 643, nota 97.

470 ARISTÓTELES, *Os Económicos*, trad. de Delfim Ferreira Leão, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2004, p. 42.

471 *Ibidem*, p. 41.

472 *Ética a Nicômaco*, 2005, livro VIII, p. 253.

473 Cfr. Ernest CASSIRER, *The Myth of the State*, London, Yale University Press, 1946, p. 224-247.

mos o ponto de vista crítico, diante das imagens encontradas na justificação aristotélica da escravidão, para pensarmos a sociedade escravocrata brasileira. Esta que, de forma resumida, manteve esse imaginário legitimador como discurso sempre presente para combater as propostas de oposição à escravidão. Para ficarmos, desde já, com a noção da força daquela sociedade escravocrata, pode ser encontrada tal confrontação, apesar de direcionada mais ao comércio internacional e perspectivar o fim da escravidão de forma gradual e controlada politicamente, apenas após a obra *Representação á Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a Escravatura*, de 1825, escrita por JOSÉ BONIFÁCIO⁴⁷⁴. Certamente, o primeiro texto brasileiro de crítica profunda à escravidão.

Mas o pensamento aristotélico não foi diretamente importante para a legitimação da escravidão brasileira, apesar de ter sido sempre referenciado, pois sua maior relevância se deu numa certa tradição do pensamento cristão. Particularmente, aquela construída a partir do pensamento de S. TOMÁS DE AQUINO, que buscou “a harmonização da filosofia (obra de Aristóteles) com a fé (verdade revelada ao homem por Deus), procurando encontrar um novo suporte para as relações jurídicas”⁴⁷⁵. É um pensamento fundamental para “o estudo da teoria do poder político português nos séculos XVI e XVII”, no qual “o bem público é a chave da teoria do Estado”, sendo “o direito natural que constitui a base jurídica do Estado”⁴⁷⁶.

Em ARISTÓTELES, e mais claro ainda em S. TOMÁS DE AQUINO, está o sentido do princípio da igualdade com a amplitude abrangente da própria ideia de justiça⁴⁷⁷. Contudo, cabe reconhecer, sua construção sempre esteve acompanhada das formas específicas de legitimação da escravidão. Podem ser reconhecidos, nessa tradição, os diversos fundamentos para a reflexão da escravidão, apesar de muitas vezes não lembradas nas elevações universalizantes de tais propostas filosóficas. Somente para ilustrar, sem qualquer pretensão de buscar aprofundar tais

474 *Representação á Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a Escravatura*, Paris, Typographia de Firmin-Didot, 1825.

475 MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2009b, p. 104.

476 *Ibidem*, p. 106.

477 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 149-150.

questões, do mesmo modo que feito com ARISTÓTELES, em S. TOMÁS DE AQUINO a “*persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*” (*Summa Theologica*, I, 29, 3), convivia, dentro de seu pensamento profundo e complexo, com “*quod femina et servus naturaliter distinguuntur. Femina enim naturaliter est disposita ad generandum ex alio; non autem est robusta corpore, quod requiritur in servo*” (*Sententia libri Politicorum*, liv. 1, I, 1, n. 12)⁴⁷⁸ e “*secundum rei veritatem utile ei qui est naturaliter servus, et ei qui est naturaliter dominus*” (*Sententia libri Politicorum*, liv. 3, I, 5, n. 5)⁴⁷⁹. Esses temas, infelizmente, dentro das pretensões purificadoras modernas, ao invés de servirem para o devido aprofundamento, têm sido esquecidos ou acomodados nas ideologias do presente. No fundo, talvez sem perceber, provocando a infantilização desses próprios monumentos do pensamento filosófico ocidental.

Sem dúvida alguma, ARISTÓTELES e S. TOMÁS foram as grandes influências de “*todos acontecimentos e realidades espirituais mais importantes da nossa vida nacional desde o século XVI*”⁴⁸⁰, em Portugal. Do mesmo modo, formaram o grande paradigma de reflexão da escravidão na América portuguesa. Contudo, com advertência de haver prevalecido muitas vezes a prática, “*ditadas pelas necessidades da acção*”, em detrimento das “*ideias filosóficas*”⁴⁸¹. Mas, de qualquer forma, foram fundamentais para a formação da mentalidade que sustentou, numa especificidade muito própria, a escravização de seres humanos também no Brasil. Tais concepções filosóficas ontológicas, no sentido de fundamentação do pensamento a partir de uma ordenação exterior ao ser humano, ora a partir da natureza ou de um ente sobrenatural, acomodaram nessas bases a aceitação e a integração da escravidão na sociedade. Mais ainda, apesar da América portuguesa, no séc. XVIII, p. ex, não ter sido influenciada ainda profundamente, como em Portugal, pelas “*teorias*

478 Nossa tradução: “*existe uma natural distinção entre a mulher e o escravo. A mulher tem uma natural natureza para gerar um outro ser, mas ela não tem um corpo robusto, o que é requerido do escravo*”.

479 Nossa tradução: “*de acordo com a verdadeira utilidade, uma mesma coisa beneficia o homem que é por natureza um escravo e quem é por natureza um mestre*”.

480 LUÍS CABRAL de MONCADA, *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2003, p. 189.

481 *Ibidem*, p. 181.

dos modernos”, como PUFENDORF e WOLFF, aquelas ideias, naquele contexto, também “não se generalizaram”⁴⁸².

Por essas razões, quanto à escravidão, na América portuguesa, desde os seus primeiros momentos, elevou-se um grande paradigma de legitimação, já existente desde o plano filosófico, que aliou-se à ideia de necessidade e à opção realizada conscientemente diante daquelas circunstâncias. Até a Independência, a escravidão, africana e indígena fundou-se numa chamada “razão colonial”⁴⁸³. A filosofia daquele tipo de Antigo Regime alia-se às formas de organização social daquela sociedade escravocrata. É um quadro legitimador, na América portuguesa, para a manutenção da escravidão e do comércio de escravos, diante de um grande panorama de aceitação daquelas práticas. Cabe ressaltar que o comércio de escravos e a própria escravidão passaram no mundo ocidental sem qualquer tipo de oposição mais profunda até meados do séc. XVIII⁴⁸⁴. O panorama foi sintetizado, no séc. XIX, por PERDIGÃO MALHEIRO: “as doutrinas de Aristoteles, Platão, e outros antigos philosophos; a legislação de todos os povos desde a mais remota antiguidade, Hebreus, Gregos, Romanos, até os nossos dias; a história do mundo desde Noé; e, o que mais admira, a propria Religião de Christo: tudo tem sido posto em contribuição para a sustentação daquelle pseudo-principio pelos defensores da escravidão”⁴⁸⁵. Afirma que até o séc. XVIII, com relação à escravidão africana, em especial, nada tinha sido dito que pusesse em causa a sua legitimidade na América portuguesa⁴⁸⁶.

Sem ingressarmos na temática das lutas dos próprios escravos contra a escravidão, que sempre ocorreram em paralelo ao sistema de violência, tem sido considerado como o primeiro movimento abolicionista o ocorrido no contexto anglo-saxão e promovido por um grupo

482 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 462.

483 MURILO DE CARVALHO, “Escravidão e razão nacional”, in *Pontos e Bordados: escritos de história e política*, p. 35 s.

484 Cfr. Seymour DRESCHER, “From Consensus to Consensus: Slavery in International Law”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 115 s.

485 “Illegitimidade da propriedade constituída sobre o escravo – Natureza de tal propriedade – Justiça e conveniência da abolição da escravidão”, *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno II, tomo II, n. 3, jul./ago./set., 1863, p. 136.

486 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 10.

de *quakers*⁴⁸⁷ (*Society of Friends*), entre as décadas de 1770 e 1780, cuja organização teria inspirado a primeira organização abolicionista francesa, a *Société des Amis des Noirs*⁴⁸⁸, criada em 19 de fevereiro de 1788. Contudo, são movimentos muito complexos que não podem ser reconhecidos por nós como de oposição total fundada numa pressuposta iluminação absoluta pela igualdade entre os seres humanos, que como sabemos, até os nossos dias ainda não alcançada. Como exemplo, apesar de o movimento francês ter conciliado a defesa da igualdade de direitos nas colônias francesas entre negros e mulatos livres, não defendia nos seus primeiros momentos abolição da escravidão⁴⁸⁹. De qualquer forma, tais movimentos foram exemplos de importantes reações, especialmente religiosas, contra figuras como HOBBS e as propostas de legitimação da escravidão fundadas na chamada incapacidade da moral humana⁴⁹⁰.

Contudo, na sociedade escravocrata brasileira, as reflexões da escravidão foram dominadas por um certo tipo de catolicismo — a principal ideologia social até a ascensão do Estado brasileiro, a partir do Segundo Reinado —, que não defendia propriamente os “princípios cristãos de igualdade e fraternidade”, mas “a representação medieval de uma sociedade estratificada conforme a vontade divina”⁴⁹¹. Dessa forma, a possível conciliação entre esse pensamento do organismo social escravocrata e os valores cristãos foi sendo traduzida na doutrina do chamado “melhoramento da sorte dos escravos”, reconhecida em autores como PERDIGÃO MALHEIRO⁴⁹² e JOSÉ BONIFÁCIO⁴⁹³. O desejo de garantia da estabilização social foi conjugado com o sentido de bondade no tratamento dos escravos, tendo sido realizado um certo regramento do uso da violência, afirmado ali como “boa escravidão”⁴⁹⁴. A filosofia cristã no

487 Cfr. Brycchan CAREY; Geoffrey PLANK (eds.), *Quakers and Abolition*, Chicago, University of Illinois Press, 2014.

488 Cfr. DAVID BRION DAVIS, “Re-examining the Problem of Slavery in Western Culture”, *American Antiquarian Society*, Worcester, AAS, v. 118, part. 2, 2009, p. 260.

489 Keila GRINBERG, *O fiador dos brasileiros: Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p. 177.

490 DAVIS, *op. cit.*, p. 260.

491 ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 64.

492 *Op. cit.*, 1867b, p. 112 s.

493 *Op. cit.*

494 Doutrina muito desenvolvida pelo padre Manuel RIBEIRO ROCHA, na obra *Ethio-*

Brasil, vinda do contexto colonial anterior, não questionou em essência a questão que estava ali presente diante das críticas do pensamento moderno, ou seja, a legitimação da escravização de seres humanos⁴⁹⁵. São posições que apontam para o eixo daquela juridicidade formada por deveres, como os dos proprietários de seres humanos escravizados, não ainda de direitos, como a liberdade ou a igualdade, que caracterizará o projeto jurídico moderno da codificação.

A escravidão foi assim mantida, apesar das críticas oferecidas pelo pensamento jurídico moderno, especialmente no séc. XIX, quando a oposição a tal instituição ganhou grande relevo. As novas reflexões jurídicas foram muito mais absorvidas pela sociedade escravocrata, num processo amplo que envolveu também o nascente Estado brasileiro, do que o contrário. No entanto, este não conseguiu ocupar o lugar central naquela sociedade, quanto ao controle das juridicidades, até ao menos o Segundo Reinado⁴⁹⁶. De forma bastante esquemática, a legitimação da escravidão no Brasil, frente ao pensamento jurídico ocidental, partiu da tradição secular do direito da escravidão, desenvolvido no Antigo Regime, que foi sendo adaptada à modernidade através de dois polos

pe regatado, empenhado, sustentado, corrigido e libertado, Lisboa, Oficina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1758. Originariamente, naquele contexto, foram afirmados os fundamentos da escravidão em razão do nascimento, muito importante após o fim do comércio internacional de escravos, bem como a ideia de o trabalho dos ex-escravizados servir de indenização aos antigos proprietários, em caso de alforria ou abolição, que representasse o resgate pelos próprios seres humanos escravizados. Cfr. Jean Marcel Carvalho FRANÇA; Ricardo Alexandre FERREIRA, “Manuel Ribeiro Rocha: um abolicionista ‘avant la lettre?’”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de História Económica e Social, 1975, tomo XLVI, 2015, p. 199-216.

495 O quadro inicial das ordens religiosas no Brasil e as suas posições com relação à manutenção da escravidão, inclusive a correlação entre as ordens e o número de escravos possuídos nos anos anteriores à abolição, pode ser conferida em Robson PEDROSA COSTA, “As ordens religiosas e a escravidão negra no Brasil”, *Anais do II Encontro Internacional de História Colonial, Mneme: Revista de Humanidades*, Caicó, UFRN, v. 9, n. 24, 2008, s/n. Cfr. Rafael de Bivar MARQUESE, *Feitores do corpo, missionários da mente: Senhores, letrados e controle dos escravos nas Américas, 1660-1860*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

496 Quanto às pretensões de controle, cfr. Lucas BORGES DE CARVALHO, “Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil”, in Antonio Carlos WOLKMER; Francisco Q. VERAS NETO; Ivone M. LIXA, *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013, p. 13-36.

discursivos importantes, os decorrentes dos textos religiosos e os produzidos pelo Estado. Diante dos demais centros de poder daquela sociedade, o domínio discursivo da escravidão decorria preponderantemente do trânsito de poderes, mantido entre Estado e Igreja⁴⁹⁷, até a República.

Justamente o pensamento decorrente da tradição orgânica-cristã (“*organon, or instrumentum*”⁴⁹⁸), o fundamento do mundo e a resolução dos problemas da vida em comum, esteve na base das juridicidades, constituindo o grande paradigma brasileiro das questões jurídicas, aí incluída a escravidão. A tradição inspirada no pensamento aristotélico, a sociedade humana pensada “*as an entity having both moral and political ends*”, enquanto discurso ao mesmo tempo secular e eclesiástico⁴⁹⁹, forneceu à sociedade escravocrata da América portuguesa, e posteriormente brasileira, o grande fundamento teórico e prático para a legitimação jurídica da escravidão. Tal paradigma não sofreu oposição mais séria, antes dos fins do séc. XVIII, e, assim, constitui-se como o principal eixo do pensamento da escravidão. As organizações daquele mundo integravam o *Corpus iuris civilis*, com a forte marca da divisão entre as pessoas. Na abertura de seu texto, que foi sendo progressivamente consolidado, encontramos a separação clara entre livres e escravos (“*summa itaque divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”), sendo esta considerada uma instituição do direito das gentes (“*servitus autem est constitutio iuris gentium*”, § 2), não de direito natural (*Institutiones*, I, III)⁵⁰⁰.

Na verdade, é desde a legitimação da escravidão, em relação ao direito das pessoas, que foram construídos os paradigmas do direito moderno. Mas, as clarificações e separações entre esses dois momentos formaram-se no tempo, não reconhecidas imediatamente naqueles contextos de transformação, num imaginário recorte preciso. Por isso, somente com o evidente marco da afirmação no campo do direito da “*reality of*

497 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 64-65.

498 Cfr. Ernest Hartwig KANTOROWICZ, “Mysteries of State: An Absolutist Concept and Its Late Medieval Origins”, *The Harvard Theological Review*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 48, n. 1, 1955, p. 89.

499 *Ibidem*, p. 81.

500 Ildefonso L. García DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Instituta-Digesto*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998a, parte I, tomo I, p. 8.

*slavery's existence*⁵⁰¹ seria possível compreender, criticamente, o pensamento jurídico moderno. No caso do Brasil, foi reconhecido diante da sociedade escravocrata, que, na escravidão, manteve o seu “projecto social global”⁵⁰². Mas ainda, no séc. XIX, quando a escravidão “*was not treated as contrary to the law of nations, as it is today*”⁵⁰³.

O pensamento jurídico da escravidão pode ser reconhecido nos mais diversos textos, mas para nosso trabalho importa destacar aqui apenas alguns representativos da tradição da escravidão brasileira. Pe. ANTONIO VIEIRA⁵⁰⁴, marcado pelo pensamento escolástico da contrar-reforma, caracterizou-se pragmaticamente para a reflexão do “Novo Mundo”. Defendia a liberdade natural de todos os seres humanos, com as diferenciações entre indígenas e negros, em razão das “exigências da razão filosófica e aos imperativos éticos do cristianismo”⁵⁰⁵, na base da referida distinção entre a escravidão do corpo e liberdade da alma. Reconhecia, assim, “*la igualdad del hombre blanco y negro preconizando, al mismo tiempo, la importación de esclavos negros para sustituir la mano de obra indígena*”⁵⁰⁶. Tal tradição, com a ênfase na justificativa da escravidão no chamado “pecado original”, da recuperação de uma representação da maldição de Ham, Canaã filho de Noé⁵⁰⁷, justificava os povos africanos como destinados por Deus para servirem como escravos⁵⁰⁸. Essa foi a principal “linha da doutrina judaico-cristã”⁵⁰⁹ presente na América portuguesa. Exemplificativamente, tais fundamen-

501 R. H. HELMHOLZ, “The Law of Slavery and the European *Ius Commune*”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 44.

502 Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1997.

503 HELMHOLZ, “The Law of Slavery and the European *Ius Commune*”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 42.

504 Cfr. Ronaldo VAINFAS, *Antônio Vieira: Jesuíta do rei*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.

505 Antônio BRAZ TEIXEIRA, *Caminhos e figuras da filosofia do direito luso-brasileira*, 2 ed., Lisboa, Novo Imbondeiro, 2002, p. 47.

506 JOSÉ CAPELA, *op. cit.*, p. 584.

507 Robin BLACKBURN, *The Making of New World Slavery: From the Baroque to the Modern, 1492-1800*, London, New York, Verso, 1998, p. 66 s.

508 Cfr. George M. FREDRICKSON, *Racism: a short history*, Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 43 s.

509 PIMENTEL, *op. cit.*, p. 185.

tos encontram-se no pensamento do Pe. JORGE BENCI, que mantinha a legitimidade da escravidão na ideia do pecado, ao lado da chamada maldição de Cam, filho de Noé, como condição para o desenvolvimento da economia cristã, propondo a conciliação, com o uso da violência, entre escravidão e educação, num novo equilíbrio social, que deveria resistir ao paradigma humanista já em evidência⁵¹⁰. Descreve, ainda, uma prática de sevícia muito comum na escravidão brasileira, chamada de “quebra-negro”, que foi muito utilizada para impor que as pessoas recém-chegadas à América sempre olhassem para baixo na presença de não escravizados⁵¹¹.

Contudo, teriam sido principalmente as obras do séc. XVIII, especialmente de reação às críticas ao comércio internacional de escravos, as grandes responsáveis pela sedimentação do até então tradicional pensamento escravocrata. Dentre elas, destacamos as produzidas pelo então Bispo de Elvas, por ter oferecido os principais fundamentos de legitimação da escravidão brasileira⁵¹² para se opor ao direito moderno.

510 Cfr. BENCI, *op. cit.* Cfr. SEZINANDO LUIZ MENEZES, “Escravidão e educação nos escritos de Antônio Vieira e Jorge Benci”, *Diálogos: Revista do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História*, Maringá, Universidade Estadual de Maringá, v. 10, n. 3, 2006, p. 219 s. A escravidão cristã-brasileira pode ser consultada em André João ANTONIL, *Cultura e opulencia do Brazil, por suas drogas e minas*, reimp., Rio de Janeiro, Casa de Souza e Comp., 1837. Encontra-se aí a descrição da “boa escravidão” do séc. XVIII, bem como as práticas dos senhores de engenhos, para lidar com os problemas desse negócio: “do partido queimado, dos bois atolados, dos escravos mortos, e do assucar perdido” (p. 11). Além do regramento da violência, para não “dar couces, principalmente nas barrigas das mulheres, que andão pejadas, nem dar com páo nos escravos, porque na colera se não medem os golpes, e podem ferir mortalmente na cabeça a hum escravo de prestimo, que vale muito dinheiro”; atitudes que seriam de “hum lobo carneceiro, e não hum feitor moderado, e christão” (p. 22).

511 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 91.

512 O tema já estava presente na famosa obra José Joaquim da Cunha de AZEREDO COUTINHO, *Ensaio Economico sobre o comercio de Portugal e suas Colonias*, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1794, *n. g.*, p. 10 s., 19; com destaque para o capítulo IV, p. 30 s. Esse texto, nas palavras do seu autor, oferecia “os meios de tirar partido dos Indios do Brazil”, cfr. *Concordancia das leis de Portugal, e das Bullas Pontificias, das quaes humas permitem a escravidão dos pretos d’ Africa, e outras prohibem a escravidão dos indios do Brazil*, Lisboa, Nova Officina de João Rodrigues Neves, 1808, p. 11, nota 1. Cfr. Gilberto Luiz ALVES, *Azeredo Coutinho*, Recife, Editora Massangana, 2010. Quanto

Destaca-se o texto *Analyse sobre a justiça do commercio do resgate dos escravos da Costa da Africa*, publicado em 1798⁵¹³, no qual “a razão colonial reina soberana sobre a razão cristã”⁵¹⁴. Segue-se aí com a contenção da própria transformação do pensamento cristão, que ao seu ver não poderia alterar as lógicas econômicas e sociais coloniais. Endereçado aos habitantes da América portuguesa — “Felices Brasileiros, meus Amigos” —, aponta os perigos representados pelos “occultos Inimigos da nossa Patria”, os “Sectarios dos barbaros Brissot, e Robespierre, destes Monstros com figura humana”, que defendiam a “regra = pereção antes as Colonias, do que hum só principio”, como teria ocorrido, ao seu ver, na “florecente Ilha de S. Domingos”⁵¹⁵. Tal trabalho foi produzido justamente em razão das revoluções francesa e haitiana. Procurava “desmascarar os insidiosos principios da Seita Filosofica”, bem como advertir para a importância de obedecer às leis, o “Vosso Soberano” e “tratar bem os seus escravos pelo seu mesmo interesse”⁵¹⁶, mantendo a lógica da “boa escravidão cristã”. Sobressalta a preocupação com a preservação do direito de propriedade escrava e respeito ao *status quo*⁵¹⁷, além do comércio internacional. Para ele, não se podia atacar “o direito de hum commercio estabelecido há mais de 300 annos entre muitas Nações civilizadas da Europa”⁵¹⁸.

à errônea atribuição de autoria à AZEREDO COUTINHO do texto *Memória sobre comércio dos escravos, em que se pretende mostrar que este tráfico é, para eles, antes um bem do que um mal*, no qual também podem ser consultadas considerações importantes sobre o tema da legitimidade da escravidão no início do séc. XIX, cfr. Rafael de Bivar MARQUESE; Tâmis Peixoto PARRON, “Azeredo Coutinho, Visconde de Araruama e a *Memória sobre o Comércio dos Escravos* de 1838”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, v. 152, n. 1, 2005, p. 99-126.

513 AZEREDO COUTINHO, *Analyse sobre a justiça do commercio do resgate dos escravos da Costa da Africa*, nov. rev., e acres., Lisboa, Nova Officina de João Rodrigues Neves, 1808a. Trata-se de uma obra muito importante, por tratar da escravidão em perspectiva filosófica.

514 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 44.

515 AZEREDO COUTINHO, *op. cit.*, 1808a, “dedicatoria”.

516 *Loc. cit.*

517 *Idem, op. cit.*, 1808b, p. 4.

518 *Ibidem*, p. 5.

Tais foram as linhas gerais da tradição — o “costume”⁵¹⁹ — da escravidão. A sua legitimação, portanto, decorreu do pensamento característico do Antigo Regime, dominante na América portuguesa e, também, no Brasil em construção. Possibilitou a manutenção da escravidão brasileira até 1888, mesmo diante das influências do movimento iluminista, já presentes desde meados do séc. XVIII. Mas, quanto à escravidão, o sentido de transformação da modernidade frente ao paradigma anterior foi acompanhado, por muito tempo, pela preocupação de que tais formas de pensamento não comprometessem a produção de riquezas, a segurança jurídica e a propriedade privada. Apesar disso, a mudança do pensamento jurídico e a construção de outro paradigma fundado na *ratio* humana foram fundamentais para se pensar a problemática da escravidão no Brasil. Contudo, ao mesmo tempo que se impôs criticamente à escravidão pela sua incompatibilidade com os discursos modernos, forneceu novas fundamentações para a proteção da propriedade, agora em um sentido liberal, aí incluída a propriedade escrava. Cabe ressaltar que, em diversas referências iluministas, a elevação do ser humano ao centro de um sistema jurídico não significava exatamente “todos os seres humanos”, mas aqueles das comunidades mais próximas, de sexo masculino e bom cidadão burguês, que se ocupou com a defesa de outro paradigma jurídico para a adaptação de seu modo de vida numa nova estrutura social, econômica, política e jurídica.

Como a escravidão foi pensada, no contexto brasileiro e com exceção das últimas décadas, numa clara perspectiva de sua manutenção pelo maior tempo possível, ressalvadas as problemáticas do comércio internacional, foram conservadas as legitimações, desde o pensamento escolástico, nas lógicas do *usus modernus pandectarum*. Mais ainda, por ter invadido o séc. XIX com grande persistência, a escravidão brasileira não deixou de ser organizada também em termos modernos, com a modernização de suas fontes através da produção legislativa estatal. Acomodações possíveis, pois, contextualmente consideradas, muito do pensamento jurídico moderno, numa complexidade aqui não alcançada, que, em grande medida, acomodou o direito da escravidão dentro das novas racionalidades, circunstancialmente na crítica realizada ao paradigma anterior do Antigo Regime.

519 *Ibidem*, p. 12.

De forma suficientemente representativa, com HOBBS, em que “o racionalismo e o voluntarismo estabelecem uma aliança em torno do conceito de lei do direito codificado”⁵²⁰, podemos acompanhar a grande mudança de sentido imposto ao direito. Oferece o caminho de rompimento com o pensamento aristotélico, no qual “a *aucloritas* (no sentido de *summa potestas*) ocupava o lugar da *veritas*”⁵²¹, com a noção de direito subjetivo em perspectiva moderna. A partir do nominalismo de GUILHERME DE OCKHAM, oferecia nova fundamentação do direito, partindo do indivíduo, e a lei moral pensada pela razão individual⁵²², a partir da forte componente do voluntarismo. Para HOBBS, importa muito a absolutização da propriedade, sendo por essa razão um dos grandes profetas da economia liberal⁵²³, fundamentada na ideia de ordem sobreposta a todas as outras, desde o Estado onipotente. É justamente a sua concepção para o sentido “da lei civil” (“*my design being not to show what is law here and there, but what is law*”⁵²⁴) que resultará na estruturação fechada dos sentidos da juridicidade, reconhecida como um “espartilho bem apertado”⁵²⁵. No fundo, HOBBS procurava, a partir da concepção do “*more geometrico*”, fundar na figura do Leviathan “a pretensão exclusiva de ditar o justo e o injusto”⁵²⁶.

HOBBS marcou o pensamento europeu através da representação da sociedade pela linguagem jurídica que passou a organizar o todo social, a partir da lei como fonte principal do direito e definida pelo soberano⁵²⁷. Essa mudança foi sentida profundamente pelo direito brasileiro do séc. XIX, com a reestruturação provocada por esse pensamento moderno diante do direito da escravidão tradicional. Em HOBBS, o direito subjetivo constitui-se pelas noções de liberdade em sua relação com o poder⁵²⁸, ou seja, o poder compreendido como uma “ordem de

520 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 529.

521 *Ibidem*, p. 370, nota 1222.

522 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 658.

523 *Ibidem*, p. 670.

524 Thomas HOBBS, *Leviathan*, London, Andrew Crooke & Green Dragon, 1651, p. 162.

525 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 127, nota 196.

526 Cfr. BAPTISTA PEREIRA, *op. cit.*, p. 235.

527 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 648-649.

528 *Ibidem*, p. 661.

necessidade”, partindo da política entendida como uma “ordem de finalidade”⁵²⁹. No fundo, pode-se dizer que seu “*relativismo ético es total, al menos programáticamente*”, já que o “*bueno o malo varía de lugar en lugar, y de tiempo en tiempo*”⁵³⁰.

Mais ainda, em HOBBS a lei não só é ordem (“*command*”), mas criada por uma pessoa específica (“*the Commonwealth*”), distinguindo-se a lei civil da lei natural por ser escrita, bem como o certo e o errado (“*law was brought into the world for nothing else but to limit the natural liberty*”), apesar de ainda não generalizada para todas as pessoas, sendo a lei a fonte para a distinção da validade de condutas⁵³¹. Nesse sentido, o fundamento do direito deixa de ser o saber acumulado pelos juristas (“*juris prudentia*”), passando para quem cria as leis civis (“*the reason of this our artificial man the Commonwealth*”)⁵³² e controla os sentidos da interpretação (“*the final causes*”)⁵³³. Para aquilo que aqui importa, nesse panorama de mudanças de perspectivas, livre seria somente aquele com poder para ser livre (“*for he is free that can be free when he will*”)⁵³⁴, ou seja, o soberano. Está aí o chamado “*caso clásico del pensamiento decisionista*”, no qual “*todo derecho, todas las normas y leyes, todas las interpretaciones de leyes, todas las órdenes son para él esencialmente decisiones del soberano*”⁵³⁵, numa proposta de positivação do direito⁵³⁶, realizado por um “*liberal equivocado*”⁵³⁷. Assim, HOBBS aborda os fundamentos da escravidão e da servidão no campo da legitimação do poder de domínio pela conquista⁵³⁸, na qual o direito de propriedade não somente recaía

529 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010a, p. 300 s.

530 FRANCISCO CARPINTERO, *La Ley Natural: historia de un concepto controvertido*, Madrid, Encuentro, 2008, p. 243.

531 *Op. cit.*, p. 162-164.

532 *Ibidem*, p. 166.

533 *Ibidem*, p. 169.

534 *Ibidem*, p. 163.

535 CARL SCHMITT, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, p. 29.

536 REIS MARQUES, “O itinerário jusnaturalista dos direitos humanos da ‘primeira geração’”, in Ant3nio Pedro BARBAS HOMEM; Cl3udio BRAND3O, *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 217.

537 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 182.

538 *Op. cit.*, p. 124 s.

sobre servos e escravizados, mas também sobre os seus descendentes. A liberdade seria apenas o espaço não preenchido pelo soberano (“*the sovereign hath pretermitted*”)⁵³⁹, sendo aceita ou não de acordo com a sua vontade.

Portanto, algo não abordado pelas construções mitológicas da modernidade, a oposição frontal à escravidão, em termos universais como hoje reconhece-se, levou muito tempo para ser construída. Dentro da tradição do liberalismo, a expressão “escravidão” serviu muito mais como figura de linguagem⁵⁴⁰ das amarras que o cidadão burguês sofria, referidas nas propostas de modernização do direito, que seguiram em paralelo com as reflexões jurídicas das condições das pessoas escravizadas⁵⁴¹. Exemplificativamente, com LOCKE, apesar de ser considerado o escravo fora da sociedade civil e um não sujeito de direitos, a escravidão seguia compatibilizada com o direito de propriedade⁵⁴². A liberdade integrava o sentido dinâmico da ampliação de direitos, através do trabalho, para produzir a propriedade. Nessa concepção, a economia decorria da própria sociedade e, especialmente, da natureza humana⁵⁴³.

A principal justificativa da escravidão, para LOCKE, decorria ainda da tradição secular da guerra justa⁵⁴⁴, que foi sendo adaptada ao direito de propriedade. É vital para o domínio, que, por sua vez, manifestava o próprio poder político, desde o estado de natureza: do pai so-

539 *Ibidem*, p. 131.

540 Cfr. John LOCKE, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, in Ian SHAPIRO (ed.), “Rethinking the Western Tradition”, New Haven and London, Yale University Press, 2003, p. 188 s.

541 *Ibidem*, p. 109 s.

542 Cfr. LOCKE, *op. cit.*, 2003, p. 135 s.

543 Cfr. Natalino IRTI, *Società civile: elementi per un’analisi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 34-35.

544 *Op. cit.*, p. 109-110, 178-187. Ideia expressada no texto “The Fundamental Constitution of Carolina”, de 1669, que contou com a participação de LOCKE: “One hundred and seven. *Since charity obliges us to wish well to the souls of all men, and religion ought to alter nothing in any man’s civil estate or right, it shall be lawful for slaves, as well as others, to enter themselves, and be of what church or profession any of them shall think best, and, therefore, be as fully members as any freeman. But yet no slave shall hereby be exempted from that civil dominion his master hath over him, but be in all things in the same state and condition he was in before*”; “One hundred and ten. *Every freeman of Carolina shall have absolute power and authority over his negro slaves, of what opinion or religion soever*”. Cfr. DRESCHER, “From Consensus to Consensus”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 112 s.

bre os filhos, do marido sobre a mulher e do senhor sobre seu escravo⁵⁴⁵, exemplifica. No fundo, buscou aprofundar pragmaticamente a discussão da necessidade de manutenção de tal instituição jurídica diante das suas incompatibilidades com o direito natural⁵⁴⁶. LOCKE traduz a tensão entre a crítica filosófica da escravidão e a sua defesa, na ideia da necessidade, especialmente da preservação do comércio internacional de escravos. Dessa forma, pensa a partir de distinções fundamentais, *v. g.*, quando aborda a liberdade civil diante dos governantes e da submissão apenas ao poder legislativo estabelecido pelo consentimento, claramente não se referia aos escravos⁵⁴⁷.

LOCKE atingiu a essência da questão da escravidão na modernidade. Influenciou o direito da escravidão brasileira, especialmente o esforço de compatibilização do pensamento liberal com a escravidão, através da adequação do mundo prático às lógicas do direito natural racionalista. Foi uma das famosas personalidades associadas da *Royal African Company*, empresa inglesa responsável pelo comércio internacional de escravos na África⁵⁴⁸. Em suas reflexões, igualdade e liberdade foram quase sempre pensadas apenas teoricamente, a partir do estado de natureza, quanto às noções de pessoa e sociedade. Porém, juntamente com a escravidão e os seus institutos jurídicos assentados preponderantemente na garantia do *status quo*, a segurança jurídica moderna passou a oferecer fundamentos jurídicos também para a escravização de seres humanos. Com essas perspectivas, LOCKE aborda a sistematização do direito e eleva ao primeiro plano as noções de direito subjetivo e de lei⁵⁴⁹, sendo assim um dos grandes responsáveis pela formulação da essencial teoria do direito subjetivo⁵⁵⁰, porém realizada frente ao mundo escravocrata.

545 Cfr. LOCKE, *op. cit.*, 2003, p. 108 s.

546 *Ibidem*, p. 7: “*Slavery is so vile and miserable an estate of man, and so directly opposite to the generous temper and courage of our nation, that it is hardly to be conceived that an Englishman, much less a gentleman, should plead for it*”.

547 *Ibidem*, p. 141 s. Cfr. REIS MARQUES, “O itinerário jusnaturalista dos direitos humanos da ‘primeira geração’”, in BRANDÃO *et al.*, *op. cit.*, p. 203.

548 Cfr. LAURENTINO GOMES, *op. cit.*, p. 3081.

549 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 542.

550 *Ibidem*, p. 543.

Temos a noção de direito subjetivo assentada enquanto construção da doutrina moderna, na qual passou a prevalecer a segurança jurídica, mas com significativa perda da ideia aristotélica da justiça distributiva. Dessa forma, “*le droit gagne en certitude au détriment de sa justice*”⁵⁵¹. Reflexões que foram sendo realizadas, p. ex., ao menos um século antes do fim do comércio inglês de escravos, encerrado em 1807, bem como antes do fim da escravidão nas colônias inglesas, ocorrida em 1833, e dos regimes de servidão, conhecidos como *apprenticeship*, prolongadas até 1838⁵⁵². Portanto, a elevação do sujeito de direitos ocorreu, ao menos em seus momentos iniciais, paralelamente à escravidão. Apesar disso, o movimento de mudança de paradigmas foi sendo simplificado numa imagem padrão do movimento iluminista, com vigor surpreendente até os nossos dias, dentro dos discursos mitológicos da modernidade, em que tal contexto complexo de transformação do direito foi sendo reduzido à simples ideia de mera ilustração de uma elite. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, significativamente, identifica o fim da escravidão inglesa como consequência do “*enlightened will of the master*”, sem qualquer participação dos seres humanos escravizados, sendo um fenômeno – a abolição – completo e instantâneo⁵⁵³. Destaca as noções de necessidade e de oportunidade do evento, com certa desconfiança do dito ato “*filantrópico*” inglês⁵⁵⁴, para defender que a França deveria seguir o exemplo e conceder a liberdade aos seus “*250,000 slaves*”, por ser o único caminho para a manutenção das colônias francesas, já que a “*Colonial society has no future*”, sendo necessário oferecer ao país, no mundo moderno, a igualdade e a liberdade⁵⁵⁵.

Em outra grande referência, MONTESQUIEU enumera, na obra *L'Esprit des Lois*, algumas supostas justificativas para a escravidão: “*ceux dont il s’agit sont noirs depuis les pieds jusqu’à la tête, et ils ont le nez si écrasé qu’il est presque impossible de les plaindre*”, “*on ne peut se mettre dans l’esprit que Dieu, qui est un être très sage, ait mis une âme bonne dans un corps tout noir*”, “*de petits esprits exagèrent l’injustice qu’on*

551 *Ibidem*, p. 546-547.

552 Cfr. DAVIS, *op. cit.*, p. 256 e 265.

553 *Writings on Empire and Slavery*, Baltimore/London, The Johns Hopkins University Press, 2001, p. 199.

554 *Ibidem*, p. 209.

555 *Ibidem*, p. 200-207.

fait aux Africains”⁵⁵⁶. Essas afirmações posteriormente não foram sendo compreendidas conjuntamente com a problemática da escravidão, mas adaptadas aos discursos de fundação do pensamento moderno, com a aceleração do tempo para a inserção de ideias que não constavam das manifestações originais — “*il préparait le jour où le marché serait clos, les trafiquants poursuivis et les esclaves libérés*”⁵⁵⁷ — ou servindo a crítica pela via da exploração polarizada com os discursos mitológicos, chegando-se diante dessa passagem a afirmar a justificativa da escravidão baseada na cor da pele⁵⁵⁸. Na passagem de MONTESQUIEU vemos o argumento da cor referido como possibilidade argumentativa de quem justificava a escravidão dessa maneira, com clara ironia, sendo um crítico circunstancial da escravidão⁵⁵⁹.

MONTESQUIEU afirma que a escravidão deveria se limitar a certos países⁵⁶⁰, sem se opor, dessa forma, totalmente à instituição. Defende que a lei civil deveria conter os abusos e perigos da escravidão⁵⁶¹, mas sem atingir sua legitimidade, já que a sua preocupação principal estava nos efeitos da escravidão para a sociedade e seus membros, não propriamente nos seres humanos escravizados. Ao gosto de sua época, oferece fundamentos para a escravização por fatores climáticos, com base na explicação simplista e reducionista pelos efeitos, não pelas causas dos fenômenos sociais: “*il ne faut donc pas être étonné que la lâcheté des peuples des climats chauds les ait presque toujours rendus esclaves, et que le courage des peuples des climats froids les ait maintenus libres*”⁵⁶². São afirmações paralelas à natureza racional das leis, a partir da lógica e da separação do direito natural do divino, numa busca da ordenação pela essencialidade e a elevação do olhar de quem vê acima de todos os outros⁵⁶³.

556 Charles-Louis de Secondat de MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Loix*, Tome Premier, Paris, Didot, 1816, p. 190-191 (livre XIV, chap. V).

557 PAUL HAZARD, *La Pensée européenne au XVIIIe siècle: de Montesquieu à Lessing*, Paris, Fayard, 1963, p. 160.

558 Cfr. PIMENTEL, *op. cit.*, p. 78.

559 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 33.

560 *Op. cit.*, p. 194 (livre XIV, chap. VIII).

561 *Ibidem*, p. 197 (livre XIV, chap. XI).

562 *Ibidem*, p. 235 (livre XVII, chap. II).

563 Cfr. PAUL HAZARD, *op. cit.*, p. 156 s.

Apesar dos limites da nossa proposta, foi possível notar a escamoteação dessa longa tradição da escravidão no pensamento jurídico. Na construção do direito moderno, desde GRÓCIO e PUFFENDORF⁵⁶⁴, v. g., esteve presente nas distinções entre direito natural e positivo. Essas evidências, apesar dos limites do trabalho, foram suficientes para a crítica da imagem da modernidade enquanto recorte e superação do mundo do Antigo Regime. A escravidão, por longo tempo, encontrou abrigo no movimento iluminista do direito, já que as grandes confrontações a tal sistema de violência, em sentido amplo e profundo, só foram vistas em meados do séc. XVIII.

É o paradigma para a reflexão do direito da escravidão no Brasil e seu processo de transformação da juridicidade plural através da construção do direito estadualista. Portanto, cria-se uma tensão entre o mundo jurídico brasileiro da escravidão e o pensamento jurídico moderno⁵⁶⁵, já que a manutenção da escravidão no Brasil foi talvez o maior de todos os problemas práticos da sociedade brasileira do séc. XIX, onde sentiu-se fortemente a perda de legitimidade no plano internacional, diante da abolição em outras sociedades. Esse processo envolveu a mudança do poder, em que o Estado brasileiro ampliou sua atuação no plano social com as tentativas de apropriação do direito, através do choque das forças do sistema do Antigo Regime com as novas concepções do direito.

Nesse sentido, é importante reconhecer que, em relação à escravidão pensada em Portugal em meados do séc. XIX, tal tema pertencia já ao direito público e não mais ao direito natural⁵⁶⁶. Defendia-se a igualdade, sem prerrogativas e precedências⁵⁶⁷, na qual “o homem não pode tomar sobre si a obrigação de ceder totalmente a *liberdade da sua justa actividade*, tornando-se o seu escravo”⁵⁶⁸. Partindo do pensamen-

564 Cfr. DRESCHER, “From Consensus to Consensus”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 112.

565 Cfr. Vicente Alves de PAULA PESSOA, *Anotações á lei e regulamentos sobre o elemento servil*, Rio de Janeiro, Instituto Typographico do Direito, 1875, que trata dos riscos à propriedade escrava impostos pela lei do ventre livre.

566 VICENTE FERRER de Neto Paiva, *Philosophia de direito: direito natural*, 6 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1883, tomo I, p. 80.

567 *Idem*, *Curso de Direito Natural*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843a, p. 75.

568 *Idem*, *op. cit.*, 1883, p. 81.

to de MARTINI, em especial de sua obra *Positiones de lege naturali*⁵⁶⁹, as noções dos “deveres perfeitos”, VICENTE FERRER afirma que um deles seria o de não violar a liberdade de cada um⁵⁷⁰. Portanto, justificava a proibição da escravidão, não somente a partir de MARTINI, mas também de ROUSSEAU, MONTESQUIEU e KANT⁵⁷¹. Esse jurista fundamental trata expressamente da escravidão, considerando o comércio internacional como “infame” e injusto, “atentado permanente contra os direitos da humanidade”⁵⁷², sendo “ação injusta” ao lado do “homicídio”, “roubo”, etc., “porque ofendem a esfera da justa actividade dos outros”⁵⁷³. Sumariamente, conclui que “se todo o ser racional é para si seu proprio fim, e em nenhuma situação deve servir de meio á vontade arbitraria d’outrem (§§ 7 e 21), é evidente que a escravidão é injusta”⁵⁷⁴.

Contudo, como um pensador do seu tempo não deixa de afirmar, ao lado da igualdade, que a humanidade seria formada por diferentes raças, dentro de um pensamento evolucionista muito influente⁵⁷⁵. Critica a escravidão com fundamentos econômicos, os propagados prejuízos causados pela produção nessas bases, na linha da influência de ADAM SMITH, não concordando com as justificativas da necessidade e da inferioridade⁵⁷⁶, bem como da tradicional legitimação fundada na ideia da guerra justa⁵⁷⁷. VICENTE FERRER afirma, ainda, que a injustiça da escravidão se dá por ser contrária ao direito natural, criticando as

569 Obra referencial para o ensino do direito, também em Portugal, que somente foi substituída com a publicação do *Curso de Direito Natural* e os *Elementos de Direito das Gentes*, por VICENTE FERRER, cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2003, p. 224.

570 *Op. cit.*, 1843a, p. 194.

571 *Ibidem*, p. 195.

572 *Idem*, *Elementos de direito das gentes*, 2 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843b, p. 28.

573 *Idem*, *op. cit.*, 1883, p. 21.

574 *Ibidem*, p. 86-87.

575 *Ibidem*, p. 78: “A raça branca parece mais favorecida da natureza, tendo as faculdades mais perfeitas. Porém, como as outras raças têm o poder de as desenvolver, podem todas ellas conseguir os fins da criação, empregando para isso as condições necessarias”. Cfr. *Curso de Direito Natural*, 1843a, p. 76 e 77.

576 Cfr. VICENTE FERRER, *op. cit.*, 1843b, p. 29 e 30. Cfr. ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, New York, P. F. Collier & Son, 1902, especialmente o livro I, capítulo VIII (*Of the Wages of Labor*), p. 120-151.

577 Cfr. VICENTE FERRER, *op. cit.*, 1843b, p. 52-53.

justificativas mais comuns de sua época baseadas no nascimento, na alienação e na força⁵⁷⁸. JOSÉ DIAS FERREIRA, seu aluno, que produziu a “obra de tradução” do seu pensamento, na base da crítica ao sistema de seu mestre⁵⁷⁹, manteve a afirmação da injustiça da escravidão sob os mesmos fundamentos⁵⁸⁰. Porém, tal jurista que sucede a VICENTE FERRER na cátedra de *Direito Natural*, em 1862⁵⁸¹, passou a discutir a problemática da escravidão no campo da liberdade humana conjugada com a propriedade⁵⁸².

Por fim, cabe ressaltar que ROUSSEAU, na obra *Contrato Social*, aborda de forma decisiva o tema da escravidão, sendo a grande referência crítica aos fundamentos alegados até então para a sua legitimidade. Afirmava as incompatibilidades, como pensamento moderno, das ideais da guerra justa, como defendida por algumas posições anteriores (“Grotius & les autres”⁵⁸³), fundado na opinião de que a guerra ocorria entre Estados, não entre pessoas, não podendo ser fundada a escravidão a partir daí, especialmente por ofender, pelas razões que ali apresenta, desde “*la nature des choses, & font fondés fur la raison*”; no fundo, sendo nada mais do que consequência da lei do mais forte (“*la loi du plus fort*”)⁵⁸⁴. O alegado direito de escravização decorrente da guerra simplesmente não existia⁵⁸⁵. De forma enfática, afirma que “*de quelque sens qu’on envisage les choses, le droit d’esclavage est nul, non-seulement parce qu’il d’esclavage est illégitime, mais parce qu’il est absurde & ne signifie rien. Ces mots, esclavage, & droit sont contradictories; ils s’excludent*

578 *Idem*, *op. cit.*, 1843a, p. 198.

579 Cfr. MÁRIO REIS MARQUES, “A determinação do «princípio do direito» em Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 45, col. 5, 2000, p. 174, nota 15.

580 DIAS FERREIRA, *Anotações aos elementos de direito natural do Excelentíssimo Senhor Vicente Ferrer Neto Paiva*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858, p. 77-79. A principal referência à escravidão está em *Elementos de Direito Natural*, mas comenta-se aí expressamente o *Curso de Direito Natural*, particularmente o § 375.

581 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2003, p. 80.

582 DIAS FERREIRA, *Noções fundamentais de philosophia do direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1864, p. 350 s.

583 Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1862, p. 11.

584 *Ibidem*, p. 13.

585 *Loc. cit.*

mutuellement”⁵⁸⁶. Tais são considerações críticas à escravidão moderna, muito importantes por terem sido feitas por ROUSSEAU num contexto associativo do “reconhecimento dos direitos naturais (posteriormente chamados humanos e fundamentais) com a legitimação democrática do direito”⁵⁸⁷.

Contudo, ideias como a de ROUSSEAU, diante do direito da escravidão brasileira, não foram sentidas profundamente, na dimensão das reflexões jurídicas, ao menos até o amadurecimento dos movimentos abolicionistas⁵⁸⁸. Isso significa que as influências da ascensão do indivíduo e do direito moderno iluminista ingressaram com dificuldade naquele mundo da escravidão legítima, sem significar que em outros campos, como o econômico, p. ex., não tivessem promovido alterações no *status quo* escravista. Excluído o contexto inicial da Independência do Brasil, na qual foram influentes os chamados “primeiros liberais”, cujo expoente máximo foi JOSÉ BONIFÁCIO, que oferecia ali uma oposição à escravidão brasileira⁵⁸⁹, apesar de limitar-se ao fim do comércio internacional e defender a extinção gradual da escravidão, não foi vista naquela sociedade a oposição à escravidão, além da promovida pelos próprios seres humanos escravizados, até meados do século XIX. Dessa forma, a escravidão brasileira, enquanto instituto jurídico e legítimo, foi confrontada com profundidade no plano das reflexões jurídicas muito tardiamente. Por muito tempo, o discurso do direito moderno influenciou mais a conservação da propriedade escrava no Brasil do que propriamente as reflexões para a defesa da liberdade das pessoas escravizadas.

586 *Ibidem*, p. 14.

587 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 487.

588 Cfr. MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 39. O grande marco do movimento abolicionista teria sido a década de 1860, cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015.

589 *Op. cit.*

3. Paradigmas modernos e escravidão: o caminho do direito natural

Em breve apreciação, abordamos agora a legitimidade da escravidão desde os quadros mentais do Antigo Regime, mas também reconhecidos em sua crítica, presentes na formação da juridicidade da sociedade escravocrata caracteristicamente brasileira, inaugurada com a ruptura política em 1822, a partir da problemática do direito natural⁵⁹⁰. Particularmente, as juridicidades de concepção religiosa que passaram a ser questionadas por racionalidades laicas. Trata-se de movimento absolutamente complexo⁵⁹¹ e herdeiro da denominada “revolução intelectual”, ocorrida fundamentalmente a partir do séc. XVII, mas “com clara dominância no século XVIII”⁵⁹², “sob a denominação de ‘pensamento moderno’”, reconhecida enquanto “revolução metodológica” e “revolução filosófica”⁵⁹³. Destacamos o rompimento com o discurso de autoridade, a busca por comprovações racionais e empíricas, bem como a afirmação de uma filosofia pagã⁵⁹⁴. Esses movimentos são responsáveis pela mudança do sentido do direito natural, desde a filosofia jurídica aristotélica, que foi substituída pela afirmação do positivismo no contexto da formação do pensamento jurídico moderno⁵⁹⁵, culminando na elevação da lei enquanto centro de um sistema jurídico baseado na lógica subsuntiva, apesar de tal mudança só ter sido sentida integralmente pelo direito brasileiro após a promulgação do Código Civil.

Portanto, o direito da escravidão brasileira vivenciou somente os momentos anteriores à modernização da juridicidade, sem deixar de assumir feições próprias após o rompimento da América portuguesa, que mantinha claramente, antes do iluminismo, as juridicidades organizadas pelos eixos do “direito romano-canônico” e “métodos escolásticos dos bartolistas”⁵⁹⁶. O direito brasileiro herdou a legitimidade da esca-

590 Quanto à profundidade desse percurso no contexto europeu, cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 54 s.

591 Cfr. BAPTISTA PEREIRA, *op. cit.*

592 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 382, nota 1262.

593 *Idem*, *op. cit.*, 2009b, p. 171.

594 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 408-409.

595 *Ibidem*, p. 406.

596 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 19.

vidão de seres humanos fundada numa tradição já secular do direito natural, mas com a criação do Estado brasileiro tal juridicidade complexa e plural entrou em conflito com a progressiva afirmação de um direito estatal e voluntarista. Assim, a escravidão passou pelo período de profundo choque entre dois paradigmas jurídicos, que resultou num grande remanejamento dos materiais e reflexões jurídicos. Contudo, apesar da influência do jusnaturalismo racionalista e da afirmação estatal, o direito moderno não conseguiu se impor completamente no direito daquela sociedade escravocrata, tendo permanecido numa fase de transição para a modernidade⁵⁹⁷.

De forma reduzida, a legitimidade da escravidão no Brasil manteve-se com fundamentos do direito natural não racional, sob esse ponto de vista teórico e nessa perspectiva. A escravidão foi mantida com tais bases apesar das transformações provocadas pela lei da boa razão e pelas mudanças nos Estatutos da Universidade de 1772, que buscaram a acomodação do direito natural à sociedade⁵⁹⁸. A escravidão brasileira foi marcada pelos problemas práticos e pelo modo de vida daquela sociedade escravocrata, a partir do amplo quadro referencial do Antigo Regime, que permaneceu por longo tempo na base da juridicidade brasileira, mesmo diante das imposições do pensamento jurídico moderno. Portanto, nos pareceu essencial a atenção ao direito natural (*ius naturale*)⁵⁹⁹, por ter predominado para se pensar a escravidão brasileira diante de grandes transformações na juridicidade ocidental⁶⁰⁰. Já que prevaleceu ali o direito natural, de fundo religioso e tomista, ainda não racionalista. Apesar disso, tal direito escolástico não deixou de sentir as mudanças decorrentes da elevação do direito moderno em outros contextos,

597 Cfr. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, p. 16, *n. g.*, no qual as reflexões sobre leis naturais e positivas são recorrentes.

598 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 470 s.

599 Com deliberada redução de seu campo reflexivo para o contexto aqui pesquisado. Quanto ao amplo quadro do direito natural, cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, especialmente p. 372-421.

600 Apesar de sua assimilação confinada ao sentido textual, num paradigma positivista posterior, cabe ressaltar que a ideia de direito natural foi central para a construção das principais Declarações Norte-Americana e Francesa de fins do séc. XVIII, bem como para a reflexão jurídica brasileira. Quanto ao “paradoxo” da declaração de direitos naturais autoevidentes, cfr. Lynn HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, New York/London, W. W. Norton & Company, 2008, p. 35 s.

tendo ingressado no Brasil enquanto referência crítica e aspiração para a transformação daquele direito tradicional. Estava ali presente o choque entre o direito natural tradicional, que servia como sustentação da escravidão, com novas visões, também desde a convocação do direito natural, mas agora considerado racional.

A noção do direito natural daquele contexto pode ser vista em TOMÁS ANTONIO GONZAGA, no texto *Tratado de direito natural*, escrito possivelmente em 1772 por considerar “difusa” a tradução para o português (“lusitanizado”) de JEAN-JACQUES BURLAMAQUI⁶⁰¹. Trata-se da adaptação do texto *Principes du droit naturel*⁶⁰², ao contexto português, como grande referência de acesso ao tipo de direito da virada para o séc. XIX na América portuguesa. Nessa obra, dá-se a busca pela harmonia possível entre a razão iluminista e a tradição escolástica. Discorda de GRÓCIO ao afirmar a existência do direito natural mesmo que Deus não existisse⁶⁰³, prevalecendo a ideia da “existência de um direito natural secularizado”⁶⁰⁴. Assume posição semelhante a de BURLAMAQUI, na qual da definição de ser humano decorreria a ideia de direito natural, bem como a lei sendo acessada através das luzes da razão e da busca pela felicidade: “*Dieu se résorbe dans la raison, la raison dans la nature, et l’ancien droit divin devient un droit naturel et rationnel. Du droit divin, il faut qu’aucune trace ne demeure; il faut qu’on en arrive à la définition de l’Encyclopédie, article Loi*”⁶⁰⁵.

As mais importantes transformações na modernização do direito ocidental, também do direito brasileiro, decorrem do “princípio da sociabilidade” de GRÓCIO, que altera o pensamento jurídico escolástico através da “laicização da ciência do direito”, substituindo o “*corpus mysticum*” pelo “*appetitus societatis*”⁶⁰⁶. A partir da ideia de sociabilida-

601 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 157.

602 *Principes du droit naturel*, nouv. ed., Geneve, Cl. & Ant. Philibert, 1756.

603 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 157.

604 Apresentação de Keila GRINBERG à obra de TOMÁS ANTONIO GONZAGA, *Tratado de Direito Natural*, São Paulo, Martins Fontes, 2004, p. XXI.

605 PAUL HAZARD, *op. cit.*, p. 154.

606 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 123. Cfr. desse mesmo jurista, quanto à mudança de paradigma com GRÓCIO, *op. cit.*, 2003, p. 384 s. Quanto à laicização do direito, cfr. FRANCO TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, Giuffrè, 1983, v. 1.

de e para resolver o problema de pacificação das sociedades, muito grave em seu contexto, partindo do pensamento de GRÓCIO será formado um conjunto de regras gerais, com destaque para o direito de propriedade, o dever de indenização dos danos e o respeito à palavra, enquanto elementos estruturantes do pensamento jurídico moderno, cujos antecedentes, entretanto, podem ser encontrados em CÍCERO⁶⁰⁷. As regras morais passam a ser regras jurídicas porque advindas da razão. GRÓCIO, partindo de uma moral estoica e através do método dedutivo, estabelece um sistema axiomático de regras na base de uma lógica específica, a “*logique déductive dans le droit*”⁶⁰⁸.

Nesse sentido, GRÓCIO nos pareceu fundamental para pensar a escravidão moderna justamente porque contribuiu com a elevação da teoria e a classificação dos modos de aquisição da propriedade⁶⁰⁹. Como sabemos, são novos quadros para o direito moderno, que foi sendo perspectivado pela razão humana edificante, sendo muito influente na legitimação da propriedade escrava no Brasil através da adequação do direito de propriedade enquanto principal direito natural da escravidão, com feições racionalistas. Destaca-se o direito subjetivo, enquanto regra da razão, que não deixou de fundar-se moralmente, como destaca MICHEL VILLEY: “*la morale nous oblige à tenir n’importe quelle promesse, quel que soit son contenu et la forme sous laquelle elle est consentie, n’importe quel contrat consesuel donne un droit strict au créancier*”⁶¹⁰. Dessa forma, a propriedade fundou-se também na regra moral da proibição de dano ao bem alheio, de concepção racionalista, superando o tradicional fundamento escolástico do *jus gentium*⁶¹¹. Com tal sistemática retirada da moral estoica, para solidificar consequências jurídicas e justificar direitos de forma automática, passamos pela dedução de regras⁶¹², extremamente relevante para as reflexões jurídicas da propriedade escrava no Brasil. Nesse sentido, apesar da legitimidade jurídica da escravidão ter permanecido fundada pela juridicidade tradicional do Antigo Regime, foi sendo alterada especialmente pela lei, passando a ser interpreta-

607 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 621.

608 *Ibidem*, p. 624-625.

609 *Ibidem*, p. 628-629.

610 *Ibidem*, p. 629.

611 *Ibidem*, p. 630.

612 *Ibidem*, p. 631.

da em termos modernos após alguns momentos específicos, tais como o fim do comércio internacional de escravos em 1850, a lei do ventre livre em 1871 e, por fim, a abolição da escravidão em 1888.

É muito importante a ideia de preservação do mundo do direito fundado no direito natural de base religiosa, não ainda moderno, ao menos no sentido anunciado por GRÓCIO, como vemos em TOMÁS ANTONIO GONZAGA, que buscava “corrigir a própria maneira de pensar e expor de GRÓCIO”⁶¹³. Esse horizonte de acomodação da modernidade ao direito da escravidão ocorreu não somente no fim do séc. XVIII, mas em quase todo o século seguinte. Esses quadros são importantes para a escravidão brasileira até os seus momentos finais, por ter sido mantida numa juridicidade tradicional, apesar de também pensada com novas mentalidades do direito moderno. Portanto, importou não apenas para a crítica da legitimidade da escravização de seres humanos, mas também para pensar a defesa da propriedade privada, especialmente a escrava, que representava o núcleo daquela sociedade brasileira do séc. XIX.

Tal conflito pode ser reconhecido com o auxílio de JOSÉ MARIA AVELLAR BROTERO, lente da Faculdade de Direito de São Paulo⁶¹⁴, no seu desenvolvimento do sentido do direito natural, no contexto específico do direito brasileiro. Em obra publicada em 1829, de fundo escolástico-tomista⁶¹⁵, com base na lógica circular – “da existencia de Deos se prova a existencia do Direito Natural”⁶¹⁶ –, divide essencialmente o direito natural “absoluto” (“aquella norma, que o ente criador gravou no coração do homem”) e o “hypothetico”, fundado na norma que é produzida pela vontade humana⁶¹⁷. Através do sistema do direito natural, pela lógica da “recta razão” e decorrente da “Natureza Naturante”, estariam dispostas em “normas simples” para que fossem criadas outras normas pela “ampla vontade e liberdade do ente criado”⁶¹⁸. A liberdade expres-

613 LOURIVAL GOMES MACHADO, *Tomás Antônio Gonzaga e o Direito Natural*, São Paulo, Edusp, 2002, p. 81.

614 Cfr. MIGUEL REALE, “Avelar Brotero, ou a ideologia sob as Arcadas”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 50, 1955, p. 131-169.

615 Cfr. José Maria AVELLAR BROTERO, *Princípios de direito natural*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial e Nacional, 1829, p. 55 s.

616 *Ibidem*, p. 60.

617 *Ibidem*, p. 61.

618 *Ibidem*, p. 75.

samente considerada como um direito humano⁶¹⁹ e condenada à escravidão como “o maior de todos os males”⁶²⁰. Contudo, pela fidelidade à ideia de dicotomia entre corpo e alma, o direito natural absoluto e o natural hipotético, tal condenação parece somente se dar no plano do estado de natureza divina, como fica evidente quanto ao direito de igualdade. Para AVELLAR BROTERO, “a natureza fez todos os homens iguaes”, mas a “igualdade natural dos homens não é nivelidade dos homens”, “os homens são iguaes de direito, porém não de facto”, “são iguaes perante as leis da natureza, porém não são iguaes entre si”⁶²¹.

Estamos diante de exemplo da compatibilização realizada entre a igualdade, no plano do direito natural, com a legitimidade da escravidão, na tradição assimilada pelo direito brasileiro. Essa particularidade exige atenção na leitura dos textos daquela época, que não raras vezes foram sendo desconsiderados em reflexões posteriores quanto ao plano do direito que segue considerado. Não raras vezes a igualdade no plano superior divino, mais exatamente na dimensão da alma, foi conjugada com a escravização do corpo, na linha do hilemorfismo aristotélico⁶²². Contudo, não de qualquer corpo, como esclarece AVELLAR BROTERO: “Os homens porém não são todos iguaes entre si”, já que “a primeira desigualdade provém das côres, que fórmão as variedades da raça humana”⁶²³, da qual decorreriam as diferenças das faculdades morais. Para esse jurista, “na razão humana não existe igualdade”⁶²⁴. Nesse sentido, TOMÁS ANTONIO GONZAGA e AVELLAR BROTERO apontam a centralidade do direito natural para a problemática da escravidão no Brasil, pensada num paradigma anterior ao direito codificado.

Contudo, o esforço para a reforma profunda do direito brasileiro com aspiração à segurança jurídica e liberalização da juridicidade, exigida pelo mundo moderno e seu afirmado projeto de civilização humana, foi buscado por TEIXEIRA DE FREITAS. Especialmente diante da

619 *Ibidem*, p. 210.

620 *Ibidem*, p. 215.

621 *Ibidem*, p. 231.

622 Como reconhecido expressamente por AVELLAR BROTERO, *op. cit.*, p. 123 s.

623 *Ibidem*, p. 231. Com apoio em BLUMENBACH, afirma que o “genero humano” seria composto de cinco raças: “Caucassiana”, “Mongols”, “Negra”, “Americana” e “Malayo”, p. 122.

624 *Ibidem*, p. 236.

juridicidade imposta pela via da codificação civil, pensou o problema do direito para a inserção possível do Brasil na trilha do projeto iluminista do direito, diante do desejo predominante de não desestabilização daquela sociedade escravocrata. Assim, procurou equilibrar a garantia da propriedade escrava dentro da estrutura estamental de sociedade, mantendo o mundo escravocrata e seu universo dos *status*⁶²⁵ o mais intocável possível frente às reflexões jurídicas. Claro que temos hoje melhores condições para olhar para aquela problemática e diagnosticar tal empenho como difícil⁶²⁶. Deveria haver a compatibilização entre a criação do sujeito de direitos e a conservação da legitimidade da escravidão, mantendo as distinções entre os seres humanos e definindo-se os limites da aquisição de direitos pelos escravos⁶²⁷. Tal perspectiva foi pensada

625 O pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS nos parece difícil – senão impossível – de ser refletido se não levada em consideração a problemática da escravidão e o esforço de conservação dos seus principais institutos jurídicos, como nos mostra Mariana Armond DIAS PAES, “‘Eu vos acompanharei em vosso vôo, contanto que não subais muito alto’: as escolhas de Teixeira de Freitas sobre o direito da escravidão”, *Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História. Lugares dos Historiadores: velhos e novos desafios*, Florianópolis, ANPUH, 2011, p. 2 s., bem como, de forma mais profunda, em sua tese de mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*, São Paulo, FD-USP, 2014, p. 40-41, 198-199. Cfr. Aloísio SURGIK, “O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil”, in *Il Diritto Latinoamericano a cura di Sandro Schipani: Augusto Teixeira de Freitas*, Pádoa, Università di Roma, Dipartimento di Storia e Teoria del Diritto, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, 1998, v. II; Eduardo Spiller PENA, “Um romanista entre a escravidão e a liberdade”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 18, 1996, p. 33-75. Não deixamos de lamentar expressamente o fato de a temática da escravidão, em TEIXEIRA DE FREITAS, ser considerada como corriqueira pela pesquisa histórica, mas pouco reconhecida pela jurídica.

626 Mas não impossível, já que eram suficientemente conhecidos os não incomuns esforços de compatibilização do direito com a escravidão, como podemos ver com os chamados “Códigos Negros”. Cfr., *n. g.*, Auguste BILLIARD, *Projet de Code Noir pour Les Colonies Françaises*, Paris, Chez Brière Libraire, 1829; Louis-Élie Moreau de SAINT-MÉRY, *Loix et Constitutions des Colonies Françaises de L’Amérique sous le vent*, Paris, Imprimeur de S. A. S. Prince de Conti Quillau, 1784-1790, Tome Premier, p. 409-414; Manuel Lucena SALMORAL, *Los Códigos Negros de la América Española*, Alcalá de Henares, Ediciones Unesco, 1996.

627 Aliás, como reconhecido pelo próprio TEIXEIRA DE FREITAS, no texto *Código Civil: Esboço*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.

por TEIXEIRA DE FREITAS pelo caminho iluminista de origem especialmente francesa, influente no nosso contexto desde o séc. XVIII⁶²⁸, para rearranjar os materiais jurídicos em sentido moderno, mas mantendo o mundo dos *status* e as classificações jurídicas nos moldes do Antigo Regime.

Após a publicação do seu texto *Consolidação das leis civis*⁶²⁹, o jurista brasileiro foi criticado por não tocar mais profundamente na temática da escravidão, passando então, a partir das outras edições, a se esforçar muito na organização daqueles materiais jurídicos bastantes dispersos com especial dedicação, inserindo-a preferencialmente em notas de rodapé⁶³⁰. Isso foi realizado, no nosso sentir, com plena consciência de que a alteração do paradigma do direito, em sentido moderno, exigiria a inserção da escravidão em outra dimensão, também no plano legal, num Código Negro⁶³¹. Conseguiria, assim, abranger “o estado de liberdade” com o seu “correlativo odioso”, de forma a regular a escravidão, que estaria ao seu ver condenada “a extinguir-se em época mais ou menos remota”, em “um capítulo avulso”⁶³².

Diante desse jurista, encontravam-se variados obstáculos para a alteração do paradigma jurídico no Brasil do séc. XIX, tais como a manutenção dos poderes monárquico, nobiliárquico e religioso, além de muitos outros centros de poder. Num quadro característico do Antigo Regime, com seus agrupamentos e organizações ainda influentes frente ao próprio Estado em ascensão, foi extremamente difícil pensar a centralização do projeto jurídico moderno a partir do indivíduo. Aliás, num plano mental assentado ainda no *usus modernus pandectarum*, também

628 Sérgio Buarque de HOLANDA (dir.), *História Geral da Civilização Brasileira*, 9 ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, t. II, v. III, p. 203. Através da língua francesa, TEIXEIRA DE FREITAS acessou o pensamento de SAVIGNY, cfr. THIAGO REIS, “Teixeira de Freitas, lector de Savigny”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, INHIDE, n. 49, 2015, p. 192 s.

629 Cfr. *op. cit.*, 1911a, p. XIX.

630 Por essa razão, foi denominado figurativamente tal texto, já que não se chegou ali ao patamar de uma codificação moderna, de “código negro de rodapé”, por PENA, *op. cit.*, 1996, p. 33 s.

631 Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, 3 ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876, p. XXXVII.

632 TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1911a, p. XXXVII.

para o próprio TEIXEIRA DE FREITAS, tal ideia não era muito bem aceita, já que considerava como principal fundamento do direito o poder social, sendo a sua célula básica a família⁶³³, não propriamente a pessoa. Assim, como o panorama social permaneceu como legitimador da conservação de um direito tradicional, diante das alternativas para a sua modernização, predominou o esforço de estabilização do *status quo* daquela sociedade escravocrata. Desse modo, pensou-se a alteração do direito baseado no direito natural religioso através das compatibilizações possíveis com o jusracionalismo, sem alterar os fundamentos daquele mundo, pela via do *usus modernus pandectarum*⁶³⁴. Desde a modernização das fontes jurídicas, buscou-se ordenar um texto, especialmente pelas referências da tradição do direito romano, fundamentais para TEIXEIRA DE FREITAS, como podemos ver na sua *Consolidação das leis civis*.

Portanto, predominou no direito da escravidão brasileira a tensão entre o direito plural do mundo dos *status* — um direito secular natural formador de uma herança textual dispersa —, com as propostas de modernização da juridicidade. Primordialmente, realizou-se a organização do complexo material jurídico da época aliado ao esforço de conservação da tradição jurídica, mantendo-se viva a “experiência jurídica lentamente acumulada sobre a carcaça das Ordenações valetudinárias”⁶³⁵. Sem esquecermos o receio de TEIXEIRA DE FREITAS frente às propostas de modernização do direito, em especial a francesa, facilmente reconhecível na afirmação de que “a inovação do Código Civil da França foi tão inesperada, tão perigosa, tão oposta á boa razão, que por muito tempo duvidou-se de que houvesse derogado o regimen da Lei de 11 *Brumaire* anno 7^o”⁶³⁶.

Com o *Esboço*, TEIXEIRA DE FREITAS teria realizado a grande viragem do seu pensamento. Para CLOVIS BEVILAQUA, estaríamos diante de “uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da historia intelectual da jurisprudência brasileira, essa em que o sabio jurista renega e despedaça

633 Cfr. TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1911a, p. CI.

634 O seu caminho no pensamento jurídico português pode ser visto em REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 92 s. Para a posição de TEIXEIRA DE FREITAS, cfr. PENA, *op. cit.*, 1996, p. 33-75; THIAGO REIS, *op. cit.*, p. 181-221.

635 ORLANDO GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 12.

636 *Op. cit.*, 1911a, p. CXCII.

todo o seu trabalho anterior”⁶³⁷. Contudo, quanto à nossa temática, sem chegar a se afastar da escravidão, que foi sendo adaptada dentro de sua proposta de codificação. A partir da reconhecida necessidade de “abrir mão do Direito Romano”, passava a reconhecer que “todo o *homem* é pessoa, ainda mesmo em um país de escravos”, devendo a escravidão ser tratada diretamente num “projeto especial de lei”, no qual não deveriam ser reconhecidos “os *escravos* como *coisas*”, já que, no seu sentir, “por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta que sejam *pessoas*”⁶³⁸. Portanto, a condição de pessoas passava curiosamente a ser reconhecida pelo poder de aquisição de direitos que os(as) escravizados(as) costumeiramente possuíam, mas sem reconhecer que com a modernização do direito, futuramente, seria abandonada a “teoria do *status* do Direito Romano”, especialmente do “*status libertatis*”⁶³⁹. O problema da escravidão, então, deveria ser resolvido em separado ao da codificação civil, num projeto de lei específico⁶⁴⁰, tendo como inspiração os códigos negros, especialmente o francês⁶⁴¹. Sobre essas referências, PERDIGÃO MALHEIRO considerava que havia muito genericamente “disposições que se podem qualificar de bárbaras, outras são benignas”, mas pensadas para “melhorar a sorte dos escravos”, além de algumas para favorecer a alforria⁶⁴².

No projeto pensado por TEIXEIRA DE FREITAS, apesar de inacabado, diante da necessidade de acomodação da escravidão, nos legou o plano de sistematização para adequar a individualidade e o sujeito de direitos à sociedade escravocrata, com clara opção de não seguir integralmente nenhuma das codificações modernas por ele conhecidas.

637 *Em defesa do Projecto de Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1906, p. 23.

638 *Op. cit.*, 1952, p. 18-24.

639 *Ibidem*, p. 31 s. Aspecto fundamental do sentido de modernização do pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS. Apesar do confessado empenho de pesquisa, não encontramos ainda suficientemente refletida a problemática da escravidão na sua obra, ao menos com uma perspectiva crítica suficiente. Predominam, no campo do direito brasileiro, infelizmente, os discursos mitológicos de origens estruturados em protagonismos diacrônicos.

640 TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1952, p. 24.

641 FRANCE, *Le Code Noir, ou Recueil des Reglemens rendus jusqu'à present*, Paris, Prault Père, 1742. Cfr. SALA-MOLINS, *op. cit.*

642 *Op. cit.*, 1867b, p. 139.

Estamos diante de uma obra muito mais atrelada ao mundo das compilações, em que prevalecia a organização dos materiais jurídicos⁶⁴³ e as racionalidades anteriores às exigidas pela codificação civil. Foram mantidas, assim, as preocupações com os estatutos e sua pluralidade orgânica. Portanto, afirmar tal projeto de TEIXEIRA DE FREITAS como proposta de modernização do direito, justamente pela acomodação da escravidão, com atenção ao sincronismo, nos parece absurda⁶⁴⁴. Ao menos, devemos reconhecê-la como “modernização” possível diante daquele mundo escravocrata.

A organização do direito civil através do sujeito de direitos, em que o ser humano passava a ser o “princípio activo do direito”⁶⁴⁵, evidencia a consciência da necessidade de superação do paradigma anterior. Mas, para TEIXEIRA DE FREITAS, deveríamos olhar “principalmente ao objecto” do direito, que era o principal fundamento do sistema jurídico, bifurcado em “*cousas*” ou “*serviços*”⁶⁴⁶. Para SEABRA, tal opção traduzia um grave vício⁶⁴⁷. Estamos diante de uma das polêmicas⁶⁴⁸ mais importantes referentes às essências das principais propostas de modernização do direito português e brasileiro. Como sabemos, a proposta de SEABRA converte-se no Código Civil de 1867 e provoca grande revolução no panorama jurídico português. Por um conjunto de outros motivos que não cabe considerar aqui, mas especialmente em razão da manutenção da escravidão, no contexto brasileiro não foi possível a alteração

643 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 47, nota 80.

644 Claramente, nossa conclusão em nada atinge a contribuição monumental de TEIXEIRA DE FREITAS para o pensamento jurídico brasileiro. Enfrentava ali a escravidão como a grande problemática do direito brasileiro em formação. Serve, apenas, de advertência às referências que dele foram sendo feitas, posteriormente, com a retirada da escravidão. Dessa forma, sem alcançar minimamente a sua problemática principal, de pensar a modernização do direito numa sociedade escravocrata. Assim como havia sido já realizado pelo direito francês, quanto à escravidão em suas colônias.

645 Antonio Luiz de SEABRA, *Novíssima apostilla em resposta á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859, p. 70.

646 *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859, p. 26 s.

647 *Ibidem*, p. 71.

648 Sem sombra de dúvidas, as polêmicas entre esses dois grandes juristas foram os maiores marcos do direito luso-brasileiro do séc. XIX.

do paradigma do direito. TEIXEIRA DE FREITAS buscava a mudança do direito pela via do direito codificado, mas pensado diante da escravidão, sendo difícil a sua conciliação com as influências da modernização do direito, especialmente do projeto de tradição iluminista. Como bem percebe ORLANDO GOMES, “a estrutura social do Brasil, nessa época, não comportava essa influência alienígena. Sobre o vasto Império projetavam-se os tentáculos da sociedade colonial baseada no trabalho escravo”⁶⁴⁹. Contudo, os esforços de TEIXEIRA DE FREITAS contribuíram para a racionalização das juridicidades brasileiras em formação, além de servir de referências incontornáveis para se pensar o direito e a codificação civil brasileira no séc. XX. Assim, mesmo não atingida a codificação do direito brasileiro naquele momento, TEIXEIRA DE FREITAS realizou um trabalho amplo de racionalização daquela juridicidade complexa, nos moldes da época, agravado pela problemática do desejo de manutenção da escravidão legítima.

O direito brasileiro permaneceu, em linhas gerais, dentro da complexidade característica do Antigo Regime, com juridicidades de base escolástica e fontes plurais, sendo o paradigma da sociedade escravocrata até a sua abolição. Quem, no nosso sentir, ofereceu a crítica profunda e decisiva para o fim daquele direito estamental foi TOBIAS BARRETO. Professor da Faculdade de Direito do Recife, no fim do séc. XIX, realizou a crítica filosófica ao direito brasileiro escolástico a partir do pensamento fundado no iluminismo. Em linhas muito gerais, para ficarmos apenas no texto *Introdução ao estudo do direito*, encarava o pensamento do direito em termos científicos — “a sciencia do direito” —, enquanto um “systema de conhecimentos” derivado da “propedeutica juridica”⁶⁵⁰, por sua vez composta por ideias muito diversificadas. Ciência moderna, por razões de lógica, fundada nos “achados mais plausíveis da anthropologia *darwinica*”, e perspectivada numa espécie de comunitarismo, de forma a “animar o direito, que já tem ares de sciencia morta”⁶⁵¹. Para TOBIAS BARRETO, deveria ser feita a opção entre dois caminhos, portanto abrangentes da disputa em seu tempo, “ou a criação natural, confor-

649 *Op. cit.*, p. 11.

650 TOBIAS BARRETO, *Estudos de Direito: publicação posthuma dirigida por Sylvio Romero*, Rio de Janeiro, Laemmert & C., 1892, p. 5-6.

651 *Ibidem*, p. 6-7.

me a sciencia, ou a divina, conforme o *Genesis*⁶⁵². Apesar de optar pela primeira hipótese, não o faz rompendo completamente com a tradição jurídica, mantendo em sua proposta ao menos certo fundamento natural. Trata-se do “*in dubio pro lege naturali*”, agora reconhecido cientificamente, por se tratar “de um phenomeno natural”, já que, afinal, “o homem do *direito* não é diverso do da *zoologia*”, em que deveriam ser abandonadas as “doutrinas que cheiram a *incenso*”⁶⁵³, retirando-as do campo científico, mas mantendo certo fundamento do jusnaturalismo.

TOBIAS BARRETO defendia o abandono dos fundamentos escolásticos do direito, na base da transformação do direito natural ainda predominante. Fiquemos com ao menos um forte exemplo da força do tipo de direito criticado por TOBIAS BARRETO. Na abertura do curso de direito natural, na Faculdade de Direito do Recife, em 1864, época do seu ingresso como estudante naquela instituição, o discurso inaugural baseava-se na defesa de um método inspirado em DUPIN, com destaque para o direito natural exigido para o estudo do direito e alegadamente compreendido como sinônimo de boa razão. Contudo, não decorrente “do pensamento humano, ou a emanção de algum poder político, ou social, mas eterna, fixa e imutavel – como Deos – autor d’ella”⁶⁵⁴. Isso se dava sem qualquer variação, sem ser contrariado ou destruído pela vontade⁶⁵⁵. Ali estava claramente a ideia de razão, bem como do direito, desde a fundamentação social a partir de ideias claramente escolásticas, nas quais “o Direito se prende, élo por élo”, com “a mais estreita e fecunda alliança entre a sciencia e a religião, bem como entre a liberdade e a ordem”⁶⁵⁶. Naquela oportunidade, estava indicado o inimigo a ser abatido, o “racionalismo”, a “*Deusa Razão*”, identificada como “uma prostituta”, que teria dado origem ao protestantismo, responsável por

652 *Ibidem*, p. 6.

653 *Ibidem*, p. 8.

654 Antonio de Vasconcellos Menezes de DRUMMOND, *Discurso que por ocasião de abrir o curso de direito natural na Faculdade de Direito do Recife a 16 de Março de 1864*, Typographia do Jornal do Recife, 1864, p. 7-8.

655 *Ibidem*, p. 8.

656 *Ibidem*, p. 8-10. Tipo de pensamento que, também no Brasil, ainda aparece com muita força em meados do séc. XX, cfr. José Carlos de ATALIBA NOGUEIRA, “Fundação dos Cursos Jurídicos”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 46, 1951, p. 161: “há uma ordenação jurídica natural, na qual é posto o direito elaborado pelo estado”.

“igualisar, republicanisar, democratizar o mundo inteiro”⁶⁵⁷. Portanto, destacava-se ali o esforço de conservação de um paradigma contrário ao projeto iluminista de direito, baseado num jusnaturalismo tradicional, não ainda o racionalista. Contra tal *status quo* lutou TOBIAS BARRETO, contribuindo para a mudança ocorrida com o código civil de CLOVIS BEVILAQUA, no século seguinte. Quanto à nossa temática, é fundamental notar que a vitalidade do pensamento jurídico escolástico só foi confrontada profundamente no fim do séc. XIX. TOBIAS BARRETO, ao defender a transformação do pensamento jurídico, nos legou a vitalidade do pensamento jusnaturalista em sua sociedade, mesmo após abolida a escravidão. Mantinham-se ali vivos, numa complexidade muito profunda, o direito natural escolástico, as fontes complexas do Antigo Regime, o direito costumeiro e o direito estatal brasileiro.

Essa conservação vinha sendo feita com grande consciência, já que acompanhadas das principais discussões para a modernização do direito nas sociedades com juridicidades tradicionais. Na formação da juridicidade brasileira, é decisiva a influência de VICENTE FERRER, que no pensamento jurídico português ocupava “posição de centralidade”⁶⁵⁸ no séc. XIX, com a busca da problemática conciliação entre o “panteísmo krausista” e o “critismo kantiano”⁶⁵⁹. Apesar das reflexões sobre o direito natural partirem de algo “inconciliável: a mitigação da formulação científica do liberalismo filosófico-político por um espiritualismo eclético de tendência ético-solidarista”⁶⁶⁰, nos legaram as dimensões dos problemas enfrentados pelo pensamento jurídico da época. Para CABRAL MONCADA, FERRER não foi “nem *kantista* nem *krausista*! Como filósofo, Ferrer parece ter acabado *naturalista* e *monista*, para cúmulo de tantas contradições”⁶⁶¹. FERRER inspirou-se em KRAUSE, através de seu discípulo AHRENS, sem realizar a sua inserção direta, tentando a conciliação en-

657 DRUMMOND, *op. cit.*, p. 10.

658 Mário REIS MARQUES, “A determinação do «princípio do direito» em Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 45, col. 5, 2000, p. 171.

659 *Ibidem*, p. 186-187.

660 *Op. cit.*, 1987, p. 198.

661 *Op. cit.*, 2003, p. 276, nota 106. Quanto ao “pensamento sincrético” de FERRER, cfr. António CASTANHEIRA NEVES, “Antologia: introdução aos Elementos de Direito Natural de Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, n.

tre KANT e KRAUSE pelo caminho do “ecletismo”⁶⁶². Numa mescla entre KRAUSE e o *neminem laedere* kantiano⁶⁶³, pensava a liberdade de um indivíduo até se atingir a liberdade de outro, desde a ideia de esfera. DIAS FERREIRA, apesar de criticar FERRER, repetiu o mesmo equívoco dessa tentativa de conciliação, “quanto à determinação do princípio racional do direito e das relações entre este e a moral”⁶⁶⁴.

Aliás, primeiro com a obra *Cours de droit naturel ou de Philosophie du Droit*, de HEINRICH AHRENS, de 1838⁶⁶⁵, e depois com VICENTE FERRER, Portugal acessou o pensamento krausista⁶⁶⁶. Esse importante jurista, na obra *Philosophia de Direito*, afirmava ser krausista, especialmente, ao seu ver, por “nada de importante tem aparecido na republica das letras sobre esta sciencia”, destacando também DARWIN e sua “Lei da lucta pela existencia”⁶⁶⁷. Diante de tais fundamentos, não admitia a criação de direitos pelo puro poder: “a força, finalmente, não faz direito; aliás aquella, que vencesse a primeira, succederia em seu direito, e o mais forte sempre teria razão”, sendo aí percebida a influência do *Contrato Social* de ROUSSEAU⁶⁶⁸.

FERRER, em Portugal, conseguiu realizar a síntese de uma era de grande agitação, diante das diversas ideias de mudança de paradigmas através de novas soluções jurídicas para se pensar o direito. No Brasil, apesar de a intencionalidade da transformação ter sido muito mais contida pelo problema da manutenção da escravidão, a sua influência foi decisiva para a perspectivação da modernização possível ao direito brasileiro. Naquele turbulento séc. XIX, os juristas brasileiros refletiram a problemática da escravidão desde o panorama oferecido por FERRER. Destacaram-se as reflexões a partir das fontes tradicionais, mas mantendo no centro das preocupações as transformações da juridicidade

662 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2000, p. 190.

663 *Ibidem*, p. 192.

664 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2003, p. 84.

665 *Cours de droit naturel ou de Philosophie du Droit*, Bruxeles, Société Typographique Belge, 1838.

666 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2000, p. 177; *op. cit.*, 1990, p. 4.

667 VICENTE FERRER, *op. cit.*, 1883, prólogo.

668 *Ibidem*, p. 187.

para a proteção da propriedade, como ressaltava TEIXEIRA DE FREITAS, não derivada somente da lei, mas da própria sociedade⁶⁶⁹.

A reflexão do direito da sociedade escravocrata brasileira acompanhou as principais propostas de modernização desde o direito natural. Mas, diante da plena consciência de a legitimidade da escravidão estar já em profunda crise, optou-se por não realizar a elevação teórica da juridicidade escravocrata ao permanecer em atitude defensiva, mantendo as questões jurídicas da escravidão atreladas à tradição que as legitimava. Por isso, generalizando, apesar de reconhecidas as novas propostas jurídicas, especialmente dos juristas portugueses, e refletidas as possibilidades de modernização do direito brasileiro, foi feita a escolha pela permanência pragmática nas lógicas do *usus modernus pandectarum*. Portanto, predominou a racionalização das fontes tradicionais, as tradições jurídicas desde os aproveitamentos de textos romanos mais importantes, organizadas pelo pensamento religioso-cristão, abrindo o direito brasileiro para o que pudesse ser modernizado, sem abalar a sociedade escravocrata. Como vimos antes, tal intencionalidade atingiu seu apogeu com TEIXEIRA DE FREITAS. Diante daquele mundo, realizou a batalha mental no sentido de modernizar as fontes jurídicas nacionais, dando ao sistema a tão almejada segurança jurídica, enquanto não alcançada a codificação civil, mas garantindo a conservação da escravidão. Admitido o direito como “o princípio reitor da transformação das estruturas sócio-económicas”⁶⁷⁰, nos damos conta da carga problemática suportada por TEIXEIRA DE FREITAS na busca pela mudança do paradigma jurídico brasileiro, conjuntamente com a propriedade escrava.

TEIXEIRA DE FREITAS, então, buscou compatibilizar a legitimidade jurídica da escravidão com o projeto de modernização do direito. Baseado na figura do sujeito de direitos que, dentro de uma codificação sistematizada, ao menos teórica e formalmente, seria construída a partir da pessoa livre. De imediato, portanto, reconhecia-se que a proposta de codificação civil no Brasil deveria ser acompanhada por uma lei especial para a escravidão, por não ser possível compatibilizá-la naquele

669 *Op. cit.*, 1911a, p. CXCI, nota 353.

670 ORLANDO DE CARVALHO, “Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LX, 1984, p. 9, nota 20.

texto⁶⁷¹. Pois a modernidade representava a superação do pensamento aristotélico⁶⁷² e “*la mort de la philosophie classique du droit naturel*”⁶⁷³. Como afirma PIERRE BOURDIEU, “*la science moderne substitue les relations fonctionnelles, les structures, aux substances aristotéliennes*”⁶⁷⁴, justamente o pensamento aristotélico mantido nas recuperações do direito romano, que foi sendo progressivamente afastado com o desenvolvimento do direito moderno europeu⁶⁷⁵. Sem direito natural, a codificação brasileira deveria comportar a escravidão, agora numa lei especial.

No fundo, estamos diante de um movimento a partir da escola de direito natural, na qual o jusnaturalismo racionalista foi sendo imposto ao jusnaturalismo de base cristã, até provocar o rompimento “com a escolástica e a edificação dos princípios que iriam estruturar um direito racional, sistemático e profano”⁶⁷⁶, que foi utilizado para a críti-

671 Alternativa muito semelhante, que demonstra a consciência do problema da escravidão brasileira para a codificação, ao texto de SEABRA que teria sido oferecido ao d. PEDRO II, como vemos no art. 5º: “a lei civil é igual para todos e não faz distinção de pessoas, nem de sexo, excepto nos casos em que a própria natureza das coisas, ou a conveniência pública imperiosamente o exija, e forem expressamente decretados” (p. 306), do texto publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, Universidade de Lisboa, v. 8, 1951, p. 305-504. CLOVIS BEVILAQUA reconheceu expressamente a autoria desse trabalho, informando que lhe era conhecido o texto, confessando que ignorava se SEABRA “chegou a escrever um trabalho completo”, bem como se constou expressamente a referência ao seu nome nesse texto. Parece que ali foi feita a indicação de se tratar a autoria de “natural do Rio de Janeiro e cadete honorário do antigo regimento da cavallaria de linha, de Minas Gerais”, estratégia realizada para “desfazer as prevenções do amor proprio nacional”, cfr. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, v. 1, p. 19. Cfr. José Carlos MOREIRA ALVES, “Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 185-238. Confessamos o grande interesse aqui despertado, por parte de um projeto de Código Civil ter sido oferecido por SEABRA ao Brasil, que consideramos merecer melhores investigações, pois, infelizmente, apesar dos nossos esforços, não conseguimos realizar.

672 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 427.

673 *Ibidem*, p. 573.

674 *Op. cit.*, 2001, p. 98.

675 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 478.

676 ARNAUD *apud* REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 358, nota 1187.

ca do direito identificado enquanto ordem natural (Digesto, I, 1, 1, 3⁶⁷⁷), de origem religiosa. Formou-se a grande tensão traduzida especialmente na observação dialética entre o direito natural e o direito positivo⁶⁷⁸, para a posterior sobreposição deste sobre aquele, mas cuja problematização se manteve muito presente como uma das principais questões do sentido do direito até os nossos dias, mesmo nas reflexões do positivismo jurídico⁶⁷⁹.

A modernização do direito brasileiro foi influenciada pelo conjunto de ideias herdeiras da reforma pombalina, destacando-se o textualismo (antidoutrinarismo), o jusracionalismo (individualismo, contratualismo e sistematismo), o *usus modernus pandectarum*, a cameralística de origem alemã e o humanitarismo italiano⁶⁸⁰. Além da influência da reforma pombalina na Universidade de Coimbra, como fonte de reflexão para resolução dos problemas jurídicos daquele contexto, desde a obra de MARTINI, *Positiones de lege naturali in usum auditorum*, desde a aprovação dos Estatutos da Universidade, em 1772, até a publicação da obra *Elementos de direito natural*, de VICENTE FERRER⁶⁸¹. Esse jurista fundamental foi também influenciado pelo pensamento de WOLF, com a publicação do seu *Curso de direito natural*, que provocou um “verdadeiro movimento de renovação da filosofia do direito em Portugal”⁶⁸². Destaca-se o sentido da mudança que recaía na consideração da lei dentro de uma nova forma de se pensar o direito, pela “primazia da razão, de uma razão agora ligada à modernidade e não à tradição”, na qual o direito romano e os costumes passavam a ser analisados pelo crivo da “Boa Razão”⁶⁸³. Essa transformação é herdeira de um processo amplo que, no século XVIII, culmina com a confrontação de mundividências anteriores propostas para derrubar a ideia “*d’une Révélation*”, colocando no lugar “*la lumière de leur raison*”, e construindo “*un nouveau droit, qui n’aurait plus rien à voir avec le droit divin; une nouvelle morale, indépen-*

677 DEL CORRAL, *op. cit.*, 1998a, p. 198.

678 Cfr. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 81.

679 Cfr. Massimo LA TORRE, “Positivismo giuridico”, in Umberto BRECCIA *et al.*, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 681-735.

680 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 358.

681 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 1990, p. 3.

682 *Ibidem*, p. 4.

683 HESPANHA, *op. cit.*, 2004a, p. 32 s., 114 e 157.

dante de toute théologie; une nouvelle politique, qui transformerait les sujets en citoyens”⁶⁸⁴. Tal movimento tinha a marca d’água do desejo pela plenitude “do projeto político e jurídico da modernidade”⁶⁸⁵. São questões muito claras na construção do direito brasileiro, pela proximidade com as reflexões no direito português.

Contudo, em Portugal, as ideias do jusnaturalismo racionalista não tiveram rápida penetração, pelo menos até as décadas de 1750 e 1760, quando começaram a ser sentidas em algumas obras, mesmo sem alterar as “ideologias tradicionais” e os “equilíbrios estabelecidos”⁶⁸⁶. Apesar disso, houve a difusão ali do jusnaturalismo racionalista através da tradução do *Principes de droit naturel* de BURLAMAQUI, realizada em 1747. Publicada sob o título *Elementos do Direito Natural*⁶⁸⁷, teria sido na verdade “uma edição resumida”⁶⁸⁸ e adaptada ao contexto do absolutismo monárquico português. Teria sido acessado, então, um “Burlamaqui lusitanizado”⁶⁸⁹. O ingresso do jusnaturalismo racionalista ocorria por obras que escapavam à censura às obras, que tentava impedir a leitura dos grandes autores da época, *v. g.*, VOLTAIRE, HOBBS, ROUSSEAU e LOCKE⁶⁹⁰. Entretanto, naquele contexto, passava a ser reconhecida a lei enquanto prescrição soberana do Rei, que era afirmada perante a sociedade, com a exclusão da possibilidade de resistência à essa vontade

684 PAUL HAZARD, *op. cit.*, p. 8.

685 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 301.

686 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 146 s. Cfr. JOÃO BAPTISTA, *Philosophia aristotelica restituta et illustrata, qua experimentis, qua experimentis, qua ratiociniis nuper inventis*, Lisboa, typis Regalibus Sylvianis Regiaeque Academiae, 1748; Joseph de SEABRA DA SYLVA, *Dedução chronologica, e analytica*, Lisboa, Officina de Miguel Manescal da Costa, 1767, partes I e II; e *Collecção das Provas*, 1768. No texto de José Sebastião da SILVA DIAS, “Pombalismo e Teoria Política”, *Extrato das lições de Cultura Portuguesa proferidas na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas*, Lisboa, Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, 1982, p. 53 s., são apontadas dúvidas de se teria sido JOSEPH DE SEABRA DA SYLVA o verdadeiro autor daquele texto. Porém, esse foi o nome identificado no texto que pesquisamos.

687 Trazida pelo padre JOSÉ CAETANO DE MESQUITA, “pombalista acérrimo”, cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 78.

688 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 147.

689 *Loc. cit.* Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 82 s.

690 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 148, nota 253. Quanto à censura, cfr. FERRÃO, *op. cit.*

pelos vassallos, numa sociedade entre desiguais⁶⁹¹. Contudo, sem ultrapassar a ideia herdada do *ius commune* português, de que “a lei não é o último reduto do direito”, já que ele transcendia “a *ratio* legislativa”⁶⁹². Por isso, como afirma REIS MARQUES, “em geral, pode afirmar-se que em Portugal, antes da recepção consciencializada das concepções do jusnaturalismo racionalista, o direito é perspectivado num patamar situado muito acima da lei”⁶⁹³.

Na prática, foram adotadas, entre outras, as obras *Positiones de lege naturali* e *Positiones de iure civitatis*, de MARTINI (1726-1800), que foram sendo utilizadas “como compêndio obrigatório durante mais de sessenta anos na Universidade de Coimbra”, “até 1844”⁶⁹⁴. Foram textos absolutamente influentes durante várias décadas⁶⁹⁵, ao lado de grandes autores como WOLFF, numa clara “propensão para a síntese eclética”, um “ecletismo tranquilo”, em que o principal fundamento conceitual de ordenação da juridicidade recaía no direito público, sendo tudo pensado com base no benefício do Estado, “razão de Estado”, inclusive a “condenação da escravatura”⁶⁹⁶. Crítica também oferecida por MARTINI, partindo do direito de propriedade e da bondade do senhor de escravos: *quoniam servitus societas est, etiam modi, quibus societates finitur, huc adplicari possunt. Speciatium vero finitur I) manumissione, que est actus, quo dominus servo jus operarum ex liberalitate & gratia condonat, quod facere utique potest. 2) exilio, si dominus inobedientem servum per modum poenae expellat, eumque cogat a familia abire. Utroque casu dominus juri suo renunciar*⁶⁹⁷.

691 Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 84 e nota 4. No ponto, muito interessante notar numa proposta para a codificação civil em Portugal, no início do séc. XIX, uma clara elevação da importância da lei, mesmo mantendo-se os “diversos estados do Cidadão conforme o sexo, idade, profissão, e qualidades da natureza”, e as seletividades que “hão de compreender todos os direitos attribuidos ao Cidadão, conforme o seu estado”, em Alberto CARLOS DE MENEZES, *Prospecto do Codigo Civil para entrar no concurso dos Compiladores*, Lisboa, Typographia Maigrense, 1822, p. 9 e 14.

692 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 325.

693 *Ibidem*, p. 326.

694 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 155-156.

695 Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 79.

696 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 155-156.

697 Karl Anton von MARTINI, *De Lege Naturali Positiones*, Vienna, Josephi Kurzböck, 1772, p. 243-244.

RIBEIRO DOS SANTOS teria dado o passo decisivo, em Portugal, no sentido do racionalismo, “na linha do jusnaturalismo grócio-pufendorfiano”, apesar de ser melhor definido como “um jurista de transição”⁶⁹⁸. Por exemplo, na obra *De Sacerdotio et Imperio*, acolhe os princípios de um iluminismo seletivo, numa acomodação ao absolutismo, não propriamente a incorporação aos anseios da burguesia⁶⁹⁹. De qualquer forma, houve no período um decisivo esforço por mudança de paradigmas, que atingiu profundamente o direito, através de “uma instância teórica de apelação do *ius constitutus* para o *ius constituendus*, ou seja, da ordem jurídico-institucional estabelecida para a ordem jurídico-institucional a estabelecer”⁷⁰⁰. Portanto, o jusnaturalismo moderno ingressou em Portugal de forma muito complexa, na base de esforços de conciliação possível entre razão e fé, não ainda de “uma razão completamente emancipada”⁷⁰¹.

No Brasil, a formação do seu direito regionalmente localizado foi influenciada por tais discussões do direito moderno, especialmente com as mentalidades formadas desde o Pombalismo. Contudo, da mesma forma que no contexto português, tal não teria se dado de forma uniforme, em razão do dinâmico contexto cultural desenvolvido em diversas frentes, até atingir o seu apogeu no final da década de 1860⁷⁰². Justamente em PERDIGÃO MALHEIRO⁷⁰³ vemos a decisiva influência do

698 *Idem*, *op. cit.*, 2009b, p. 149. Um exemplo de contenção à adesão total pode ser visto na recusa da “doutrina pactual da origem do poder”, mantendo-se o direito organizado a partir de origens religiosas, cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 67. Cfr. José ESTEVES PEREIRA, *O pensamento político em Portugal no século XVIII: António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1983.

699 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 149.

700 SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 79.

701 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 154.

702 Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 45 s. Transformações que envolveram, *v. g.*, os pensamentos de António PEREIRA DE FIGUEIREDO, José de SEABRA DA SILVA e RIBEIRO DOS SANTOS, cfr. p. 46.

703 Importante jurista do séc. XIX, responsável pela obra mais ampla sobre a escravidão no Brasil, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social*, publicada em três partes: *Jurídica: Direito sobre os escravos e libertos*, em 1866; *Índios*, em 1867; e *Africanos*, no mesmo ano. Trata-se do jurista brasileiro que mais diretamente tocou a temática da escravidão no Brasil. Chegamos a escrever um item específico sobre ele, além de outros considerados relevantes (“Antigo Regime e Mitologia moderna”, “O direi-

critério da “boa razão”, mais de cem anos após a lei, considerada agora como uma “intuição”, numa acomodação de seu sentido às fontes jurídicas tradicionais, na linha das influências do pensamento jurídico moderno — as complexas “idéas da época”⁷⁰⁴, que foram sendo rearranjadas no direito da escravidão brasileira, mantendo-se o tipo de direito natural de uma juridicidade predominantemente costumeira e escolástica. Dominou, assim, também o ecletismo em relação às reflexões sobre a modernidade diante daquele direito escravocrata. A situação é muito semelhante ao contexto português, apesar de não haver ali a problemática da escravidão no centro da modernização do direito.

Em Portugal, as reflexões sobre a modernidade do direito, ao menos até o Código Civil de 1867, não foram dominadas por uma corrente filosófica que guiou os juristas. Ao contrário, foram eles, com a interpretação tradicional e a partir do conhecimento dos códigos de outros contextos, que alteraram os sentidos do direito adequando-o ao individualismo⁷⁰⁵. Da mesma forma, o Brasil não contou com um movimento suficientemente organizado para a compreensiva reflexão filosófica do problema da escravidão. Porém é equivocado afirmar que tal problemática não teria sido a principal motivação das meditações naquela sociedade escravocrata. Para resolver seus problemas práticos, especialmente para garantir sua sobrevivência pelo maior tempo possível, predominou a tradição diante das mentalidades para o direito. É uma dinâmica decorrente da remodelação das juridicidades da América portuguesa, mantida na reflexão da legitimidade da escravidão, desde as fontes jurídicas tradicionais.

to estatal nacional e a autonomia privada no mundo da pluralidade escravocrata”, “Lógicas do direito da escravidão: povos indígenas e africanos”, “Comércio, tráfico e escravidão”, “Alforria e provas da escravidão”, “A luta por direitos: ações de liberdade e de escravização”, “Escravos da Nação: o liberalismo possível de um Estado proprietário de escravos”), mas que, infelizmente, foram sendo retirados na fase de revisão textual por razões de ultrapassagem dos limites regulamentares previstos. Pretendemos publicar esse material futuramente.

704 Agostinho Marques PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social. Parte 1ª (Jurídica): Direito sobre os escravos e libertos*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866, *v. g.*, p. 115-116, nota 493, e 141.

705 Cfr. Mário REIS MARQUES, “Um olhar sobre a construção do ‘sujeito de direito’”, *Revista da Faculdade de Direito*, Goiânia, UFG, v. 35, n. 2, 2011, p. 31.

Portanto, no contexto das transformações impostas pelo pensamento jurídico moderno, quanto à criação do sujeito de direitos, mesmo diante da igualdade, predominaram os quadros mentais complexos do Antigo Regime⁷⁰⁶. Manteve-se a herança secular, diante do movimento humanista, de preservação do paradigma escolástico e aristotélico, pela via da valorização de textos tradicionais de autoridade, através do retorno às fontes romanas e do prestígio aos métodos dos glosadores⁷⁰⁷. Particularmente, retoma-se o prestígio do texto escrito “original”, com a condenação do seu desrespeito, como buscado por ACÚRSIO, BÁRTOLO e BALDO, na conhecida Escola culta, do *mos gallicus* ou *mos gallicus iura docendi*⁷⁰⁸. São referências de utilização constante nas obras jurídicas da formação do direito brasileiro. No fundo, houve uma grande mudança metodológica de contraposição aos comentadores, para a restauração da “pureza dos textos jurídicos da Antiguidade”⁷⁰⁹. Justamente os comentadores, do paradigma do *mos italicus*, cujo método dominava as faculdades europeias de direito até o movimento do *usus modernus pandectarum*⁷¹⁰, que foram agora afastados, apesar de a Escola humanista não ter chegado a elevar “uma causa ou princípio único em torno do qual gravite a ordem jurídica”⁷¹¹.

O pensamento do direito, na viragem do séc. XVIII para o XIX, que só pode ser adequadamente reconhecido com MELO FREIRE – “o máximo representante das tendências dogmáticas inovadoras”⁷¹², legou-nos uma obra reflexiva monumental, na qual “difícil será encontrar um capítulo onde o espírito do direito natural e do *usus modernus pandectarum* não se encontre presente”⁷¹³. MELO FREIRE, na base de confrontação

706 *Ibidem*, p. 20.

707 WIEACKER, *op. cit.*, p. 82 s.

708 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 45-46.

709 *Ibidem*, p. 246.

710 WIEACKER, *op. cit.*, p. 67 s.

711 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2011, p. 23.

712 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 132, nota 7.

713 Guilherme BRAGA DA CRUZ, “Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 50, 1955, p. 47; “O direito subsidiário na história do direito português”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos, 1975, tomo XIV.

aberta aos praxistas, cujas interpretações dizia não saber se o levavam mais ao “riso” ou “à ira”⁷¹⁴, além de outras “denominações de confronto” (“*homines semper illoti, semper intonsi*”)⁷¹⁵, defendia a previsão de um método para a interpretação do direito português, (“*de recta luistani juris interpretandi ratione*”⁷¹⁶), para atender à exigência do direito “mais simples e claro” dos *Estatutos da Universidade* de 1772⁷¹⁷. Nesse sentido, partia do “plano das *Institutiones* de Gaius-Justinianus” – pessoas, coisas e ações –, por ser o mais “harmonioso” para o ensino do Direito Civil Romano, não o dos *Estatutos*, contidos na “ordem das *Ordenações*”⁷¹⁸. Para isso, muito modestamente, num estudo autodeclarado como de exame experimental (“*experiri*”), justificava a formação de outro pensamento jurídico, a partir das influências da lei da boa razão de 1769 e regulamentos da Universidade de Coimbra de 1772, superando as interpretações dos escolásticos (“*perniciosissimum genus hominum*”⁷¹⁹).

MELO FREIRE buscava dominar os conflitos entre os dois sentidos do direito natural, o religioso e o racionalista. Foi idêntico o quadro referencial em toda a formação do direito brasileiro até a codificação civil. Contudo, MELO FREIRE pretendia se afastar da hermenêutica romana, ao seu ver inadequada, em favor dos jurisconsultos da modernidade, apesar de manter sempre um “tom elogioso” aos autores do *usus modernus pandectarum*⁷²⁰. Por isso, MELO FREIRE elencou uma série de autores que reconhecia como fundamentais, encabeçada por GRÓCIO (“*primus omnium interpretationis doctrinam ad certas, easque pauciores regulas reducere, conatns fuit lib. 2 de Jur. Bell. ac Pac. cap. 16*”), seguida de PUFENDORF, CHRISTIAN THOMASIIUS, JOÃO TEÓFILO HEINÉCCIO, JUSTO HENNING BOEHMERO, GODEFREDO GUILHERME LEIBNITZ, FRANCISCO BUDEN, BERNARDO HENRIQUE REINOLD, GASPAR HENRIQUE HORN e VALENTIM GUILHERME FORSTER, apesar de reconhecer terem sido supera-

714 *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis*, 5 ed., Conimbricæ, Typis Academicis, 1853b, p. 146.

715 *Ibidem*, p. XLIX.

716 *Ibidem*, p. LIV.

717 HESPAÑA, *op. cit.*, 1978, p. 111, e 143, nota 84.

718 *Ibidem*, p. 162. Quanto ao reconhecimento expresso dessa forma de organização na formação do direito brasileiro, cfr. VIDAL, *op. cit.*, 1875, p. 11.

719 *Op. cit.*, 1853b, p. 151.

720 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 159.

dos por CRISTÓVÃO HENRIQUE ECKLIARD (“*Hermeneutica Juris*”) e CARLOS FRIDERICO WALCH (“*perpetuis Notis*”) ⁷²¹. Procurou resolver a partir daí os principais problemas de sua época, especialmente o maior deles, quanto ao sentido da interpretação jurídica no contexto pós-pombalino e de regeneração de tradições medievais, através do reconhecimento da importância do jusnaturalismo racionalista.

Tais influências também foram importantes para a juridicidade construída no Brasil. Puderam ser sentidas na interpretação das fontes jurídicas tradicionais e na reflexão de sua modernização possível no contexto da sociedade escravocrata, também no contexto da abolição da escravidão, após os debates que a antecederam, em especial desde o início da década de 1870. Ali foi decisivo o pensamento de MELO FREIRE, além de SAVIGNY e suas formas de interpretação do *usus modernus pandectarum*, para compatibilizar a ascensão da burguesia ⁷²² com as mudanças ocorridas naquela sociedade oitocentista. Destacamos a mudança do “poder de autodeterminação do indivíduo”, sendo agora reconhecido como “executor” ou “criador”, que dominou “a inteligibilidade do sistema” ⁷²³. O nó górdio do contexto brasileiro estava na problemática do ser humano escravizado, não sendo possível a modernização do direito, com a elevação do paradigma do individualismo e do liberalismo. Dessa forma, evidentemente não houve, na formação do direito brasileiro, a mudança de seu paradigma, ao menos para a juridicidade moderna identificada como “racionalidade, generalidade e abstração, macro-organização” ⁷²⁴ e construída a partir da elevação do ser humano em seu centro.

Manteve-se o direito da escravidão brasileira pensado no eixo do direito natural. Portanto, desde que essa temática não seja forçadamente retirada da pesquisa da formação jurídica nacional, considerada a modernidade do direito em outras bases ou, ainda, que a partir das lógicas do racismo seja “retirada a humanidade” dos seres humanos escravizados, não pode ser afirmada seriamente ali a mudança de paradigma do direito no Brasil. Tal questão, no nosso sentir, abrange fundamentalmente os sentidos da racionalização de matriz europeia e

721 *Op. cit.*, 1853b, p. 138-139.

722 ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1981, p. 43.

723 *Ibidem*, p. 30.

724 HESPAÑHA, *op. cit.*, 2015, p. 231.

norte-americana, especialmente quando confrontada a escravidão na América, retirando a aura de certa irresistibilidade de um discurso dito humanista e liberal, mas dominado também por categorizações e diferenciações quanto a pessoas e consequências, mais ou menos explícitas, do pensamento jurídico da ilustração⁷²⁵. No fundo, os sentidos de uma certa evolução de tais pensamentos enquanto consequências das construções ideológicas posteriores para legitimação de diferentes sistemas jurídicos. Algo possível de ser confrontado com pesquisas mais atentas, como reconhecemos facilmente com a escravidão.

Como sabemos, somente a partir da mudança entre um direito fundado na ordem divina para outro perspectivado pelos seres humanos, com base em sua convivência em sociedade — o simbólico movimento inaugurado com GRÓCIO —, que se chega à modernidade do direito. Porém, tal alteração, apesar de essa nova racionalidade ter sido fortemente sentida pela sociedade escravocrata brasileira, ali não se realizou. Ao nosso ver, entre as mais variadas razões, pela manutenção da legitimidade da escravização dos seres humanos no Brasil. O tema segue sendo o grande contraponto à modernidade do direito brasileiro, devendo ser reconhecido especialmente pela pesquisa jurídico-filosófica, para nos afastarmos dos eixos acríticos normalmente presentes nas composições do legal-normativismo. Em especial, dos exercícios de hagiografia⁷²⁶ e das confusões decorrentes de abordagens aos mais variados paradigmas jurídicos em sentido intencionalmente anacrônico⁷²⁷.

É muito visível a crítica do jusnaturalismo religioso pelo jusracionalismo na construção do direito brasileiro, mas não imediatamente

725 Cfr. Carlo GINZBURG, “Provincializing the World: Europeans, Indians, Jews (1704)”, *Postcolonial Studies*, Abingdon, Taylor & Francis, v. 14, n. 2, 2011, p. 146.

726 Talvez as mais recorrentes, no contexto brasileiro, sejam as realizadas sobre o pensamento de TEIXEIRA DE FREITAS. Trata-se de empreitadas — sendo desnecessária a referência expressa para não atingirmos suscetibilidades — para separá-lo do mundo da escravidão através da seleção ingênua de frases esparsas para marcar um “olhar visionário” qualquer de abolicionista e defensor do fim da escravidão a qualquer custo. Essa questão, se lidos os seus textos na íntegra, não se sustenta minimamente numa pesquisa crítica ou mesmo na que vá pouco além da superficialidade.

727 Cfr. Arno WEHLING, “O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)”, in Antonio Carlos WOLKMER (org.), *Fundamentos de História do Direito*, 8 ed., Belo Horizonte, 2014, p. 501-523.

nem de forma uniforme, como querem nos fazer crer os mitos fundadores do Estado brasileiro. A transformação da juridicidade de ordenação cristã para a projeção laica do mundo não ocorreu de forma total naquele direito da escravidão. Foram impostas novas perspectivas para o direito, mas mantido o predomínio da ordem religiosa naquela sociedade. Dessa forma, a ruptura mais profunda entre tais dimensões ocorreu somente com o fim do regime monárquico e o início do republicano, em 1889, quando o pensamento jurídico moderno passou a predominar, por encontrar novo ambiente para a difusão de seu novo mundo. Mas, como sabemos, sem ainda romper com o Antigo Regime, fundado no direito natural, apenas ultrapassado com a codificação civil, em 1916.

A grande divisão do direito brasileiro, entre o direito natural e o direito positivo, permitiu a afirmação da igualdade em termos paradigmáticos e a escravização como problema prático da sociedade, mantida pela juridicidade tradicional que a legitimava secularmente. Por isso, a escravidão não precisou se elevar sobre essa longa tradição, que garantia os seus principais institutos jurídicos, desde o também preservado pensamento jurídico do Antigo Regime. Portanto, era desnecessária a sua edificação teórica numa nova filosofia, diante do influente pensamento jurídico moderno, que não chegou a dominar naquele contexto. Apesar disso, foi muito clara a confrontação de mundos, não só no direito, com a decisiva influência de outros pensamentos e suas racionalidades. Tal quadro, ao menos assim nos pareceu, fez com que a escravidão fosse discutida no campo prático: a luta por direitos dos seres humanos escravizados e livres, no sentido da liberdade, ladeada pela conservação de direitos, especialmente o da propriedade escrava. Diante dessa complexidade, ainda insuficientemente pesquisada no campo jurídico nacional, o direito estatalista foi sendo construído, partindo de um direito natural não racionalista.

A evidência da vitalidade persistente do paradigma fundado numa racionalidade anterior à exigida pela ideia de boa razão, quanto à temática da escravidão, encontra-se no fato de não ter havido ali a decisiva viragem provocada pela “desvalorização progressiva do direito romano” e “o crescente esplendor do direito natural”⁷²⁸ racionalista. Por isso, apesar de percebidas decisivamente as mudanças no sentido do direito moderno, tais novas perspectivas foram pensadas também

728 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 41.

para garantir o direito da escravidão, sendo selecionados fundamentos no discurso jurídico moderno, preocupado com a segurança jurídica, por mais paradoxal que hoje nos possa parecer, para preservar a escravização legítima de seres humanos.

Desde o direito natural foi sendo perspectivada a viragem possível para a juridicidade brasileira, bem como a formação do pensamento jurídico moderno, mas que não atingiram qualquer plenitude enquanto legitimação da escravidão. Porém, tais reflexões não deixaram de ser importantes para o movimento visto no Brasil, no início do séc. XX, de alteração do sentido do direito, agora como “*legalismo*”, bem como do pensamento correspondente, o “*normativismo*”⁷²⁹. TULLIO ASCARELLI, famoso jurista, que possuía “*una notable sensibilidad histórica, que hizo de la comparación en el tiempo y en el espacio un instrumento enormemente fecundo en su trabajo de jurista*”⁷³⁰, talvez seja quem melhor percebeu as mudanças do direito brasileiro. Reconheceu a juridicidade de fundo tradicional, desde o mundo do Antigo Regime, que foi sendo carregada pelas Ordenações e pelo direito romano. Numa afirmação muito esclarecedora, afirma que tal tipo de direito havia “*dimostrarono in Brasile una vitalità che non ha riscontro nella storia di nessun corpo legislativo moderno*”, fazendo com que o(a) jurista brasileiro(a) tivesse “*una naturale tendenza antipositivistica e com minor rilievo perciò della legge positiva*”, podendo ser percebido com “*la sensazione della peculiarità del diritto brasiliano verrà aumentando quando il viaggiatore giuridico se rivolgerà alla pratica*”⁷³¹. No fundo, identificou a mudança de paradigmas, pela via privilegiada da codificação civil, desde as Ordenações Filipinas para o Código Civil de 1916, ocorrida no início do séc. XX, que havia tornado “*a tradição do direito romano-comum dos séculos XVII e XVIII, viva no direito brasileiro, civil e processual, muito mais do que acontece nos demais direitos*”⁷³².

729 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

730 Rafael D. García PÉREZ, “Introducción”, in PAOLO GROSSI, *De la codificación a la globalización del derecho*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010, p. 47, nota 74.

731 TULLIO ASCARELLI, *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*, Milano, Giuffré Editore, 1952, p. 81-83. Trata-se de obra muito mais desenvolvida, com importantes acréscimos textuais e inúmeras referências bibliográficas, do que o seu texto “Osservazioni di diritto comparato privato Italo-Brasiliano”, em *Saggi Giuridici*, Milano, Giuffré Editore, 1949, p. 109-126.

732 TULLIO ASCARELLI, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 39.

CLOVIS BEVILAQUA, ao comentar o art. 2 do código civil brasileiro de 1916, reconhecia que com a “afirmação do valor jurídico dos seres humanos”, claramente, “a escravidão e todas as instituições, que annullam a liberdade civil, são repellidos”⁷³³. Com a vigência de seu código civil, encerrada a escravidão quase vinte e nove anos antes, passou a ser construído o paradigma do legal-normativismo no Brasil — ainda o nosso atual —, apesar de alterado pelos movimentos constitucionais do século passado. Contudo, manteve-se o claro sentido de imposição pura e simples da normatividade de fundo estatal, desde lógicas silogísticas, com o progressivo desprestígio da realização do direito em concreto, numa sociedade bastante complexa, desigual e injusta.

Como nos adverte REIS MARQUES, “a superação do direito antigo pelo moderno, ao menos no que toca ao direito civil, produziu-se sem quebras ao nível do essencial”⁷³⁴. Mais ainda, no Brasil, tal fenômeno foi acompanhado pela acomodação do direito brasileiro, no nosso sentir, numa construção mitológica de suas próprias origens. Não propriamente em decorrência da construção simbólica pelo pensamento jurídico, mas pela sedimentação de posições pouco pesquisadas e refletidas, especialmente diante da temática da escravidão, o que não deixa de ser bastante significativo numa sociedade construída a partir da escravização de seres humanos. Os “direitos originários”, pensados na tradição do jus-racionalismo, apesar da grande variação quanto ao seu rol, como podemos ver, *v. g.*, em MARTINI, FERRER, AHRENS, DIAS FERREIRA, bem como no próprio Código Civil português de 1867⁷³⁵, evidenciaram sempre a liberdade como o ponto de convergência entre todas elas. Algo que, desde a sociedade escravocrata brasileira, buscou-se contornar enquanto legítima a escravidão pelo direito no Brasil, bem como esconder com a modernização do direito brasileiro. Assim, no plano do direito natural, acabou por ser defendida e criticada a escravidão no Brasil.

733 CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, 1916, v. 1, p. 167.

734 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 7.

735 *Ibidem*, p. 201, nota 528. As respectivas obras seguem ali indicadas.

DIREITO E ESCRAVIDÃO NO BRASIL

1. Direito da escravidão brasileira

A escravidão brasileira foi construída com as juridicidades e as racionalidades herdeiras do pensamento escolástico-tomista — marca-d'água daquela sociedade escravocrata —, de onde formaram-se as suas próprias especificidades. O direito natural ofereceu os caminhos para a escravização legítima de seres humanos, por ser a principal referência daquele tipo de direito estamental, sendo compatibilizado secularmente com as práticas e os costumes daquela sociedade. Quando a escravidão é considerada incompatível com a ordem divina, ela passa a ser organizada pelo direito das gentes, através da proteção jurídica da propriedade escrava. Dessa forma, a escravidão brasileira foi assentada na natureza das coisas, no direito natural e pelas jusnaturalistas diferenças legítimas entre os seres humanos. Mesmo diante da modernidade, o direito da escravidão brasileira foi sendo preservado, especialmente a partir do pensamento pragmático de proteção e garantia da propriedade escrava. Para isso, foram sendo utilizados os novos quadros mentais do pensamento jurídico liberal, a elevação da segurança jurídica ao primeiro plano, e, portanto, o sentido de conservação do *status quo* nos planos político e econômico. A preservação do mundo da propriedade burguesa, sem ainda o universalizante direito de liberdade humana, veio a calhar para o direito da escravidão no Brasil.

Sem qualquer sistematização ampla e teórica, como vimos, não se elevou uma clara filosofia da escravidão, no sentido da adaptação, reformulação ou criação teórica naquele contexto histórico. Mas as reflexões das juridicidades modernas foram realizadas, apesar de haver prevalecido a manutenção da escravidão até quase o fim do séc. XIX. Porém, a racionalidade moderna, mesmo diante do direito natural da

escravidão, provocou grandes transformações doutrinárias e jurisprudenciais, bem como legislativas, sem ultrapassar o direito marcado pelas lógicas do Antigo Regime, que iria ocorrer somente com a codificação civil. Destacamos que a Constituição Republicana de 1891, em seu art. 83, manteve em vigor a legislação herdada de Portugal, especialmente as monárquicas, que não confrontassem com o “systema do governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados”⁷³⁶. Quanto às fontes jurídicas brasileiras, no ano de 1877, um importante jurista brasileiro afirmava ser ainda o direito romano o grande “dogma jurídico”, com função subsidiária “na formação do nosso Direito objectivo”, apontando os problemas dos critérios da “boa razão” e das “legislações dos povos cultos”, para reconhecer a inexistência de uma jurisprudência brasileira até aquele momento⁷³⁷. Afirmava criticamente, então, que a herança ainda era a da jurisprudência portuguesa e a dificuldade de se compreender sistematicamente e com precisão, por falta de texto escrito, ao “consultar os costumes, as tradições do fôro, o direito romano, a boa razão, os códigos estrangeiros, as opiniões dos praticos”, e indicava a necessidade de fortalecimento da lei, o que não impediria a evolução do Direito pela possibilidade de “formação de novas noções e de novas regras”, em posição declaradamente influenciada pelo pensamento de IHERING, na obra *L'Esprit du Droit Romain*⁷³⁸. No mesmo sentido, apontava-se a ausência de “um direito nacional homogêneo e próprio”, afirmando-se que “uma parte da nossa legislação é alienígena, como nos primeiros dias da independência”, como o principal fator de ausência de estudos mais profundos sobre o direito brasileiro⁷³⁹.

Na formação do pensamento jurídico moderno, houve o choque entre a filosofia jurídica aristotélica e o racionalismo moderno, resultando no movimento positivista⁷⁴⁰. A filosofia religiosa foi substituída por outra predominantemente pagã: RABELAIS, MONTAIGNE, ERASMO, BODIN,

736 *Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1891*, p. 20.

737 Cfr. LAFAYETTE RODRIGUES Pereira, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, Typographia Baptista de Souza, 1922, p. VIII e IX. Destacamos que JOSÉ BONIFACIO DE ANDRADA E SILVA, sobrinho-neto do Patriarca da Independência e comentador dessa obra, lhe deu um sentido positivo que o texto não possui. Cfr., especialmente, p. III s.

738 *Ibidem*, p. IX-X.

739 MARTINS JUNIOR, *op. cit.*, p. 4.

740 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 406.

DONEAU e GRÓCIO⁷⁴¹. A mudança paradigmática das formas de se pensar e explicar o mundo não escapou ao direito brasileiro do séc. XIX. Mas não ocorreu ali tal viragem no direito da escravidão para a modernidade, permanecendo estruturado em sentido organicista e tradicional. Essa foi a principal razão, como já reconhecemos, da ausência de textos legislativos para legitimar a escravidão, já que estava assentada no direito tradicional. Assim, as leis brasileiras da escravidão alteraram a juridicidade já existente. O caminho de sua preservação foi escolhido conscientemente, mesmo valendo-se o pensamento jurídico brasileiro dos mesmos referenciais de reflexão acessíveis ao mundo do direito ocidental. Algo que merece ser reconhecido e pesquisado em profundidade, afastando-se dos olhares nacionalistas e patrióticos⁷⁴², que se mantêm em bases utópicas ou ideológicas, evidentemente paradoxais⁷⁴³.

O direito da escravidão permaneceu assentado no direito natural, ainda não racionalista. Mas passou a ser refletido com as ideias racionalistas, com destaque para o iluminismo, valendo-se progressivamente do chamado “legalismo-doutrinarismo” apoiado “num direito doutrinal e não num direito legal”, bem como no “tradicionalismo-modernismo” marcado pela “doutrina do ‘uso moderno’ e jusracionalista”, tornando-se o “que de mais moderno se ensinava na Europa, temperando o regalismo da época com uma crença forte num direito supralegal de cunho racionalista”⁷⁴⁴. Era um movimento iluminista do direito caracterizado por ser “racionalista em relação ao direito natural e voluntarista no que respeito ao direito positivo”⁷⁴⁵.

Tais formas de pensamento produziram no Brasil, em movimentos de avanço e recuo, o choque entre o mundo antigo e o moderno nas discussões jurídicas nacionais. Nesse contexto, a escravidão continuou a ser reconhecida como legitimada em fontes tradicionais, apesar de ser confrontada com o pensamento jurídico moderno. Não apenas

741 *Ibidem*, p. 408-409.

742 Cfr. Reinhard KOSELLECK, *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006, p. 218 s.

743 Cfr. OCTAVIO SOUZA, *op. cit.*, p. 28 s. Quanto à nossa perspectiva (“brasileira”), dirigida a outros contextos e, ao mesmo tempo, preocupada com sua própria especificidade, cfr. p. 126.

744 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 361.

745 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 139.

pelos juristas, no campo doutrinal e jurisprudencial, mas também pelos próprios seres humanos escravizados, que somaram as convicções filosóficas da injustiça do cativeiro com as novas ideias de criação da individualidade e autonomia privada. A valorização da lei pelo direito estadualista, com a criação de um Estado de Legislação⁷⁴⁶, no Brasil do séc. XIX, por essa razão, serviu de via para alteração da ordem jurídica escravista, até tal juridicidade ser destruída definitivamente em 1888. As discussões quanto à injustiça da escravidão no Brasil foram reconhecidas como problemáticas jurídicas, portanto não meras consequências do plano político. No direito, especialmente nas ações judiciais de liberdade e escravidão⁷⁴⁷, foram pensadas as mais diversas questões jurídicas da sociedade escravocrata, que resultaram no confronto entre os direitos costumeiros dos escravos e dos proprietários, com as novas juridicidades nos campos legislativo, doutrinal e jurisprudencial.

746 Para a diferenciação entre Estado de Legislação e Estado de Direito, cfr. CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 13 s.

747 Infelizmente, por questões regulamentares, retiramos a pesquisa sobre as ações judiciais da escravidão, que intentamos publicar em outra oportunidade. Adiantamos, contudo, tratar-se de problema fundamental para a compreensão dos sentidos da interpretação jurídica do direito brasileiro em formação, sendo incontornável não somente para a temática da escravidão. Aquela juridicidade, ainda não elevada em termos teóricos plenos, somente pode ser suficientemente reconhecida a partir do campo investigativo prático. Indicamos, contudo, algumas referências importantes: Luiz FRANCISCO DA VEIGA, *Livro do Estado Servil e respectiva Libertação contendo a lei de 28 de setembro de 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876; Antonio JOAQUIM RIBAS, *Consolidação do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Dias da Silva Junior Typ.-Editor, 1879; José Homem CORRÊA TELLES, *Doutrina das Ações: Accomodada ao Fórum do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1880; Regina Célia Lima XAVIER, *A conquista da liberdade: libertos em Campinas na segunda metade do século XIX*, Campinas, Centro de Memória da Unicamp, 1996; Fernando Antonio ABRAHÃO, *As ações de liberdade de escravos do tribunal de Campinas*, Campinas, Centro de Memória da Unicamp, 1992; HEBE M. MATTOS de Castro, “Laços de família e direitos no final da escravidão”, in Luiz Felipe de ALENCASTRO (org.), *História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional*, São Paulo, Companhia das Letras, 1997, v. 2; Arno WEHLING; Maria José WEHLING, *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004; Keila GRINBERG, *Liberata: a lei da ambigüidade: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008b; Elciene AZEVEDO, *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na Província de São Paulo*, Campinas, Editora da Unicamp, 2010; CHALHOUB, *op. cit.*, 2012; ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015.

O choque entre o “progresso” e a “tradição”, no Brasil, também seguiu a ideia de conciliação do novo (iluminismo) com o velho (Ordenações), pela influência da *Lei da Boa Razão*⁷⁴⁸, assim batizada por CORREIA TELLES, na obra *Commentario critico à Lei da Boa Razão*⁷⁴⁹. Tal lei, construída a partir das Ordenações Filipinas, consagrou o “papel mais de regenerador do que de revolucionário” de POMBAL, com a busca de “uma total remodelação das fontes (e, assim, nos conteúdos) do nosso direito”, aquilo que se “completará nos *Estatutos Pombalinos da Universidade*”⁷⁵⁰. Um exemplo dessa nova postura foi a imposição da recepção de ACÚRSIO e BÁRTOLO, caso não conflitantes com a Boa Razão⁷⁵¹. Algo ainda aceito por CORREIA TELLES⁷⁵², mas não pela legislação, que continha fundamentos humanistas contrários aos juristas do *mos italicus*; levando por “caducidade” e “falta de objecto” à cessação da *opinio communis doctorum*⁷⁵³. Essa mudança seguiu a via do *usus modernus pandectarum*, anulando a divisão entre sistema interno e externo, com a ideia do “o sistema de direito *tout court*, isto é, como o Direito visto no seu sistema”⁷⁵⁴. Em substituição à *opinio communis doctorum*, a *Lei da Boa Razão* privilegiou a “interpretação autêntica”, vinculada aos “Assentos da Casa da Suplicação”, emitida em exercício de competência exclusiva⁷⁵⁵.

O projeto iluminista do direito, pensando agora a influência possível no direito brasileiro oitocentista, trouxe a ideia de ascensão a partir de materiais jurídico-históricos, destacando-se o direito romano e a elevação da ciência teórica. Contudo, no direito da escravidão, *grosso modo*, prevaleceram as questões jurídicas “nas tradições comunitárias (usos), na praxe judicial (precedentes), nas autoridades doutrinárias (*opi-*

748 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987; e Rui Manuel de FIGUEIREDO MARCOS, *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2006.

749 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 160 -161. *Idem*, *op. cit.*, 2003, p. 576 s.

750 HESPAÑA, *op. cit.*, 1978, p. 73.

751 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 168.

752 *Commentario critico à Lei da Boa Razão*, Lisboa, Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865. Desde uma nova postura, p. ex., traduziu obras de DOMAT e POTHIER, cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 153.

753 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 168.

754 ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1981, p. 57, nota 49.

755 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 162.

niones) e na organização tópica dos diversos materiais”⁷⁵⁶. Claro que pontualmente se deram claras modificações na juridicidade, mas, no geral, o paradigma jurídico da escravidão manteve-se, quase que plenamente, no terreno da juridicidade tradicional e complexa, apesar da juridicidade estatal ter alterado profundamente os equilíbrios da sociedade escravocrata⁷⁵⁷.

Assim, o direito romano não se elevou teoricamente a ponto de funcionar como sistema próprio e pleno para resolver os problemas da escravidão. Contudo, muitas das questões jurídicas da escravidão se deram dentro de perspectivas modernas, no sentido moderno da obtenção de “valor normativo”⁷⁵⁸, por princípios gerais. Isso foi sendo visto mais claramente a partir da década de 1860, em reflexões de temas decisivos para aquela sociedade escravocrata, tais como o instituto do *partus sequitur ventrem*. A condição jurídica de escravos decorrente do nascimento, que passou a ser considerada em termos modernos nos tribunais, nas inúmeras controvérsias envolvendo o confronto entre o direito de propriedade dos recém-nascidos (frutos) das mulheres escravas e a liberdade concedida em testamentos e doações⁷⁵⁹.

O *usus modernus pandectarum*, em substituição à escola dos comentadores (*mos gallicus*), procurava não somente organizar o sistema anterior através de princípios, mas também adaptar a ênfase moderna aos chamados *iuria proprias*⁷⁶⁰, nos quais os direitos passavam a ser nacionalizados. A pandectística da escola histórica de SAVIGNY, que desenvolveu uma espécie de “*Positivismo jurídico*”⁷⁶¹, chegando-se a defesa de “um regresso, puro e simples, aos textos do *Corpus iuris*, como complexo textual vigente (atual) na Alemanha”⁷⁶², no Brasil, onde a maior referência desse pensamento foi TEIXEIRA DE FREITAS, prevaleceu o jus-

756 *Idem, op. cit.*, 2003, p. 465.

757 Interessante comparação pode ser feita com a ordem privada escravocrata, plenamente visível no séc. XVIII, que deslocou as reflexões “oficiais” para a temática dos libertos, cfr. SILVIA LARA, *op. cit.* No século seguinte, destacou-se a ordem pública, pela atuação do Estado no direito de propriedade escrava.

758 BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, 1955, p. 49.

759 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866, p. 88, nota 370.

760 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 236.

761 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 316.

762 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 443.

naturalismo racionalista, no sentido de valorização da *ratio scripta* do direito romano pela via das reformas pombalinas⁷⁶³. Apesar de estamos diante de um fenômeno que, inicialmente, teria sido “marginal sem poder de penetração quer na ideologia, quer na política oficiais”⁷⁶⁴.

A escravidão, mantida na pluralidade das fontes jurídicas com os fundamentos tradicionais do mundo dos *status*, não permitiu a ascensão da lei iluminista, ou mesmo de um monismo normativo qualquer. Por isso, não se deu a “unificação do sujeito de direito” que viabilizasse, naquele contexto, ao “soberano-legislador uma sujeição ‘uniforme’ de todos os estratos sociais à sua vontade”⁷⁶⁵. O projeto iluminista, fundado na França no “racionalismo da lei” e na “aspiração colectiva à igualdade”⁷⁶⁶, demonstrou-se suficientemente forte para alterar o mundo jurídico do Antigo Regime, o que não sucedeu no Brasil da escravidão. Porém, não em razão da ausência da lei moderna, que avançou muito naquela juridicidade, apesar de não alcançada a codificação civil no séc. XIX, mas pela conservação da escravidão no paradigma jurídico da desigualdade. A escravidão, assim, assumida a partir da hierarquização social numa sociedade do Antigo Regime, dominante desde o contexto colonial⁷⁶⁷, permaneceu em sentido prático, apesar das transformações do Estado nacional em formação. O direito da escravidão manteve-se inserido no projeto nacional de adequação entre o comando estatal e o sentido do direito tradicional. Algo facilmente reconhecível, se houver a preocupação sincrônica, nos debates em torno das emancipações graduais e melhoramentos das condições dos seres humanos escravizados, na “filantropia filosófica” herdeira do humanismo do séc. XVIII⁷⁶⁸, em que se buscou o prolongamento do sistema escravocrata, não propriamente o seu fim.

763 Cfr. REIS MARQUES, “Elementos para uma aproximação do estudo do ‘usus modernus pandectarum’ em Portugal”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, número especial, 1983.

764 *Idem*, *op. cit.*, 2003, p. 465. Referências aos principais textos desse movimento encontram-se nas notas 1514 e 1515.

765 *Ibidem*, p. 472.

766 *Ibidem*, p. 488.

767 Cfr. MAMIGONIAN, “A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009a, p. 209.

768 Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 57

As fontes jurídicas da escravidão, o direito romano e a sistemática do jusnaturalismo religioso asseguraram a não subversão do paradigma jurídico, ainda dominante, pelo jusnaturalismo racionalista e suas evidências racionais. Lembramos que o direito brasileiro foi construído a partir de bases muito fortes: a concepção de “um direito de juristas”, no qual “não é tanto na lei mas sim na decisão que a normatividade se afirma”⁷⁶⁹. Sobre elas, foram realizadas modificações por fontes estatais, sem alteração completa do paradigma, como se deu com a lei do ventre livre de 1871, talvez o texto legislativo mais importante da formação do direito brasileiro, por representar, até então, a alteração mais profunda daquela juridicidade escravocrata. É muito esclarecedora a análise feita por ANGELA ALONSO, quanto ao pensamento daquela sociedade imperial, pela ótica da chamada “geração de 1870”⁷⁷⁰. Mesmo nos momentos finais da era da escravidão, predominava ainda pragmaticamente a defesa de sua conservação, não em termos teóricos ou pela ausência de assimilações de paradigmas ocidentais, mas por haver dominado “um pendão comparativo forte”, entre “teorias estrangeiras da reforma da sociedade” e “uma ressignificação da tradição nacional”, valendo-se muito especialmente de “uma *teoria evolucionária da história*” e “uma *teoria da mudança política*”, que permitiram o enquadramento da sociedade num exequível sentido racional, com o controle das mudanças perspectivadas pela modernização⁷⁷¹. Justamente, a comparação de mundos e de diferentes pensamentos jurídicos, no caso da escravidão, que buscavam ser contornados, apesar das mudanças provocadas pela “chamada Revolução Científico-Tecnológica”⁷⁷².

O direito brasileiro da escravidão, apesar das alterações de diversas fontes jurídicas pelo Estado, continuou a ser dominado pela juridicidade herdada da América portuguesa. Foi sendo, assim, progressivamente compatibilizado com as influências do direito moderno, para a manutenção do sistema escravocrata. Portanto, não exatamente valeu-se desse pensamento para realizar a sua confrontação, que somente ocorreu nos momentos finais e anteriores à abolição. No texto constitucional

769 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 329.

770 *Op. cit.*, 2002.

771 Fizemos breve simplificação de passagem que merece a leitura do(a) jurista crítico(a), cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 237-245.

772 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2015, p. 15.

de 1824, em seu preâmbulo – “a sua individual, e geral felicidade Política” –, foi inaugurado certo liberalismo e uma possível modernização do paradigma do direito brasileiro, dominantes nas discussões parlamentares da Assembleia Constituinte de 1823⁷⁷³, desde que protegido o direito da escravidão.

Tal esforço no Brasil foi realizado valendo-se especialmente, quanto à modernização do direito, das obras do direito português. Basta convocarmos MELO FREIRE e COELHO DA ROCHA, enquanto referências fundamentais para a formação jurídica brasileira, até a codificação civil, sem deixarmos de destacar tal importância até os nossos dias. MELO FREIRE representa o pensamento jurídico da virada do séc. XVIII para o XIX, em que dominava a preocupação muito clara com a compreensão do direito nacional, através de um movimento de superação da escolástica e de seus métodos interpretativos. Sua obra *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum publici, tum privati*⁷⁷⁴, que segue a sistematização de pessoas, coisas e ações, foi texto fundamental para o ensino do direito em Coimbra, de 1774 até meados do séc. XIX⁷⁷⁵. Mais exatamente até a unificação das Faculdades de Leis e de Cânones na Faculdade de Direito, em 1836, determinada pelo Decreto de 6 de dezembro, quando sofre a crítica de COELHO DA ROCHA, para quem tal pensamento anterior “nem podia acompanhar as reformas, nem se accommodava a esta distribuição: portanto tornou-se desde então indispensavel reunir, em um corpo novo e tractado regular, as doutrinas especiaes sobre este ultimo objecto”⁷⁷⁶. Ocorreu aí a colisão entre os mundos de dois fundamentais lentes, os métodos tradicionais com maior autonomia chocam-se com o dos professores modernos⁷⁷⁷. Assim, a partir de 1844, dá-se a substituição das obras de referência para o estudo do direito, de MELO FREIRE para COELHO DA ROCHA.

773 Cfr. *Anais do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte*, Rio de Janeiro, Tipografia Parlamentar, 1873, tomo I.

774 Pascoal José de MELO FREIRE, *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum publici, tum privati*, 2 ed., Coimbra, Conimbricæ Typis Academicis, 1845, prefácio.

775 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 128.

776 *Op. cit.*, 1857, tomo I-IV.

777 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 163, nota 10.

A obra de COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*⁷⁷⁸, segue a a sistematização de pessoas, coisas e ações, mas o método tripartido se altera, já que tais elementos “não representam mais os ‘objectos’ do direito objectivo, mas os *elementos da relação jurídica* ou, como também diz o autor, os elementos do direito subjectivo – os *sujeitos*, que são os seus titulares, *as coisas* que são o seu objecto, os *factos jurídicos*, que são a sua fonte”, apontando para a mudança do paradigma com o acolhimento pelo direito português da “teoria geral da relação jurídica”⁷⁷⁹. Algo que, no fundo, representou “o coroamento de toda a obra sistematizadora, formalizadora e, logo, abstractizante da pandectística”⁷⁸⁰. Contudo, mesmo em tal jurista vemos que a superação do paradigma anterior não ocorria totalmente, já que mantinha a vitalidade do mundo dos *status*, particularmente a classificação das pessoas que poderia “variá-lo ao infinito”⁷⁸¹, apesar de já trazer outra racionalidade para a compreensão do direito. Na sua obra *Instituições de Direito Civil Portuguez*, que continuou a ser publicada no início do séc. XX, manteve-se constante a referência às Ordenações e ao *uso modernus*, juntamente com os códigos modernos, “francês, prussiano e austríaco”⁷⁸². Para a nossa temática, é importante apenas reconhecer que tais reflexões apontavam para a alteração de paradigmas, que não se deu de imediato.

Em Portugal, a passagem de MELO FREIRE para COELHO DA ROCHA apontou o caminho de superação do paradigma do direito jusnaturalista pela via da codificação civil, que se deu com o Código Civil de 1867. Mas, no Brasil, como evidência da vitalidade daquela juridicidade tradicional, a referência a MELO FREIRE não é abandonada⁷⁸³, apesar da

778 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 215, nota 404: “o texto de direito civil mais perfeito da época”.

779 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 127.

780 *Ibidem*, p. 146, nota 116.

781 *Op. cit.*, 1857, tomo I, p. 35.

782 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 150, nota 362.

783 Mesmo em Portugal, continua a ser uma importante referência, como pode ser exemplarmente visto na reedição de Manuel de Almeida e Souza de LOBÃO, *Notas de uso prático e críticas aos livros I, II e III das Instituições do dr. Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1868; e em António Ribeiro de LIZ TEIXEIRA, *Curso de direito civil portuguez ou Comentário às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.

importância atingida por COELHO DA ROCHA. Na temática da escravidão, é possível encontrar tais juristas igualmente referenciados, até os momentos finais da legitimação da escravização de seres humanos, para a reflexão daquela juridicidade ainda não moderna. Questão que, para VICENTE FERRER, ao comentar o projeto de código de SEABRA, não poderia valer-se da lei para a definição da “escravidão com a perda do direito de liberdade”⁷⁸⁴. Portanto, a permanência da juridicidade tradicional com vitalidade, pensada decisivamente pelo pensamento de MELO FREIRE no Brasil⁷⁸⁵, no nosso sentir, aponta claramente para a permanência do paradigma do direito tradicional, claro que numa perspectiva de superação de problemas. Mas não chega a ocorrer, enquanto legitimada a escravidão, a implantação do projeto modernizador do direito brasileiro.

Dentre várias questões importantes, destacamos a recorrência em MELO FREIRE aos fundamentos históricos da juridicidade⁷⁸⁶, como garantidores da estabilização de um mundo já conhecido. Talvez essa tenha sido a influência mais importante de seu pensamento para a formação jurídica brasileira, sendo o grande referencial para a transformação da juridicidade tradicional, característica do Antigo Regime, através do Estado e pela via da alteração do paradigma do direito⁷⁸⁷. Com progressiva intensidade, podendo ser percebida também nas reflexões anticolonialistas e de afirmação nacional, com claras perspectivas de princípios iluministas. Muito especialmente, a liberdade individual, a universalidade e a igualdade⁷⁸⁸.

784 VICENTE FERRER Neto Paiva, *Reflexões sobre os sete primeiros títulos do livro unico da parte I do Projecto do Codigo Civil Portuguez do Sr. Antonio Luiz de Seabra*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859, p. 34.

785 Tais referências, com maior destaque para MELO FREIRE, podem ser vistas também em PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866; e *op. cit.*, 1873. Cfr. ALMEIDA, *op. cit.*

786 Cfr. *op. cit.*, 1853a.; Paulo Ferreira da CUNHA, “La Polemique du premier manuel d’histoire du droit portugais, de Mello Freire”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, n. XXIII, 1994, p. 487-497.

787 O choque entre dois mundos, no aspecto penal, pode ser visto em António Manuel HESPANHA, “Da «Justiça» à «Disciplina»: textos, poder e política penal no Antigo Regime”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, número especial, tomo II, 1984, p. 139-232.

788 Cfr. TODOROV, *op. cit.*, p. 26.

Dessa forma, o direito da escravidão no Brasil permaneceu assentado numa tradição jusnaturalista, apesar de alterado significativamente pela filosofia moral iluminista. Contudo, lembrando que a superação kantiana só foi decisiva em fins do séc. XIX, apesar das preocupações conservadoras de proteção da propriedade e do *status quo*. A escravidão, assentada numa juridicidade tradicional, passou a ser transformada para a garantia da segurança jurídica, sem ser afastada até 1888. Eixo do direito brasileiro em formação, que provocou uma “*aceleración y en seguida paralización de la historia*”⁷⁸⁹: buscava-se a modernidade com a conservação da escravidão. Tal foi feito com o pensamento do Antigo Regime, expresso na “maneira de focalizar os problemas, na teorização que lastreia o seu esquema de ação, nas próprias hesitações com que foi levada à prática”, identificado já como “mercantilismo ilustrado”, apesar de frustrado, sendo talvez o maior obstáculo para a acomodação possível do liberalismo e suas transformações decorrentes naquela sociedade escravocrata⁷⁹⁰.

O projeto do direito iluminista no Brasil, apesar de referência bastante significativa, não foi realizado enquanto aceita a escravidão, ao contrário das afirmações mitológicas a partir de um invencioneiro nacionalista. Com esforço mínimo sincrônico, vemos que não se deu ali a apreensão, ao nível local, do “sistema de ideias que fundamentou as reivindicações da liberdade e da igualdade (o jusnaturalismo iluminista, com o seu individualismo liberal e o seu racionalismo democrático)”; a identificação do direito “com a legalidade do Estado-de-direito demoliberal ou constitucional”⁷⁹¹. Mais uma vez, para deixarmos clara tal obviedade, por ter permanecido o ser humano escravizado legitimamente por aquele direito.

Apesar das escassas pesquisas críticas e profundas no Brasil, especialmente quanto à interpretação jurídica naquela juridicidade, o direito da escravidão brasileira pode ser compreendido por outros caminhos. Dentre eles, destacamos a criação das faculdades de direito no país, enquanto acontecimento decisivo, como marco na construção da autonomia do direito brasileiro e na formação do que viria a se afirmar como pensamento jurídico nacional. Mesmo sendo impossível pen-

789 ARANGUREN, *op. cit.*, p. 36.

790 NOVAIS, *op. cit.*, p. 299-303.

791 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 157.

sar aquele direito sem a sua inserção num processo mais amplo, que lhe antecede, como demonstram as influências especialmente do direito português, não deixam de ser importantes os esforços específicos para a regionalização do direito nacional, formando-se a partir daí, indubitavelmente, um “itinerário histórico próprio”⁷⁹².

A influência do movimento iluminista com “*la correlación entre la secularización de la enseñanza y el cambio social*”, que reformulou as bases do ensino para promover o “*cambio de mentalidad y, con ella, el de las actitudes fundamentales*”, denominado por ARANGUREN como “*una nueva ‘forma de vida’*”⁷⁹³, foi sentida no Brasil. Esse novo espírito, percebido particularmente desde as obras jurídicas portuguesas, deu início a um tipo de formação local, não necessariamente isolada, materializada com a criação das faculdades de direito de Olinda e de São Paulo. Diante da situação jurídica e social local, o iluminismo foi considerado e refletido profundamente, passando a predominar novas formas de pensamento quanto às fontes jurídicas tradicionais, que passaram a ser inseridas num processo claro de afirmação jurídica estatal.

Tal se deu a partir da mudança de mentalidade dos profissionais do direito⁷⁹⁴. Sabemos que a fonte jurídica vem acompanhada de seus “sacerdotes”, que também passam a ocupar determinada posição social⁷⁹⁵. Como esclarece PAOLO GROSSI, os juristas no direito burguês ocupam um espaço hierarquizado: o “*santo dei santi del moderno diritto borghese, e cioè il recinto delle fonti, che assomiglia molto a quello spazio sacro dove solo una suprema gerarchia sacerdotale aveva ingresso*”⁷⁹⁶. No Brasil, a criação das faculdades visou suprir a necessidade de formação

792 MATTOSO, *op. cit.*, p. 196.

793 ARANGUREN, *op. cit.*, p. 34.

794 Referência ao ambiente geral de formação jurídica, assim afirmado por não termos realizado qualquer aprofundamento nesse sentido. Porém, sabemos não se tratar de processo linear nem exclusivo ou isolado, como muitas vezes se quer fazer crer através das repisadas figuras simplistas, tais como as famosas “escolas” brasileiras. Através da institucionalização e do lugar comum, são forçadamente “explicados” todos os fenômenos sociais, políticos, econômicos e jurídicos, usualmente em discursos de rala profundidade científica e crítica.

795 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 43.

796 *Op. cit.*, 2001, p. 71-72.

local de pessoas que desempenhariam importantes funções no sistema imperial imposto, mas ainda não integralmente estruturado.

No momento de criação das faculdades, o vínculo com as origens doutrinárias portuguesas mantinha-se extremamente forte. Por essa razão, a gênese das escolas de direito no Brasil independente foi realizada “com a cautela de que isso não pulverizasse a harmonia ideológica que a comum pertença à academia de Coimbra tinha garantido até então”⁷⁹⁷. Partindo desse núcleo, tais escolas foram adquirindo características específicas, sem nunca abandonar as obras portuguesas. No entanto, é notada a intenção de formação de uma elite local, “independente e desvinculada dos laços culturais que nos prendiam à metrópole europeia” e o desejo de substituição da “hegemonia estrangeira – fosse ela francesa ou portuguesa”⁷⁹⁸. Por isso, apesar da criação dos cursos de direito ser marcada pela afirmação de projetos de formação nacionais, não houve, ao menos numa fase inicial, qualquer tipo de rompimento com as influências vindas especialmente de Coimbra. Os seus textos não perderam importância, continuando como referências principais num país que ainda não tinha formado a sua própria especificidade. As suas características próprias foram sendo notadas com mais força apenas em meados do séc. XIX⁷⁹⁹. A educação jurídica nacional foi criada para responder às juridicidades do Estado de Direito brasileiro, decorrente da Independência e da Constituição de 1824, especialmente, conjugando-as com a ordem jurídica herdada do período colonial. Por isso, não podemos afirmar ali a elevação da ciência jurídica brasileira, que foi construída posteriormente, mais para o fim daquele século.

A criação daquelas faculdades de direito, prevista no projeto de 31 de agosto de 1826 e aprovada em 11 de agosto do ano seguinte, foi feita no contexto de transformação também da Faculdade de Direito de Coimbra, ocorrida em 1836, após a extinção das Faculdades de Leis e de Cânones. O ensino inaugural do direito no Brasil, dentre variadas possibilidades de pesquisa, pode ser reconhecido no trabalho de LUÍS JOSÉ DE CARVALHO E MELO, o Visconde da Cachoeira, que produziu os seus

797 HESPAÑA, *op. cit.*, 2015, p. 427.

798 SCHWARCZ, *op. cit.*, 1993, p. 186.

799 As afirmadas restrições ao acesso às obras estrangeiras e à viabilidade de impressão de textos no Brasil não eram mais sentidas, enquanto problemas estruturais, desde o início do séc. XIX, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 143 s.

primeiros Estatutos, publicados em anexo à lei de criação dos cursos⁸⁰⁰. Neles, notam-se claramente a construção da educação jurídica no Brasil a partir do paradigma tradicional do direito português⁸⁰¹, com destaque para os Estatutos da Universidade de 1772, “vulgarmente chamados pombalinos”⁸⁰² e responsáveis pela introdução, na pedagogia do direito, das “idéias do jusnaturalismo e do *usus modernus pandectarum*”⁸⁰³, aliada ao “que até ali tinha andado excluído pelo romano e canônico”⁸⁰⁴, com destaque para “o primado da vigência das leis nacionais” e a “*modernização do direito nacional*”⁸⁰⁵.

Apesar de as faculdades de direito terem sido “*locus*” importantes para a reunião de pessoas e ideias num mesmo contexto de discussão, nos pareceu bastante temerário, nessa base e sem maior aprofundamento, afirmar que inauguraram um campo uniforme e autopoietico de posições frente às questões da escravidão. Pois, no período imperial, não teria ocorrido ao menos o funcionamento autônomo daquelas instituições de ensino⁸⁰⁶ — situação particularmente agravada nos momentos iniciais⁸⁰⁷ —, sendo nítida a influência direta do poder político, pelo menos até o fim da escravidão⁸⁰⁸. Por essa razão especial, não notamos ali a ascensão do pensamento jurídico autônomo frente às temáticas da escravidão. Contudo, sem deixarmos de anotar que a ausência quase total de pesquisas das questões jurídicas da escravidão, como as realizadas naquelas faculdades de direito, nos faz permanecer, até hoje, no terreno das impressões e das linhas gerais, à espera de um esforço futuro.

800 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*, parte I, p. 7-39.

801 Cfr. MÁRIO REIS MARQUES, “Ciência e Acção: o Poder Simbólico do Discurso Jurídico Universitário no Período do *Ius Commune*”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 6, 1991, p. 63-72.

802 SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 90.

803 BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, 1955, p. 45.

804 Manuel António COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, 1857, tomo I, p. III.

805 HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 73-74.

806 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 120.

807 Cfr. VENANCIO FILHO, *op. cit.*, p. 28-74.

808 Cfr. PRIMITIVO MOACYR, *A Instrução e o Império: Subsídios para a História da Educação no Brasil (1854-1888)*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1937, v. 2.

Apesar disso, acreditamos que a juridicidade do direito da escravidão manteve-se naquela complexidade herdada da América Portuguesa, sendo tal paradigma alterado e adaptado, na medida da formação da cultura jurídica local. Porém, sem ser totalmente superado, ao menos no que toca ao direito da escravidão brasileira. Tal variedade, facilmente notada nas interpretações jurídicas alcançadas em nossa pesquisa⁸⁰⁹, passava pelo direito romano, pelos costumes de livres e escravos, pelas Ordenações, pela Constituição de 1824, pelas glosas de ACÚRSIO e pela opinião de BÁRTOLO, pelas jurisprudências, pela lei da boa razão, pelas cartas de leis, por leis, alvarás, decretos etc. Acrescida às fontes majoritariamente do direito português, bem como às que foram sendo produzidas no Brasil independente. Todas essas fontes, a depender do caso concreto, tinham igual potencial de servir de fundamento para as decisões judiciais, já que ainda não eram pensadas ou organizadas hierarquicamente, nem sequer nos moldes de um *usus modernus pandectarum* plenamente aceito. Contudo, as ações judiciais no Brasil independente ainda possuíam problemas muito graves, como a ausência de data das decisões, “principalmente os interlocutorios, ou avulsos”, com a geração de “abusos, confusão, e transtornos”, como afirma a Provisão da Mesa do Desembargo do Paço⁸¹⁰.

É perceptível a formação da classe jurídica nacional, após a criação das faculdades de direito, em 1827, que foi sendo fortalecida após a estabilização, nos anos posteriores, do ensino jurídico em São Paulo e em Olinda. A lei passou a ser valorizada, naquele direito complexo e plural, também em decorrência da afirmação e da centralização estatal, mas sem provocar a alteração daquele paradigma jurídico. Como anota PIMENTA BUENO, em texto de 1857, “as leis não servem senão por sua aplicação religiosa e exacta”, mas como “expressões legítimas, as normas das relações moraes do homem para com a ordem natural, publica, ou particular da sociedade”⁸¹¹. Seriam, portanto, classificadas quanto às origens, em “leis naturais” (“as normas prescriptas pela razão natural esclarecida”) e “leis positivas” (“as normas prescriptas pelo poder

809 Cujas reflexões, decorrentes da pesquisa sobre as ações de liberdade e escravidão, referida no trabalho, foram retiradas do texto por questões regulamentares.

810 *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, p. 19-20, n. 29.

811 PIMENTA BUENO, *op. cit.*, p. 339 e 15.

social legítimo”)⁸¹². É um quadro representativo dos pensamentos daquele momento: a tradicional herança medieval do direito e o pensamento racionalista moderno. Porém, no séc. XIX, o direito brasileiro não testemunhou o triunfo do pensamento hermético e a centralização do direito no Estado, apesar dos esforços nesse sentido.

O direito da escravidão modificou-se a partir da atuação do Estado, como com a lei do ventre livre, que teria provocado a mais profunda alteração naquela sociedade escravocrata. Sem ser possível afirmar aí qualquer linearidade, os sentidos da lei foram sendo transformados, especialmente em decorrência das reformas de centralização política da década de 1840 e alterações com o fim das regências, bem como na antecipação da maioria de d. Pedro II⁸¹³. São mudanças promovidas pela sistemática afirmação da modernidade liberal, “*troppo statualistica*”⁸¹⁴. Seu grande marco inaugural, se assim podemos afirmar, localiza-se entre as décadas de 1840 e 1850. As outras fontes, apesar de não afastadas ainda, passaram a perder importância num novo tipo de interpretação jurídica, sem perder a importância subsidiária, como ocorreu no fim do séc. XIX com o direito romano no Brasil⁸¹⁵.

Mas a formação do direito brasileiro, que mantinha a escravidão legítima, também testemunhou a defesa da abolição, nas lutas por direitos que definiram também os sentidos daquela juridicidade. Oposições claras à escravidão, desde os momentos iniciais de criação do direito brasileiro, realizadas especialmente por rábulas, sendo o mais famoso deles LUIZ GAMA. Pesquisas sobre a luta por direitos em ações judiciais, nos tribunais nacionais, têm comprovado a participação conjunta de escravos(as) e de seus patronos. Como seu deu a partir da lei de proibição do comércio internacional de escravos, de 1831, que, apesar de não importar em cessação daquela atividade mercantil, provocou a formação de um amplo quadro de resistência frente à escravidão. Claro que aliados aos inúmeros movimentos sociais de oposição à escravidão já existentes tradicionalmente, que passaram a ser mais claramente identificados no campo do direito. Como exemplo, a atuação de alguns es-

812 *Ibidem*, p. 16.

813 Cfr. GRINBERG, *op. cit.*, 2002, p. 168 s. e 271 s.

814 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 87.

815 Cfr. João José PINTO JUNIOR, *Curso Elementar de Direito Romano*, Pernambuco, Typographia Economica, 1888, p. 6.

tudantes de direito de São Paulo, com a afirmação de que o desrespeito ao direito natural de liberdade justificaria a morte legítima dos senhores⁸¹⁶, apesar de surgida nos momentos finais da escravidão. O próprio LUIZ GAMA, ao falar sobre os casos de linchamento⁸¹⁷, em carta publicada na *Gazeta do Povo*, em 14 de dezembro de 1880 e em *A Província de São Paulo*, em 18 de dezembro, afirma: “o escravo que mata o senhor, que cumpre uma prescrição inevitável de direito natural”⁸¹⁸. Essa ideia também era defendida por RAUL POMPEIA, sendo que “perante o direito é justificável o crime de homicídio perpetrado pelo escravo, na pessoa de seu senhor” ou, ainda, “quando o escravo assassina o senhor e a lei o condena a natureza o absolve. A natureza é o direito. Quem mente é a lei”⁸¹⁹. Os proprietários de escravos seriam “incapazes de compreender a liberdade”, daí a defesa do “direito de provarem o contrário a golpes de foice...”, como vemos em publicação do dia 19 de agosto de 1882, na revista *Çà ira!*⁸²⁰.

Ao contrário do predomínio do pensamento iluminista, naquele mundo da escravidão, como atesta a abolição em 1888, e apesar das lutas por direitos, predominou o esforço de conservação da escravidão no Brasil pelo maior tempo possível⁸²¹. Mas a participação dos juristas foi importante e deve ser compreendida com outros aspectos envolvidos, como a luta por direitos dos próprios seres humanos escravizados. Assim, a narração dos juristas como heróis ou escolhidos pelo destino para pôr fim à escravidão, muitas vezes simplificadas⁸²² ao extremo da banalidade, além de não corresponder às evidências, em nada auxilia a

816 Cfr. AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, p. 146.

817 Quanto à origem da palavra, cfr. James Elbert CUTLER, *Lynch-Law: An Investigation into the History of Lynching in the United States*, London/Bombay, Longmans, Green, 1905, p. 13-40.

818 Cfr. AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, p. 168.

819 *Ibidem*, p. 171.

820 *Ibidem*, p. 172.

821 Incontornável o quadro de confrontação do movimento abolicionista (“Abolicionismo de elite”) com a sua oposição pela defesa da manutenção da escravidão (“Escravidão de circunstância”), desenvolvido por ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015, p. 23-84.

822 Cfr. Fábio Konder COMPARATO, “Luiz Gama, contempor de nossas falsas elites”, *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 26, n. 75, 2012, p. 355-357.

pesquisa científica do direito. Os sentidos do direito da escravidão podem ser vistos nas ideias de sua conservação ou extinção gradual. Com destaque para as defesas da escravidão, mesmo diante das chamadas pressões externas, como a da Inglaterra, com a substituição da força de trabalho por imigrantes, a partir do grande eixo da propriedade. Essas questões foram exemplarmente tocadas por MACIEL DA COSTA⁸²³, através do estabelecimento de limites, frente ao pensamento liberal, às mudanças no paradigma do direito que deveriam ser admitidas pela sociedade escravocrata.

Dessa forma, foi impedida a realização do projeto iluminista do direito no Brasil, enquanto a escravização de seres humanos seguiu legitimada. O empenho para sua conservação foi maior do que a influência dos discursos de modernização do direito, como vemos nos esforços para a codificação civil no Brasil, especialmente os realizados por TEIXEIRA DE FREITAS. A opção pela modernização do direito da escravidão, não o seu fim, pode ser vista exemplarmente desde o ato de sua contratação — decreto 2.318 de 22 de dezembro de 1858⁸²⁴ —, para “a confecção e organização do Código Civil do Imperio”, conjuntamente com uma lei da escravidão: nos termos do seu art. 2º, deveriam ser “excluídas do Projecto todas as disposições relativas ao estado da escravidão, das quaes apresentará hum projecto de Lei especial”⁸²⁵. Portanto, realizou-se a contratação para a entrega conjunta de dois projetos, o “Código Civil” e a “Lei sobre a escravidão”⁸²⁶. Aceitava-se ali a codificação moderna e a criação da individualidade, mas sem afastar a escravidão. Tal

823 João Severiano MACIEL DA COSTA Queluz, *Memoria sobre a necessidade de abolir a introdução dos escravos africanos no Brasil; sobre o medo e condições com que esta abolição se deve fazer; e sobre os meios de remediar a falta de braços que ela pode ocasionar*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1821.

824 *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1858*, tomo XIX, parte II, p. 156.

825 *Ibidem*, p. 5-7. Com destaque, quanto à possível elaboração do Código Negro no Brasil, para o art. 1º: “o systema do Projecto do Código Civil, será o mesmo da Consolidação das Leis Civis, que foi approvado pelo Governo Imperial, com a modificação indicada na introdução da referida obra, pagina cento e seis”.

826 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1859*, tomo XXII, parte II, p. 6. Apesar dos nossos esforços, não encontramos evidências de que tenha sido ao menos esboçado. Aliás, o campo investigativo atual sobre TEIXEIRA DE FREITAS, lamentavelmente, salvo dignas exceções, nada tem explorado por razões ideológicas, simples desinteresse ou reprodução irrefletida de opiniões anteriores. Cfr. MENDES, *op. cit.*, p. 46.

opção, que hoje vemos ser claramente incompatível com a elevação do paradigma jurídico moderno, apoiava-se no caminho encontrado para a sobrevivência da escravidão, quando não mais legitimada em termos tradicionais, numa espécie de Código Negro⁸²⁷. Algo nada inédito, já que no conhecido direito francês, de onde partiam influências para o direito brasileiro, havia sido realizada a restauração da escravidão por NAPOLEÃO, em 1802⁸²⁸, bem como do *Code Noir*⁸²⁹, até o ano de 1848. Seu grande teórico, HENRI DE SAINT-SIMON, apoiava-se no discurso etnológico de desigualdade das raças para justificar que o princípio da igualdade não abrangeria os negros⁸³⁰.

Portanto, ousamos afirmar que o principal problema enfrentado por TEIXEIRA DE FREITAS estava na escravidão conjugada com a sistematização do direito privado no Brasil. Nos seus principais textos, como em *Consolidação das leis civis* e *Código Civil: Esboço*⁸³¹, além da referida contratação para a produção de um projeto de lei sobre a escravidão, nos mostram claramente que estamos diante de um jurista profundamente preocupado com a manutenção da legitimidade da escravização de seres humanos⁸³². Valeu-se do pensamento fundado na assimilação e na conservação de seu próprio mundo, adaptando a modernização com o direito escravocrata pelas lógicas do *usus modernus pandectarum*⁸³³.

827 José Gomes BEZERRA CÂMARA, *Subsídios para a História do Direito Pátrio: 1822-1889*, Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editôra, 1966, tomo III, p. 133.

828 Cfr. DRESCHER, “From Consensus to Consensus”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 115.

829 Cfr. SALA-MOLINS, *op. cit.*; e *Les Misères des Lumières: Sous la Raison, l’outrage*, Paris, Robert Laffont, 1993. Nossa pesquisa sobre a codificação da escravidão ocidental, por razões regulamentares, foi retirada do trabalho com pesar.

830 Cfr. FREDRICKSON, *op. cit.*, p. 72-74.

831 *Op. cit.*, 1876; *op. cit.*, 1852.

832 Isso afirmado a partir da leitura do corpo integral dos seus textos, não somente de frases e trechos, como não raras vezes temos testemunhado.

833 Como muito bem reconhecido, na base da pesquisa do pensamento de SAVIGNY por referências textuais, por THIAGO REIS, *op. cit.*, p. 181-221. Já os aspectos da “vanguarda” de TEIXEIRA DE FREITAS podem ser consultados, para ficarmos apenas em alguns exemplos de uma lista muito mais extensa, em SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do império, vida e obra*, 2 ed. rev. e atual., Brasília, Cegraf, 1983; João Baptista VILLELA, “Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 23, n. 89, 1986, p. 323-338. Nesse texto, a referência de TEIXEIRA DE FREITAS à necessi-

Não alcançada a edificação da figura dos sujeitos de direitos, fundada no paradigma da igualdade, com a conclusão do projeto de código civil, também não se realizou a lei da escravidão. Permaneceu, assim, a sua legitimidade assentada nos quadros mentais do Antigo Regime, em razão do esforço de conservação através da segurança jurídica oferecida problematicamente por aquele mundo da pluralidade das fontes do direito, sem deixar de refletir o movimento da modernização do direito, de GRÓCIO ao *Code Civil* de 1804, especialmente a criação do sujeito de direitos através da individualidade. Assim, o direito da escravidão brasileira, especialmente por não atingida a codificação civil, não precisou ser inserido numa lei especial ou mesmo num código negro, permanecendo com sua juridicidade tradicional até 1888.

2. Seres humanos escravizados: natureza jurídica

No período do séc. XVI ao XIX, foram embarcadas para os portos onde hoje é o Brasil 3.542.522 pessoas escravizadas, tendo chegado com vida aproximadamente 3.188.996⁸³⁴. Do início do encontro entre

dade de criação de um Código Negro, pasmem!, vem reconhecida como “polissemia sutil e ferina, com a qual, ao mesmo tempo em que indicava a matéria, profligava e golpeava a escravatura, contribuindo, assim, para abreviar sua vigência”, p. 329). Cfr. BEZERRA CÂMARA, *op. cit.*, p. 129 s; Arnold WALD, “A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 163, 2004, p. 249-260.

834 Números consultados na principal fonte do comércio moderno de escravos: *The Transatlantic Slave Trade Database*. Encontram-se aí informações variadas, tais como, número de viagens, itinerários, embarque e destino, nomes dos navios etc. Cfr. site «www.slavevoyages.com», que segue constantemente atualizado em decorrência da contribuição coletiva de investigadores(as) de diversas regiões do mundo. Para a confrontação, com destacadas referências bibliográficas, em que o número de escravizados teria sido de 4 milhões de pessoas, cfr. MAMIGONIAN, “A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009a, p. 213. Cfr. Bernard Gainot; Marcel DORIGNY, *Atlas des Esclavages: Traités, sociétés coloniales, abolitions de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Éditions Autrement, 2006. Num trabalho mais recente, encontramos o número 4,8 milhões de seres humanos escravizados, cfr. LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO, “África, números do tráfico atlântico”, in

os povos europeus e americanos até a Independência, teriam sido importados 2.525.193, e daí até a data aproximada do fim do comércio internacional de escravos, em 1850, mais 1.064.676 pessoas. Mesmo após essa data, que teria marcado o fim daquela atividade comercial⁸³⁵, foram realizados ainda mais dezenove desembarques, nos anos de 1851 e 1852, e apenas um em 1856⁸³⁶, totalizando 9.798 pessoas⁸³⁷. Por aí vemos a dimensão atingida pelo fenômeno da escravidão moderna no país. Em termos comparativos, de acordo com o censo realizado no Brasil, em 1872, sua população seria de 9.930.478 pessoas, destas, 1.510.806 escravizadas, divididas pelo critério de “raças”: brancas, pardas, pretas e caboclas⁸³⁸.

A palavra “escravo”, como atualmente a utilizamos – no sentido da escravidão moderna –, vem das escravizações ocorridas na região costeira da atual Croácia, entre os séculos X e XIII. Originou-se da palavra “*slavos*”, de *slavus*, como eram denominadas as pessoas nesse processo de escravização⁸³⁹. Por isso, diversos idiomas compartilham a mesma origem: “*esclavo*” (espanhol), “*slave*” (inglês), “*sklave*” (alemão), “*schia-vo*” (italiano), “*esclave*” (francês) e “*sclav*” (romeno). Chamou-nos aten-

FLÁVIO GOMES; Lília Moritz SCHWARCZ (orgs.), *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 60.

835 Cfr. Leslie BETHELL, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade: Britain, Brazil and the Slave Trade Question (1807-1869)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 296 s.

836 Data reconhecida como do fim do comércio internacional de escravos, cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. VI. Podem ser consultadas algumas estatísticas desse comércio na p. 56 s.

837 Há quem considere como sendo o último desembarque, em 1857, o da embarcação “Serinhaem”, cfr. Carlos Arthur BUSCH e VARELLA, *Conferencia sobre a lei de 7 de novembro de 1831 realizada no dia 9 de março de 1884 a convite do Club Abolicionista Sete de Novembro*, Rio de Janeiro, Typographia Central de Evaristo Rodrigues da Costa, 1884, p. 19.

838 Cfr. *Recenseamento do Brasil em 1872*, p. 3, tabela s/n. As quatro categorias de pessoas representam a crença na lógica da “purificação”, com a seguinte fórmula: “Grupo de cor = membros da raça pura + fenótipos da raça em reversão”, cfr. Antonio Sérgio ALFREDO GUIMARÃES, *Racismo e Antirracismo no Brasil*, 3 ed., São Paulo, Editora 34, 2009, p. 102.

839 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 91; BLACKBURN, *op. cit.*, p. 54 s.

ção que tais variações, derivadas da palavra “*slavo*”⁸⁴⁰, conseguiram até mesmo afastar a expressão latina “*servus*” (“*servi*”)⁸⁴¹, predominante na escravidão antiga e medieval, bem como utilizada mais usualmente no direito romano. Para LUÍS DE MOLINA, seria uma derivação “a partir do verbo *servuare* [conservar]”, pois “os imperadores conservavam os que capturavam na guerra”⁸⁴². Claro que seria importante acompanhar nossa temática a partir dessas mudanças linguísticas, sob a perspectiva do aprofundamento conceitual, mas, infelizmente, tal caminho ultrapassa as possibilidades do campo de pesquisa proposto. Com reconhecida limitação, não deixamos de pesquisar a natureza dinâmica da escravização de seres humanos, em relação às respectivas juridicidades. Fenômeno de preponderante violência, mas relacionado com relações humanas marcadas por sutilezas, estratégias e construção de legitimações próprias do comportamento social. Essa riqueza é impossível de ser minimamente acessada pelo olhar positivista.

Procuramos identificar a complexidade da juridicidade da escravidão, sem cair nas ainda comuns reproduções irrefletidas e confusões para explicar tal fenômeno, como as tradicionais e precárias diferenciações entre seres humanos. Ressaltamos que a noção da igualdade em termos liberais, no séc. XIX e no início do século seguinte, mas especialmente naquela sociedade escravocrata brasileira, não importava na correspondência entre os seres humanos, ao menos no sentido afirmado na Declaração Universal de 1948. Por exemplo, os escravos foram considerados como “entes nullos, e negativos em quanto á força moral”, em comparação com “á casta dos brancos”, ao contrário, “onde existe a força moral e fysica”⁸⁴³, em afirmação feita no início do séc. XIX, ainda em bases naturais. De tal tradição não escapou, já no fim daquele século, agora com vestes do sociologismo cientificista, *v. g.*, TOBIAS BARRETO. Ele afirmava não seguir “o exemplo dos negros escravos, incapazes de reagir

840 Cfr. DAVIS, *op. cit.*, p. 256-257.

841 Cfr. Fernanda CARRILHO, *Dicionário de latim jurídico*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 398-399. Para a profundidade do percurso do *servus* no direito romano, cfr. António dos SANTOS JUSTO, “A situação jurídica dos escravos em Roma”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LIX, 1983, p. 129-180.

842 *Tratado da Justiça e do Direito: Debates sobre a Justiça, o Poder, a Escravidão e a Guerra*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, Disputa 32º, p. 310.

843 José Antonio de MIRANDA, *Memoria Constitucional e Política sobre o Estado presente de Portugal, e do Brasil*, Rio de Janeiro, Typographia Regia, 1821, p. 59.

até contra os *bichos*, que lhes atacam os pés, não tem personalidade. É um povo rebanho, no verdadeiro sentido evangelico, duplamente rebanho, em relação á igreja e em relação ao Estado”⁸⁴⁴. Esse é um quadro muito característico de uma mentalidade racial que passou a dominar o pensamento brasileiro.

Portanto, é impossível o reconhecimento das complexas naturezas jurídicas ali envolvidas desde as categorizações próprias do posterior legal-normativismo. Herdeiro do nominalismo moderno, considerava de maneira limitada as pessoas como “realmente” coisas por afirmada assim a sua natureza jurídica, em que a classificação do escravo como um bem semovente funcionaria como ferramenta explicativa de comportamentos humanos absolutamente complexos. Tal afirmação, como sabemos, não se adequa nem à juridicidade do direito da escravidão, pois, ao mesmo tempo em que considerado como semovente, não estava inteiramente sujeito à essa natureza jurídica, mas numa situação peculiar⁸⁴⁵.

Da mesma forma, como exemplo das simplificações pueris da modernidade, passou a predominar a ideia de que o escravo seria identificado por andar descalço. Trata-se de uma adaptação da herança do mundo medieval, que criou a possibilidade de reconhecimento das categorias sociais pela vestimenta⁸⁴⁶. Também em relação à Portugal, indica-se que andar descalço “caracterizava a sua condição social”⁸⁴⁷. Contudo, em pesquisas mais profundas, com as de SIDNEY CHALHOUB, quanto ao Brasil, “a presença dos sapatos não podia ser tomada como indicação segura de que uma pessoa era livre ou liberta”, pois “nem sempre era possível saber pela aparência a condição social de uma pessoa”, sendo “pouco provável descobrir a condição de um negro olhando para o que trazia ou deixava de trazer nos pés”⁸⁴⁸. PERDIGÃO MALHEIRO

844 *Obras completas: estudos de direito*, 2 ed., Aracaju, Edição do Estado de Sergipe, 1926, v. I, p. 299.

845 *Op. cit.*, 1911a, p. 31.

846 Cfr. LE GOFF, *op. cit.*, p. 59.

847 PIMENTEL, *op. cit.*, p. 124.

848 *Op. cit.*, 2011, p. 267-268. Cfr. Mauricio LISSOVSKY; Paulo CESAR DE AZEVEDO (org.), *Escravos Brasileiros do século XIX na fotografia de Christiano Jr.*, São Paulo, Ex Libris, 1988.

indica a dificuldade de saber se eram escravos aqueles “tão bem vestigos e calçados, que, ao vê-los, ninguém dirá que o são”⁸⁴⁹.

Por isso, estamos diante de problemas profundos para refletir a natureza jurídica dos seres humanos escravizados no Brasil, já que não houve uma corrente nova ou autônoma no pensamento jurídico brasileiro quanto à escravidão, simplesmente por não ter sido assumido tal problema em termos autônomos diante de outras questões jurídicas e sociais. Não foi feita a construção teórica de fundo para refletir a escravidão, com fundamentos próprios e bem desenvolvidos, tendo predominado a juridicidade complexa e plural diante das influências da modernização do direito. PERDIGÃO MALHEIRO afirmava, por exemplo, a centralidade do texto das Ordenações Filipinas (“são ainda o nosso Código Civil”), que serviria de estruturação para a construção dos discursos jurídicos, nos quais acrescentava, sem qualquer sistematização moderna específica, numa espécie de bartolismo: decisões judiciais, diplomas legislativos nacionais e estrangeiros, direito romano (*usus modernus pandectarum*), código civil francês, direitos costumeiros entre outras fontes; aliadas às citações aos juristas portugueses, como MELO FREIRE, CORRÊA TELLES e COELHO DA ROCHA, bem como brasileiros, com especial destaque para TEIXEIRA DE FREITAS⁸⁵⁰. Utiliza o *Digesto* de JUSTINIANO em vários pontos da obra, apesar de muitas vezes somente indicar ULPIANO e GAIO, no tema das alforrias e dos libertos⁸⁵¹.

Contudo, apesar dessas dificuldades, podemos afirmar que a natureza jurídica do ser humano escravizado não permite condicionar as

849 *Op. cit.*, 1867b, p. 114.

850 *Op. cit.*, 1867b, *Appendice*, p. 127 s. Opinião reiterada do discurso no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, *op. cit.*, 1863, p. 133.

851 *Ibidem*, *Appendice*, p. 98 s. No *Digesto*, o tema encontra-se organizado no Livro XL (tít. I, “*de manumissionibus*”; tít. II, “*de manumissis vindicta*”; tít. III, “*de manumissionibus, quae servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*”; tít. IV, “*de manumissis testamentis*”; tít. V, “*de fideicommissariis libertatibus*”; tít. VI, “*de ademptione libertatis*”; tít. VII, “*de statuliberis*”; tít. VIII, “*qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*”; tít. IX, “*qui et a quibus manumissi liberi non fiunt, et ad legem aeliam sentiam*”; tít. X, “*de iure aureorum annulorum*”; tít. XI, “*de natalibus restituendis*”; tít. XII, “*de liberali causa*”; tít. XIII, “*quibus ad libertatem proclamare non licet*”; tít. XIV, “*si ingenuus esse dicitur*”; tít. XV, “*ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur*” e tít. XVI, “*de collusione detegenda*”). Cfr. DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, edição bilíngue, Barcelona, Editor Jaime Molinas, 1897, parte I, tomo III, p. 208-299.

suas complexas posições sociais somente a partir daí. A classificação jurídica, como nos parece óbvio, não demarcava integralmente as atuações sociais das pessoas que sofreram aquelas consequências, como nos deixam evidentes as lutas por direitos dos escravizados. Sem essa mínima preocupação, ficaríamos sujeitos à lógica inspirada nas próprias justificações da escravidão como explicação para tal fenômeno⁸⁵². Dessa forma, aceitar a natureza jurídica dos escravos, enquanto semoventes, como início e fim da compreensão da juridicidade que envolvia a vida de pessoas escravizadas, parece invocar as aspirações mais profundas de uma explicação positiva do mundo, herdeira do nominalismo⁸⁵³, da religiosidade científica de um FRANCIS BACON⁸⁵⁴, extremados com HOBBS, ao sujeitar os sentidos do direito e do justo à uma manifestação de vontade⁸⁵⁵, enquanto soberana ou pura consequência subjetivista. No fundo, aquele conhecido mundo criado e moldado por quem observa, da pureza artificial das relações entre sujeito e objeto.

A “coisificação” dos seres humanos escravizados pode facilmente ser afastada apenas com a mobilização do problema que identificaríamos hoje como responsabilização criminal. Originada no direito romano, passando pelas várias transformações no *ius commune*, inclusive com a construção de figuras específicas, como a do “*servus fugitivus*”⁸⁵⁶, que não escaparam do direito brasileiro da escravidão: a questão da responsabilidade de um ser humano agente, mas considerado juridicamente como escravo. O enfrentamento da questão levava em consideração o fato de estar-se diante de uma pessoa, mesmo escrava. Ressaltamos que a “coisificação explicativa” no estudo da escravidão pode decorrer do ingênuo e simples desconhecimento, inerente à própria vida humana e revelado em qualquer esforço de pesquisa, sempre escusável, ou das

852 Cfr. MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 69.

853 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, p. 181 s.; MICHEL VILLEY, “La Génèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Archives de Philosophie du Droit: le droit subjectif en question*, Paris, Sirey, n. 9, 1964, p. 97-127; Daniel GUTMANN, “Michel Villey, le nominalisme et le volontarisme”, *Droits: revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, Paris, PUF, n. 29, 1999, p. 89-104.

854 Cfr. POPPER, *op. cit.*, p. 82 s.

855 *Op. cit.*, p. 162 s.

856 HELMHOLZ, “The Law of Slavery and the European *Ius Commune*”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 47 s. Instituto presente na *Digesta*, XXI, I, 17, §§ 1º ao 20º, cfr. DEL CORRAL, *op. cit.*, 1998b, p. 41-43.

intencionais posições racistas, que merecem sempre dos(as) juristas a vigilância, a denúncia e a rejeição.

Assim, se os(as) escravizados possuíam a natureza jurídica de semoventes, de “*cousa, propriedade*”⁸⁵⁷, sendo importante considerarmos tal condição, não podemos mais admitir, numa perspectiva crítica e investigativa, considerar as pessoas enquanto tais. Algo plenamente evidente para os juristas daquela época, como destaca TEIXEIRA DE FREITAS: “posto que os escravos, como artigos de propriedade, devão ser considerados *cousas*, não se equiparão em tudo aos outros semoventes, e muito menos ao objectos inanimados, e por isso têm legislação peculiar”⁸⁵⁸. Portanto, fundar as reflexões jurídicas na natureza de coisas importa em insensibilização ausente dos próprios juristas que lidaram com a escravidão. Apesar de vivenciarem o fenômeno moderno da transformação do ser humano “em mercadoria”⁸⁵⁹, não conheceram a ilusão de a pessoa transmutar-se em coisa inerte naquela sociedade, como comprovam as estratégias de violência contra os escravos⁸⁶⁰.

Tal mercantilização influenciou a definição da natureza jurídica dos escravos, sendo os problemas econômicos decisivos para os juristas, especialmente em razão da propriedade escrava. Não era somente privada, como nos aponta a categoria dos escravos públicos, conhecidos como “da Nação” ou “do Fisco”⁸⁶¹. Sobre eles, por exemplo, dispunha o aviso 16, de 13 de fevereiro de 1850, que “os bens deixados pelos escravos do Fisco que falecem, pertencem á Nação como senhora dos mesmos, e não a seus parentes”⁸⁶². Posição alterada pelo direito de herança dos filhos dos escravos, prevista na lei do ventre livre, em seu art. 4º, § 1º: “por morte do escravo, metade do seu peculio pertencerá ao conjuge sobrevi-

857 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 170.

858 *Op. cit.*, 1911a, p. 36, art. 42, nota 1. Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866, p. 72, nota 307.

859 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 2.

860 Quanto ao mito da “escravidão brasileira doce”, nos parece essencial a leitura, pelo(a) jurista crítico(a), do clássico texto de Suely Robles Reis de QUEIROZ, “Brandura da escravidão brasileira: mito ou realidade?”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, v. 52, n. 103, 1975, p. 443-482.

861 Nossa pesquisa sobre tal temática foi retirada do texto final, pelos motivos já reiteradamente aventados.

862 *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil de 1850*, p. 15-16.

vente, se o houver, e a outra metade se transmitirá aos seus herdeiros, na forma da lei civil”⁸⁶³. Por isso, TEIXEIRA DE FREITAS inicialmente afirmava que os escravos não poderiam herdar *ab intestato*, cuja vedação teria sido afastada⁸⁶⁴.

Diante de tamanha complexidade, ao menos podemos afirmar que a definição da natureza jurídica dos escravos fundava-se na juridicidade tradicional, não ainda na lei enquanto fonte exclusiva, apesar de ela ter assumido importância ao lado da mudança na interpretação jurídica, no sentido da modernidade. Assim, a inserção naquela juridicidade de paradigmas jurídicos ali ausentes, como notamos, por exemplo, na afirmação de SIDNEY CHALHOUB, de “a escravização ilegal de crianças negras pobres parecia naturalizada, parte da paisagem social”⁸⁶⁵, deve nos manter atentos. Não havia, nem mesmo formalmente, sólida diferenciação quanto à natureza jurídica entre libertos e escravos nem identificação social clara entre libertos e livres. Desde a época da América Portuguesa, grande parte da população era formada por libertos, em alguns períodos chegando à sua maioria, mas sendo impossível de afirmar a direta correlação entre cor e condição escrava naquele contexto⁸⁶⁶. Suas definições eram muito tênues, dinâmicas e envolviam complexidades jurídicas ainda pouco pesquisadas no Brasil. Infelizmente, sem termos condições de aspirar minimamente à abrangência da quase infundável problemática daquelas situações jurídicas.

A natureza jurídica era construída a partir da identificação da posição social de cada ser humano, dentro daquela juridicidade complexa. PERDIGÃO MALHEIRO, ao falar da emancipação do menor de idade, que passava a ser considerado capaz, a compreendia como semelhante às situações dos libertos⁸⁶⁷. Mas reconhecia as restrições baseadas no “preconceito mais geral contra a raça Africana”, relacionadas com a “vida política e pública”, pois não podia ser eleitor nem ocupar cargos de “deputado geral ou provincial, senador, – jurado, – juiz de paz, – subdelegado, delegado de policia, – promotor publico, – Conselheiro de

863 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1855*, tomo XXXI, parte I, p. 149.

864 *Op. cit.*, 1876, p. 585-587.

865 *Op. cit.*, 2012, p. 266.

866 SILVIA LARA, *op. cit.*, p. 131 s.

867 *Op. cit.*, 1866, p. 207.

Estado, Ministro, Magistrado, membro do Corpo Diplomático, Bispo, e outros semelhantes”⁸⁶⁸. Para PIMENTA BUENO, o direito de voto, previsto no inc. V do art. 92 da Constituição Imperial era restringido para as “Assembléas Parochiaes”, a partir da exigência da “renda líquida anual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos”, mas, ao seu ver, visava “em ultimo resultado a excluir sómente os criados de servir, ou mendigos e vadios; instituo, como dissemos, o voto quasi universal”⁸⁶⁹. Apesar da exigência constitucional da renda anual, reconhecia que era de fácil cumprimento: “no Brazil quasi que é preciso ser mendigo para não possuir tal rendimento, ou pelo menos ser um homem perfeitamente vadio e inutil”⁸⁷⁰.

O liberto, assim, podia votar, ser vereador e ocupar alguns cargos públicos, mas não podia votar em algumas eleições, nos termos do art. 94 da Constituição Imperial, para eleger “Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia”. Por isso, o mesmo PIMENTA BUENO afirmava que a condição geral exigida para o eleitorado era que não fosse liberto⁸⁷¹. Quanto ao escravo, podia ser testemunha na condição de informante, inclusive contra o seu proprietário, podendo solicitar a garantia do “termo de segurança”, assim como qualquer cidadão, em seu nome, poderia solicitar *habeas corpus* para beneficiá-lo⁸⁷². Como vemos com esses exemplos, entre o escravo e o livre havia muitas variações da natureza jurídica ocupadas pela figura do liberto, mas que não chegava, em todas as situações, a valer-se da mesma natureza jurídica de uma pessoa livre.

868 *Ibidem*, p. 208. Nas notas de rodapé 851 a 858, dessa obra referida, encontra-se a legislação correspondente aos exemplos. Por exemplo, a atribuição do Juiz de Paz no combate aos quilombos, na forma da lei de 15 de outubro de 1827, art. 5º, § 6º: “fazer destruir os quilombos, e providenciar a que se não formem”, cfr. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*, parte I, p. 68.

869 PIMENTA BUENO, *op. cit.*, p. 194.

870 *Ibidem*, p. 194.

871 *Op. cit.*, p. 196.

872 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 89. Em sentido contrário, para quem o escravo não podia ser testemunha, em nenhuma hipótese, “por falta de liberdade”, cfr. FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Editores Pinto e Waldemar, 1857, p. 95.

Assim, no direito brasileiro da sociedade escravocrata, construído a partir da segurança jurídica, não do ser humano, não foram desenvolvidas estruturas de aspiração à uniformização jurídica, na forma da criação do sujeito de direitos. As relações intersubjetivas, assim, quanto às noções de liberdade e igualdade, foram sendo pensadas a partir das diferenciações de um sistema plural, de acordo com a natureza, ocupação, nascimento, profissão etc. das pessoas, a evidenciar o chamado mundo dos *status*. Sobre ele, a classificação de MANUEL BORGES CARNEIRO nos oferece a dimensão da complexidade e das diferenciações admitidas por um sistema desse tipo: “I Naturalidade, (*nacionaes, estrangeiros*): II Qualidade ou condição (*livres, escravos, nobres, peães*): III Estado (*ecclesiaticos, seculares*; aqueles *Clerigos, Religiosos*; estes *solteiros, casados, viuvos*): IV Sanguinidade (*pais, filhos, e parentes*): V Sexo (*homem e mulher*): VI Idade (*maior, menor*): VII por varios accidentes (*sc., dementes, prodigos, ausentes, captivos, miseraveis, infames, indignos*)”⁸⁷³. Tal quadro parece muito importante para pensarmos o contexto brasileiro das diferenças entre as naturezas jurídicas das pessoas que ali viveram.

Portanto, é insuficiente a dicotomia entre pessoa e coisa, bem como a divisão simples entre escravos, libertos e livres, para a definição da natureza jurídica dos seres humanos escravizados. Dentro dos espaços sociais e de poder, mantidos pelo direito complexo, havia direitos em conformidade com a ideia da juridicidade plural, reconhecidos pelo pensamento orgânico não formalista, diante de fontes jurídicas diversas, escritas ou costumeiras. Um quadro amplíssimo que, nas lógicas posteriores de um limitante racionalismo moderno de rompimento com o passado e com a construção da normatividade a partir dela mesma⁸⁷⁴, nos legou o escamoteamento desses fenômenos. Herdamos muito mais a projeção da juridicidade no plano do discurso do direito estadualista do que a pesquisa crítica de construção do direito brasileiro afirmado a partir daquele mundo plural. Somos ainda dominados, portanto, por buscas simplistas e lineares por “raízes” no mundo do direito europeu e norte-americano para a construção da imagética do direito brasileiro. Em especial, nas quais a escravidão, por impedir a afirmação da modernização do direito, foi sendo retirada das reflexões críticas da construção do paradigma do direito brasileiro.

873 *Op. cit.*, p. 70.

874 Cfr. HABERMAS, *op. cit.*, 1988, p. 16.

3. Mundo dos *status* e classificações jurídicas

A igualdade jurídica entre as pessoas pode ser considerada um fenômeno moderno. Surge com o novo paradigma, e a juridicidade passa a se projetar para a sociedade, reduzindo a importância dos direitos criados socialmente, em que os seres humanos, de forma a ter igual acesso ao menos às principais relações jurídicas, foram considerados na base de equivalências formais frutos da “construção de um direito racional e universal”⁸⁷⁵. Tal mudança, no Brasil, ocorreu após a codificação civil de 1916⁸⁷⁶, resultante do esforço de alteração de mentalidades. Até esse momento, o direito brasileiro permaneceu plural e identificado com o “mundo dos *status*”, por manter-se assentado nos estados das pessoas, como vemos nas Ordenações e no tipo de interpretação jurídica em que justamente as diferenças⁸⁷⁷, e não a igualdade, apontavam direitos e deveres.

O direito complexo, herdeiro da América portuguesa, permaneceu assim até o início do séc. XX no Brasil, apesar das reestruturações promovidas pela atividade jurídica estatal brasileira. Assim, os escravos também foram identificados a partir de diferenças construídas socialmente, reconhecidas pelo direito e através de uma juridicidade específica: a reflexão jurídica acompanhava a vida social. Tal juridicidade,

875 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 443.

876 Nos termos do art. 1.806, foi imposto o prazo de 1 ano de *vacatio legis*.

877 Cfr., *v. g.*, “Judeu nom podia teer mancebo Christão, para com elle vivere o servir continuadamente” (Ord. Afon., l. VI, tít. LI); “nom seja alguuma pessoa tam ousada, de qualuer estado e condiçom que seja, que Mouro ou Moura cativo tever, que o forre nem livre, se nom per preço de dinheiro” (Ord. Afon., l. VI, tít. CXII); “todos os Judeus, e Mouros forros, que em Nossos Reynos ouver, se saiam fôra delles, sob pena de morte natural, e perder as fazendas, para quem os acusar” (Ord. Man., l. II, tít. XLI); “se algum Christão leigo, que antes fosse Judeu, ou Mouro, quer nascesse Christão se tornar Judeu, ou Mouro, ou outra seita, e assi lhe fôr provado, Nós tomaremos conhecimento delle e lhe daremos a pena segundo Direito” (Ord. Fil., l. IV, tít. I, 4); “os que forão captivos de Mouros, e sahirão do captiveiro sem licença, resgatados por diligencia sua, possão levar a esmola, que se costuma dar aos Captivos”, Alvará de 24 de julho de 1713, item 28; Decreto 426, de 24 de julho de 1845, “Contém o Regulamento ácerca das Missões de catechese, e civilização dos Indios”; Aviso de 5 de janeiro de 1854, “Providencia ácerca do engajamento de Indios para o serviço de particulares”.

ao contrário do direito moderno, não se projetava como plena nem era simples de ser identificada, e importava, pelo nosso olhar atual, pela extrema dificuldade em se decidir qual era o melhor direito na perspectiva da época. Era uma complexidade tão profunda, na qual as próprias fontes jurídicas correspondiam às diferenciações sociais de forma muito particular, de modo que MÁRIO REIS MARQUES chega a reconhecer ali, com bastante felicidade, uma “multiplicidade quase microbiótica” desse tipo de juridicidade, bem como “uma sinceridade desconhecida do direito contemporâneo”⁸⁷⁸.

Portanto, a compreensão daquela juridicidade, mesmo quanto aos escravizados, na base crítica da desigualdade de tratamento, pelo direito, demonstra a inserção de perspectivas analíticas desconhecidas da época. Afirmar que os escravizados foram considerados pelos sistemas jurídicos na base dessas diferenças e construir criticamente a problemática da igualdade jurídica, formada por um paradigma jurídico posterior, aponta, no mínimo, para a ausência de aprofundamento das diferentes juridicidades ali presentes. De forma muito honesta para a nossa atualidade, tal direito orgânico reconhecia a cor e as demais características físicas como fundamentais para a definição da condição da pessoa naquela sociedade escravocrata, inclusive desde o nascimento⁸⁷⁹.

A complexidade do direito do Antigo Regime dominava a sociedade escravocrata. Algumas fontes nos mostram tal dimensão com muita clareza, como as Ordenações ou o próprio *Corpus iuris civilis*, em que não se faziam muitas distinções entre os escravos (“*in servorum conditione nulla est differentiae*”), mas sim quanto aos livres, classificados como ingênuos (“*ingenui*”) e libertos (“*libertini*”) (*Institutiones*, I, III)⁸⁸⁰. Os primeiros nasciam livres, sendo decisiva a condição da mãe, ex-escrava, mesmo que temporariamente, já que se tocada com o direito de liberdade, entre a concepção e o parto, seu fruto seria considerado

878 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2011, p. 21-22; *op. cit.*, 2003, p. 450 s.

879 Incontornável o exemplo da diferença de tratamento pelo Estado das pessoas identificadas como “Expostos de côr”: seres humanos abandonados em instituições específicas, apesar de não referidas expressamente com a condição escrava, mas que ficavam sob a “curatela” do juizado do Orfãos, “afim de poderem algum dia ser uteis ao Estado”, como previa a Provisão da Mesa do Desembargo do Paço de 22 de fevereiro de 1823, cfr. *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, p. 17 s.

880 DEL CORRAL, *op. cit.*, 1998a, p. 8.

ingênuo (“*quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est*”) (*Institutiones*, I, IV)⁸⁸¹. Os libertos seriam os que obtiveram a manumissão, também diante de uma escravidão justa (“*libertini sunt, qui ex iusta servitute manumissi sunt*”) (*Institutiones*, I, V), sendo justificada pelo direito das gentes, não propriamente pelo direito natural, quando atingiam a liberdade com o afastamento do direito que as havia tornado escravas⁸⁸².

Tais diferenciações, confrontadas especialmente pelo discurso racionalizador do movimento iluminista, não chegaram a ser afastadas enquanto a escravidão era admitida no Brasil, apesar de terem sido fundamentais, especialmente nas décadas finais do séc. XIX, para apoiar os movimentos abolicionistas⁸⁸³. Outros tantos exemplos aparecem por toda parte em obras do período. Ressaltamos, contudo, a melhor edição brasileira comentada das Ordenações Filipinas, que CANDIDO MENDES DE ALMEIDA publicou com o sugestivo título *Codigo Philippino*⁸⁸⁴. Curiosamente, nota-se aí o lamento pela ausência do código civil como garantia da modernização do direito: “a palavra *Codigo* implica um idea de aditamento, de progresso dos Povos; acreditamos que he a ordem que succede á confusão, a civilização á barbaria”⁸⁸⁵.

Tal direito exige o reconhecimento da desigualdade entre as pessoas para ser pensado, sem afastar as categorias, em sua pluralidade, que a sociedade abrigava. Dessa forma, a pesquisa das classificações jurídicas nos pareceu muito importante. Contudo, com a advertência de que representam uma herança terrível, sendo ofensivas em nosso presente⁸⁸⁶, portanto, não somente é problemática a sua utilização fora de pesquisas críticas, bem como criminalizado como “injúria racial”⁸⁸⁷.

881 *Loc. cit.*

882 *Ibidem*, p. 8-9.

883 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015.

884 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 25.

885 *Op. cit.*, p. V.

886 Cfr. ABDIAS DO NASCIMENTO, *Brazil Mixture or Massacre?: Essays in the Genocide of a Black People*, 2 ed., Dover, The Maority Press, 1989, p. 212 s.

887 Cfr. CP, art. 140: *Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: § 3º. Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.*

Mas que, por oferecerem caminhos de compreensão daquela juridicidade complexa, tiveram que ser aqui referidas.

Sob o manto de tal advertência, podemos referir que a mais importante distinção definidora da sociedade escravocrata era entre pessoa livre e pessoa escrava⁸⁸⁸: “as questões mais frequentes, entre nós, são as que se referem ao *estado de livre* ou *escravo*”⁸⁸⁹. PERDIGÃO MALHEIRO destaca não propriamente a divisa entre livres e escravos, como conceitos estanques, mas o “estado de”, que marca a característica daquela juridicidade incompatível com a rigidez categorial do direito moderno. O mundo do direito, caracterizado por estados das pessoas, projetava-se a partir da sociedade pelos costumes reconhecidos como fontes do Antigo Regime, sendo preservados pela tradição jurídica. Portanto, não havia a distinção, como pensa-se majoritariamente hoje, a partir do desejo de imposição da lógica subsuntiva inerente ao sistema fechado de regras criado pelo específico de direito estatal.

No direito da escravidão, não havia divisões e campos específicos para o direito, nem mesmo sua diferenciação entre objeto e pensamento jurídico, ou seja, a compartimentação da lógica moderna e do racionalismo de fundamento amplo, apesar das fontes reconhecidamente jurídicas, como era o caso do direito romano no Brasil. Contudo, a juridicidade do Antigo Regime foi sendo alterada significativamente por novos pensamentos, tais como a lei da boa razão, o iluminismo e o positivismo, para ficarmos em algumas generalizações descompromissadas. De qualquer forma, com outras reflexões e sutilezas, foram definidas as situações jurídicas, particularmente na medida das classificações sociais que distinguiam profundamente as pessoas.

Sem haver distinções rígidas, quanto à personalidade jurídica, a partir de um perfil diferenciador claro, do tipo afirmado no Brasil do séc. XX, a sociedade escravocrata manteve em sua juridicidade três categorias principais de pessoas ou estados: livres, libertas e escravas. Livres eram aquelas que nunca haviam sido escravizadas, nascidas de

888 Para aprofundar a complexidade da formação das classificações sociais, no amplo contexto das Américas portuguesa e espanhola, cfr. Eduardo França PAIVA, *Dar nome ao novo: uma história lexical da Ibero-América entre os séculos XVI e XVIII (as dinâmicas de mestiçagens e o mundo do trabalho)*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2015.

889 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866, p. 60.

mãe livre. Escravas eram as escravizadas, nascidas de mãe livre ou não. Libertas eram as ex-escravas, nascidas de mãe livre ou não. Mas, constituíram situações unidirecionais: alcançado o *status*, não se dava a estabilização jurídica categórica, mas definições mais ou menos precárias, que podiam ser alteradas indefinidamente⁸⁹⁰. Não somente a ideia do princípio da igualdade não existia aqui, como as distinções não se estabilizavam a ponto de permitir uma “aplicação”⁸⁹¹ rígida das juridicidades da época.

Assim, mais do que simples identificações dentro de um debate jurídico, as classificações não rígidas definiam a própria natureza dos seres humanos, num ambiente de insegurança jurídica muito elevada, mesmo para aquela juridicidade do Antigo Regime. Não havia a proteção jurídica baseada simplesmente na ideia de pessoa humana, sendo os escravizados reconhecidos a partir de relações jurídicas e contextos sociais. Uma mesma pessoa podia ser considerada como “escravo fugido” pelo Poder Judiciário e “libertando” por seus advogados⁸⁹², numa tensão pela busca de um *status* melhor, por não se reconhecer a proteção a partir da condição de ser humano. Por isso, a luta por direitos foi sendo traduzida pela busca por contextos mais favoráveis, que poderiam significar a escravização ou não. No fundo, a afirmação de direitos num processo importava muitas vezes na luta entre a vida e a morte de um ser humano. Mais uma vez, recuperamos a ideia de que os sentidos entre escravidão e liberdade, na prática jurídica da sociedade escravocrata brasileira, eram absolutamente tênues e complexos. Não havia sequer um critério reitor e estável para a diferenciação entre os seres humanos. Portanto, era mais do que problemática a transferência do paradigma legal-normativista para tal contexto social. Trata-se de crasso anacronismo que impede a reflexão da formação jurídica no Brasil.

Dessa forma, a classificação das representações da sociedade escravocrata brasileira, quanto às pessoas escravizadas, para nós foi admitida com o sentido de generalização de alguns importantes conceitos

890 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012; e FRAGA, *op. cit.*, cap. 3.

891 Retiramos nossa pesquisa da temática do ingresso do método da *applicatio* no Brasil, a partir das influências da *École de L'Exégèse*. Contudo, é importante reconhecer que o direito da escravidão não chegou a ser dominado pelas lógicas dessa escola.

892 AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, p. 129.

(“*Begriffe*”), em sua própria historicidade (“*sprachliche Geschichte*”), como condição mínima (“*Minimalbedingung*”) para a compreensão daquele fenômeno jurídico⁸⁹³. Portanto, serviu-nos para perceber as principais diferenciações e agrupamentos de sentidos, mesmo conscientes quanto à limitação do trabalho na busca por maiores especificações quanto ao tempo e ao espaço no campo do direito.

O fato de as pessoas libertas não possuírem os mesmos direitos que as livres nos pareceu evidente, nada se alterando com o Brasil independente. A Constituição Imperial de 1824 reconhecia a cidadania às pessoas libertas (art. 6), mas restringia a participação delas como eleitores (art. 94, II) em situações determinadas. Apesar de apelarmos para um sentido positivo daquele texto constitucional, que certamente ele não possuía, era importante não cairmos no mito da equiparação acrítica das pessoas libertas com as livres⁸⁹⁴.

A definição do liberto vinha da tradição do direito romano, definido como *statuliber*. Mas, no direito brasileiro, não chegaram a ser distinguidos em suas subclasses romanas: “*cives romani*”, “*latini* ou *latini-juniani*” e “*dedititii* ou *deditiorum numero*”⁸⁹⁵. A situação jurídica dos libertos foi sendo pensada de acordo com o *usus modernus pandectarum*, numa adaptação das fontes tradicionais da juridicidade, com o filtro da racionalidade vinda da boa razão. Por isso, foi sofrendo uma decisiva regulação estatal, determinando-se que o liberto não deveria sofrer pena de açoite, que seria restrita aos escravos (“*ao escravo enquanto escravo*”), passando também pela pena determinada judicialmente, limitada ao máximo de 50 por dia⁸⁹⁶, após ouvido o proprietário⁸⁹⁷.

É interessante a problemática muito comum do liberto cuja liberdade sujeitava-se a prazo ou condição (“o *statuliber* é liberto, embora condicional, e não mais rigorosamente escravo”): apesar de permanecer a obrigação de “servir na forma ajustada”⁸⁹⁸, o direito não poderia ser

893 KOSELLECK, *op. cit.*, 2006, p. 9.

894 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2006, p. 77 s.

895 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866, p. 96.

896 Contudo, uma pena mais do que suficiente para provocar a morte de um ser humano.

897 *Ibidem*, p. 12-13.

898 *Ibidem*, p. 167 e 170.

confundido com o seu exercício⁸⁹⁹. Para PERDIGÃO MALHEIRO, “a própria expressão *statuliber* não se encontra em lei alguma nossa, antiga ou moderna; apenas a Ord. Liv. 4º. tit. 63 falla em alforria condicional”, mas integrava o direito nacional, devendo ser aceito e reconhecido como liberto, mesmo que sujeito à condição, não podendo ser considerado mais como escravo. A seu ver, deveria ser tratado de forma assemelhada aos menores, não mais sujeitos às penas exclusivas dos escravos e responsáveis pessoalmente por danos⁹⁰⁰.

Portanto, claramente, não se identificavam os direitos da pessoa liberta com a da pessoa livre. Quanto às pessoas escravizadas, também havia muitas diferenciações para determinar a sua condição de propriedade. As mais importantes decorriam do nascimento ou do *jus soli*. Daí a preocupação de CORRÊA TELLES, pensado o contexto português, ao afirmar que “toda a pessoa nascida nas províncias de Portugal, Algarve, Ilhas dos Açores, Madeira e Porto Santo é de condição livre, qualquer que seja a sua côr, ainda que seus pais fossem escravos”; os escravos da África e da Ásia desembarcados em Portugal ou nas províncias destacadas “conseguem a liberdade natural, e os Juizes das Alfandegas lhes devem *ex officio* dar Carta de Liberdade, logo que os navios derem entrada”, com exceção dos que chegavam como marinheiros ou “*moços*”⁹⁰¹, que eram os ajudantes gerais das embarcações. Para esse jurista, os demais escravos das colônias africanas ou a elas adjacentes, bem como nas Ilhas do Cabo Verde, deveriam ser “provisoriamente conservados”, apesar de reconhecer “absurda a venda, que alguém fizesse da sua propria liberdade, e nulla a que fizesse das pessoas de seus filhos, porque a condição livre é inapreciavel, e não póde ser objeto de commercio”⁹⁰². Por essa razão, ao tratar da codificação civil, defendia que os escravos eram bens fora do comércio, “cousas que não se podem vender”; verificada “a liberdade das pessoas de condição livre”, seria nula a compra e venda⁹⁰³.

899 *Ibidem*, p. 166.

900 *Ibidem*, p. 157, 167-168.

901 José Homem CORRÊA TELLES, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Família Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835b, tomo II, p. 219, §§ 1284-1286.

902 *Idem*, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Família Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835a, tomo I, p. 221, § 1302.

903 *Idem*, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Fa-*

Tal problemática pode ser vista na polêmica surgida da concessão de liberdade condicional às mulheres escravas que, nessa qualidade, tivessem filhos. Questão fundamental para o direito da escravidão brasileira, debatida profundamente no Instituto dos Advogados Brasileiros, nos moldes das famosas disputas quanto ao direito natural. Discutiu-se aí a condição de livres ou escravos dos nascituros, especialmente nos casos de revogação do direito de liberdade por alegada ingratidão de suas mães. TEIXEIRA DE FREITAS⁹⁰⁴, inicialmente, defendia a condição de escravos das pessoas nascidas nessas condições. Ao contrário, PERDIGÃO MALHEIRO⁹⁰⁵ afirmava que seriam livres⁹⁰⁶. Seguiu afirmando que não seria escrava a pessoa filha de quem foi dado em usufruto, porque seria reprovado pelo direito romano, não podendo o ser humano ter a natureza de fruto⁹⁰⁷. Em torno dessa questão, LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, então professor da Faculdade de Direito do Recife, denominava as pessoas livres, mas com condição, como “*libertos imperfeitos*”, para diferenciar daqueles com liberdade incondicionada, “*libertos perfeitos*”⁹⁰⁸. Essa classificação, a seu ver, resolveria definitivamente a questão da revogação da alforria.

Outras distinções foram utilizadas para as categorizações do direito da escravidão brasileira, muitas delas baseadas na origem e nas características físicas dos seres humanos, que acabavam por definir a

mília Portuguesa, para servir de subsidio ao Novo Código Civil, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, tomo III, p. 38, §§ 210-211.

904 *Op. cit.*, 1911a, p. 298 s., comentários ao art. 419 s.

905 *Op. cit.*, 1866, p. 197 s.

906 Tema que pode ser investigado, *v. g.*, a partir dos seguintes textos: INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, “DIREITO CIVIL – Questões de liberdade – Se escravos libertos em testamento com obrigação de servir tiverem filhos enquanto durar este onus, elles são livres. Não são obrigados a prestar serviços como suas mães. Taes serviços são intransferíveis”, *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno I, tomo I, n. 1, jan./fev./mar., 1862, p. 27 s; LENINE NEQUETE, *O escravo na jurisprudência brasileira: magistratura e ideologia no 2º reinado*, Porto Alegre, TJRS, 1988; PENA, *op. cit.*, 1996, p. 33-75.

907 *Op. cit.*, 1867b, p. 130.

908 LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, 4 ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1871, tomo I, p. 42.

“opaca” linha entre a liberdade e o cativo⁹⁰⁹. Apesar disso, conforme SIDNEY CHALHOU, havia a presunção de que “todo preto – o africano em particular, mas não só ele – [era] um escravo até prova em contrário”, conhecida como pressuposto “queiroziano”, em referência ao entendimento de EUSÉBIO DE QUEIRÓZ, que servia como “instrumental na consolidação do direito senhorial costumeiro de escravizar”, ao impor “o ônus de prova de liberdade ao negro”⁹¹⁰. A presunção do negro como escravo teria prevalecido até ao menos a lei do ventre livre, do início da década de 1870, quando se passou a exigir a matrícula para a comprovação do direito de propriedade⁹¹¹. No mesmo sentido, a cor, o sexo e as origens das pessoas teriam sido utilizadas para apontar a “preferência para a alforria”⁹¹².

Muito além das diferenciações entre livres, libertos e escravos, o direito da escravidão lidou com grandes variações daquela juridicidade característica do Antigo Regime. Fiquemos apenas com alguns exemplos. Uma obra portuguesa do início do séc. XVIII definia a palavra “crioulo” como o “escravo nascido na casa de seu senhor”⁹¹³. Na cultura do açúcar, eram assim chamados os escravos que nasciam “na propriedade do senhor”. Possuía o sentido de “não africanos”⁹¹⁴, a identificação dos “negros da terra”⁹¹⁵, ou ainda dos nascidos na América⁹¹⁶. Tal expressão, no Brasil, significava particularmente negros escravos que nasciam naquele território⁹¹⁷, com o sentido diferente de “crioulo”

909 Cfr. CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 62 s.

910 CHALHOU, *op. cit.*, 2012, p. 104-108.

911 *Ibidem*, p. 232. Nos termos do art. 8º, cfr. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 151.

912 CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 62 s.

913 Raphael BLUTEAU, *Vocabulário Portuguez, e Latino*, Coimbra, Real Collegio das Artes da Companhia de Jesus, 1713, p. 225; Edison CARNEIRO, *Ladinos e crioulos: estudos sobre o Negro no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964.

914 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 71-72.

915 AZEVEDO, *op. cit.*, 1999, p. 67.

916 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 172.

917 Cfr. GRINBERG; BORGES; SALLES, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009a, p. 247. No mesmo sentido, cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 47, nota 18.

em quase todo o restante da América, que significava qualquer pessoa nascida naquela localidade.

“Ingênuas” era chamada a pessoa que nascia de ventre livre⁹¹⁸ de ex-escravizadas, as libertas⁹¹⁹. “Boçal”, o africano que tinha chegado recentemente e que não ainda sabia falar com fluência a língua portuguesa⁹²⁰: “não falantes de línguas românicas ou cristãs”⁹²¹. “Ladina”, a pessoa africana que sabia falar “bem” a língua portuguesa⁹²², o termo identificava a pessoa africana “que já falava português e era afeito aos costumes do Brasil”, mas também podia significar escravos fugidos (“fula”), por oposição ao africano recém-chegado, dito ‘boçal’⁹²³. Em razão dessa distinção, *v. g.*, a exportação de escravos ladinos estava sujeita ao pagamento de “meia siza”, nos termos do decreto de 4 de fevereiro de 1823⁹²⁴, com a finalidade de dissuadir tal negociação.

A palavra “Guiné” remetia à origem africana dos escravos, sentido mantido nas obras jurídicas do séc. XIX⁹²⁵. No séc. XVI, os “indígenas eram chamados de ‘gentios da terra’ ou de ‘negros’, e africanos de ‘negros de Guiné’ e de ‘negros da terra’ – a denominação ‘negro’ correspondendo à designação genérica de escravo”⁹²⁶. Também foram chamados de “brugres”, que “não quer dizer mais que carregador ou

918 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 177.

919 JOSELI Nunes MENDONÇA, *Cenas da Abolição: Escravos e Senhores no Parlamento e na Justiça*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2007, p. 43. PERDIGÃO MALHEIRO indica situações jurídicas próprias da condição de ingênuos, mesmo se nascidos de escravas, que ficavam sob uma espécie de tutela, em *op. cit.*, 1867b, p. 243, nota 682. Quanto à discussão da aprovação da lei do ventre livre, da utilização dos termos “liberto” ou “ingênuo”, cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2006, p. 79 s.

920 Cfr. ELCIENE AZEVEDO, “Para além dos tribunais: advogados e escravos no movimento abolicionista em São Paulo”, in SILVIA LARA *et al.*, *op. cit.*, p. 231, nota 16.

921 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 81.

922 Lília Moritz SCHWARCZ, *Retrato em preto e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX*, São Paulo, Companhia das Letras, 2008, p. 161.

923 Cfr. CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 98, nota 10. Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 70.

924 *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, parte II, p. 18.

925 Cfr. ALMEIDA, *op. cit.*, p. 799, nota 3.

926 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 66. Quanto ao tema indígena, cfr. JOHN Manuel MONTEIRO, *Negros da terra: Índios e bandeirantes nas origens de São Paulo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.

portador de carga, de *Bohu-rêa*; pelo que ficaram-se assim chamando os Índios escravos”⁹²⁷. Os companheiros de viagem nos navios negreiros se chamavam de “malungos”⁹²⁸.

MANUELA CARNEIRO DA CUNHA, através do critério de distinção por cor, origem e natureza jurídica, reconheceu as seguintes distinções: negro ou pardo; africano ou crioulo (quem nasceu Brasil); escravo, forro (liberto) e ingênuo (nascimento como livre em razão da lei de 1831)⁹²⁹. A distinção de cor da pele teria sido decisiva para as classificações desde a cultura do açúcar: “mestiças (provenientes de uniões entre escravos e seus senhores); cabras (termo que quase sempre se referia à mistura do índio com o negro); morenas (palavra que vem de ‘mouro’ mas guarda o significado ‘de cor escura’), ou pardas: a cor parda ainda hoje consta no censo brasileiro, e mais parece um ‘nenhuma das anteriores’, um grande *et cetera* ou um coringa da classificação”⁹³⁰.

A palavra “pardo” teria a mesma origem que “pardal”⁹³¹, com origem árabe e significado de “escurecer”, também “cor entre branco, e preto, propria do pardal, dode parece lhe veyo o nome”, como sinônimo da palavra “mulato”⁹³². “Mulato” teria sentido assemelhado à de mula, “animal gèrado de dous outros de diferentes especie”, traduzindo um sentido de mistura, cujas referências iniciais teriam sido legadas pelos povos do Norte africano⁹³³. Além dessas, havia diferenciações em razão da origem das pessoas escravizadas, tais como cabinda (África Ociden-

927 VARNHAGEN, *op. cit.*, p. 18.

928 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 84.

929 *Op. cit.*, p. 38.

930 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 71.

931 FRANCISCO BETHENCOURT *apud* SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 71. Cfr., FRANCISCO BETHENCOURT, *Racisms: from the Crusades to the Twentieth Century*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

932 BLUTEAU, *op. cit.*, 1720, p. 264-265.

933 *Idem*, *op. cit.*, Coimbra, 1721, p. 628. Aí encontra-se uma passagem de CAMÕES: “la gente dessas partes es de color ni blanca, ni negra, que em Portugal llamamos pardo, o amulatado, porque se llaman mulatos los hijos de negro, y blanco; a los quales de essa mescla de padres queda esse color dudoso, o neutral entre los dos”. Para as diferenças entre “pardo” e “mulato” na América Portuguesa, cfr. SILVIA LARA, *op. cit.*, p. 136 s.

tal) e mina (África Oriental, por terem vindo da região do “castelo São Jorge de Mina, hoje no Gana”)⁹³⁴.

Tal quadro de distinções aponta para as dificuldades de pesquisa sobre o direito daquela sociedade escravocrata. Agravado, no séc. XIX, quando as pessoas passaram a ser categorizadas também pelas lentes modernas de afirmadas “razões científicas”, que promoveram as construções dos racismos. Tais tensões e diferenciações devem ser consideradas para o reconhecimento da juridicidade do nosso Antigo Regime, bem como da construção do direito moderno.

A distinção entre escravos urbanos e rurais também tinha ali significado especial. É um ponto que merece advertência, para não se dar a projeção de sentidos dos nossos dias, do marco fundado em termos geográficos. Naquele momento, a diferença entre escravos urbanos e rurais condicionava-se pela proximidade com o mundo dos livres, dos seus espaços naquela sociedade. Portanto, os escravos urbanos eram aqueles que viviam mais perto da vida cotidiana das pessoas livres, seja em suas casas, nas ruas ou em atividades profissionais ligadas diretamente aos(as) proprietários(as). Os rurais eram normalmente aqueles que trabalhavam no campo e nas lavouras, com menos contato com as pessoas livres, morando em senzalas, que eram habitações coletivas dos escravos⁹³⁵. Em pesquisa sobre o fim do séc. XIX, foram reconhecidas grandes diferenças entre os escravos urbanos e rurais a partir de anúncios de fugas publicados em jornais⁹³⁶. Desde um maior conhecimento das características pessoais dos escravos urbanos, muitos deles descritos como inteligentes e alfabetizados, até a quase ausência das próprias características pessoais dos escravos rurais, descritos como mais brutos, violentos e ignorantes⁹³⁷. Mais ainda, no período final da escravidão, teria ocorrido grande variação entre as palavras que identificavam os(as) escravizados(as): “Preto” seria “o escravo comumente representado, violento, porém de alguma maneira dependente ou vinculado à sua

934 CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 38, nota 3.

935 A clássica divisão entre o mundo dos livres e dos escravos, apesar de superada por pesquisas mais recentes, que foi importante para o despertar da investigação da escravidão no Brasil, encontra-se no texto de GILBERTO FREYRE, *Casa-Grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Maia & Schmidt Ltda., 1934.

936 Cfr. SCHWARCZ, *op. cit.*, 2008, p. 134 s.

937 *Ibidem*, p. 141 s.

condição” e identificado como “o escravo, homem de cor ou liberto”; “Negro” passava a ser definido como “aquele que acima de tudo perdeu sua ‘humildade’”; que passou a aparecer “quando se trata de notícias de insurreições ou quilombos”⁹³⁸. Após o fim da escravidão, teria sido aprofundada a “metamorfose do africano em negro” no Brasil⁹³⁹.

Também havia os chamados “escravos do evento”, que seriam aqueles sujeitos à arrecadação pelo Estado, em decorrência de abandono ou quando considerados “vagos”, pela ausência de proprietários, por serem “velhos, enfermos, incapazes de serviço”⁹⁴⁰. PERDIGÃO MALHEIRO afirma que, na condição de Procurador dos Feitos da Fazenda, teria solicitado muitas vezes a remissão deles para serem entregues à autoridade policial, “para lhes dar destino”⁹⁴¹.

Outro tipo de escravo vivia no centro da corte ou em outras aglomerações sociais mais amplas, sendo conhecido como “de ganho”. Realizava diversas atividades com autonomia em relação aos seus proprietários, sendo muito característico da sociedade da corte no Rio de Janeiro⁹⁴². Eram também denominados de jornaleiros, em razão do direito que possuíam de perceber porcentagem dos serviços realizados, conhecido como “jornal”⁹⁴³. Para SEABRA os serviços dessa natureza seriam regidos pela “*operagem*”: o contrato sobre prestação de serviços em troca de “uma certa retribuição em generos ou dinheiro”, que abrangia “a *domesticidade*, o *jornal*, a *empreitada*”⁹⁴⁴. Desse tipo, destacamos as chamadas “amas de leite”, que eram escravas responsáveis por variados

938 *Ibidem*, p. 195.

939 OCTAVIO IANNI, *op. cit.*, 1978, p. 56.

940 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 234.

941 *Op. cit.*, 1867b, p. 234, nota 658.

942 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 105.

943 A complexidade social do mundo da escravidão brasileira pode ser consultada na obra monumental de MACHADO DE ASSIS. Cfr. JOHN GLEDSON, *Machado de Assis: ficção e história*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986; ROBERTO SCHWARZ, *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*, 3 ed., São Paulo, Duas Cidades, 1998; Sidney CHALHOUB, *Machado de Assis, historiador*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003. Em sentido um pouco diverso, do escravo “coisificado”, LUPÉRCIO ANTÔNIO PEREIRA, “A escravidão e o trabalho livre em Machado de Assis”, *Diálogos*, Maringá, DHI-UEM, v. 14, n. 3, 2010, p. 491-516.

944 *Op. cit.*, 1850, p. 199-200.

serviços domésticos⁹⁴⁵, além da atividade de amamentação de crianças, a que a expressão faz referência. Sua figura foi muito utilizada para contar uma alegada história da pacificidade do movimento abolicionista e da “construção da imagem romântica da condição escrava no país”⁹⁴⁶.

Tais aspectos, aqui tocados, exigem grande esforço de pesquisa, ainda não realizado no Brasil, para compreensão das classificações jurídicas daquele direito. Ficamos, assim, com as noções e os sentidos daquela juridicidade da sociedade escravocrata, a partir dos exemplos da riqueza das classificações que estiveram no horizonte amplo das possibilidades de pensamento dos juristas daquela época, para refletir o direito plural.

4. Fundamentos jurídicos da escravidão

A escravidão permaneceu, no direito brasileiro em formação, predominantemente legitimada pelo pensamento jurídico natural religioso, no sentido aristotélico tomista⁹⁴⁷. Foi sendo transformada pelas influências do *usus modernus pandectarum*, sem ter havido uma mudança de paradigmas daquele jusnaturalismo para o racionalista. Tal quadro permitiu a justificação da escravidão mesmo diante das influências do pensamento moderno, sem a necessidade de criação de leis específicas para legitimar a escravização de seres humanos. Fundava-se na força da tradição do pensamento jurídico, na qual a escravidão permanecia perfeitamente aceita e acomodada à juridicidade, apesar de questionada com a elevação do valor da segurança jurídica pelo direito moderno. Seu pano de fundo manteve-se em bases naturalísticas que sustentaram o

945 Cfr. Lorena Féres da SILVA TELLES, *Libertas entre sobrados: contratos de trabalho doméstico em São Paulo na derrocada da escravidão*, Mestrado em História Social, São Paulo, FFLCH-USP, 2011.

946 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, foto n. 80, “comentários”. Os discursos de formatura das Faculdades de Direito, no Brasil, mantiveram o costume de agradecer-las expressamente até o início do séc. XX.

947 Cfr. Peter GARNSEY, *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 107-127, 206-236.

direito da escravidão até o seu fim, apesar de modernizadas no sentido da reinterpretação das fontes jurídicas tradicionais.

O momento inaugural desse choque da tradição com a modernidade, no direito brasileiro em formação, pode ser visto em JOSÉ BONIFÁCIO. Ele oferece a crítica do comércio internacional de escravos, após enumerar as principais justificativas existentes para a sua manutenção, bem como da própria escravidão no Brasil do início do séc. XIX: “acto de caridade trazer escravos d’Africa”, sem o qual “ficarião privados da luz do Evangelho”; benefício pela mudança “de hum clima e paiz ardente e horrivel para outro doce, fertil e ameno”, e a justificativa da “guerra” como mal maior, a morte, do que a escravidão⁹⁴⁸, além de mobilizar o argumento da escravidão como necessidade⁹⁴⁹. Trata-se da chamada ideologia da escravidão cristã, fundada nas tradições seculares do resgate e da guerra justa, que ofereceram a legitimação da escravidão herdada pelo Brasil.

Contudo, tais fundamentos não eram mais plenamente aceitos no séc. XIX. Para AVELLAR BROTERO, a escravidão fundada na ideia de guerra justa não devia ser aceita no plano do “Direito Natural absoluto”, já que se havia o direito de matar o agressor em um conflito, que seria o mais, então o menos seria a retenção perpétua da liberdade do adversário; porém, tão logo encerrada a guerra, o inimigo retornava à sua condição natural de “homem”⁹⁵⁰. Portanto, para esse jurista, a legitimidade da escravidão não envolvia mais o plano do direito natural absoluto, mas sim do hipotético⁹⁵¹, em que deveria ser fundamentada adequadamente. Realiza, assim, o esforço de busca por uma nova legitimidade⁹⁵² da escravidão moderna, relacionada ao aprisionamento de seres humanos do continente africano e dos povos americanos.

Formou-se, assim, uma dicotomia muito clara nos debates sobre a escravidão entre a atividade comercial internacional de compra e venda de seres humanos e a escravidão em si. Na formação do di-

948 *Op. cit.*, p. 10.

949 *Ibidem*, p. 14.

950 *Op. cit.*, p. 243.

951 *Ibidem*, p. 215.

952 Optamos por seu sentido amplo, para não utilizar legalidade, que poderia dar a impressão equivocada de estarmos diante de um paradigma de direito aqui ausente.

reito brasileiro, a grande preocupação recaía inicialmente no comércio internacional, que permaneceu ativo até o início da década de 1850, ressaltando que o comércio interno e as demais formas de legitimação de escravidão só foram afastados definitivamente após a abolição. Todos esses problemas foram perspectivados na afirmação do Estado brasileiro, sendo construídos diferentes caminhos para a manutenção da escravidão legítima⁹⁵³.

A escravização legítima, inicialmente, fundava-se na legitimidade da guerra justa, utilizada para o contexto africano e indígenas, que eram considerados “maus”: aqueles que resistiam ao aprisionamento, bem como na ideia do resgate, para aqueles aprisionados ou que foram sendo transferidos para os agrupamentos coloniais. O instituto da guerra justa, utilizado “desde o direito romano”, foi considerado “título justo para escravizar os vencidos”, mas “no Ultramar, a guerra justificava-se ainda por alargar a fé e o reino”⁹⁵⁴. Porém, na América Portuguesa e no Brasil em formação, tal justificativa foi problemática para fundamentar a escravização especialmente dos africanos, porque não eram aprisionados em guerra justa, mas comprados ou trocados por mercadorias. Tal argumento foi mais utilizado para justificar a escravidão dos indígenas do que dos africanos que foram trazidos ao Brasil, constituindo um importante instrumento de legitimação da escravidão brasileira⁹⁵⁵.

Para AZEREDO COUTINHO, a “contraposição entre a ideologia da unidade do género humano (temperada pela ideologia da civilidade-rusticidade) e a da guerra (de cruzada, ou de conquista) explica a tensão, muito evidente no Brasil durante toda a época colonial, entre a legislação do reino que proibia a escravização dos nativos e as pretensões escravagistas e de extermínio normais entre os colonos (‘bandeirantes’, guer-

953 Sentidos muitas vezes precariamente simplificados, em afirmações do tipo: “a única fonte legitimadora da escravidão era a origem, ser oriundo da raça negra”, cfr. MIGUEL REALE JÚNIOR, “O escravo como não sujeito de direitos”, *Revista da Faculdade de Direito*, Porto, Universidade do Porto, ano VIII, 2011, p. 182. Cfr., do mesmo autor, artigo publicado em Judith MARTINS-COSTA; Laura Beck VARELA (orgs.), *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

954 HESPAÑA, *op. cit.*, 2015, p. 291-292. Cfr. o seu texto *História militar de Portugal*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 2004b.

955 Cfr. AZEREDO COUTINHO, *op. cit.*, 1808b, p. 10 s.

ras ‘dos bárbaros’)”⁹⁵⁶. Claro, estamos diante de um diagnóstico para o contexto americano a partir de fins do séc. XVIII. PONTES DE MIRANDA afirma que a escravidão está fundada quase que integralmente na tese do domínio do vencido pelo vencedor, “que a prefere a matá-lo”, sendo equivocado considerar a guerra como seu principal fundamento, cujas origens eram claramente econômicas, “no sentido largo”⁹⁵⁷.

No séc. XIX, PERDIGÃO MALHEIRO considerava a justificativa da guerra justa como um abuso, além de não abranger toda a problemática da escravidão brasileira, como a escravização da mulher e dos descendentes “perpetuamente”⁹⁵⁸. Criticava, portanto, a herança da Segunda Escolástica, que teria construído os grandes quadros jurídicos da colonização fundada na escravidão. A guerra justa foi muito utilizada na juridicidade herdada pela escravidão brasileira, até mesmo na época pombalina. Assentava, nessa perspectiva, em sentido histórico-jurídico, o poder dos reis em Portugal⁹⁵⁹ sobre os escravos, como um dos mais importantes argumentos na discussão entre os poderes políticos do Estado e da Igreja. Discutia-se aí o fundamento da escravidão, se vinculado à finalidade da conversão religiosa, com prévia justificação da escravidão⁹⁶⁰, ou sujeito ao poder real.

A própria Companhia de Jesus, numa adaptação ao pensamento tomasiano, sob a influência de FRANCISCO DE VITÓRIA, como afirma LUÍS DE MOLINA, considerava a escravidão como problema fulcral para a reflexão jurídica, sendo justificada, por exemplo, a escravização de pessoas em guerra justa, inclusive dos seus filhos, que seguiam tal condição⁹⁶¹. Para evitarmos desde já mal-entendidos, esse importante autor assim manifestava-se diante dos quadros mentais de sua época, em que a escravização de seres humanos era fundamental para refletir sua sociedade. Impunha-se ao seu pensamento a reflexão quanto à legitimação da escravidão, diante de situações complexas, especialmente entre a es-

956 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 292.

957 *Op. cit.*, 1979, p. 440.

958 *Op. cit.*, 1867b, p. 130.

959 Cfr. SILVA DIAS, *op. cit.*, p. 58 s.

960 Cfr. MAMIGONIAN, “A proibição do tráfico atlântico e a manutenção da escravidão”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009a, p. 210.

961 *Op. cit.*, Disputa 120º, p. 505.

cravidão e a guerra, numa época de expansão europeia, sendo bastante destacada em sua famosa obra *De justitia et jure*⁹⁶².

Os fundamentos jurídicos da escravidão brasileira fundamentavam-se nas tradicionais legitimações dos quadros aristotélicos e tomistas, a partir dos quais, muitas vezes de forma tênue, em vista da preocupação econômica, foi sendo construída a ideia de direito subjetivo. Seguiu-se a trilha do jusnaturalismo racionalista⁹⁶³, desde GRÓCIO, passando por HOBBS, PUFENDORF, LOCKE, ESPINOSA, LEIBNIZ, WOLFF e KANT. O pensamento religioso foi sendo substituído por filosofias pagãs⁹⁶⁴. Contudo, apesar da juridicidade moderna fundar-se particularmente no eixo do sujeito de direitos e na construção dos direitos fundamentais, prevaleceu por muito tempo a proteção à propriedade burguesa, mesmo diante da escravidão.

No Brasil, a legitimação da escravidão foi herdada do mundo do direito plural. Mas, no séc. XIX, passou a convergir para a dimensão do direito de propriedade. Justamente aí, mesmo sem perder completamente o sentido das construções tradicionais, foram desenvolvidos os argumentos para mantê-la inalterada ou questioná-la, com os movimentos abolicionistas. A guerra justa e o resgate não deixaram de ser importantes para o direito brasileiro, mas foram sendo perspectivados de maneira diversa, servindo como anteparo tradicional e histórico para a resistência às mudanças do direito de propriedade escrava. Passou a ser mais importante a compra e a venda para a garantia da legitimidade inicial da escravidão e a segurança para as negociações posteriores. A escravidão cristã brasileira seguia a tradição do hilemorfismo, em que a alma não era objeto de escravidão, apenas o corpo: “este é o que só se cativa, este o que só se compra e vende”⁹⁶⁵.

Os confrontos entre o Antigo Regime e o direito moderno tornaram as reflexões sobre a legitimidade da escravidão no Brasil mais ex-

962 Cfr. António Manuel HESPANHA, “Luís de Molina e a escravização dos negros”, *Análise Social*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, v. XXXV, n. 157, 2001, p. 937-960.

963 Cfr. PAUL HAZARD, *op. cit.*, p. 148.

964 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 408-409.

965 Pe. ANTÓNIO VIEIRA, *Obras Escolhidas*, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1954, v. XI, sermões II, p. 26-27.

plícitas. Passou-se a demandar mais esforço argumentativo para a sua preservação, diante de quadros jurídicos fundados na individualidade do ser humano livre, mesmo que inicialmente no plano formal. A cultura jurídica da escravidão brasileira tradicional teve que ser repensada para se adequar às novas exigências de seu tempo, diante do desejo majoritário de conservação do paradigma da escravidão. Isso fez com que a ideia, mesmo com a escravidão fundada na noção de resgate, resistisse diante do direito moderno, sendo ainda aceita muitas vezes como “um mal menor” na formação do direito brasileiro: “a servidão é um progresso sobre o sacrifício humano”⁹⁶⁶.

Por isso, foi sendo mais utilizada para a escravidão indígena, não tanto para a dos africanos, que chegavam a partir do aprisionamento direto ou da compra, do transporte e da venda após o desembarque. PERDIGÃO MALHEIRO reconhecia a ideia do resgate como “um verdadeiro embuste, um grosseiro e infame sophisma”⁹⁶⁷. Mas JOACHIM LE BRETON via nas primeiras escravizações, que foram realizadas na África, o fundamento do “resgate” dos bárbaros que, com a escravidão, eram batizados e levados para outros lugares que lhes beneficiaria, por serem “tratados com humanidade e o seu estado, comparativamente aos últimos tempos, podia-se reputar feliz”⁹⁶⁸.

O resgate e a guerra justa foram fundamentos importantes na expansão territorial sobre as terras indígenas ou no comércio internacional de escravos africanos. Contudo, na formação do direito brasileiro, deu-se a transformação da escravidão indígena em outras políticas de destruição desses agrupamentos humanos⁹⁶⁹, bem como da africa-

966 OLIVEIRA LIMA, *op. cit.*, 1997, p. 98. Prevaecem aqui, algo que pode ser encontrado não raramente até nossos dias, as chamadas ideias assimilacionistas ou, vulgarmente, “aculturações”.

967 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 17. Cfr. Eduardo SCHNOOR; HEBE Maria MATTOS de Castro (orgs.), *Resgate: uma janela para o Oitocentos*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1995.

968 *Breves reflexões acerca do estado actual do trafico da escravatura, em relação ao progresso da civilização europea*, Rio de Janeiro, Typographia de J. F. de Sampaio, 18??, p. 9. Jurista francês que participou da Revolução Francesa, da elaboração da Constituição de 1791 e que viveu no Brasil. Nossa pesquisa sobre esse importante jurista foi retirada do texto final.

969 Cfr. JOHN MONTEIRO, *op. cit.*

na com o fim do comércio internacional de escravos⁹⁷⁰. As legitimações clássicas da escravidão passaram a não ser mais utilizadas em sentido originário de escravização, sendo acomodadas enquanto fundamentos tradicionais do direito de propriedade escrava. Nesse contexto, apesar de ter sido utilizado secularmente por aquela sociedade escravocrata, ganhou grande importância o fundamento da legitimação da escravidão fundado no princípio do *partus sequitur ventrem*, por garantir, com essa abertura, a continuidade da escravidão *ad infinitum*. Essa ideia ganhou muita força após o encerramento da principal via da escravidão brasileira, o comércio internacional, a partir de 1850.

A natureza jurídica da pessoa humana escravizada, em sentido tradicional do nascimento como causa da escravidão, herdada do direito romano, tornou-se um instituto jurídico especialmente valorizado no séc. XIX. Ressalta-se que, *v. g.*, CONDORCET o reconhecia no século anterior como “*une application ridicule de la loi romaine, Partus ventrem sequitur*”, defendendo o “axioma” que acreditava ser mais justo: “*Partus colorem sequitur*”, apesar de reconhecer os “inconvenientes” que tal ideia teria sobre a mãe⁹⁷¹. No Brasil, seguindo o pensamento iluminista, o padre JOÃO RIBEIRO, na trilha de CONDORCET⁹⁷², entendia tal instituto como justificativa suficiente para a passagem da natureza da escravidão: do ventre da mãe para a sua filiação. Assim, quem fosse filho(a) da escrava adquiria a condição escrava, “pouco importando que o pai seja livre ou escravo”, como anota PERDIGÃO MALHEIRO⁹⁷³.

O instituto da justificação da escravidão pelo nascimento, já há muito conhecido na escravidão americana, assumiu especial dinâmica na formação do direito brasileiro. MANUEL BORGES CARNEIRO o reconhecia como principal fundamento da escravidão: “é escravo de alguém aquele que nasceu de escrava sua, segundo o axioma *o parto segue o ven-*

970 Quanto à complexidade do comércio de escravizados indígenas e africanos, cfr. LUIZ FELIPE DE ALENCASTRO, *O Trato dos Videntes: formação do Brasil no Atlântico Sul*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000, p. 188.

971 Jean-Antoine-Nicolas de Caritat CONDORCET, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, Neuchâtel, Société Typographique, 1781, p. 42-43.

972 Gláucio VEIGA, *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Editora Universitária, 1980, v. I, p. 178.

973 *Op. cit.*, 1866, p. 41.

tre”⁹⁷⁴. Se a mãe fosse considerada livre entre o momento da concepção e o parto, impunha tal condição à filiação⁹⁷⁵. A tradição presente na construção do direito brasileiro, desde ao menos o padre BREMEU, valia-se do sentido da passagem do *status* pelo parto para justificar a escravidão: “todo o que nasce de mãe escrava, he escravo; posto que o Pay seja livre, ou nasça de coito matrimonial, e licito; ou de coito ilícito”⁹⁷⁶. Para PERDIGÃO MALHEIRO, a ligação com a mãe seria a principal justificativa para a manutenção da escravidão brasileira⁹⁷⁷. Assim, argumentava que deveria ser atacada para impedir a propagação da escravidão⁹⁷⁸, cujo fim deveria ocorrer em data que não se atrevia a indicar porque só poderia ser resolvida pelos legisladores.

O *partus sequitur ventrem* garantiu a continuidade da escravidão brasileira, mantendo-a legítima diante da elevação do direito moderno. Dava-se ao acontecimento natural do nascimento da pessoa consequências jurídicas decorrentes do seu *status*, a permitir *ab ovo usque ad mala*, a justificação da escravização por toda a vida. PERDIGÃO MALHEIRO reconhece que esse princípio garantia a “*perpetuidade e hereditariedade* da escravidão”, justificando a escravidão negra e indígena, quando esta era ainda admitida⁹⁷⁹. Esteve na base, portanto, da escravização dos “Índios e seus descendentes, Africanos e seus descentes, e todos os cruzamentos destes entre si, e com o branco”⁹⁸⁰. Foi o principal instituto jurídico da escravidão, após o fim do comércio internacional, sendo reconhecida como “fonte mais certa, imediata e quasi única de trabalhadores que por então podião haver”⁹⁸¹.

PERDIGÃO MALHEIRO não concordava com o *partus sequitur ventrem*, por ser ficção contrária aos direitos naturais⁹⁸², já que buscava

974 *Op. cit.*, p. 96.

975 *Ibidem*, p. 96-97.

976 *Op. cit.*, trat. I, tít. IV, § 2º, p. 6. Este texto destaca o casamento como um direito dos escravos.

977 *Op. cit.*, 1867b, p. 130.

978 *Ibidem*, p. 218.

979 *Ibidem*, p. 13.

980 *Ibidem*, p. 13.

981 *Ibidem*, p. 59.

982 *Ibidem*, p. 132.

equiparar o “ventre escravo ao dos animais”, sendo ao ser ver uma “ficção revoltante, prepotente, odiosa e feroz”⁹⁸³. Contudo, apesar de muito criticada, até a mudança promovida pelo ventre livre⁹⁸⁴, em 1871, quando a escravidão foi transformada em “ônus de servir”, permaneceu como o grande instituto do direito da escravidão brasileira.

Diferentemente da guerra justa e do resgate, que não exigiam a construção de discursos de legitimação, seguindo a tradição de contextos anteriores à sociedade escravocrata brasileira, o nascimento — ao lado dos negócios jurídicos bilaterais, como o contrato de compra e venda — demonstrou-se como a melhor alternativa para resistir às pressões políticas e sociais pelo fim da escravidão. Exigia, no fundo, pouca sofisticação, por fundar-se na ligação com a mãe escrava, sendo situação jurídica passível de comprovação documental, no registro de nascimento. Mas, como “não havia registros civis de batismo no Brasil até o início da República”⁹⁸⁵, o papel da Igreja foi fundamental, por ser a responsável pela documentação de nascimentos, casamentos e óbitos. Os chamados registros paroquiais comprovavam documentalmente a natureza jurídica das pessoas livres, libertas ou escravas, sofrendo alterações pela lei do ventre livre (art. 4, §§ 4º e 5º)⁹⁸⁶, diante das omissões de registros de livres e falsificações.

Assim, após o fim do comércio internacional de escravos, o princípio do *partus sequitur ventrem* tornou-se o principal fundamento para a manutenção da escravidão brasileira⁹⁸⁷, constituindo a presunção da aquisição legítima da propriedade escrava. A partir da valorização da comprovação documental dessa condição, sua verificação judicial passou a ser mais simplificada, provocando o aumento exponencial das falsificações de registro. O fim do comércio internacional promoveu mudança profunda na legitimação da propriedade escrava, inclusive nas alforrias. Estabeleceu-se o principal marco do direito de propriedade

983 *Ibidem*, p. 130.

984 PERDIGÃO MALHEIRO, eleito deputado, votou contra a lei do ventre livre, curiosamente construída a partir de sua principal obra: *A Escravidão no Brasil*. Preocupava-lhe, principalmente, a indenização da propriedade escrava pelo Estado, diante das consequências jurídicas do fim da escravidão.

985 Keila GRINBERG, *Código Civil e cidadania*, 3 ed., Rio de Janeiro, Zahar, 2008a, p. 51-52.

986 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 151.

987 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1863, p. 149.

escrava, comprovado documentalmente. Para TEIXEIRA DE FREITAS, “alforria ou manumissão” eram expressões sinônimas, que se dava “a título oneroso, ou gratuito”; esta *inter vivos* ou *causa mortis*, indicando que não eram conhecidas no Brasil “os outros modos de manumissão do Direito Romano”⁹⁸⁸. Haveria “um estado médio entre a escravidão e a liberdade”, denominando os escravos de “estado-livres” (“*statuliberis*”), em razão da manumissão concedida “por fideicomisso, a prazo ou de baixo de condição”⁹⁸⁹.

Após o fim do comércio internacional de escravos, na década de 1850⁹⁹⁰, até então a grande fonte da escravidão brasileira, valorizou-se a descendência das mulheres escravas. Nos polos extremos entre a perpetuação da escravidão e o seu fim imediato, posições difíceis de serem encontradas após o fim dessa atividade comercial, foram sendo realizadas discussões jurídicas quanto à condição escrava desde o *pactus sequitur ventrem*. O Instituto dos Advogados Brasileiros⁹⁹¹ foi um dos principais *locus* do debate jurídico da escravidão. Influenciou não só o descumprimento da lei de 1831, contra a política internacional imperial, como a corrente do “gradualismo”: manifestações de sustentação da escravidão, pelo maior tempo possível. Defendido, *v. g.*, por PERDIGÃO MALLEIRO, se tornou o principal apoio ideológico para a manutenção da escravidão⁹⁹². O Instituto passou a centralizar grandes polêmicas do direito escravocrata brasileiro, envolvendo TEIXEIRA DE FREITAS, CAETANO SOARES e outros juristas importantes, especialmente quanto à questão da natureza jurídica das pessoas nascidas de mulheres escravas, cuja liberdade teria sido concedida ou adquirida sob condição⁹⁹³.

Assim, a valorização do instituto jurídico da propriedade privada, naquele sistema plural de fontes jurídicas, acabou por contribuir para a longevidade da escravidão brasileira. Não estava inserido

988 *Op. cit.*, 1911a, p. 37.

989 *Loc. cit.*

990 Porém, pesquisas recentes apontam que o desembarque de escravizados ocorreu até o ano de 1866, *cfr.* ROBERT W. SLENES, “Africanos Centrais”, in GOMES *et al.*, *op. cit.*, p. 64 s.

991 *Cfr.* Eduardo Spiller PENA, *Pajens da Casa Imperial: Jurisconsultos, Escravidão e Lei de 1871*, Campinas, Editora da Unicamp, 2001.

992 *Cfr.* AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, p. 112.

993 *Cfr.* CARNEIRO DA CUNHA, *op. cit.*, p. 59.

num ordenamento jurídico ou numa sistematização rigorosa, por serem ainda ausentes, mas na juridicidade capilar que abrigou a legitimação da escravidão da sociedade escravocrata diante da ascensão do mundo burguês. Não havia a completa coordenação precisa do direito: “o campo jurídico brasileiro parecia ser um território aberto ao exercício de interpretação de advogados e juizes, que decidiam pela liberdade ou escravização de indivíduos”⁹⁹⁴. Porém, apesar de ausente a estruturação orgânica, não deixou de se manifestar a construção de certa organização baseada, especialmente, na segurança jurídica do direito naquela sociedade. Contudo, faltam ainda pesquisas mais profundas sobre os sentidos da interpretação jurídica, desde aquele contexto, para permitir afirmações mais consistentes quanto a tal problemática.

A legitimidade da escravidão brasileira, ao que parece, continuou, até os seus momentos finais, sendo buscada preponderantemente no direito de propriedade: “ora, a liberdade é um direito de propriedade”, “o homem proprietário de sua pessoa, e dotado de razão”, enquanto fontes originárias do direito natural de fundo religioso⁹⁹⁵. É o que testemunha uma obra do ano de 1885, por exemplo, na qual foi manifestada a defesa do fim da escravidão (“o maior crime da humanidade”), partindo da questão do direito de propriedade escrava: o choque entre o direito natural e positivo, em que “o direito não póde, com certeza, estar em contradição com o direito”⁹⁹⁶. O texto, com a convocação da “sã philosophia e recta razão”, mas ainda apoiado num paradigma escolástico⁹⁹⁷, em tom de crítica ao governo monárquico (“governo escravagista e idiota”), que foi publicado sem o nome completo de seu autor (“A. P. de A.”), sintetizou o problema jurídico da escravidão que, a ser ver, seria resolvida por um ato do imperador, evitando-se a guerra civil⁹⁹⁸.

A escravidão aí seria contrária ao cristianismo, apontando para os problemas decorrentes de seu fim, não sendo mais possível aceitar os fundamentos no “direito natural, ou Divino”, de forma a justificar

994 GRINBERG, *op. cit.*, 2002, p. 223.

995 ANTÔNIO PEREIRA DE ARAUJO, *A Monarchia Brasileira se agarrando á taboa da escravidão: obra christã e philosophica*, Bahia, Typographia do Bazar, 1885, p. 31-32, 39-40, 50.

996 *Ibidem*, p. 6.

997 *Ibidem*, p. 26.

998 *Ibidem*, p. 10, 11 s.

a propriedade de um ser humano por outro⁹⁹⁹. A abolição imediata da escravidão é expressa na seguinte base: “a liberdade é o direito, o direito é a justiça, a justiça é a verdade, a verdade é a sciencia, a sciencia é a fé, a fé é a historia, a historia é a realidade”¹⁰⁰⁰. Contudo, apesar da discussão a partir do direito de propriedade, já passam a ser presentes os argumentos em defesa da liberdade em si: “a liberdade é o bem; isto é o mais Divino, o mais natural, o mais humano e positivo, dos principios de todos os direitos”¹⁰⁰¹. Contudo, mesmo tal discurso de defesa da liberdade não deixa de reconhecer a necessidade incontornável de fixação de “uma pequena indemnização”, pelo fato de ter sido adquirida a propriedade escrava sob as leis imperiais¹⁰⁰². Assim, seja na legitimidade ou no fim da escravidão, demonstra como tal questão foi debatida naquele direito escravocrata, concentrando-se no direito de propriedade.

Mais ainda, nos oferece testemunho dos impactos causados pela Revolução Francesa, no sentido de alteração da ideia da juridicidade, introduzindo “um novo direito, tão imutavel, quanto perfeito e universal”¹⁰⁰³. Contudo, tais inovações foram ali utilizadas, desde o direito burguês, para a defesa do direito de propriedade conjugada com a perspectivação do fim da escravidão. Assim, a abolição foi refletida, especialmente, por jurista, mas não a partir de sentidos universais da liberdade e igualdade ali ausentes, por dominar a questão da segurança jurídica, como atestam os movimentos de defesa da indenização da propriedade escrava, na trilha do movimento chamado de “indenizismo”: a luta pela indenização¹⁰⁰⁴, que chegou até o fim da Monarquia e início da República.

PERDIGÃO MALHEIRO, um dos seus representantes, defendia tal caminho, condicionando a abolição da escravidão à gradualidade e à indenização da propriedade, que, a ser ver, seria definitivamente perdida¹⁰⁰⁵. Acompanhava de perto as principais discussões sobre a escla-

999 *Ibidem*, p. 20.

1000 *Ibidem*, p. 21.

1001 *Ibidem*, p. 22.

1002 *Ibidem*, p. 29.

1003 *Ibidem*, p. 43.

1004 ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015, p. 361 s.

1005 *Op. cit.*, 1867b, p. 100 s.

vidão em sua época, especialmente dos contextos norte-americano e francês¹⁰⁰⁶. Destacava este último, no qual o processo de emancipação também foi acompanhado de indenização aos proprietários. Além das emancipações na América espanhola¹⁰⁰⁷, valorizava a abolição nas colônias inglesas, cuja abolição realizou-se com a indenização da propriedade escrava¹⁰⁰⁸ e sua transformação em servidão¹⁰⁰⁹.

Resumidamente, as justificativas da escravidão brasileira foram sendo apoiadas em argumentos do direito moderno — o direito de propriedade e os valores econômicos —, que foram se fortalecendo diante do contínuo desaparecimento das influências de tradições seculares da escravidão apoiadas na guerra justa¹⁰¹⁰, na “maldição de Caim”¹⁰¹¹ e no mal menor do que a morte¹⁰¹². Dessa forma, o grande palco da problemática da escravidão, seja sua defesa intransigente, a luta por direitos dos seres humanos escravizados e os diversos tipos de movimentos abolicionistas, diante da criação do Estado brasileiro e seu direito nacionalizado, foi dominado pelos confrontos a partir do direito de propriedade. Houve, portanto, a alteração das grades mentais do direito da escravidão das racionalidades escolásticas para as apoiadas no direito iluminista.

A dificuldade de compreensão dessa legitimidade apoia-se no fato de não ter havido a viragem completa de tais racionalidades, sem entrarmos na discussão de ser possível convocar a imagem de tal secção. De qualquer forma, o paradigma da escravização de seres humanos foi diretamente alterado pelo enfraquecimento da ordenação religiosa do mundo, diante do mundo burguês da segurança jurídica para o direito de propriedade, que, no fundo, acabou por servir para a sobrevivência da escravidão brasileira. Ao contrário da França, que, após o Código Civil de 1804, buscou acomodar a escravidão nas mesmas bases, com a renovação do *Code Noir*, no Brasil, por não se ter alcançado a codificação

1006 *Ibidem*, p. 139 s.

1007 *Ibidem*, p. 156 s.

1008 *Ibidem*, p. 154.

1009 *Loc. cit.*

1010 Cfr. CONDORCET, *op. cit.*, p. p. VI, 2.

1011 Cfr. BLACKBURN, *op. cit.*, p. 66.

1012 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 39.

civil, enquanto legitimada a escravidão, não precisou alterar as bases de fundamentação desse instituto jurídico, apenas adaptá-lo aos discursos do direito moderno.

Porém, os reflexos da luta por direitos de seres humanos escravizados e livres foi-se manifestando na modernização¹⁰¹³ do direito, particularmente no direito positivo. Promoveu-se a alteração no sentido da lei, almejando a sistematização jurídica, com reflexos profundos na produção legislativa estatal. Contudo, sem subverter o sistema jurídico, com o posicionamento do ser humano no centro da juridicidade. Essa situação exigiu, naquele direito da escravidão, um esforço monumental para tentar conciliar o projeto iluminista do direito com a preservação da escravidão no Brasil.

5. Legislação escravocrata

O direito da escravidão, que vinha sendo pensado a partir das juridicidades tradicionais e com o *usus modernus pandectarum*, sofreu alterações profundas com a ascensão das fontes estatais. É uma problemática muito complexa, mas que procuramos compreender, mesmo que simplificadamente, através do paradigma¹⁰¹⁴. Por essa via, vemos que a legitimidade da escravização de seres humanos fundada na diversificação do sistema plural de fontes jurídicas e com a racionalidade hierarquizadora do jusnaturalismo escolástico foi posta em causa pela legislação estadual. Desde tais bases, mas em consequência de novas doutrinas, mesmo sem a subversão do paradigma jurídico brasileiro, alterou-se substancialmente o direito da escravidão pela via preferencial da lei. Porém, tal lei não chegou a ser assumida enquanto sistema

1013 Em especial, na linha do pensamento de VERNEY, cfr. LUÍS CABRAL MONCADA, *Um "iluminista" português do século XVIII: Luiz António Verney, com um "apêndice" de novas cartas e documentos inéditos*, Coimbra, Arménio Amado, 1941; REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009c, p. 145; HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 73.

1014 Assumido aqui apenas como possibilidade de identificação, cfr. THOMAS S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3 ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1996, p 44 s.

lógico-textual ou numa positivação compreensiva de todos os materiais jurídicos, mas importante o suficiente para alterar a juridicidade escravocrata, no sentido da elevação da importância da legalidade e da segurança jurídica.

A ausência de efeitos do texto legal característicos do legal-positivismo, somente alcançado posteriormente à escravidão no Brasil, nos impõe o paradigma básico para pensarmos a legislação nessa época. Não somente levando em conta suas potencialidades de alteração de sentidos da juridicidade a partir daí, mas principalmente os principais elementos para pesquisa da formação jurídica brasileira, com perspectiva sincrética. Lembramos que a desconcentração do poder político, característico da América portuguesa, se prolongou no Brasil até meados do séc. XIX. Portanto, estavam ausentes as condições para a modernização do direito. Por essa razão, o aspirante Estado brasileiro viu-se obrigado a conviver com outros centros de poder, *v. g.*, os grandes proprietários e as organizações políticas locais, mesmo quando já sentido fortemente o movimento no sentido da apropriação da juridicidade pela via estatal. A centralidade política naquela sociedade, de acordo com RAYMUNDO FAORO¹⁰¹⁵, teria se manifestado através de mudanças legislativas, como a promovida pela lei 105, de 12 de maio de 1840, que, sob o pretexto de regular alterações constitucionais, almejou o controle da polícia e dos cargos públicos¹⁰¹⁶ por uma centralização monárquica¹⁰¹⁷. É importante reconhecermos a preocupação dessa lei, muito especialmente com a interpretação jurídica¹⁰¹⁸. Estamos diante do ato legislativo mais significativo da construção de um novo paradigma jurídico no Brasil.

É uma mudança fundamental para reconhecer a alteração do direito, do sistema plural característico do Antigo Regime colonial, para o criado pelo fortalecimento da lei estatal, em sentido moderno e numa compreensão contextualizada. Nesse sentido, o Estado brasileiro passou a afirmar um novo projeto, através da lei, que culminou com o domínio das fontes jurídicas viabilizado pela codificação civil em 1916.

1015 *Os Donos do Poder*, São Paulo, Globo, 2000, v. 1, p. 373 s.

1016 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1840*, tomo III, parte I, p. 5-7.

1017 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 66; ILMAR Rohloff de MATTOS, *O tempo saquarema*, São Paulo, Editora Hucitec, 1987, cap. 2 e 3.

1018 Trata-se do primeiro momento de construção do projeto de direito legal-positivista no Brasil, como vemos com a adoção do *référé législatif*, previsto no art. 16.

Porém, no direito da escravidão, as leis permaneceram dentro da lógica *pandectística*, na complexidade do sistema de fontes horizontalizadas. TEIXEIRA DE FREITAS, jurista da era da escravidão legítima, testemunhou a busca pela racionalização da juridicidade moderna, mas através do *usus modernus pandectarum*, não exatamente da criação do sujeito de direitos do projeto iluminista. Foram assim acomodadas as pluralidades do sistema tradicional, num rearranjo dos materiais jurídicos preexistentes, com a aposta, ainda, na lógica das compilações, mantidos o mundo dos *status* e a escravidão legítima.

Exemplificativamente, a grande mudança do direito da escravidão teria ocorrido em decorrência da lei 581, de 4 de setembro de 1850, que determinava a proibição do comércio internacional de escravos. Estabelecia medidas consideradas mais efetivas de fiscalização do que as previstas na proibição anterior de tal comércio: a lei de 7 de novembro de 1831¹⁰¹⁹. A nova legislação estabeleceu previsões mais específicas para o controle efetivo da importação de escravos¹⁰²⁰. Contudo, esses dois textos não representavam o confronto entre duas efetividades decorrentes das mudanças legislativas, pois, apesar de importantes, integravam processos mais amplos de mudanças da posição estatal frente à tal atividade comercial, bem como de política externa, decorrente da aprovação do *Bill Aberdeen*¹⁰²¹. Fechava-se ali a grande porta de entrada de seres humanos escravizados no Brasil.

Tema essencial para o país que era destino de aproximadamente 40% do comércio de escravos enviados à América¹⁰²². A atividade não só permaneceu após a Independência, mas se acelerou, particularmente após a lei de 1831, que importava já em ameaça de vedação do comércio internacional de escravos. O incremento de tal comércio contou com decisiva contribuição estatal brasileira, apesar do tratado assinado com a Inglaterra, em 13 de março de 1827, que classificava a atividade

1019 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831*, primeira parte, p. 182-184.

1020 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1850*, tomo XI, parte I, p. 267-270. Destaca-se, na construção dessa legislação, a participação de EUSÉBIO DE QUEIRÓS.

1021 O clássico tema do orgulho nacional ferido por uma imposição externa pode ser conferido em João PANDIÁ CALÓGERAS, *Formação histórica do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2009, p. 207 s.

1022 Keila GRINBERG; Sue PEABODY, *Escravidão e Liberdade nas Américas*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013, p. 97.

como contrabando — não pirataria, considerada muito mais grave —, até o seu fim definitivo, após 1850¹⁰²³. O fim do comércio internacional foi fortemente criticado por alegadamente resultar de uma intervenção estrangeira no Brasil, bem como representar “um golpe mortal sobre a agricultura e a incipiente indústria do país”¹⁰²⁴, em conformidade com as lógicas da necessidade e da impossibilidade de atuação diversa por aquela sociedade escravocrata.

De qualquer forma, a lei de 1850, além de se destinar a resolver diversas outras questões, pode ser considerada uma resposta à pressão inglesa para o fim do comércio internacional de escravos¹⁰²⁵. Não somente determinava a apreensão das embarcações que fossem encontradas com escravos, mas também aquelas onde se verificasse a presunção de serem empregadas nesse comércio. Como dispunham os arts. 7º, 9º e 10 do decreto, de 12 de abril de 1832¹⁰²⁶, eram comuns os estratagemas para continuidade de tal atividade comercial, como os desembarques fora dos portos.

O art. 6º estabelecia que os escravizados “irregulares” deveriam trabalhar sob a “tutela do Governo”, não diretamente para particulares, demonstrando a preocupação maior com o controle da importação de escravos do que com o destino dos escravizados. Formou-se daí o grupo dos chamados Escravos da Nação: seres humanos sujeitos ao trabalho escravo sob a tutela do Estado brasileiro. PERDIGÃO MALHEIRO, por exemplo, considerava absurda a manutenção dos Escravos da Nação, como “improprio da dignidade da nação que tambem ella possua escravos”, ao lado da mantida por conventos e estabelecimentos religiosos: “é ainda mais improprio e anti-christão que ordens religiosas tenham em seu captiveiro entes humanos, e até vivão do suor e trabalho do esca-

1023 Cfr. MANOLO FLORENTINO, “Tráfico Atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro, Brasil, c. 1790-c. 1830”, *História: Questões & Debates*, Curitiba, UFPR, n. 51, jul./dez., 2009, p. 76, nota 12.

1024 PANDIÁ CALÓGERAS, *op. cit.*, p. 162. Obra representativa da acomodação do tema da escravidão numa mitologia moderna e republicana, que merece ser aqui referida por ainda repercutir acriticamente no pensamento jurídico brasileiro até os nossos dias.

1025 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 119 s.

1026 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1832*, parte segunda, p. 100-102.

vo!”¹⁰²⁷.

Assim, a partir da lei de 1850, foi encerrado o comércio internacional em poucos anos¹⁰²⁸. A lei de 1831 teria produzido os mesmos resultados por diversas razões, especialmente pela ausência generalizada de vontade política para o encerramento dessa atividade comercial¹⁰²⁹. Mas, pode ser considerada a primeira lei no sentido do encerramento da importação de seres humanos escravizados, sendo assumida, em meados dos séc. XIX, como parâmetro para indicar que cerca da metade dos escravos em “idade produtiva existente no país fosse constituída por africanos ilegalmente escravizados e seus descendentes”, com destaque para a região do Vale do Paraíba¹⁰³⁰. Aliás, a mudança do açúcar para o café teria alterado não somente a produção agrária, o campo como principal centro de poder passou a dominar as organizações urbanas, resultando em diversos conflitos entre tais centros políticos¹⁰³¹.

Para SIDNEY CHALHOUB, ao contrário do período da lei de 1831, em que nada foi feito efetivamente para combater o tráfico de escravos, a proibição de 1850 foi posta em prática, especialmente, pela fiscalização fundada na suspeita da utilização de embarcações no negócio, tese

1027 Cfr. Julio Constancio VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 46, n. 107, 1867, p. 1.

1028 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 124 s; AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, p. 103. Quanto à resistência das elites brasileiras ao movimento britânico pelo fim do tráfico, cfr. FLORENTINO, *op. cit.*, p. 71 s. Quanto à atuação política britânica no Brasil, cfr. Beatriz Galloti MAMIGONIAN, “A Grã-Bretanha, o Brasil e as ‘complicações no estado atual da nossa população’: revisitando a abolição do tráfico atlântico de escravos (1848-1851)”, 4^o *Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil Meridional*, Curitiba, UFPR, 2009, s/n. Quanto à repressão inglesa ao comércio de escravos, cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 89.

1029 Contudo, a lei no contexto do movimento abolicionista, especialmente após a década de 1860, foi utilizada como fundamento para pedidos de liberdade em ações judiciais, cfr. AZEVEDO, *op. cit.*, 2010. Em São Paulo, o argumento da escravização ilegal, com fundamento na lei de 1831, foi encontrada expressamente em causas judiciais a partir de 1868, promovidas pelo jurista LUIZ GAMA, cfr. Elciene AZEVEDO, “Para além dos tribunais: advogados e escravos no movimento abolicionista em São Paulo”, in SILVIA LARA *et al.*, *op. cit.*, p. 212.

1030 CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 37.

1031 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 206 s.

confirmada pelos pareceres do Conselho de Estado¹⁰³². Portanto, houve grande mudança, sem desprezar quaisquer outros fatores, no sentido da centralização estatal e da atuação para a intervenção ou domínio das questões jurídicas da sociedade escravocrata. Isso não era visto desde a implantação desse sistema, no séc. XVI, lastreado na conjugação de interesses diversos, não na imposição generalizada e concentrada através de um só poder.

A legislação escravocrata, quando seriamente considerada, nos aponta para a mudança da relação entre Estado e lei, sendo essencial para a compreensão do sistema jurídico da sociedade escravocrata. Afasta a projeção do positivismo para uma época em que ainda estava em construção, bem como a prolongação do sistema plural íntegro para um momento de crise, provocado pelo direito moderno. Por isso, não é possível a pesquisa de tais problemáticas através da leitura dos textos legais, com a dedução de sentidos, sem a contextualização temporal mais atenta, por tal paradigma ali não ter sido ainda construído. Aliás, a compreensão da legislação escravocrata, sem a inserção num quadro referencial mais amplo, torna infecunda a reflexão desses textos, insere parâmetros anacrônicos de interpretação e afasta o conhecimento científico.

As leis da escravidão eram interpretadas com a inserção numa complexa e ampla juridicidade, ainda sem hierarquização sistêmica clara. Tais textos encontravam-se dispersos em organicidades temáticas, particularmente até a primeira metade do séc. XIX, quando passaram a ser pensadas mais amplamente, porém sem superar integralmente as estruturas tradicionais de um pensamento jurídico ainda não moderno. Contudo, houve um momento de viragem, que atingiu profundamente o direito da escravidão, passando da estabilização social decorrente dos poderes tradicionais da sociedade escravocrata para a centralização do poder estatal. Tal movimento foi notado claramente no fim do comércio internacional, resultante da atuação do Estado no seio do domínio, até então exclusivo, dos proprietários de escravos. Essa viragem foi viabilizada pela lei n. 16, de 12 de agosto de 1834¹⁰³³, que alterou a Constituição Imperial¹⁰³⁴, preparatória para a alteração da interpretação jurídi-

1032 *Op. cit.*, 2012, p. 128.

1033 *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1834*, parte I, p. 15-22.

1034 Grande evidência de ausência de hierarquia naquela legislação.

ca, decorrente de critérios legislativos não mais tradicionais, que foram impostos pela lei 105, de 12 de maio de 1840¹⁰³⁵.

Mas o direito da escravidão não chegou a conhecer a implantação satisfatória de um Estado de legislação. Por essa razão, a leitura de textos legislativos e a retirada automática de sentidos, característica da simplória positividade futura, não pode ser considerada como caminho exclusivo para a reflexão jurídica crítica. A lei da escravidão brasileira manteve as características da juridicidade fundada no direito natural perspectivado pelas influências das reformas pombalinas, especialmente na base da racionalidade do jusnaturalismo racionalista, sem abandonar a ordenação religiosa, fundada na filosofia moral estruturante dos materiais jurídicos existentes, enquanto não afastados em definitivo¹⁰³⁶. Sob os fundamentos da divisão construída desde GRÓCIO — “aquele em que o direito natural é parte integrante da ética e aqueloutro em que o direito natural, enquanto disciplina, se autonomizou”¹⁰³⁷ —, no Brasil passou-se a predominar o *usus modernus pandectarum*.

Assim, diante da questão do fim do comércio internacional de escravos, notamos a centralização do poder e a afirmação estatal¹⁰³⁸,

1035 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1840*, tomo III, parte I, p. 5-7. Estamos diante do primeiro grande marco legislativo da construção do direito positivista no Brasil.

1036 MARQUÊS DE POMBAL, *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra*, Porto, Campo das Letras, 2008, p. 226.

1037 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 151.

1038 Destacamos a atuação do jurista PAULINO José Soares DE SOUZA, o Visconde do Uruguai, como “o principal pensador do conservadorismo monárquico”, cfr. MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 91, nota 9. Cfr. as suas obras *Ensaio sobre o direito administrativo*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862; e *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1865. Sobre esse importante jurista, cfr. Gabriela NUNES FERREIRA, “Visconde do Uruguai: Teoria e Prática do Estado Brasileiro”, in André BOTELHO; Lília Moritz SCHWARCZ, *Um enigma chamado Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009, p. 18-31; e *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai*, São Paulo, Editora 34, 1999. Para a crítica do pensamento do Visconde do Uruguai, quanto à questão da centralização do poder, cfr. Zacarias de Góes e Vasconcellos, *Da natureza e limites do Poder Moderador*, 2 ed., Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1862, em especial, p. 47 s. e 124 s. Quanto à relação entre o fim do comércio internacional com o movimento conservador, cfr. GRINBERG, *op. cit.*, 2002, p. 167 s.

numa aspiração evidente à modernização do direito conjugada com o esforço de manutenção da legitimidade da escravidão¹⁰³⁹. A distinção foi realizada muito claramente entre o fim da importação de escravos e a permanência da escravização de seres humanos no Brasil. Tal dicotomia é incompatível, no nosso sentir, com a mitológica elevação plena do direito moderno para o Estado brasileiro, a partir daquele momento. Ausente a centralidade da liberdade, da qual poderia ser construído o projeto de direito liberal kantiano, enquanto pilar fundante do nacionalismo característico do sec. XIX no mundo ocidental. A manutenção da escravidão afastou o projeto de nacionalidade, que merece ser compreendido criticamente¹⁰⁴⁰.

Outro momento marcante da alteração no sentido da interpretação jurídica e da legislação, na formação do direito brasileiro, se deu com a lei do ventre livre de 1871¹⁰⁴¹. Tal texto¹⁰⁴², em seu preâmbulo, estabeleceu a condição de livres à descendência da mulher escrava, além de outras questões, tais como a libertação dos “escravos da Nação e outros” e a “libertação annual de escravos”. Essa lei é resultante das pressões políticas para a perspectivação do fim da escravidão e da luta

1039 Cfr. CHALHOUB, *op. cit.*, 2012, p. 126.

1040 Cfr. HOBBSAWM *et al.*, *op. cit.*, p. 13. Projeto construído com muita intensidade pelo movimento modernista nacional brasileiro do séc. XX, com claro aproveitamento do nacionalismo romântico de JOHANN GOTTFRIED HERDER, visto também no nazismo, com a infantil mas poderosa alegoria do *Volksgeist*; na ideologia, nos Estados Unidos, da “raça branca” herdeira das *virtus* anglo-saxônicas, bem como na tentativa de justificativa lógico-filosófica do regime do *apartheid* na África do Sul, no fim da década de 1950, cfr. FREDRICKSON, *op. cit.*, p. 81 s. e 139.

1041 Cfr. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1855*, tomo XXXI, parte I, p. 147-152.

1042 Retiramos da versão final os debates que envolviam os sentidos da juridicidade e da interpretação jurídica, para aprovação da lei. Indicamos a obra em que foram reunidos dez importantes textos sobre tal temática, localizada na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, setor de “Obras Raras”, que pode ser encontrada através do discurso de PERDIGÃO MALHEIRO encadernado em seu interior: *Discurso proferido na sessão da camara temporária de 12 de julho de 1871 sobre a proposta do governo para reforma do estado servil*, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve, 1871, ref. interna: 76, 2, 9.

por direitos na sociedade escravocrata, sendo considerada “o mais melindroso dos assuntos”¹⁰⁴³.

A aprovação da lei acompanhou o movimento de viragem para o sentido da juridicidade marcada pela diferenciação entre direito público e direito privado, mesmo que ainda dominante a ideia de direito natural, sendo resultado da atuação do Estado no mundo do direito, especialmente através da legislação¹⁰⁴⁴. No fundo, passou a ficar clara a distinção entre interesses privados e públicos, a partir da manifestação estatal. Isso transpassou especialmente a construção dessa lei, na qual os recortes e limites se mostraram evidentes, principalmente a problemática da libertação dos filhos, mas não das mães. O texto sintetizou as discussões realizadas no Instituto dos Advogados Brasileiros quanto à natureza jurídica dos frutos das escravas¹⁰⁴⁵. Além de traduzir vários pontos da obra de PERDIGÃO MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil*, bem como da “Fala do Trono” de 1867¹⁰⁴⁶ e análise de conveniência pelo Governo Imperial¹⁰⁴⁷.

Sem esquecermos que, ao lado da legislação escravocrata, havia também o movimento de luta por direitos conhecido como abolicionismo. Como adverte SIDNEY CHALHOUB, foram processos de luta por mudanças decorrentes da atuação política de escravizados e proprietá-

1043 Quanto ao contexto político da lei, com a centralidade da participação do Visconde do Rio Branco, cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 79 e 81 s. O sentido do pensamento abolicionista relacionado com a lei, fundado na ideia central de desejo e aspiração de controle intelectual daquele movimento político, pode ser vista em JOAQUIM NABUCO, *O Abolicionismo*, Londres, Typographia de Abraham Kingdon e Ca., 1883, p. 66-87.

1044 Como reconhecia o próprio autor do projeto, cfr. PIMENTA BUENO, *op. cit.*, p. 7 s.

1045 Quanto à discussão do fim gradual da escravidão, cfr. CAETANO ALBERTO SOARES, *Memória para melhorar a sorte dos nossos escravos*, Rio de Janeiro, Typographia Imparcial de Francisco de Paula Brito, 1847, p. 16 s.

1046 PERDIGÃO MALHEIRO atuou na Câmara dos Deputados como deputado, cfr. VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 49, n. 230, 1870, p. 2-5.

1047 Cfr. PENA, *op. cit.*, 2001. Revelador, nesse sentido, o parecer elaborado pela “comissão especial sobre o elemento servil”, cfr. VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 50, n. 180, 1871, p. 1-3.

rios¹⁰⁴⁸. Diante da alteração profunda produzida pela lei do ventre livre, que perspectivou o fim da escravidão, com o encerramento da perpetuidade garantida pelo nascimento de seres humanos escravos, foi tomando corpo a preocupação com o domínio sobre esse processo¹⁰⁴⁹. Também no arco temporal, entre a lei do ventre livre e a abolição, notamos que o argumento da inevitabilidade do discurso iluminista não pode ser considerado como suficiente, apesar de importante, para justificar todas as alterações no direito da escravidão.

A juridicidade escravocrata vinha sendo alterada profundamente desde a questão do gerenciamento dos escravizados, de meados do séc. XVIII¹⁰⁵⁰, cujo sentido dominante era aumentar a população escrava¹⁰⁵¹, mas cujo impacto no direito não se deu de forma tão profunda quanto ao imposto pela lei 2040, de 28 de setembro de 1871¹⁰⁵², conhecida como “ventre livre”, que integrava um quadro de mudanças para pôr fim a escravidão. Definia-se nela o prazo de 21 anos de imposição aos nascidos do “ônus de servir”¹⁰⁵³ — estratégia para disfarçar a continuidade da escravidão —, estabelecendo, pela primeira vez, o horizonte de seu encerramento. Tal lei procurava oferecer respostas não só às pressões dos movimentos abolicionistas, mas também às reivindicações dos proprietários de escravos, intensificadas após o fim do comércio internacional. Por essas razões, diante do encerramento da principal via de continuidade da escravidão, o comércio exterior, as atenções voltaram-se para o problema dos nascimentos: as relações jurídicas entre as mulheres e seus(suas) filhos(as).

1048 *Op. cit.*, 2011, p. 199.

1049 RICARDO SALLES, “Vassouras – século XIX. Da liberdade de se ter escravos à liberdade como direito”, in MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 292.

1050 Cfr. CAETANO ALBERTO SOARES, *op. cit.*

1051 Cfr. MARQUESE, *op. cit.*, 2004, p. 284 s.

1052 Cfr. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 147 s.

1053 Como vemos no exemplo do aviso 324, de 22 de setembro de 1857, do Ministério dos Negócios da Fazenda, referente à taxa de escravos de uma escrava — “parda Carolina”, liberta sob condição e transferida ao advogado ANTONIO PEREIRA REBOUÇAS, definindo-se que “a liberdade concedida áquella escrava he perfeita, havendo apenas o encargo de prestar serviços a terceiros”, cfr. *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brasil de 1857*, tomo XX, p. 276.

A partir do paradigma jurídico da desigualdade, o art. 1º determinava a condição livre à prole, não às mães. Permaneciam, assim, na condição de escravas como resultado dos esforços conhecidos como “gradualismo”, de preservação da escravidão, que vinha sendo defendido, por exemplo, pelo partido liberal desde 1868, nas discussões da emancipação¹⁰⁵⁴. O ventre livre abria, desse modo, o caminho para no futuro findar “naturalmente” a escravidão, com a morte dos seres humanos escravizados até a sua entrada em vigor. Assim, a lei procurava encerrar o secular princípio do *partus sequitur ventrem*, apesar de muitas escravizações terem ocorrido de outras formas: falsificação de registros e documentos que comprovam a propriedade¹⁰⁵⁵.

O ventre livre criava o problema do recém-nascido livre juridicamente, mas com ônus de servir, vivendo junto à sua mãe escrava. A essas questões que tal texto legal procurava corresponder, fundado na ideia da gradualidade das mudanças na sociedade escravocrata, com a preservação do poder dos(as) proprietários(as), também sobre a prole livre, e a imposição da liberdade condicionada à manutenção do *status quo* social (“a liberdade dependia da ordem”¹⁰⁵⁶). O poder senhorial sobre os(as) filhos(as) livres indicava o sentido do direito de liberdade daquela sociedade escravocrata. Ficavam sob a autoridade dos senhores até a idade de oito anos, quando então o(a) proprietário(a) poderia optar entre a indenização (600\$000), hipótese em que as crianças seriam entregues ao Estado, ou ter direito ao serviço dos(as) filhos(as) livres até os 21 anos (§ 1º)¹⁰⁵⁷. Daí o chamado ônus de servir: direito reconhecido e passível de ser transferido em caso de sucessão necessária (§ 7º).

O sentido de “livre”, portanto, ficava condicionado à preservação da propriedade. Permanecia o direito abrangente da prole das “pessoas livres”, ou seja, aos netos e netas das mães escravas, já que mantido o vínculo senhorial pelo período de 21 anos (§ 3º). Na década de 1870,

1054 José MURILO DE CARVALHO, “O radicalismo político no Segundo Reinado”, in BOTELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 39. A abolição da escravidão no Brasil foi debatida como “emancipação”.

1055 Keila GRINBERG, “Reescravização, Direitos e Justiça no Brasil do século XIX”, in SILVIA LARA *et al.*, *op. cit.*, p. 101-128.

1056 ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 56.

1057 A questão da indenização da propriedade escrava passou a dominar o debate jurídico após o fim do comércio internacional de escravos, cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 100 s. Retiramos do texto final nossa pesquisa de tal tema.

a manutenção do ônus de servir foi a “opção da maioria esmagadora dos fazendeiros”, tendo aberto “um horizonte de sobrevida ao cativo que adia seu fim gradual até pelo menos a primeira década do século XX”¹⁰⁵⁸, considerada a expectativa de vida dos nascidos escravos antes da lei do ventre livre.

PERDIGÃO MALHEIRO defendia o encerramento da “propagação da escravatura”, mas não o seu fim imediato: “evitar a emancipação brusca e irreflectida”, através da transformação lenta do “trabalho servil em trabalho livre”, para “não gravar os cofres publicos com indemnização por emancipação forçada e immediata, sem todavia impedir a emancipação, comquanto mais lenta”¹⁰⁵⁹. Por isso, propunha a transformação do vínculo da “escravidão” para o “ônus de servir”¹⁰⁶⁰, sendo o jurista responsável por traçar os caminhos para a manutenção da escravidão pelo maior tempo possível, diante das oposições e críticas dos movimentos abolicionistas.

Porém, a condição jurídica de livres dos(as) filhos(as) não correspondia à manumissão ou à alforria, por não importar no rompimento do vínculo com os proprietários. O texto oportunizava a quem permanecesse nessa condição “remir-se do onus de servir”, diante da liberdade condicionada. O rompimento da “obrigação” dependia, para escapar do prazo de 21 anos, da indenização da propriedade, diretamente ou por terceiros, paga proporcionalmente ao tempo restante do ônus de servir, ressalvados os casos de acordo (§ 2º). Tal tempo poderia ser abreviado

1058 Ricardo SALLES, “As águas do Niágara, 1871: crise da escravidão e o ocaso saquarema”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009c, p. 73.

1059 *Op. cit.*, 1867b, p. 246.

1060 *Ibidem*, p. 245. Além de jurista, PERDIGÃO MALHEIRO foi deputado, em diversas vezes ladeado por políticos defensores da escravidão, como JOSÉ DE ALENCAR. Apesar de suas obras oferecerem as linhas gerais da lei do ventre livre, nos debates parlamentares votou contra a aprovação do projeto, cfr. “Chronica parlamentar”, coluna de GALDINO EMILIANO DAS NEVES, publicada em VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 50, n. 193, 1871, p. 1; n. 195, p. 3. Foi aí duramente criticado: “incoherencias do Sr. Perdígão Malheiro”. PERDIGÃO MALHEIRO afirmou em seu pronunciamento que o momento era inoportuno para aprovação do projeto. Cfr. VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 50, n. 199, 1871, p. 3 e 4; quanto à acusação de incoerência: “não é meu trabalho que está em discussão, é a proposta do governo”, em VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 50, n. 204, 1871, p. 3. Cfr. VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 50, n. 225, 1871, p. 2 e 3.

em caso de “castigos excessivos”, se assim reconhecidos em “sentença do juízo criminal” (§ 6º). Atendeu-se aqui a ideia da “boa escravidão”, como referia por diversas vezes PERDIGÃO MALHEIRO, na base do “melhoramento da sorte”¹⁰⁶¹ dos escravos, com a imposição da contenção da violência senhorial, para evitar a reação dos escravizados, sob a égide estatal.

Caso a mãe escrava conseguisse a alforria, os(as) filhos(as) menores de oitos anos deveriam ficar com ela, salvo acordo com os proprietários (§ 4º). O texto não definia qualquer tipo de indenização para as mães, mas garantia o direito de propriedade dos senhores. A regra, assim, era de que a criança maior de 8 anos ficava vinculada ao proprietário até a remissão do ônus, como pagamento em dinheiro ou através da prestação de serviços. A idade passava para 12 anos se a mãe fosse vendida (§ 5º). Havia a ameaça às mães que não concordavam com a sua própria venda¹⁰⁶², com a determinação da separação dos(as) seus(as) filhos(as). A medida contrapunha-se à manumissão, com o oferecimento de maior tempo de convivência com a sua filiação (§ 5º), almejando facilitar a aceitação do negócio pelas escravas¹⁰⁶³.

A lei tratava dos casos de retirada dos(as) filhos(as) livres de seus senhores e encaminhamento às associações que fossem autorizadas pelo Estado, que assumia os direitos sobre os seus serviços até os 21 anos (art. 2º, § 1º). Tais entidades podiam alugar as pessoas, desde que responsabilizadas por seus cuidados, garantida a formação de pecúlios e, findado o prazo dos serviços forçados, fizessem as devidas colocações (§ 1º), cujo cumprimento deveria ser fiscalizado pelos juízes de órfãos (§ 2º). Fortalecia o controle estatal do direito da escravidão, através do regimento do direito de propriedade.

1061 *Op. cit.*, 1867b, p. 89 s. Para o sentido de “melhoramentos” naquela sociedade, cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 65.

1062 Retiramos do texto a pesquisa da resistência individual à escravidão, como fugas, suicídios, envenenamento de senhores etc.

1063 Se não fossem as contribuições da historiografia, a afirmação de concordância da escrava sobre sua venda ficaria incompreendida, por aqueles(as) que se apegam à natureza jurídica de semoventes para entender a sociedade escravocrata, num “nominalismo metafísico atemporal”, com a inversão de um certo “juridicismo” que pretende ver o mundo pelo monóculo das leis.

Foi previsto o fortalecimento dos fundos de emancipação, bem como a criação do fundo estatal para promover as libertações de escravos. Naquele sentido da gradualidade, assegurou-se uma via, dentro da esfera de poder central, para o controle do encerramento da condição escrava¹⁰⁶⁴. Como defendia PERDIGÃO MALHEIRO¹⁰⁶⁵, para facilitar as manumissões e controlá-las oficialmente, as receitas do fundos de emancipação¹⁰⁶⁶, além das cotas orçamentárias, viriam de “impostos lançados sobre os escravos”, “doações e legados para esse fim”, “as multas” correspondentes, “o producto de loterias concedidas para isso”, os prêmios não reclamados, “o producto da venda de escravos do evento”, bem como das “heranças arrecadadas, de ausentes, e vagos”, que não fossem reclamados em até 5 anos, bem como outras receitas estabelecidas. Para esse jurista, o fundo de emancipação deveria se espelhar no exemplo dos fundos das “Irmandades”, como “a de S. Benedicto e Rozario”, da cidade do Rio de Janeiro, que libertava “anualmente irmãos seus, conforme as forças do fundo a isso destinado”¹⁰⁶⁷.

Quanto aos escravos das “heranças vagas” e os “abandonados”, chamados de “escravos do evento”, auxiliariam a formação do fundo de emancipação¹⁰⁶⁸. Foram considerados libertos, nos termos do art. 6º, §§ 3º e 4º¹⁰⁶⁹. Destaca-se o controle de escravos e libertos pelo Estado, diante do panorama social das rebeliões escravas ocorridas em anos anteriores¹⁰⁷⁰. Por isso, foi dado o sentido da liberdade vigiada na lei, como previsto no parágrafo seguinte, ficando os libertos “durante cinco annos sob a inspecção do Governo”, bem como “obrigados a contractar seus serviços sob pena de serem constringidos, se viverem vadios, a trabalhar nos estabelecimentos publicos”¹⁰⁷¹.

1064 Tal previsão não foi concretizada, como anunciava a lei.

1065 *Op. cit.*, 1867b, p. 243 e 244.

1066 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 149.

1067 *Ibidem*, p. 245.

1068 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 243 e 244.

1069 *Ibidem*, p. 150.

1070 Cfr. JOÃO José REIS, *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos Malês em 1835*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.

1071 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1855*, tomo XXXI, parte I, p. 150.

A principal discussão centrava-se na questão do princípio do *partus sequitur ventrem*, inspirado no direito romano, inclusive se poderia ser alterado pelo legislador ou não¹⁰⁷². NABUCO DE ARAÚJO, por exemplo, defendia tratar-se de lei romana, mas nada impedia que fosse derogada por outra lei, agora do Estado brasileiro¹⁰⁷³. Tal questão aponta para o processo de alteração de paradigmas jurídicos no Brasil, do *usus modernus pandectarum* para o legalista, enquanto manifestação do estatualismo de intervenção no direito. Mas sem chegar ali a atingir qualquer tipo de domínio no sistema das fontes do direito ou mesmo na interpretação jurídica.

Apesar da transformação da escravidão em ônus de servir, a lei modificou a legitimidade da escravidão fundada no nascimento. Assim, a escravidão passou a ser comprovada por registros e documentos de propriedade. Criou-se a distinção do direito sobre a propriedade dos(as) filhos(as) da mulher escrava, em relação aos chamados “*direitos preexistentes á constituição do Estado*”¹⁰⁷⁴, todos fundados no direito natural, sendo preexistentes e independentes às próprias leis¹⁰⁷⁵. Evidenciava-se, portanto, a questão da escravidão fundada no direito das gentes, não no direito natural, em termos do jusnaturalismo escolástico, já que pelo jusnaturalismo racionalista, que influenciou a lei do ventre livre, a escravidão fundada no nascimento passava a ser considerada contrária ao direito de liberdade. A regulação estatal, na esfera do direito de propriedade escrava, atingia o cerne da legitimação da escravidão no Brasil. Impedia a sua perpetuação, através de uma nova perspectiva do sentido da juridicidade, atingida necessariamente a partir do texto legal. Dessa forma, o *usus modernus pandectarum*, que oferecia as condições de modernização do princípio do *partus sequitur ventrem*, foi ferido de morte pela lei do ventre livre.

1072 Cfr. RUY BARBOSA, *Emancipação dos escravos: parecer formulado pelo deputado Ruy Barbosa*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1884, p. 82 s.

1073 *Apud* RUY BARBOSA, *loc. cit.* Em sessão no Senado, de 26 de setembro de 1871, discutiu-se exatamente o fim desse princípio, cfr. *Annaes do Senado do Imperio do Brasil: terceira sessão em 1871*, v. V, p. 248 s.

1074 VILLENEUVE, *Jornal do Commercio*, ano 49, n. 230, 1870, p. 2.

1075 Cfr. VICENTE FERRER Neto Paiva, *Elementos de Direito Natural ou de Philosophia de Direito*, 2 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, p. 1 s.

O impacto da mudança foi tão grande, com o ingresso do Estado na esfera patrimonial considerada até então inatingível daquela sociedade escravocrata, que as outras reformas projetadas e que acompanhariam certa modernização do direito foram interrompidas: “o Império fechou-se em copas”¹⁰⁷⁶. Diante daquele sistema plural de fontes jurídicas, o Estado somente passou a assumir certa centralidade, apesar de não atingida a codificação civil, com a lei do ventre livre, ao perspectivar o fim da escravidão, seja pela morte ou pelo fim do regime servil. De qualquer forma, a lei do ventre livre alterou os principais fundamentos do direito da escravidão no Brasil.

Perspectivado o encerramento do ingresso dos seres humanos na escravidão, passou a ser debatida a saída da escravidão, como se deu com a lei dos sexagenários¹⁰⁷⁷. O impacto social provocado pela lei do ventre livre justifica o arco temporal de mais de 14 anos entre os textos. Mas, sem esquecer que tais alterações foram sendo realizadas para corresponder à transformação social decorrente da luta por direitos dos escravizados e dos movimentos abolicionistas. Tais organizações foram responsáveis, também, pela alteração da própria simbologia do direito da escravidão. Por exemplo, a gradualidade prevista na lei 3.270, de 28 de setembro de 1885, como “extinção gradual do elemento servil”¹⁰⁷⁸, sofreu o processo de invenção dos mitos harmonizadores e elitistas do fim da escravidão, com a alteração da denominação para “lei dos sexagenários”, em 1888¹⁰⁷⁹.

O contexto de aprovação da lei, nos anos finais da escravidão brasileira, foi marcado pelo desejo de controle do direito da escravidão pelo Estado. Para isso, impunha a realização de nova matrícula (art. 1º), com a fixação definida pela idade, em tabela de valores máximos dos escravizados (art. 1º, § 3º), bem como a reorganização do fundo de emancipação (art. 2º), que não teria sido eficaz, como previsto pela lei do ventre livre¹⁰⁸⁰. A lei dos sexagenários procurava, assim, organizar o gradualismo da emancipação através de providências controladas pelo

1076 ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 93.

1077 Claramente, naquela época e naquelas condições, a definição de tal idade apontava para a sua ineficácia.

1078 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885*, parte I, p. 14.

1079 JOSELI MENDONÇA, *op. cit.*, p. 11 s.

1080 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885*, parte I, p. 14-16.

Estado. No fundo, através da mudança no direito, buscava controlar um processo que claramente lhe escapava. Curiosamente, a lei provocava a apreensão dos proprietários de escravos que haviam, em razão da matrícula do ano de 1872, decorrente da lei do ventre livre, aumentado a idade das pessoas para não caracterizar que teriam ingressado no Brasil após as proibições de 1831 e 1850, mas que agora, em razão da liberdade aos sexagenários, seriam libertados por terem sido registrados com idade mais avançada¹⁰⁸¹, contando ainda com documentos comprobatórios.

Em 1885, o grande problema da escravidão girava ainda em torno do direito de propriedade, não na afirmação da liberdade, ao menos na perspectiva que temos vindo a considerar dentro do processo de controle do direito pelo Estado. Na ementa da lei, mais uma vez vinha expressa a ideia do gradualismo. A própria fixação oficial do valor dos escravos e escravas¹⁰⁸², realizada num período muito próximo ao fim da escravidão, nos aponta para os sentidos da modernização do direito pelo Estado, de um possível iluminismo brasileiro, no qual nem ao menos a individualidade, naquele momento, projetava-se oficialmente. Mais ainda, a lei procurava assegurar o valor da propriedade escrava, diante das perspectivas de perdas dos proprietários.

Por fim, com a lei 3.353, de 13 de maio de 1888¹⁰⁸³, que ficou conhecida como “lei áurea”, foi extinta a escravidão brasileira. Claro que a simplicidade do seu texto, se não estivermos inseridos numa concepção nominalista, não traduz minimamente a profundidade das lutas e discussões responsáveis pela abolição da escravidão. No momento de sua promulgação, o Brasil tinha uma população de aproximadamente 15 milhões de pessoas, sendo 700 mil escravas¹⁰⁸⁴, algo em torno de 5%¹⁰⁸⁵. A abolição da escravidão brasileira foi a última realizada no mundo ocidental. Por isso, a escravidão continua a ser o maior contraponto para reflexão do projeto iluminista do direito, bem como da aspiração do

1081 Cfr. EVARISTO DE MORAES, *op. cit.*, p. 98.

1082 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885*, parte 1, p. 14 s.

1083 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1888*, Rio de Janeiro, parte I, tomo XXXV; e parte II, tomo LI, v. I, p. 1.

1084 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 310.

1085 JOSÉ MURILO DE CARVALHO, *Cidadania no Brasil*, 3 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p. 47.

Estado liberal brasileiro, que é “basicamente um Estado legalista”¹⁰⁸⁶. Somente após o seu fim, passou a ser possível a construção da modernidade do direito brasileiro.

6. Direito de propriedade escrava

Ao contrário do que hoje imaginamos, a escravidão no Brasil foi discutida a partir das perspectivas da propriedade escrava e da liberdade dos proprietários¹⁰⁸⁷, integrando o contexto do principal valor jurídico do séc. XIX: a segurança jurídica. Portanto, naquela sociedade escravocrata, a propriedade foi sendo assumida como a principal justificação da escravização no Brasil, servindo para delimitar o limite de atuação do poder público em relação aos interesses dos senhores de escravos¹⁰⁸⁸. No direito herdeiro do pensamento escolástico, dominante da construção do Estado brasileiro até a abolição, diante das influências do direito moderno, o instituto da escravidão foi sendo mantido basicamente pelo direito de propriedade. Dessa forma, garantido pela segurança jurídica possível naquele sistema complexo, ainda assentado em fundamentos do direito natural, foi realizada a modernização da escravidão através da valorização do espírito estabilizador do novo direito burguês. Algo que foi expressamente reconhecido, como principal paradigma da propriedade escrava, de JOSÉ BONIFÁCIO até RUY BARBOSA¹⁰⁸⁹.

Certamente, “nenhum constrangimento há entre liberalismo e escravidão”, em que o Estado “protege os direitos”, particularmente “de propriedade, abrangente dos escravos”¹⁰⁹⁰. Esse fundamento decor-

1086 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 126.

1087 Retiramos do texto a pesquisa sobre as *properties* inglesas, na qual podem ser encontradas as reflexões da escravidão moderna com o liberalismo.

1088 Cfr. Rafael de Bivar MARQUESE, “Governo dos escravos e ordem nacional: Brasil e Estados Unidos, 1820-1860”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 27, 2002, p. 64.

1089 *Op. cit.*, p. 21 s.

1090 RAYMUNDO FAORO, “Existe um pensamento político brasileiro?”, *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 1, n. 1, 1987, p. 39.

re de um “Liberalismo mais consistente”, o “pacto de associação” inspirado em ROUSSEAU, no qual afirmava-se a igualdade “em termos”, na dimensão do “modelo liberal e não no modelo democrático”¹⁰⁹¹. Apesar de predominante a ideia de que o “Estado não cria a propriedade, mas é criado para protegê-la”, como reconhecia LOCKE¹⁰⁹². Assim, o liberalismo no Brasil, particularmente conduzido pelo Estado, não demonstrou ser incompatível somente com a escravidão: “exclui da cidadania não apenas o escravo, mas os setores negativamente privilegiados”¹⁰⁹³.

Com esforço crítico e sincrético, notamos que a reflexão da escravidão brasileira partia sempre do direito de propriedade. Assim foi pensada não somente a escravidão, mas a criação do sujeito de direitos, a superação do mundo dos *status* e a própria codificação civil, sob a perspectiva moderna de que “pessoa, em direito, é o homem livre”¹⁰⁹⁴. Apesar da escravidão brasileira, como sabemos, não chegar a ser assumida integralmente numa racionalidade moderna, pela incompatibilidade do deslocamento da pessoa para o centro de um sistema jurídico descolado da realidade. Mas, o direito brasileiro valeu-se da segurança jurídica e da garantia da propriedade para assentar legitimamente a escravidão tradicional num novo contexto de modernização da juridicidade. Até então, valia-se basicamente da tradição e de construções seculares dos principais institutos da escravidão realizados num complexo quadro jurídico e de equilíbrio possível entre o tomismo e as influências trazidas pela modernidade sobre o escravismo desde a América portuguesa.

Apesar de a propriedade escrava no Brasil não ter alcançado a legitimação derivada exclusivamente na lei, que estava já presente em MONTESQUIEU “de forma não muito desenvolvida”¹⁰⁹⁵, foi influenciada pelo sentido de propriedade absoluta e originária, desenvolvido desde GRÓCIO, bem como pelo nominalismo de OCKHAM e pelas demais aspirações do individualismo burguês. Tais elementos estão presentes no

1091 *Ibidem*, p. 39 e 40.

1092 *Ibidem*, p. 40. Cfr. LOCKE, *op. cit.*, 2003, §§ 124 e 134.

1093 *Ibidem*, p. 53.

1094 VIDAL, *op. cit.*, 1875, p. 11.

1095 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 655. Cfr. MONTESQUIEU, *op. cit.*, livre XXVI, chap. XV: “*Qu’il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses qui dépendent des principes du droit*”

pensamento de JOSÉ BONIFÁCIO¹⁰⁹⁶, que encarou a problemática da tradicional escravidão brasileira diante de novos sentidos trazidos pelo individualismo, pelo liberalismo e pelo iluminismo. Apesar de reconhecer o direito de liberdade acima da propriedade, entendia que a questão do fim da escravidão era importante para o país, devendo prevalecer a conveniência da burguesia local e sua “razão política”¹⁰⁹⁷: o fim do comércio internacional e da escravidão progressivamente, não de imediato.

Tal posicionamento, comum na transformação do direito da escravidão, aponta que a “crença iluminista não impressionava os escravistas brasileiros”¹⁰⁹⁸. JOSÉ BONIFÁCIO, além de pessoas importantes como o bispo JOSÉ COUTINHO, balizaram o debate brasileiro sobre a escravidão até o seu fim¹⁰⁹⁹. Por isso, o direito da escravidão brasileira pouco foi alterado diante das influências da modernidade, apesar haver refletido especialmente os novos paradigmas jurídicos da propriedade burguesa. A continuidade de tal discussão pode ser exemplarmente vista na obra de PERDIGÃO MALHEIRO, publicada em 1866¹¹⁰⁰, na qual ele destaca o princípio “*libertas non privata, sed publica res est*”, em termos de interesse público, não privado, com as mesmas referências de JOSÉ BONIFÁCIO.

O pensamento do interesse público dominante foi um importante eixo de discussão dos temas jurídicos no séc. XIX. É evidenciado, de forma muito profunda, por grandes juristas como MELO FREIRE, como podemos ver no seu texto *O Novo Código do Direito Público para Portugal*, publicado em 1844, apesar de não haver se concretizado¹¹⁰¹. Tal obra aponta para a concepção das questões jurídicas no campo do “direito público”, partindo da importância dos chamados “direitos reais”, ou seja, aqueles pertencentes ao Rei. Trata-se de proposta de sistematização e organização do livro II das Ordenações Filipinas, abrangendo

1096 *Op. cit.*

1097 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 51.

1098 *Ibidem*, p. 51.

1099 *Loc. cit.*

1100 *Op. cit.*, 1866.

1101 Rabindranath Valentino Aleixo CAPELO DE SOUSA, *O direito geral da personalidade*, reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 69.

assim os “direitos particulares”¹¹⁰². Propõe a construção de uma organização jurídica, enquanto opção política consciente, através dos assentos da Casa de Suplicação fundados nas Ordenações Filipinas, liv. 1, tít. 4, § 1º e tít. 5, § 5º, e racionalizados de acordo com a lei da Boa Razão¹¹⁰³.

Justamente as propostas de alteração do direito plural, diante da modernidade, evidenciam a vitalidade do direito da escravidão brasileira e sua organização a partir dos grandes conceitos do *ius commune*. Por essa via, o direito romano clássico foi transportado para o mundo moderno, sendo decisivo para o pensamento da escravidão que seguiu a trilha do direito europeu, desde os estudos jurídicos iniciais de Bolonha até as margens das codificações modernas¹¹⁰⁴. Vista com atenção, a escravidão foi uma das principais temáticas nesse grande arco temporal. Desde as bases do direito comum modernizado, formou-se o pensamento da escravidão no Brasil independente, onde a lei integrava um sistema complexo de fontes jurídicas, sendo o panorama da reflexão da propriedade escrava.

O choque entre o direito tradicional de propriedade e a ascensão do Estado pode ser visto, *v. g.*, na concessão de liberdade aos escravos que lutaram na província da Bahia pela causa da Independência. Determinou-se o pagamento de “preço razoável pela liberdade de cada um delles” aos seus proprietários, para que “livres possam continuar a servir nos corpos militares em que tiverem praça”, de acordo decisão de 20 de julho de 1823¹¹⁰⁵. Assim, ao mesmo tempo em que se respeitava o direito de propriedade, com a indenização, apontava para a alteração no mundo da escravidão, pela atuação estatal na esfera privada com a passagem de escravos para o trabalho militar forçado sujeito à administração pública.

1102 Paschoal José de MELLO FREIRE dos Reis, *O Novo Código do Direito Público de Portugal, com as provas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844, p. 1 e 2, 151 e 152, 381-383. Para uma reflexão decorrente desse trabalho, cfr. ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, *Notas ao plano do Novo Código de Direito Público de Portugal do Dr. Pascoal José de Mello, feitas e apresentadas na Junta de Censura e revisão pelo Dr. António Ribeiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844.

1103 MELLO FREIRE, *op. cit.*, p. 5 s.

1104 Cfr. HELMHOLZ, “The Law of Slavery and the European *Ius Commune*”, in ALAIN (ed.), *op. cit.*, p. 42.

1105 *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, p. 82.

Desde uma legitimação quase que irrestrita da escravidão, foram sendo opostas posições de confronto com ênfase em interesses públicos. Portanto, inicialmente na formação do direito brasileiro, não houve a afirmação da liberdade em sentido individual dos escravos, já que a grande preocupação era o direito de propriedade. SEABRA, em obra publicada em 1850 sobre a questão da propriedade¹¹⁰⁶, afirmava que os “jurisconsultos modernos” não estavam ainda separados das “grades mentais” do direito romano e do direito feudal. Tal centralidade percebia-se, por exemplo, na fundamentação da “propriedade adquirida pelo trabalho, ou creada pela industria”, baseada no pensamento de BLACKSTONE e na sua justificativa da propriedade a partir do instituto romano do “direito do *primeiro occupante*”¹¹⁰⁷.

A obra *A Propriedade: Philosophia do Direito para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos foraes*, de SEABRA, parece-nos fundamental para atingir o sentido de propriedade do séc. XIX¹¹⁰⁸. Trata-se de trabalho sobre os forais em Portugal, problematizada em razão da publicação da lei de 22 de junho de 1846. A importância de SEABRA reside especialmente no fato de ter sido o responsável pelo Código Civil português de 1867, que contou com a composição textual final de ALEXANDRE HERCULANO. O seu pensamento foi de amplo conhecimento dos juristas do séc. XIX e ensinado nas Faculdades de Direito brasileiras.

SEABRA contextualizou a problemática da propriedade em sua época. Criticava a ideia de *ocupação*, de JUSTINIANO, liv. 41, tít. 1, l. 3, ff, por ver aí confusão entre o direito e o fato, o produto do trabalho e o seu efeito, com a essência do direito¹¹⁰⁹. Afastava-se dos fundamentos de GRÓCIO e PUFENDORF, da exigência apenas do consentimento¹¹¹⁰, bem como de MONTESQUIEU (*Esprit des Lois*, l. 26, cap. 13) e BENTHAM (tom. 2º, p. 33, “edição de Bruxelas”) – que apontava como as posições ma-

1106 Cfr. CARLOS DE MENEZES, *op. cit.*, p. 2: “para manter a propriedade, e fixar os limites do *meu*, e *teu*”, e p. 14: “patrimônio, assignadas as balysas do meu, e teu, em que consiste a balança da Justiça”.

1107 *Op. cit.*, 1850, p. 175 e 176, nota t2.

1108 Para o sentido de “propriedade”, muitas vezes entendido como sinônimo de “direitos”, cfr. CARDOZO DA COSTA, *op. cit.*, 1828, p. 105 s.

1109 *Op. cit.*, 1850, p. 32 s., e 62.

1110 *Ibidem*, p. 33.

goritárias do momento¹¹¹¹ –, bem como do fundamento na própria lei, “por força da lei civil”, que, ao citar AHRENS, considerava especialmente precária: “se a constituição da propriedade dependesse inteiramente dos decretos do poder legislativo, como poderíamos distinguir a sua organização justa da injusta?”¹¹¹². Também criticou KANT e o fundamento na “ideia da pessoa do proprietário”, bem como a proposta de FICHTE: “a propriedade é um direito pessoal, mas subordinado; serve de meio para fins mais elevados, – os fins intelectuaes e moraes do homem”¹¹¹³. Tudo para concluir que, mais uma vez com AHRENS, o direito de propriedade fundava-se na natureza humana, sem depender de ato de vontade, não sendo criado pela sociedade, apesar de haver aí a possibilidade de sua especificação em “seus justos limites”: a propriedade individual pensada num contexto de desigualdade social¹¹¹⁴. Não deixou de indicar expressamente certa ideia de legitimação e o sentido de propriedade justa na ideia do trabalho humano¹¹¹⁵.

A propriedade, como reconhece SEABRA, era uma questão fundamental: “a nossa existencia, a nossa liberdade, o nosso passado, o nosso futuro, a industria, a sciencia, as artes, a moral, e a mesma religião, tudo se liga e prende á questão de Propriedade, único princípio e fim da sociedade”, assim, “em ultima analyse comprehende e absorve todos os Direitos do homem, ou, para melhor dizer, é origem e fundamento de todos elles”¹¹¹⁶. Esse tema foi desenvolvido a partir da perspectiva organicista e do método analítico de “observação da natureza”, já que para ele era “nesta Lei da Natureza que se fundam os Direitos imprescriptíveis do homem”, também a denominada “propriedade inevitavel, – a da nossa propria pessoa”¹¹¹⁷.

1111 *Ibidem*, p. 35.

1112 *Ibidem*, p. 34.

1113 *Ibidem*, p. 35 e 37.

1114 *Ibidem*, p. 38, e 84 s.

1115 *Ibidem*, *passim*; com destaque, p. 163.

1116 *Ibidem*, p. 1 e 9.

1117 *Ibidem*, p. 4, 7 e 10. Quanto à ideia da liberdade pensada enquanto propriedade, foram indicadas as influências de Antoine Louis C. DESTTUT DE TRACY e Johann A. BRUCKNER. Neste último, na obra *Essai sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, 2ª ed., Leipzig, C. H. F. Hartmann, 1818, podemos encontrar a questão da alienação de direitos no § 276, p. 311 ss, bem como

O ser humano é pensado como “uma *monada*”¹¹¹⁸, em que a propriedade do próprio corpo vem a ser a principal essencialidade para os outros direitos. Para SEABRA, recebeu “em todas as linguas uma denominação especial; – chamou-se liberdade”¹¹¹⁹. Portanto, a liberdade é considerada como a propriedade do próprio corpo. Nesse sentido, “o direito é uma faculdade ou poder”; “esta faculdade, este poder, chama-se direito de propriedade, quando versa sôbre cousas, que dependem da nossa livre disposição”¹¹²⁰. Em linhas breves, estamos diante da fundamentação do liberalismo, característico do séc. XIX, construído a partir da propriedade.

Tal concepção de propriedade, de acordo com REIS MARQUES, foi inserida no art. 2167º do Código Civil Português de 1867, através de uma definição filosófica de propriedade: “diz-se direito de propriedade a faculdade, que o homem tem, de aplicar á conservação da sua existencia, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, póde dispor livremente”¹¹²¹. Não podemos esquecer que tal construção da propriedade, que integra a lei, vinha sendo realizada doutrinariamente¹¹²².

A liberdade pensada a partir da dimensão da propriedade e com a grande preocupação com a segurança jurídica se faz muito presente em SEABRA¹¹²³. Propriedade enquanto liberdade, assim identificada como “primeira Propriedade”, “nasce com o indivíduo, e não depende

a exposição do problema da escravidão sobre a perspectiva dos limites morais da alienação irrestrita de direitos, que deveria ser expressamente vedada pela lei positiva (§ 291, p. 334 s). A influência desse pensamento pode ser vista numa manifestação sobre a abolição da escravidão, cfr. BUSCH E VARELLA, *op. cit.*, p. 7: “importa a violação da propriedade do homem sobre si mesmo”.

1118 SEABRA, *op. cit.*, 1850, p. 18. É evidente a influência das “Monades” de Gottfried Wilhelm LEIBNIZ, cfr. introdução à obra *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, 2ª éd., Paris, Librairie Hachette et Cie., 1898, p. 21 s.

1119 SEABRA, *op. cit.*, 1850, p. 11.

1120 *Idem*, *op. cit.*, 1859, p. 29.

1121 *Op. cit.*, 2011, p. 34. Texto do Código em PORTUGAL, *Código Civil Portuguez: approved por carta de lei de 1 de julho de 1867*, 2 ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1868, p. 357.

1122 Cfr., CARDOZO DA COSTA, *op. cit.*, 1822.

1123 *Op. cit.*, 1850, p. 203.

de acto algum seu”, a que corresponderia o primeiro dever de “defendê-la e conservá-la”¹¹²⁴. Para além da primeira propriedade haveria “o Direito geral de apropriação, *commum* a toda a espécie, e resultante das leis geraes da Natureza, como uma necessidade, uma condição de existencia”, sendo condição para a propriedade individual, a “segunda Propriedade”¹¹²⁵. As relações entre os direitos subjetivos, a propriedade de cada um entendida como liberdade e o sentido da liberdade de disposição em termos de utilidade, formavam o seu grande paradigma jurídico. Diante dele, corresponderia o dever do governo para a sua manutenção, especialmente pela via da “lei”, mas não ainda numa concepção normativista e voluntarista, típica do positivismo, em vista da preservação do justo no Direito¹¹²⁶.

A centralidade da propriedade pode ser vista também em VICENTE CARDOSO DA COSTA. Desde o *suum cuique tribuere*, a propriedade é considerada como sinônimo de “Direito Civil”, “ao nível dos princípios”¹¹²⁷. Seria o “luminoso principio da Justiça Universal”, inspirado em LOCKE, para logicamente afirmar que “*não he possivel haver injustiça, aonde não ha propriedade*”¹¹²⁸. CARDOSO DA COSTA indica o sentido da propriedade, dentre tantas outras dimensões, à “nossa vida”, ao “nosso corpo”¹¹²⁹. Vemos aí também, muito claramente, a importância que o direito de propriedade possuía nas reflexões e propostas das juridicidades do séc. XIX. No Brasil, ANTONIO JOAQUIM RIBAS afirmava que “o acto pelo qual o homem subordina o fim das cousas ao seu, ou estabelece o seu imperio exclusivo e absoluto sobre ellas, é o que se denomina apropriação, e o direito que sobre ellas adquire – propriedade”¹¹³⁰.

SEABRA assim afirmou sobre a escravidão: “resulta que a pri-

1124 *Ibidem*, p. 13 e 15.

1125 *Ibidem*, p. 13.

1126 *Ibidem*, p. 31 e 34.

1127 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 652.

1128 *Op. cit.*, 1822, p. 96 e 97. Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 662 e nota 2097, trata-se de reprodução do empirismo de JOHN LOCKE, contido em *Essai philosophique concernant l'entendement humain, ou l'on montre quelle est l'etendue de nos connoissances certaines, et la maniere dont nous y parvenons*, Amsterdam, Chez Pierre Mortier, 1735, p. 439 s. (Liv. IV, Chap. III).

1129 CARDOZO DA COSTA, *op. cit.*, 1822, p. 98.

1130 ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução ao estudo do direito civil*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1880, tomo I, p. 325.

vação da *liberdade*, desta primeira propriedade do homem, só pôde ser obra de uma força maior, e nunca de um Direito estabelecido pela Natureza; — que o escravo não pôde ter deveres para com o opressor, que desconhece, que despreza os seus direitos naturaes”¹¹³¹. Há a correlação entre propriedade e escravidão, que somente pode ser pensada em termos de “força maior”, bem como o reconhecimento de que os direitos naturais à liberdade das pessoas escravizadas estariam sendo ofendidos. A propriedade ocupava o centro do pensamento do direito do séc. XIX, sendo comumente reconhecido como inviolável¹¹³² para a garantia da segurança jurídica. Entretanto, ao mesmo tempo, reconhecia-se que a escravidão ofendia o direito natural de liberdade, ou seja, a propriedade do próprio corpo.

SEABRA, sobre se a escravidão poderia ser objeto de contratação, reconhecia a exigência do conhecimento do seu objeto pelas partes, sendo que a violação da “liberdade dos contrahentes” provocaria sua nulidade, pois “assim o exige a justa liberdade do homem e o interesse da sociedade”¹¹³³. Considerava “horrível absurdo” a compra da “vida e liberdade de outro homem”, em vista da “*completa liberdade de alienação*”¹¹³⁴. Por isso, inadmitia “a escravidão sancionada pelo Direito natural”, já que sendo “principio admissivel” — “apenas poderemos esperar da philanthropia dos que mandam, semelhante correctivo?” —, estaria impedido o cumprimento do seu próprio e verdadeiro fim: “o homem não pôde attentar contra a sua vida, não pôde alienar a sua liberdade”¹¹³⁵.

A reflexão da escravidão a partir do direito de propriedade demonstrou ser o principal eixo desse debate no campo do direito. Ao permanecer como importante fundamento jurídico da escravidão, influenciou não somente a resistência dos proprietários de escravos, frente ao direito de liberdade que foi sendo afirmado, mas também as lutas dos escravizados e os movimentos abolicionistas. O vínculo entre propriedade e liberdade, que perpassava a própria construção do direito moderno

1131 *Op. cit.*, 1850, p. 16.

1132 *Ibidem*, p. 194.

1133 *Ibidem*, p. 210 e 281.

1134 *Ibidem*, p. 289.

1135 *Ibidem*, p. 290 e 294.

codificado, pode ser visto no *Code civil* francês, no qual a ideia de propriedade era central, sendo “uma exigência ética da personalidade”¹¹³⁶. Contudo, apesar de o direito de propriedade ter sido a principal base de discussão da escravidão, demonstrando a importância do interesse econômico, não pode ser considerada, em termos puramente lógicos ou especulativos, como a única explicação para o fenômeno, já que seria fundamento suficiente para a escravização de outros grupos de indivíduos, não somente dos indígenas e africanos.

O direito de propriedade, sendo central para o direito da escravidão brasileira, foi considerado ao lado de outras questões complexas decorrentes das tentativas de sua adaptação ao direito moderno. Nesse sentido, aquela juridicidade foi marcada pelo choque entre a escravidão tradicional e o direito moderno. Por exemplo, o Código Comercial vedava, em seu art. 273, a propriedade escrava como garantia do contrato de penhor (“Não podem, porém, dar-se em penhor comercial escravos, nem semoventes”), mas admitia o contrato de seguro sobre a vida dos escravos — não dos livres —, nos termos do art. 686, 2 (“sobre a vida de alguma pessoa livre”). O decreto 3.285, de 13 de junho de 1864, em seu art. 64, rezava que era possível ao escravo fazer, caso autorizado pelo senhor¹¹³⁷, “*Seguro mutuo de vidas*”, como tinha sido admitido pela França em suas colônias¹¹³⁸. A lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, vedava a hipoteca, limitando-a aos bens imóveis e aos escravos pertencentes “às propriedades agrícolas” (art. 2º), além de autorizar o penhor dos escravos dessas propriedades (art. 6º, § 6º)¹¹³⁹. Para PERDIGÃO MALHEIRO, tais institutos jurídicos deveriam ser restringidos aos “estabelecimentos agrícolas”, para a “protecção á lavoura”¹¹⁴⁰. Mais ainda, vedava-se a aquisição da propriedade escrava por usucapião, no caso de escravos fugidos¹¹⁴¹.

Como se vê, importa percebermos o alcance do direito de pro-

1136 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 455.

1137 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1864*, tomo XXIV, parte I, p. 120.

1138 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 240.

1139 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1864*, tomo XXIV, parte I, p. 70 e 74. PERDIGÃO MALHEIRO entendia tal medida como retrógrada, cfr. *op. cit.*, 1867b, p. 239.

1140 *Loc. cit.*

1141 Cfr. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1981, p. 49.

priedade para a escravidão brasileira. Abrangia necessariamente qualquer discussão da liberdade, como previa, por exemplo, o *caput* do art. 179 do Código Criminal: “reduzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade”. A perda da liberdade, considerada como propriedade, importava na pena de “prisão simples pela prisão com trabalho, e a multa pela de 500\$ a 1:500\$000”, bem como a definição de um juízo específico para julgar esse delito, “a fim de obviar aos abusos e fazel-os effectivamente punir, como se resolveu quanto ao trafico”, como dispunha a alteração da lei 562, de 2 de julho e regimento 707, de 6 de outubro, ambas de 1850¹¹⁴². Ecoava naquele código também a preocupação com a inobservância da lei de proibição do comércio internacional de escravos de 1831.

De forma ampla, o domínio da propriedade sobre a liberdade durante o séc. XIX resultou da elevação dos valores da segurança jurídica burguesa escravocrata como grade de contenção do movimento abolicionista. Visou sufocar as alterações e projeções de um novo mundo, que passavam a ser desenvolvidas pela filosofia moderna, mas que foram construídas nas lutas por direitos de escravos e livres, para que aquele instante considerado ótimo para as elites da sociedade escravocrata se perpetuasse enquanto paradigma ideal de vida humana. Por essa razão principal, o Brasil não viu consagrada a figura do sujeito de direitos: o ser humano no centro do sistema jurídico. Prevaleceu a preservação daquele mundo, que foi garantido em termos modernos pelo direito de propriedade escrava, resultando na elevação de um paradigma complexo naquela juridicidade oitocentista. Antes de apontarmos qualquer tipo de paradoxo, parece importante notar que a ideia de individualidade ali não era a mesma, não podendo haver aqui qualquer confusão, da construída após as duas Grandes Guerras, que alçaram os direitos humanos às categorias mais elevadas dos sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

Muito pelo contrário, o ser humano no direito da escravidão brasileira pautou-se pelo direito de propriedade. Foi diante da perspectivação da propriedade escrava que autores como TEIXEIRA DE FREITAS¹¹⁴³ e JOSÉ DE ALENCAR¹¹⁴⁴ procuraram organizar o direito a partir da divisão

1142 Perdigão Malheiro, *op. cit.*, 1867b, p. 242.

1143 *Op. cit.*, 1911a, p. XL s.

1144 *A propriedade*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1883, p. 27 s.

essencial entre direitos reais e direitos pessoais¹¹⁴⁵, integrando outras distinções com o mesmo sentido, como a divisão entre o direito público e o privado¹¹⁴⁶. Buscava-se ali certa organização moderna dos materiais jurídicos, que foram sendo pautados pelo direito da propriedade e mantidos os fundamentos da propriedade escrava num sentido derivado do *usus modernus pandectarum*. Portanto, não ocorreu em consequência a uma racionalização moderna aglutinativa qualquer¹¹⁴⁷, que tivesse força para provocar a viragem do paradigma jurídico brasileiro.

Parece importante mobilizar a noção de propriedade, na forma como pensada por VICENTE FERRER, cuja influência na discussão da escravidão brasileira foi absolutamente decisiva, particularmente da propriedade pensada a partir de uma concepção de direito natural, vinculando a “natureza humana” com sua aquisição¹¹⁴⁸. Assegurava-se ali não só a segurança da origem da propriedade, como as demais relações jurídicas daí decorrentes, fundando-as especialmente na ideia estabilizadora da necessidade¹¹⁴⁹. Para esse jurista fundamental, a propriedade fundava-se no direito natural, mas o seu exercício em sociedade dependia do exercício político expresso no direito positivo¹¹⁵⁰, que seria definido como “complexo das leis, estabelecidas por uma nação, como condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da sociedade”¹¹⁵¹. Com a atenção de que a ideia de lei era muito mais ampla do que se verá inscrita no paradigma normativista-positivista, já que a base de sua reflexão está fundada no direito natural.

Tal tensão na obra de FERRER aponta para a problemática do direito de propriedade escrava no Brasil, em que de um lado havia a noção de direito natural e o seu paradigma complexo da juridicidade, do Antigo Regime, que a reconhecia integrada a um sistema plural de fontes jurídicas, e de outro, a ascensão, sentida na perseguição da cons-

1145 Iris Saraiva RUSOWSKY, “Direitos pessoais e escravidão no século XIX”, *Revista Jurídica Lusó Brasileira*, Lisboa, Universidade de Lisboa, ano 2, n. 4, 2016, p. 1020 s.

1146 Cfr. TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1911a, p. LXII.

1147 Cfr. RUSOWSKY, *op. cit.*, p. 1027 s.

1148 *Op. cit.*, 1843b, § 95, p. 74.

1149 *Ibidem*, p. 77 s.

1150 *Ibidem*, § 105, p. 80.

1151 *Ibidem*, § 39, p. 34.

trução do direito civil codificado, da importância do direito de propriedade e da segurança jurídica. Daí o choque entre o direito tradicional e o novo paradigma jurídico do cada vez mais influente projeto iluminista de direito. Como o problema não foi resolvido enquanto viva a escravidão brasileira, não tendo se dado a mudança do paradigma jurídico, a propriedade escrava permaneceu fundada em uma noção de direito natural, mas especialmente protegida por vários textos legislativos, que asseguravam o direito de propriedade, como se deu com o art. 179 da Constituição Imperial.

Não deixa de ser bastante significativo que na *Slavery Convention*, de 1926, celebrada pela Liga das Nações Unidas, a escravidão também foi conceituada em termos de direito de propriedade, na forma do art. 1º: “*slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised*”. Isso com claros propósitos de regulação em termos de política colonial (art. 2º, “*in respect of the territories placed under its sovereignty, jurisdiction, protection, suzerainty or tutelage*”), ainda gradualista (b, “*to bring about, progressively and as soon as possible, the complete abolition of slavery in all its forms*”)¹¹⁵². Não se nota ali, naquele importante marco do direito ocidental, já avançado o séc. XX, qualquer referência ao direito de liberdade ou menos mobilização de uma noção de individualidade jurídica em termos modernos.

Dentro da problemática da escravidão, no eixo do direito de propriedade, foram discutidas não somente as questões jurídicas decorrentes da negociação desse direito, mas fundamentalmente a própria violência contra os escravizados, sob a ótica do uso ou abuso de direitos, bem como a possibilidade ou não de o Estado tratar dessa temática e regulá-la por leis estatais. Da mesma forma, foram discutidas as formas de se encerrar a escravidão, com a aquisição da própria propriedade pelos seres humanos escravizados, ou a sua desapropriação pelo Estado, mediante indenização aos proprietários. Por isso, não pode surpreender que, após a abolição da escravidão no Brasil, tenha permanecido o

1152 Cfr. Jessica BELL, “Contemporary Slavery and International Law”, in Arianna NOWAKOWSKI *et al.* (eds), *Human Rights & Human Welfare: Graduate School of International Studies*, Denver, University of Denver, 2008, p. 35-42.

debate quanto às indenizações do direito de propriedade que teria sido alegadamente violado pelo Estado¹¹⁵³.

Dessa forma, o direito da escravidão foi pensado sem ainda a igualdade entre as pessoas, com profundas consequências para as reflexões jurídicas dos problemas práticos do direito. Tal panorama evidente, mas quase sempre escamoteado, constituiu-se num paradigma de oposição máxima ao projeto iluminista, que inseriu o ser humano no centro do sistema. É essa mudança que o direito brasileiro testemunhou em outro contexto, com a codificação civil no séc. XX, que inaugurou nacionalmente a construção um sistema hierarquizado de fontes, cujo auge se deu com a Constituição de 1988. Tais alterações somente podem ser reconhecidas com a consideração da temática da escravidão, sem a qual pouco se compreende do fenômeno jurídico no Brasil. Porém, domina ainda certo discurso homogeneizante dessa construção, que tem impedido a reflexão jurídica brasileira de reconhecer que a escravidão condicionou a formação do pensamento jurídico brasileiro, como atestam as reflexões jurídicas do direito da propriedade.

7. Direitos dos escravos

Importa considerar, com atenção ao fenômeno jurídico, enquanto manifestação cultural construída no tempo histórico humano, e ao pensamento crítico, que na juridicidade da escravidão brasileira foram desenvolvidos direitos dos escravos¹¹⁵⁴. Paradoxo se pensado anacroni-

1153 AFONSO ARINOS de Melo Franco, *Rodrigues Alves: apogeu e declínio do Presidencialismo*, Brasília, Senado Federal, 2001, v. 1, p. 154. A discussão teria provocado, ao lado de outros motivos, o fim do regime monárquico no Brasil.

1154 Segue pensada dialeticamente tal noção, em relação à construção do direito estatal, sem atingir outras juridicidades diversas que poderiam ser reconhecidas nas comunidades de pessoas que conseguiram escapar da escravidão, como os quilombos, além das comunidades indígenas ou outros agrupamentos humanos. O panorama é alcançado minimamente com o reconhecimento das insuficiências do chamado “discurso colonial”, como pode ser visto em Maria Ximena SENATORE; PEDRO PAULO A. FUNARI (eds.), *Archaeology of Culture: Contact and Colonialism in Spanish and Portuguese America*, London, Springer, 2015.

camente, partindo da compreensão do Direito em nosso presente, que tem o ser humano livre e digno em seu centro, mas perfeitamente identificado na então sociedade escravocrata brasileira. Algo facilmente reconhecido nas mais diversas manifestações práticas daquela juridicidade e nas discussões judiciais que as acompanharam, como testemunham as ações judiciais de liberdade e de escravidão.

Como sabemos, a atenção à sincronia é sempre exigida num trabalho de pesquisa jurídica crítico-reflexiva. Porém, com a devida advertência de termos mobilizado muitas investigações com outras intencionalidades¹¹⁵⁵, que não propriamente a jurídica, além de pesquisa em fontes diretas. Procuramos corresponder a tal dimensão ampla suficientemente, diante da extensão das temáticas e dos materiais que nos serviram para compreender com maior profundidade os sentidos das interpretações daquela juridicidade brasileira complexa, ao menos além da mitologia de um certo modelo de direito moderno. Justamente o ainda dominante pano de fundo ideológico do paradigma jurídico atual, que tem impedido a percepção do fenômeno jurídico no tempo e no espaço através do domínio do mundo positivo, voluntarista e estatalista. No nosso sentir, segue como a principal causa que afasta o reconhecimento histórico da existência de direitos das pessoas escravizadas.

Se hoje a possibilidade de aprofundamento da construção da juridicidade enquanto fenômeno humano, social e cultural exige o nosso esforço crítico e investigativo, entendemos que tal exigência se aprofunda para reflexão de fenômenos que partem de uma sociedade escravocrata já superada, mas cujos reflexos nos atingem. Por isso, quando CASTANHEIRA NEVES afirma que “não há direito para os escravos”, certamente o afirma perante o paradigma jurídico posterior ao conhecido pela sociedade escravocrata brasileira, na qual o sujeito de direitos é a “*condição transcendental do direito*”, “*a liberdade é condição transcendental da normatividade*” e o Direito, considerado impossível sem aquela condição primordial da própria personalidade humana¹¹⁵⁶. Afirma-se o

1155 Cfr. AZEVEDO, *op. cit.*, 2010. Trata-se de exemplo da história social brasileira, na qual busca-se a compreensão da sociedade escravocrata a partir das manifestações das juridicidades.

1156 *Op. cit.*, 2010c, p. 32. No mesmo sentido, compreendemos a afirmação da “obediência” do escravo ao senhor, cfr. p. 36. Também em *op. cit.*, 2010a, p. 299.

sentido do Direito, a partir de um valor humano básico e essencial da liberdade e da igualdade, ausente na sociedade escravocrata brasileira.

No Brasil, contudo, o tema nos parece fundamental para a compreensão do sentido de direito desde a escravidão, em que a tradição formou-se doutrinariamente para equilibrar as mudanças sociais a partir de uma juridicidade ainda não moldada exclusivamente a partir das leis. Com essa carga simbólica, se deu a ascensão do paradigma estatista do direito, no qual, através da preferência pela via legislativa, prevaleceu o modelo de alteração do mundo do direito por textos legais.

Na sociedade escravocrata brasileira, o direito dos escravos foi assumido, apesar de não afirmada a “qualidade de sujeito de direitos”¹¹⁵⁷ e sem elevar o direito moderno. Tal figura está ausente naquele contexto, sendo somente possível com a alteração posterior do paradigma jurídico, que impedia a pessoa escravizada de fazer valer em juízo as suas pretensões diretamente: daí as alianças entre livres e escravos para ajuizamento de pretensões judiciais. Contudo, eram comuns naquela juridicidade tradicional da escravidão brasileira os chamados direitos costumeiros dos escravos, como o pecúlio, que posteriormente passou a ser regulado em lei, como no caso do ventre livre de 1871. O pecúlio, aliás, testemunha o desenvolvimento de um direito dos escravos,¹¹⁵⁸ que percorreu a trilha da juridicidade tradicional até ser regulado legislativamente.

O instituto jurídico do pecúlio foi muito conhecido desde a escravidão antiga¹¹⁵⁹. No direito brasileiro, de acordo com PERDIGÃO MALHEIRO, o pecúlio sempre foi “tolerado”¹¹⁶⁰. Indica o exemplo dos escravos

1157 FERRARA *apud* MANUEL A. Domingues DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*, Coimbra, Livraria Almedina, 1960, v. I, p. 41.

1158 Em paralelo, a obtenção de dinheiro e o investimento em poupança, cfr. Thiago ALVARENGA, *Ato de Poupar dos Escravos: Poupanças de escravos no Rio de Janeiro ao longo do século XIX*, Mestrado em História, Niterói, ICHF-UFF, 2016.

1159 Cfr. Alfons BÜRGE, “Lo schiavo (in)dependente e il suo patrimonio”, in Alessandro CORBINO *et al.*, *Homo, caput, persona: la costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, IUSS Press, 2010, p. 370 s. Cabe ressaltar que as pesquisas sobre a escravidão antiga, ao contrário das *antiquitates*, que eram pretensos estudos sem preocupação metodológica mais séria, somente passaram a ser realizadas na década de 1960, cfr. MOSES FINLEY, *op. cit.*, p. 128 s.

1160 *Op. cit.*, 1867b, p. 115.

Minas: “nação negra mais inteligente, activa, laboriosa e economica”, que formava pecúlio e se organizava comunitariamente para conseguir comprar a liberdade¹¹⁶¹. Por isso, a sua proposta de abolição passava pelo direito à formação de pecúlio, que deveria ser oportunizado para facilitar a emancipação pelos próprios escravos, bem como estimular o interesse pelo trabalho¹¹⁶².

O conceito de pecúlio era bastante amplo, não integrando somente o direito da escravidão. SEABRA refere-se a ele quando trata dos(as) portugueses que iam ao Brasil trabalhar e obtinham “um pequeno pecúlio, que é o salario de longos anos”¹¹⁶³. O pecúlio possuía o sentido de remuneração obtida através do trabalho, livre ou não. No direito brasileiro, foi assumido com o sentido de formação de capital para utilização em gastos pessoais. Mas, para as pessoas escravizadas, ganhava importância muito extrema, servindo de caminho para adquirir a própria liberdade, no sentido da obtenção da propriedade do próprio corpo. Formava-se individualmente, mas também coletivamente através de ajuda mútua, dentro de uma mesma família, grupos maiores ou menores, além de associações criadas para essa finalidade.

O direito de formação do pecúlio, não somente dos escravos, foi um fator importante de equilíbrio político e social da sociedade escravocrata. Como nos indicam os textos jurídicos daquela época, fontes escritas também pelos seres humanos escravizados, o pecúlio integrava as lutas por direitos¹¹⁶⁴, sendo plenamente reconhecido naquele contexto. Constitui-se, assim, como caminho fundamental para a crítica das falsas representações de uma alegada — e imaginária — pacificidade na era da escravidão. Afasta a imagem da mitológica sociedade escravocrata-

1161 *Ibidem*, p. 172, nota 550.

1162 *Ibidem*, p. 240.

1163 *Op. cit.*, 1850, p. 50.

1164 Cfr. Mahommah Gardo BAQUAQUA, *Biography*, Detroit, Geo. E. Pomeroy, 1854: escravizado na África, comercializado no Brasil, passando pelo Haiti e pelos Estados Unidos. A importância desse texto pode ser vista em sua edição comentada: Paul LOVEJOY; Robin LAW, *The biography of Mahommah Gardo Badaqua: His Passage from Slavery to Freedom in Africa and America*, Markus Wiener, Princeton, 2007. Quanto à importância para a escravidão brasileira, cfr. Paul LOVEJOY, “Identidade e a miragem da etnicidade: a jornada de Mahommah Gardo Baquaqua para as Américas”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 27, 2002, p. 9-39.

ta, que para o(a) observador(a) acrítico(a) segue assentada em textos considerados “clássicos”¹¹⁶⁵. Basta a indicação de algumas perspectivas investigativas, além da extrema violência daquele tipo de sociedade, como o do sentimento do medo¹¹⁶⁶, no caso dos movimentos assemelhados à rebelião no Haiti: os “haitismos”¹¹⁶⁷, para afastar aquela mitologia equivocada.

É possível apontar a atuação organizada dos escravos na sociedade escravocrata, também as suas estratégias e sutilezas, como as alianças e atuações políticas¹¹⁶⁸, nas quais o direito à formação do pecúlio teve um destaque muito especial. Foi sendo assumido com muita importância, ao ponto de ser reconhecido social e juridicamente, independentemente da vontade do proprietário do escravo, para permitir a aquisição do direito à emancipação¹¹⁶⁹, portanto, sendo imposto mesmo em desfavor do direito de propriedade. Apesar de desenvolvido costumeiramente, tal direito foi positivado na lei do ventre livre, que procurou recuperar o controle senhorial através da exigência do “consentimento do senhor”, nos termos do *caput* do art. 4º¹¹⁷⁰, para a realização de trabalho e formação de economias próprias para o ser humano escravizado. No ponto, através dessa lei, tentava-se responder à perda de poder político pela classe senhorial. De qualquer forma, sem entrar na problemática

1165 Para ficarmos em algumas, sem desconsiderar a importância da valorização da temática da escravidão no Brasil, cfr. GILBERTO FREYRE, *op. cit.*, 1934; e *Açúcar: Uma sociologia do doce, com receitas de bolos e doces do Nordeste do Brasil*, 5 ed., São Paulo, Global, 2012. Tais textos têm ainda sido usados para fundar o mito da democracia racial no Brasil, sendo raramente considerados criticamente pela pesquisa jurídica brasileira.

1166 Para aprofundar o tema do “medo” e a escravidão, cfr. CELIA MARIA Marinho de AZEVEDO, *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – séc. XIX*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987; Sidney CHALHOUB, “Medo branco de Almas Negras: Escravos, Libertos e Republicanos na Cidade do Rio”, *Revista Brasileira de História*, São Paulo, ANPUH, v. 8, n. 16, 1988, p. 83-105; MARIA HELENA Pereira Toledo MACHADO, *O plano e o pânico: os Movimentos Sociais na década da Abolição*, São Paulo, Edusp, 1995; e AZEVEDO, *op. cit.*, 1999. Cfr. MACIEL DA COSTA, *op. cit.*

1167 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 187. Para as rebeliões no comércio internacional Atlântico, cfr. GRINBERG; BORGES; SALLES, “Rebeliões escravas antes da extinção do tráfico”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009a, p. 235-270.

1168 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 63 s.

1169 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 233.

1170 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 149.

dessa tensão aí existente, após obtido o valor para compra da liberdade, o direito à alforria não mais se condicionava ao prévio consentimento do proprietário, nos termos do § 2º do mesmo artigo. O pecúlio, fundado inicialmente em fontes costumeiras, que sofreu diversas variações no tempo e no espaço, além das diferenças normalmente indicadas entre o campo e as cidades, foi um dos direitos dos escravos que marcaram a juridicidade complexa daquele mundo dos *status* da sociedade escravocrata. Definição do ser humano, como afirma LUIZ MARIA VIDAL, a partir de sua “sorte”: “homens livres, escravos, criados de servir, cidadãos, estrangeiros, pais-famílias e filhos-famílias”¹¹⁷¹. O mundo dos *status* buscou se manter vivo mesmo através de leis criadas com aspiração à modernidade, na base da organização jurídica da ordem privada pelo Estado brasileiro.

Na lei do ventre livre, em seu art. 4º, previa-se a diferenciação entre os tipos de recursos para a formação do pecúlio, como “doações, legados e heranças”, enquanto fontes alheias à esfera do domínio do senhor, além dos provenientes “do seu trabalho e economias”, que procurava manter ainda condicionadas ao consentimento senhorial¹¹⁷². Em todo o caso, vemos claramente aí um exemplo de ascensão do poder estatal, através do direito, para a tentativa de controle da sociedade escravocrata, pois almejava a alteração do poder senhorial, regulando o exercício do seu direito pelo Estado, além da contenção, através da lei, da via construída costumeiramente para o ser humano escapar da escravidão, mesmo que muito estreito¹¹⁷³.

Diante do mundo da pluralidade, a construção da autonomia privada pelo direito estatal foi sendo alterada também em razão da luta por direitos dos escravos¹¹⁷⁴. São movimentos ocorridos em correlação com o processo de mudanças das racionalidades no séc. XIX, sendo fa-

1171 *Op. cit.*, p. 10.

1172 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 149.

1173 Os índices de libertação, com esses fundamentos, teriam sido baixos, cfr. Ricardo SALLES, “Vassouras – século XIX. Da liberdade de se ter escravos à liberdade como direito”, in MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 303.

1174 Temática manifesta dos textos de juristas da sociedade escravocrata, mas que foram sendo abandonados após a abolição, sendo um dos grandes motivos de um certo “retardamento do processo de luta por direitos civis” no Brasil, cfr. BOTELHO; SCHWARCZ, “Cidadania e Direitos: aproximações e relações”, in BOTELHO *et al.*, p. 17.

tores decisivos para as transformações do direito da escravidão, até a abolição. As alterações, cada vez mais recorrentes pela via legislativa, demonstram a atuação estatal para o controle do mundo social da escravidão em transformação. Com o decreto 5.135, de 13 de novembro de 1872, que regulamentou a lei do ventre livre, procurava-se garantir o direito ao pecúlio com estipulações para conservação dessas economias através de providências a serem determinadas pelos juízos de órfãos¹¹⁷⁵ (art. 53), bem como o recolhimento dos montantes ao Tesouro Nacional (art. 55)¹¹⁷⁶. As quantias depositadas deveriam ser escrituradas, após determinação daquele juízo, em nome do ser humano escravizado, com a identificação expressa de “Pecúlio de escravos”, na forma do aviso 248, de 24 de julho de 1874¹¹⁷⁷. Num exemplo, tal procedimento, bem como o reconhecimento do direito ao pecúlio de um escravizado de nome “BENEDICTO”, consta expressamente no aviso 480, de 18 de dezembro de 1874, da lavra do Ministro dos Negócios da Fazenda, o Visconde do Rio Branco¹¹⁷⁸.

O pecúlio relacionava-se, assim, com a expectativa de compra da própria propriedade pelo escravo, garantindo certa autonomia financeira para melhorar as condições de vida e a própria subsistência. O mais claro caso de formação de pecúlio se dava com os chamados “escravos de ganho”: pessoas escravizadas, usualmente habitantes de cidades, que possuíam autonomia para a realização de atividades econômicas, como a venda de alimentos ou a realização de serviços gerais para obtenção do “jornal”. Trata-se de remuneração por trabalho não realizado diretamente aos proprietários, mas cuja fração pertencia ao titular do domínio. Porém, tal relação se dava também no campo, apesar de menos comum, com o aluguel de escravos para prestar serviços em outras propriedades rurais ou através da venda de produtos produzidos autonomamente pelos escravizados, em suas próprias roças¹¹⁷⁹, fundadas

1175 Dentre outras diversas atribuições, eram responsáveis pelo fornecimento de mão-de-obra para obras públicas e privadas, daí a competência fixada para julgar as ações de liberdade e escravidão.

1176 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1872*, tomo XXXV, parte II, p. 1064-1066.

1177 *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1874*, tomo XXXVII, p. 195.

1178 *Ibidem*, p. 395.

1179 Quanto ao gerenciamento dos escravos pelos proprietários e a luta por espa-

enquanto direitos costumeiros. A lei do ventre livre, em seu art. 2º, § 1º, 2º, dispôs da formação de pecúlio nos casos de entrega dos escravos do Estado para associações, que poderiam “alugar esses serviços”¹¹⁸⁰. Além desses exemplos, o pecúlio foi utilizado por movimentos coletivos, mais ou menos amplos, organizados através de ajudas mútuas para a conquista da liberdade através da compra da propriedade. Conhecidos como “irmandades de pretos”, mesmo antes do pecúlio legal, lutaram para a compra das liberdades de seres humanos escravizados. Assim, “a lei de 1871, ao reconhecer o direito de o escravo alforriar-se pela compra da alforria como seu pecúlio, reconhecia e amparava legalmente uma expectativa bastante antiga dos escravos”¹¹⁸¹.

A lei do ventre livre realizou a passagem de várias práticas jurídicas reconhecidas na sociedade escravocrata para a dimensão positiva do direito. A nova legislação, apesar de perspectivar o fim da escravidão, com o reconhecimento da liberdade a partir do nascimento, mantinha as pessoas nascidas sob o poder senhorial¹¹⁸², pelo prazo de 21 anos. Contudo, a lei do ventre livre estabeleceu no tempo o fim da maior via de escravização de seres humanos — o nascimento — após o fim do comércio internacional. Buscava-se de certo modo estabilizar o direito da escravidão, diante do evidente receio de que tal mundo estava para ser encerrado pela luta de escravos, libertos e livres.

Sem entrarmos aqui no perigoso terreno da avaliação de contextos que não são os nossos, sob perspectivas morais e evolutivas, diante da extensa bibliografia hoje disponível¹¹⁸³, podemos afirmar que a lei do

ços dentro da ordem escravista, cfr. MARQUESE, *op. cit.*, 2004, p. 283 s.

1180 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 148.

1181 JOSELI MENDONÇA, *op. cit.*, p. 56-57.

1182 No Museu Histórico Nacional do Rio de Janeiro, encontra-se exposta obra de A. D. BRESSAE (“Alegoria á lei do ventre livre: escultura alegórica executada a mando de membros do movimento abolicionista”), do séc. XIX, na qual uma criança de oito anos tem na mão esquerda uma pequena corrente rompida, e, na mão direita levantada, acima da cabeça, segura uma placa com a inscrição “Honra a D. Pedro II”. Temos aí um enigma, mas que é resolvido com a leitura da lei 2040, de 28 de setembro de 1871, art. 1, § 1º, em que o ventre não fora considerado imediatamente livre, mas perspectivado no tempo, para a sobrevivência do direito da escravidão.

1183 Cfr. GRINBERG, *op. cit.*, 2002 e 2008b; AZEVEDO, *op. cit.*, 2010; CHALHOUB, *op. cit.*, 2011.

ventre livre causou um impacto muito profundo. Quanto aos direitos dos escravos, foram reconhecidos, para ficarmos nos principais, além do pecúlio: o direito de liberdade¹¹⁸⁴ aos(às) filhos(as) de escravas, suspenso até os oito anos e com a possibilidade de continuação dos serviços até 21 anos¹¹⁸⁵ (art. 1º, § 1º); o direito de “remir-se” desse “ônus de servir”¹¹⁸⁶ mediante indenização (§ 2º); o direito de a mãe ser acompanhada de seu filho de até 12 anos em caso de alienação (§ 5º); o direito de ser posto em liberdade antes dos 21 anos em caso de “castigos excessivos”, quando reconhecidos por “juízo criminal” (§ 6º); o direito de herança em caso de morte do escravos para seu cônjuge, sendo a metade no caso de descendentes (art. 4º, § 1º); o direito à alforria em caso de indenização da propriedade e fixação de seu valor por arbitramento (art. 4º, § 2º); o direito dos escravos contratarem seus próprios serviços com terceiros, com o consentimento (art. 4º, § 3º); o direito à alforria em caso de escravo de propriedade de condôminos, ser libertado por um deles, mediante indenização a outros ou prestação de serviços (art. 4º, § 4º); o direito à conservação da família escrava em caso de alienação, sob pena de nulidade (art. 4º, § 7º); o direito aos alimentos em caso de abandono (art. 6º, § 4º); por fim, o direito de ser considerado livre se não for feita a matrícula no prazo fixado (art. 8º, § 2º)¹¹⁸⁷.

Somente com esses poucos exemplos fica claro que o reconhecimento de direitos aos seres humanos escravizados foi evidente, e que a compreensão mais profunda do direito da escravidão certamente passa por aí, destacando-se os direitos ao pecúlio, à alforria, ao casamento e à formação de família. Tais direitos foram existentes em toda a era da escravidão, seja indígena ou africana, desde a formação da América portuguesa e do Brasil, sendo desenvolvidos numa juridicidade de Antigo Regime. Lembramos que a segurança jurídica, garantida pelo Estado

1184 Acreditamos ser a primeira referência ao direito de liberdade (“condição livre”) dos seres humanos escravizados, não mais a fórmula da propriedade do próprio corpo.

1185 Caminho que foi escolhido, majoritariamente, pelos(as) proprietários(as), cfr. Ricardo SALLES, “As águas do Niágara, 1871: crise da escravidão e o ocaso saquarema”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009c, p. 73. Por isso, a opção pela entrega das crianças ao Governo, mediante o pagamento de indenização, foi rara.

1186 Trata-se de arranjo legal para disfarçar a continuidade da escravidão por mais 21 anos, para a sua sobrevivência até 1892.

1187 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, tomo XXXI, parte I, p. 147-151.

brasileiro, só passou para o primeiro plano em meados do séc. XIX, através do controle político do direito visível claramente na lei 105, de 12 de maio de 1840, que procurou dominar a interpretação jurídica¹¹⁸⁸.

Assim, a lei do ventre livre reconhecia muito do que havia sido já construído na luta por direitos de escravizados e proprietários¹¹⁸⁹. O casamento, por exemplo, representava a busca por uma vida melhor, ao permitir a permanência com familiares, bem como fator de estabilização e desenvolvimento da sociedade escravocrata. PERDIGÃO MALHEIRO via o casamento como garantia excepcional de “propagação regular da prole”, e MACIEL DA COSTA¹¹⁹⁰ defendia que deveria ser valorizado para a sobrevivência da escravidão. O casamento dos escravos, antes da lei do ventre livre, foi considerado para a concessão da liberdade às esposas dos chamados “escravos da Nação” que lutaram na Guerra do Paraguai, na forma do decreto 3725, de 6 de novembro de 1866¹¹⁹¹. Após a implantação pelo Estado, o casamento dos escravizados passou a ser inscrito no registro civil através da averbação da “mudança do estado civil das pessoas”, na forma do art. 24, independentemente da “condição dos conjuges: se ingenuos, libertos, ou escravos”, no art. 63, § 6º, todos do decreto 5604, de 25 de abril de 1874¹¹⁹².

Assim, os direitos dos escravos foram construídos tradicionalmente sem o sentido positivo das normas jurídicas. Naquele paradigma plural, as fontes jurídicas ainda não tinham sido dominadas pela interpretação do tipo imposto pelo legal-normativismo, sendo reconhecidas organicamente e manipuladas a partir das lógicas complexas do Antigo Regime. Tal se dava nos tribunais, como demonstram as ações de liberdade¹¹⁹³, a partir das construções dos direitos socialmente, naquele mundo de seres humanos escravizados e livres. A partir daí, pela via preferencial da interpretação, o Estado buscou o controle das ações judiciais em geral, não somente das relacionadas com a escravidão, desde

1188 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1840*, tomo III, parte I, p. 5-7.

1189 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 115.

1190 *Op. cit.*, p. 53 s.

1191 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1866*, tomo XXIX, parte II, p. 313-314.

1192 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1874*, tomo XXXVII, parte II, p. 438 e 445.

1193 Cfr. GRINBERG, *op. cit.*, 2008b; AZEVEDO, *op. cit.*, 2010.

a regulamentação de ritos e procedimentos até chegar ao arbitramento judicial dos valores da propriedade escrava. De forma progressiva, mas não linear, passou a ocorrer a conversão para a dimensão da positividade da lei de direitos variados considerados até então costumes e práticas daquela sociedade.

Não somente eram evidentes os direitos dos escravos, como passaram a ser reconhecidos a partir de uma especial áurea liberal da segurança jurídica, garantida pelo Estado, particularmente quanto ao direito de propriedade. Tal se dava, *v. g.*, como destaca TEIXEIRA DE FREITAS, no caso da proteção ao dinheiro e aos bens móveis¹¹⁹⁴ dos seres humanos escravizados. E o reconhecimento de direitos dos escravos, de pronto, afasta o manto de uma historicidade positivista acrítica, na qual, sem qualquer aprofundamento científico, afirma-se a impossibilidade de escravos serem titulares de direitos, naquele direito plural.

Mais ainda, a capacidade (“aptidão”) de aquisição de direitos pelos escravos, para TEIXEIRA DE FREITAS, seria condição suficiente para considerá-los, por mais paradoxal que possamos considerar, como pessoas, não coisas, em seu projeto de modernização do direito civil brasileiro¹¹⁹⁵. O jurista responsável pela busca pela codificação civil brasileira, reconhecendo os direitos dos escravos, procurou compatibilizar a mudança provocada pela modernização do direito com a escravidão. Optou por esse caminho para resolver o problema da codificação civil brasileira, através de uma peculiar construção da figura do sujeito de direitos que admitia a pessoa escrava. Tal opção, no nosso sentir, não foi realizada por desconhecimento dos projetos de modernização do direito, que até aquele momento haviam sido realizados. Bastam as polêmicas com SEABRA quanto ao tema da codificação¹¹⁹⁶, para afastarmos as dúvidas quanto ao seu conhecimento das consequências do direito moderno codificado para as juridicidades tradicionais.

No eixo da problemática da codificação no Brasil, destacava-se o esforço claro de conservação e acomodação do direito da escravidão. TEIXEIRA DE FREITAS, através do seu projeto para a juridicidade brasi-

1194 *Op. cit.*, 1911a, p. 37.

1195 *Op. cit.*, 1952, p. 24.

1196 Para ficarmos apenas com alguns textos: SEABRA, *op. cit.*, 1859; TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1859.

leira, realizou o esforço de sistematização dos materiais jurídicos através da conservação da juridicidade existente, seguindo especialmente o pensamento de SAVIGNY. A seu ver, a codificação do direito brasileiro partia das ideias daquele grande mestre, não do Código Civil francês, que TEIXEIRA DE FREITAS várias vezes repeliu. Sendo o maior expoente do pensamento jurídico brasileiro do séc. XIX, com destaque para seu esforço de reflexão da codificação moderna, que passava certamente pelo “conceito de lei” e pela “racionalização do sistema jurídico”¹¹⁹⁷. Infelizmente, mesmo aí, a juridicidade ainda foi pensada para organizar o direito da sociedade escravocrata, não para reformá-la em profundidade.

8. Abolição e construção simbólica da escravidão

A abolição ocorrida em 1888, para o direito e o pensamento jurídico no Brasil, passou progressivamente a ser considerada como um “não tema” de reflexão crítica da juridicidade nacional. Foi sendo afastada através de um intencional escamoteamento realizado pela modernização do direito brasileiro. Transformou-se, assim, num marco mitológico, através da exploração simbólica e ideológica de tal fato, para encerrar os questionamentos do direito da escravidão e da sociedade escravocrata.

SILVIA LARA adverte que a abolição foi sendo considerada como um momento superado no processo “de modernização do país”, com destaque para o marco legal do seu encerramento, mas excluídos os movimentos de lutas dos seres humanos escravizados¹¹⁹⁸. Acrescentamos que, em consequência, afastou-se também a reflexão crítica da formação jurídica e do pensamento jurídico no Brasil. Algo que, para quem pretende refletir com profundidade o sentido do Direito, enquanto condição básica para realização de direitos em concreto, não poderia nunca ter sido desconsiderado. A construção do Direito, na base de um ainda possível projeto moderno para a juridicidade, com a responsabilidade e o peso de sua realização pelo pensamento jurídico, assim o exige.

1197 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 118.

1198 Cfr. AZEVEDO, *op. cit.*, 2010, *prefácio*, p. 15.

A pesquisa crítica nos aponta que a abolição resultou de vários movimentos muito complexos, impossíveis de serem encerrados numa vontade estatal, com destaque para “a ação dos próprios escravos, a movimentação dos abolicionistas e a batalha política em nível nacional”¹¹⁹⁹. Os textos do direito da escravidão, particularmente de quem refletia o problema da modernidade naquela ordem escravocrata, como os de PERDIGÃO MALHEIRO, destacam que era sentida também a “poderosa influência das idéias abolicionistas”, como visto em AZEREDO COUTINHO, que foi um grande defensor daquela instituição¹²⁰⁰. PERDIGÃO MALHEIRO, na década de 1860, afirmava que marchava o processo de encerramento da escravidão “quasi que com a força do vapor ou da eletricidade”, daí sua defesa da importância do controle político “em relação á gravissima questão”, já que, a seu ver, não poderiam haver precipitações e exageros que levariam à “emancipação imediata”, em “prazo extremamente breve” ou, algo que considerava muito mais preocupante, a abolição sem indenização¹²⁰¹.

Esse simbolismo, que sofreu um aprimoramento realizado pelo movimento modernista brasileiro, pode ser afastado com a distinção entre o fim do comércio internacional de escravos e a abolição da escravidão no Brasil. A escravidão brasileira, escamoteada enquanto momento ultrapassado num escalonado programa de desenvolvimento nacional, pode ser bem reconhecida no uso de um texto importante de JOSÉ BONIFÁCIO. Trata-se de trabalho produzido no início do séc. XIX, em 1825¹²⁰², sob o título de *Representação á Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a Escravatura*, que se destinava a influenciar os debates da questão da escravidão na primeira Assembleia Constituinte brasileira.

A obra transformou-se em paradigma para a discussão do tema, em seus mais diversos aspectos, especialmente quanto aos problemas da juridicidade moderna diante do direito plural da escravidão. Resumidamente, JOSÉ BONIFÁCIO defendia a modernização da escravidão

1199 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 310.

1200 *Op. cit.*, 1867b, p. 91.

1201 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 100.

1202 Estudou em Coimbra, entre 1783 e 1788, aí vivendo até 1819. Quanto à sua vida acadêmica, cfr. Guilherme BRAGA DA CRUZ, *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa: Classe de Letras*, Lisboa, ACL, tomo XX, 1979, p. 219-230.

brasileira, além da elevação de um marco “civilizatório” para os povos indígenas, ao parlamento¹²⁰³, com a alteração do instituto jurídico da escravidão, assentada até então num direito tradicional e costumeiro, através da criação de uma lei específica sobre a escravidão¹²⁰⁴. Ofereceu seu projeto com 32 artigos, dirigidos à Assembleia, inspirados nas legislações da Espanha, da Dinamarca “e mui principalmente da legislação de Moisés”¹²⁰⁵. Propunha, em suma, o registro de todos os escravos (art. II); a manumissão pelo próprio escravo ou terceiro, com o pagamento do valor de venda (art. V); a alforria gratuita com direito de retenção dos serviços pelo prazo de cinco anos (art. VII); o dever de cuidado dos escravos velhos e doentes até o fim da vida (art. VIII); a obrigação de respeito ao casamento entre escravos e à família escrava, que não poderiam ser separados nas negociações (art. IX); o reconhecimento expresso do direito ao pecúlio dos escravos, que poderiam ser transmitidos *causa mortis* ou *inter vivos* (art. XII); a proibição de castigos cruéis aos escravos, salvo por decisão competente e no pelourinho (art. XIII); o direito de os escravos serem testemunhas judiciais, salvo contra o próprio proprietário (art. XV); a proibição de menores de 12 anos trabalharem em condições “insalubres” (art. XVI); o direito da escrava em estado de gravidez de não ser submetida a determinados serviços, de acordo com o período de gestação, bem como, durante um ano após o nascimento, de não trabalhar “longe da cria” (art. XVIII); a vedação da proibição dos casamentos dos escravos, com seres humanos escravizados ou livres (art. XX); o dever de educação religiosa e moral aos escravos (art. XXII); a sugestão de o Governo convencer “os Parochos, e outros Ecclesiastico”, que tivessem condições, de libertar os escravos e não adquirir outros (art. XXIII); por fim, a previsão de fiscalização dessas medidas por um “*Conselho Superior Conservador dos escravos*” em cada uma das Províncias (art. XXXI)¹²⁰⁶.

1203 Cfr. *Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembléa Constituinte, 1823, 1879(?)*, tomo I, p. 79. Encontra-se aí a referência à entrega desse texto, além da sugestão de criação da “comissão de colonização e de civilização e cathechisação dos indigenas do Brasil”.

1204 Cfr. JOSÉ BONIFÁCIO, *op. cit.*, p. 5.

1205 *Ibidem*, p. 26.

1206 Cfr. JOSÉ BONIFÁCIO, *op. cit.*, p. 27-36.

Preponderava em sua proposta o sentido da gradualidade na transformação da escravidão, nunca tendo sido assumida por JOSÉ BONIFÁCIO a abolição enquanto encerramento imediato da instituição da escravidão. Tais previsões baseavam-se na ideia de mudança do regime de trabalho para favorecer a economia e reformar a sociedade escravocrata, na base de uma noção de utilidade inspirada em BENTHAM, além de medida urgente para evitar que no Brasil se desse uma revolução semelhante a do Haiti (“S. Domingos”)¹²⁰⁷. O texto que, então, procurava oferecer subsídios para a discussão do comércio interno e externo de escravos, o “tratamento dos miseráveis cativos”, de forma a “abolir o tráfico”, “melhorar a sorte” e “promover a sua progressiva emancipação”¹²⁰⁸, acabou se transformando na mais importante referência para a discussão jurídica da escravidão brasileira.

JOSÉ BONIFÁCIO mobilizou razões religiosas e morais, além de paradigmas de comparação com as discussões da escravidão na Inglaterra, para oferecer a sua oposição à manutenção da escravidão no Brasil¹²⁰⁹, sendo estruturante a ideia do “*não façamos aos outros o que queremos que não nos fação a nós*”¹²¹⁰. Suas ideias principais dividiam-se entre a imediata extinção do comércio internacional de escravos e a gradual abolição da escravidão¹²¹¹. Anunciava a igualdade entre os seres humanos (“se os negros são homens como nós”; “se sentem e pensão como nós”), que deveria ser sobreposta ao “efeito do costume” e a “voz da cobiça”¹²¹². Assim, criticava as principais justificativas para a escravidão, como a moral cristã, o resgate e a guerra justa, bem como o *partus sequitur ventrem*, além da longa tradição desse instituto jurídico desde as “chamadas leis Romanas”, valendo-se dos “princípios eternos do Direito natural” e dos “divinos preceitos da Religião”, para concluir que “a ordem das vicissitudes humanas está de todo invertida no Brasil”¹²¹³.

1207 *Ibidem*, p. 39.

1208 Cfr. JOSÉ BONIFÁCIO, *op. cit.*, p. 5-6.

1209 *Ibidem*, p. 6.

1210 *Ibidem*, p. 7.

1211 *Ibidem*, p. 8.

1212 *Ibidem*, p. 9.

1213 *Ibidem*, p. 10-13.

Mais ainda, considerava que a escravidão provocava muitos prejuízos ao Brasil, de ordem econômica, religiosa, política e social¹²¹⁴, não devendo ser considerada mais uma instituição útil ao país independente. Por isso, a defesa da superação dos problemas com a progressiva substituição da mão-de-obra escrava por indígenas e “estrangeiros pobres”¹²¹⁵. Tal medida afastaria a economia escravista, que considerava inviável economicamente (“o lucro da lavoura deve ser mui pequeno no Brasil”), passando o país a adotar o trabalho livre, cujos lucros seriam muito mais elevados (“a proibição do tráfico de carne humana os fará mais ricos”)¹²¹⁶. Contudo, tal argumento encontrou pouco espaço, em vista do regime escravocrata ter se mostrado muito lucrativo, em geral, até os seus momentos finais no Brasil, além de garantir as formas tradicionais de controle social, político e econômico daquela sociedade.

Para JOSÉ BONIFÁCIO, o ser humano não podia ser propriedade de ninguém: “não podendo ser cousa”, sendo “os homens livres, e não escravos”¹²¹⁷. Contudo, a sua crítica dirigia-se ao problema do comércio internacional de escravizados, sendo relegada a escravidão para uma “emancipação gradual”¹²¹⁸. Visava transformar aquele *status quo* escravagista, mas não o fim imediato da escravidão. Daí as propostas de encerramento do “infame tráfico da escravatura Africana”¹²¹⁹ e a abolição gradual da escravidão: num primeiro momento, defendia “melhorar a sorte dos escravos existentes” e, após, a “futura emancipação”¹²²⁰. Não desejava “vêr abolida de repente a escravidão”, já que os seres humanos escravizados deveriam ser preparados para a liberdade, num processo gradual de conversão do escravo em livre¹²²¹. Assim, deveria ser impedido o ingresso de mais escravizados para gradualmente (“já que somos forçados pela razão política a tolerar a existencia dos actuaes escravos”)

1214 *Ibidem*, p. 16.

1215 *Loc. cit.*

1216 *Ibidem*, p. 17-18.

1217 *Ibidem*, p. 21.

1218 *Ibidem*, p. 23.

1219 Que deveria ocorrer “dentro de 4 ou 5 anos”, de acordo com proposta contida no art. 1º do seu projeto, *op. cit.*, p. 27.

1220 *Ibidem*, p. 24.

1221 *Loc. cit.*

promover a extinção da escravidão (“que levará tempo”)¹²²². Almejava, principalmente, convencer os proprietários de escravos (“senhores barbaços”), que poderiam influenciar as decisões políticas para a alteração do direito da sociedade escravocrata: deveriam agir como “hum Deos tutelar”, no controle das vidas dos escravos, para que as tornassem mais felizes, na progressiva passagem da condição de escravos para a de trabalhadores livres¹²²³.

Interessante notar que, até os momentos finais da escravidão brasileira, apesar de em outro contexto, já que encerrado o comércio internacional na década de 1850, a sua obra continuava a ser a principal referência para se pensar a abolição gradual da escravidão no Brasil. JOSÉ BONIFÁCIO desejava garantir, de forma ordenada e centralizada, o controle do processo de mudança da sociedade escravocrata, apesar de ainda não elevar para o centro do sistema jurídico o ser humano escravizado. Sua proposta manteve-se, por essa principal razão, como parâmetro da alteração do direito da escravidão, ao menos até a década de 1860 – portanto, do início da formação jurídica nacional até o fim do comércio internacional.

Tais ideias podem vistas em PERDIGÃO MALHEIRO: a abolição da escravatura, com ou sem indenização, não deveria ocorrer “fora da orbita das atribuições constitucionaes do Poder Legislativo”, já que “a escravidão deve sua existencia e conservação exclusivamente á lei positiva”, não em “leis eternas”, sendo assim sujeita às alterações por lei contrária¹²²⁴. Tal posição vinha dos fundamentos da escravidão do direito natural, mas passava já a ser aceita no direito brasileiro em dimensão positiva, especialmente para garantir o controle político da juridicidade. Trata-se da viragem cada vez mais clara do sentido do controle do direito pelo Estado. Tal transformação vinha sendo provocada por um grande contexto de mudanças, especialmente sentidas no debate da abolição da escravidão em si, após superada a questão do comércio internacional. Esse processo foi agravado, a partir da década de 1860, especialmente pelo fim da escravidão nos Estados Unidos da América,

1222 *Ibidem*, p. 25.

1223 *Ibidem*, p. 26.

1224 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1866, p. 132 s.

ocorrida com a decisão do Congresso em 1864 e ratificação em 6 de dezembro de 1865, apesar de não aceitas por todos os Estados¹²²⁵.

A luta por direitos dos escravizados, que acompanhou o regime escravocrata, começava a produzir alterações muito profundas naquele contexto de construção do Estado brasileiro. Assim, apesar de vários projetos relacionados à problemática da escravidão terem sido apresentados desde a criação da Assembleia Constituinte¹²²⁶, foi na década de 1860, após o fim do comércio internacional de escravos e a guerra dos Estados Unidos associada à abolição, juntamente com os movimentos abolicionistas, que, através de pressão política e alteração profunda de mentalidades, formou-se uma opinião “favorável á emancipação”¹²²⁷ no Brasil. Porém, ainda prevaleceu nos discursos jurídicos a ideia de abolição gradual, mantida nos textos jurídicos e nos debates políticos até os momentos finais da escravidão no Brasil, dando a marca da gradualidade da abolição¹²²⁸.

Tais questões devem ser consideradas profundamente por quem reconhece o sentido do Direito, pensado a partir de uma séria historicidade, na qual a escravidão não pode continuar apagada das reflexões da formação jurídica no Brasil. Mais ainda por tal problemática manter-se justamente afastada pelos discursos considerados de elevação do projeto de modernização do direito brasileiro, ou seja, as mesmas referências utilizadas para a defesa da construção cultural do direito e do pensamento jurídico. Lembramos que a construção do direito moderno no Brasil, a partir do direito da escravidão, se deu a partir de uma concepção primária de liberdade — a propriedade do próprio corpo —, não de um sentido democrático qualquer ou da centralidade kantiana do sujeito de direitos. Tal quadro complexo foi progressivamente afastado da pesquisa jurídica nacional a partir de simbolismos construídos desde a abolição da escravidão, em 1888, que levou consigo os processos de resistência e lutas sociais contra a escravidão, tendo prevalecido um sentido de elevação do direito estatal harmônico, idealizado e falso.

1225 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 291 s.

1226 Quanto à relação dos principais textos, em ordem cronológica, ver PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 100 s.

1227 *Ibidem*, p. 106.

1228 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 103. Nos Anexos, podem ser encontrados vários projetos nesse sentido.

Sabemos que a escravidão somente sobreviveu, enquanto instituição jurídica legítima, pela violência, por estratégias e esforços de garantia do direito da propriedade escrava. Os esforços contra o fim da escravidão nos legaram o quadro de problemas de perda de legitimidade e força política, em que destacou-se o chamado “gradualismo” como marca especial do direito da escravidão no Segundo Reinado no Brasil¹²²⁹: a via de controle possível do processo de encerramento da escravização de seres humanos. Em sentido assemelhado, foi pensada a questão da cidadania brasileira — “pelo fato de que era gradativamente que se iria constituir o povo brasileiro”¹²³⁰ —, na qual somente foram sendo admitidas alterações pontuais e controladas na ordem social daquela sociedade escravocrata, que permitiram a preservação de posições, também jurídicas, de manutenção do *status quo* e repúdio às mudanças naquele processo econômico e social de exploração humana.

A temática da abolição no Brasil, vista em perspectiva crítica, demonstra-se fundamental para a reflexão da imagética da formação jurídica nacional, ainda com vitalidade para a sustentação ideológica do direito brasileiro em clara decadência. Não pode ser desconsiderada, pelo pensamento jurídico brasileiro, a especificidade da formação da juridicidade do Estado brasileiro formada a partir da escravidão. Assim, consideramos equivocada a conservação do sentido de um direito dependente da invenção do passado, como atesta a escravidão brasileira, servindo-se da seleção de discursos legitimados através da criação da mitologia estatal e nacional.

O pensamento jurídico mantém viva a ilusão da ilustração das elites brasileiras, especialmente reconhecida como processo linear e evolucionista de pretensas luzes, que alegadamente afastaram a escravidão da sociedade brasileira. Muito pelo contrário, justamente o pensamento do direito moderno serviu para adaptar a escravidão aos novos projetos de direito, como demonstram as questões da propriedade escrava e da abolição. Tais problemas dependem ainda de muita pesquisa jurídica para serem reconhecidos com maiores cuidados. Especialmente, sobre a viragem realizada pelo período republicano, que está nos fundamentos do direito brasileiro atual, em que foi promovida a reinvenção de origens

1229 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 56.

1230 JAIME RODRIGUES, “O fim do tráfico transatlântico de escravos para o Brasil: paradigmas em questão”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009b, p. 322.

para o país e seu direito agora considerados efetivamente independentes, após o fim da monarquia. Daí, por exemplo, foram retirados todos os esforços de manutenção da escravidão brasileira, como o gradualismo, ou ainda o problema da indenização diante da expectativa da abolição, justamente o principal motivo da fundação do partido republicano no Brasil, em 1873¹²³¹. Assim, questões como a criação do partido republicano para lutar contra o fim da escravidão, no nosso sentir, não podem mais ser desconsideradas por quem pretende refletir com seriedade o sentido do Direito no Brasil.

A mitologia do direito brasileiro serviu-se da valorização e da aceleração do tempo das referências aos movimentos abolicionistas, de forma surpreendente, na mesma velocidade do escamoteamento da escravidão, cujo processo havia já se iniciado mesmo antes do seu fim¹²³². Tudo na base de uma atitude dominante de edificações, não de crítica, a não ser contra o regime monárquico anterior. Esse quadro foi mantido por uma certa ingenuidade, e não como reflexão sobre o passado como garantia do alegado futuro melhor de ordem e progresso, claramente positivista, construído a partir de referências aos movimentos abolicionistas brasileiros, normalmente limitados aos títulos das obras mais importantes do período: as palavras “abolicionismo”, “abolição” ou “emancipação” serviram para a formação dessa imagética acrítica.

A luta pelo fim da escravidão em si, também no palco do direito, passou a integrar decisivamente os discursos da ilustração brasileira somente em seus momentos finais¹²³³, sendo perceptível no fim na década de 1880¹²³⁴. Por essa razão, a construção da imagem da abolição como um movimento da ilustração nacional procurou retornar o máximo possível no tempo para marcar o “começo do fim”¹²³⁵, por exemplo com a

1231 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 302.

1232 Cfr. BUSCH E VARELLA, *op. cit.*: “o espectro esqualido e sinistro da escravidão está á sumir-se nas trevas de um passado, vergonhoso na história da civilização” (p. 6); na “ historia do trafico no Brazil e especialmente no Rio de Janeiro é uma nodoa indelével, que não apagaremos nunca” (p. 11).

1233 Quanto aos debates parlamentares nos anos anteriores à abolição da escravidão, ver Affonso Celso de ASSIS FIGUEIREDO, *Oito anos de parlamento*, Brasília, Senado Federal, 1998, p. 111-126.

1234 Cfr. PEREIRA DE ARAUJO, *op. cit.*, p. 49.

1235 Cfr. BUSCH E VARELLA, *op. cit.*, p. 11.

utilização da lei de 7 de novembro de 1831, que na verdade referia-se ao fim do comércio internacional, não exatamente à escravidão. Buscava-se contornar a escravidão no Brasil, usando a abolição para a criação da identidade nacional, já que obviamente a escravização de seres humanos não se acomodava à afirmação da modernização do direito nacional.

Por tudo isso, a abolição da escravidão continua a ser um fenômeno muito complexo e pouco compreendido pela pesquisa jurídica nacional. Em outros campos, contudo, a vemos compreendida comumente como “fenômeno político” amplo: “pressão externa, ação do governo e pressão popular, incluindo aí pressão escrava”¹²³⁶. OLIVEIRA LIMA reconhece o fim da escravidão como “o mais grave dos problemas que o Império teve a resolver”¹²³⁷, e, para SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, “representa o marco divisório entre duas épocas; em nossa evolução nacional, essa data assume significado singular e incomparável”¹²³⁸. Infelizmente, pouco ou quase nada tem sido pesquisado, com crítica e profundidade suficiente, sobre as questões jurídicas que a envolveram.

Parece ser decisivo refletir não exatamente as capilaridades das diversas intencionalidades desse fenômeno nem os mais diversos aspectos da escravidão — cuja profundidade procuramos apenas indicar por ser impossível suportar num trabalho monográfico —, mas sim a questão de o direito da escravidão não ter sido ainda refletido adequadamente no Brasil. Portanto, não foi ainda ultrapassado o referido mito nacional. A abolição significou não somente a vedação da escravização de seres humanos, mas principalmente a abertura da possibilidade de elevação da igualdade, mesmo que no plano do direito formal, bem como a construção do sistema dos direitos civis e políticos, nos moldes do paradigma moderno. Outro paradigma com outras especificidades para a reflexão jurídica, em que há também a seleção de imagens da graduação e da emancipação após o reconhecimento do ser humano livre, passou a ser utilizado para elevar um certo modelo de modernidade. Por exemplo, para PAUL HAZARD, a escravidão não podia ser justificada pela natureza, “*qui confère un égale dignité à tous ses fils*”, nem pela razão, “*qui n’admet pas qu’une différence de couleur dans le pigment de la peau entraîne une*

1236 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 68

1237 *Op. cit.*, 1997, p. 253.

1238 *Op. cit.*, 2014b, p. 85.

condamnation au malheur et à l'infame", sendo por isso produzidas obras para "*lentement*" defender a abolição¹²³⁹. Essa noção de progressividade tem sentido somente quando o fenômeno é olhado do presente, e o(a) observador(a) é colocado(a) no ponto mais alto de um sentido evolucionista e libertador também progressivo. Porém, trata-se de discursos também falseados de uma alegada luta linear pela modernidade, contra a escravidão, raramente encontrados com o olhar crítico. Se buscarmos observar o fenômeno em seu próprio contexto, como no caso da escravidão brasileira, as justificativas da escravização de seres humanos, seja de direito natural religioso ou racionalista, salvo a luta por direitos das próprias pessoas atingidas por tal sistema de violências e raras vezes contrárias a tais atrocidades, permaneceram por muito tempo quase sem nenhuma oposição daqueles que, posteriormente, passaram a ser afirmados como representantes da ilustração brasileira¹²⁴⁰.

Dessa forma, a naturalização do sentido de progresso humano continua a ser um obstáculo para pensarmos a artificialidade de discursos de criação do direito tidos ainda como inquestionáveis. Não há qualquer tipo de garantia "natural" contra o retorno da escravização de seres humanos como juridicamente aceitável pelo mundo atual, bastante acostumado com atrocidades de assemelhada natureza, senão a defesa do sentido do Direito dentro da formação de uma cultura jurídica. Por essa razão, deve nos interessar como a escravidão foi sendo manipulada em pretensos discursos de modernidade, em especial após a abolição, quando em paralelo ocorreu justamente a exclusão dos seres humanos da construção do novo tecido social brasileiro. Tal processo de exclusão se deu de forma consciente, com as pessoas escravizadas sendo abandonadas principalmente após o fim do regime escravocrata, quando "valores se aproximavam mais do darwinismo social do que do paternalismo monárquico"¹²⁴¹.

Os fenômenos complexos da escravidão e sua abolição foram simplificados e acomodados num discurso da modernidade, constituindo um paradigma até hoje, infelizmente, com grande vitalidade no

1239 *Op. cit.*, p. 159.

1240 A construção da imagética de JOSÉ BONIFÁCIO, TEIXEIRA DE FREITAS, JOAQUIM NABUCO, RUI BARBOSA, entre outros, simbolicamente válida até os nossos dias, pende ainda de pesquisa profunda e reflexão crítica no campo do direito.

1241 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 78.

campo da pesquisa jurídica brasileira. Dele foram extraídas as referências à luta por direitos e por conquistas dos próprios seres humanos escravizados. Por exemplo, na Guerra do Paraguai, teria ocorrido a intensificação das alforrias¹²⁴² e a resistência à perseguição aos escravos fugidos após o fim dos combates¹²⁴³, como resultado da participação ativa de seres humanos escravizados. Mais ainda, formaram-se diversas organizações sociais, tais como a Sociedade de Libertação do Rio de Janeiro, a Sociedade Emancipadora do Elemento Servil, a Associação Central Emancipadora, a Sociedade Brasileira Contra a Escravidão, em 1880, e a Confederação Abolicionista, em 1883¹²⁴⁴, em decorrência da atuação ativa de livres, libertos e escravos. Tal luta é visível também nos movimentos abolicionistas, muito fortalecidos na década de 1880, classificados como moderados, como JOAQUIM NABUCO, e radicais, como ANTÔNIO BENTO, JOSÉ DO PATROCÍNIO, LUÍS GAMA E SILVA JARDIM¹²⁴⁵, apesar de mantida ainda por muitos, até quase a abolição, a posição de defesa do fim da escravidão condicionado ao pagamento pelo Estado das indenizações da propriedade escrava que seria perdida. Como se vê, trata-se de fenômenos que não podem permanecer alheados à reflexão da construção da juridicidade no Brasil, por integrarem organicamente a formação de sentidos e valores essenciais para refletir a especificidade da crise do direito no país.

O pretense domínio, claramente equivocado, de um discurso pacífico de modernização do direito afasta as lutas das pessoas que foram escravizadas e provoca um processo de alheamento da reflexão jurídica da maioria da nossa sociedade, que chega até os nossos dias. Afasta o sentido do Direito do mundo prático e faz com que sejam considerados suficientes somente os aspectos formais da juridicidade, seja ela tendencialmente liberal ou democrática. Por isso, devemos dar atenção ao processo profundo da construção da juridicidade brasileira, que considere também, ao lado dos discursos de modernidade, as estratégias de resistência e revolta frente à escravidão¹²⁴⁶, bem como as formas mais

1242 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 108.

1243 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 298.

1244 *Ibidem*, p. 299 e 305.

1245 *Ibidem*, p. 307.

1246 Cfr. FLÁVIO GOMES; JOÃO REIS, *op. cit.*

sutis e complexas de sobrevivência naquele sistema de violência¹²⁴⁷. São questões corriqueiras para juristas da era da formação jurídica brasileira, como PERDIGÃO MALHEIRO, que defendia “medidas excepcionaes” para regular a “luta eterna entre escravo e o senhor” e as revoltas dos escravos, que “se tem dado em toda a parte”¹²⁴⁸. Dentre elas, a necessidade da abolição gradual da escravidão, enquanto ainda possível, já que a indiferença diante dessa importante questão poderia resultar em sua realização de baixo para cima: “a tempestade desponta no horizonte; breve pôde desfechar sobre nós”¹²⁴⁹.

No mínimo, se seriamente preocupados com o sentido do Direito, devemos refletir criticamente as representações desses movimentos, especialmente quanto aos evidentes problemas de sincronia: as imagens de nacionalismos puros (“nativismos”), especialmente inspiradas nas ideias dos sécs. XVII e XVIII; as projeções de especificidades (“revolução, motim, insurreição, revolta, rebelião”; “*levantamento, alboroto, assuada, conjuração, rebelião*”) para épocas que não conheceram diferenciações conceituais tão claras, como o sentido de “*revolução*” “ligado à idéia de conservar e restabelecer situações”¹²⁵⁰. Tal especificidade não foi aqui atingida, mas nos adverte para um quadro profundo e complexo que merece ainda ser pesquisado e refletido no campo do direito, nem que parta, inicialmente, dos estudos de uma tradicional formação do direito moderno, como as atuações dos seres humanos escravizados na Assembleia Constituinte de 1823, que endereçaram diversas solicitações aos deputados, para serem ali debatidas¹²⁵¹.

1247 EDUARDO SILVA; JOÃO JOSÉ REIS, *Negociação e conflito: a resistência negra no Brasil escravocrata*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989; FLÁVIO DOS SANTOS GOMES, *Histórias de quilombolas. Mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro – séc. XIX*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1995; e *A hidra e os pântanos: mocambos, quilombos e comunidades de fugitivos no Brasil – séculos XVII-XIX*, São Paulo, Unesp, 2005. Infelizmente, retiramos do texto a nossa pesquisa das revoltas e rebeliões escravas.

1248 *Op. cit.*, 1867b, p. 15 e 135.

1249 *Ibidem*, p. 206.

1250 Luciano FIGUEIREDO, *Rebeliões no Brasil Colônia*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2005, *e-book*, p. 79 e 114.

1251 Cfr. JAIME RODRIGUES, “Liberdade, Humanidade e Propriedade: os escravos e a Assembléia Constituinte de 1823”, *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, USP, São Paulo, n. 39, 1995, p. 159-167.

O pensamento jurídico brasileiro deve começar a reconhecer que a historicidade, em sentido positivista, nunca foi suficiente para a reflexão crítica da superação das crises do direito no Brasil, sendo antes um dos principais fatores da formação contínua de juridicidades insuficientes para a realização de direitos. Isso pode ser construído, por exemplo, a partir do próprio movimento abolicionista, quando pesquisado com profundidade mínima, que não se compatibiliza com a mitológica formação do direito positivista brasileiro. Estamos diante de um projeto comumente assentado em seleções ideológicas para acompanhar a ascensão do legalismo, também do normativismo, partindo de um passado mítico construído em linha reta, evolucionista e com textos modelares de outros contextos sociais, normalmente considerados “mais civilizados”. Nada mais do que o esforço de adaptação aos interesses marcadamente econômicos das diferentes elites nacionais, particularmente dirigidos à formação jurídica brasileira, no sentido da realização de certa higienização social. Diante disso, a ausência de pesquisa crítica sobre tais temáticas, para nós, demonstra-se como evidência cabal dos problemas aqui referidos.

No ponto, mesmo sinais claros da luta pela abolição simbolizada por camélias brancas, como “declaração de adesão à causa da Abolição e sinal de apoio e proteção para os cativos fugidos”¹²⁵², desaparecem da utilização ideológica construída após a Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil, em 13 de maio de 1888¹²⁵³. Tal fato foi utilizado como manto de esquecimento sobre a formação jurídica nacional desde a escravidão, bem como apropriado enquanto expressão de vontade de uma elite iluminada.

Impossível refletir a formação do direito e do pensamento jurídico no Brasil sem o reconhecimento da escravidão, ignorada completamente com o espírito de uma pretensa iluminação evolucionista e progressiva no país. Não abrangem sequer questões corriqueiras das pesquisas fora do campo jurídico, como a participação inglesa no contexto do fim do comércio internacional de escravos¹²⁵⁴, a chamada “pres-

1252 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 309.

1253 *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1888*, parte I, tomo XXXV; e parte II, tomo LI, v. I, p. 1.

1254 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 230.

são inglesa”¹²⁵⁵ e as discussões no Congresso de Viena sobre a escravidão. Muito menos as alterações profundas na juridicidade brasileira em formação, ou mesmo a participação do Estado brasileiro no aumento expressivo de tal comércio, como ocorreu nos anos anteriores à proibição do comércio internacional, que provocou a duplicação das importações de seres humanos escravizados¹²⁵⁶. Mais ainda, foi raramente tocada a questão da participação das chamadas “elites iluminadas” brasileiras, incluídos os juristas, no esforço amplo pela preservação da escravidão. Sabemos que a adesão ao abolicionismo se deu de forma muito particularizada e por alguns representantes, na década de 1860¹²⁵⁷.

A complexidade das discussões sobre o fim da escravidão, que deve levar em conta também o contexto de crises do período final da Monarquia, mesmo que sem podermos aqui oferecer posição mais profunda sobre tal amplitude de questões essenciais para o pensamento jurídico crítico, afasta cabalmente as manifestações embasadas numa tradicional e equivocada tese das consequências da iluminação das elites brasileiras, que resulta num discurso de autoridade monológico. Os caminhos abertos pelas perspectivas da pesquisa sobre as lutas por direitos dos próprios escravizados bem como sobre as lutas dentro das próprias elites nacionais¹²⁵⁸, que passam necessariamente pela pesquisa sobre a formação da interpretação jurídica e das juridicidades brasileiras específicas, são condições mínimas para a busca de reflexão crítica do sentido do Direito.

Qualquer sentido linear rompe-se com a evidência de que, por exemplo, o fim do comércio internacional de escravos, na década de 1850, não foi visto unanimemente como etapa ou condição para o fim da escravidão em si. Ao contrário, robusteceu a violência da escravi-

1255 Teriam sido assinados mais de cem acordos internacionais para encerrar o comércio internacional de escravos, cfr. DRESCHER, “From Consensus to Consensus”, in ALLAIN (ed.), *op. cit.*, p. 118.

1256 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 231. O panorama dos textos jurídicos mais relevantes e antecedentes à proibição do comércio internacional de escravos no Brasil pode ser visto em PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 38 s.

1257 Cfr. PENA, *op. cit.*, 2001; Beatriz Gallotti MAMIGONIAN, *To be a Liberated African in Brazil: Labour and Citizenship in the Nineteenth Century*, Doutorado em Filosofia da História, Waterloo, University of Waterloo, 2002, p. 195 s.

1258 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 65 s.

dão no Brasil, com a modificação das condições de sobrevivência da sociedade escravocrata, dentre elas, o incremento da reprodução local de escravos¹²⁵⁹. Dava-se a legitimidade do direito da escravidão naquele momento, ressalvadas as resistências dos seres humanos escravizados, que era quase uníssona. Somente nos anos anteriores à abolição passam a ser vistas, nos discursos jurídicos, frase cabais contra tal sistema, do tipo: “direito e escravidão formão no estado actual da evolução social, uma completa antinomia para a razão e a consciencia moral da humanidade”¹²⁶⁰.

Portanto, pelo fato de a escravidão no Brasil ter se encerrado no ano de 1888, enquanto sistema jurídico violento fundado a partir de juridicidades tradicionais, não foi até aquele momento alcançado o direito moderno no Brasil. Obviamente, não foi o “projecto social global”¹²⁶¹ daquela sociedade escravocrata. É clara tal evidência, tantas vezes esquecida pela pesquisa jurídica brasileira, cuja complexidade afasta também qualquer tipo de sentido de “ultrapassagem” da juridicidade da escravidão pela do direito codificado. Pois, justamente nesse contexto de fim da sociedade escravocrata¹²⁶², os discursos da construção do direito moderno foram acompanhados pela ascensão das teorias raciais¹²⁶³. Tais problemas não podem escapar à reflexão crítica do jurisprudencialismo no Brasil, cujas especificidades e problemáticas não admitem suposições ou projeções de pensamentos herdeiros do cartesianismo, à aspiração por universalismos sem qualquer preocupação com o mundo prático, ou mesmo aos nacionalismos superficiais, todos organizados em conheci-

1259 Cfr. JAIME RODRIGUES, “O fim do tráfico transatlântico de escravos para o Brasil: paradigmas em questão”, in GRINBERG *et al.*, *op. cit.*, 2009b, p. 310.

1260 ANSELMO DA FONSECA, *op. cit.*, p. 96.

1261 Para nos valermos das lições do eterno mestre ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1997.

1262 Mesmo em seus momentos finais, a vitalidade econômica da escravidão era muito grande, cfr. Seymour DRESCHER, *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 348 s.

1263 Cfr. SYLVIO ROMÉRO, “A questão do dia: a emancipação dos escravos”, *Revista Brasileira*, Rio de Janeiro, Francisco de Paula Meneses, tomo 7, jan.-mar., 2º ano, 1881, p. 197: “o negro é um ponto de vista vencido na escala ethnographica”. Ver, também, Raymundo NINA RODRIGUES, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938; e *O animismo fetichista dos negros baianos*, Rio de Janeiro, Fundação Biblioteca Nacional, 2006.

das teias de superficialidades¹²⁶⁴ e manipulados enquanto ideologias do direito positivista.

Dessa forma, a reflexão da modernização do direito no Brasil passa necessariamente pela transformação das juridicidades, levando-se em conta os problemas concretos da sociedade. Ao menos para reconhecermos, sem maiores esforços, que a construção do direito que partiu daquela sociedade violenta e estruturada, também simbolicamente, na escravização de seres humanos, era totalmente incompatível com a ideia do sujeito de direitos.

Totalmente descabida, portanto, a pesquisa da construção do sentido da liberdade no direito brasileiro, ou mesmo da igualdade formal, sem a mobilização das questões muito profundas da construção do direito moderno a partir do Brasil escravocrata. A projeção de “escolas” filosóficas na juridicidade brasileira, perfeitamente alinhadas numa linha evolutiva e lógica, sem o esforço mínimo de contextualização social, não tem sentido algum. Pois, a perspectiva crítica permanece afastada pelos simbolismos do formalismo jurídico científico, com a retirada das conquistas de direitos realizadas desde a sociedade escravocrata e o seu direito plural: as diferenças e especificidades características do direito da escravidão. Apesar das alterações provocadas pelo fortalecimento da posição política do Estado e pelo aumento da importância da lei no direito da escravidão, claramente a igualdade, pela ausência da codificação civil e pela permanência da legitimidade da escravização de seres humanos, não foi alcançada naquele contexto. Trata-se de incompatibilidade fundamental, sendo, ao contrário, justamente a desigualdade o principal fundamento jurídico na formação do direito brasileiro.

Importante também reconhecer que o fim da escravidão no Brasil ocorreu no mesmo contexto das variadas revoluções provocadas pela modernidade, a alteração das explicações religiosas e filosóficas para aquilo que passou a ser reconhecido, em termos ideológicos, como *Belle Époque*¹²⁶⁵: cientificismo, liberalismo, darwinismo social e Estado-nação. Essa época é caracterizada pela defesa de padrões mentais para “justificar a organização uniforme de uma ampla área geográfica com

1264 Cfr. John R. SEARLE, *Mind: A Brief Introduction*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 13 s.

1265 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 103.

seu respectivo agrupamento humano, legitimado por suas características específicas (raça, história, tradição, meio físico, língua, religião, cultura, caráter psicológico geral)”¹²⁶⁶.

No Brasil, após a escravidão, passou a haver o domínio pretensamente científico dos argumentos raciais para justificar a progressiva exclusão dos(as) ex-escravizados(as) e descendentes dos quadros sociais e profissionais da era republicana, em paralelo ao escamoteamento ideológico¹²⁶⁷ do passado escravocrata. Esse processo atingiu, com efeitos claros até os nossos dias, também a pesquisa jurídica brasileira. Assim, a escravidão foi sendo ocultada por não se adequar aos quadros evolucionistas de criação do direito, como reconhecido expressamente na viragem para o séc. XX¹²⁶⁸, e nos mais diversos simbolismos para a formação jurídica nacional.

É muito significativa, portanto, a construção do passado para a República realizada pela busca por legitimação em pretensas referências à historicidade, em que passaram a ser aceitas, também pela pesquisa jurídica brasileira, as confusões temáticas e os mitos de “combate cívico” contra a escravidão, criados preferencialmente a partir da seleção de algumas datas significativas. Marcadamente, 1850, o fim do comércio internacional, e 1831, o ano de edição da lei que acabaria com o comércio internacional, mas que teve efeito contrário com a elevação da importação de seres humanos escravizados. Tudo sem ampliar o quadro de problemas para a criação do mito fundador de 1500 e abandono, pelo vínculo profundo com o passado monárquico, do culto único da Independência. A partir do fim da escravidão brasileira e da construção da era republicana, foram sendo criados mitos fundadores, por narrativas elitistas e sem a presença política dos seres humanos escravizados, que resultaram numa ideologia contrária à reflexão crítica e ao simples pensamento, também para a formação jurídica nacional.

Nesse sentido, deve nos interessar a pesquisa da abolição da escravidão enquanto fenômeno muito mais amplo e complexo do que a simples expressão da vontade política, seguindo a trilha da total incom-

1266 *Ibidem*, p. 100 e 101.

1267 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 342 e 343.

1268 Cfr. CLOVIS BEVILAQUA, *Linhas e perfis jurídicos*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930, p. 20-21, nota 6.

patibilidade do projeto moderno de direito com a escravização de seres humanos. A complexidade é omitida e saneada, partindo de claras elevações de discursos raciais, através de processos ideológicos e violentos de recorte — “à *trancher*”¹²⁶⁹. Assim, a tensão entre as evidências históricas e as explorações simbólicas merece ainda ser mais bem explorada pelo pensamento jurídico brasileiro.

Com o fim da escravidão, mas mantido o direito plural no Brasil, continuou o esforço de organização e sistematização da juridicidade, bem como a busca pela codificação civil. Contudo, com a defesa da codificação moderna, tendo em seu centro a figura do sujeito de direitos enquanto elevação da pessoa num sistema moderno de direitos, foram sendo valorizados discursos pretensamente científicos para justificar as diferenças entre o que então se considerava as “raças humanas”. A ausência da temática da escravidão na pesquisa jurídica nacional está baseada, até nossos dias, justamente na elevação ideológica do direito moderno, que, ao lado da edificação da igualdade jurídica formal, por muito tempo aceitou a desigualdade entre os seres humanos fundada por doutrinas claramente racistas.

Trata-se de exigência para pensarmos o sentido do Direito na(s) comunidade(s) complexa(s) que formam o Brasil, por ser impossível a projeção de modelos jurídicos de outros contextos sociais, pura e simplesmente. A herança da sociedade escravocrata, como temos procurado apontar, nos interpela ao aprofundamento crítico do fenômeno jurídico no Brasil, por ser incompatível com as pressuposições de sentidos a partir de fora, universalistas ou simplesmente uniformizantes, se não realizado o esforço reflexivo profundo quanto às suas especificidades. Diante da crise do direito brasileiro e a sua superação pela proposta jurisprudencialista, consideramos tal providência absolutamente necessária para o exercício de qualquer reflexão séria quanto à juridicidade no Brasil.

Com tal ânimo devemos reconhecer o processo de afastamento da escravidão pela investigação jurídica, realizado por diversas perspectivas de pesquisa, como a grande questão que deve ser resolvida, por ter impedido o aprofundamento crítico do fenômeno do direito no Brasil. Não pode ser esquecido que a escravidão, mesmo em suas décadas finais

1269 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 121.

e diante da aproximação da abolição, continuava a ser defendida por escravistas, defensores da propriedade escrava e do *status quo* escravocrata, incluída aí grande parte dos juristas. Não somente a luta por direitos naquela sociedade, mas também a influência do pensamento moderno contrário à escravização de seres humanos sofreu profunda oposição, inclusive no campo do direito. Portanto, é muito reveladora a afirmação de que o movimento abolicionista teria alcançado o “seu maior feito” somente no ano de 1885, conseguindo “tornar a escravidão socialmente ilegítima” através do afastamento do reconhecimento social de sua legitimação no “costume”, passando a depender de outras “garantias legais”¹²⁷⁰, como o direito da propriedade escrava fundado em termos modernos.

Estamos diante de um fenômeno secular que sofreu em seus momentos finais a crise decisiva, apesar do longo arco de resistência e luta contra tal sistema de violência contra os seres humanos. A própria atuação do Estado brasileiro e da Igreja Católica no Brasil passou a ser sentida somente nos momentos finais do secular sistema escravocrata. A primeira passou a ser representada marcadamente pela lei áurea, de 1888, e a outra, salvo nobre exceções, só foi vista no ano anterior, após a divulgação da notícia de que o papa Leão XIII iria se pronunciar oficialmente contra a escravidão¹²⁷¹.

Porém, a escravização de seres humanos, ao contrário de pertencer ao passado remoto ou imemória — o tempo dos discursos ideológicos que merecem sempre ser criticados —, permaneceu como questão atual até o séc. XX. O tema foi afastado por discursos de pretensa iluminação ideológica e escamoteado nos mitos das nacionalidades de diversos projetos de Estado-nação. Somente para ilustrarmos, pode ser acompanhada tal questão nos textos das Convenções da Liga das Nações contra a escravidão de 1926; da OIT sobre o trabalho forçado de 1930; a suplementar sobre a abolição da escravidão, o tratamento de escravos e as instituições e prática análogas de 1956; e, também da OIT,

1270 ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2015, p. 280.

1271 *Ibidem*, p. 334 s. Consta da obra a informação de que tal providência não foi adotada por pressão política brasileira. De qualquer modo, não deixa de ser relevante o fato de a Encíclica *Libertas* ser também de 1888. Tal mudança foi fundamental para a Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891.

o texto sobre a abolição do trabalho forçado de 1957¹²⁷². A partir daí, podem ser pesquisados os contextos de sobrevivência de processos de escravização de seres humanos em diversas colônias europeias¹²⁷³ na África. Isso feito de maneira consciente de que a simples enumeração de textos internacionais, na base do legal-normativismo, não se demonstra suficiente para a compreensão do fenômeno jurídico em sua profundidade. Mas consideramos importante apontar tal problema, em que mesmo “*la Declaración Universal no trae al orden internacional de los Derechos Humanos por sí solo ni siqueira un fundamento de libertad neta frente a prácticas esclavistas*”, já que o “*trabalho forzoso*” era “*una práctica común en las colonias*”¹²⁷⁴.

Manto das representações romantizadas, especialmente da imagem da transformação do ser humano escravizado em cidadão pleno, que raramente foi defendida na era da escravidão brasileira, quando os próprios movimentos abolicionistas defendiam “a educação e a tutela ao ex-escravo”, sem cogitar “deixá-los gerente do próprio futuro”¹²⁷⁵, através das reflexões sobre as melhores vias de controle da população liberta da escravidão. Daí o processo contínuo de ocultação dos(as) ex-escravos(as) e da própria escravidão na própria formação nacional, bem como o completo abandono desses seres humanos recém-saídos de tal era de atrocidades, sob o pretense controle de “elites pensantes”. A resultar no vigor da tradição linear da modernização do direito mantida na base da quase ausência de crítica da própria formação jurídica nacional.

Logo, a crise do legal-normativismo brasileiro, quando pensada a partir da formação da cultura jurídica nacional, explicita as suas profundas especificidades. Por isso, exige do pensamento jurídico crítico

1272 Cfr. JEAN ALLAIN, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Conventions*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Lamentavelmente, destacamos a manifestação do Presidente do Conselho de Segurança da ONU (S/PRST/2017/24), de 7 de dezembro de 2017, quanto ao comércio de seres humanos na Líbia.

1273 Infelizmente, retiramos do texto a pesquisa realizada sobre a escravidão mantida nas colônias, bem como em outros países que a mantiveram legítima no séc. XX, cujo material pretendemos publicar em outra oportunidade.

1274 BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, 2014, p. 37.

1275 *Ibidem*, p. 363.

não somente a sua perspectivação na crise ampla dos projetos estatais de direito, frente ao direito global, a reflexão das alternativas ao direito e o possível sentido do Direito, mas o esforço de pesquisa e da reflexão das profundas questões decorrentes da formação jurídica a partir do direito da escravidão. A abolição, assim, muito além de marco para os seres humanos escravizados, bem como para os libertos, por permitir a construção do projeto moderno de direito a partir da igualdade jurídica, merece ser compreendida mais profundamente como momento decisivo de uma longa luta por direitos, não enquanto resultado exclusivo de uma tardia iluminação monárquica.

Tais problemas foram decisivamente refletidos por juristas, a partir da legitimação da escravidão, claramente reconhecidos também nas primeiras Faculdades de Direito do Brasil, formadas nos moldes ainda do paradigma do direito plural, que seguiu com grande vitalidade até ao menos a década de 1860¹²⁷⁶, quando passou a ser confrontada mais fortemente no eixo do direito natural e, como novidade, por argumentos do nascente positivismo¹²⁷⁷. Contudo, sem ultrapassar a legitimidade jurídica da escravidão brasileira desde o direito natural.

A escravidão — aqui pesquisada para a abertura de caminhos sem qualquer pretensão de oferecer reflexão suficiente sobre tal universo de questões — envolveu-se com todos os problemas jurídicos da formação do direito nacional: a problemática das lacunas e do direito subsidiário, a modernização possível do direito romano, nos moldes do

1276 A evidente tensão entre os direitos tradicional e o moderno no Brasil, no que se refere à criação dos cursos de direito, por razões claramente ideológicas, por ser impossível manter o mundo mitológico e simbólico das iluminações antecipadas no contexto da escravidão, nos tem legado até os nossos dias uma imensidão de textos hagiográficos, na base de retroalimentações de investigações superficiais anteriores ou de pressuposições de sentido a partir do critério vetor do *loci*: a invenção de espaços de elevação de discursos jurídicos acríticos. Quanto à relevância crítica do *loci*, cfr. PIERRE BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984.

1277 Anotamos a influência do pensamento krausista no Brasil, em especial a partir do pensamento de Heinrich AHRENS, cuja pesquisa, infelizmente, foi extraída do nosso texto final. O pensamento de KRAUSE pode ser conferido em REIS MARQUES, *op. cit.*, 1990, p. 1-45; BRAZ TEIXEIRA, *op. cit.*, 2002; Vamireh CHACON, *O Humanismo Brasileiro*, São Paulo, Editora Summus, 1980; e PATRÍCIA Carla de MELO MARTINS, “Filosofia da História entre os magistrados do auge do Império”, *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*, São Paulo, ANPUH, 2011.

usus modernus pandectarum, além de ser o problema principal da codificação civil no Brasil. Somente após o seu fim foi possível a construção da modernidade do direito, inicialmente o legal-positivismo, depois com o atual normativismo nos moldes da jurisdição constitucional, porém de forma muito peculiar raramente reconhecida.

Trata-se de panorama que merece o devido aprofundamento da pesquisa jurídica brasileira, mantida ainda quase que unanimemente pela lógica de utilização do passado para conservação do mito da formação jurídica linear, em que os discursos jurídicos organizam-se numa homogeneização da juridicidade atual e de seus institutos jurídicos. Nela, afirmações como a da incompatibilidade absoluta em “casar uma Constituição livre com o tráfico de comprar e vender homens, injurioso á humanidade”¹²⁷⁸, comuns em todo o séc. XIX, foram sendo afastadas da pretensa construção do direito positivo.

No fundo, o afastamento quase que integral da investigação da escravidão pela reflexão jurídica brasileira, bem como a ausência de esforço investigativo e reflexão crítica sobre tal temática, que apontam para problemas fundamentais não somente para pensarmos a crise do legal-normativismo, mas também a aposta na sua superação através da opção racional por um caminho melhor: o sentido do Direito. Assim, com o cuidado de não nos valermos da mesma sedimentação ideológica e institucional do sistema jurídico atual fundada numa “historicidade” positivista. Aquela havia sido especialmente criada para envolver o direito estatal em discursos de legitimação, que resultou na elevação da mitologia moderna para o direito acompanhada do pensamento jurídico acrítico, com claras preocupações de estabilização da política através da juridicidade. Por isso, é importante a crítica e a reflexão de tais fenômenos, como permite fundamentalmente a escravidão no Brasil, para afastar a maior fraqueza das propostas para a juridicidade no Brasil: a superficialidade do discurso homogêneo de formação do direito criado sem a reflexão do mundo prático e dos mais diversos fenômenos sociais.

São questões marcantes para o projeto estatal de direito no Brasil, que foi sendo envolvido pelas simbologias da nacionalidade e seus imaginários correspondentes, responsáveis pela herança atual dos sentidos lineares e acríticos para a compreensão da juridicidade. A vitalidade

1278 Cfr. MACIEL DA COSTA, *op. cit.*, *Advertência*.

de tal ideologia se mantém pela harmonização e higienização dos discursos jurídicos estatais, na base dos discursos de limites entre o direito e o não direito. No nosso caso, entre o que seria a “verdadeira” pesquisa jurídico-filosófica, mesmo quando limitada ao somatório de textos e nomes sem qualquer tipo de preocupação com o mundo prático, apesar de muitas vezes assim alegado, e as pesquisas de outras áreas que nada contribuem para a reflexão jurídica. Essa imagética é responsável pela quase exclusão de temas fundamentais da pesquisa do direito brasileiro, tais como as discussões sobre os Códigos Negros, a liberdade construída desde o direito de propriedade, a formação da sociedade atual a partir do passado escravocrata, além da elevação da nacionalidade partindo de quadros raciais. No fundo, estamos ainda diante de construções homogêneas, em sentido acrítico, sedimentadas pelo poder e mantidas pelo ainda dominante pensamento jurídico conservador. Tal quadro é interpelante para quem pretende refletir o sentido do Direito no Brasil.

São problemas dispostos diante do projeto jurídico moderno, ainda não realizado, cuja urgência de reflexão se acelera em nossos dias com os discursos alternativos ao Direito, além da crise do direito estatal, do Estado e de seu modelo de sociedade. Assim, como nos aponta a escravidão, que exige a reflexão crítica do fenômeno jurídico, impossível reconhecer tais profundidades a partir de discursos hagiográficos e ideológicos. Por isso, em apreciação de um caminho conscientemente entendido como melhor opção, claramente valorativa, não podemos deixar de reconhecer os problemas decorrentes do “*pouvoir institutionnel*” marcado pelos “*outils descriptifs*” e “*puissances déontiques*”¹²⁷⁹, que são questões incontornáveis para pensarmos o sentido do Direito no Brasil.

1279 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 140.

**CRISE DO LEGAL-NORMATIVISMO E O JURISPRUDENCIALISMO
NO BRASIL**

I. Aspectos da modernidade jurídica e do racismo

O fenômeno do direito moderno no Brasil formou-se através de processo não linear ladeado por transformações sociais e culturais variadas, dentre elas o desenvolvimento do racismo¹²⁸⁰. Nesse sentido, justamente o escamoteamento da escravidão pela simbologia do direito moderno pode ser apontado como espécie pouco refletida de seleção temática desenvolvida a partir de opções raciais, das quais não escaparam as principais referências da formação do pensamento jurídico ocidental¹²⁸¹. É algo que não pode ser ignorado pelo pensamento jurídico crítico da crise atual do direito, das suas alternativas e do sentido do Direito, em especial que mobilizem a realização prática de direitos. Tal questão é assumida por nós em perspectiva de síntese do trabalho, mas sem almejar a elevação de dogmas à procura de fundamentados, antes a abertura ao pensamento crítico da extrema relevância da escravidão e o direito no Brasil, enquanto questões que devem ser suportadas¹²⁸².

As tensões entre a escravidão e o projeto de modernização jurídica, se pensadas contextualmente e enquanto perspectivas de reflexão, apontam para o deslocamento dos fundos complexos da construção imagética¹²⁸³ do direito moderno no Brasil. Isso porque, com a supera-

1280 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 51 s.

1281 Cfr. DAVID BRION DAVIS, *Inhuman Bondage: The Rise and Fall of Slavery in the New World*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 48 s.

1282 Problemáticas merecedoras de atenção, diante do amplo quadro de “*violence symbolique*”, como reconhece BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 147 s.

1283 Quanto à sua projeção nos(as) juristas, cfr. António Manuel HESPANHA, “O

ção da era da escravidão, bem como alterado o regime monárquico para o republicano, no fim do séc. XIX, foram abertas as possibilidades da mudança específica de paradigma jurídico pela via da codificação civil. Contudo, a abolição da escravidão não importou na construção imediata da igualdade formal, sendo antes condição para tais mudanças, como as ocorridas em consequência da construção do projeto moderno para a juridicidade nacionalizada. Tal positividade jurídica é acompanhada da manipulação do passado, pelo pensamento jurídico brasileiro, que passou a ser adequado à simples justificação ideológica da elevação das fontes jurídicas do direito positivo.

A elevação da igualdade alcançada com o sujeito de direitos, que parte da contribuição do “arquétipo do homem abstracto”¹²⁸⁴, a axiomatização do direito, a razão prática e a filosofia moral estoica, responsáveis pela formulação da noção de regra geral e dos princípios gerais de direito¹²⁸⁵, que foi acompanhada de outro fenômeno, também moderno: a categorização dos seres humanos, inicialmente fundada em pretensas bases científicas, de influência europeia, depois alterada por diferentes tipos de discursos raciais¹²⁸⁶. Tais transformações ocorreram também

modelo moderno do jurista perfeito”, *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, PPGH-UFF, v. 24, n. 1, 2018, p. 59-88.

1284 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 174. Infelizmente, retiramos do texto a pesquisa da modernização do direito brasileiro em paralelo com as influências das teorias eugênicas no pensamento jurídico brasileiro, que podem ser consultadas em Paula Arantes Botelho Briglia HABIB, “*Eis o mundo encantado que Monteiro Lobato criou*”: *Raça, Eugenia e Nação*, Mestrado em História, Campinas, IFCH-Unicamp, 2003; e Weber Lopes GÓES, *Racismo, eugenia no pensamento conservador brasileiro: a proposta de povo em Renato Kehl*, Mestrado em Ciências Sociais, Marília, FFC-UNESP, 2015.

1285 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 548.

1286 Tema incontornável da reflexão do Direito pelo pensamento jurídico crítico, porém muito pouco explorado por pesquisas jurídicas críticas e profundas no Brasil, desde os fenômenos da escravidão. A correlação da modernidade com o racismo pode ser conferida em Andrew VALLS (ed.), *Race and Racism in Modern Philosophy*, New York, Cornell University Press, 2005; e ALLAIN (ed.), *op. cit.* Cfr. HANNAH ARENDT, “Race-Thinking Before Racism”, *The Review of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 6, n. 1, 1944, p. 36-73. Quanto aos riscos de compreensão do mundo entre “exotismo” e “racismo”, cfr. OCTAVIO SOUZA, *op. cit.*, p. 136 s.

no Brasil, com a ascensão do direito moderno e o desenvolvimento do chamado racismo brasileiro¹²⁸⁷.

As questões envolventes da igualdade formal e da desigualdade material, do racismo e do movimento codificador, da edificação do paradigma moderno e do modelo de sociedade imaginada, todas reconhecidas na afirmação do Estado e em sua relação com a sociedade através dos movimentos constitucional e codificador geridos por projetos de separação progressiva entre o direito civil – para as relações intersubjetivas particulares – e os direitos penal e constitucional – para as questões entre cidadania e Estado¹²⁸⁸ –, a partir da retirada progressiva da reflexão jurídica dos materiais não diretamente envolvidos na construção sistemática do direito positivista e na busca por coesão e coerência.

No plano social, principalmente as reformas promovidas para a consolidação do regime republicano, com a modernização do país, em especial na cidade do Rio de Janeiro, o então Distrito Federal, deram-se com a expulsão da população mais carente — onde viviam os seres humanos que haviam sido escravizados e seus descendentes — das áreas centrais para as periféricas, que, sem condições econômicas para sobreviver, foram sendo abandonados pelo Estado na mais completa miséria, com a elevação extrema de problemas como alienação mental e suicídios¹²⁸⁹. A organização social fundada na exclusão das camadas mais pobres para as periferias e a concentração das mais ricas em áreas centrais — claro que não de forma linear nem sequencial, mas complexa — marcou a sociedade brasileira até os dias de hoje, com profundas consequências para serem enfrentadas pelo direito e pelo pensamento jurídico.

Trata-se do contexto social de construção do projeto legal-positivista no país, marcado por transformações culturais¹²⁹⁰ organizadas com o cientificismo, o pensamento de fronteira e a classificação perfeita,

1287 Pode ser acompanhado, com uma perspectiva muito instigadora, em CAROLINA MARIA DE JESUS, *Quarto de despejo: diário de uma favelada*, São Paulo, Ática, 2014.

1288 Cfr. STOLLEIS, *op. cit.*, 2009, p. 471.

1289 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 72 s.

1290 Como os abrangentes das distinções fundadas em origens e no tom da pele das pessoas, especialmente negras e mulatas, que estiveram na base da construção da legislação destinada à estabilização social, cfr. SILVIA LARA, *op. cit.*, p. 100 s.

cuja ideologia da separação social demonstrou-se muito clara no Brasil. Tais processos são integrantes da formação jurídica na era pós-escravidão, na qual mesmo o pensamento jurídico crítico à escravização de seres humanos, enquanto questão recentemente ultrapassada, passava a utilizar argumentos e imagens do racismo científico do fim do séc. XIX.

Porém, tais questões foram sendo afastadas pela simbologia da cultura jurídica fundada com a criação de símbolos, os “sentimentos de pertencimentos” e a própria noção de identidade nacional brasileira¹²⁹¹. Perpassaram a alteração do próprio paradigma jurídico, da pluralidade das fontes do Antigo Regime para o direito codificado, através da mitologia da modernização do direito realizada com as racionalidades do pensamento jurídico, agora estreitamente vinculadas à projeção do direito a partir do Estado e à lei enquanto centro e limite de toda a juridicidade, com sujeição dos valores e das filosofias morais. A centralização do direito, enquanto objeto construído racionalmente e fruto exclusivo da vontade política, porém, somente foi possível com a alteração dos fundamentos estruturantes realizados por uma criação positivista. A historicidade e sua inventada tradição foram sendo construídas a partir da manipulação dos materiais dos diferentes fenômenos do direito, que passaram a ser organizados em discursos uniformes de autoridade para a legitimação da mudança provocada pelo direito moderno. Esse processo de invenção de origens foi realizado com reinterpretações, adaptações e omissões conscientes, como se deu com a escravidão.

Assim, na afirmação do direito republicano, não houve espaço para a escravização secular de seres humanos. Mesmo o hino da República, passados nem dois anos da abolição, afirmava a dupla relação entre escravidão e projeto de esquecimento: “nós nem cremos que escravos outrora tenha havido em tão nobre país”¹²⁹². É a simbologia de um

1291 Cfr. BOTELHO; SCHWARCZ, “Cidadania e Direitos: aproximações e relações”, in BOTELHO *et al.*, p. 20. Quanto às transformações dos símbolos nacionais desde o golpe republicano, cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 318 s.

1292 Lilia Moritz SCHWARCZ, *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*, São Paulo, Claro Enigma, 2012, p. 22. Cfr. Decreto 171, de 20 de janeiro de 1890. Semelhante espírito de “aceleração”, *v. g.*, pode ser consultado em prefácio de ARNOLDO WALD, de 1998, no qual “inflação” e “paternalismo” refletiriam “uma fase já ultrapassada da nossa história”, cfr. Keith S. ROSENN, *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 8. Na página seguinte, adverte-se que “o Brasil de hoje, no limiar de uma nova era, já reduziu substancial-

governo que adotou as práticas de repressão herdadas da escravidão, inclusive com a utilização de açoites, para se afirmar frente à sociedade que sofria novamente, agora pelas medidas saneadoras do modernismo burguês, que universalizava “o que antes fora uma justiça particular, aplicada no interior das fazendas e casas senhoriais”, que passavam a ser “prática institucional da própria autoridade pública no regime republicano”: “a nossa República democratizou a senzala”¹²⁹³.

Tal fundo merece ser refletido e perspectivado diante da atual crise do direito, bem como considerado seriamente pelas propostas que mobilizam o sentido do Direito compreendido numa referida historicidade. Pois a construção do direito moderno no Brasil foi acompanhada do afastamento de grupos sociais considerados alheios ao novo modelo de sociedade, com destaque para as comunidades indígenas e afrodescendentes. Não apenas nos discursos, mas na prática, como no massacre dos Kaingang, no sertão de São Paulo no início do séc. XX, defendido abertamente nos jornais por pessoas importantes como o então diretor do Museu Paulista, HERMANN VON IHERING¹²⁹⁴, ou ainda no genocídio dos Yanomamis, a partir da década de 1980. Portanto, é incontornável à superação da crise do direito a reflexão da cultura de violência do projeto de modernização do Brasil, que envolveu a participação do Estado na destruição de comunidades indígenas e povos tradicionais e resultou na notória pauperização de grande parte da sociedade brasileira e na construção de uma sociedade profundamente desigual¹²⁹⁵.

mente alguns dos defeitos existentes no passado e decorrentes do paternalismo”.

1293 NICOLAU SEVCENKO, *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*, São Paulo, Cosac Naify, 2010, p. 116-117.

1294 Cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 345 s. Tal tipo de argumentação racial era muito comum naquela época, cfr. Karl Ludwig Lorens BINDING; Alfred HOCHÉ, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Maß und ihre Form*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1920; e Norman N. NAIMARK, *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

1295 Cfr. MANUELA CARNEIRO DA CUNHA (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1998. Impossível enumerar nesta oportunidade as diversas violências sofridas, até os nossos dias, por comunidades indígenas, quilombolas e carentes no Brasil.

A cultura passou a ser pensada em termos de nacionalidade¹²⁹⁶, com profundas influências também na formação da cultura jurídica brasileira. Foram selecionados símbolos mais expressivos, desde elementos já existentes, tais “como a língua, a religião e algum sentimento de pertencimento fortalecido pela Guerra do Paraguai da década de 1860”, que foram integrados no “projeto de construção de identidade”¹²⁹⁷. A própria Constituição Republicana de 1891, inspirada no constitucionalismo norte-americano de estruturação do poder político numa sociedade de colonos, no Brasil pós-abolição não visou o mesmo propósito. Manteve as diferenças sociais caracterizadas “por desigualdades profundas e pela concentração de poder”, apontando para a limitação do liberalismo naquele contexto que, ao invés de almejar a igualdade, consagrava as grandes diferenças e o domínio da “lei do mais forte”, evidenciada no projeto de conciliação entre o “presidencialismo” com “o darwinismo republicano”, que resultou na instalação de “um regime profundamente autoritário”¹²⁹⁸.

Daí os riscos para o pensamento jurídico diante das mitologias tradicionais e limitadas da formação jurídica brasileira, baseadas em posturas classificatórias e disciplinares¹²⁹⁹. Tornam-se mais graves quando afastam a crítica da filosofia do direito, que passa a ser encerrada sob o mesmo manto simbólico do direito positivista. Deve sempre consternar, portanto, o alinhamento cronológico de juristas, textos legislativos e fatos repetidos sem qualquer tipo de crítica, de *per si* e numa sedimentada tradição, sendo homogeneizados enquanto temáticas “próprias” ao pensamento jurídico. Essa força é notada claramente na exclusão quase completa, num direito construído partindo da escravidão, de questões extremamente relevantes como o racismo, que passa a ser visto pelo olhar estreito do positivismo.

Nesse sentido, deve preocupar a reflexão filosófica o fato de justamente a igualdade entre os seres humanos, nos moldes da juridicidade formal, ter afastado a reflexão crítica das desigualdades sociais, que perderam a posição de centralidade para o direito. Foram sendo posicio-

1296 Antonio Sérgio ALFREDO GUIMARÃES, “Desigualdade e diversidade: os sentidos contrários da ação”, in BOTELHO *et al.*, p. 44.

1297 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1998, p. 101.

1298 *Ibidem*, p. 93.

1299 Cfr. GORDON, *op. cit.*, p. 10 s.

nadas como acessórias ou acidentais de institutos jurídicos e da legislação, agora organizados pelo direito moderno em categorias lógicas. A preocupação do pensamento jurídico com a sociedade real, não modelar e de tempo passado, passou cada vez mais a não fazer qualquer tipo de sentido. No ponto, o afastamento do racismo integra o processo das racionalidades utilizadas para a construção do direito moderno, enquanto projeto político da modernidade.

Dessa forma, a superação da crise de tal projeto deve reconhecer o racismo como um dos aspectos mais viciosos da exclusão do campo reflexivo e crítico do direito, desde o eixo do paradigma da igualdade formal que foi sendo utilizado para a construção e manutenção da desigualdade fora da juridicidade. Insere-se em amplo projeto de exclusão, no qual, se não integrados enquanto perspectivas do direito formal, os problemas práticos da vida humana foram excluídos também da dimensão do pensamento jurídico. Logo, os fatos sociais tornaram-se progressivamente elementos para construção da juridicidade, mas cada vez menos pesquisados e pensados com profundidade sob a perspectiva do justo e da realização de direitos na prática. Daí a importância da exploração da complexidade do direito, enquanto fenômeno cultural e com sentido, em contraposição ao projeto atual de direito, em que a interpretação jurídica, na perspectiva da realização em concreto, mantém-se ainda pelas ilusões das lógicas dedutivas e suas fundamentações pressupostas. Nada mais do que a realidade do direito transformada em projeção do exercício do poder e em consequência da vontade estatal, desprovida de racionalidades não instrumentais, com a exclusão do problema prático para a realização do sentido do Direito.

Esse tipo de paradigma jurídico é marcado também pelo rompimento, nas bases das idealizações e projeções político-jurídicas, entre a sociedade e o poder político central, bem como pela imagética para os(as) nacionais, enquanto exigência do Estado-nação. Tal simbologia é responsável pela modelagem da figura do(a) jurista do direito estatal, cuja atuação foi sendo progressivamente marcada pelo pensamento de conservação e elevação sem mais desse tipo de direito moderno. Os esforços de edificação desse arquétipo para o direito não somente afastaram o pensamento crítico e reflexivo, como produziram o modelo-tipo de formação jurídica nacional: a construção da herança artificial, que até nossos dias mantém-se com vitalidade, responsável pela higienização dos discursos da formação do direito no Brasil.

As aberturas e os questionamentos da cultura jurídica, pelo pensamento jurídico brasileiro, foram se tornando cada vez menos exercícios de crítica e reflexão, na medida em que exigidos somente fundamentos para o direito classificado, procedimentalizado e garantido na naturalização do processo de poder frente ao mundo prático do direito. No Brasil, a sua elevação integrou a própria consolidação da mitologia republicana, no jogo de imagens entre o retorno ao “passado amaldiçoado pela escravidão e o colonialismo” e a invenção pura e simples de “um futuro totalmente desvinculado da realidade do país”¹³⁰⁰. Por isso, no campo do direito, diante do esquecimento da formação jurídica que parte do direito da escravidão, passou a dominar a criação de imagens para o paradigma jurídico, cada vez menos apto à reflexão crítica do sentido do Direito.

Esse movimento foi aprofundado no Estado Novo, quando se deu a projeção política a partir da criação da tradição nacional, para “marcar o regime como uma fase de redenção”¹³⁰¹, particularmente com o rebaixamento ideológico do período anterior, batizado de “República Velha”¹³⁰². Nesse período ditatorial, foram organizadas as principais grades mentais de legitimação do projeto do direito brasileiro no país, com a acomodação simbólica das populações negras e indígenas nos mitos fundadores nacionais e dos questionamentos quanto à complexa formação do Estado diante do contexto social de violência, predação e injustiça. Assim, a crítica foi sendo simplesmente excluída da reflexão da criação do direito moderno. Tais temas são extremamente relevantes, como o debate sobre a criação do Código Negro no país, na trilha das mais conhecidas legislações coloniais para os escravizados¹³⁰³, cujo projeto teria sido oferecido por DIOGO FEIJÓ, da província de São Paulo, sendo denominado de “*Código Negro do Brasil*”¹³⁰⁴; ou, ainda, a contração de TEIXEIRA DE FREITAS para elaboração do projeto de código civil

1300 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 310.

1301 Monica Pimenta VELLOSO, “Os intelectuais e a política cultural do Estado Novo”, in NEVES DELGADO *et al.*, *op. cit.*, p. 154 s.

1302 Cfr. Ítalo Tronca, *Revolução de 1930: a dominação oculta*, São Paulo, Editora Brasileira, 1982.

1303 Cfr. Martti KOSKENNIEMI, “Colonial Laws: Sources, Strategies and Lessons?”, *Journal of the History of International Law*, Leiden, Brill/Nijhoff, v. 18, 2016, p. 248-277.

1304 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 101 e nota 337.

acompanhado da lei da escravidão, simplesmente desapareceram quase que completamente da pesquisa jurídica brasileira.

Escravidão e racismo, como sabemos, enquanto ameaças ao pacífico mito fundador nacional, foram sendo excluídos, homogeneizados ou contidos na dimensão do direito positivo. Esse panorama problemático deve ser enfrentado, já que é impossível refletir seriamente o sentido do Direito no Brasil sem a preocupação com tais temáticas, valendo-se da historicidade positiva construída para a homogeneização do discurso jurídico fundador.

Somente com muito esforço de pesquisa reconhece-se que o direito da escravidão brasileira não chegou a ser codificado não propriamente pela incompatibilidade da escravidão com o direito moderno, já que são conhecidos os caminhos para conciliá-los — códigos negros para escravizados e códigos civis para livres —, mas em razão de circunstâncias e problemas, ainda pouco investigados, que foram enfrentados pelos juristas diante da complexidade oferecida pela sociedade escravocrata. Em vista de tal dificuldade, marcada pelo esforço de preservação da escravidão, que não foi possível a viragem para a codificação civil, tendo prevalecido a juridicidade tradicional e sua pluralidade das fontes do direito.

Atemoriza perceber que questões básicas para a compreensão do fenômeno jurídico no Brasil foram progressivamente consideradas alheias à formação jurídica nacional, como se estivessem fora do direito, fora do pensamento jurídico. Isso é resultado do esforço arregado de exclusão da construção do direito no Brasil marcado profundamente pelo racismo¹³⁰⁵ e responsável pelo projeto ideológico da construção nacional, assentado na ideia da democracia racial, formada em paralelo ao direito moderno no país.

A modernidade no país provocou ampla transformação econômica, política e social, mas foi marcada pelas categorias de pensamento raciais. O olhar crítico sobre o sistema jurídico, enquanto garantia do *status* para o novo país, e a elevação do paradigma moderno do direito através da codificação civil, buscado desde a sociedade escravocrata, nos revela intenções e ideais não democráticos. A democracia não avançou

1305 Cfr. DORA Lucia de Lima BERTULIO, *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao Racismo*, Mestrado em Direito, Florianópolis, UFSC, 1989.

no Brasil, dentre outras razões que não cabem aqui considerar, mormente por razões raciais. Até os nossos dias, não houve um processo de cidadania ampla e uma integração de comunidades ao projeto de identidade nacional fora dos limites do direito formal e conservador, a não ser no plano simbólico.

Realçamos que historicamente as transformações no direito nunca se deram apenas entre regimes políticos diferentes, mas particularmente em conexão com os próprios universos jurídicos que as geraram. Quanto à codificação, importa considerar que se trata de “*processo culturale e storico*”, amadurecido especialmente no séc. XVIII, materializado no “*Codici concreti*”¹³⁰⁶, com a marca da simplificação da juridicidade herdeira do pensamento iluminista e que resultou no “*diritto certo e comprensibile*”¹³⁰⁷. Dessa forma, em razão do processo cultural de transformação, apropriação e remodelação de concessões jusnaturalistas¹³⁰⁸, que provocou extremo deslocamento do mundo prático do direito. A desvinculação responsável pelos reiterados esforços de (re)criação dos “*artificial boundaries of legal knowledge*”, ou seja, a estruturação do código em termos epistemológicos a partir da reunião de forças entre “*legal history, legal practice and legal education*”¹³⁰⁹.

A formação dos paradigmas modernos no Brasil, na trilha da codificação, permite não somente perceber a complexidade de um processo formado a partir do direito da escravidão, mas constatar que o direito moderno, ao contrário do mito que o envolve, não foi tão irresistível como normalmente se apregoa.

Por isso, destacamos a codificação brasileira não somente para refletir o pensamento jurídico e os paradigmas da modernidade nesse contexto, mas sobretudo, numa perspectiva crítica, compreender a elevação do pensamento jurídico instrumental concomitantemente com a redução do direito ao texto escrito realizada numa sociedade herdeira

1306 GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1976, v. I, p. 19.

1307 *Ibidem*, p. 35.

1308 UMBERTO VINCENTI, *Lezioni di Metodologia della Scienza Giuridica*, Padova, CEDAM, 2000, p. 51-65.

1309 GEOFFREY SAMUEL, *Epistemology and Method in Law*, Burlington, Ashgate, 2003, p. 88.

da escravidão. Tal marcha mobilizou, de forma muito consciente, frente à ideia de direito pressuposto que parte do texto legal, em termos claramente epistemológicos, tanto processos históricos de construção de sentidos, como a elevação de legitimidades discursivas para tal direito formal, a partir da centralização, através de processos de institucionalização, para fazer frente aos problemas do mundo prático, na dimensão das ideias e da linguagem.

A codificação civil brasileira provocou o movimento de superação da ordem jurídica plural fundada na autoridade dispersa e na tradição, que contava com fontes jurídicas dispersas. Instaurou a busca pela ordem intencionalmente unitária, decorrente das lógicas da modernidade, gestadas no iluminismo e no jusnaturalismo racionalista, mas que haviam sido simplificados e organizados nas codificações dos sécs. XIX e XX. São projetos claros de poder, nos quais o direito passou a ser considerado não mais como espelho da sociedade concreta, mas como simples idealização de certa perspectiva: a aspiração ao monismo jurídico. A codificação foi o “cume” do “processo de estadualização do direito”, cujos materiais jurídicos foram organizados com “a alteração do sistema das fontes do direito”¹³¹⁰. Deu-se a alteração das complexidades do sistema jurídico anterior com a criação do “sujeito de direitos”, enquanto consequência de “uma revolução política de sentido liberal”¹³¹¹.

A codificação civil, assim, provocou a intensa mudança de paradigmas do direito, do sistema plural para o unitário, representando a projeção do direito de pessoas individualizadas, não mais de deveres, definindo os limites da atuação jurídica em parâmetros estabelecidos a partir de certo modelo de sociedade. Não se trata apenas de responsabilizações para determinadas condutas consideradas não adequadas à vida em sociedade, que caracterizam as codificações penais, nem de simples organização estatal, como as constituições. A codificação civil foi muito mais influente, porque impôs a própria possibilidade de organização social nos quadros da segurança do mundo burguês fundado no tripé fundamental, *silicet*, a força jurídica da palavra, a normatização de condutas pelos contratos e o direito de propriedade, remetidos ao vértice fundado na ideia do sujeito de direitos. No fundo, a individualidade como funda-

1310 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 483 e 535.

1311 *Idem, op. cit.*, 2011, p. 22.

mento de toda a projeção dos materiais jurídicos, na base da construção imagética do ordenamento jurídico.

Porém, em vista do forte componente de poder que o sustenta, gerando artificialidade e tensão entre os mundos reais e os projetos característicos de “*violence institutionelle*”¹³¹², passou-se a exigir o esforço de fundação simbólica desse novo paradigma jurídico. Mais do que tudo perseguido através da aprendizagem de seu funcionamento, na ênfase da lógica para dentro do sistema, com a construção de conceitos jurídicos fechados, alegadamente completos, perfeitos e sem vícios. Tais balizas hoje estão muito abaladas pelas novas transformações no campo do direito. Essa perseguição de mudança no Brasil, por ter vindo desde o direito escravocrata, foi marcada por profundas especificidades não atingidas se não considerada a problemática da escravidão, bem como do racismo.

A codificação brasileira também provocou a mudança no paradigma do direito, desde as fontes plurais e as Ordenações, para o fechamento do sistema em normas estatais e progressivamente estatizadas. Claramente não se deu de imediato, sendo antes um processo de construção. A codificação civil de 1916 abriu as perspectivas de alteração para um sistema jurídico progressivamente fechado e nacionalizado. Somente com ela, não com as constituições, que o sistema de fontes do direito se alterou intensamente a partir da mudança completa da interpretação jurídica, com consequências fundamentais para a ideia de direito, diante de sua elevação como um “monumento jurídico” enquanto instrumento de controle do direito de forma sintetizada¹³¹³. Não podemos esquecer que o movimento da codificação foi “preparado em grande parte pelo jusnaturalismo racionalista”¹³¹⁴, tendo a marca da sobreposição de uma nova juridicidade à complexa tradição jurídica secular que vinha sendo consolidada até então. Esse percurso foi refletido enquanto legítima a escravidão no Brasil, a partir das perspectivas abertas pelo direito moderno.

Sem a possibilidade de ingressarmos nas profundidades das influências mais imediatas desse percurso, como o iluminismo e a tentati-

1312 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 143 s.

1313 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 376.

1314 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 440.

va de regeneração em Portugal, a lei da boa razão e os Estatutos da Universidade, a codificação civil francesa e as outras codificações modernas posteriores, plenamente presentes nos debates da América portuguesa e no Brasil independente, parece importante ao menos afastar a simplista e positiva convocação do desejo “antecipado” pela codificação, como tem ocorrido com a convocação equivocada, por exemplo, da Constituição de 1824.

Apesar disso, a crítica à complexidade e à ausência de segurança jurídica do direito brasileiro, desde o séc. XIX, foi muito presente. Em discurso no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 1845, foram indicados os principais problemas do direito nacional, que seria uma “deplorável desordem”, com “defeitos, lacunas, obscuridades, confusão, e immensidade de nossas leis civil”, bem como a solução através do melhoramento do direito civil nacional, como sendo “a mais urgente necessidade publica”¹³¹⁵. A lei de 20 de outubro de 1823, que determinou a vigência provisória da legislação herdada da América portuguesa, apesar de acertada para o momento, não seria mais adequada ao novo direito brasileiro que deveria ser construído¹³¹⁶. A solução, então, seria a “revisão e codificação geral de nosso direito patrio”, “uma codificação simples, clara, e breve”, que comportasse “as idéas do justo e do injusto”, em conformidade com PORTALIS, ORTOLAN e BENTHAM¹³¹⁷. Tal projeto de modernização do direito brasileiro, de acordo com CLOVIS BEVILAQUA, não teria impressionado TEIXEIRA DE FREITAS, sendo antes considerado “um desses desvios, em que soem cair os que abusam de seus talentos por amor da novidade”¹³¹⁸.

Importa também a especial menção à VICENTE CARDOSO DA COSTA, autor da obra *Que he o codigo civil?*, que abarcou os caminhos de modernização do direito, cujo projeto deveria ser obra de um só arquiteto responsável pela “unidade do pensamento”¹³¹⁹. Tal jurista foi muito in-

1315 Francisco Ignacio de CARVALHO MOREIRA, “Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil”, *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno I, tomo I, n. 1, jan./fev./mar., 1862, p. 148.

1316 *Ibidem*, p. 151-152.

1317 *Ibidem*, p. 156, 158 e 160.

1318 *Apud* Clovis BEVILAQUA, *op. cit.*, 1906, p. 22.

1319 CARVALHO MOREIRA, *op. cit.*, p. 164-165.

fluyente para a reflexão da codificação civil brasileira, por ter produzido uma “obra emblemática”¹³²⁰, sendo o “primeiro grande divulgador da ideia de codificação” em Portugal¹³²¹. Nele reconhecem-se as influências “jusnaturalista, contratualista, proprietarista e antropocêntrico”, destacando-se a primeira delas: “o valor da liberdade e os direitos naturais devem ser sempre respeitados”, já que “preexistem à lei codificada”¹³²². Fundamentalmente, destacava o “princípio da utilidade” de Bentham, sendo “hum luminosissimo criterio, para decidir do justo e do injusto, e para guiar o Legislador”¹³²³, porém de forma subsidiária: “o divulgador português da codificação não atribui ao ‘princípio da utilidade’ a condição de *Grundnorm* do seu sistema, embora o possa invocar para avaliar os artigos dos códigos”¹³²⁴. Como exemplo extremamente relevante, o seu pensamento influenciou a codificação portuguesa de 1867, realizada por ANTÓNIO LUIZ DE SEABRA¹³²⁵.

ANTONIO JOAQUIM RIBAS, tendo em vista a conhecida polémica entre THIBAUT e SAVIGNY¹³²⁶, foi muito influente ao apontar a alternativa para a codificação no Brasil, enquanto projeto mais geral — constitucional, criminal, processual, comercial —, realçada a “legislação civil”¹³²⁷. Curiosamente, ao contrário da ideia comumente aceita da figura do legislador único, entendida que tal empreitada só poderia ser realizada por “commissões de profissionaes” que ficariam responsáveis pela fixação de um sistema jurídico científico, impossível de ser modificado pelos legisladores, bem como pelo exame dos trabalhos já realizados por

1320 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 196.

1321 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 339.

1322 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 198.

1323 CARDOZO DA COSTA, *op. cit.*, 1822, p. 127.

1324 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 199.

1325 *Loc. cit.*

1326 ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *op. cit.*, 1880, p. 299 s. Cfr. Anton Friedrich Justus THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr und Bimmer, 1814; e Friedrich Carl von SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Bimmer, 1814. Quanto à tal polémica, cfr. António dos SANTOS JUSTO, “O direito luso-brasileiro: codificação civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 1-46.

1327 ANTONIO JOAQUIM RIBAS, *op. cit.*, 1880, p. 309-310.

TEIXEIRA DE FREITAS¹³²⁸. Defendia o sistema construído a partir do “*Direito de família*”, já que “a família é o organismo elementar do Estado e da humanidade; os indivíduos se ligão a estes por meio della”¹³²⁹, sendo posteriormente aderidos o “*Direito das cousas*” e o “*Direito das obrigações*”, pelas relações combinação das relações jurídicas¹³³⁰.

Isso afirmado diante dos problemas causados pela ausência da codificação, que a seu ver seriam afastados com um código civil que pudesse organizar metodológica e organicamente o direito. Para tal jurista, o sistema seria organizado a partir das emanções mais importantes das relações individuais, que abrangeriam toda a matéria de direito civil através da especificação¹³³¹, e organizada¹³³² em três grandes grupos de direitos: família, obrigações e “cousas”¹³³³. A codificação deveria preservar integralmente a escravidão: os escravizados ficariam reduzidos “ao estado de cousas”, sujeitos ao “nosso imperio absoluto” e, assim, “*despessoalisados*”¹³³⁴.

A consideração profunda dos processos de formação do direito no Brasil, muito além do plano político-ideológico, abrangente da codificação moderna e das influências da exegese do séc. XIX, como sabemos, “não pode ser feito apenas à luz das ultiores experiências negativas do legalismo”, em que a juridicidade “foi tudo menos uma seca descrição das leis”¹³³⁵. A juridicidade brasileira, naquele contexto, permaneceu entre os diferentes tipos de direito natural e pensada a partir de filosofias morais. Diferentes visões envolvidas no choque entre as influências do direito moderno e o direito natural, sendo essa a principal marca dos debates da codificação civil no Brasil, como comprova TEIXEIRA DE FREITAS.

1328 *Ibidem*, p. 310-311.

1329 *Ibidem*, p. 324.

1330 *Ibidem*, p. 326 s.

1331 *Ibidem*, p. 328.

1332 *Ibidem*, p. 329 s.

1333 *Ibidem*, p. 323 s.

1334 *Ibidem*, p. 327.

1335 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 406 e 408.

Seu “Projeto de Código”¹³³⁶, fundado nos “elementos dos direitos” — pessoas, coisas, fatos e direitos —, além da divisão entre “direitos reais” e “direitos pessoais”¹³³⁷, foi o texto mais bem elaborado da perseguição da codificação civil frente ao direito da escravidão, mas, infelizmente, não chegou a ser finalizado nem aprovado. Ousamos afirmar que teria sido justamente o esforço de conservação da legitimidade da escravidão o grande responsável pela não realização da codificação civil no Brasil naquele contexto. A dificuldade que a codificação civil encontra diante da escravidão emana das reflexões de TEIXEIRA DE FREITAS: “todo o *homem é pessoa*, ainda mesmo em um país de escravos”¹³³⁸. É um paradoxo extremamente revelador da impossibilidade de ser revolido dentro da modernização do direito, ao menos no projeto de código civil, devendo ser acomodada a “*escravidão dos negros*” num “projeto especial de lei”¹³³⁹.

Curiosamente, afirmava-se que “todo o homem é *pessoa*” em consequência da capacidade de adquirir direitos, não propriamente da individualidade. A seu ver, logicamente, como os escravos podiam adquirir direitos¹³⁴⁰, “por muitas que sejam as restrições”, deveriam ser considerados pessoas e não coisas, cuja solução já oferecia DEMOLOMBE, quanto à escravidão francesa diante da codificação¹³⁴¹. Tal ponto de partida, porém, não afastava a necessidade de retirada da escravidão de seu projeto, passando a ser regulado o direito da escravidão numa lei especial que, segundo cremos, não chegou a ser produzida. Teixeira de Freitas demonstrou ter o profundo conhecimento do problema que enfrentava. Essa dimensão foi pouco percebida por CARVALHO MOREIRA, que em 1845 havia apresentado o texto *Da Revisão geral e Codificação das leis civis e do processo no Brasil*, sendo considerado muito apropriadamente como “um grito, não uma tentativa” séria de codificação¹³⁴².

1336 TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil: Esboço*, 1952, p. 5. Texto publicado em 1860, mas nos valem da reimpressão referida.

1337 *Ibidem*, p. 17 e 22 s.

1338 *Ibidem*, p. 19.

1339 *Ibidem*, p. 24.

1340 Algo não reconhecido pela pesquisa jurídica anacrônica e acrítica da formação jurídica brasileira.

1341 *Ibidem*, p. 24.

1342 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1981, p. 79.

A pessoalidade, cabe considerar, partia ainda dos estamentos, ou seja, as “turmas de pessoas segundo seus *estados* na vida civil e de família”, que TEIXEIRA DE FREITAS estampava no art. 21 de seu *Esboço*: “no grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos”¹³⁴³. Porém, procurou escapar “da palavra — *estado*”¹³⁴⁴, em manifestação clara e realizada várias vezes em seu texto, como indicativo da consciência dos problemas por ele enfrentados. Mais uma vez, o trabalho hercúleo de modernização daquele direito escravocrata só seria possível com a criação de uma lei especial para dispor sobre a escravidão. Nesse sentido, através da adaptação possível na modernidade do direito romano. No fundo, defendia a incompatibilidade com “*status libertatis*” e o “*status civitatis*”, sendo possível a construção do direito a partir do “*status familiae*”¹³⁴⁵, dos diferentes agrupamentos sociais, cujas classificações possíveis e ali anunciadas certamente suportariam a escravidão codificada no Brasil.

Tais esforços foram realizados por TEIXEIRA DE FREITAS porque a aspiração à segurança jurídica, como anunciava o direito moderno, estava ali muito presente. O Ministro da Justiça EUSÉBIO DE QUEIRÓS, nascido em Angola em 1851, chegou a propor a adoção do *Digesto Portugues*, de CORRÊA TELLES, “como Código Civil do Brasil”¹³⁴⁶. Claro que hoje temos mais condições de reconhecer tal texto como majestoso “acervo doutrinal donde se pudesse extrair o principal de um novo código civil”, não propriamente com o propósito de “levar a cabo uma construção sistemática do direito nacional”¹³⁴⁷. Mas tal episódio nos dá conta da preocupação com a mudança do paradigma jurídico nacional.

Em consequência das polêmicas entre SEABRA e TEIXEIRA DE FREITAS, quanto às melhores alternativas para a modernização do direito, aquele jurista produziu um “esboço” de código¹³⁴⁸, enviado ao Brasil, no qual a escravidão seria simplesmente uma exceção à igualdade¹³⁴⁹,

1343 TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1952, p. 24-25.

1344 *Ibidem*, p. 25.

1345 *Ibidem*, p. 31.

1346 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1981, p. 79. Também em MEIRA, *op. cit.*, p. 412.

1347 HESPAHNA, *op. cit.*, 1978, p. 129.

1348 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 191, nota 486.

1349 Cfr. art. 5º do texto publicado na *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, Univer-

sendo assim compatibilizada com a codificação civil. Ressalte-se que FERRER, ao comentar o projeto de codificação civil de SEABRA, apontava que à lei não cabia a definição da “escravidão com a perda do direito de liberdade”¹³⁵⁰.

Para CLOVIS BEVILAQUA, o texto “não passou de um título preliminar e de uma primeira parte dedicada à *capacidade civil e seu exercício*”, não sendo de conhecimento público¹³⁵¹. Sem espaço para polêmicas, consideramos tal questão importante por demonstrar a preocupação com o direito da escravidão, dentro dos esforços de modernização do direito, integrando as reflexões jurídicas organicistas em cotejo com as juridicidades tradicionais¹³⁵², além das projeções da sociedade a partir da estatização do direito e da nacionalização da vida social. Sem nenhuma dúvida, a temática da escravidão foi considerada como o maior problema para a modernização do direito nacional. Posteriormente, com o fim da escravidão, passou a ser escamoteada pelos discursos mitológicos da formação jurídica no Brasil.

Mais ainda, em profundo antagonismo justificado somente por opções claramente raciais, conscientes ou não, a escravidão sofreu a sua decisiva retirada do campo da pesquisa jurídica brasileira com a elevação dos discursos dos direitos humanos. Foi moldada como um momento já superado da escala determinista e evolucionista das conhecidas “eras de direitos”. Integrou-se assim ao movimento de utilização do marco da codificação civil como início do projeto de país do futuro, onde os símbolos do Estado aliaram-se à nacionalidade agora considerada, artificialmente, como democrática. O século passado testemunhou, então, as construções de origens do direito a partir dos “sobrevivos” sobre a América portuguesa e o Brasil, a monarquia e a república, além da própria escravidão, através da seleção de aspectos interessantes para a juridicidade que atestasse a participação brasileira, a qualquer custo, nos grandes quadros mentais das afirmações jurídicas consideradas relevantes internacionalmente. Esses quadros passaram a ser recorrentemente referidos e repetidos, mas raras vezes pesquisados criticamente.

cidade de Lisboa, v. 8, 1951, p. 306.

1350 VICENTE FERRER, *op. cit.*, 1859, p. 34.

1351 *Op. cit.*, 1906, p. 22 e nota 2.

1352 Cfr. SEABRA, *op. cit.*, 1859; TEIXEIRA DE FREITAS, *op. cit.*, 1859.

Tal movimento está muito afastado, não somente no tempo, do esforço realizado de transposição de um paradigma a outro, como no caso da codificação francesa, na qual a partir do jusracionalismo racionalista foram construídos os comandos claros e específicos da elevação de um monumento jurídico. Porém, o próprio PORTALIS simboliza a dificuldade de se abandonar as grades do pensamento jurídico anterior¹³⁵³. No Brasil, ao contrário, a codificação foi pensada a partir de projetos e códigos anteriores, bem como das experiências e reflexões já realizadas, sendo dimensionada numa escala claramente evolucionista. Procurava-se integrar conscientemente o projeto de direito ao programa político estatalista e nacional, indo muito além da conquista burguesa da almejada segurança jurídica, já que partia-se da fundação de um novo mundo, ali anunciado em decorrência das recentes revoluções científicas e tecnológicas.

A viragem provocada pela fundação de uma nova sociedade, a partir da destruição material e simbólica das sociedades tradicionais, provocou a ascensão do racismo, em paralelo à modernização do direito brasileiro¹³⁵⁴. CLOVIS BEVILAQUA, ao tratar da superação pelo direito de atrocidades históricas – sobre “a perversidade humana” –, *v. g.*, enumerou diversos exemplos dos babilônios, dos códigos repressivos desde Hamurabi, passando pela Lei das XII Tábuas e Ordenações, pela Noite de São Bartolomeu, pela inquisição etc.¹³⁵⁵, sem nada dizer sobre a escravidão brasileira. Essa extirpação temática foi a grande marca dos debates da codificação brasileira do início do século passado, aliando-se à construção ideológica da nacionalidade e da modernização do direito.

1353 Lembramos apenas a sua marcante frase no *Discours préliminaire sur le Projet de Code civil*: “*Les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison*”. Cfr. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris, Joubert: Librairie de la Cour de Cassation, 1844, p. 4.

1354 Entre tantas obras jurídicas que poderiam ser aqui referenciadas, esse novo tipo de discurso racial pretensamente científico pode ser magistralmente conferido em SYLVIO ROMÉRO, *Doutrina contra Doutrina: o evolucionismo e o positivismo na República do Brasil*, Rio de Janeiro, Editor J. B. Nunes, 1894: “Ora, os dous maiores factores de equalização entre os homens são a democracia e o mestiçamento” (p. XX); “A distincção e desigualdade das raças humanas é um facto primordial e irreductivel” (p. XXII).

1355 AMELIA BEVILAQUA; CLOVIS BEVILAQUA, *Litteratura e Direito*, Bahia, Livraria Magalhães, 1907, p. 77 s.

Não mais interessava a busca pela compreensão do direito a partir do passado, menos ainda do específico e regionalizado, mais sim a integração do novo projeto de direito às estruturas de pensamento evolucionistas atreladas ao darwinismo social: os escalonamentos sociais e as hierarquias entre as mais diversas comunidades humanas. Estamos diante das simbologias do chamados neocolonialismos ou imperialismos.

A simbologia formada nesse ambiente segue com grande vitalidade até os nossos dias, capaz de conservar muito viva a mitologia da própria formação jurídica brasileira. Para CLOVIS BEVILAQUA, o sentido da evolução social era tão relevante que o direito costumeiro, enquanto fonte subsidiária, mesmo que “num segundo plano”, deveria ser pensado num escalonamento dos “*princípios geraes do direito*”, porém não somente “dos princípios geraes do direito nacional”, mas sim “da cultura juridica humana em nossos dias”¹³⁵⁶. A juridicidade passava a ser pensada em termos evolutivos até chegar aos padrões mundiais considerados mais “civilizados”.

A codificação civil brasileira foi influenciada pelo pensamento legal-positivista, pelas codificações modernas e pelo ambiente cultural de ascensão da racionalidade moderna sob o manto da metafísica ideia de ciência, tendo sobressaído a aposta nos seus potenciais de transformação e modernização nacional. Contudo, como eram plenamente conhecidos os limites e as críticas à lógica jurídico-subsuntiva, que se formaram posteriormente à ascensão da exegese¹³⁵⁷ vinda da codificação civil francesa, no Brasil a codificação civil foi assumida com a consciência de tais problemas, sobressaindo a aposta no evolucionismo: o código civil deveria ser o primeiro de uma sequência a ser desenvolvida, não mais um monumento jurídico.

Assim, a construção do legal-positivismo no Brasil, inaugurada com a codificação civil, veio acompanhada de uma inerente filosofia, particularmente de perfil pedagógico-idealista, para equilibrar pelo pensamento o mundo do direito brasileiro frente à sociedade. Tal projeto jurídico exigiu uma mudança no sentido da interpretação jurídica e

1356 CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, 1916, v. 1, p. 107-108.

1357 Cfr. ANA MARGARIDA Simões GAUDÊNCIO, “O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 681-733.

uma alteração na compreensão dos sentidos das fontes jurídicas, agora prevalentemente positivadas. A noção de realização do direito, dentro desses limites impostos politicamente, foi sendo acompanhada, já que não estamos diante de um fenômeno espontâneo, do esforço de construção mitológica do direito, para funcionar como anteparo simbólico de comprovação e legitimação de um direito agora pressupostamente justo. Não por outra razão, ORLANDO GOMES aponta que a codificação civil brasileira traduziu “a filosofia e os sentimentos da classe senhorial”, ou seja, “a propensão da elite letrada para elaborar um Código Civil à sua imagem e semelhança, isto é, de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade”¹³⁵⁸.

As imagens da formação jurídica nacional estão presentes na especificidade da crise do legal-normativismo brasileiro atual, que exige superação. Pois a construção do direito moderno e da cidadania brasileira, partindo de imagens e argumentos raciais, provocou o alheamento de diversas comunidades e agrupamentos de pessoas consideradas como não pertencentes ao modelo nacional. Claro que formalmente a pessoa no Brasil seguiu o modelo individualista de inserção no centro do sistema jurídico e a elevação, fundada na igualdade, enquanto sujeitos de direitos. Mas, no plano simbólico e ideológico, desenvolveram-se variados processos de desigualdade através de discursos raciais de discriminação. Essa dinâmica foi responsável pela extração progressiva de tais pessoas do modelo almejado de nacionalidade e a sujeição delas, sem mais, ao princípio do *dura lex sede lex*, a partir do paradigma rígido do positivismo assentado em discursos culturais mitológicos¹³⁵⁹. Assim, o racismo mantém-se vivo pela assimilação acrítica dos pressupostos ideológicos da juridicidade brasileira construídos para o direito moderno, devendo ser confrontado pelo pensamento jurídico crítico e “*la charge de s’en indigner publiquement*”¹³⁶⁰.

1358 *Op. cit.*, p. 22.

1359 Cfr. ADILSON JOSÉ MOREIRA, “Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural”, *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, v. 8, n. 2, 2017, p. 830-868; “Discourses of Citizenship in American and Brazilian Affirmative Action Court Decisions”, *The American Journal of Comparative Law*, New Jersey, American Society of Comparative Law, v. 64, 2016, p. 455-504; “Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões”, *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, FD/UERJ, v. 9, n. 3, 2016, p. 1559-1599.

1360 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 102.

A reflexão crítica desses problemas deve se opor definitivamente à exclusão de tais temáticas ao almejar a defesa do sentido do Direito, enquanto projeto possível e reconhecível também em sua normatividade¹³⁶¹. A superação da crise do direito em que vivemos deve ser realizada conjuntamente com a reflexão profunda da sociedade, na dimensão das historicidades envolvidas, enquanto imposição da intencionalidade crítica. Isso porque escravidão e racismo, se excluídos ou não considerados seriamente pelo pensamento jurídico, paralisam a reflexão do problema do Direito por manterem-se apenas na superfície da juridicidade formal, aquela construída para legitimar os dois principais movimentos legalistas, positivista e normativista, assentados na dimensão das pressuposições e avessos à pesquisa sobre seus próprios fundamentos e processos de construção.

O simbolismo do direito brasileiro formou-se na modernização da juridicidade estatal, num movimento de assimilação não somente das fontes jurídicas, seja no paradigma legal-positivista decorrente do código civil ou no legal-normativismo escalonado em sentido de ordem jurídica constitucional, imposto pela Constituição Federal de 1988, mas principalmente pela assimilação dos mitos de origens do direito estatal. Tais processos foram acompanhados por um tipo específico de racionalidade moderna, muito presente no pensamento jurídico nacional, responsável pela naturalização das diferenças entre seres humanos no plano da prática numa sociedade profundamente desigual, frente à igualdade pressuposta no plano formal. Esse quadro foi agravado pelo fato de tais movimentos terem sido realizados desde o fim da era da escravidão e no auge das teorias raciais. A escravidão, após a abolição, chegou a quase desaparecer do pensamento brasileiro, sendo recuperada enquanto temática fundamental, no campo científico, apenas na década de 1930¹³⁶², com a contribuição decisiva de GILBERTO FREYRE, mesmo que simbolicamente na figura lograda da democracia racial¹³⁶³.

Limitada recuperação, pensamos nós, que ainda não foi feita pelo pensamento jurídico brasileiro. A complexidade da formação jurídica nacional ainda não foi atingida suficientemente, seja em razão

1361 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 54.

1362 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 100.

1363 Cfr. Ricardo Benzaquen de ARAÚJO, *Guerra e paz: Casa-Grande & Senzala e a obra de Gilberto Freyre nos anos 30*, Rio de Janeiro, Editora 34, 1994.

da afirmação republicana e de sua construção mitológica de origens, ou das mudanças de perspectivas quanto à problemática racial, com a afirmação de discursos também mitológicos para os direitos humanos. Por isso, o pensamento jurídico brasileiro quase limitou-se a seguir acriticamente o mito da democracia racial e considerar, pura e simplesmente, as temáticas da escravidão e do racismo apenas como fronteiras de exercícios das consequências jurídicas e das fundamentações exigidas pelo direito positivo.

De forma muito reduzida, mas necessária, apontamos que a problemática das raças, em discursos considerados como científicos na viragem para o séc. XX, foi debatida a partir dos contextos europeu e norte-americano, num amplo ambiente de confrontação “civilizatória” dos padrões e modelos civilizatórios do neocolonialismo. Em 1911, na cidade de Paris, o brasileiro OLIVEIRA LIMA iniciava a famosa série de conferências sobre as origens nacionais a partir de parâmetros raciais, bem como a expectativa quanto ao futuro da nacionalidade brasileira¹³⁶⁴ em termos evolucionistas. Somente para ilustrarmos algumas passagens mais significativas, afirmava ali “a inteligência, mal despertada, da raça indígena”¹³⁶⁵, que caracterizaria as “raças aborígenes” sem “nenhuma influência direta sobre a formação histórica da nacionalidade brasileira”¹³⁶⁶. A escravatura brasileira teria sido “infinitamente mais tolerável” que em outros lugares¹³⁶⁷, ou seja, “adocicada”, antes mesmo de GILBERTO FREYRE¹³⁶⁸. Como vimos, parvoíces facilmente confrontadas com a sociedade escravocrata, na qual valia a “innata e tradicional a inimizade do escravo para o senhor”¹³⁶⁹, mas exigências simbólicas para a fundação do projeto de embranquecimento da população brasileira partindo do racismo.

Direito e racismo no Brasil somente podem ser problematizados criticamente se afastadas as acomodações comuns de certo científicis-

1364 Cfr. OLIVEIRA LIMA, *op. cit.*, 1997.

1365 *Ibidem*, p. 48.

1366 *Ibidem*, p. 50. A afirmação foi alterada em manifestação posterior (p. 265), em que os nativos passariam a ser simplesmente sujeitos à influência civilizatória de “estrangeiros”.

1367 *Ibidem*, p. 67.

1368 *Ibidem*, p. 256.

1369 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 163.

mo, desde então organizado para estabilizá-las através de estruturas rígidas do pensamento classificatório originário das eras das teorias raciais e das simplórias construções mitológicas para os diferentes Estados modernos. O direito positivista brasileiro, após a codificação civil, assentou-se nessas formas de assimilação acrítica da juridicidade a partir do texto, abandonando o suporte doutrinário e ideológico anterior, mantendo-se agora apenas pelas dinâmicas de esquecimento do passado atrelado à fundação do paradigma de um direito para o futuro. A grande mudança na forma de se encarar o direito, pela perspectiva de superação das formas de se pensar o sistema anterior, mas ainda valendo-se muito da tradição que até ali se formara em termos simbólicos, se deu com o aproveitamento seletivo dos materiais considerados necessários para fundar o novo paradigma jurídico e o modelo de jurista “boca da lei” de MONTESQUIEU. Dessa forma, o modelo positivista foi afirmado não somente enquanto um projeto teórico, mas especificamente como consequência do fortalecimento estatal, seguindo, assim, o caminho da intervenção política, que transformou a juridicidade complexa característica do mundo plural e anterior, herdeira do direito da escravidão, na aspiração do monismo jurídico.

Inicialmente com o Código Civil, posteriormente através da ampla organização e da hierarquização das fontes jurídicas, com a jurisdição constitucional imposta pela Constituição de 1988, a historicidade para o direito moldou-se definitivamente em termos puramente simbólicos. Por isso, o século passado testemunhou a construção de um novo paradigma jurídico fundado no texto legal e na circularidade de uma “autofundamentação”: “hermenêutico e doutrinal”, mas apoiado sempre “numa subsistência dogmática para além da contingência das fontes e das particulares e fragmentárias teleologias do direito positivo”¹³⁷⁰. Sem espaços, portanto, para a reflexão profunda e crítica da formação jurídica brasileira.

Deu-se, desse modo, a assimilação acrítica não somente do processo de formação do fenômeno jurídico, mas especialmente sua institucionalização como chave de compreensão de uma juridicidade projetada. A positivação absorvida com a aceitação pura e simples de suas bases ou questionada nas fronteiras de suas próprias estruturas de legitimação. Nada mais do que o processo de empobrecimento dos mate-

1370 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 21.

riais reflexivos da juridicidade, pelas restrições impostas pelo império do texto legal, em consequência do movimento codificador no Brasil. No fundo, a postura do(a) jurista, de busca por “um critério justo para um caso concreto”, paulatinamente foi substituída pela de “um observador neutral do material contido nos textos”¹³⁷¹. É um projeto do monogenismo frente ao evolucionismo, já muito problemático, em que a questão da mestiçagem foi considerada como problema a ser resolvido, ou mesmo assumido como vantagem em termos comparativos, enquanto tensão principal da construção da identidade nacional¹³⁷².

Tal ambiente cultural pode ser reconhecido exemplarmente nos pensamentos de juristas da Faculdade de Direito do Recife¹³⁷³, onde foram discutidas as teorias raciais juntamente com a modernização do direito¹³⁷⁴, na viragem para o séc. XX.

Como exemplo, SYLVIO ROMÉRO desenvolveu pesquisas para a compreensão das manifestações populares, a partir de criações, coletas e organizações de imagens e símbolos para o cancionário nacional, para questionar as reconhecidas tradições populares¹³⁷⁵ que, a ser ver, teriam sido criadas na época do romantismo¹³⁷⁶. TOBIAS BARRETO não considerava relevante a questão da “ethnographia”, entendida naquele momento como uma questão racial, enquanto para SYLVIO ROMÉRO ela era considerada essencial¹³⁷⁷. A etnográfica para esse jurista — que foi criada especialmente para explicar “cientificamente” a ideia de hegemonia racial enquanto justificativa das colonizações — baseava-se em preten-

1371 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 444.

1372 RENATO ORTIZ, *Cultura brasileira e identidade nacional*, 5 ed., São Paulo, Brasiliense, 2006, p. 37 s.

1373 Cfr. SCHWARCZ, *op. cit.*, 1993, p. 161.

1374 Quanto às influências na mudança do sentido da juridicidade naquele contexto, destacamos os juristas TOBIAS BARRETO, SYLVIO ROMÉRO, CLOVIS BEVILAQUA e PONTES DE MIRANDA. Juristas que, infelizmente, não tem sido objeto de muitas pesquisas críticas, mas comumente de hagiografias ou meras assimilações, com pouco esforço de leitura de seus textos originais.

1375 Cfr. SYLVIO ROMÉRO, *Os cantos populares do Brasil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Livraria Classica de Alves & Comp., 1897; e *Estudos sobre a poesia popular do Brasil: 1879-1880*, Rio de Janeiro, Typographia Laemmert & C., 1888.

1376 SYLVIO ROMÉRO, *Prólogo*, em TOBIAS BARRETO, *op. cit.*, 1926, p. XVII.

1377 *Loc. cit.*

sões científicas muito elaboradas e recheadas de afirmações racistas, tais como o “diuturno estudo social dos selvagens e barbaros de raça negra, vermelha e amarella”¹³⁷⁸. Em sentido diferente, TOBIAS BARRETO usou o exemplo do “filinho do negro, ou do mulato”, que levava muitas vezes “de vencida o seu coevo de purissimo sangue aryano”, a que lhe respondia SYLVIO ROMÉRO, de que um ou outro exemplo de negro não desautorizava a doutrina, “muito menos no *filho do mulato*”, pois, entraria aí “o elemento atavico de uma raça superior, que póde por vezes predominar”¹³⁷⁹. Importa ressaltar apenas que no fundo da construção do direito moderno prevalecia o discurso racial.

Importa tal tensão, entre um jurista que não considerava relevantes as manifestações populares e não aceitava a ideia de hierarquia racial, como TOBIAS BARRETO e SYLVIO ROMÉRO, quase como espelho, que perspectivava tais temas em sentido invertido. Claro que tal amplitude e profundidade dessas propostas não se coloca nesse momento, mas são fundamentais para justificar a necessidade de pesquisa sobre as especificidades da nacionalizada ideia de cultura jurídica brasileira, que foi utilizada pelo pensamento jurídico nacional para impor o fechamento ideológico do campo reflexivo da juridicidade quanto à positivação.

Por isso, destacamos a questão racial como integrante das discussões de juristas e das construções de seus pensamentos antes dos movimentos de secção do discurso jurídico hegemônico, realizados pela elevação do direito moderno e dos sentidos exigidos pelos direitos humanos, em meados do século passado. Mas naquele contexto prévio, a sinceridade quanto às raças e às ideias que as abrigavam — hoje mal disfarçadas em grosseiras narrativas de nacionalidade — deixaram uma marca viva na construção do direito e do pensamento jurídico no Brasil. SYLVIO ROMÉRO considerava possível a salvação nacional, melhor dizendo, a viabilização nacional, a partir da ideia da “modernidade”¹³⁸⁰, em oposição às outras teorias raciais que defendiam particularmente a purificação das raças no sentido da brancura. O embranquecimento, para ele, seria alcançado no Brasil somente no tempo futuro, através da supressão natural das distinções existentes em seu tempo, imediatamente

1378 *Loc. cit.*

1379 *Ibidem*, p. XVII-XVIII do *Prologo*.

1380 PINTO FERREIRA, *História da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Editora Universitária, 1981, tomo 2, p. 31 s.

após o fim da escravidão, passando pelo ser humano mestiço. Almejava com sinceridade o desaparecimento das raças negras e indígenas¹³⁸¹ através de movimentos culturais.

Tais reflexões foram realizadas a partir das teorias raciais ocidentais e das acomodações possíveis de seus conceitos ao panorama social brasileiro. De um lado, estava a opinião de que teria sido a formação brasileira baseada na mistura de raças responsável pelos principais problemas nacionais, ao lado de quem considerava a chamada “peculiaridade brasileira” com otimismo, com a elevação da mestiçagem. No fundo, foram os efeitos da formação do racismo, justamente após a abolição da escravidão, com o fim da legitimidade política, social e jurídica das diferenças entre os seres humanos, que moldaram a própria formação jurídica nacional. Com o tempo, as diferenciações raciais, após a condenação do racismo pelos direitos humanos, passaram a se manifestar de maneiras mais sutis, como visto no escamoteamento da pesquisa jurídica da escravidão no Brasil. Esses problemas são reconhecidos somente através “da análise de sua formação histórica particular”¹³⁸².

Claro que o debate sobre as diferenciações entre os seres humanos realizou-se na sociedade escravista, mas não foi ali assumido com as feições do racismo moderno: pretensamente científico e construído em paralelo ao reconhecimento da igualdade jurídica. Para PERDIGÃO MALHEIRO, as pessoas de cor clara — “com muito mais particularidade” — poderiam receber a alforria mais facilmente em leilões, já que “se não fôra a *côr escura*, os nossos costumes não tolearião mais a escravidão”, para afirmar que “felizmente no Brasil nunca houve, nem de direito nem de facto, escravos *brancos*”¹³⁸³. Porém, em sentido contrário, revelava conhecer exemplos de “escravidão de gente de *côr clara*”, como o do famoso episódio da alforria coletiva de quase mil escravos pelo Mosteiro de São Bento, em São Paulo, para que servissem na guerra contra o Paraguai¹³⁸⁴. Para o mesmo jurista, a cor não era “razão para não ser

1381 Cfr. SYLVIO ROMÉRO, *op. cit.*, 1894.

1382 ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 37

1383 PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 116-117.

1384 *Ibidem*, p. 117, nota 388. A relação entre cor e escravidão pode ser vista em SILVIA LARA, *op. cit.*, p. 128 s.

alguem, no nosso paiz”, sendo possível ao “homem de côr” acessar as mais diversas posições na sociedade escravocrata¹³⁸⁵.

As questões jurídicas da cor e da raça foram centrais para os juristas da escravidão. Ao tratar da ideia de imigração de “negros livres” para o Brasil, PERDIGÃO MALHEIRO afirmava bastar os que já existiam no país; do mesmo modo, afirmava em relação à imigração de “Índios da Asia”, pois “Índios também temos nós”, sendo evidente e clara sua preferência pela “raça Européa”¹³⁸⁶. Aos brancos deveria assegurar-se o exercício de suas atividades, fundamentalmente a liberdade de contratar e trabalhar¹³⁸⁷. Indicou, também, as referências à “comunidade de raças”, com relação à imigração portuguesa, ou “defeitos da raça”, no debate sobre a imigração chinesa do séc. XIX¹³⁸⁸. Não concordava com a posição, “hoje em moda”, de que os brasileiros, enquanto descendentes da “raça latina”, seriam inferiores à “raça Anglo-Saxonia”: “a raça latina (a historia a prova) é, senão superior, ao menos igual”¹³⁸⁹.

Tais exemplos de considerações sobre a problemática da raça, da cor e da origem das pessoas foram sendo substituídas, após a escravidão, pelo pensamento hierárquico-valorativo dos seres humanos em versões também francas. Tais argumentos pertencem ao contexto histórico anterior às aspirações universalistas das juridicidades do pós-Guerra, nas quais a inferioridade e a superioridade foram muito recorrentes no processo de modernização do direito brasileiro.

Para SYLVIO ROMÉRO, “quando a anthropo-ethnographia chegou a afirmar a existencia de raças humanas *inferiores*, não o fez levianamente. Antes procedeu com a maxima cautela”¹³⁹⁰. CLOVIS BEVILAQUA entendia que “quando o preto se combina com o branco (*mulato*), a inclinação criminosa baixa; mas, si há um retorno á fonte negra (*cabra*), se realça aquella inclinação”¹³⁹¹. Portanto, na viragem para o séc. XX, os fundamentos raciais ocupavam o centro das preocupações, como re-

1385 *Ibidem*, p. 124.

1386 *Ibidem*, p. 192.

1387 *Ibidem*, p. 196.

1388 *Ibidem*, p. 182.

1389 *Ibidem*, p. 186.

1390 SYLVIO ROMÉRO, *Prólogo*, em TOBIAS BARRETO, *op. cit.*, 1926, p. XVIII.

1391 CLOVIS BEVILAQUA, *Criminologia e Direito*, Bahia, Livraria Magalhães, 1896, p. 94.

conhece WALDEMAR FERREIRA¹³⁹², atingindo a inserção da filosofia do direito na cadeira de direito natural, através da reforma do ensino do direito realizada no início do período republicano, em 1891, por BENJAMIN CONSTANT, sob a responsabilidade do lente PEDRO AUGUSTO CARNEIRO LESSA¹³⁹³. Na programação da nova disciplina, estavam ali elencadas variadas referências de concepções raciais, com destaque para a “sociologia classificante” (LITTRÉ, ROBERTY, GREEP, LACOMBE e WAGNER), a “sociologia biológica” (SPENCER, LILIENTHAL, SCHAFETLE, FOUILLÉE e RENÉ WORMS) e a “sociologia dualista” (HAURIOU, GIDDINGS, WARD e MACKENZIE)¹³⁹⁴. Dessa forma, na elevação do direito positivista, alinharam-se as principais referências do pensamento do direito e da sociedade, em correspondência a discursos abertamente raciais.

O pensamento moderno brasileiro discutiu a ideia de “branqueamento” ou “embranquecimento” da população brasileira, a partir das recuperações de estudos de meados do séc. XX, que se dispunham a argumentar “a capacidade da nação brasileira (definida como um extensão da civilização europeia, em que uma nova raça emergia) de absorver e integrar mestiços e pretos”¹³⁹⁵. Tal linha de disputas, quanto ao termo “branqueamento”, foi inaugurada por um artigo na *Revista do Instituto Archeologico e Geographico de Pernambuco*, de 1869¹³⁹⁶. O tema foi progressivamente integrado aos famosos Instituto Histórico e Geográfico do Rio de Janeiro e Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo. Naqueles espaços, foram pensadas propostas para solucionar o “problema” da formação social nacional¹³⁹⁷, ou seja, as acomodações necessárias, em projetos tidos ali como civilizatórios, das imagens das pessoas

1392 Estarmos diante do grande jurista e professor de História do Direito da Faculdade de Direito de São Paulo, responsável pela criação da disciplina de história do direito brasileiro nessa Faculdade, também no Curso de Doutorado, no qual proferiu sua aula inaugural, cfr. “A História do Direito nos Cursos Jurídicos do Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 45, 1950, p. 429-446.

1393 Cfr. MIGUEL REALE, “Pedro Lessa e a Filosofia positiva em São Paulo”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, 1959, p. 12-61.

1394 Cfr. WALDEMAR FERREIRA, *op. cit.*, 1951, p. 12 s.

1395 ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 54-55.

1396 Cfr. SCHWARCZ, *op. cit.*, 1993, p. 187.

1397 *Ibidem*, p. 160-164.

negras, indígenas e mestiças em sua composição. Trata-se do período do “racismo ingênuo”, elevado ainda sem pretensões científicas, somente alcançadas no direito brasileiro após o fim da escravidão, mas que não deixaram de ser importantes para a construção mitológica da identidade nacional, que foi sendo adaptada à ideologia do embranquecimento envolvida nos complexos movimentos das imigrações¹³⁹⁸.

Tais edificações embrenharam-se profundamente e foram responsáveis pelo distanciamento dos temas da escravidão e do racismo da construção de imagens para o paradigma do direito e do pensamento jurídico brasileiro, através do espírito de elevação simbólica e posterior conservação de um discurso fundador de origens mitológicas. Não por acaso, MIGUEL REALE definirá o Brasil como “terra marcada pelo sentido superior de integração de todos os valores étnicos, sendo a mais influente das democracias raciais da história”¹³⁹⁹. Trata-se do mais importante filósofo do direito brasileiro, ainda muito influente, totalmente imbuído do projeto mitológico de viabilidade nacional, evolucionista e assimilacionista. Algo que anunciava claramente: “não é de uma Filosofia supressiva de problemas, nem de outra, também em voga, opressiva, desesperançada e não menos hostil às sínteses superadoras da Razão que carece o Ocidente, porém, de uma renovada concepção do homem e do cosmos, na qual se correlacionem e se polarizem uma unidade orgânica as exigências das *partes* e do *todo*, e se dialetizem, em unidade concreta, *ser e dever ser*”¹⁴⁰⁰. Tais sentidos são reveladores da aspiração à harmonia da cultura e da sociedade, nas suas singularidades filosófico-subjetivistas, para servir de substrato para a construção tridimensional do fenômeno do direito¹⁴⁰¹, transparecendo o forte sentido condutor de uma estabilização institucional, particularmente com o afastamento de reflexões críticas das realidades brasileiras, seja do passado ou do presente, para viabilizar uma narrativa livre — sem maior responsabilização dos(as) juristas — de futuro.

1398 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 53 s.

1399 MIGUEL REALE, “Perspectivas da Filosofia no Brasil”, *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, v. XXII, 1972, p. 16.

1400 MIGUEL REALE, “Pluralismo e liberdade”, in *Actas del Segundo Congreso Extraordinario Interamericano de Filosofia, 22-26 Julio 1961*, San José, Imprenta Nacional, 1962, p. 215-221.

1401 Reconhecida no momento de instrumentalização da reflexão filosófica diante do direito como objeto, cfr. MIGUEL REALE, *op. cit.*, 2000, p. 28 s.

Assim, o maior obstáculo à elaboração de uma teoria do direito crítico-reflexiva no Brasil continua a ser essa ideologia incompatível com o reconhecimento crítico do fenômeno jurídico brasileiro, que se antepõe como principal empecilho à possível superação dos problemas da juridicidade moderna no país. Sem crítica e reflexão, portanto, ela se mantém viva num movimento circular, obviamente não virtuoso, sendo preservada essa mitologia, que, por sua vez, mantém-se íntegra na herança irrefletida desde a escravidão e as teorias raciais. Dessa forma, ao afastar o acesso ao fenômeno do direito construído desde a sociedade escravocrata, torna-se inexequível a caracterização suficiente da crise do direito no país, marcada sobremaneira pelas lutas por direitos, a escravidão e o racismo.

A superação da crise do direito em que vivemos, possível apenas com a atenção plena ao específico contexto social brasileiro, passa necessariamente pela reflexão dos efeitos permanentes da escravidão e do racismo, bem como das suas confrontações jurídicas, políticas e sociais, para revelar a real feição dos positivismos, legalista e normativista, no direito e no pensamento jurídico no Brasil. Não interessa somente o problema da positivação em si, mas também sua construção numa sociedade complexa, injusta e desigual¹⁴⁰², em que o justo, que integra o sentido do Direito, demonstra-se manifestamente perturbador para quem se propõe a pensar criticamente tais questões no país. Mais ainda, para não ser oferecida em substituição, sob a alegação de superação da crise do direito, outra ordem ou limitada desconstrução, pelo pensamento jurídico pretensamente crítico que simplesmente reinventa tradições de construção da nacionalidade, mitos nacionais e discursos de elevação simbólica do direito. Por essas razões, a mobilização da escravidão e do racismo são tão importantes para se pensar o fenômeno do direito no Brasil e sua atual crise, por impedir a reprodução acrítica de textos, narrativas e posições de mundo prático humano, que tem vindo

1402 Cfr. Pedro H. G. Ferreira de SOUZA, *História da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos do Brasil (1926-2013)*, São Paulo, Hucitec Editora, 2018.

a ser “higienizado”¹⁴⁰³ pelo discurso jurídico atrelado ao projeto jurídico de puro poder.

Portanto, o pensamento jurídico crítico exige atenção à formação do direito para compreender o sentido dessa construção cultural e as pretensões de racionalidade científica, nas lógicas binárias de causa e efeito, presentes na sustentação do projeto legalista, bem como em muitas das alternativas que se colocam para a superação da crise do direito. É relevante o paradigma moderno do direito brasileiro elevado pela codificação civil, em que a transformação da juridicidade foi sendo assumida, no sentido de fechamento de um sistema, não somente em termos de valorização dos métodos de interpretação textuais das fontes estatais, mas especialmente a partir dos positivismos sociológicos marcados pelas teorias raciais. Assim, apesar de a modernização do direito brasileiro ter conseguido alcançar a igualdade em termos formais, as alegadas diferenças entre os seres humanos permaneceram muito vivas em termos doutrinários e jurisprudenciais. No ponto, OLIVEIRA VIANNA¹⁴⁰⁴ certamente foi o maior teórico do racismo¹⁴⁰⁵ utilizado para a construção da nacionalidade fascista do Estado Novo¹⁴⁰⁶.

1403 Quanto ao racismo brasileiro, sua construção partiu do evolucionismo determinista do séc. XIX, cfr. SCHWARCZ, *op. cit.*, 1993, p. 203. Nos textos jurídicos brasileiros, até a elevação dos direitos humanos da ONU, eram muito comuns as assimilações irrefletidas de LOMBROSO, FERRI, LACASSAGNE, HAECKEL, DARWIN, LETOURNEAU, LE BON e GARÓFALO. Destacamos, pela grande difusão no pensamento jurídico brasileiro, o texto de Charles-Jean-Marie LETOURNEAU, *L'Évolution Juridique dans les diverses races humaines*, Paris, Lecrosnier et Babé Libraires-Éditeurs, 1891.

1404 Cfr. Joel RUFINO DOS SANTOS, *O que é racismo*, São Paulo, Abril Cultural/Brasiliense, 1984, p. 28 s.

1405 Aliás, os textos do jurista Francisco José de OLIVEIRA VIANNA, bem como daqueles que os utilizaram acriticamente, formaram o campo reflexivo racial perfeitamente aceito até meados da década de 1960, inclusive no direito, nos dando a medida do problema aqui tocado. Cfr. OLIVEIRA VIANNA, *Raça e assimilação*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938; e *Evolução do povo brasileiro*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938, para ficarmos com apenas algumas referências.

1406 Cfr. Rogério Dutra dos SANTOS, “Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política”, *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, PPGD/UFSC, n. 61, 2010, p. 273-307.

Com a elevação do modelo atual de nacionalidade brasileira, realizado pelo Estado Novo, a escravidão e o racismo passaram a ser considerados “não temas” para reflexão pelo pensamento jurídico brasileiro. Alheamentos que evidenciam a vitalidade daquele fundo racial e mitológico do direito nacional, ocultadas pela ideologia da mitologia moderna. Daí a urgência da desconstrução desses “argumentos e teses”¹⁴⁰⁷, já que se mantidas no campo da “irreflexão crítica” conservam plena vitalidade. Destaca-se o problema de suas influências na interpretação jurídica e no afastamento da reflexão crítica decorrentes da atemporalidade do pensamento positivista brasileiro que organizou o substrato ideológico do direito, conjuntamente com o movimento modernista, no patamar possivelmente mais elevado (“mais forte”) da construção da identidade nacional¹⁴⁰⁸. Trata-se da marca mais profunda da construção do paradigma jurídico moderno no Brasil, a partir da codificação civil, que não deixa de atingir muitas das propostas de superação¹⁴⁰⁹, por repetirem o afastamento ideológico entre direito e escravidão. Quando muito, tais temáticas têm sido organizadas dentro do mito da democracia racial, particularmente articulado a partir do pensamento de GILBERTO FREYRE¹⁴¹⁰.

Essas teorias raciais partiam de concepções naturalistas, nas quais os problemas do direito foram pensados partindo de perspectivas médicas e biológicas. Pois a separação do discurso do direito enquanto alheado de outras áreas do conhecimento, considerado como científico, somente ocorre após a codificação civil. A partir daí, o direito passa a ser considerado objeto autônomo e apartado dos fundamentos biológicos, também pelo pensamento jurídico brasileiro, mas somente após a construção desse paradigma moderno. Importa assim o problema do

1407 RUFINO DOS SANTOS, *op. cit.*, 1984, p. 9.

1408 Cfr. OCTAVIO SOUZA, *op. cit.*, p. 184.

1409 Apesar de não realizada aqui a pesquisa ampla desse grande panorama, destacamos o pensamento de MIGUEL REALE como o exemplo mais significativo.

1410 A extensa lista das obras jurídicas consultadas que acomodam ainda tal mito, em vista dos limites impostos ao trabalho, não pode ser aqui referenciada. Mas, podemos afirmar que o panorama reflexivo do direito brasileiro ainda deve muito àquele autor. *Grosso modo*, o pensamento jurídico brasileiro entendido desde a filosofia jurídica, crítica e reflexiva, ao manter vivo o mito da democracia racial, ajudou a construir “um princípio de constituição da realidade”, cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2011, p. 239.

positivismo com o racismo, dentro da modernização do pensamento jurídico brasileiro, para compreendê-los criticamente numa construção paradigmática de substituição. Pois é a força simbólica de tal questão que dá conta das dificuldades que devem ser consideradas pela reflexão jurídica disposta a justificar o justo na mediação do direito na prática.

O racismo formou-se na era moderna, com argumentos de pretensão científica, para justificar as complexidades entre os seres humanos em termos hierárquicos e comparativos. Algo hoje plenamente afastado pela investigação genética¹⁴¹¹, mas que permanece vivo nas tradições do pensamento e em assimilações irrefletidas. Portanto, sua força não está mais na dimensão científica empírica, apesar de não raras vezes ser intentada a sua reinvenção¹⁴¹², mas exatamente na simbólica, que atinge o pensamento jurídico brasileiro de forma tão profunda. Isso é algo traduzido numa certa insensibilização de grande parte dos discursos jurídicos no Brasil, que historicamente traduziram o pulsar dos nacionalismos¹⁴¹³ e a carga imagética dos projetos jurídicos estatais.

Os efeitos do racismo, especialmente o afastamento ideológico de temáticas e campos de reflexão jurídica, permanecem enquanto não confrontados criticamente pela pesquisa jurídica. As ausências da escravidão e do racismo, portanto, em consequência ainda das mentalidades e das simbologias da viragem para o séc. XX¹⁴¹⁴, merecem ser melhor consideradas pelo pensamento jurídico crítico, por ter sido realizado o esforço consciente pelo esquecimento e insensibilização dos(as) juristas. Porém, é algo irrealizável somente no plano da positividade e dos mate-

1411 Cfr. Jennifer L. BAKER *et al.*, “Human Ancestry Correlates with Language and Reveals that Race is Not an Objective Genomic Classifier”, *Scientific Reports*, London, Nature, n. 7, art. 1572, doi:10.1038/s41598-017-01837-7 (2017), p. 1-10.

1412 Cfr. Daniel JACOBI; Jean GAYON (dir.), *L'Éternel retour de l'eugénisme*, Paris, PUF, 2006.

1413 Quanto à dimensão cultural atingida por essa ideologia, cfr. Caio Navarro TOLEDO, *ISEB: fábrica de ideologias*, São Paulo, Ática, 1977.

1414 Esse problema não está restrito ao campo do direito, como é óbvio, sendo antes um fenômeno muito mais complexo. Alegoricamente, importa considerar o fato de nas proximidades do antigo porto do Valongo, no Rio de Janeiro, onde desembarcaram milhões de seres humanos escravizados, ter sido construído o Museu do Amanhã, que não deixa de revelar a perspectivação de futuro sobre um passado que não se admite presente, ou seja, um símbolo não desejado.

riais jurídicos, devendo passar pelo pensamento jurídico para a reflexão do direito afirmado nacionalmente diante de uma sociedade profundamente desigual como a brasileira.

A aspiração simbólica fundacional, responsável pelo afastamento do pensamento jurídico crítico, integrou o processo moderno de formação jurídica no Brasil. A imagem da modernização do direito brasileiro foi produzida através do esforço de construção de origens para a juridicidade conjuntamente com um ansiado modelo de sociedade. Houve ali a cristalina intenção de exclusão daquilo que não se considerava compatível com esse projeto, através das lógicas de exclusão típicas do racismo que se prolongaram até os nossos dias, a desembocar numa postura estratégica específica, especialmente quanto aos referenciais indígenas e africanos nos projetos jurídicos¹⁴¹⁵. Para JOSÉ ISIDORO MARTINS JUNIOR, por exemplo, “o povo, a nacionalidade brasileira, é uma combinação ethnica ternaria, que ainda hoje não se accentuou em typo particular e unico, conseguindo amalgamar debaixo da pelle os pigmentos e dentro do cerebro as tendencias psychicas das tres raças geradoras. Vimos que a raça negra não nos trouxe, nem nos podia trazer, elementos para a formação do direito nacional, porque intellectualmente inferior e de mais a mais imbecilisada pelo captivoiro systematico e legal, não foi, entre nós, um factor de vida espiritual; foi um instrumento de producção material, uma machina de trabalho”¹⁴¹⁶. NÉLSON HUNGRIA e HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em passagem clássica, em referência ao art. 22 do Código Penal de 1940, afirmavam não haver “dúvida que entre os deficientes mentais é de se incluir também o *homo sylvester*, inteiramente desprovido das aquisições éticas do civilizado *homo medius* que a lei penal declara responsável”, mas devendo ser afastada qualquer referência quanto ao “*silvíolas*, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio”¹⁴¹⁷.

1415 Retiramos do texto nossa pesquisa ampla das práticas raciais encontradas em diversas obras jurídicas que procuravam realizar uma construção imagética e segregacionista para o direito brasileiro. Inserimos no texto apenas alguns exemplos mais significativos.

1416 *Op. cit.*, p. 154.

1417 HELENO CLÁUDIO FRAGOSO; NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v. I, t. II, p. 336-337. Não é demais ressaltar a escolha da palavra “infestado”.

As adesões às teorias raciais vão ter vida longa no pensamento jurídico brasileiro. Podem ser percebidas em autores como PONTES DE MIRANDA¹⁴¹⁸, paradoxalmente disposto a oferecer ao pensamento jurídico a isonomia garantida por lógicas jurídico-matemáticas. A teorização do direito brasileiro, dentro do paradigma do positivismo jurídico, por muito tempo sustentou-se ideologicamente em ideias do sociologismo, como visto no início do pensamento desse jurista extremamente importante¹⁴¹⁹. Foi sendo dado o sentido de construção do edifício do direito, apoiado em linguagem científico-mecanicista, a partir de exercícios dialógicos com o direito codificado europeu continental, em acelerada ligação com os pensamentos herdeiros do cartesianismo, para contornar simbolicamente a adesão tardia do direito brasileiro ao paradigma moderno do direito.

O mito da formação jurídica nacional, num primeiro momento, deu-se através da acomodação simbólica das especificidades brasileiras partindo de modelos considerados civilizatórios, abrangida a escravidão e as teorias raciais. Mas, com o desenvolvimento do legal-normativismo, diante de uma tradição já simbolicamente construída, passou a prevalecer a lógica do esquecimento. Desse modo, ambas as etapas foram marcadas por certo tipo de racismo que dominou completamente o pensamento jurídico imbuído de forças explicativas, fundacionais e da estabilização institucional diante das realidades que não desejava possuir.

Essa mentalidade está apoiada na lógica da construção de um paradigma do direito despreocupado com a realização prática do direito, por limitado aos exercícios irrefletidos desde o sistema jurídico exclusivamente oferecido pelo voluntarismo estatal ordenativo do direito e do pensamento jurídico. Tais movimentos conseguiram construir simbolicamente o paradigma atual do direito, um certo *status quo* ainda

1418 *Op. cit.*, 1981, p. 4, 57 e 59.

1419 Ressaltamos o seu idealismo aliado às lógicas do direito positivista, em que a historicidade traduz-se em necessárias elevações ideológicas para o passado, o presente e o futuro, na sua obra estruturante *Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito*, 2 ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, tomo I. A ciência jurídica nada mais seria do que um mecanismo de cálculos utilitários simples (p. 286 s.); ou seja, conduzida pelo *mos geometrico* em pleno, no seu caso, mais apropriadamente, o “*mos mathematicus*”.

capaz de manter muitas das reflexões jurídicas mais importantes da formação jurídica brasileira fora dos limites considerados de direito. Foram os *standards* acríticos sedimentados nessa tradição que mantiveram por muito tempo, do ponto de vista do pensamento, a insensibilização da reflexão jurídica para o problema do *apartheid* social brasileiro. Algo que deve ser aqui mobilizado para refletir criticamente a construção da juridicidade brasileira.

A temática do racismo deve ser considerada seriamente por integrar a modernização do direito desde as suas origens¹⁴²⁰. Essas questões ultrapassaram as intencionalidades estruturantes do legal-normativismo, ou mesmo da hermenêutica-argumentativa, já que integram a homogeneização mitológica de identidades nacionais e seus projetos de direito, na base de esforços reflexivos contidos. Tal limitação é preocupante para a reflexão jurídica numa sociedade herdeira da era escravocrata e em cujas bases foram abertamente defendidos discursos raciais pretensamente científicos. Assim, a insuficiência da reflexão crítica da escravidão e do racismo, bem como a acomodação limitante do pensamento jurídico, como se estivéssemos diante de problemas correspondentes a um outro instituto jurídico qualquer, na dimensão da opção política e da consequencial lógica-subsuntiva, no nosso limitado sentir, são evidências da vitalidade da problemática que nos interpela e da profundidade da crise do direito no Brasil, a exigir a sua superação pelo caminho do jurisprudencialismo.

O racismo resultou de uma construção cultural moderna específica, imbuída de pretensa científicidade¹⁴²¹. GEORGE M. FREDRICKSON

1420 Cfr. CHARLES W. MILLS, “Kant’s Untermenschen”, in Andrew VALLS (ed.), *op. cit.*, p. 172 s.; Mark LARRIMORE, “Antinomies of Race: Diversity and Destiny in Kant”, *Patterns of Prejudice*, Abingdon, Taylor & Francis, v. 42, n. 4-5, 2008, p. 341-363. Porém, sem qualquer intenção de polemizar ou classificar tais pensamentos, como o de KANT, em raciais ou não, indicamos a relevância da consideração de tais temáticas dentro de suas próprias complexidades, não sua redução simbólica para legitimar um projeto qualquer de institucionalização para a sobrevivência do direito em tempos de crise. Aliás, talvez esteja aí a principal fraqueza de certo tipo de pensamento jurídico muito apegado ainda aos confortos oferecidos pelas ideologias e pelos mitos do projeto jurídico estatal do direito.

1421 Cfr. Arthur de GOBINEAU, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris, Firmin-Didot Frères, 1853-1855, 4 vols.; Matthew Frye JACOBSON, *Whiteness of a Different Colour: European Immigrants and the Alchemy of Race*, Cambridge, Harvard University

o reconhece como doutrina racial assentada na imposição de valores e diferenças entre pessoas, que não podem ser removidas, visível nas diferenciações na Baixa Idade Média e no início da Idade Moderna, porém, as diferenciações fundadas em características físicas, como a da “cor da pele”, somente aparecerem no séc. XVIII¹⁴²². Para esse autor, as tipologias físicas do iluminismo possibilitaram a classificação das raças humanas e a construção do racismo em bases científicas¹⁴²³. A ideia da igualdade de direitos teria sido acompanhada por um movimento de diferenciação, a partir das raças, não mais em bases naturais, mas particularmente científicas¹⁴²⁴, bem como através de processos de afirmação de identidades em bases nacionalistas¹⁴²⁵.

O ingresso desse tipo de pensamento racial no Brasil deu origem às diferenciações modernas e lógicas para diferentes comunidades de pessoas. Como exemplo bastante significativo, a lógica da aceleração de uma perda de identidade considerada dos indígenas, com a consequente desvinculação com a proteção da terra, vai se diferenciar profundamente da dos negros, que recorrentemente passam a ser considerados de fora do país e simbolicamente alheados da terra, cuja lógica passa a valer particularmente para as comunidades quilombolas. O racismo brasileiro, anteriormente identificado como “preconceito de marca”, que seria uma “reformulação da expressão ‘preconceito de cor’”¹⁴²⁶, constrói-se por tais tipos de diferenciação entre seres humanos, nas quais destaca-se o mito da “aculturação”¹⁴²⁷, no sentido de junção para se formar a ideia de povo, em paralelo com os processo de exclusão social e violên-

Press, 1999; Celso de Moraes VERGNE, *A Trama da Besta: a construção cotidiana do genocídio negro no Rio de Janeiro*, Doutorado em Psicologia, Rio de Janeiro, PUC/RJ, 2014, p. 43 s. Restringimos o nosso texto quanto à pesquisa do racismo, por razão dos limites impostos, sem deixar de indicar algumas referências desse profundo problema.

1422 Cfr. FREDRICKSON, *op. cit.*, p. 51 s.

1423 *Ibidem*, p. 56-57.

1424 *Ibidem*, p. 68 s.

1425 *Ibidem*, p. 75.

1426 ORACY NOGUEIRA, “Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações racias no Brasil”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 19, n. 1, 2007, p. 292. Essa noção serviu por muito tempo para afastar a vitalidade do racismo no Brasil, cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 46.

1427 Julio Cezar MELATTI, *Índios do Brasil*, São Paulo, Edusp, 2007, p. 38 s.

cia cotidiana, especialmente direcionados contra determinados agrupamentos humanos: indígenas e negros. Ressalta-se que a “cor”, vista como fato objetivo e natural”, passa a integrar a noção de que a “raça” foi construída enquanto um ideológico conceito abstrato e científico”, ou seja, “as pessoas têm cor apenas no interior de ideologias raciais”¹⁴²⁸. Questão profunda e inescapável do pensamento jurídico pretensamente crítico, que, infelizmente, tem sido pouco considerada além do limite da positividade, do manto estabilizador do direito conservador, pressupostamente justo e insensibilizado às realidades sociais.

A formação das diferenças raciais, em tensão com um direito afirmado a partir da ideia de igualdade, indica o problema da juridicidade no Brasil. Em especial, em razão da carga simbólica que tem sido imposto à historicidade, também nas propostas de novos paradigmas jurídicos, particularmente com certo sentido de projeto comunitário em relação com o mundo, das mais variadas direções ou espaços¹⁴²⁹. Importa a confiança na racionalidade para resolver os problemas do direito, enquanto aspecto vital das culturas humanas, na base da experimentação fundamental para pensar os caminhos para a juridicidade, desde que atenta ao fundo simbólico produzido pelo paradigma jurídico que se quer superar, que produziu a homogeneização e as reduções monocromáticas para o Estado-nação. Os sentidos da juridicidade partindo da ex-sociedade escravocrata, apesar do fim da escravidão, a construção do sujeito de direitos e da cidadania, no plano formal do direito, não foram suficientes para afastar a marca profunda deixada pelas teorias raciais.

No fundo, cabe ressaltar a importância da construção do racismo, não somente no tempo — historicamente¹⁴³⁰ —, mas em conexão com a modernização do direito brasileiro. Essa questão é essencial para refletir o comprometimento ou a insensibilização do pensamento jurídico brasileiro, ao menos quanto à ausência de um devido aprofundamento reflexivo. Mais ainda, por importar à afirmação dos direitos humanos no séc. XX, o reconhecido salto para as novas formas de legitimação para o direito, em outro tipo de institucionalização. Para EDWARD KEENE,

1428 ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 46-47.

1429 Cfr. José Manuel AROSO LINHARES, “A Ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito: breves reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 197-216.

1430 Cfr. FREDRICKSON, *op. cit.*, p. 140.

*“it is almost as if the experiences of the first and second world wars were so shocking that everyone suddenly came down with collective amnesia and could only think in terms of seventeenth and eighteenth-century political philosophy”*¹⁴³¹.

Tais viragens produziram no Brasil as noções de deslocamento e ruptura fundamental entre o direito legal-normativista e a sociedade, cuja sistematização atual decorre da Constituição Federal de 1988. Edificou-se outro paradigma do direito, através de renovado esforço de codificação com novas características, apesar dos avanços e das conquistas daquele Texto Constitucional, mas mantida a insensibilização para a problematização fenomenológica da juridicidade brasileira, por não realizada a valorização da interpretação jurídica que se destina a mediar direitos na prática. Mantém-se a insensibilização diante dos problemas profundos do direito, entre outros aspectos, pela preservação do mito fundador da sociedade brasileira e do direito na recorrente utilização simbólica da democracia racial.

A espécie de “anestesia” do pensamento crítico advém ainda da forma clássica de explicação de origens a partir de um modelo rácico: as “raças” indígena, africana e branca¹⁴³². Basicamente, sem penetrar nas suas peculiaridades, parte-se da modelagem de certa raça branca, com a despreocupação com outros contextos de formação humana, desde a imagem europeia inautêntica da chegada ao território americano no séc. XVI, enquanto padrão ideal. Sem outro tipo de interesse quanto à complexidade da formação jurídica na América portuguesa e no Brasil, passaram a ser acrescidas as “complicações” das raças indígenas e americanas, que iriam “prejudicar”¹⁴³³ a formação nacional do modelo brasileiro, em paralelo ao que foi realizado com os afrodescendentes.

A vitalidade das teorias raciais depende desses quadros teleologicamente construídos, na base da invenção de origens e da delimitação

1431 EDWARD KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 125.

1432 Cfr. PERDIGÃO MALHEIRO, *op. cit.*, 1867b, p. 12 s.

1433 CAIO PRADO JUNIOR, *op. cit.*, p. 88-120 e 285-315. Quanto ao amplo panorama da questão racial no Brasil, cfr. Ronaldo VAINFAS, “Colonização, miscigenação e questão racial: notas sobre equívocos e tabus da historiografia brasileira”, *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, PPGH-UFF, n. 8, 1999, p. 1-12.

de conceitos. Os brancos eram vistos como projeção específica de tempos e lugares imaginados. Os indígenas, perspectivados a partir do fundo romântico, do tipo clássico do “bom selvagem”, como inimigos, ou em compasso de espera para a “aculturação inevitável”, sem preocupação com a compreensão de suas próprias organizações sociais e culturais. Por fim, os negros, de forma semelhante, foram sendo homogeneizados em uma perspectiva categorial, como escravo-coisa ou ex-escravo, também sem maior problematização quanto às suas peculiaridades organizativas ou culturais.

Dessas homogeneizações surge a imagem do cidadão nacional, através da extração de todos os outros agrupamentos humanos da formação populacional brasileira, com exceção das que importassem em sinais de “elevação” cultural. Tal dinâmica marcou a adaptação brasileira¹⁴³⁴ das teorias raciais, seguindo a ideologia das políticas (neo)colonialistas europeias, num contexto histórico de grande competição por cargos, posições e espaços sociais, “onde a concorrência pelas oportunidades era tão dramática que qualquer forma de eliminação ou desmoralização de concorrentes era bem-vinda”¹⁴³⁵. Algo que se mantém com grande vitalidade na sociedade brasileira atual.

A reflexão da historicidade para a superação da crise do direito deve ser capaz de realizar a crítica da carga simbólica das teorias explicativas raciais, enquanto resultado pungente dos racionalismos herdeiros do positivismo, do evolucionismo e do cientificismo, enquanto responsáveis pela construção cultural do racismo brasileiro¹⁴³⁶. Destaca-se aí o distintivo padrão redutor e binário dos esquemas explicativos

1434 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 51 s.

1435 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 208. Construções teóricas como a de NINA RODRIGUES, o famoso médico brasileiro, assentadas na mestiçagem e nas diferenças entre raças, cfr. *op. cit.*, 1938; *As coletividades anormais*, Brasília, Senado Federal, 2006, v. 76; e *op. cit.*, 2006. Foi o responsável pela “análise científica” do crânio de ANTÔNIO CONSELHEIRO, após a destruição de Canudos, cfr. SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 334. Quanto à divulgação da eugenia no Brasil, cfr. RENATO KEHL, *Eugenia e Medicina Social: problemas da vida*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1920; *A Cura da Fealdade: Eugenia e Medicina Social*, São Paulo, Monteiro Lobato & Co., 1923; *Filosofia e Bio-Perspectivismo*, Rio de Janeiro, Letras da Província, 1955.

1436 Cfr. JOCÉLIO Teles dos SANTOS, “De pardos disfarçados a brancos pouco claros: classificações raciais no Brasil dos séculos XVIII-XIX”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 32, 2005, p. 115-137.

restritos e utilizados para amparar a modernização da juridicidade, que progressivamente abandonou as complexidades dos fenômenos humanos, restringidos ideologicamente. Importa reconhecer não exatamente a ideia de herança, mas particularmente a constância dos renovados esforços acríicos para suportá-la até os nossos dias. Esses são movimentos complexos que tiveram como modelos preferenciais os negros, os indígenas e os mestiços, mas também alguns tipos de estrangeiros, especialmente os portugueses, como se deu na fase do “jacobinismo brasileiro”¹⁴³⁷.

A modernização do direito brasileiro, após a codificação, se deu conjuntamente com a crença na manipulação do mundo a partir da linguagem, com o potencial para construir uma sociedade de futuro. Mais exatamente, a linguagem científica foi responsável pelo oferecimento das imagens e dos conceitos às filosofias raciais no país. Deu-se no Brasil a elevação simbólica da atividade intelectual, que passou a assumir uma extrema força política, enquanto fenômeno característico das sociedades com o predomínio do analfabetismo¹⁴³⁸. Contudo, prevaleceram as chamadas posições intermédias a partir de influências de pensadores que buscavam caminhos e formas de adaptação ao contexto nacional das ideias que prevaleciam em outras sociedades¹⁴³⁹, muitas delas marcadas pelos novos colonialismos, pensando-se assim o direito para o Estado-nação.

Essas posições se referiam à possibilidade de transformação da “sensação de inferioridade em mito de superioridade” e, também, de construção de determinado “tipo étnico específico representativo da nacionalidade ou pelo menos simbólico dela”¹⁴⁴⁰. Dessa forma, passou-se a reconhecer o domínio do conhecimento científico como transformador do mundo, inicialmente para questionar os caminhos para compreendê-lo racionalmente, mas que foi sendo assentado acriticamente no paradigma da positivação moderna do direito. Tal estabilização é fruto do pensamento brasileiro, inicialmente abertamente construído desde teorias raciais, em que prevalecia a ideia da justificativa do “domínio

1437 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 88.

1438 *Ibidem*, p. 100. Em 1890, o analfabetismo chegava a 80% da população (p. 110).

1439 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 103.

1440 *Ibidem*, p. 106.

branco sobre o resto do mundo”, com especial acomodação da “teoria evolucionista de Darwin”¹⁴⁴¹.

Os sentidos de formação jurídica brasileira foram construídos culturalmente, não somente a partir da crença na existência de diferentes raças humanas, mas de discursos selecionados destinados à garantia da chamada viabilidade nacional. Escravidão e racismo foram sendo compatibilizados ideologicamente para garantir uma imagem civilizacional desejada da modernização do direito. Tais acomodações não podem ser desconsideradas pela filosofia do direito, em que pese serem questões superiores à reflexão jurídica, mas que não podem ser ignorados por quem defende caminhos de superação diante da crise atual do direito. Pois, trata-se de engajamento primordial da aposta na mediação prática do direito, que visa enfrentar os problemas jurídicos na concretização do sentido do Direito, ou seja, da compreensão da normatividade constitutiva do direito, assumida “histórica e autonomamente”, enquanto tarefa do pensamento jurídico crítico¹⁴⁴².

Tal esforço nos parece hoje urgente, num momento de crise profunda do direito brasileiro, mais do que nunca exigente do diálogo crítico quanto ao processo específico de construção desse paradigma jurídico e de seus problemas para a realização do direito. Contudo, o problema do racismo não pode ser extraído ou desconsiderado do sentido do Direito, não somente enquanto oposição à igualdade, mas em razão do seu potencial, mantido no silêncio, quanto à sua consideração aberta e reflexiva pelo pensamento jurídico. Mesmo que reconhecida hoje a superação das teorias raciais e das pretensões científicas da existência de diferenças biológicas entre os seres humanos, bem como a luta contra tais tipos de práticas, a permanência dos efeitos desses discursos raciais deve ser discutida a partir da reflexão da cultura jurídica nacional. Assim, é necessária a crítica dos projetos de nacionalidade e o consequente monismo jurídico, que contaram com a elevação da dignidade da pessoa

1441 DANTE MOREIRA LEITE, *O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia*, 7 ed., São Paulo, Editora Unesp, 2007, p. 38. Reconhece-se aí o pensamento evolucionista — a conhecida “viragem para os fins” — de Rudolf von IHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, G. J. Manz'schen Buchhandlung, 1872.

1442 ANTÔNIO CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LII, 1976b, p. 236 s.

humana e os padrões modernos da igualdade, paradoxalmente, para afastar a reflexão profunda dos efeitos e das consequências atuais do racismo e da formação do direito moderno brasileiro desde a escravidão.

Porém, enquanto o direito apoiado no nacionalismo exige o esforço de criação de imagens assentadas ideologicamente para servir como formação histórica, sejam as criadas de maneira simbólica ou as reproduzidas de forma mecânica, o racismo não as tem necessariamente, podendo sobreviver fora dela¹⁴⁴³, sendo assim mais difícil de ser analisado. Tal desvinculação faz com que convivam diversos fundamentos raciais, sem maiores conflitos entre eles, sendo desnecessária a realização de uma harmonização profunda, apesar de ocuparem-se com signos assemelhados para a defesa dos recortes sociais. A atuação estatal brasileira contra as pessoas que vivem em favelas e bairros pobres do país, contextos sociais construídos na era pós-abolição da escravidão, nos dão conta do efeito arrasador¹⁴⁴⁴ causado pelo racismo aliado à insensibilização de um pensamento jurídico seletivo¹⁴⁴⁵.

Para ZYGMUNT BAUMAN, a essência filosófica do racismo traduz-se na frase “man is before he acts; nothing he does may change what he is”¹⁴⁴⁶, na qual a pessoa carregaria consigo sinais diferenciadores de outros seres humanos, cujos significados refletiriam na mente de quem projeta a distinção, bem como na de quem os acolhe. No Brasil, apenas para indicar uma referência desse complexo problema, tal dinâmica foi notada por ORACY NOGUEIRA, através das distinções entre o “preconceito de marca” e o “preconceito de origem”, cuja diferenciação básica se daria em razão de características físicas, origens e ancestralidade, em moldes comparativos com as teorias antropológicas e sociológicas norte-americanas¹⁴⁴⁷. Ele notou claramente algumas das lógicas raciais de-

1443 Cfr. ANDERSON, *op. cit.*, p. 149.

1444 Cfr. Flora Bezerra dos SANTOS; Maria Helena ZAMORA, “Banalidade do mal e a manutenção da ordem social: o Terceiro Reich e o racismo no Brasil”, *Polêmica*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 18, n. 4, 2018, p. 121-131; Sylvia da Silveira NUNES, “Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita”, *Psicologia USP*, São Paulo, USP, v. 17, n. 1, 2006, p. 89-98.

1445 Cfr. Ernest CASSIRER, *The Philosophy of the Enlightenment*, Princeton, Princeton University Press, 2009, p. 234 s.

1446 *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 60.

1447 Para uma breve referência quanto à atualidade desse pensamento, cfr. MÁRCIA

envolvidas no país em decorrência das imigrações do fim do séc. XIX e início do XX, bem como das vantagens sociais que foram sendo produzidas pelas perspectivas distintas baseadas nas noções das diferenças raciais. O contexto é marcante para a modernização do direito no Brasil, inspirado no abandono do jusnaturalismo racionalista pelo Código Civil francês, mas agora assentado em noções evolucionistas e raciais.

Contudo, nos dias de hoje, o racismo exclusivamente baseado em paradigmas da modernidade, a partir dos conceitos de “raça” e “*subordinación*”¹⁴⁴⁸, com o domínio de padrões de diferenciação biológicos e políticos, passou por reestruturações decorrentes da pós-modernidade, em que noções como “etnia” e “território”¹⁴⁴⁹ foram impostos também enquanto critérios distintivos. Os fundamentos racistas estariam, assim, transformando o “etnocentrismo” em “relativismo”, numa complexidade reconhecida nesses conceitos extremados da problemática racial¹⁴⁵⁰ nos tempos atuais. No Brasil, o problema agrava-se ainda mais, em razão de haver no horizonte da reflexão jurídica, enquanto obstáculo ao pensamento do sentido do Direito, certo “racismo institucional”¹⁴⁵¹.

Isso sem entrarmos em outros aspectos de tão importante temática para o direito, como o chamado “racismo acadêmico”¹⁴⁵², consequência das mentalidades herdeiras dos (neo)colonialismos, que teriam

LIMA, “O legado de Oracy Nogueira ao estudo das relações raciais”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 19, n. 1, 2007, p. 283-285. Cfr. ORACY NOGUEIRA, *Tanto preto quanto negro: estudo das relações raciais*, São Paulo, T. A. Queiroz, 1985; *Preconceito de marca: as relações raciais em Itapetininga*, São Paulo, Edusp, 1998; e *op. cit.*, 2007, p. 287-308. Apesar da importância desse pensador para refletir sobre a problemática racial no país, ressaltamos que seus modelos explicativos foram superados, sendo o racismo atualmente pensado a partir de bases teóricas mais complexas e com perspectivas muito mais amplas.

1448 Jesús GÓMEZ; Ramón FLECHA, *Racismo: no, gracias. Ni moderno, ni postmoderno*, Barcelona, El Roure Editorial, 1995, p. 18 s.

1449 *Ibidem*, p. 32 s.

1450 *Ibidem*, p. 96.

1451 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 172 s.

1452 TEUN A. VAN DIJK, *Elite Discourse and Racism*, London, SAGE Publications, 1993, p. 158 s. Quanto às problemáticas raciais no iluminismo, cfr. Andrew S. CURRAN, *The Anatomy of Blackness: Science & Slavery in an Age of Enlightenment*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2011, p. 167 s.

se valido da criação de mitos de origens para marcar as diferenças humanas entre colonizadores e colonizados, cujo sentido principal seria evidenciar a superioridade da raça branca, passando pela romantização da escravidão e dos contextos coloniais. Estaríamos diante de referências atualizadas pela repetição dessas referências e imagens desprovidas de contextualização séria e crítica, tendentes à manutenção de quadros raciais de hierarquização de contextos humanos, mesmo frente aos afirmados direitos humanos de não discriminação. Tal quadro seria ainda influente no campo da produção científica pela manutenção das diferenças raciais em termos tradicionais, em adaptações atualizadas de perspectivas culturais seletivas ou, ainda, pela omissão, mais ou menos consciente, de enfrentamento desse imenso problema.

Importa a pesquisa ampla sobre as consequências para o pensamento jurídico brasileiro do desenvolvimento do racismo e das reflexões a partir das teorias raciais, particularmente desde a articulação ideológica entre a viabilização do projeto nacional do direito, a retirada seletiva de campos reflexivos da investigação jurídica e a assimilação acrítica dos fundamentos de criação da cultura jurídica brasileira. Neste momento, porém, importa a defesa da abertura de diálogos críticos dessas problemáticas, e não sua substituição por outro dogma idealizado, por ser profundamente relevante o racismo para a consideração dos problemas do direito, mais exatamente para pensar o sentido da crise do paradigma atual do direito, incapaz de levar em conta as graves consequências para a interpretação jurídica dos valores herdados da escravidão e mantidos na elevação dos discursos e das mentalidades racistas.

O paradigma jurídico atual afastou-se do sentido do Direito, ao menos da aposta na sua realização em concreto e com aspiração ao justo. Dessa forma, não podemos limitar a reflexão dessa questão na afirmação de que o projeto moderno de direito ainda não foi alcançado satisfatoriamente, ou seja, na defesa pura e simples da autonomia do direito a qualquer custo, sem a disposição para pensar os problemas da construção de tal projeto jurídico. A defesa da autonomia do direito não pode ser reduzida à oferta de um outro sistema fechado, assemelhando-se aos dos positivismos e assentada na mesma historicidade simbólica, mas sim servir à solução justa dos problemas práticos da juridicidade. Ressaltamos as consequências da formação do pensamento jurídico moderno, especialmente a tensão entre a filosofia jurídica aristotélica e o

racionalismo moderno, responsável pelo movimento positivista¹⁴⁵³, no qual a filosofia religiosa e seus valores serão substituídos por uma filosofia predominantemente pagã (RABELAIS, MONTAIGNE, ERASMO, BODIN, DONEAU, GRÓCIO)¹⁴⁵⁴.

A elevação ética do ser humano nas comunidades humanas, dentro do pensamento jurídico crítico, não pode admitir a preservação da mentalidade racial embuçada “em roupas ilustradas, universalistas, tratando-se a si mesmo como antirracismo, e negando, como antinacional, a presença integral do afro-brasileiro ou do índio-brasileiro”¹⁴⁵⁵. Apesar de tal problemática não ser tocada aqui em toda a sua complexidade, devemos reconhecer a amplitude dessas questões para o direito e o pensamento jurídico, sendo talvez o racismo a principal questão a ser considerada no Brasil para a superação da crise do direito. Pois, as suas influências podem estar dispersas também em quem se dispõe a pensar o direito e almeja realizá-lo em concreto, não somente presente no esforço pela objetividade¹⁴⁵⁶, mas na ideológica afirmação de uma universalidade simbólica para a sociedade brasileira: “nada fere mais a alma nacional, nada contraria mais o profundo ideal de assimilação brasileiro que o cultivo de diferenças”¹⁴⁵⁷, que se instalou através do chamado pensamento conservador nacional¹⁴⁵⁸.

Assim, contra a homogeneização e os sanitarismos raciais, que atingem também o sentido do Direito, deve ser realizada a reflexão mais aberta de suas especificidades, complexidades e dissimilaridades. Os pluralismos do complexo contexto social brasileiro devem estar sempre presentes no pensamento jurídico crítico, para garantir o diálogo científico e o aprofundamento da discussão do direito moderno, muito além

1453 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 406.

1454 *Ibidem*, p. 408-409.

1455 ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 60.

1456 Cfr. Márcia LIMA; Marta Rodriguez de Assis MACHADO; Natália NÉRIS, “Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhecimento e invisibilização a partir do direito”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 35, v. 3, 2016, p. 11-28.

1457 ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 61.

1458 Cfr. Nara M. C. SANTANA; Ricardo Augusto dos SANTOS, “Projetos de Modernidade: autoritarismo, eugenia e racismo no Brasil do século XX”, *Revista de Estudios Sociales*, Bogotá, Universidad de los Andes, n. 58, 2016, p. 28-38.

da sedimentação ideológico-política fundada nos projetos jurídicos do Estado-nação e da propagação de um direito reducionista e voluntarista. A escravidão e o racismo servem para refletir profundamente o direito no Brasil, pois, no nosso sentir, apontam a crise do direito atual com as suas especificidades e dimensões dos problemas. Isso não parece ser possível com as intencionalidades de conservação, estabilização ideológica e pretensões de coerência e completude da ideologia de base do ordenamento jurídico enquanto condição de sobrevivência do legal-normativismo brasileiro. Os incontáveis problemas decorrentes da escravidão e do racismo, se não considerados criticamente por quem pensa o Direito, permaneceram intocados sob o manto da mitologia da nacionalidade e do Estado no país.

Por estarmos diante do quadro social construído a partir de uma sociedade escravocrata de vários séculos, se levada mesmo a sério a historicidade na interpretação jurídica¹⁴⁵⁹, não pode ser admitida a racionalidade jurídica fundada ainda na instrumentalização dos projetos de poder e das ideologias nacionais, que mantém o paradigma jurídico brasileiro atual numa situação de deslocamento do mundo prático, através das insuficiências do pensamento positivista. Isso, nos limites impostos pelos direitos humanos e pela democracia, enquanto dimensões fundamentais e estruturantes, nos direciona para a extrema necessidade de pensar a mediação prática de direitos no Brasil, como nos faz ver o jurisprudencialismo, para além da positivação da dimensão política e das exigências dos equilíbrios ideológicos e institucionais.

Indubitavelmente, a escravidão e o racismo produziram marcas profundas da formação do direito brasileiro. Reconhecem-se na própria estruturação dos legalismos no país que se valeram da sedimentação ideológica do “sentido iluminista e legalista de uma estrita igualdade perante a lei”, que merece ser repensada profundamente para a superação dessa “formal igualdade legalista”¹⁴⁶⁰. No fundo, estamos diante do problema de um direito imposto à sociedade pelo Estado, aparentemente sem tempo, mas cuja dependência dos fundamentos ideológicos de um mito fundador, mais ou menos remoto, ainda se evidencia claramente.

1459 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 149.

1460 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 154.

2. A construção do legal-normativismo

O paradigma do legal-normativismo, ao contrário dos países onde a codificação civil provocou primeiro o desenvolvimento do legalismo positivista, característico do séc. XIX, foi sendo construído no Brasil imediatamente após o código civil, através de progressivas mudanças na interpretação jurídica assentada na dimensão da atemporalidade ideológica do fenômeno jurídico. Certamente imperou “a força de um tecnicismo abstractizante”, responsável pela “ilusão de que as normas do presente não têm passado”¹⁴⁶¹. Isso não pode iludir o pensamento jurídico crítico, por ser ainda desvivo para a manutenção do paradigma atual do direito em crise profunda.

Apesar da consciência de que o Direito representa uma longa tradição de diversas manifestações culturais e sociais, o legal-normativismo assentou-se através de seleções de imagens e contextos históricos, extremados num país vindo recentemente da escravidão legítima, com o reconhecido esforço de acomodação através de modelos simples de legitimação: os estruturalismos fenomenológicos, sociológicos e antropológicos da modernidade. A partir de sobrevoos sobre contextos sociais, tempos recentes ou longínquos, passou-se a imperar certa ordenação e compartimentação na construção de tipos oficiais de discursos para o direito moderno. Assim, por mais que os projetos de estadualização da juridicidade e um tipo de racionalidade moderna que o acompanhou se esforcessem para afirmar o contrário, foi ficando muito claro que tais fenômenos complexos não seriam passíveis de simplificação através de imagens deterministas ou evolucionistas, não se adequando a qualquer imagem geométrica da modernidade, seja reta, curva ou círculo. Assim, o legal-normativismo, diante de todas essas complexidades e dificuldades para a ocultação das razões ideológicas e das políticas envolvidas na apropriação do direito, foi-se valendo dos processos de esquecimento da sua formação jurídica e de criação de imagens simples para legitimar a sua elevação enquanto paradigma de superação ao direito plural do Antigo Regime no país.

Entre o fim da escravidão e a abertura para a possibilidade de construção do projeto moderno do direito no Brasil, o debate aberto

1461 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 175.

e sincero integrante do esforço de manutenção da escravidão ou das propostas gradualistas de seu encerramento, reconhecidas da Independência até os ideais republicanos, nos oferece a dimensão do quanto a construção da imagem do paradigma normativo brasileiro precisou se distanciar dessas origens, relegando aos problemas essenciais da formação jurídica um tratamento acessório ou mesmo uma intencionada omissão¹⁴⁶². O paradigma jurídico moderno foi-se distanciando da reflexão mais profunda quanto à sua própria criação, sendo deslocado no tempo e no espaço para uma dimensão acrítica, assentado particularmente numa postura negativa de questionamento de seu próprio projeto, fora dos esquemas explicativos considerados como suficientes e adequados à sua legitimação em termos simbólicos.

Certamente, o mito da democracia racial foi o modelo explicativo mais influente da formação jurídica nacional. Construído a partir do pensamento do jurista SYLVIO ROMÉRO¹⁴⁶³, que no contexto do direito plural apostava no “branqueamento” como “solução” para o “problema” racial no país, chegou à sua formulação mais decisiva com GILBERTO FREYRE¹⁴⁶⁴, no momento posterior à codificação civil. De tal ideologia, o direito seguiu a trilha normativista com profunda redução da reflexão do direito e do pensamento jurídico ao nível institucional, oficioso e estatalista do problema da juridicidade atrelada à questão da lei. Deu-se o conhecido fechamento do sistema jurídico, raramente refletido fora das grades da legislação, antes da ordem constitucional de 1988, tendo sobrevivido através desse fundo mitológico responsável pela imposição dos limites na elevação do Estado de Direito. Foram impostas as estruturas responsáveis pelo alheamento da pesquisa crítica sobre a formação jurídica nacional e as insuficiências das reflexões para a superação da crise do direito.

1462 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 221.

1463 Mito fundador renovado com o Golpe de 1964, valendo-se da tradição mantida por diversos Institutos Históricos e Geográficos compostos por “intelectuais conservadores e representantes de uma ordem passada”, cfr. RENATO ORTIZ, *op. cit.*, p. 91 s.

1464 Posições que podem ser facilmente encontradas espalhadas em sua obra, mas destacamos *A Amazônia brasileira e uma possível lusotropicalologia*, Rio de Janeiro, Agência da SPVEA, 1964, p. 23: “Serão as regiões tropicais impróprias à ocupação ou colonização pelas raças chamadas superiores?”.

Diante das novas necessidades políticas e psicológicas da modernidade jurídica, autores como GILBERTO FREYRE, diante do sentimento de insatisfação com o regime republicano, em meados do séc. XX, utilizará simbolicamente a monarquia para a sustentação do novo projeto civilizatório nacional: “no Brasil de Pedro II valores morais superiores a todos os ritos e místicas: o culto da dignidade humana, o da liberdade política, o da honestidade na vida pública, o da própria justiça”¹⁴⁶⁵. Curiosamente, o novo regime impõe-se simbolicamente a partir de imagens do período da formação do Estado brasileiro, sendo tal mística responsável ainda pela estabilização simbólica do legal-normativismo que apoia o constitucionalismo nessa historicidade positivista criada.

Mais ainda, a elevação do legal-normativismo no Brasil foi acompanhada pelo afastamento das exigências reflexivas garantido por certo modelo de jurista – alguém adstrito à solução dos problemas do direito a partir das lógicas simples e aritméticas da subsunção da normatividade ao caso concreto. Essa simplicidade não suportaria a mobilização, fora da legalidade, das temáticas da escravidão e do racismo, que foram alheadas do pensamento jurídico. Tal quadro foi mantido com muito sucesso da codificação civil até o atual legalismo-normativista reestruturado pela nova ordem constitucional. Assim, deu-se a inauguração do movimento liberal no direito representado pela “construção de uma ordem que compatibilize a centralização do poder nas mãos do Estado com a liberdade dos indivíduos”¹⁴⁶⁶.

A codificação civil provocou o afastamento das racionalidades do direito plural brasileiro. Ressaltamos que, entre as suas diversas complexidades, era refletido desde a herança da chamada “*communi opinio doctorum*”: o problema do direito subsidiário no Livro II, Título V, e a questão dos conflitos entre os poderes civil, do Direito Romano, e espiritual, do Direito Canônico¹⁴⁶⁷. A “*opinião comum dos doutores*” pas-

1465 GILBERTO FREYRE, “Prefácio”, em OLIVEIRA LIMA, *op. cit.*, 1997, p. 15. Mesmo que inserido numa tradição da fundamentação nacional, GILBERTO FREYRE inova ao oferecer a “reinterpretação da mesma problemática”, agora com a valorização do eixo mitológico das “três raças”, cfr. RENATO ORTIZ, *op. cit.*, p. 41-44. Deu-se a estabilização da fundação nacional nas lógicas do colonialismo, agora adaptadas para a construção do mito fundador brasileiro (p. 50 s.).

1466 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 122.

1467 *Idem*, *op. cit.*, 2009b, p. 80, nota 110.

sou a ser um critério para a utilização das Glosas de Acúrsio e Opiniões de Bártolo¹⁴⁶⁸, muito presentes no direito brasileiro da escravidão. Para PAOLO GROSSI, a “opinião comum dos doutores” era uma importante fonte de direito, apesar de não possuir a intenção de “*costringerlo in maglie troppo vincolanti*” (“obrigar em uma malha muito restrita”) a sociedade¹⁴⁶⁹. Tratava-se de método baseado numa dialética lógica, relacionada diretamente com o caso concreto (“*est casuistique*”), e funcionava “*socialment, «polyphoniquement», avec le concours de plusieurs; non par le raisonnement solitaire du moderne logicien, mais par la voie de la controverse*” (“socialmente, ‘polifônica’, com a participação delas; não pelo raciocínio solitário da lógica moderna, mas pelo caminho da controvérsia”)¹⁴⁷⁰. Seria, assim, uma espécie de “costume doutrinal” orientador da jurisprudência, mais do que das próprias leis, com base na ideia de fundamento pelo número de autoridades (“probabilidade estatística”) que começou a ser aceita a partir do séc. XIII¹⁴⁷¹. É um exemplo da complexidade que foi afastada pelo legal-normativismo brasileiro.

O paradigma moderno do direito no Brasil, assim, foi afirmado num amplo contexto de crise do pensamento positivista, bem como num ambiente cultural marcado pelas influências das teorias deterministas e evolucionistas raciais. Em defesa da segurança jurídica e da manutenção do novo projeto de direito, tal carga reflexiva passou a ser afastada do mundo do direito ou simplesmente compatibilizada em termos simbólicos. Houve o esforço de manutenção dos fundamentos do paradigma moderno do direito na base das inevitabilidades características do pensamento evolutivo em degraus que, de forma mais ou menos intensa, passou a dominar as discussões dos problemas do direito brasileiro, apesar de tais influências estarem presentes nas faculdades brasileiras de direito desde a década de 1870¹⁴⁷².

Tal sedimentação ideológica, que caracteriza a nossa crise do direito, precisa ser considerada na reflexão de sua superação, sem servir de outra adaptação ou tradução de projetos prontos para uma juri-

1468 *Ibidem*, p. 82 e 168.

1469 *Op. cit.*, 2001, p. 90.

1470 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 403-404.

1471 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 117, nota 164, e p. 224, nota 362.

1472 Cfr. GRINBERG, *op. cit.*, 2008a, p. 33 s.

dicidade estatalista fechada. No fundo, cabe refletir profundamente o paradigma jurídico ainda válido no Brasil, apesar da crise decorrente de sua natureza normativista, que mantém o distanciamento entre o mundo envolvido na prática do direito e o quadro de tipos e modelos suficientes para sustentar um projeto jurídico de poder. Porém, a questão que se coloca neste momento não é no sentido amplo de alternativas à essa problemática nem a necessária recuperação crítica dessa carga de questões para pensar o sentido do Direito, mas sim a tensão entre o legal-normativismo, como o problema da crise do direito brasileiro, e o jurisprudencialismo, considerado numa dimensão para a sua superação.

Daí a centralidade e a disposição da teoria crítica do direito, pensada em nosso contexto específico de questões a resolver, não mais nos moldes herdados das ciências naturais e de seus esquadros artificiais de soluções para os problemas práticos. A aposta no sentido de melhor caminho, entre vários que hoje nos são colocados, dentro da inteligibilidade que ele mesmo exige, aliado ao esforço crítico de pensá-lo conjuntamente com a dimensão temporal e específica do problema do direito no contexto brasileiro. Na diferença de racionalidade exigida para a superação da crise do direito, portanto, entre a convocação da historicidade na base de evidências para o diálogo, do caminho jurisprudencialista que consideramos como mais adequado frente às alternativas ao Direito, com sua disposição de abertura para pensar o sentido do Direito.

Dessa forma, o que importa é a contextualização crítica da formação do direito moderno, em que “o espírito burguês manifesta-se através de um individualismo anticorporativo que postula o cidadão como célula autónoma da humanidade, como centro de imputação de direitos subjectivos”¹⁴⁷³, bem como a problematização da projeção da codificação civil a partir dos limites definidos entre “o homem adulto proprietário” e sua propriedade¹⁴⁷⁴. Merece destaque tal viragem dentro do movimento liberal, responsável por diversas mudanças e novas perspectivas. A criação do sujeito de direitos no Brasil, com a codificação civil, importou na mudança definitiva do paradigma do Antigo Regime, do mundo dos *status* e das ordenações, passando a dominar a pretensão de completude da ordem estatal. Contudo, a ideia de direito civil, no

1473 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2011, p. 23.

1474 *Ibidem*, p. 28.

séc. XIX no Brasil, possuía um sentido muito mais amplo¹⁴⁷⁵ do que o que a limitação decorrente da codificação civil futura iria determinar. Dessa forma, mais do que a consagração de uma aspiração liberal de um grupo ansioso por modificações no sistema jurídico, a codificação civil brasileira foi pensada enquanto movimento de centralização dos materiais esparsos, partindo da institucionalização estatal do monismo jurídico¹⁴⁷⁶, acompanhada do esforço de enquadramento sociopolítico de certo modelo de nacionalidade. Não por outra razão, em momento posterior, foi modificada a própria ideia de cidadania para adequá-la à uma concepção nacionalista de Estado, como disposto na Constituição de 1934.

A codificação civil no Brasil, apesar de perseguida por várias décadas¹⁴⁷⁷, somente foi alcançada no início do séc. XX. PONTES DE MIRANDA, sobre a doutrina brasileira de direito civil, desde o século anterior, reconhecia importantes juristas, tais como TEIXEIRA DE FREITAS, CLÓVIS BEVILAQUA, LAFAYETTE RODRIGUES e TRIGO DE LOUREIRO, além de outros que considerava com menor significação, por terem publicado apenas obras específicas, como PERDIGÃO MALHEIRO¹⁴⁷⁸. Quanto ao panorama geral dessa doutrina, afirmava que “não chegaram a quinze os bons volumes brasileiros sobre direito civil, publicados antes do Código”¹⁴⁷⁹, havendo ali uma decisiva influência da doutrina portuguesa: MELO FREIRE, MANOEL BORGES CARNEIRO, COELHO DA ROCHA, JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, com especial destaque para MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA¹⁴⁸⁰.

O código civil brasileiro de 1916 foi edificado quando já eram conhecidos os problemas e as insuficiências de tal projeto, assim, não foi erigido enquanto um monumento jurídico¹⁴⁸¹. Os sentidos da codificação civil brasileira foram dados preferencialmente pelos pensamentos de COMTE, SPENCER, STUART MILL e LITTRÉ, sendo localmente assumido de maneira evolutiva desde BENJAMIN CONSTANT — o brasileiro —, além

1475 Cfr. VIDAL, *op. cit.*, 1875, p. 9 s.

1476 Cfr. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 29 s.

1477 Cfr. MOREIRA ALVES, *op. cit.*

1478 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, 1981, p. 63.

1479 *Ibidem*, p. 64.

1480 *Ibidem*, p. 62 s.

1481 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 376 s.

de seguir uma tradição desde as obras de TEIXEIRA DE FREITAS, TOBIAS BARRETO e SYLVIO ROMÉRO, que atingiram profundamente CLOVIS BEVILAQUA. Sendo assim, o código foi pensado a partir da viragem provocada pelas influências de DARWIN nas ciências sociais, em sentido evolucionista, com destaque para o pensamento teleológico de IHERING. Passaram a ser comuns afirmações do tipo: “o homem, que lutára para ser igual aos outros do mesmo grupo, que se elevára de escravo a liberto, de cliente a plebeu, de ser sem direito a cidadão, gozando de igualdade jurídica, sente desenvolver-se um estímulo psychico impossível out-ora de existir, – o *instincto de rivalidade* a que se referiu SCHMOLLER”¹⁴⁸².

A partir da superação do paradigma jurídico do Antigo Regime, desde a valorização das lógicas da interpretação subsuntiva, foi sendo abandonado o organicismo estruturante da juridicidade tradicional brasileira, diante da elevação do projeto moderno de direito. Mais ainda, a criação do sujeito de direitos no Brasil, enquanto expressão da individualidade no direito nacional, não se deu frente ao jusnaturalismo racionalista, como ocorrido nas primeiras codificações modernas, mas particularmente contra o pensamento escolástico-tomista, que ainda possuía grande vitalidade¹⁴⁸³.

Tal movimento foi marcado pelos anseios de afirmação do Estado-nação, particularmente pelo processo de idealização da modernidade estatal¹⁴⁸⁴, através da superação do paradigma anterior, que foi acompanhado pela racionalidade do pensamento positivista: legalista e, posteriormente, normativista. Ao mesmo tempo, serviu como garantia da segurança jurídica através da ideologia do sistema fechado, com a disposição do rol de direitos necessários para a organização da sociedade, não mais limitado à ideia de propriedade, mas pela via da cidadania

1482 AMELIA BEVILAQUA; CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 104.

1483 A força e o alcance desse pensamento também sofreram acomodações na mitologia moderna da criação da juridicidade atual, importando na ilusão da inevitabilidade do pensamento jurídico positivo e no distanciamento da complexidade do processo de modernização do fenômeno jurídico no Brasil. A luta travada entre o pensamento jurídico tradicional e o moderno, de forma muito significativa, pode ser vista no discurso “Ideia de Direito”, de TOBIAS BARRETO (*op. cit.*, 1892, p. 444): “É mister bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é um filho do céu, é simplesmente um phenomeno historico, um produto cultural da humanidade”.

1484 SCHWARCZ *et al.*, *op. cit.*, p. 338 s.

e do Estado de Direito, que foi erigido em termos democráticos depois da Constituição Federal de 1988.

Após a codificação civil, que rompe decisivamente com a juridicidade anterior, foram sendo remanejadas as formas de interpretação e a produção do direito oficial, agora pensados a partir dos novos paradigmas jurídicos. Dessa forma, o movimento codificador impôs-se num contexto de construção da própria ideia de nacionalidade brasileira¹⁴⁸⁵, sendo dominado pela ideologia da estadualização do direito, em sentido claramente político¹⁴⁸⁶. A historicidade¹⁴⁸⁷, então, foi sendo valorizada para justificar a elevação do direito positivo, pretensamente *ab ovo*, através da criação e da posterior reprodução acrítica de legitimações a partir de um “tempo” passado, claramente mitológico. Predominou o esforço de fundamentação, em termos simbólicos, do projeto de direito, claramente atrelado ao voluntarismo estatal, cujo distanciamento da sociedade e do mundo prático do direito ficariam explicitados sem uma ideologia para a sua legitimação. Tal se deu, desde o passado, em linhas deterministas e escalonadas. Portanto, o rompimento provocado pela codificação atinge profundamente a historicidade, que reduziu-se ideologicamente à simples fundamentação simbólica desse projeto de direito, cuja herança acrítica ainda mantém-se em nossos dias com grande vigor.

Porém, algo impossível de ser atingido sem a mudança pedagógica da compreensão do direito no país. Aquilo anunciado pelo próprio CLOVIS BEVILAQUA, nas “bôas qualidades” que seriam exigidas ao profissional do direito moderno, particularmente o “estyllo claro e sobrio; sciencia exacta e bem ordenada”¹⁴⁸⁸. Numa obra conjunta com a sua

1485 Quanto ao contexto cultural da identidade nacional construída a partir de teorias raciais, cfr. RENATO ORTIZ, *op. cit.*, p. 13-44.

1486 Cfr. MATTOSO, *op. cit.*, p. 154 s.

1487 Foi ali assumida num certo sentido profético, funcionalista e, mais do que tudo, reacionário, na base da preservação da efetividade da oficialidade do direito, como podemos magistralmente ver com NORBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, 2 ed., Torino, Einaudi, 1992, p. 45 s. Talvez esteja ali a melhor tradução do *modus operandi*, claro que em linhas muito gerais, do pensamento jurídico brasileiro de base positivista e a sua relação com o tempo ideológico do direito através da instrumentalização de discursos para a legitimação do poder.

1488 Prefácio da obra de LUIZ M. CORREIA, *O Direito de Propriedade, o Dominio e a Posse se-*

esposa, AMELIA DE FREITAS BEVILAQUA¹⁴⁸⁹, sob o título *Litteratura e Direito*¹⁴⁹⁰, BEVILAQUA ressalta a preocupação com a temática da educação e a defesa de um certo sentido para o direito: “a justiça é a realização do direito segundo o compreende e sente certo grupo social num dado momento histórico”, sendo “lícito considerar o phenomeno jurídico o ponto central da vida em sociedade”¹⁴⁹¹. O centro da juridicidade permanecia na sociologia, pois “os phenomenos sociaes não devem mais ser encarados sinão através do prisma unificador da sociologia”¹⁴⁹², sendo o indivíduo compreendido somente “como elemento da sociedade”¹⁴⁹³. Assim, o direito seria “uma disciplina social que mergulha raizes na alma do individuo, e que, portanto, destinando-se a dar organização á sociedade, tem de attender á natureza humana, em seus dois aspectos, o individual e o social”¹⁴⁹⁴.

O grande apego à sociologia para a legitimação da codificação civil provocou o desenvolvimento de fundamentos mitológicos para sustentar o direito numa sociedade profundamente desigual e injusta, recentemente saída da era da escravidão. A realidade social, desse modo, não foi encarada diretamente para a construção do novo paradigma do direito, tendo prevalecido a perspectiva liberal e econômica aberta pelo código civil, atrelada ao sentido conservador dos costumes considerados mais adequados ao país, em detrimento de qualquer esforço de realização da justiça social através do direito.

Apesar de elevado o positivismo no Brasil naquele momento¹⁴⁹⁵, prevaleceram as suas vertentes de projeção de novos fundamentos psicológicos para a sociedade¹⁴⁹⁶, não sendo pensado de início em termos

gundo o Código Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Typographia do Jornal do Commercio, 1920, p. 5.

1489 Cfr. Wilton Carlos LIMA DA SILVA, “Amélia Beviláqua que era uma mulher de verdade: a memória construída da esposa de Clóvis Beviláqua”, *Revista Internacional Interdisciplinar*, Florianópolis, UFSC, v. 11, n. 2, 2014, p. 144 s.

1490 AMELIA BEVILAQUA; CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*

1491 *Ibidem*, p. 7.

1492 *Ibidem*, p. 75.

1493 *Ibidem*, p. 93.

1494 *Ibidem*, p. 95.

1495 *Ibidem*, p. 99 s.

1496 Cfr. Arthur DYEVE, “Law and the Evolutionary Turn: The Relevance of Evolution-

puramente lógicos, coesos e coerentes¹⁴⁹⁷. Justamente a ausência da racionalidade responsável pela elevação posterior do legal-normativismo fez com que houvesse ainda a necessidade de fundamentação daquele novo paradigma jurídico numa historicidade, em sentido positivista, reconhecida como instrumento ideológico para a construção do mito fundador do direito moderno brasileiro. Formou-se o quadro mental, naquela fase inicial do positivismo brasileiro, que passou a ser reproduzido acriticamente, de forma geral, até o nosso presente.

Ressalte-se que a codificação civil de 1916 ocorreu posteriormente ao período de afirmação da ordem republicana, mas sendo acompanhada por várias crises institucionais que assolaram profundamente o país¹⁴⁹⁸, desde a ruptura política de 1889. Apesar disso, a codificação foi discutida e aprovada numa época de grande afirmação nacionalista e “homogeneização” burguesa do pensamento¹⁴⁹⁹. Assim, a codificação traduziu não somente o desejo de superação do paradigma anterior, através da garantia da segurança jurídica proporcionada pelo direito positivista, mas especialmente a abertura da via de mudanças no direito apenas pela legislação, com o predomínio da afirmação de ideias positivistas para o amoldamento da sociedade através de projeções filosóficas idealizadas.

CLOVIS BEVILAQUA afirma que a negação da existência de “um direito universal absoluto e imutável, que a natureza já tenha performado e a razão possa descobrir” não impediria a busca pela “melhor forma de organização social”, na qual “o indivíduo afinal não é mais do que um elemento anatomico do corpo social, é um ser minúsculo que somente pôde viver dentro da atmospheria social”¹⁵⁰⁰. Aponta para a acomodação de um direito projetado para uma sociedade também ima-

ary Psychology for Legal Positivism”, *Ratio Juris*, Oxford, John Wiley & Sons Ltd., v. 27, n. 3., 2014, p. 364-386.

1497 Em que pese imensa obviedade, não havia ali qualquer *Rechtspositivismus*, como desenvolvido por HANS Kelsen, que somente passou a ser sentido no Brasil em meados do séc. XX, cfr. Carlos Eduardo de Abreu BOUCAULT, “Hans Kelsen: a recepção da ‘Teoria Pura’ na América do Sul, particularmente no Brasil”, *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC, n. 71, 2015, p. 95-106.

1498 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 36.

1499 *Ibidem*, p. 123 s.

1500 AMELIA BEVILAQUA; CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 105.

ginada, através da tradição do sujeito de direitos que potencializou o individualismo liberal e o *modus vivendi* burguês. Segue-se a linha preferencial da codificação-matriz francesa, com a adaptação do indivíduo ao projeto político amplo, passando o Estado brasileiro à posição de guardião e tutor da sociedade através da juridicidade. Mas a formação do direito moderno codificado no país foi sendo realizada sem a ideia da essencialidade ampla ou universal do indivíduo¹⁵⁰¹, mas com o predomínio de noções muito peculiares e locais: o cidadão integrante do corpo social e a linguagem da nacionalidade. Dessa forma, o código civil brasileiro fundou-se na esperança de construção de uma Nação, não somente na afirmação do individualismo.

Nesse sentido, foram realizadas importantes mudanças legislativas, após o código civil, que traduziram a preocupação com a organização do sistema jurídico moderno, não somente com a imposição de novos institutos jurídicos e conceituações técnicas, mas particularmente as mudanças de ordem pedagógica para alcançar a interpretação exigida pelo novo paradigma jurídico. O Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, denominado de “Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro”¹⁵⁰², representou a viragem no plano da interpretação jurídica no sentido da imposição de novas metodologias para garantir a construção do direito moderno. Apontavam-se importantes mudanças, como no caso das lacunas do direito e a forma de afastá-las, com a utilização dos conhecidos mecanismos de fechamento do sistema jurídico, para garantir a coesão e a coerência do direito positivista. Passava-se a exigir a utilização da analogia e dos princípios gerais do direito (art. 4º) e a valorização do sentido teleológico (art. 5º), bem como a presunção *erga omnes* do conhecimento da lei (art. 3º). Tais transformações indicam a viragem para uma nova racionalidade, inaugurada com a codificação civil, mas alcançada pela inserção da interpretação no texto legal, para a afirmação do paradigma jurídico moderno, que irá atingir a sua feição atual após a construção da jurisdição constitucional pela Constituição de 1988.

1501 Apesar de CLOVIS BEVILAQUA abordar o debate da criação de uma “codificação internacional”, no início do séc. XX, cfr. “Unificação do direito privado”, *Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Modena, Mucchi Editore, n. 22, 2006, p. 241-248.

1502 A alteração para a “Lei de Introdução do Direito Brasileiro”, pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, demonstra a renovação da aposta no sentido estruturante do direito civil a partir da interpretação jurídica.

A codificação civil e a nova interpretação jurídica foram integradas no ensino do direito, no séc. XX, sendo responsáveis pelas transformações metodológicas de quase todas as Faculdades de Direito no país¹⁵⁰³. Assim, num efeito circular de sobrevivência¹⁵⁰⁴, o paradigma moderno do direito passou a ser sustentado por uma educação conservadora, acrítica e alienada da realidade social, bem como pelo predomínio majoritário do pensamento jurídico acrítico e reprodutor do sentido mitológica da cultura jurídica nacional. Tal quadro problemático é integrante da construção do legal-normativismo no país e que, no nosso sentir, ainda não foi superado.

Dessa forma, a igualdade formal herdeira do racionalismo moderno e da codificação do direito, por ter sido construída a partir da sociedade escravocrata e no contexto posterior às teorias raciais, nos legaram vários problemas para a reflexão da crise do direito atual. Essas questões continuam válidas em razão do pouco esforço crítico, devendo ser consideradas profundamente na proposta de superação do paradigma atual do direito, pelo caminho do jurisprudencialismo, integrando a possibilidade de elevação de uma teoria crítica-reflexiva do Direito. O direito liberal no país — com a sua juridicidade geral e abstrata — é responsável pelo mundo da igualdade formal¹⁵⁰⁵, que deve ser confrontado com a realidade social. Pois, esse paradigma jurídico foi afirmado juntamente com a construção do regime republicano, diante da ampliação das desigualdades materiais que se somaram aos problemas da herança escravocrata, abrangendo questões como segregação racial, marginalização social e projetos de embranquecimento através da imigração estrangeira¹⁵⁰⁶, que não podem ser extraídas ideologicamente da proposta de superação da crise do direito “numa resposta positiva”¹⁵⁰⁷.

1503 Cfr. Antônio Luís MACHADO NETO, *História das ideias jurídicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1969; Simon SCHWARTZMAN, *Um espaço para a Ciência: a Formação da Comunidade Científica no Brasil*, 2 ed., Brasília, MCT, 2001, p. 12 s.; Aurélio Wander BASTOS, *O Ensino jurídico no Brasil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000. Foi retirado do texto, contudo, maiores desenvolvimentos sobre o ensino do direito no Brasil, incluídas as mudanças pedagógicas da interpretação jurídica.

1504 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 1978, p. 96 e 118.

1505 Cfr. MÁRIO REIS MARQUES, *Introdução do direito I: programas, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2009a, p. 69.

1506 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 249.

1507 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010a, p. 9 s.

Porém, tais considerações fundam-se num reconhecido diagnóstico limitado e aqui simplesmente esboçado, mas que é suficiente para apontar os problemas da omissão consciente de reflexão do fenômeno jurídico — além da lei — no Brasil, responsável pelo mundo criado desde o pensamento encerrado nas compreensões do sistema jurídico como algo fechado e passível manipulação ideológica em termos linguísticos, funcionalistas e estruturalistas. É um quadro preocupante, não apenas frente aos fundamentos teóricos da construção do legal-normativismo, mas particularmente problemático quando levadas a sério as complexidades da sociedade brasileira, que apontam para as insuficiências de tal paradigma jurídico. Tal limitação é reconhecida, porém, em muitas das alternativas oferecidas para superá-lo, quase sempre circunscritas aos mesmos fundamentos ideológicos do direito atual. Por isso, é importante ressaltar esse tipo próprio de legal-normativismo construído frente às especificidades culturais e sociais, apesar de normalmente afastadas pela ideologia do pensamento jurídico “purificador”¹⁵⁰⁸, que devem ser consideradas a partir de uma “ética de responsabilidade”¹⁵⁰⁹.

Assim, a reflexão dos problemas do legal-normativismo no Brasil não podem ser encerrados nas reconhecidas insuficiências em si de tal paradigma, ou seja, em sua pretensão de abrangência do fenômeno jurídico, pela via da política, sobre a interpretação jurídica e a realização do direito, mas avançar para a ideologia que busca garantir a validade e a legitimidade dessa juridicidade. Esse paradigma, cabe considerar, sobrevive apenas por não ter sido ultrapassado ainda por outro projeto de direito, permanecendo assim válido através dos esforços, mais ou menos conscientes, de manipulação, seleção de campos reflexivos e repetição de imagens mitológicas. Esse quadro é agravado, no sentido do esforço exigido para a perspectivação da mediação de direitos pelo jurisprudencialismo, por um positivismo caracterizado já pela ausência, que atinge até mesmo o Congresso Nacional¹⁵¹⁰, de aposta na criação de leis enquanto caminho de solução possível para os problemas graves da sociedade numa democracia considerada moderna. Tal crise atinge até mesmo o próprio mito da fonte primordial do direito e sua correspondente racionalidade jurídica.

1508 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 574.

1509 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 205.

1510 Cfr. MARMELSTEIN LIMA, *op. cit.*, p. 72 s.

Por essas razões, é importante reconhecer as diferenças entre os processos de codificação francesa, enquanto modelo-base de tal fenômeno, e os realizados no Brasil, mesmo que obviamente sejam reconhecidas variadas aproximações. Os primeiros representaram o grande marco da construção de um novo direito, enquanto monumento jurídico, mas os segundos foram realizados já no contexto de crise de tal paradigma, apesar de este ainda ser considerado imprescindível para a garantia da segurança jurídica, cuja esperança foi renovada pelo atual Código Civil, de 2002. Apesar da marca do direito codificado, enquanto solução dos problemas e dos sentidos para a juridicidade nacional, bem como a elevação da juridicidade estatal a partir do projeto monista do direito, cada contexto social construiu tipos próprios de legalismos, cujas especificidades nunca podem ser desconsideradas.

Apesar disso, o fenômeno amplo da codificação caracterizou-se pelo rompimento com as juridicidades anteriores¹⁵¹¹ e pelo esquecimento seletivo do passado do direito. Dá-se uma aspiração à superação do paradigma anterior na base do oferecimento ideológico da fundamentação completa, especialmente no plano dos sentimentos e das ideias, de um novo sistema do direito: fontes jurídicas enclausuradas, rigidez da interpretação positivista textual e, posteriormente, normativista. A codificação provocou o rearranjo completo dos materiais jurídicos, sendo afirmada enquanto sistematização sem passado. Formou-se daí uma tensão, entre o risco de sobrevivência do velho e a defesa do novo, que foi sendo articulada estrategicamente para garantir a atemporalidade do direito, desde esquadros das fontes jurídicas e a racionalidade positivista jungida numa mitologia moderna.

Ressalta-se o pleno conhecimento do percurso e dos problemas trilhados pela codificação francesa, sendo muito importantes as reflexões portuguesas, nas quais a partir de um direito de base escolástica, antes da codificação civil de 1867, “sobretudo a doutrina” — também a jurisprudência — frente à codificação civil francesa, teve aí “um papel de maior protagonismo do que as suas congêneres francesas”¹⁵¹². Em sentido assemelhado, o direito brasileiro foi construído doutrinariamente com o especial esforço de construção de origens. Porém, não apenas visando a institucionalização do projeto de direito moderno em si, mas

1511 Quanto à tal complexidade, cfr. BORGES CARNEIRO, *op. cit.*, p. 1-64.

1512 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 492.

os institutos jurídicos específicos, através da exclusão de referências ao direito da escravidão. Visava-se a construção simbólica do sistema jurídico positivado, com o afastamento de questões fundamentais, como a problemática do racismo, especialmente dos seus aspectos mais institucionalizados¹⁵¹³.

Prevaleceu a articulação fundada na ideia da atemporalidade, de uma certa herança cultural para a formação jurídica brasileira, na base da mobilização de simbologias decorrentes de articulações estratégicas de diversos projetos de poder, desde a tríplice tradição romana, moderna e religiosa do direito. Tal estruturação das racionalidades define as práticas e os valores que garantem ainda hoje a sobrevivência do paradigma jurídico atual. Por isso, o projeto moderno do direito no país deu-se com o afastamento do pensamento crítico e das reflexões para além da elevação formal do ser humano numa juridicidade específica. É uma evidência muito clara quando pensada a formação jurídica nacional desde o direito legitimador da escravização de seres humanos, afastado numa tradição acrítica. Esse quadro impede, se mantido assim sem reflexão, o aprofundamento do sentido do Direito e das *virtus* para superar a crise em que vivemos.

É importante atentarmos para o momento da viragem para o atual paradigma jurídico brasileiro, desde o início do século passado, muito além das imagens repetitivas e lineares de uma evolução artificial. CLOVIS BEVILAQUA, em discurso realizado no ano de 1923, em homenagem à PONTES DE MIRANDA, defendia ainda o fenômeno amplo do direito, no qual diante das lacunas deveriam ser observadas as “relações sociais em jogo, e delas colhêr a regra jurídica latente na vida coletiva”¹⁵¹⁴. Essa lição foi dada pelo autor do projeto de código civil, que não se submetia ao fechamento completo da perspectiva positiva do direito, para o principal jurista que contribuiu decisivamente para a afirmação do legalismo no Brasil.

CLOVIS BEVILAQUA, apesar de afirmar que o seu projeto teria sido oferecido quando já tardava a necessidade de se “sahir do chãos de uma

1513 Cfr. WALLERSTEIN, *op. cit.*, p. 78 s.

1514 CLOVIS BEVILAQUA; SORIANO NETO, *Dois discursos sobre um jurista (1923-1955)*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1956, p. 7.

legislação civil incogruente e avelhantada”¹⁵¹⁵, cuja “fonte principal do direito civil é um defeituoso corpo de leis de origem espúria, que se acha em frangalhos, mordido há quasi tres seculos pelas traças vorazes da decadencia”¹⁵¹⁶, mantinha a preocupação com o sentido social do direito, que seria imprescindível, inclusive para definir o próprio texto do código¹⁵¹⁷. Defendia as vantagens do código civil — a “dureza das fôrmas” —, mas não a imobilização do direito, sendo o texto a síntese de uma reflexão ampla: quando superada essa convicção, deveria ser feito um novo trabalho de adaptação à sociedade¹⁵¹⁸. É incontestável a presença da ideia de evolução do direito que marcou grande parte do pensamento da Escola de Recife¹⁵¹⁹.

O código, assim, deveria traçar “apenas os lineamentos essenciaes dos institutos” e, num movimento circular, servir ao aprofundamento da ciência para preparar o substrato “para as codificações futuras”¹⁵²⁰. O codificador brasileiro não visou a elevação de um monumento para alterar o direito e imobilizá-lo em sequência. Os sentidos da evolução e da organicidade estavam presentes em CLOVIS BEVILAQUA a ponto de retirar a ideia de permanência do próprio trabalho realizado¹⁵²¹, que deveria ser inserido numa sequência jurídica representada por uma tradição jurídica “dinâmica”¹⁵²². Em suas palavras, “um código não deve aspirar a ser mais do que a condensação dos resultados adquiridos, das conquistas realizadas na época de seu aparecimento”¹⁵²³.

Porém, não escapou de seu pensamento a centralidade da lei para a nova concepção de direito: “subjetivamente o Direito é um in-

1515 *Op. cit.*, 1906, p. IX.

1516 *Ibidem*, p. 21.

1517 *Ibidem*, p. X s.

1518 *Ibidem*, p. 16 s.

1519 Cfr. ADEODATO, *op. cit.*, 2003, p. 318 s. Referência importante para a contextualização histórica, apesar de reiteradamente referida enquanto sedimentada simplificação baseada no critério da origem institucional comum.

1520 BEVILAQUA, *op. cit.*, 1906, p. 17.

1521 *Ibidem*, p. 15 s. e 27 s.

1522 *Ibidem*, p. 27.

1523 *Ibidem*, p. 36-37.

teresse que a lei protege”¹⁵²⁴, mas tinha clareza profunda de que estava diante de dois fenômenos muito diversos, a partir das influências da jurisprudência dos interesses. Quanto ao código, entendia assim ser o resultado de “uma classificação de preceitos” fundados na ideia de “sistematisação”¹⁵²⁵.

O código civil no Brasil foi alcançado num ambiente de afirmação de novos projetos estatais, com graves consequências para a sociedade brasileira. A codificação brasileira, além de afastar a juridicidade característica do Antigo Regime, integrou as transformações decorrentes das racionalidades modernas no país. Em especial, a mudança do pensamento jurídico através da lógica-subsuntiva do direito, a aceitação do positivismo legalista e sua nova metodologia convertida numa oficiosa filosofia. As complexas dialéticas para justificar as decisões judiciais partindo de diversas fontes jurídicas foram sendo reduzidas pelos binarismos entre fatos e texto legal, num processo complexo, específico e espacialmente¹⁵²⁶ definido no país.

Os grandes quadros para a reflexão jurídica foram sendo criados com a marca da separação entre o objeto direito e o pensamento jurídico positivista. Cientificidade desenvolvida a partir do empirismo, como exigência para o funcionamento do novo projeto jurídico, responsável pela separação entre o mundo prático e a dimensão normativa do direito. Desse modo, a contar do rompimento com as juridicidades anteriores, o paradigma jurídico brasileiro foi sendo aperfeiçoado pelas modificações posteriores à codificação civil e, em especial, pela construção ideológica da cultura jurídica nacional.

O contexto da promulgação do código civil foi o mesmo do chamado “credo nacionalista” motivado pela guerra. Os problemas regionais foram pensados através da renovação da influência de autores clássicos, tais como, SYLVIO ROMÉRO, JOAQUIM NABUCO, RUI BARBOSA e

1524 *Ibidem*, p. 44.

1525 *Ibidem*, p. 47.

1526 Cfr. Jacques LE GOFF, *La naissance du Purgatoire*, Paris, Éditions Gallimard, 1981, p. 13 s.; MAX JAMMER, *Concepts of Space*, Cambridge, Harvard University Press, 1954, p. 125 s.

OLIVEIRA LIMA¹⁵²⁷, bem como canalizados para a criação moderna do mito nacional de origem.

O panorama amplo do fenômeno jurídico no Brasil foi sendo alheado, especialmente as reflexões jurídicas da era da escravização de seres humanos, já que o problema da realização do direito codificado passou a ser pensado em termos da pressuposição lógica dedutiva-textual. Entretanto, mobilizando imagens e seletividades construídas na fase do positivismo sociológico, em que foram produzidos os principais campos reflexivos da nova racionalidade jurídica assentada na idealização da sociedade, a partir de construções simbólicas sem aprofundamento do mundo prático, além do necessário para a legitimação do projeto nacional do direito¹⁵²⁸.

Diante das complexidades sociais brasileiras, o novo direito foi imposto através da projeção de noções herméticas da juridicidade e da realização do direito. Daí a gravidade dessa separação profunda, já que construída numa sociedade herdeira do mundo jurídico da escravidão e no contexto social de aprofundamento do racismo. No fundo, é a elevação da igualdade formal acompanhada pela organização social fundada na preservação da desigualdade material entre os seres humanos que tem sido a marca mais profunda e problemática da manutenção do legal-normativismo no Brasil. No positivismo legalista, de acordo com as preciosas lições de CASTANHEIRA NEVES, com “a interpretação em sentido próprio *abre* (normativamente) a fonte ao direito, e distingue a *lex do ius*; a exegese *fecha* (analiticamente) a fonte no seu próprio texto, e identifica o *ius à lex*”, o principal problema decorrente dessa postura metodológica não seria tanto o fato de a literalidade da lei ser somente “o ponto de partida e um dos factores hermenêuticos da interpretação jurídica (o seu factor ou elemento ‘gramatical’)”, mas exatamente por ser “também o *critério dos limites* da interpretação”¹⁵²⁹.

1527 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 65 e 136. Quanto ao primeiro autor, cfr. SAMUEL DE OLIVEIRA, “O kantismo no Brasil: ao eminente pensador Sílvio Romero”, *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, v. XV n. 58, 1965, p. 252-258.

1528 Cfr. ANDRÉ BOTELHO, “Passado e futuro das interpretações do país”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 22, n. 1, 2010, p. 47-66.

1529 *Op. cit.*, 2013, p. 97.

Foi justamente a problemática da lógica de fechamento do sistema jurídico, a partir de suas próprias exigências, como resultado do direito moderno francês, no qual “*si aveva piena coscienza della enorme rilevanza del diritto, di tutto il diritto, ovviamente*”¹⁵³⁰, que no Brasil foi atingida somente no século passado¹⁵³¹. Apesar de aspirada a segurança jurídica e a valorização da legislação desde o direito da escravidão¹⁵³².

Porém, a busca por segurança jurídica, mudança das fontes jurídicas e interpretação jurídica deu-se no Brasil dentro de um processo de construção da identidade nacional e da legitimação do poder estatal. A codificação civil integrou-se à sedimentação do Estado moderno brasileiro, sendo responsável pela inauguração do sistema jurídico moderno, no qual os(as) juristas passaram a desempenhar primordialmente funções de estabilização social, de forma ideológica. A consciência desse processo de formação foi sendo reduzida, desde o paradigma do direito complexo, a partir da elevação do mito de criação do direito estatal. Nele foram sendo construídos as imagens e os símbolos para os institutos jurídicos dessa projeção estatal, com o afastamento quase que completo do pensamento jurídico crítico.

1530 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2001, p. 50.

1531 A diferença entre os contextos sociais e os momentos de realização aponta para as não raras simplificações explicativas, na base de “importação de ideias”, que foram sendo sedimentadas pela ausência de reflexão crítica e crença ideológica nos projetos jurídicos da modernidade. Infelizmente, maiores desenvolvimentos dessa questão foram retirados do trabalho.

1532 Porém, sem a ultrapassagem da complexidade daquela juridicidade que partia sempre da reflexão do mundo prático do direito, cujos sentidos profundos somente podem ser alcançados pela reflexão das ações de escravização, liberdade e manutenção, em conjunto com o pensamento dos juristas da escravidão, como TEIXEIRA DE FREITAS e PERDIGÃO MALHEIRO. Apesar de retirada do trabalho a nossa investigação ampla nesse sentido, destacamos ainda os trabalhos de José Prospero Jehovah da Silva COROATÁ, *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade*, Bahia, Typographia de Camillo de Lellis Masson & C., 1867; e *O Vademecum Forense contendo uma abreviada exposição da teoria do processo civil*, 3 ed., Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1881; Miguel THOMAZ PESSOA, *Manual do Elemento Servil*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1875; Luiz Maria VIDAL, *Repertorio da legislação servil*, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C., 1883, v. I e II. Esses textos, em sua grande maioria, foram produzidos para a reflexão do direito da escravidão frente à lei do ventre livre, de 1871.

O direito foi estatizado¹⁵³³ pelo positivismo legalista decorrente da codificação moderna, num evidente movimento de “ruptura epistemológica”¹⁵³⁴. No Brasil, foi o ápice de um movimento iniciado no contexto das mudanças políticas de afirmação do Segundo Reinado e acelerado desde o fim do regime monárquico, portanto, dentro do “Estado-nação moderno” caracterizado pela concentração política e pela aspiração à organização total da sociedade¹⁵³⁵. Na transição entre os regimes monárquico e republicano, prevaleceu a ideia de que o conhecimento científico, agora apropriado pelas racionalidades modernas e liberais, garantiria a própria legitimidade do exercício do poder¹⁵³⁶ assentado num positivismo jurídico nacional. Tais quadros mentais da afirmação do legal-positivismo no Brasil integraram a codificação civil, permitiram a construção do paradigma moderno do direito e afastaram a juridicidade plural e organicista anterior.

Diversamente daquilo que iria mais tarde caracterizar o normativismo no Brasil, o positivismo jurídico brasileiro, nos primeiros momentos após a codificação civil, não dependeu necessariamente da construção dogmática para a legitimação de tal projeto, sendo antes uma consequência direta da projeção do poder político. O novo direito foi inserido dentro das mitologias do Estado moderno, em que o jurídico foi confinado pelas restrições impostas pela juridicidade voluntarista. Assim, os(as) juristas, a lei e o direito passaram a ser aspectos de uma nova racionalidade aí imposta. A construção do positivismo brasileiro¹⁵³⁷ foi sendo construído desde a legislação, e mantido, nesses limites,

1533 MÁRIO REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009a, p. 74.

1534 *Idem*, *op. cit.*, 2000, p. 172.

1535 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 66.

1536 *Ibidem*, p. 105.

1537 Quanto ao tema, indicamos apenas algumas importantes referências: João Camilo de OLIVEIRA TORRES, *O Positivismo no Brasil*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1943; João CRUZ COSTA, *Contribuição à história das idéias no Brasil*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1956; e *O positivismo na República*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1956; Nelson SALDANHA, *História das idéias políticas no Brasil*, Recife, UFPE, 1963; Vamireh CHACON, *História das idéias socialistas no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965; e *História das idéias sociológicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1977; Antonio PAIM, *op. cit.*, 1967; Ivan Monteiro de BARROS LINS, *História do Positivismo no Brasil*, São Paulo, Editora Nacional, 1967; MACHADO NETO, *op. cit.*; Adolfo CRIPPA, *As ideias filosóficas no Brasil: século XVII e XIX*, São Paulo, Convívio, 1978; Antonio PAIM; Vicente

por textos doutrinários — os cursos e os manuais —, bem como pela jurisprudência atrelada à vontade do Estado. Em linhas gerais, através da vinculação profunda do campo reflexivo do direito ao Estado, deu-se o fenômeno do paradigma jurídico moderno no país. No seu principal eixo estava a marca do “positivismo filosófico-epistemológico em que se encontrara sistemática expressão o empírico naturalismo e o cientismo do séc. XIX, com a sua militante atitude ‘antimetafísica’, portanto, que o mesmo é dizer antifilosófica”¹⁵³⁸.

Porém, frente às peculiaridades dos diferentes e variados contextos do legalismo, apesar de ser possível acompanhar tal movimento da positivação do direito em termos amplos, enquanto fenômeno inaugurado pela codificação civil francesa, sempre devem ser considerados os diferentes modos e contextos dessa afirmação dentro de suas próprias complexidades culturais e sociais. No caso do direito brasileiro, a superação da juridicidade característica do Antigo Regime brasileiro, a partir de uma sociedade escravocrata secular, através da organização do direito em moldes modernos, pensamos nós, nunca pode deixar de ser mobilizada. Ao menos se reconhecida a importância da historicidade para a superação da crise do direito, dentro do pensamento jurídico crítico e reflexivo, como algo diverso do puro e simples idealismo constante das simbologias do mito do direito moderno.

Portanto, o legal-normativismo no Brasil exige o aprofundamento dos seus problemas não somente em termos da projeção de novas juridicidades, mas também das questões contextuais e práticas. Isso porque, se realizado um exame comparativo com os contextos europeus, p. ex., claro está que estamos diante de um paradigma jurídico construído numa sociedade com desigualdades abissais — particular-

BARRETO, *Evolução do pensamento político brasileiro*, Belo Horizonte/São Paulo, Itatiaia/Edusp, 1989.

1538 CASTANHEIRA NEVES, na apresentação à reimpressão da obra de CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2014, sem número. Particularmente, no caso brasileiro, em decorrência da codificação civil, o combate à filosofia do direito não se deu tal qual em outros contextos, como o português, onde foi afastada dos cursos jurídicos, na passagem do séc. XIX para o XX. No Brasil, foi a ela imposto o sentido positivista de acomodação do pensamento à nova forma de se refletir o direito, sendo assim ensinada pelas faculdades de direito. Dessa forma, a filosofia do direito no Brasil foi quase que inteiramente dominada pela lógica do funcionamento do sistema jurídico fechado, da criação de mitos e legitimações para o exercício do poder através do direito.

mente definidas a partir de aspectos raciais¹⁵³⁹ — e dificilmente suportadas pelo sentido do Direito, sem a preocupação com a historicidade específica da sua formação no tempo. Importa a perspectiva construída da interpretação jurídica conjuntamente com a questão da mediação de direitos na prática. Assim, o Direito considerado a partir da perspectiva da juridicidade justa deve integrar tais questões na construção da teoria crítica do direito, em vista do risco de manutenção dos graves problemas sociais decorrentes de concepções de direito e interpretação jurídica restritivas.

Nesse sentido, importa o aprofundamento crítico das ideias e dos projetos jurídicos no Brasil frente à formação do direito estatal e nacional moldado desde a criação de tradições¹⁵⁴⁰ e a afirmação do paradigma do direito positivista. Algo passa pela valorização da escravidão na discussão das influências do direito moderno, que nos legaram o amplo panorama dos caminhos do direito no país. Pois, tal não se atinge através da simplificação ideológica desse processo responsável pela afirmação monológica da cultura jurídica nacional, mantida em imagens simbólicas apoiadas nas *intentios lectoris* de parte do pensamento jurídico que não se ocupa das especificidades da formação jurídica nacional. Destaca-se que a manutenção de uma reprodução utópica de sentidos para diferentes contextos sociais sempre foi problemática, como reconhece LUIS RECASÉNS SICHES: “*es una pura fantasia, lindante con lo pitoresco o bufo, la supuesta reproducción de las sociedades*”¹⁵⁴¹. Assim, o pensamento jurídico deve ser reconhecido, sempre que possível, juntamente com as peculiaridades dos processos de regionalização, apesar das características comuns, sendo refletido sempre como exemplo único frente à uma “a circulação de idéias” universal¹⁵⁴².

1539 Cfr. Luis de Aguiar COSTA PINTO, *O negro no Rio de Janeiro: relações de raças numa sociedade em mudança*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1953; e *Desenvolvimento econômico e transição social*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970; Carl HASENBALG, *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Graal, 1979; Marcos CHOR MAIO, “Costa Pinto e a crítica ao negro como espetáculo”, na apresentação à nova edição da obra de COSTA PINTO, *O negro no Rio de Janeiro*, publicado em 1998; ANDRÉ BOTELHO, “Passagens para o Estado-nação: a tese de Costa Pinto”, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, CEDEC, n. 77, 2009, p. 147-177.

1540 Cfr. HOBBSAWM *et al.*, *op. cit.*, p. 12.

1541 *Op. cit.*, 1991, p. 73.

1542 MURILO DE CARVALHO, *op. cit.*, 2000, p. 126 s.

Não questionamos o fato de a codificação civil brasileira ter provocado mudanças na juridicidade e alteração do paradigma do direito, através da transformação da ideia de sistema e da construção de uma interpretação jurídica positiva, em aproximação aos outros processos de elevação do direito moderno. Mas com a atenção de estarmos diante de fenômeno que não pode ser simplificado, por estar inserido numa tradição jurídica anterior do direito da escravidão até a construção do direito brasileiro atual, pela via da alteração das fontes jurídicas e do próprio pensamento jurídico. Nesse sentido, é imprescindível a atenção aos tipos de juridicidades formados no Brasil.

Após o código civil, o n. 37 do art. 113 da Constituição de 1934, bem como seu art. 114, foram os primeiros dispositivos constitucionais de imposição legislativa da viragem para o fechamento do sistema jurídico. A interpretação jurídica, então, quando verificada a omissão da lei, deveria dar-se recorrendo à analogia, aos princípios gerais do direito e à equidade. Trata-se do enfrentamento, pelo direito brasileiro, daquilo que REIS MARQUES identifica precisamente como “problema das lacunas”, questão decorrente do “pleno domínio do positivismo jurídico”, estando “ligada à crescente importância da lei, à concepção do direito como sistema e à neutralização do poder judiciário”¹⁵⁴³. Trata-se do legalismo elevado no país que, após a Constituição de 1988, passou a desenvolver-se em sentido normativista.

Esse tipo de normatividade é produzida em decorrência da codificação civil e voltada para as fontes do voluntarismo estatal que progressivamente foram sendo reconhecidas enquanto *ratio* de um tipo de sistema jurídico: a lei identificada ao direito¹⁵⁴⁴. Para ser viabilizado no Brasil, cujo direito complexo avançou o séc. XX, foi necessária a imposição do legalismo, como deu-se com o Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 — então “Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro”, sendo atualmente denominado “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”, com nomenclatura mais sugestiva de sua função estruturante do sistema jurídico fechado. Mas não só, sendo necessária a mudança mental imposta por uma racionalidade herdeira dos quadros

1543 *Op. cit.*, 2009b, p. 218.

1544 Quanto à dimensão profunda desse movimento, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010a, p. 244 s.

mentais do liberalismo, do evolucionismo e do positivismo, que foram sendo acomodados ao constitucionalismo brasileiro.

Ao mesmo tempo, em conexão com a modernização decorrente desse projeto jurídico, foi sendo construído um modelo de cidadania a partir da nacionalização do ser humano no plano dos discursos sociais e filosóficos¹⁵⁴⁵, que foram integrados à figura do sujeito de direitos pelo direito positivo. Através de uma adaptação atualizadora dos sentidos da historicidade, houve a projeção dos quadros mentais para estabilização dessas novas construções nacionais, sendo a grande marca do positivismo jurídico, em que o pensamento crítico foi sendo superado pelo homogêneo discurso jurídico nacional da elevação da mitologia moderna. A escravidão, diante de tal construção de imagens e sentidos, ao sabor das novas imposições do projeto estatal do direito, foi sendo ocultada enquanto problema reflexivo do pensamento jurídico, que, por sua vez, afastou-se progressivamente das problemáticas do mundo prático do direito e das reflexões profundas do fenômeno do direito no país.

Foi imposto, assim, um discurso jurídico novo e oficial articulado para garantir a legitimidade do sistema estatal de poder a partir dos rigorismos e seleções dessa nova ordem de estabilização social pela via preferencial do direito. Foi mantida, desde aí, não na consciência da construção desse mito fundador, mas nos decorrentes discursos fáceis e imagens simplificadas para serem assimilados por uma nova racionalidade científica, manifestamente acrítica, assentada em textos de compreensão direta e com poucas exigências mentais¹⁵⁴⁶, para além das lógicas do sistema fechado positivista.

O conceito de historicidade no direito brasileiro foi sendo restringido dentro das narrativas legitimadoras dos novos institutos jurídicos. Isso porque, enquanto (re)criações do voluntarismo estatal, passou-se a exigir a manipulação do tempo do direito de acordo com as novas necessidades do presente¹⁵⁴⁷. Mesmo a elevação dos direitos humanos,

1545 Cfr. BADER, *op. cit.*, p. 9 s.

1546 A fundação da cultura jurídica brasileira a partir do nacionalismo, como opção de viabilização simbólica do projeto legal-normativista, demonstra a vitalidade dessa problemática, que deve ser reconhecida pelo pensamento jurídico crítico, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 16.

1547 Aquilo que pode ser identificado, também, nas imagens construídas para al-

apesar da universalização no plano simbólico aparentemente ameaçar a ideologia do sistema fechado, acabou por fundamentar uma nova articulação simbólica da juridicidade. São valorizadas, assim, as pesquisas históricas, como sobre o direito romano, p. ex., mas que passaram a ser utilizadas para a formação de tábuas civilizacionais da construção do fenômeno do direito, manipuladas para a legitimação do novo paradigma jurídico, bem como aproveitada muitas vezes pelas próprias alternativas para sua separação¹⁵⁴⁸. Tais movimentos de sobrevoos sobre o passado definiram o tema da escravidão no Brasil como um degrau simbólico e evolutivo desde o fundo mitológico de um cada vez mais aceito progresso civilizatório linear, nacional e universalizante. Tais restrições realizadas no plano simbólico afastaram as investigações críticas do fenômeno jurídico nacional e a preocupação do pensamento jurídico com o mundo prático do direito.

Por essas razões, a reflexão do legal-normativismo no Brasil extrapola as mais conhecidas críticas ou análises de tal paradigma em si, bem como as comuns perspectivas de reflexões comparativas, sendo fundamental sua investigação crítica e contextual. Apesar de envolver as consequências da era das codificações modernas e a ideia estruturante da construção de um sistema jurídico fechado, no qual o direito passou

umas instituições de ensino do direito a partir de discursos de fundação, como os das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo, particularmente presentes nos textos de assimilação de versões anteriores, usualmente denominadas de “clássicas”, não raras vezes com a marca da ausência de esforço crítico para reconhecer as complexidades de tais locais de reflexão da problemática do direito. Cfr. SPENCER VAMPRE, *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1924; CLOVIS BEVILAQUA, *História da Faculdade de Direito do Recife: 11 de agosto de 1827, 11 de agosto de 1927*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927; ERNANI da Silva BRUNO, *Tradições e reminiscências da cidade de São Paulo*, 2 ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1954; ANTONIO PAIM, *A filosofia da Escola do Recife*, Rio de Janeiro, Saga, 1966; RICHARD M. MORSE, *Formação histórica de São Paulo: de comunidade a metrópole*, São Paulo, Difel, 1970; VENANCIO FILHO, *op. cit.*; SCHWARTZMAN, *op. cit.*; VEIGA, *op. cit.*; JOHN W. F. DULLES, *A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1984; SÉRGIO ADORNO, *Os aprendizes do poder*, São Paulo, Paz e Terra, 1988.

1548 Como pode ser sentida também na proposta analítica econômica, cfr. HANS ALBERT, *op. cit.*, p. 403 s. Esses problemas importantes identificados na filosofia jurídica analítica podem ser vistos em JOSEPH RAZ, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 313 s.

a ser analisado em termos virtuosos, constitutivos e pré-referenciados, as suas particularidades são problemas inerentes ao pensamento jurídico crítico. A opção pela centralização, no direito brasileiro, acabou por vazar através das dinâmicas de controle da juridicidade, como o realizado a partir dos vértices do Poder Judiciário¹⁵⁴⁹ e da manutenção ideológica dessa opção no ensino do direito cada vez mais distanciado do mundo prático de sua realização. Nada mais do que as opções políticas dos movimentos de codificação que comprometem, pelo sentido voluntarista, a compreensão do mundo prático, ou seja, a própria realização do direito, cuja aspiração “nunca deixa de ser normativo-juridicamente constitutiva em concreto”¹⁵⁵⁰.

A possibilidade do sentido do justo na reflexão jurídica, por encerrar-se em lógicas de retorno a campos e pontos de reflexão, vem sendo limitada pelo paradigma jurídico aqui edificado. Daí o afastamento do pensamento jurídico dos necessários questionamentos desde a era da escravização de seres humanos e das sempre atualizadas desigualdades, sendo alheado especialmente da dimensão mais importante da realização do direito numa sociedade injusta — a do mundo prático —, mantendo-se o sentido do justo balizado pelas simples opções de textos legislativos. Porém, parece equivocada a noção de ligação direta entre a ascensão do positivismo¹⁵⁵¹ no Brasil e o paradigma atual do nosso direito, já que o direito brasileiro foi sendo construído a partir de posições variadas quanto à juridicidade: “nas escolas e collegios se ensina as leis e preceitos de Deus, por que ahi não se há de estudar os direitos civis do homem?”¹⁵⁵². Assim, certamente o pensamento positivista encontrou

1549 Sem nos aprofundarmos nesse ponto, algo que pode ser visto claramente na ascensão do Estado de Direito conjugada com as opções de estruturação mais amplas dos (neo)constitucionalismos, cfr. Luis ROBERTO BARROSO, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 240, 2005, p. 1-42. Esse panorama interessante de algumas diferenciações entre o Estado de Direito e os movimentos constitucionais pode ser consultado, *v. g.*, em Chin Liew TEN, “Constitutionalism and the Rule of Law”, in PHILIP PETTIT *et al.* (ed.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2 ed., Malden, Blackwell Publishing, 2007, v. II, p. 493-502.

1550 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010a, p. 305.

1551 Cfr. OLIVEIRA TORRES, *op. cit.*

1552 VIDAL, *op. cit.*, 1875, p. VII.

grande adesão do pensamento jurídico brasileiro, mas sem atingir a plenitude de sua forma legalista antes do Código Civil de 1916, tendo prevalecido até ali as suas vertentes sociológicas.

A viragem do positivismo de fundo sociológico deu-se inicialmente para o legalismo, somente alcançando a sua forma normativista de forma ampla, no sentido de organização da juridicidade pela interpretação jurídica abrangente de todos os materiais do sistema jurídico, no atual paradigma constitucional. Tal quadro deve ser compreendido levando em conta ao menos alguns movimentos importantes ocorridos após a codificação civil brasileira. A ascensão definitiva do constitucionalismo e a organização de todo o sistema jurídico em textos legislativos pensados a partir de uma normatividade hierarquizada, bem como a manutenção da vitalidade das ideologias e dos mitos construídos desde a elevação do positivismo sociológico para a projeção do novo direito ao mundo social idealizado. A conjugação desses fenômenos tem sido responsável pelo extremo alheamento do pensamento jurídico crítico, devendo ser reconhecida seriamente para a problematização pela filosofia do direito dos problemas do legal-normativismo em si, aliados ao sentido possível do Direito, de forma a perspectivar a realização prática de direitos, que tem sido afastada também pelos chamados direitos humanos “acríticos” no Brasil¹⁵⁵³. No fundo, estamos diante do paradigma do legal-normativismo, que, a partir da interpretação limitada e de uma insensibilização dos(as) juristas para os problemas práticos do direito, tem provocado o profundo alheamento do pensamento jurídico frente aos problemas sociais do país e ao distanciamento do verdadeiro sentido do Direito. Mantida tal opção, conserva-se como acidental a possibilidade de realização do direito justo, bem como o reconhecimento da igualdade na prática do direito, sendo tal sistema inapto para almejar o sentido do Direito e incompatível com o pensamento jurídico crítico, sendo antes integrante de um grande sistema de perpetuação de injustiças no Brasil.

Portanto, sem qualquer pretensão de abrangermos integralmente as suas consequências, a ênfase na juridicidade dada ao pensamento legal-normativista, antes de apoiar-se na ideia de rompimento com pa-

1553 Cfr. Ísis Aparecida CONCEIÇÃO, *Os limites dos Direitos Humanos Acríticos em face do Racismo Estrutural Brasileiro: o programa das penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo*, Mestrado em Direito do Estado, São Paulo, FD-USP, 2009, p. 114 s.

radigmas anteriores de forma integral, mantêm-se dentro da simbologia da formação jurídica nacional decorrente das imagéticas do direito positivista do Estado-nação em construção. Significativamente, o componente da “certeza” do positivismo e sua pretensa natureza de certa inevitabilidade foram assumidos pelo pensamento jurídico, no sentido de justificação do direito criado pelo exercício do poder e pelo domínio integral da produção dessas novas ideias pelos(as) juristas. Esse plano mental, apesar de alegadamente sociológico, sempre mobilizou uma sociedade idealizada, não propriamente a alcançada pelo esforço de pesquisa e reflexão profunda das questões sociais e concretas. Por essa via, impôs-se no país a progressiva “negação” da realidade brasileira pelo pensamento positivista fundado na idealização social e na construção de uma sociedade de futuro¹⁵⁵⁴.

Nessa linha, com a afirmação do positivismo realizou-se uma homogeneização do pensamento jurídico e da crítica às posições incompatíveis com a edificação realizada nos eixos estruturantes do nacionalismo e da idealização social. Assim, a codificação civil brasileira, apesar de tardia quando considerada em relação à francesa, também provocou a elevação de um quadro mental de progressivo alheamento aos problemas práticos do direito e de controle da juridicidade pelo Estado. Foi almejada sua progressiva legitimação pela apreensão do direito pelo poder político, reconhecida já como uma reivindicação clara dentro do movimento de afirmação inicial da própria República, que desembocou na negação da realidade, além das lógicas e silogísticas problemáticas do legal-normativismo, que ainda marcam o paradigma atual do direito brasileiro.

Tal mitologia é herdeira dos quadros construídos para as faculdades de direito no país, desde o séc. XIX, contextualizadas no plano simbólico dos movimentos de transformação do pensamento, mais exatamente desde a década de 1870. Essa simbologia reduz e simplifica os

1554 Cfr. HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 189-190. Quanto ao positivismo no Brasil, cfr. BARROS LINS, *op. cit.*; e ROBERTO SCHWARCZ, *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*, São Paulo, Penguin/Classics Companhia das Letras, 2014, *e-book*, com destaque para o texto “As ideias fora do lugar” (p. 608-853). Quanto às polêmicas daí decorrentes, cfr. Paulo Eduardo ARANTES, “O Positivismo no Brasil: breve apresentação do problema para um leitor europeu”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 21, 1988, p. 185-194; e Luiz Antonio de CASTRO SANTOS, “Meia palavra sobre a ‘Filosofia Positiva’ no Brasil”, São Paulo, CEBRAP, n. 22, 1988, p. 193-198.

debates profundos realizados por grupos importantes quanto às formas de contraposição ou aceitação ao *status quo*, com inspiração positivista, a partir de uma ampla insatisfação quanto aos empecilhos que a ordem monárquica representava aos aspirantes ao poder político e à ascensão social¹⁵⁵⁵ daqueles grupos. Ali foi pensada a própria viabilização dos projetos nacionais, sendo tais faculdades espaços privilegiados dessas discussões frente aos diferentes tipos de movimentos jurídicos. Porém, todas elas foram sendo inseridas em posições simplificadas, com o afastamento progressivo de suas preciosas e singulares peculiaridades, sendo relegadas a um fundo homogêneo, na base de discursos de simplificação, do tipo causa e efeito, até hoje muito influente¹⁵⁵⁶, normalmente traduzidos na imagem empobrecida da “Escola”.

O manto que ainda cobre a formação do ensino do direito, p. ex., permanece como problema de reconhecimento e reflexão da própria afirmação do positivismo jurídico, em paralelo com o pensamento racial moderno. O valor da diferença, apesar de evidentemente mantido no plano ideológico, tem sido simulado num paradigma marcado pela virtude decorrente da ideia do justo derivado da vontade estatalista. Isso tem mantido a igualdade, no plano formal, em constante tensão com as diferenças que se modificam e se aprofundam no mundo prático do direito. Mais ainda, pensada na dimensão social, tal pensamento positivista foi afirmado num contexto amplo de repúdio às tradições — não mais respeitadas, mas inventadas — de expulsão das camadas mais pobres da população brasileira dos centros das cidades e de combate amplo às manifestações culturais populares¹⁵⁵⁷. No fundo, deu-se a ocultação desse projeto de construção do Estado moderno, com o seu direito, de tudo aquilo que poderia macular a imagem do país que queria ser visto a partir de determinados modelos civilizacionais, seguindo-se o tipo de apreciação equivocada da era dos evolucionismos e dos neocolonialismos. Reside aí, ainda, o maior obstáculo de compreensão da formação

1555 Cfr. ANGELA ALONSO, *op. cit.*, 2002, p. 143 s.

1556 O que pode ser visto na limitante noção do “bando de ideias novas”, cuja problemática foi refletida por SYLVIO ROMÉRO, bem como nas tradições aí inauguradas, particularmente das exclusões de temas considerados incompatíveis com a modernização do direito, como a escravidão e o racismo, cfr. Cícero João da COSTA FILHO, *No limiar das raças: Silvio Romero (1870-1914)*, Tese em História Social, São Paulo, FFLCH-USP, 2013.

1557 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 43.

jurídica brasileira e dos problemas profundos da historicidade exigida para pensarmos o sentido do Direito.

Tal quadro formou-se a partir da viragem para as centralizações, como a do sentido da lei, e construído desde meados do séc. XIX. O texto legal foi valorizado pela interpretação jurídica, mas pensada dentro do sistema de fontes plurais e das complexas juridicidades marcadas por traços axiológicos variados. Após os primeiros movimentos positivistas brasileiros, já para o fim daquele século, o sistema de fontes seria refletido numa perspectiva de domínio estatal, da qual seria imposto um novo sistema jurídico, inicialmente a partir de concepções sociológicas. O modelo social determinaria o tipo de direito e sua consequente interpretação, apesar das progressivas valorizações e vinculações aos elementos textuais das fontes jurídicas. Estão presentes aí as influências da escola da *exegese* e de sua “auto-integração”¹⁵⁵⁸, sendo incapaz até a codificação civil brasileira de superar o pensamento de SAVIGNY e o método do *usus modernus pandectarum* na formação do direito brasileiro, enquanto “forma de encarnação histórico-concreta de valores (uns mais gerais, próprios do homem; outros, mais particulares, próprios de uma nação)”¹⁵⁵⁹. Porém, cabe advertir, entre o “estrito positivismo exegético” e a “visão orgânico-institucionalmente histórica”, quanto à “concepção puramente exegética da interpretação jurídica”, não deixou-se de transparecer uma certa coincidência “com o legalismo exegético francês e que nesta convergente concepção de ambos sobre a interpretação da lei se viria a basear a interpretação jurídica que se tornou tradicional”¹⁵⁶⁰. A busca pelo domínio da interpretação jurídica e a construção do direito moderno e, posteriormente, do pensamento jurídico foram sendo conduzidas pela opção da centralização da juridicidade e da acomodação do direito na vontade estatal.

Como vemos, a compreensão da construção do paradigma jurídico, que hoje encontra-se em crise profunda, nos aproxima das preocupações com o pensamento positivista muito anteriores à elevação promovida por Kelsen. Isso porque o positivismo jurídico brasileiro mantém-se legitimado por ser aliado às ideologias construídas para a elevação do direito moderno, dentro da própria viabilidade nacional, de forma di-

1558 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009b, p. 220.

1559 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 440.

1560 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 96-97.

versa das simbologias utilizadas para legitimar o legal-normativismo, que segue esvaziado de conexões com a historicidade alheia ao sistema jurídico, em vista do domínio do pensamento analítico. O sistema lógico do direito, sem o aproveitamento estratégico de tais fundos mitológicos, teria poucas condições de legitimar-se socialmente.

No fundo, devemos reconhecer que estamos diante de uma crise muito profunda, frente às insuficiências lógicas do legal-normativismo e ao alheamento da racionalidade jurídica pelo decisionismo, somados aos quadros simbólicos herdados da era da escravização de seres humanos, que nos interpelam para a superação possível dessa juridicidade e para a aposta no direito justo, pensado assim enquanto um *tertium genus*¹⁵⁶¹. Entre a arbitrariedade e a rigidez dos sistemas lógicos do direito, parece ser possível apostar no sentido do Direito como o melhor caminho para resolver os problemas da juridicidade no Brasil.

Como temos visto, há muito para refletir quanto ao fim da escravidão, à codificação civil e à elevação do paradigma do legal-normativismo com perfil constitucional após 1988. Porém, destacamos o problema do projeto de direito estatalista afirmado em perspectiva autolegitimadora, do direito controlado pela política e assentado num tempo a-histórico, do qual foram retiradas as reflexões das formações jurídicas que potencialmente extrapolariam os esquadros dos institutos jurídicos do presente e suas legitimidades suficientes. A ausência da reflexão jurídica afastou o direito brasileiro e seu pensamento jurídico, de forma geral, das problemáticas da escravidão e do racismo consideradas alheias às lógicas silogísticas a partir de textos legais, sendo assim reconhecidas como irrelevantes. Não obstante, somente a identificação do fenômeno jurídico brasileiro em perspectiva crítica nos aponta para a crise¹⁵⁶² do direito, sobretudo reconhecido por seu método jurídico como “um abstracto objecto pré-posto (voluntaristicamente im-posto, para o pensamento dominante em França, e historicamente pré-suposto, para a Escola Histórica alemã), vazado em normas (contra-postas às decisões

1561 *Ibidem*, p. 33 s.

1562 Cfr. Antonio GRAMSCI, *Quaderni del Carcere*, 2 ed., Torino, Giulio Einaudi Editore, 1977, v. I, p. 311, § 34: “*La crisi consiste appunto nel fatto che il vecchio muore e il nuovo non può nascere: in questo interregno si verificano i fenomeni morbosi più svariati?*”.

concretas)”¹⁵⁶³. Tais problemáticas se aprofundam gravemente ao mobilizar o tema da escravidão.

A limitação da reflexão jurídica, na sociedade desigual brasileira, tem afastado o aprofundamento do pensamento da juridicidade no sentido do justo. Diante dos conflitos profundos no mundo prático, mantém-se uma juridicidade alheia ao sentido do Direito, por incompatível com as lógicas da aplicação subsuntiva da lei estatal. Tem sido afastada assim na base de aceitação quase unânime de suas reflexões insuficientes e mantida pela força da tradição e do ensino do direito, e não pelo esforço consciente de sua perpetuação. O paradigma com essa lógica limitante funciona para impedir a reflexão da sociedade brasileira em sua integralidade, além da abertura para alternativas à crise do direito, já que nem ao menos são reconhecidos os seus problemas. A imposição do modelo de sociedade decorrente do direito positivista, com as aberturas possibilitadas apenas pelas vias legislativas, impede o reconhecimento dos problemas e das diferenças das comunidades brasileiras. Tal quadro vem sendo renovado por um tipo de realização de direitos muito peculiar e seletivo em relação aos seres humanos que vivem no Brasil. Assim, importa a busca por “um novo princípio reconstitutivo”¹⁵⁶⁴, diante dos problemas que devem ser considerados para se pensar em alternativas à crise do direito que assumam o pensamento jurídico “ao serviço de uma ideia dinâmica de justiça que se deverá realizar histórico-concretamente”¹⁵⁶⁵, através do dimensionamento da possibilidade de superação da crise.

O percurso da construção do legal-normativismo demonstra-se fundamental para a perspectivação das transformações do direito brasileiro e para a busca de seu possível sentido específico, além de abrir caminhos para a crítica ao atual paradigma dominante que paira sobre a realidade social caótica do nosso presente comunitário. De imediato, devem ser afastados os discursos acrílicos da formação jurídica nacional, de forma a justificar a necessidade de refletir sobre o sentido do direito no Brasil e a possível mudança para o pensamento jurisprudencialista.

1563 FERNANDO JOSÉ BRONZE, “Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXV comemorativo, 2003, p. 153.

1564 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 31.

1565 *Idem*, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *op. cit.*, 2010a, p. 50.

Muito além dos riscos dos sistemas fechados alheios à realidade social e a critérios de justiça material, quanto à aposta nas possibilidades e nas alternativas para a superação da crise do direito, devemos reconhecer o “específico dinamismo e enriquecimento históricos”¹⁵⁶⁶ do direito e de seu pensamento jurídico no Brasil. Porém, sem confundir historicidade como aquela referida nos quadros ideológicos e mitológicos limitados do positivismo.

De fato, é necessária uma historicidade que seja compreendida através do esforço de pesquisa e da reflexão de determinado contexto social, não da imposição do sentido sociológico de perspectiva idealista de futuro, em que o próprio tempo do direito perde-se em um perene “estado de natureza” totalmente artificial, por ser circunscrito a conceitos reducionistas como “*un mero sociologismo jurídico o a una mera teoría sociológica del Derecho*”¹⁵⁶⁷. Devemos nos atentar às armadilhas dos sentidos evidentes, das “linhas evolutivas”, das leis e dos esquemas explicativos da formação do fenômeno jurídico, para pensar a especificidade da crise em que vivemos.

Pois, está aí uma singularidade distintiva sobrelevando-se a seu mais elevado grau de problemas a serem considerados para pensar as propostas de superação. No fundo, há a exigência de reflexão da posição considerada mais apta para abranger criticamente os fundamentos mentais de um direito construído pela via legalista e afirmado numa sociedade herdeira da sociedade escravocrata. Deve-se almejar ao menos a consideração de tais problemas, nos mais variados campos e dimensões, diante do caminho de superação, de forma a perspectivar a realização do direito. Daí a importância da formação do fenômeno do direito no Brasil, especialmente o equívoco profundo da separação entre o mundo jurídico e o mundo prático, em paralelo à afirmação e à superação das teorias raciais de dimensão científica. Tais preocupações são necessárias para alcançar a dimensão da problemática para o sentido do Direito nesse contexto social, diante do domínio da positividade acrescida de

1566 *Ibidem*, p. 46.

1567 André-Jean ARNAUD; María José Fariñas DULCE, *Sistema jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2 ed., Madrid, Universidad Carlos III, *Boletín Oficial del Estado*, 2006, p. 42.

uma própria compreensão dos direitos humanos, através das limitações de outra positividade no plano internacional¹⁵⁶⁸.

Essas questões devem ser refletidas no amplo quadro de propostas para o problema da juridicidade, com destaque para as apostas recorrentes no legal-normativismo. Tal pode ser reconhecido, por exemplo, nas propostas inspiradas em LUHMANN, com a “sua muito particular compreensão do direito como um sistema (ou subsistema) autopoietico com uma função redutiva da complexidade social, se recusa a aceitar os efeitos como critério das decisões jurídicas”¹⁵⁶⁹, as de cariz hermenêutico, bem como as fundadas na ênfase da linguagem para o direito. Dessa forma, seguimos a nossa reflexão pela ideia de suficiência de justificação a partir de uma proposta de superação, valendo-nos dos já atingidos balanços teóricos da amplitude de propostas para a juridicidade, ainda dentro da modernidade possível¹⁵⁷⁰. Pois, no nosso sentir, tal amplitude atinge-se já com a proposta jurisprudencialista, sempre atenta aos riscos do unitarismo teórico insuficiente, bem como da amplitude e da complexidade incontrolláveis.

Dessa forma, confiamos na reflexão e na crítica dos problemas do mundo prático do direito, não na renovação de pretensões de domínio de *per se* e dogmáticas, seguindo-se as interessantes aberturas da racionalidade dialógica e analógica¹⁵⁷¹. Nesse sentido, é possível reconhecer o quadro de complexidades que tem em seu centro os problemas da realização do direito em concreto e da igualdade material que hoje agravam-se como as grandes marcas da crise do direito. Essas problemáticas não estão restritas ao plano do pensamento jurídico, mas sim perceptíveis no sistema legal-normativista mantido pelos Estados, que tem inspirado as mais variadas propostas de superação, que oscilam entre propostas de construção de nova ordem internacional e remodelações das ordens internas e constitucionais¹⁵⁷².

1568 Cfr. BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, 2014, p. 79 s.

1569 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 68.

1570 Cfr. AROSO LINHARES, *op. cit.*, 2010, p. 515-561.

1571 Cfr. FERNANDO JOSÉ BRONZE, *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 265 s.

1572 Campo de investigação identificado comumente como “direito global”, que pode ser exemplarmente consultado em MÁRIO REIS MARQUES, “A hipertrofia do presente no direito da era da globalização”, *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*,

A “situação de crise” faz emergir “uma reflexão crítica”, ou seja, a necessidade de se pensar o problema diante de uma situação até então considerada “natural”¹⁵⁷³. Além disso, devem ser oferecidas respostas, a partir da definição de intencionalidades críticas pela ciência jurídica, quanto às especificidades do problema do direito brasileiro, de forma a indicar caminhos para a problematização ampla dessa crise do legal-normativismo e suas formas de superação. Entretanto, importa a compreensão da crise do paradigma do direito brasileiro, levando-se em conta as suas circunstâncias no tempo e espaço, aprofundando os problemas reconhecidos numa definição mais ampla da crise do legal-normativismo.

No Brasil, deve-se refletir sobre a construção de tal paradigma, especialmente sua legitimação através da mitologia do direito moderno, em confrontação crítica com a juridicidade escravocrata presente na formação do direito brasileiro, bem como frente às ideologias raciais e segregacionistas presentes nesse contexto social e no seu direito¹⁵⁷⁴. São questões muito vivas, que devem ser consideradas pelo pensamento jurídico crítico, pois a escravização brasileira atingiu determinados agrupamentos de seres humanos¹⁵⁷⁵. Justamente os seus descendentes, numa sociedade construída a partir do passado escravocrata, sentem

Lisboa, Universidade Lusófona, 2008, n. 12, p. 128 s.

1573 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 23 s.

1574 Cfr. Sérgio ADORNO, “Discriminação racial e Justiça Criminal em São Paulo”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 43, v. 3, 1995, p. 45-63; OCTAVIO IANNI, “Dialética das relações raciais”, *Estudos avançados*, São Paulo, USP, v. 18, n. 50, 2004, p. 21-30; LIMA *et al.*, *op. cit.*; THULA PIRES, *Criminalização do Racismo*, Rio de Janeiro, PUC-Rio, 2016.

1575 A vitalidade do racismo pode ser notada na insensibilidade de parte do pensamento jurídico diante do sofrimento sentido diariamente pela maioria da população brasileira, que não seria omissa dessa forma ao pensar sobre as questões humanas se se tratasse de seres humanos com outras características físicas e de outras origens, que não os povos originários da América e da África. A omissão da pesquisa jurídica quanto à escravização das pessoas que posteriormente foram inseridas em categorizações raciais, sem dúvida alguma, nos parece ser evidência suficiente da vitalidade do racismo no Brasil. Por isso, através do exercício profundo de pesquisa e crítica, devemos nos livrar dos discursos de pureza que levam à morte, nos quais justamente certas “razões” podem pôr em causa a própria pacificidade humana, cfr. FRANS DE WAAL, *The Age of Empathy: Nature's Lessons for a Kinder Society*, New York, Harmony Books, 2009.

as ideologias e os estratagemas do pensamento racial, que sobrevivem diante de um direito formal alheado dos problemas sociais profundos, que somente são reconhecidos pela ótica limitada das opções legislativas. Estamos diante de questões fundamentais para se pensar o problema do direito numa sociedade que não as acolhe integralmente, seja no plano material ou mental, sendo amplíssimos os obstáculos para a construção do sentido do Direito nessa sociedade, que tem demonstrado amplamente o nível de penetração e efetividade das teorias raciais em nosso presente.

Fenômeno bem traduzido pela imagem do círculo vicioso¹⁵⁷⁶, que deve ser confrontado levando em conta a omissão da reflexão quanto à escravidão no campo do direito e a permanência da força ideológica das teorias raciais. Trata-se de problema envolvente de nossa juridicidade, admitida uma tal simplificação, intrinsecamente construído no processo de funcionalização do direito nacional de viés legal-positivista, pensado desde a era da escravidão legítima. Mais ainda no legal-normativismo mantido através de discursos e do alheamento da problemática do direito, que provoca o rompimento das reflexões entre a possibilidade de identificação de tais questões e suas consequências frente à realidade social. Por tais razões, a crise aqui vivida tem especial profundidade, sendo marcante para o direito e para grande parte do pensamento jurídico, em que tem imperado um normativismo regionalizado que sente as consequências da construção do direito global. Tudo afirmado, como se vê, em sentido muito amplo, de forma a exponenciar os problemas decorrentes da manutenção desse tipo de juridicidade moderna numa sociedade-caos, que foi sendo arquitetada a partir de opções desde a era da escravidão, sendo mantida com grande vitalidade no mundo social atual.

Isso é algo que, no campo do mundo prático e diante do pensamento jurídico crítico, deve ser aprofundado pela problemática do “protagonismo judicial” brasileiro¹⁵⁷⁷, em que as mitologias decorrentes da formação histórica peculiar do direito e do pensamento jurídico brasileiro têm sido funcionalizadas, nesse momento fundamental, como prolongamento, numa espécie de naturalização de base raciais e cul-

1576 Em sentido contrário à imagem do “círculo virtuoso”, cfr. GADAMER, *op. cit.*, 2010, p. 387 s.

1577 Cfr. MARMELSTEIN LIMA, *op. cit.*, p. 55 s.

turais¹⁵⁷⁸, da chamada desigualdade brasileira. Na crise específica do direito brasileiro, o ser humano enquanto *homo personalis*, como “centro de imputação e de dignidade axiológica”¹⁵⁷⁹, não pode ser pensado singelamente através de idealizações automáticas de finca-pés, ao gosto das novas antropologias garantidoras da edificação das mais variadas propostas de direito. O pensamento jurídico deve esforçar-se para afastar, a partir do reconhecimento profundo dos discursos pretensamente jurídicos, os limitados subjetivismos de discursos jurídicos acrílicos.

A escravidão e o racismo são caminhos para a compreensão da construção do paradigma de direito brasileiro, bem como a reflexão mais profunda, na medida em que sobrelevam a crise em que estamos inseridos, levando-se a sério o tempo do direito comprometido com o pensamento crítico. Porém, sem cairmos no equívoco da fundamentação do paradigma jurídico a partir de pressupostos históricos, mas sim realizarmos a abertura do sistema jurídico para os problemas mais profundos da juridicidade, especialmente aqueles mantidos alheados ideologicamente do pensamento jurídico crítico, como se dá com o legal-normativismo. Daí a importância da reflexão atenta aos complexos processos envolventes do fenômeno do Direito, de forma a evidenciar os problemas do paradigma atual do direito e abrir caminhos para a sua superação.

No ponto, ressalte-se a perspectiva crítica do Direito: “um domínio cultural que se propõe [a] uma função prática – definir o válido comportamento social – e por isso a sua ideia, a ‘ideia de direito’ ou o sentido último e fundamental que num certo momento histórico lhe corresponda, não pode deixar de ser uma ideia de carga e intenção normativa (axiológico-normativa)”, além de “um ‘facto’ social, uma entidade histórico-sociologicamente condicionada – mas como obra do homem, e como toda a obra do homem, assimila um sentido que só por referência a um último fundamento de compreensão e inteligibilidade se pode dilucidar”¹⁵⁸⁰. Daí a atenção devida à complexidade do problema do paradigma jurídico brasileiro, bem como às alternativas para a construção de um projeto de superação, com especial esforço para não nos valermos das mesmas construções ideológicas modernas alheias às

1578 Cfr. ROSENN, *op. cit.*

1579 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 60.

1580 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 178-179, nota 393.

evidências¹⁵⁸¹. No fundo, afastando as posições quanto à juridicidade que se distanciam do mundo prático, que buscamos reconhecer com o jurisprudencialismo.

Apesar de os movimentos do legal-positivismo e normativismo já terem sido plenamente identificados em suas características mais importantes, cada uma de suas afirmações regionais têm as suas peculiaridades, que não podem ser desconsideradas nem pressupostas em diagnósticos-quadro. Quanto ao Brasil, vemos aí tais especificidades, por terem se manifestado conjuntamente com a afirmação estatal brasileira, através da centralização baseada num ideário liberal, com a prevalência de interesses econômicos e políticos específicos de determinados grupos, não propriamente da sociedade amplamente considerada¹⁵⁸². Tais paradigmas do direito elevaram-se dentro de processos amplos de segregação e hierarquização social, apesar do discurso de elevação da figura do sujeito de direitos e do respeito à individualidade no plano do direito formal.

A força da elevação de tal projeto estatal, especialmente no início da modernização do Estado republicano, gerou uma ampla situação de dificuldade de sobrevivência das pessoas fora de sua atuação, resultando em “uma rude concorrência pelas amplas camadas urbanizadas, reforçando comportamentos agressivos e desesperados de preconceitos e discriminação”, sendo um dos momentos mais decisivos para a elevação do racismo no Brasil¹⁵⁸³, que desembocou no “patrimonialismo, [n]o nepotismo, [n]o clientelismo e [em] toda a forma de submissão e dependência pessoal, desde seu foco central no Distrito Federal até aos mais recônditos esconsos da nação”¹⁵⁸⁴. Nesse processo, a grande maioria dos intelectuais, incluídos(as) os(as) jurista, mesmo quem havia colaborado para a construção ideológica republicana, como, exemplarmente, LIMA BARRETO e EUCLIDES DA CUNHA, viram-se totalmente frustrados. Puderam testemunhar o que o movimento de modernização nacional

1581 Cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 188: “*un déploiement spectaculaire des épreuves de vérité*”.

1582 Cfr. NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 68-69.

1583 Cfr. ALFREDO GUIMARÃES, *op. cit.*, 2009, p. 51 s.

1584 NICOLAU SEVCENKO, *op. cit.*, 2003, p. 71.

acabou por consagrar como “a vitória da irracionalidade e da incompetência”¹⁵⁸⁵.

A compreensão possível da construção do direito positivista no país passa pelo reconhecimento da afirmação do novo paradigma do direito brasileiro nesse contexto, em que os(as) juristas passaram a depender também economicamente do Estado. Essa situação material da sobrevivência se aliou à influência da nova forma de mentalidade do direito. O acesso aos cargos públicos e às atividades mais rendosas passaram quase sempre a estar ligadas direta ou indiretamente à atuação estatal. Tal dependência econômica foi fundamental para a modificação do direito e do pensamento jurídico, na base da ascensão da lógica interpretativa subsuntiva desde a *voluntas* reconhecida no texto legal.

No Brasil, após o rompimento político com a Independência, o ideário liberal foi sendo imposto de forma “acentuadamente menor”, dando na formação do direito brasileiro uma espécie de continuidade mais viva com as formas de se pensar a juridicidade em formação, a partir das tradições¹⁵⁸⁶. Tal situação teria provocado a vitória de uma chamada “corrente conservadora”, como pode ser percebida no texto *Consolidação das Leis Civis*, de TEIXEIRA DE FREITAS, no qual a preservação da juridicidade tradicional foi feita conscientemente, já que não se pode levantar qualquer dúvida de que tal eminente jurista não tivesse conhecimento do que se passava nas “mais modernas codificações e obras doutrinárias”¹⁵⁸⁷. Essa atitude conservadora teria chegado não somente às vésperas do Código Civil de 1916, mas seria ainda muito influente na sua própria construção¹⁵⁸⁸.

Quanto à codificação de 1916, os(as) juristas já estavam preparados para a transformação do paradigma jurídico, por ter ocorrido numa época em que a compreensão de seus significados era muito ampla, incluídas as posições mais céticas e críticas a tal projeto. O sistema positivista, que sofreu a viragem do legalismo para o normativismo, foi afirmado especialmente em dois momentos fundamentais: o Código Ci-

1585 *Ibidem*, p. 108 e 116. Com exceção de algumas pessoas, cujo maior exemplo no campo do direito seria RUI BARBOSA.

1586 Cfr. BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, 1955, p. 65 s.

1587 *Ibidem*, p. 67-68.

1588 *Ibidem*, p. 69.

vil de 1916 e a Constituição de 1988. O primeiro consagrou a aspiração ideológica do método subsuntivo de sistema fechado e a partir do texto hermético. Trata-se da codificação moderna proposta para abrigar o direito através da ideia de sua própria suficiência enquanto fonte e limites para a interpretação jurídica. Advertimos, porém, que JOÃO BAPTISTA MACHADO recusa-se a reconhecer aí o “sistema fechado” sem mais, por imperar “o conceito gestaltístico” da ideia de servir ao projeto que por ele foi implementado, cujo desenvolvimento depende do(a) jurista e da interpretação dentro dessas próprias possibilidades¹⁵⁸⁹. A segunda, a partir das influências dos direitos fundamentais e da internacionalização decorrente do Pós-Guerra, consolidou no Brasil a elevação do paradigma constitucional enquanto vértice de um sistema de normas, bem como logrou a estruturação de uma arquitetura para o controle de constitucionalidade e organização amplíssima das fontes jurídicas para a garantia do império do *nomos*. Tal alteração possibilitou a elevação no Brasil do pensamento jurídico inspirado em KELSEN¹⁵⁹⁰.

Assim, após o Código Civil de 1916, que permitiu a elevação do direito moderno codificado, foi construído o paradigma positivista e normativista com a Constituição Federal de 1988. Esses movimentos foram realizados em contextos de crítica intensa a tal modelo de direito, mantendo a aposta na ordem legal-positivista, a garantia da segurança jurídica e a proteção dos direitos individuais. Nesse sentido, a Constituição “cidadã” estampou importantes matérias que não integravam os textos constitucionais anteriores, invertendo a topologia entre cidadania e Estado, alterando o sentido da interpretação jurídica e cristalizando a prevalência do Supremo Tribunal Federal herdada do período ditatorial imediatamente anterior, como disposto na Constituição de 1967 e no Ato Institucional de 1969. Tais alterações foram acompanhadas pelas mudanças pedagógicas no ensino do direito, bem como do pensamento jurídico que organizou essa nova juridicidade constitucional. Curiosamente, a força da mudança imposta pela nova Constituição, frente à cultura jurídica nacional, pode ser reconhecida no esforço do Congresso Nacional para a revogação de dispositivos legais incompatíveis com o novo Texto Constitucional, como ocorreu com as diversas alterações legislativas ao Código Civil de 1916.

1589 *Op. cit.*, p. 101-102.

1590 BOUCAULT, *op. cit.*

Nos primeiros momentos de vigência dessa nova ordem constitucional, portanto, não era realizado plenamente nem ao menos o exame de recepção dos materiais jurídicos, já que ainda dominava ali a interpretação jurídica de feição legalista, não do normativismo constitucional. Algo muitas vezes mantido alheio ao pensamento jurídico crítico, que afasta a reflexão do fenômeno jurídico no Brasil através de renovações mitológicas¹⁵⁹¹ de suas origens. Trata-se da precária legitimidade do paradigma do legal-normativismo, decorrente do voluntarismo e cuja sobrevivência alheia-se do mundo prático do direito, exigente do pensamento jurídico para mantê-la íntegra pelas conhecidas lógicas retroalimentares no plano ideológico, assentadas normalmente em construções históricas¹⁵⁹².

O diagnóstico da crise do direito no Brasil deve ser explorado profundamente, de forma a abranger a problemática realização do direito e das graves consequências desse direito voluntarista, estatal e centralista da juridicidade, em muito agravado quando pensado frente à sociedade brasileira. Justamente, mais ainda, por sua própria legitimidade depender da não reflexão da complexidade do processo de formação jurídica específica e das limitações diante do mundo real. Nesse sentido, apostamos nas temáticas da escravidão e do racismo como as melhores perspectivas de pesquisa crítica frente ao projeto jurídico brasileiro, problematizando o próprio silêncio utilizado ideologicamente para a garantia de certa legitimidade do paradigma do direito moderno no país. Assim, diante da crise em que vivemos, parece viável a construção do direito

1591 Quanto ao sentido mitológico referido pelos(as) juristas, antes de oferecermos um apressado diagnóstico da ideologia, da crença e da ilusão, ele muitas vezes se traduz numa atuação consciente desse fundo para conservação do direito como está e, por consequência, de seu próprio espaço de conservação social, cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 192-193.

1592 Cfr. Christian Edward Cyril LYNCH; José Vicente Santos de MENDONÇA, “Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade”, *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, v. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.

moderno¹⁵⁹³, aliado à necessária construção pelo pensamento jurídico da perspectiva crítica e dialógica.

Devem ser afastados os sentidos evolucionistas das juridicidades afirmadas no presente e construídas com a seleção ideológica do passado, a desembocar na utilização da historicidade herdada do pensamento positivista. Assim, devemos atentar às perspectivas político-positivistas comuns dos próprios textos legislativos, que têm sido utilizados simbolicamente e formalmente, com rala preocupação com a realização de direitos na prática. Esse cuidado deve ser levado em conta pelo pensamento jurídico brasileiro para a crítica do sentido limitador da interpretação da lei e do sistema jurídico, enquanto *cores* do legal-normativismo imposto pela força normativa dos comandos dos Tribunais Superiores, especialmente o Supremo Tribunal Federal, através da estruturação hierarquizada e vertical da justiça constitucional. Tal tem sido o caminho preferencial de restrição ideológica da juridicidade, através do controle concentrado de constitucionalidade e da súmula vinculante¹⁵⁹⁴, que visam a estruturação do sistema normativo por uma limitada interpretação jurídica. Mais uma vez, num viés normativista, renova-se a confusão entre as dimensões políticas e jurídicas, com o oferecimento do “*estatuto jurídico do político*”¹⁵⁹⁵.

O legal-normativismo tem seguido a trilha da elevação dos textos constitucionais fundada em “toda uma axiologia em torno da segurança das relações jurídicas”, na qual “o direito posto adquire caráter mais conservador diante dos fenômenos sociais”¹⁵⁹⁶. Nele são identificadas pretensões enquanto passagem para a normatividade, que permanecem como não concretizadas no plano prático da realização do direi-

1593 Direitos humanos, para pensarmos na realização do direito, enquanto perspectiva possível de um projeto em construção, não enquanto linha evolucionista para justificar o presente e integrante do movimento social avançado desde os anos 1970, cfr. SAMUEL MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, p. 5 s.

1594 Em termos analógicos, muito relevante a crítica de CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014.

1595 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 17.

1596 João MAURÍCIO ADEODATO, “Adeus à separação de poderes? Chegando à tese do realismo jurídico”, in *O direito como atividade judicial*, Recife, Edições Bagaço, 2009, p. 30.

to: “o problema prático”¹⁵⁹⁷. Estamos diante do legal-normativismo que foi sendo construído após o Código Civil, a partir da valorização da lei, agora com o perfil constitucional hierarquizador das fontes jurídicas, em filosofias positivas e acríticas responsáveis pela despreocupação intencional quanto aos processos de formação jurídica desses fenômenos. No seu centro permanece a interpretação jurídica metodologicamente dedutiva¹⁵⁹⁸, ainda considerada enquanto uma pressuposição dos paradigmas jurídicos, em simples decorrência causal de modelos para o jurídico. Por essa razão, importa a perspectiva da pesquisa sobre a intencionalidade da construção desse paradigma, desde a formação do direito brasileiro, na base da afirmação da lei enquanto centro de um sistema fechado de sentidos. Já que não podemos limitar as possibilidades de reflexão filosófica nessas bases, pela inviabilização da superação do problema da crise do direito a partir do legal-normativismo. Justamente a juridicidade não pode ser reduzida à uma técnica simples, como algo separado do tempo e restrita à “lei nacional”, na base de redução das juridicidades numa correlata “história legal nacional”¹⁵⁹⁹.

Por essas considerações quanto às especificidades de problemas que pensamos serem mais evidentes no paradigma do direito brasileiro e também do pensamento que o fundamenta, procuramos evidenciar alguns aspectos desses processos de formação no tempo do direito. Porém, advertindo não ter sido possível ingressarmos— o que exigiria uma outra reflexão profunda a ser realizada em outro espaço e oportunidade — nas mais variadas posições hoje presentes para tal juridicidade, que as consideramos como alternativas ao direito em paralelo ao pensamento jurisprudencialista. Assim, para uma sociedade que testemunhou o paradigma do direito moderno ser pensado desde a escravidão, utilizado para a proteção do direito de propriedade de seres humanos escravizados, bem como ser elevado e mantido diante do quadro social de profunda desigualdade e miséria, entendemos ser fundamental a reflexão sobre o sentido do direito em perspectiva crítica e jurisprudencialista.

1597 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 36.

1598 Cfr. MAURÍCIO ADEODATO, *op. cit.*, 2009, p. 30.

1599 Harold Joseph BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983, p. VI. No ponto, o autor defende a “*integrative jurisprudence*” que abranja o positivismo (*analytical jurisprudence*), a teoria do direito natural (*philosophical and moral jurisprudence*) e a escola histórica, para não somente compreender, como ultrapassar.

Em atenção à advertência de que “no direito, qualquer ruptura só se apresenta como racional se mostrar a insuficiência do que se rejeita e se justificar a nova tomada de posição”¹⁶⁰⁰.

No Brasil, onde o sentimento do injusto e a desigualdade são estruturantes da própria sociedade, o problema da confusão do sentido do direito com o político atinge um nível extremamente perturbador, não sendo possível pensar o sentido do Direito sem a preocupação com sua formação jurídica específica e suas problemáticas específicas decorrentes da imposta juridicidade positivista. Por isso, devemos reconhecer no centro da proposta de superação a dimensão problemática de uma crise específica do legal-normativismo responsável pelo alheamento da reflexão sobre as variadas injustiças em nossa comunidade. Mais claramente, o problema do legal-normativismo no Brasil não se limita às evidentes inaptidões e aos riscos do condicionamento do jurídico a partir da vontade política, que limitam a interpretação jurídica através da imposição da democracia ideal em perspectiva, quase nunca pensada além do formalismo. Devemos superar o legal-normativismo responsável pelo deslocamento do pensamento jurídico para o campo do direito formal e suas lógicas de sistema fechado, afastando não somente o reconhecimento da formação no tempo de tal fenômeno, mas as possibilidades de superação da crise atual da juridicidade a partir do mundo prático e em razão do sentido do Direito.

3. Superação possível da crise do direito atual

Assumimos o jurisprudencialismo para refletir e superar a crise do direito no Brasil, com atenção à tensão entre a formação jurídica nacional, a partir do direito da escravidão e do racismo, diante da perspectiva de um direito moderno ainda não realizado integralmente no país, apesar de conscientes da autonomia do pensamento jurídico para a construção da teoria do direito. A própria especificidade dessa crise do direito condiciona nossa preocupação com a possibilidade de assumir o desafio da realização de direitos neste mundo prático de forma racional

1600 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2003, p. 667.

e metodológica, sendo necessária a mobilização de um sentido para o Direito como possível, mas que leve à sério e suporte minimamente as peculiaridades dos problemas brasileiros. Por isso, procuramos nos afastar das propostas que esvaziam ou acomodam, dentro da modernidade possível e autonomizante da juridicidade, os problemas fundamentais, como o racismo e a desigualdade social profunda nos limites estreitos da legislação. São questões que consideramos como evidências, mesmo sem levantamos aqui qualquer proposta analítica ou mesmo empírica de assumirmos tal grande quadro problemático, mas sendo suficientes para refletir o mundo prático do direito e o problema do alheamento dessas temáticas variadas pelo pensamento jurídico acrítico mantido insensibilizado em relação ao “compromisso civilizacional inconfundível”¹⁶⁰¹. Daí a relevância do sentido da especificidade metodológica na realização do direito perante o mundo prático, que pensa a justiça: “uma igualdade-proporcionalidade enriquecida pelo reconhecimento de uma luta contra as desigualdades concretas como motor do dinamismo irreversível da história”¹⁶⁰².

Estamos diante da necessária reflexão crítica da herança do direito positivista legalista¹⁶⁰³, responsável pela sedimentação de variados elementos históricos e sociológicos utilizados em projeções ideológicas e que ainda dominam as propostas para a juridicidade. São elas utilizadas pelas mais variadas perspectivas que desembocam em propostas de poder e controle da vida humana, assentadas em imagens de sua projeção simbólica desde a tradição irrefletida da própria formação do direito no tempo. Mais ainda, oferecem os elementos simbólicos para o funcionamento do método casuístico do direito positivista¹⁶⁰⁴.

Tal risco, nos nossos dias, tem se tornado mais amplo diante das aberturas decorrentes da crise do direito positivista, podendo ser identificado nos seus pontos mais extremos: o realismo sem mais ou a filosofia pretensamente perfeita e de círculo fechado. As ameaças ao Direito aí parecem evidentes, indo muito além da ausência de conexão possível

1601 José Manuel AROSO LINHARES, “O *Logos* da Juridicidade sob o fogo cruzado do *Ethos* e do *Pathos*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXX, 2004, p. 133.

1602 ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1989, p. 485.

1603 Cfr. WIEACKER, *op. cit.*, p. 458 s.

1604 Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 476.

entre as dimensões teóricas e práticas. Valem-se das recorrentes construções argumentativas a partir de uma certa ideia de passagem atrelada às linhas ideológicas e tradicionais da formação do direito do presente. Esse quadro construído foi pelo direito positivista, mas raramente foi questionado pelas consideradas alternativas oferecidas à juridicidade. Daí a extrema importância da interpretação que mobiliza o texto da norma jurídica através da sua inserção “no relevo do axiológico contexto comunitário-consensual e histórico-culturalmente significativa”, ou seja, “no próprio círculo metodológico da ‘concretização’”¹⁶⁰⁵.

Para a superação da crise do direito, parece ser imprescindível reconhecer o seu próprio contexto de construção, as suas especificidades, no amplo processo também de formação do pensamento jurídico. Apostamos no jurisprudencialismo para suportar a crise do normativismo legalista no Brasil e abrir caminhos para a sua superação. Pois, assume o sentido do Direito enquanto um *tertium genus*, desde a “neokantiana ‘ideia de direito’ ou do ‘direito justo’” (STAMMLER, BINDER, MAX ERNEST MAYER, RADBRUCH); o “direito natural existencial” (W. MAIHOFFER, E. FECHNER, BAPTISTA MACHADO); a “recomposição hermenêutica” (ART. KAUFMANN, BAPTISTA MACHADO); os “princípios do direito justo” (K. LARENZ); as “policies” (“os seus últimos critérios juridicamente decisórios, sobretudo nos casos abertos e nos ‘hard cases’”, DWORKIN), até a “dimensão ética dos princípios” (F. BYDNINSKY)¹⁶⁰⁶. No fundo, por valorizar o reconhecimento do Direito como ordem de validade, conjuntamente com as perspectivas reflexivas de quem aí envolve-se diretamente na interpretação jurídica.

Devem ser consideradas as manifestações da normatividade, muito diversas das reduções promovidas pelo legal-normativismo, dentro da formação histórico-cultural que permite o reconhecimento do sentido do Direito. Algo que nunca pode ser confundido com o fenômeno da lei, nem a ele limitado, por ser mais profundo e amplo¹⁶⁰⁷. Vem a ser assumida a perspectiva reflexiva da proposta jurisprudencialista para se pensar o fenômeno do direito e considerar o problema de sua realização prática. Esse caminho é essencial para evidenciar a crise do direito no Brasil, que possui aspectos muito graves frente aos problemas

1605 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 84.

1606 *Ibidem*, p. 48 s.

1607 *Idem*, *op. cit.*, 2014, p. 167.

sociais, mas também por constituir-se numa proposta de superação enquanto aposta de Direito: a resolução dos problemas jurídicos práticos no sentido do justo.

A proposta em tela ocupa-se dos problemas e das complexidades da interpretação jurídica, sendo assentada na reflexão da prática do direito para assumir toda a sua complexidade problemática. Pensada a partir do esforço sincrônico para abrir-se frente às perspectivas e propostas oferecidas atualmente ao Direito, valendo-se da crítica para refletir a proposta metodológica aí defendida. Portanto, apresenta-se como panorama reflexivo que nos parece apto, ao olhar para o mundo prático do direito, para assumir a tarefa de crítica profunda à juridicidade legal-normativa construída no Brasil. Sua projeção preponderante continua a ser assumida de forma dominante, seja pela ausência de crítica à sua formação no tempo ou mesmo em razão da pouca confiança no sentido de uma possível mudança de racionalidades. Tal paradigma permanece alheio à necessária superação de seus problemas essenciais decorrentes da “perspectiva aproblemática ou de ingenuidade metodológica” do “pensamento jurídico tradicional”¹⁶⁰⁸.

O jurisprudencialismo pode ser considerado diante do problema do direito brasileiro atual, nessa amplitude e profundidade, como proposta suficiente para vencermos o desafio assumido com a defesa da proposta metodológica de mediação de direitos¹⁶⁰⁹ para a superação da tradição da interpretação jurídica lógica, normativa e subsuntiva no Brasil. Pois, estamos diante de proposta metodológica que reflete “criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito”¹⁶¹⁰, em um reconhecimento de que “a realização do direito não se esgota na simples aplicação das prévias e positivas normas jurídicas (*v. g.*, as normas legais), já que a problemático-judicativa decisão jurídica concreta só é possível mediante dimensões normativas e constitutivas específicas,

1608 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 167 s.

1609 Apesar de a palavra “realização” ser a mais comum em seu pensamento, expressamente já se posicionou quanto à preferência pela “mediação” inspirada em FRIEDRICH MÜLLER e Eugen EHRLICH, *cfr. CASTANHEIRA NEVES, op. cit.*, 2013, p. 26. Um breve percurso do desenvolvimento da metodologia jurídica pode ser consultado em Umberto VINCENTI, *Metodologia Giuridica*, nuova edizione, Padova, CEDAM, 2008, p. 23-72.

1610 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 17.

que essa mera aplicação não considera – dimensões que se manifestam assim na realização problemático-judicativa de uma mediação normativa juridicamente constitutiva entre a norma (a normatividade positivamente pressuposta) e a decisão concreta, e obrigam a distinguir entre ‘realização do direito’ e a mera ‘aplicação de norma’ (jurídica)”¹⁶¹¹. Esse caminho ilumina a juridicidade pelo caso prático através da exigência do comprometimento reflexivo dos(as) juristas, bem como afasta decisivamente a ilusão do paradigma jurídico atual fundado no normativismo textual, com as suas reduções lineares e suas unidimensionalidades não dialéticas.

Optamos pelo reconhecimento do direito brasileiro, a partir das principais manifestações desse paradigma, através do pensamento que o considera em relação ao projeto cultural do Direito, em sentido específico e enquanto “*problema*”¹⁶¹². Então, é reconhecido a partir do quadro de problemas que enfrenta hoje em dia o paradigma atual do direito, bem como em relação às propostas mais recorrentes de superação¹⁶¹³. No entanto, confessadamente não atingimos nesta oportunidade a necessária ampliação do campo crítico do paradigma atual do direito brasileiro em relação às amplas propostas de superação oferecidas pelo pensamento jurídico brasileiro. Tais limitações reconhecemos no nosso trabalho, sem deixar de fazer a escolha consciente do melhor caminho para a reflexão da crise da juridicidade brasileira.

Assumimos a noção de paradigma do direito considerado pela proposta jurisprudencialista, “no exacto conceito”¹⁶¹⁴ oferecido por THOMAS KUHN¹⁶¹⁵, em vista do destaque à ideia de sistema e sua intencionalidade problemática, que perspectivam suficientemente a questão da mediação em concreto no panorama de possibilidades do sentido do Direito. No fundo, a proposta jurisprudencialista assenta-se na questão da interpretação jurídica enquanto centro das preocupações dos(as) juris-

1611 *Ibidem*, p. 26.

1612 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 64.

1613 Cujo amplo panorama sincrônico pode ser consultado em Ant3nio CASTANHEIRA NEVES, *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*, 3 ed., Lisboa, Instituto Piaget, 2012.

1614 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 11.

1615 *Op. cit.*, p. 43 s.

tas para resolver os casos jurídicos em concreto, através da valorização do pensamento metodológico.

As reflexões realizadas a partir da contribuição de MANUEL DE ANDRADE, em especial com a obra *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*¹⁶¹⁶, colocaram no centro o problema da interpretação jurídica por uma aproximação metodológica, sendo pensada a influência da jurisprudência dos interesses de PHILIPP HECK¹⁶¹⁷, na trilha da viragem para os fins, desde IHERING (“*interés*” e “*fin*”¹⁶¹⁸). Foi valorizada ali a lógica relacional para se pensar uma realização de direitos mais justa, em contraste com a teoria tradicional do positivismo conceitual ou mesmo dos caminhos irracionalistas para o direito. Essa importante obra, apesar de expressamente declarado não se pretender “ser mais do que um simples e vago ensaio”¹⁶¹⁹, foi muito importante por apresentar os problemas da interpretação jurídica tradicional e abrir o amplo campo reflexivo para a sua superação, especialmente pela valorização do sentido teleológico da norma jurídica interpretada em oposição ao sentido gramatical, além da convocação do caso concreto que permitia a consideração dos interesses nos casos jurídicos. De forma muito reduzida, tal proposta fundou-se na perspectiva de reconhecimento da importância da “*ratio legis*”, em um sentido ainda da vontade do legislador, como responsável pelo “contacto entre a lei e a vida real”¹⁶²⁰. Frente às possibilidades do “método histórico-evolutivo”, na trilha da valorização do componente finalístico para superação da lógica-substantiva, elevando-se a importância teleológica das manifestações da ordem prática e da possível construção racional do direito justo. Porém, tudo é pensado

1616 MANUEL A. Domingues DE ANDRADE, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1978.

1617 PHILIPP HECK, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Tübingen, J. C. B. Mohr, Bd. 112, 1914, p. 1-313; e *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr, 1932. Este último texto teria sido somente acessado naquele momento indiretamente, cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1989, p. 483.

1618 Cfr. ARNAUD *et al.*, *op. cit.*, p. 43.

1619 *Op. cit.*, 1978, p. 13. Um referência especial para a importância desse pensamento pode ser consultada em ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1989, p. 467-488.

1620 MANUEL DE ANDRADE, *op. cit.*, 1978, p. 22 s.

através da segurança metodológica, sendo a norma jurídica o principal critério para a solução dos conflitos de interesses¹⁶²¹.

Estamos diante de um dos momentos mais elevados do percurso da luta entre a interpretação jurídica tradicional e as possibilidades abertas para a sua superação, que vinham sendo desenvolvidas desde o fim do séc. XIX. Destacam-se as escolas “do direito livre”, “histórica do direito” e “jurisprudência dos interesses”¹⁶²². A última iria permitir as aberturas para a defesa do projeto jurídico possível enquanto um *tertium genus* entre o “determinismo lógico-subsuntivo” e o “decisio-nismo (e irracionalismo) jurídico”¹⁶²³. Tal opção reflexiva que reconhecemos ser essencial para pensarmos o problema do direito brasileiro, pelos infundáveis problemas causados pela sua sobrevivência enquanto “uma aplicação formal-dedutiva do direito e sua realização funcionalmente consequencial (sociológico-tecnologicamente consequencial)”¹⁶²⁴. Assim, a proposta jurisprudencialista pode ser considerada como um caminho de superação da crise do direito, que reconhecemos como a mais adequada para suportar a problemática da juridicidade no Brasil, diante do espectro amplo das alternativas ao direito e das mais variadas propostas de superação. Pois, exige a reflexão crítica da formação da juridicidade assentada num certo projeto civilizatório específico, das tradições e o isolamento do direito enquanto fenômeno autônomo, particularmente em referência à moral¹⁶²⁵. O momento de problematização assume contornos muito mais profundos já que tal construção do direito moderno no Brasil foi realizado a partir de uma sociedade escravocrata, bem como mantido num ambiente de profundas desigualdades, no qual o paradigma do direito atual cumpre especial função de estabilização de tal quadro de ampla injustiça social.

1621 *Ibidem*, p. 95 s.

1622 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010b, p. 193-201, 203-214 e 215-246. Quanto ao primeiro movimento, consultar também MANUEL SEGURA ORTEGA, “El movimiento del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, v. X, p. 423-455.

1623 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 33-34.

1624 *Ibidem*, p. 197.

1625 Alheamento que também alterou as formas de legitimação da escravidão a partir de fundamentos morais e religiosos, cfr. DAVID BRION DAVIS, *The Problem of Slavery in Western Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 125 s.

Mais ainda, ressaltamos que o Direito vem reconhecido enquanto fenômeno autônomo, apesar de não isolado, pela proposta jurisprudencialista que o considera “um problema universal”, sendo “resposta possível para um problema necessário” e que somente afirma-se quando verificadas determinadas condições de existência. A proposta insere-se entre as alternativas oferecidas pelo jusnaturalismo a-histórico, que não apenas projeta a juridicidade por inteiro e sem tempo, mas não considera “a possibilidade da sua não existência”, bem como as decorrentes das perspectivas históricas que relativizam o direito num simples contingenciamento temporal, recusando-lhe qualquer tipo de possibilidade de sua universalização¹⁶²⁶.

Trata-se de uma recuperação da discussão das pluralidades de razões, através da reabilitação da filosofia prática para suportar diferentes racionalidades contrapostas ao direito legal-normativista. A partir da razão teórico-científica, em recuperação do pensamento de ARISTÓTELES¹⁶²⁷, dá-se a valorização da *práxis* e da *poiesis* para pensar a especial dinâmica frente ao mundo prático, em contraposição às virtudes da *sophia* e da *episteme*, que, em diversos sentidos, impõem noções de contingência, mudança e temporalidade. Sobressai a tensão principal, se assim pudermos pôr as coisas de forma bastante simplificada, entre o momento da crise do paradigma de direito de nosso presente e a aspiração por uma ordem social, que se poderia afirmar como de Direito, a exigir a consciência dos(as) juristas para a sua realização prática, a preocupação com a racionalidade que a viabilize e as dimensões que são assim assumidas a partir desse compromisso¹⁶²⁸.

A importância da historicidade crítica evidencia-se no necessário reconhecimento da opção humana para abranger a vida em comum, no qual o Direito vai sendo assumido com um sentido a partir de seu desenvolvimento cultural e enquanto opção consciente para a perspectivação possível do justo nas sociedades humanas. Não sendo mais objeto pensado de forma alheada do sujeito, nos moldes do cientificismo clássico, o Direito envolve a “relação de sujeito a sujeito ou de pessoa a pessoa

1626 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 11 s.

1627 Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 2012, p. 181 s.

1628 Cfr. José Manuel AROSO LINHARES, “Law’s Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivalencies of a *Familiar* Debate”, *International Journal for the Semiotics of Law*, London, Springer, v. 25, 2012, p. 497 s.

pela mediação (fruidora, repartidora ou funcional) do mundo”¹⁶²⁹. Nesse sentido, claramente reconhece-se que “a intencionalidade prática não tem sentido com abstracção e sem o reconhecimento da historicidade que lhe é culturalmente constitutiva”¹⁶³⁰. Porém, essa historicidade não se confunde com os fundamentos mitológicos, tradições nacionalistas e artificiais utilizadas justamente pelo paradigma do direito em crise que se quer superar.

Portanto, o esforço crítico e reflexivo do jurisprudencialismo, especialmente quando mobilizado o problema da juridicidade no Brasil, deve abranger não somente o sentido do Direito e a superação possível da crise atual do direito, mas também a problemática da historicidade. Algo que se diferencia profundamente dos discursos assimilados por parte do pensamento jurídico, que muito pouco correspondem à formação específica do direito moderno, como pudemos indicar com a nossa investigação sobre a escravidão. Assim, parece temerária a perspectiva de superação de uma crise do direito, como a que reconhecemos atualmente, sem a preocupação com a formação específica da juridicidade e a dimensão dos problemas que devem ser enfrentados para a aposta no sentido do Direito. Sem tal atenção, permaneceria íntegro o direito positivista a que se dirige, sem compreender que há ou não se realizou o projeto iluminista para o direito, que se considera essencial e é convocado para a superação do problema, mas especialmente para tentar compreender de que forma naquele contexto foi e é refletido. Nesse sentido, não só a ingênua pressuposição de haver em dado contexto as condições para tal proposta é problemática, como também o valer-se de construções históricas, em noção positiva de herança, sem maiores cuidados para ser pensado o paradigma de direito que se quer superar. Sem tal atenção, o direito positivista poderia ser substituído por um idealismo mal disfarçado, cuja referência ao mundo prático serviria ideologicamente para dar legitimidade para discursos de puro querer. Daí a relevância do reconhecimento problema do direito em sua própria historicidade e numa constante abertura para a mediação de novas questões a serem superadas pelos sentidos que vão sendo assumidos pelo sistema jurídico¹⁶³¹.

1629 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 15.

1630 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 18. Aqui está a marca da motivação do nosso esforço, aqui perseguido, para a compreensão da construção de tal projeto no Brasil.

1631 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 157 s.

A superação da crise do direito passa pela reflexão do problema do Direito frente à herança da estadualização do jurídico, que no nosso contexto foi realizado desde a então sociedade escravocrata. E o jurisprudencialismo mobiliza o compromisso com o fenômeno do Direito e a sociedade que o possibilita, afastando-se das pressuposições a-históricas e sem espaço definido. Nesse sentido, a universalidade possível assume-se através do próprio comprometimento da crítica da juridicidade, diante do sentido do Direito enquanto possibilidade de um certo projeto apto para a mediação de direitos em concreto. Algo profundamente incompatível, no nosso sentir, com a mera pressuposição de mundos sociais que, por vias transversas, se quer ver ideologicamente materializados através do controle da juridicidade, político ou não, como assumida pela “razão cartesiana, a razão da universalidade formal e matemático-mecânica”¹⁶³².

Por essa razão, o sentido universal da juridicidade não pode ser reduzido à simples defesa da autonomia do direito, em sentido lógico ou pressuposto, frente às consideradas incompatibilidades das outras dimensões do fenômeno humano para solucionar os conflitos. Tal discurso da autonomia não pode importar na retirada da legitimidade das lutas humanas por direitos, bem como os significados amplos e aspectos peculiares dessa construção cultural especial, em diferentes agrupamentos humanos. Se tal fosse a aposta, o legal-normativismo seria substituído por outro tipo de positivação muito mais grave, não na dimensão de um objeto que se observa e deseja manipular, mas na dos próprios referenciais do pensamento jurídico, nos quais a afirmação do sentido do Direito serviria de estratégia para a projeção de uma juridicidade frente à sociedade, através da defesa de algum mundo que se quer perspectivar, muitas vezes em recuperação ou não de um certo passado, que muitas vezes mal se disfarça.

Nesse sentido, acreditamos que deva ser pensada a questão da “auto-pressuposição”, compreendida como “universalidade intencional no problema do sentido do direito – ou na resposta à pergunta sobre o seu ‘por-quê’ – e já numa maior condicionalidade histórica no problema da sua função normativa também histórica – ou na resposta à pergunta sobre o seu ‘para-quê’”¹⁶³³. Tudo com atenção para não nos apressarmos

1632 *Idem, op. cit.*, 2014, p. 158.

1633 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 48.

na defesa da universalização, sem atenção às fundamentais questões específicas da juridicidade no mundo prático do direito. Assim, diante da reconhecida crise do paradigma do direito brasileiro e considerado o caminho possível de uma superação, parece importante não reduzirmos a dimensão crítica do fenômeno jurídico através da valorização das aberturas já realizadas pelo jurisprudencialismo.

No fundo, devemos realizar a problematização do fenômeno da juridicidade condicionada pela importante influência da dimensão unidimensional do direito estatalista e da nacionalidade. Isso de forma a compreender sua transformação e diversificação de problemas, diante da sociedade brasileira e da pluralidade de comunidades que nesse espaço convivem, onde o direito tem sido dominado pelo discurso monológico e acrítico. A superação da crise do direito no Brasil, no nosso sentir, depende da reflexão de tais questões, para perspectivarmos a proposta jurisprudencialista para a realização do direito. No ponto, valorizando a perspectiva crítica do passado para o questionamento dos discursos impostos como direito, com a mobilização de sociologismos idealizados para justificar as mais diversas propostas de autonomia do direito, bem como para percebermos a incompatibilidade dos mais variados discursos para a juridicidade¹⁶³⁴.

A proposta de sistema aberto para o reconhecimento do Direito, assim, não deve ser fechada ideologicamente sob a roupagem de um consequente projeto para a juridicidade. Muitas vezes, dá-se a imposição de um projeto jurídico que se quer ver projetado na sociedade, pura e simplesmente. Assim, destaca-se a importância da perspectiva jurisprudencialista frente aos problemas do paradigma que está em evidente crise, que assume complexas problemáticas em nosso mundo atual de instabilidades, para a reflexão necessária para pensarmos a construção de um caminho de superação da crise do direito no Brasil, pela valorização das dimensões sistema e problema. Ressalte-se que o jurisprudencialismo exige o “reconhecimento de um ‘princípio normativo’ da juridicidade em que se objectiva a ‘consciência jurídica geral’ de uma certa comunidade histórico-cultural, com o seu núcleo numa ‘consciência axiológico-jurídica’ constituída pelos ‘princípios jurídicos fundamentais’ e o ‘sen-

1634 Cfr. ANA MARGARIDA Simões GAUDÊNCIO, *Entre o Centro e Periferia: A Perspectiva Ideológico-Política da Dogmática Jurídica e da Decisão Judicial no Critical Legal Studies Movement*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.

tido axiológico último’ do direito nessa mesma comunidade”¹⁶³⁵, porém cuja aspiração à universalidade não deve servir de estratégia para a simplificação do fenômeno jurídico e de suas complexidades frente às questões práticas das sociedades humanas.

A crise do direito exige a valorização da experiência jurídica para fundamentar a crítica às propostas de sua realização a partir de projeções lógicas, eruditas ou morais “artificiais”¹⁶³⁶ para a juridicidade. Seu sentido, no contexto concreto, não pode ser confundido com as imposições do puro poder, nem com as definições do fenômeno do direito alheias a seu próprio contexto histórico¹⁶³⁷. A superação passa pelo afastamento da ideia usual do direito como sinônimo de conjunto de leis, que ainda prevalece quase que integralmente na comunidade jurídica brasileira. Tais considerações são mínimas e fundamentais para a consideração da nossa crise atual, que ultrapassa os limites normalmente tomados como equívocos do modelo do legal-normativismo, em razão das características peculiares da formação jurídica em nossa sociedade, bem como das profundas desigualdades sociais.

Nesse sentido, a proposta jurisprudencialista merece ser refletida para a superação do paradigma do direito brasileiro, especialmente por propor-se a compreender as necessárias relações entre direito, juízo e história. O Direito pensado na relação com o valor a ser revelado pela própria historicidade¹⁶³⁸ é, assim, reconhecido na busca por fundamentos e a conseqüente legitimação a partir das circunstâncias do juízo decisório. Porém, sem o equívoco positivista de impor o condicionamento da historicidade à dogmática que esvaziaria a própria possibilidade de sentido ao Direito. Apenas o reconhecimento da tensão reflexiva necessária entre juridicidade e construção a partir da compreensão da formação no tempo dos paradigmas jurídicos como condição para a realização do direito em concreto, na perspectiva do justo.

A historicidade fundamenta a crítica ao legal-normativismo e dinamiza a realização de direitos pelo jurisprudencialismo. No fundo, o destaque à “problemática jurídica, ao assumir em intenção norma-

1635 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 49.

1636 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, 1975, p. 427.

1637 *Ibidem*, p. 403.

1638 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 19.

tiva a historicidade humano-social”, exige do pensamento jurídico a consideração dos “*limites objetivos, intencionais, temporais e mesmo de validade* das positivas normas jurídicas (da própria lei ou da legalidade em geral) para cumprir a intenção do direito que o sistema jurídico e a ordem jurídica autonomamente implicam”, em que vai compreendida a “juridicidade (a intencional normatividade do sistema e de seu direito) a ultrapassar, tanto extensiva e intensivamente, como em normativas exigências constitutivas, aquele jurídico positivo”¹⁶³⁹. Dessa forma, o Direito segue considerado “com o seu implicado sistema de validades e numa integração global à validade, que não apenas a uma técnica organização”, com a aceitação de “sua axiológica e dogmática normatividade”, que se traduz numa “*racionalidade sancionada*”¹⁶⁴⁰.

Assim, é levado a sério o próprio tempo da juridicidade, não só porque “o critério decisivo do direito não teremos de pedi-lo ao legislador e antes o legislador terá de se submeter ao critério autónomo e translegal do direito”¹⁶⁴¹. Em tal reconhece-se a “existência de uma norma objectivamente aplicável – *i. e.*, uma norma perfeita e susceptível, como tal, de uma objectiva determinação interpretativa”, através de uma “dupla consideração teleológico-normativa – e consideração verdadeiramente dialéctica – da intencionalidade normativa que se exprime na norma (e a fundamenta) e do caso concreto (com a sua autonomia histórica) a que terá de aplicar-se”, desse modo, em termos analógicos, entre “uma autónoma ponderação normativa do caso concreto” e “a intencionalidade jurídica hipotética”¹⁶⁴². Daí a pretensão à mediação de direitos, ao considerar as partes num “horizonte de validade problematicamente experimentada”¹⁶⁴³.

Tem-se atenção à perspectiva do ser humano refletido em uma “índole *microscópica*” e “na sua histórico-situada coexistência e convivência comunitárias”¹⁶⁴⁴. No nosso sentir, impossível de ser considerada sem o esforço de reconhecimento das especificidades do fenómeno ju-

1639 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 79-80.

1640 *Ibidem*, p. 62-63.

1641 *Idem, op. cit.*, 2014, p. 176.

1642 *Ibidem*, p. 173.

1643 *Idem, op. cit.*, 2010c, p. 26.

1644 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 63.

rídico diante das comunidades humanas, bem como para a superação dos fundamentos mitológicos para o direito, mesmo reconhecendo a possível elevação da teoria do direito quanto ao problema da juridicidade. Pois, sobrepõe-se a dialética oposta em face de uma interpretação jurídica em seu sentido exclusivamente semântico (“platonismo de regras”), para ser defendida enquanto proposta metodológica da *praxi*, entre a norma e o problema a ser decidido¹⁶⁴⁵, bem como a conjugação entre o sentido do justo, não do superável “dualismo justiça-direito”¹⁶⁴⁶.

A normatividade é considerada para a realização a partir da busca do juízo decisório, na qual o caso prático pode alterar não somente a problematização, mas a própria ponderação realizada para se chegar ao critério da decisão: a “reponderação”¹⁶⁴⁷. Trata-se da preocupação com a atualização do sistema jurídico frente à realidade que se apresenta, relevantíssima no nosso momento de “descodificação” e diminuição significativa da crença dos sistemas legislativos fechados. Ressalta-se daí a importância do reconhecimento do tempo do Direito, no qual o sentido de aproximação entre decisão e legislação não mais se impõe através da “intenção de concreto cumprimento da normativa validade jurídica”¹⁶⁴⁸.

A elevação da teoria para pensar o direito, a partir de uma historicidade que não se confunde com as mitologias do positivismo, permite a reflexão crítica da legislação enquanto “uma actividade de sentido e intenção estratégico-programaticamente político-social, e assim bem distinta da actividade de afirmação em concreto da validade do direito, mediante juízos normativos de decisão de controvérsias ou ‘conflitos’ prático-jurídicos”¹⁶⁴⁹. A interpretação jurídica reconhece-se no jurisprudencialismo não mais como processo ou procedimento para o transporte do dever ser para o ser e vice-versa, mas numa ampla essencialidade que carrega consigo a concepção de Direito e de sentido do justo. Assim, a interpretação pensa-se enquanto método que viabiliza a realização do direito justo, a partir dos mundos do ser e do dever ser, que passam

1645 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 127.

1646 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

1647 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 185.

1648 *Ibidem*, p. 21.

1649 *Ibidem*, p. 22 e 23.

apenas a ser mediados pelos(as) juristas, a partir das perspectivas dos problemas práticos.

Pois, claramente percebe-se que “a juridicidade exige e actua mediante uma *realização* (não mera aplicação lógico-dedutiva) decisório-judicativa”, partindo de “um *juízo* problemáticamente intencionado e normativamente constitutivo”, no qual “uma específica dialéctica normativo-judicativa pela qual as exigências da ‘justiça’ concreta (a justiça, não o amor infinito) são satisfeitas”¹⁶⁵⁰. Para a mediação de direitos são considerados os “*princípios como jus*”, mais exactamente “o sentido metodologicamente específico da realização dos princípios (princípios assim mesmo responsabilizados por uma dimensão-estrato, normativamente inconfundível, de um sistema pluridimensional)” e “com a exigência de os levar a sério como objectivações práctico-normativamente imediatas da validade juridicamente relevante — se não mesmo como compromissos constitutivamente práticos da *forma de vida* que distingue o direito”¹⁶⁵¹. Dá-se o rompimento do “continuum *normas/princípios* (reconhecendo sem equívocos quais são as intenções que lhe correspondem ou que este pretende assegurar)”¹⁶⁵².

Dessa forma, a partir de “uma dimensão axiológica (histórico-problemáticamente aberta)” e “(vocação) dogmática desoneradora (‘estabilizadora’)”, poder-se-ia alcançar o sentido da normatividade¹⁶⁵³. Uma historicidade, ao menos para sociedades muito complexas como a brasileira, pensamos nós, que deve ser buscada pelo sentido crítico e reflexivo do pensamento jurídico, particularmente com a preocupação com o vigente paradigma moderno de direito. A mediação de direitos, no sentido do justo, somente passa a ser possível pela crítica às ideologias do reconhecido projeto jurídico de poder, que busca imobilizar o tempo do direito, manter válidos os seus monumentos e suas hagiografias para a sobrevivência do paradigma jurídico do presente. Tudo em nome da sobrevivência de um direito conservador que admite a problemática

1650 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

1651 José Manuel AROSO LINHARES, “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios”, *Boletim da Faculdade de Direito*, *Stvdia Ivridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 104, Ad honorem, n. 6, 2012, p. 413 e 414.

1652 *Ibidem*, p. 412.

1653 *Ibidem*, p. 415 e 416.

da realização do direito apenas como consequência de tal estabilização, com escassa preocupação com o mundo prático do direito.

Portanto, nos parece possível superar a crise do direito brasileiro pela perspectivação da proposta jurisprudencialista, que exige do pensamento jurídico a reflexão sobre a mediação do direito enquanto problema jurídico concreto a ser resolvido¹⁶⁵⁴. Tal questão é colocada diante da própria crise do pensamento jurídico em consequência do abalo sofrido pelo “sistematismo dogmático-conceitual próprio do normativismo moderno e continuado no positivismo legalista do séc. XIX”¹⁶⁵⁵. Portanto, sua superação exige reconhecer nos seus processos de formação as distinções entre as formalidades e as juridicidades com evidente “*intenção material*”, através de uma reflexão jurídica não apenas “simplesmente cognitivo-analítica e lógico-dedutiva, mas prático-normativa e normativo-teleologicamente *constitutiva*”¹⁶⁵⁶.

Como se vê, a questão atinge o coração da juridicidade, a interpretação jurídica, para o enfrentamento das devidas transformações: “de um sentido puramente exegético-hermenêutico para um sentido normativo, de um objectivo dogmático para um objectivo teleológico, de uma interpretação como acto metódico autónomo para uma interpretação como momento da realização do direito”¹⁶⁵⁷. Aquilo que atinge não somente a reflexão da metodologia exigida para a superação da crise do direito, mas seu significado enquanto “*a razão intencional de um método*”¹⁶⁵⁸.

Por essa razão, não se trata de uma aceitação ou adaptação de um caminho para a realização do direito pura e simplesmente, mas a discussão a partir das racionalidades que estão aí presentes enquanto fundamentos de uma nova proposta que somente pode ser pensada a partir das especificidades da possível mediação de direitos na prática. Portanto, a perspectivação da metodologia jurídica e dos métodos possui uma dimensão prospectiva para as consequências das proposições, no sentido do tempo futuro e de correção de uma situação que não se considera

1654 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 23.

1655 *Ibidem*, p. 25.

1656 *Ibidem*, p. 29.

1657 *Ibidem*, p. 105-106.

1658 *Ibidem*, p. 9.

adequada, após a identificação dos problemas do paradigma jurídico considerado. Particularmente se levada em conta a importante distinção entre o sentido dos métodos e da metodologia que não se vinculam à noção de ciência positiva com a função de tradutora de um mundo que está à disposição para ser compreendido, seja de fatos passados ou da perspectivação do futuro. Muito pelo contrário, valoriza-se a “*relação de reconstrução crítico-reflexiva*”, não o “prescrever” ou “descrever”, mas de criticar e refletir¹⁶⁵⁹, enquanto postura adequada ao(à) jurista que busca a compreensão da historicidade na relação com a juridicidade.

O jurisprudencialismo vem sendo posicionado frente ao reconhecido percurso “*post-positivista*”, no quadro de superação do direito atual, em que “a racionalidade jurídica não pode aceitar-se hoje apenas de índole formal e como lógica, enquanto resultado de uma perspectivação do direito como objecto dogmático-conceitual para uma intencionalidade só teórica”¹⁶⁶⁰. Por essa razão, sendo decisiva “a índole sintético-concreta dos casos decididos”, não aquela “de um sistema jurídico codificado” com “índole analítico-abstracta das normas”, para a adequada mediação de direitos em concreto¹⁶⁶¹.

Tal situação impõe o questionamento da juridicidade no Brasil, em seus aspectos fundamentais. As problemáticas reconhecidas de sua formação jurídica, partindo de uma sociedade desigual, são mantidas em grande evidência numa formalização muitas vezes disposta à não realização em concreto da igualdade pela sua mediação de direitos, suficientemente justa, bem como quanto à consciência do problema atual da crise do paradigma normativista e as suas consequências para a realização do direito. Destaca-se certa desatenção ao fato de que o “direito positivo só por si não oferece quer os critérios, quer os fundamentos normativo-jurídicos exigidos pela realização do direito”¹⁶⁶², sendo claro que “a interpretação jurídica não pode prescindir da referência a factores ou a elementos normativos extratextuais e transpositivos, sejam eles valores, interesses, a ‘natureza das coisas’, critérios ético-sociais, etc.”¹⁶⁶³.

1659 *Ibidem*, p. 11 s.

1660 *Ibidem*, p. 52-53.

1661 *Ibidem*, p. 175-176.

1662 *Ibidem*, p. 29.

1663 *Ibidem*, p. 29-30.

O juízo, para o jurisprudencialismo, não se confunde com o raciocínio, em razão das diferentes intencionalidades, possuindo uma “índole prático-argumentativa”, no sentido de “uma *ponderação argumentativa racionalmente orientada* que conduz, por isso mesmo, a uma *solução comunicativamente fundada*”. Assim, no *topos* da “sua judicativa mediação concreta entre a *lex* e a *decisão*, será o *actus* que simultaneamente converte a *lex* em decisão e reconduz a decisão a uma fundamentação”, em que, ainda de acordo com a proposta aqui considerada, muito claramente, o juízo, “(o juízo jurídico) é o *punctum crucis* da metodologia jurídica, é o seu problemático objecto intencional”¹⁶⁶⁴. São consideradas as perspectivas a partir da historicidade e da cultura que projetam “valores” e “princípios” que “se impõem justamente em pressuposição fundamentante e constitutiva perante as incertas positivities normativas que se exprimem nessa cultura e nessa época – são valores e princípios metapositivos dessa mesma positividade”¹⁶⁶⁵.

No fundo, está a problemática metodológica da realização do direito em concreto, que consideramos fundamental para a perspectivação da superação da crise do direito no Brasil, por constituir-se no melhor caminho para a reflexão da juridicidade frente à complexidade do direito brasileiro. São assim assumidas tais dimensões em perspectiva de construção cultural humana responsabilizadoras do pensar no melhor caminho para a vida em comum, numa aposta, ainda, nas respostas oferecidas pelos racionalismos modernos para a superação da crise do paradigma atual do direito.

A ultrapassagem do problema passa certamente pela temática da lei do projeto moderno, na qual o sentido da aplicação traduz “só um momento do processo, normativamente muito mais compreensivo e amplo, da histórica realização do direito – realização histórica e concreta do direito para a qual o legislador, a jurisprudência e o pensamento dogmático-jurídico em conjunto concorrem, ou em que, já completamente já dialéctica e globalmente, participam”¹⁶⁶⁶. Portanto, o Direito vem considerado como “sempre mais e coisa distinta da *lei*”¹⁶⁶⁷, muito além

1664 *Ibidem*, p. 31-33.

1665 *Ibidem*, p. 48.

1666 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 167.

1667 *Idem*, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *op. cit.*, 2010a, p. 46 s.

das insuficientes restrições do pensamento lógico-dedutivo das subsunções de textos legais e das posições distanciadas do mundo exterior ao jurídico. Tal distinção é fundamental para refletir sobre a mediação de direitos diante da sociedade-caos onde estamos inseridos.

Para pensar os problemas da juridicidade, parece ser indispensável que o pensamento jurídico brasileiro reconheça a juridicidade não enquanto adereço do texto legal, nem uma simples projeção social, mas a consequência da reflexão profunda do caminho do Direito pensado como justo, em que “a justiça coincide com o direito, verdadeiramente mais não é do que o próprio direito”¹⁶⁶⁸. Daí a emergência do enfrentamento do problema do direito perspectivado a partir do “*caso jurídico concreto*”, não propriamente “entre a *letra* e o *pensamento* legislativos”¹⁶⁶⁹.

Destacamos, assim, tal caminho para perspectivar uma solução para a crise do direito em que vivemos, de forma a buscar compreender a amplitude de uma necessária reflexão crítica pelo pensamento jurídico para a mediação de direitos frente à nossa especificidade. Daí o desafio de suportar teoricamente as complexidades do nosso mundo social pelo pensamento jurídico disposto a apostar no sentido do Direito. Não se trata, como se vê, da mobilização de mais um modelo para pensarmos o direito brasileiro, como normalmente encontrado num amplo universo de propostas, originais ou reconsideradas, de pensamento e construção de caminhos simples para a resolução dos problemas da juridicidade. Muito pelo contrário, a defesa aqui é de reflexão profunda da proposta jurisprudencialista, entendida enquanto pensamento disposto a suportar o mundo prático do direito em sua dimensão profunda. Tal dimensão teórica exige a mudança de perfil metodológico dos(as) juristas desde sua relação com o fenômeno do direito no Brasil.

Destacamos a proposta jurisprudencialista para pensarmos também nosso problema, no grande campo teórico das que são atual-

1668 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 67.

1669 *Idem*, *op. cit.*, 2013, p. 179. Isso para não falar do problema político que o país enfrenta diante das crises que atingem as suas principais instituições democráticas. Corrupção muito ampla e respostas jurídicas problemáticas têm abalado profundamente o mito da lei enquanto espaço sagrado para os diferentes legalismos, bem como as formas de realização desse direito decorrentes — por falta de melhor definição — de um verdadeiro “caos” teórico.

mente oferecidas como solução para a crise do paradigma que ainda pode ser considerado dominante, por assumir criticamente a questão da mediação de direitos em concreto. Justamente aquilo que tradicionalmente vem sendo assumido de forma separada e compartimentada, entre “interpretação” e “aplicação”, diante do mundo prático. Além disso, destaca-se a postura reflexiva ampla e essencial do fenômeno do direito, não mais decorrente de bases de uma certa artesanaria que se faz sem reconhecer limites, funções ou mesmo características específicas da realização do direito em concreto, mas a sua consideração ampla através da valorização e do comprometimento da atuação do(a) jurista na própria definição do sentido do Direito.

Tais profundidades, em nosso sentir, exigem variadas aproximações críticas dos processos de formação específicos de uma juridicidade marcadamente fundada no campo político-circunstancial, pelo esforço do pensamento jurídico em reconhecer um horizonte de viabilidades frente ao atual paradigma do direito. O jurisprudencialismo abre nossa consciência para a superação de nossa crise, particularmente levando-se em conta a importância dos fundamentos e critérios da decisão judicial, frente ao “que prescreve o direito positivo vigente – *v. g.*, os seus princípios e as suas normas”¹⁶⁷⁰. Nesse sentido, trata-se de proposta de busca por compreender a juridicidade a partir das mesmas fontes jurídicas, que devem corresponder ao sentido do Direito reconhecido com seu tempo próprio e certa autonomia suficiente.

Daí a nossa aposta no horizonte de superação da crise do direito, porém sem nos limitarmos à crítica do paradigma atual, por ser necessário perspectivar a intencionalidade de afirmação do jurídico com o sentido de realização do Direito, dando-se ao sentido crítico uma perspectiva de superação dos problemas. Nos adverte SEABRA que “não basta, para condenar o que existe, apontar os inconvenientes, que o acompanham: é necessário, além disto, que o que se imagina para o substituir, seja em *theoria* evidentemente melhor, e possível na *práctica*, ou suscetível de ser realizado”, bem como não se “fazer censuras, sem *attendere* á *difficuldade* da *emenda*”¹⁶⁷¹. Sobreleva-se daí justamente a importância

1670 *Ibidem*, p. 33.

1671 *Op. cit.*, 1850, p. 58 e 276.

do método crítico-refletivo para suportarmos refletir sobre a crise do direito e as propostas de superação, ou seja, um amplo quadro de questões muito bem denominado por CASTANHEIRA NEVES como “apocalipse prático”¹⁶⁷².

Numa perspectiva comparativa, é comum encontrar a defesa de “*forte consciência metodológica*” que problematize a ingenuidade da construção da “narrativa histórica”, como “efetiva realidade”, evidenciando-se que tudo não seria mais do que um “relato”, uma “criação”¹⁶⁷³, na dimensão do pensamento crítico, mas com pouco esforço de reflexão de uma superação possível aos problemas que normalmente são indicados. Nesse sentido, o tempo do direito não pode importar em elevação automática de valores a partir de uma afirmada realidade jurídica, através de caminhos metodológicos que normalmente ultrapassam os campos do ser e do dever ser, já que as aberturas permitidas pela historicidade normalmente importam para apontar a permanente crise do direito¹⁶⁷⁴, ou seja, sendo extremamente relevantes para a reflexão crítica. A metodologia muitas vezes tem sido pensada como caminho para a construção da pesquisa e conseqüente reflexão, contra as crenças em verdades pré ou pós-estabelecidas, permanecendo aberta a possibilidade de aceitação de um certo relativismo científico, mas não moral, no qual irá se assentar o compromisso com o conhecimento em uma postura de engajamento consciente¹⁶⁷⁵.

Contudo, quanto à historicidade, devemos estar atentos para que tal perspectiva não extrapole essa dimensão crítica, já que passa a ser reconhecida com sentido diverso diante da realização prática de direitos. Daí a importância de pensarmos a elevação da teoria crítica do direito com essa atenção. Apesar disso, como estamos num momento de abertura de caminhos para a compreensão do direito brasileiro e para a reflexão sobre a questão essencial da interpretação jurídica, de acordo com a proposta jurisprudencialista, sobreleva-se a historicidade para a perspectivação da crise do direito. Porém, sem esquecermos a importância de refleti-la, a partir da aposta no jurisprudencialismo, no sentido que irá adquirir frente ao problema metodológico.

1672 In COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 46.

1673 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 24.

1674 *Ibidem*, p. 480.

1675 *Ibidem*, p. 78.

Assim, para o(a) jurista comprometido(a) com a aproximação da ideia do direito justo ou bom, aqui identificado como Direito, deve ser afastada a postura de obediência servil ao atual paradigma do direito e acreditar numa superação possível pelo pensamento jurídico crítico. Diante de infundáveis problemas sociais e do sofrimento causado à população por um direito conservador e inapto para a sua realização, urge o esforço para a perseguição da justiça. O(A) jurista deve assumir sua função e relevância através da consciência adquirida frente à formação problemática da juridicidade atual. Assim, devemos reconhecer o sentido do Direito através da “intenção, e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos”¹⁶⁷⁶.

Assim, no contexto brasileiro, foi sendo deixado de lado o possível reconhecimento crítico do sentido da historicidade imposto pelo pensamento positivista. Pensamento esse que esteve por muito tempo atrelado ao estatualismo acrítico, com pouca disposição para pensar o fenômeno do direito sem os condicionamentos da política e suas mitologias. Nessa linha, a elevação do positivismo jurídico contou com pouquíssima disposição para refletir a formação histórica dos fenômenos jurídicos. Mesmo em nossos dias, tais mitologias e ausência de crítica ainda caracterizam o paradigma do legal-normativismo.

Nesse tipo de juridicidade, o sujeito de direitos construído na modernidade passa a exercer “verdadeira função antropológica da institucionalização”, na qual o direito traduz-se numa “institucionalização de uma certa índole”, sendo admitido enquanto “uma *condição ética*”¹⁶⁷⁷. Dá-se a institucionalização da personalidade, os “*sujeitos* uns perante os outros”, para funcionar em termos de reconhecimento¹⁶⁷⁸, sendo um critério de verificação do preenchimento da condição a perspectiva subjetiva de um(a) observador(a), mas não pensando em termos de realização prática do direito. Assim, importa o reconhecimento da personalidade nesse sentido para ultrapassar a condição ética, em termos de simples estabilização da ordem social como ordem de direito, perspectivando o sentido do Direito. No fundo, está a valorização da pessoa humana na

1676 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010c, p. 38.

1677 *Ibidem*, p. 29 s.

1678 *Idem*, *op. cit.*, 2010a, p. 299.

dimensão prática, sendo reconhecida como o “mais grave problema, *teórico e prático*, de toda a história jurídica e política da humanidade, desde o início da civilização”¹⁶⁷⁹.

No nosso sentir, interessa-nos a proposta jurisprudencialista por considerar, em essência e decisivamente, “a integração de uma autêntica juridicidade (não regulamentarmente formal, mas axiologicamente material) com as estruturas tecnológicas e as aspirações políticas da sociedade contemporânea”, em que o sentido do Direito possa ser obtido “de uma axiológica validade que transcenda a mera legalidade, tornada já simples expediente político”¹⁶⁸⁰. Essa alternativa consideramos essencial para, dentre outros aprofundamentos decorrentes da mudança do paradigma do direito brasileiro, corresponder ao urgente rompimento com a figura do(a) jurista enquanto *longa manus* do Estado. Essa função social passa atualmente com mais intensidade pela transformação teleológica fortemente marcada pela dominância do econômico¹⁶⁸¹, ou mesmo da “norma jurídica” enquanto “um preceito estéril e imune ao movimento”¹⁶⁸². Tal tipo de proposta esvazia a juridicidade ao condicioná-la pelas mais variadas teleologias que não a da justiça, sendo descomprometidas com a prática e com o sentido normativo em dimensão metodológica. Tudo pensado diante da problemática “*função legitimante* de uma ordem pressuposta imputável ao direito pré-moderno que distingue a *função constitutiva* de uma legalidade no direito moderno-iluminista e esta se distingue da *função de validade crítica*, no quadro de um particular sistema político-jurídico, que hoje se lhe deverá reconhecer”¹⁶⁸³.

Dessa forma, apostamos na superação da crise do direito brasileiro pela proposta jurisprudencialista. Não se busca, portanto, a imposição de outro paradigma-quadro, ou mesmo respostas à oposição entre direito natural e direito positivista, mas a aposta num caminho possí-

1679 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 1967, p. 22.

1680 *Idem, op. cit.*, 2010a, p. 310.

1681 Cfr. RICHARD A. POSNER, “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics*, Chicago, SLS, n. 53, 1998, p. 1-13.

1682 EDUARDO C. B. BITTAR, *Linguagem jurídica*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 125.

1683 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 13.

vel de ser refletido no contexto brasileiro. Tal juridicidade complexa é exigente da crítica ampla à tradição legal-positivista, ainda com muita vitalidade em nosso presente, bem como pela consciência metodológica de sua superação. Porém, não se trata de uma tentativa de tradução para outro contexto social, mas a perspectivação da compreensão do jurisprudencialismo frente ao quadro de problematização para a realização de direitos.

O Direito não pode ser compreendido de forma isolada, mas a partir de suas especificidades espaciais e temporais que devem ser mobilizadas para a crítica ao puro idealismo desvalido ou à realismo sem sentidos. Algo que reconhecemos possível com o jurisprudencialismo, especialmente relevante por seu “modelo metódico de realização do direito”, as dimensões do problema e do sistema e dinamização por “uma particular dialéctica”¹⁶⁸⁴. No fundo, a atenção à problemática da interpretação jurídica, diante da crise do paradigma atual de direito, reconhecendo a importância do seu sistema de fontes jurídicas dentro de uma perspectivação de valores, essencialmente da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, em dialética reflexão entre o sistema do Direito e o problema prático. Essa proposta nos interpela para corresponder ao desafio de pensar a “realidade histórico-social”, sempre dependente de interpretação, que nunca pode ser pressuposta¹⁶⁸⁵ por quem considera a historicidade enquanto problema do sentido do Direito¹⁶⁸⁶.

4. Sentido do Direito e jurisprudencialismo no Brasil

Em recuperação à noção de paradigma e mobilizando agora a dimensão do pensamento jurídico brasileiro, parece ser importante tal proposta de superação para refletirmos sobre as implicações reflexivas do sentido da prática jurídica e da abertura das problematizações consideradas em perspectiva sincrônica. No fundo, para destacar a postura exigida daquele(a) jurista preocupado(a) com o seu posicionamento

1684 *Ibidem*, p. 155.

1685 *Ibidem*, p. 181.

1686 *Idem, op. cit.*, 2010c, p. 96 s.

frente ao problema da juridicidade no país, que valoriza a problematização da mediação de direitos para a crítica da atual juridicidade institucionalizada, estatalista e ideológica, numa confrontação com um direito ontologicamente posto, avalorativo e conservador. Tal questão responsabiliza quem assume racionalmente a problemática do melhor caminho pela consideração crítica da formação de um direito em sentido liberal e individualista, ainda do nosso presente. Daí a importância da compreensão da sociedade brasileira enquanto agrupamento humano, mas que exige a reflexão sobre sua formação jurídica nacional específica dentro dos projetos de construção da identidade nacional através da importância da “profunda abertura cultural”, no “palco” da “história”¹⁶⁸⁷.

Partimos justamente da consciência de que “no direito a sistematização nunca é neutral nem indiferente”¹⁶⁸⁸, particularmente naqueles projetos construídos a partir do direito racional e iluminista aliado aos fundamentos ideológicos e mitológicos da elevação da juridicidade estatal. Ressaltamos mais uma vez a devida atenção, pelo pensamento crítico, não apenas à superfície da construção da imagética da formação jurídica nacional, mas especialmente ao que foi sendo dali extraído. Aquilo que pudemos acompanhar com a extração das consideradas tradições do direito, como os códigos negros da temática da codificação civil, a escravidão do projeto iluminista de direito, a violência do exercício do poder político e da própria criação do direito estatal. Tais circunstâncias devem ser refletidas para compreendermos o sentido do Direito, bem como perspectivar o jurisprudencialismo, na medida em que as mitologias jurídicas são verdadeiros anteparos ideológicos para as propostas para a superação da crise do legal-normativismo. Pois, mantêm vivas as posições acríicas e as atitudes de assimilação passiva do todo fundo estabilizador do paradigma jurídico atual, através de signos e símbolos, como valores e imagens, na base de seus mitos assimilados em discursos, esquemas e estruturas de legitimação¹⁶⁸⁹.

1687 CASTANHEIRA NEVES, “O problema da universalidade do Direito — ou o Direito hoje, na diferença e no encontro humano-dialogante das culturas”, *op. cit.*, 2010c, p. 104.

1688 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1987, p. 181.

1689 Cfr. RAZ, *op. cit.*, 2012, p. 3 s.

Nesse sentido, a crítica parece ser importante para a proposta de uma juridicidade assentada fundamentalmente na aspiração de um caminho melhor, cuja incompatibilidade com a herança irrefletida e conservadora deve ser sempre realizada para a compreensão do fenômeno do direito nas mais diversas culturas humanas. Há, assim, um amplo quadro quase sempre resumido em esquemas explicativos e estruturas de ideologias restritivas que manipulam os impactos da principal força motriz da luta por direitos dos movimentos sociais e políticos na construção daquilo que se identifica historicamente nas sociedades como juridicidade. Dessa forma, parece necessária a reflexão sobre a racionalidade exigida pelo Direito, também enquanto linguagem narrativa¹⁶⁹⁰, que considera o seu próprio tempo, sem se perder em formalismos ou funcionalismos pragmáticos, sem a preocupação com o sentido do justo na realização dos discursos jurídicos práticos.

A possibilidade de realização de um projeto de direito na forma de uma herança iluminista de elevação do ser humano no centro, levando-se a sério a dimensão da prática e em perspectiva crítica e reflexiva, no nosso sentir, não pode se valer, sob pena de não cumprimento daquilo que anuncia, dos mesmos fundamentos acrílicos de positivismo, estruturalismos ou funcionalismos. Já que tais formas de pensamento no Brasil foram sendo marcadas pela exclusão seletiva dos materiais para a construção de um espaço de mobilização ampla da juridicidade em termos puramente ideais, mais ou menos dissimulada.

No fundo, como procuramos apontar neste trabalho, a retirada da escravidão e do racismo da problemática reflexiva do projeto do direito testemunha a força de um discurso mitológico para a juridicidade que afasta o sentido do Direito. Esse é o projeto humano possível, que se vale do esforço dos(as) juristas para a necessária aproximação com o mundo prático da juridicidade, com reconhecimento da autonomia e de seu tempo próprio. Justamente, são os aspectos mais fundamentais do jurisprudencialismo para a viabilização do direito moderno¹⁶⁹¹, simplesmente não reconhecidos pelo legal-normativismo, que mantém a igualdade jurídica “em abstracto”, portanto afastada de sua possível “constituição-realização concreta”¹⁶⁹².

1690 Cfr. OST, *op. cit.*, 1999, p. 20 s.

1691 Cfr. AROSO LINHARES, *op. cit.*, 2010, p. 555 s.

1692 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 129.

A mudança de tal quadro de problemas pode ser almejada pelo pensamento jurídico comprometido com a estabilização do campo jurídico frente à problemática jurídica e à ideia de sistema, como exigências para a construção de uma teoria do direito crítico-refletiva. Tal transformação se assume criticamente enquanto opção, com a consciência de seus riscos, não em decorrência de uma naturalização de certo discurso jurídico assimilado e irrefletido. Apesar de não ser problema restrito à juridicidade brasileira, como é óbvio, sua espacialidade deve ser aqui considerada, em vista de nossas temáticas, para a abertura da construção crítica necessária para o diálogo de superação da crise do direito vivida no país. Algo que envolve o pensamento jurídico, no seu comprometimento com as aberturas do jurisprudencialismo, cujo desenvolvimento exige profundas mudanças, como a imprescindível transformação do ensino do direito. Sem dúvida, é a alteração fundamental para a superação do projeto fechado para uma juridicidade considerada em termos lógicos e abstratos. Tudo isso traduzido na centralidade do(a) jurista, não mais reduzida à posição de *longa manus* da política de um direito estatal moderno¹⁶⁹³, no ponto central de viabilização da realização de direitos no mundo prático.

Mais ainda, parece importante termos a consciência dos sentidos de comunidade, ou melhor, comunidades humanas, que convivem e são territorialmente identificadas em decorrência da força política de poderes centrais. Complexidades que não se simplificam no Brasil, a não ser ideologicamente pela ausência de crítica. Dessa forma, para a identificação da precariedade das ferramentas ideológicas do nacionalismo ou do estatualismo, devemos realizar o esforço sincrônico para pensar a juridicidades nesta sociedade plural e complexa. Isso sem perder de vista as construções liberais e democráticas perspectivadas pelo movimento de modernização do direito, apesar de ainda insuficientes e em construção. É possível, assim, a construção de melhores alternativas para as problemáticas da juridicidade, particularmente frente às limitações do mundo burguês imposto.

Porém, a liberdade deve ser reconhecida enquanto valor do justo, não como legitimadora de um novo exercício de poder e de concentração de riquezas, mas para pensar o Direito como um caminho muito

1693 Cfr. Simone GOYARD-FABRE, *Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, 1997, p. 45 s.

importante para a construção de uma sociedade mais justa. Sem importar, enquanto não oferecidas soluções melhores na superação da crise do direito, em abandono puro e simples do instrumental jurídico da modernização do direito realizado pelo Estado e pelas instituições sociais. Essa complexidade hoje atinge outras feições, para além da simples crítica do legal-normativismo, integrando um amplo processo de transformação, apesar de ainda ser difícil identificá-lo claramente, imposto pelo chamado direito global¹⁶⁹⁴, bem como pelas transformações sociais.

Dessa forma, uma crise impossível de ser confrontada se o(a) jurista não se esforçar para a percepção crítica da própria identidade nacional, que impõe limites ideológicos à reflexão do Direito. Justamente a mitologia construída com o projeto estatalista de apreensão da juridicidade, formado especialmente no fim do séc. XIX e início do XX, que prossegue no senso comum, sendo repetido a partir de tais símbolos e signos. Essa força é decorrente de uma dimensão claramente acrítica, que posteriormente foi sendo aliada à outra dimensão universalista positivada por um pensamento aspirante ao domínio das diversas culturas jurídicas. Aquele difundido no Pós-Guerras enquanto ápice de uma pretensa iluminação humana, que mal conseguiu disfarçar os interesses econômicos e políticos dependentes de uma assimilação fundada em discursos de assimilação de tradições artificiais.

Devida a atenção crítica a tais fenômenos, mas sem cairmos no vazio imposto pelas propostas de abandono da própria possibilidade da “missão racionalizadora do direito”¹⁶⁹⁵. Diante de tais insuficiências impostas, parece importante a reflexão crítica sobre a formação do pensamento jurídico moderno como caminho para pensarmos os problemas da formação do paradigma atual do direito brasileiro, aliado à uma sempre necessária contextualização histórica muito além das cartilhas do positivismo, para a defesa do sentido do Direito e a construção dos caminhos daí decorrentes. Entretanto, devemos ter tal atenção, sem a reprodução simplista de um certo modelo da crise do direito, no sentido de transposição acrítica do sentido insuficiente de uma juridicidade que assume diversas características quando pensado o problema prático da realização de direitos. Tais simplificações são impossíveis de serem transferidas sem mais para o contexto brasileiro, que merece ser refle-

1694 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2008, p. 126 s.

1695 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 568.

tido numa complexidade muito particularizada¹⁶⁹⁶. Estamos diante de dificuldades evidentes, mas que devem ser enfrentadas para compreendermos não somente a formação da juridicidade brasileira, a partir das imprescindíveis temáticas da escravidão, do racismo e da desigualdade no Brasil, mas propriamente os sentidos da dignidade da pessoa humana diante dessa sociedade-caos¹⁶⁹⁷.

Assim, mesmo sem procurarmos neste momento de busca por maiores contribuições à proposta do jurisprudencialismo, servimo-nos dele para estabelecer a confrontação crítico-reflexiva do horizonte do paradigma do direito brasileiro. Porém, mobilizando a temática da escravidão como contraponto ao processo de formação do direito moderno, para problematizarmos o caminho da universalização, sem cairmos num idealismo pueril qualquer, frente ao esforço profundo de mudança do pensamento jurídico. Seria paradoxal indicarmos a importância do mundo prático do direito sem demonstrar profundo comprometimento com a específica formação jurídica brasileira, como exigências para perspectivar a mediação de direitos. Uma clara exigência de reflexão específica, em atenção ao fenômeno jurídico, sem apelos e mobilizações matemáticas e relacionais de cálculo argumentativo, para podermos afirmar o sentido crítico da juridicidade.

Tais esforços nos servem para refletir e justificar o sentido do Direito, sem nos valermos das institucionalizações do paradigma jurídico atual. Historicamente, como procuramos apontar, o projeto de direito brasileiro foi se valendo de uma assimilação marcada no tempo por ausências, com a extração de textos e manifestações consideradas incompatíveis com a sua elevação ideológica, bem como do esforço es-

1696 Cfr. LENIO LUÍZ STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 21-32.

1697 No momento em que escrevemos, o país bate recorde de homicídios (61 mil), mortes no trânsito (36 mil), e momentos de instabilidade social, política, jurídica e econômica muito profunda. Tal quadro atinge a realização de direitos profundamente e especifica os problemas da juridicidade. No fundo, a realização de direitos nos moldes lógicos do positivismo e frente à tal sociedade complexa demonstra em amplitude avassaladora a sua inaptidão para enfrentar os desafios que lhe são impostos, que comprava a sua incompatibilidade com o sentido do Direito e o pensamento crítico da justiça. Cfr. Diego Werneck ARGUELHES; Mariana PARGENDLER, “Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança?”, *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV Direito, v. 9, n. 1, 2013, p. 269-297.

truturante dos fundamentos de legitimação simbólica da juridicidade brasileira. São problemas que não se limitam à construção de outra juridicidade nacional, em substituição ao projeto de afirmação do direito no Brasil, mas que envolvem a mudança do pensamento jurídico para a construção de um direito justo, que conta com a recuperação de valores de longa tradição: “*lex injusta non est lex*”, já que “uma lei materialmente injusta é uma lei que não cumpre o princípio da igualdade *na lei* ou *igualdade perante o direito*”¹⁶⁹⁸. Compreendida criticamente a partir do sentido do Direito, a igualdade passa a ser critério da própria ideia do justo.

Assim, o jurisprudencialismo, especialmente a centralidade da mediação prática de direitos, no nosso sentir, são fundamentais para não promovermos a desconsideração da sociedade numa pressuposição filosófica qualquer para o Direito. Sem deixar de declarar a dificuldade de tal proposta ser afirmada no contexto brasileiro, acreditamos ser plenamente possível de ser refletida criticamente, na busca por aquele sentido do direito justo em confrontação ao que foi construído desde o direito da escravidão e a elevação dos discursos raciais, que desembocam nas complexidades extremas de nossa atual juridicidade. Tal adversidade ampla não pode ser desconsiderada, por estarmos diante da questão mais profunda e difícil de ser refletida pelo pensamento jurídico, que deve ser superada na aposta de construção do sentido do Direito. Um comprometimento necessário para enfrentar os problemas causados por um paradigma que não mais corresponde ao mundo prático, a não ser em termos de imposição de um direito pressuposto, que pouco corresponde aos problemas jurídicos práticos da sociedade.

Daí a relevância de identificação crítica dos valores que vêm fundamentando a construção da segurança jurídica pelo direito moderno, com o abandono da pretensão da realização de direitos além da positividade. Destaca-se que o que “o pensamento iluminista e revolucionário [...] verdadeiramente fez, ao proclamar a igualdade perante a lei, não foi introduzir o princípio da igualdade no pensamento jurídico, mas antes o princípio da legalidade, ou a conversão do direito perante à lei”¹⁶⁹⁹. Uma restrição, portanto, sofrida pela igualdade frente à elevação da

1698 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 187-188.

1699 *Ibidem*, p. 165, nota 351.

força da legislação. Esse paradigma hoje não é mais seguro, mesmo no plano formal, muito menos digno.

A mudança de perspectiva, no nosso sentir, quanto aos sentidos das dinâmicas e dos cuidados com a sincronia parece ser condição para a compreensão da formação dos fenômenos jurídicos, pelo pensamento jurídico do presente. O que tem sido difícil de atingir, a não ser acidentalmente, através de uma leitura atemporal imposta¹⁷⁰⁰ de textos jurídicos das mais variadas épocas, sem qualquer tipo de preocupação com uma percepção crítica razoável dos tempos envolvidos. Tal postura alia-se, não raramente, à seletividade do pensamento mobilizado, ou mesmo das referências textuais, para a legitimação dos discursos do presente, em especial na trilha da nacionalização do direito¹⁷⁰¹. Os exemplos são inúmeros e não poderíamos fazer uma referência ampla, além daquelas que já expusemos no texto.

Trata-se, como podemos perceber, de uma postura inerente a um certo pensamento conservador, marcadamente do legal-normativismo, enquanto simplificação extrema das racionalidades comumente presentes nas discussões “entre *positivistas* e *não positivistas*”¹⁷⁰². Esse panorama amplo traduz alternativas limitadas ou soluções inadequadas para a crise do direito, pois, tanto a preservação do paradigma jurídico como as variadas propostas de superação valem-se das mesmas bases ideológicas construídas para a juridicidade atual. Assim, diante do tipo de direito moderno construído no país, valorizamos as aberturas do jurisprudencialismo para mobilizarmos o tempo do Direito para a reflexão da crise vivida em nosso presente.

É fundamental perspectivar a formação jurídica pelo pensamento jurídico na compreensão do sistema de Direito, particularmente com o reconhecimento mais profundo dos sentidos do “direito em vigor”¹⁷⁰³. Essas amplitudes permitem a reflexão da sociedade e a juridicidade que ela abriga, bem como das diversas comunidades que convivem. Dessa

1700 Cfr. HELMUT COING, “Remarks on the History of Foundations and their Role in the Promotion of Learning”, *Minerva*, Berlin, Springer, v. 19, n. 2, 1981, p. 278 s.

1701 Cfr. CARL SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit*, 3 Auflage, Hamburg Hanseatische Verlagsanstalt, 1933, p. 22 s.

1702 Cfr. AROSO LINHARES, *op. cit.*, 2010, p. 517.

1703 ORLANDO DE CARVALHO, *op. cit.*, 1997, p. 9.

forma, é possível comprometer-se com o Direito, que passa a ser em sua realização em concreto, ou seja, no campo do real¹⁷⁰⁴. Esse compromisso foi assumido pelo(a) jurista diante da ideia ou do conceito dado pela afirmação estatalista da juridicidade, que permite o reconhecimento das intencionalidades e dos sentidos a partir da compreensão do Direito em sua historicidade. Além disso, o empenho exigido de coerência do conhecimento jurídico num espaço dialógico, que não afaste mitologicamente a importância das construções dos fenômenos humanos e a preocupação de sempre considerar importante a evidência para o discurso crítico e pretensamente científico, ou seja, muito diverso do procedimento utilizado pelo positivismo, de redução à lógica e à dedução a partir do mundo empírico¹⁷⁰⁵.

O sentido do Direito permite ao pensamento crítico atenção à problemática do “deslumbramento pela instantaneidade”¹⁷⁰⁶, enquanto exigência para sempre considerar as complexidades envolvidas pelos fenômenos jurídicos. No fundo, isso ocorre para assegurar minimamente a possibilidade de se diferenciar as propostas de investigação crítica de outras atreladas ao mundo mitológico do direito, que normalmente dissolvem-se na dimensão política, sem o saber. O exemplo significativo da codificação, quando presente a intenção de pesquisa sobre as suas complexidades, abre os principais caminhos para a compreensão da construção do direito moderno, mas pode ser assimilado, em intencionalidades ideológicas, lineares e evolucionistas, enquanto fundamento (in)consciente para a legitimação do poder e seu “especial esforço para visibilizar das múltiplas formas menos aparentes de regular e de disciplinar”¹⁷⁰⁷. Dessa forma, podemos considerar o melhor caminho para a superação da crise em que vivemos através da busca de certa estabilização suficiente assumida sem afastar a reflexão crítica de seus próprios fundamentos, sem cairmos numa proposta diversa de positivação jurídica.

Destacamos, assim, a importância da historicidade numa proposta jurídica que convoca o sentido da normatividade da vida humana. Direito e tempo, no Brasil, em vista de suas complexidades, pare-

1704 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 25.

1705 Cfr. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 252 s.

1706 REIS MARQUES, *op. cit.*, 2009c, p. 414 s.

1707 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 44.

cem oferecer caminhos para a superação dos quadros mentais de uma tradição positivista. O poder político envolvente do mundo do direito está assentado em discursos de legitimação, sem a preocupação com os sentidos da juridicidade diante das comunidades humanas envolvidas, a não ser nos moldes do ordenamento jurídico. Tal panorama acríptico do legal-normativismo conservador, vocacionado apenas para a identificação e a adaptação rígida da normatividade positiva ao mundo social sociais, traduz idealismos conservadores dissimulados. Esse quadro amplo da crise do direito pode ser refletido através da mobilização da historicidade, não somente projetada ao porvir, mas comprometida com as evidências, pela via da crítica e do diálogo, que nos abre uma perspectiva de superação, não propriamente filosófica ou empirista, pela valorização da metodologia aliada ao compromisso emancipacionista¹⁷⁰⁸.

Dessa forma, propomos a reflexão do melhor caminho para o Direito diante da crise produzida pela estadualização e do domínio da juridicidade pelo poder. Com destaque para a perspectivação do pensamento jurídico para a solução de problemas, de forma a assumir plenamente essa atividade humana essencial¹⁷⁰⁹. Assim, o sentido do Direito passa a ser assumido para a mediação de direitos no Brasil, sendo pensada seriamente sua viabilização através do esforço crítico frente às institucionalizações políticas para a juridicidade. No fundo, a questão dos nacionalismos e os projetos de conservação do afirmado direito não raramente integram as mais diversas alternativas oferecidas à crise em que vivemos. Sem nos referirmos, neste momento, às diversas perspectivas de simples dissolução do Direito ou ao reconhecimento de sua impossibilidade em algumas perspectivas pós-modernas.

Parece importante, diante de tal complexidade, assumir a centralidade do pensamento jurídico para a reflexão sobre esse horizonte de caminhos oferecido, a partir da aposta no sentido do Direito, como reconhecemos no jurisprudencialismo. De forma a assumir tal quadro de problemas, enquanto “*un certain rapport*”¹⁷¹⁰, e reconhecendo o Direito enquanto produto cultural humano e responsabilizado com as lutas sociais na construção de espaços mais justos. Dessa forma, pensando

1708 Cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*

1709 Cfr. David DEUTSCH, *The Beginning of Infinity: Explanations that Transform the World*, New York, Viking Penguin Books, 2011, p. 62 s.

1710 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 82.

criticamente a própria problemática da formação jurídica, o paradigma atual e sua crise, sem nos valermos novamente da mesma tradição e dos mitos que serviram à elevação ao paradigma jurídico problemático atual.

Nos parece equivocada a defesa do sentido do Direito, enquanto possibilidade e aposta, aliada à imobilização da juridicidade, não propriamente pelas fontes jurídicas, mas agora pelo pensamento, que depende integralmente da manipulação ideológica do passado, com o afastamento da ampla gama de sentidos da juridicidade¹⁷¹¹. Assim, o(a) jurista, como o(a) responsável pelo “projectar regulativamente (*hoc sensu*, judicativo-decisoriamente) na realidade social”¹⁷¹², no nosso sentir, deve assumir o compromisso crítico também com a formação no tempo do fenômeno que o(a) interpela, já que não confiamos no recorte ou no isolamento de campos, partindo de construções ideológicas e de suas sistemáticas, para suportar a mediação prática de direitos.

O fenômeno jurídico no Brasil, pela perspectiva que estamos vindo a considerar, parece ter-se assentado num profundo espírito acrítico responsável pelo afastamento da compreensão da superação da crise do direito. Daí a necessidade de substituição do perturbador paradigma legal-normativista mnemônico imposto frente à uma realidade social complexa. Com a temática da escravidão, conseguimos perceber a amplitude e a intensidade do problema da contenção do campo jurídico pelo pensamento jurídico, que mantém, quase que integralmente, a despreocupação com as complexidades do fenômeno jurídico no país. Pode-se afirmar que vivemos ainda numa época de elevação da dimensão histórica apenas enquanto decorrência de certa sedimentação seletiva daquilo que se quer ver no presente legitimado em figuras de linguagem, tradicionais ou não, inventadas ou não, enquanto apelos positivistas do tempo ideológico do direito afirmado

. CASTANHEIRA NEVES, quanto ao sentido “ahistórico” em KANT, afirma que “nenhum pensamento concretamente transitivo pode ignorar a história menos ainda uma razão prática pode abstrair da historicidade”¹⁷¹³. Daí a relevância da historicidade para pensar a superação

1711 Cfr. KARL LARENZ, *op. cit.*, p. 252 s.

1712 FERNANDO BRONZE, *op. cit.*, 2006, p. 15.

1713 In COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 68.

da crise do direito pelo jurisprudencialismo. Nesse sentido, com atenção profunda ao paradigma jurídico brasileiro, que não pode sofrer uma imediata conversão em modelos para a perspectivação de soluções, num movimento mecânico, sem reflexões amplas da dimensão problemática que devemos considerar. Parece importante pensar o sentido do Direito, em correlação com as propostas de perspectivação para as juridicidades atuais. O reconhecimento do seu tempo permite a compreensão e a reflexão de seus limites em relação às demais dimensões culturais, nas quais também os pensamentos jurídicos “revelam-se deste modo entidades culturalmente históricas”, dessa forma permitindo o reconhecimento de um certo “sentido fundamental da cultura englobante, do sistema cultural global, porquanto aí se oferecem já os últimos referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar abertas a qualquer pensamento integrado nesse mesmo universo cultural”¹⁷¹⁴.

Dessa forma, a historicidade insere-se nas inteligibilidades de reconhecimento da juridicidade nas sociedades. No fundo, permite a recuperação de sentidos desenvolvidos para pensar o Direito enquanto uma experiência dos seres humanos, por afastar a reprodução acrítica de um mundo objetivo de sentidos, no qual o(a) intérprete funcionaria como um(a) mediador(a) de verdades que de maneira pacífica esperam passivamente serem recolhidas. Cujas imagens partiriam de fundamentos mitológicos ou ideológicos, com limitada reflexão do mundo prático, em que conteúdos e sentidos para a juridicidade ficariam limitados em processos circulares para a legitimação dos discursos jurídicos.

Assim, consideramos fundamental a abertura de reflexão quanto ao caminho jurisprudencialista no Brasil, a partir “[d]a necessária colaboração entre o historiador e o historiador-filósofo”¹⁷¹⁵, enquanto importante eixo para pensar as problemáticas aí envolvidas para a aposta no sentido do Direito, entendido como justo¹⁷¹⁶. Os principais obstáculos para a superação da crise do direito, então, parecem decorrer

1714 *Idem, op. cit.*, 2013, p. 13.

1715 REIS MARQUES, *op. cit.*, 1990, p. 1 s.

1716 Quanto à “modernidade” e seu contexto de autofundamentação sem passado, cfr. Carl E. SCHORSKE, “Operatic Modernism”, *Journal of Interdisciplinary History*, Cambridge, The MIT Press, v. XXXVI, n. 4, 2006, p. 675-681.

da manutenção das lógicas de projeção e adaptação destinadas à legitimação dos sentidos da juridicidade, cujas principais referências devem decorrer da evidência e da elevação dos valores jurídicos.

Para pensar a dimensão de problemas da crise atual do direito, parece necessária a evidenciação dos fins como exigências teóricas da busca de determinada compreensão, mas que não se afastam da postura crítica ao próprio tempo do Direito, que pode carregar consigo as mesmas ideologias e os mesmos mitos do paradigma que se quer superar. Tudo para ir além de uma simples narrativa no tempo despreocupada com a compreensão mais profunda, moldada do presente para o passado, de uma intencionalidade de fundamentação atualizadora dos projetos de direito ou institutos jurídicos que se quer legitimar. Nesse sentido, a investigação histórica, como diversa da ideologia legada pelo direito positivista, nos parece inafastável para pensar a juridicidade, já que um afirmado conhecimento da sociedade projetado subjetivamente, no fundo, não diverge de um simples idealismo disfarçado de pretensa materialidade ou mesmo afirmação subjetiva de intencionalidades.

Releva-se a importância dos limites entre sociologia e história¹⁷¹⁷ para pensarmos criticamente a construção do paradigma jurídico através da aproximação do pensamento positivista e de uma sociologia filosófica. Prevaleceu não propriamente a busca pelas evidências e reflexões profundas do fenômeno do direito, mas a construção de legitimações para tal projeto jurídico e um sentido de sociologia sobre a historicidade, enquanto ferramenta de legitimação do legal-normativismo. No ponto, enquanto consequência do desejo de sobrepor um discurso de pretensa cientificidade sobre a sociedade referida, partindo, pura e simples, de projeções baseadas em conceitos e práticas reiteradas¹⁷¹⁸, com o progressivo afastamento da pesquisa e da reflexão sobre as possíveis evidências para o debate científico.

Formou-se uma tradição, com claro apelo ao sentido a-histórico, para conservação de um afirmado direito, dentro da elevação ampla das muralhas disciplinares da modernidade¹⁷¹⁹, como campos concêntricos

1717 Posfácio, em HOLANDA, *op. cit.*, 2014b, p. 227.

1718 Cfr. Sylvie DELACROIX, “Law and Habits”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, v. 37, n. 3, 2017, p. 660-686.

1719 Cfr. GORDON, *op. cit.*, p. 5.

de sentidos dominados por racionalidades restritas por limites e fronteiras. Daí a importância do sentido crítico para a proposta que mobiliza o sentido prático da realização do direito e da superação da crise da juridicidade, de formar e afastar as renovadas posições acríticas de justificação de formações dos fenômenos aí envolvidos, que estão na base do próprio paradigma que se quer superar. Por tais razões, consideramos um evidente contrassenso apelar para o sentido crítico e, ao mesmo tempo, basear a reflexão jurídica na mesma tradição histórica positivista e nacionalista de justificação de institutos e posições sociais dos(as) juristas. Esse quadro se impõe como totalmente incompatível com uma racionalidade jurídica crítica.

O paradigma atual do direito brasileiro sente mais decisivamente dois problemas, do ponto de vista da realização da justiça¹⁷²⁰. O primeiro, que somente num olhar muito superficial poderia ser considerado como acessório, decorre exatamente de uma juridicidade estatal nacional compreendida como engrenagem de um sistema de direitos dos seres humanos pretensamente universal e perfeito, em grandes ordens de direito pressuposto. Esse quadro é formado pelo encerramento dos sistemas jurídicos que afastam a discussão de alternativas ou a aposta no sentido do Direito. O segundo decorre da falta de discernimento quanto aos problemas práticos do direito, que se perdem numa retórica jurídica da efetividade, bem como dos padrões de um direito universal digno e justo apenas simbólico. Essas imagens são construídas no plano dos discursos de juristas e dos textos legislativos, mas sua efetividade se limita enquanto mera consequência de um controlado discurso jurídico ideológico construído pelo positivismo, no eixo da separação entre o direito e a moral¹⁷²¹.

A proposta jurisprudencialista nos parece importante para pensarmos as possibilidades de crítica e reflexão desses quadros que permanecem alheados do sentido do justo, já que limitados pelas lógicas

1720 O quadro amplo de problemas, que devem ser enfrentados pelo pensamento jurídico brasileiro, pode ser consultado em Carla Henriete Bevilacqua PICCOLO *et al.*, “Philosophy of Law in Brazil in the 20th Century”, in Corrado ROVERSI; ENRICO PATTARO, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Berlin, Springer, 2016, v. 12, tomo I, p. 839 s.

1721 Cfr. David DYZENHAUS, “The Genealogy of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, v. 24, n. 1, 2004, p. 39-67.

subsuntivas e pela pressuposta realização do direito. Porém, apesar de o sentido da juridicidade ser valorizado pelo pensamento jurídico crítico, tal não pode se limitar às mesmas bases mitológicas criadas pelo projeto estatista de direito. São marcadas muito mais pela projeção de mundo do que na reflexão intencionalmente científica e crítica da compreensão das lutas sociais e das diversidades humanas. Em tal ambiente de aspiração político-ideológica de conquista de corpos e mentes, não pode haver a aposta no sentido para o Direito que merece ser considerado para a superação da crise do direito.

Diante dos caminhos reflexivos que poderiam ter sido aqui mobilizados para tal reflexão, entendemos que o da historicidade, ao menos no percurso que procuramos percorrer, parece ser adequado para pensar a afirmação do paradigma que temos hoje e seus problemas mais importantes, bem como o sentido possível de uma superação por um caminho jurisprudencialista. Um caminho que se abre com uma perspectiva plena de consciência dos problemas que são colocados para essa juridicidade em crise¹⁷²². Os(as) juristas, nesse contexto, devem estar aptos(as) para a percepção crítica das alternativas que pretendem a superação do paradigma do direito estatal, bem como os riscos aí envolvidos, nos quais constata-se muitas vezes a alteração do próprio espaço de relevância discursiva de juristas. Pois, o fim ou a transformação do tipo de projeto jurídico certamente levará consigo seu tipo humano correspondente.

Entretanto, ainda possui grande vigor o edifício ideológico do paradigma de direito burguês originário da sociedade escravocrata no Brasil, que foi assentado particularmente pela preservação da segurança jurídica. Justamente o paradigma destinado particularmente à proteção das atividades econômicas e da propriedade privada, mas que permanece alheado das reflexões mais profundas sobre os problemas sociais, nas quais mantém-se a desvalorização do problema do justo e dos valores humanos para a realização prática do direito. Tal paradigma sobrevive especialmente em razão da predominância da reflexão jurídica acrítica. Num exemplo muito simbólico, o próprio ensino do direito no

1722 Cabe a indicação apenas de que tais discussões certamente deverão levar à sério os movimentos complexos identificados nos debates quanto à formação de um direito global. Um pequeno indicativo da problemática pode ser visto em JOSÉ EDUARDO FARIA, *op. cit.*, 2010, p. 295-309.

Brasil, desde a criação das Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, ainda mostra as marcas do “pragmatismo nocivo” decorrente de “uma posição de subordinação”¹⁷²³. Testemunha um tipo de pedagogia para o afirmado direito no país, com raras e nobre exceções, como “*resultado de la cultura jurídica heredada de la codificación napoleónica*”, que acabou por desembocar numa “*enseñanza tradicional, transmitida mediante métodos docentes que proporcionan contenidos con carácter memorístico*”¹⁷²⁴. Tal modelo pedagógico serve para a conservação do paradigma em crise — atingido somente quando bem ensinado, já que abundam os espaços onde nem mesmo os padrões mínimos de ensino do direito estatal são atingidos no país¹⁷²⁵ —, em que problemáticas como a escravidão e o racismo foram simplesmente alheadas pelos discursos mitológicos e acrítricos de uma juridicidade assimilada.

Por tais razões, consideramos que o projeto de Direito no Brasil segue conscientemente interrompido, em razão dos interesses políticos e econômicos sobrepostos à juridicidade. Esse quadro de estabilização do direito estatal construído desde o direito da escravidão deve ser reconhecido como problemática para pensarmos a questão da juridicidade em perspectiva de superação de barreiras e conceitos que estão a serviço de um *status quo* injusto, através da superação pelo pensamento jurídico das suas grades ideológicas. Nesse sentido, parece importante indagar até que ponto pode ser reconhecido o sentido do Direito como possível se sujeito à uma vontade estatal dominante e exclusiva, em que a própria personalidade está condicionada a um projeto de poder e sua juridicidade formal. Evidencia-se o problema do predomínio do “Estado nacional moderno”¹⁷²⁶, que se impõe ao ser humano na realização práti-

1723 VENANCIO FILHO, *op. cit.*, p. XVI.

1724 Deivti Dimitrios PORTO DOS SANTOS, “Argumentación en curso: necesidad de una enseñanza viva de la argumentación jurídica en las facultades de derecho de Brasil”, in Maurício ZANOTELLI (coord.), *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Curitiba, Juruá, 2016, p. 159.

1725 Uma interessante reflexão pode ser conferida no texto de Ângela Araújo da Silveira ESPÍNDOLA; Luana da Silva SEEGER, “O Ensino Jurídico no Brasil e o senso comum teórico dos juristas: um ‘olhar’ a partir de Warat”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 2, 2018, p. 92-120.

1726 CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 1967, p. 5 s.

ca do direito. Obviamente, como afirma PAOLO GROSSI, “*in una natura fenomenica priva di uomini non c’è spazio per il diritto*”¹⁷²⁷.

Daí, no nosso sentir, a exigência de pensarmos o Direito que busca sempre integrar os problemas reflexivamente, não excluir as questões essenciais da vida humana, sendo somente possível com o reconhecimento crítico das próprias bases de formação de uma juridicidade construída num projeto de poder, a partir de limites temporais e espaciais, imposto enquanto cultura jurídica acrítica monológica. Defendemos expressamente, assim, a possibilidade de avançarmos no Brasil na trilha jurisprudencialista, a partir da crítica aos fundamentos da mitologia fundante e legitimadora do legal-normativismo brasileiro. No fundo, para realizar efetivamente a construção de novas perspectivas para a juridicidade na busca do sentido do Direito como justo.

Temos plena confiança na possibilidade da realização dessa viragem, de forma a protegermos os valores jurídicos essenciais da vida humana digna no país. Contra as projeções unilaterais para a juridicidade, merecem ser seguidos os caminhos que fortalecem o diálogo contínuo, através do pensamento analógico¹⁷²⁸, quanto ao problema do Direito na sociedade brasileira. Destacamos, também, a importância fundamental da profunda reforma do ensino do Direito no país, para superar as suas estruturas atuais e lógicas de sobrevivência aí envolvidas¹⁷²⁹. Porém, essa mudança não deve se limitar ao sentido normalmente considerado de simples assimilação de novos padrões para a juridicidade construídos como idealizações suficientes e paradigmáticas, como exemplarmente podem ser vistas no campo dos direitos humanos¹⁷³⁰, por atingir a interpretação jurídica e o sentido do Direito. Isso somente é possível, no nosso sentir, com a valorização do pensamento jurídico crítico para combater a tradição pedagógica da simples assimilação e sedimentação do que

1727 *Op. cit.*, 2004, p. 11.

1728 Cfr. FERNANDO BRONZE, *op. cit.*, 2006, p. 267.

1729 Um panorama interessante do ensino jurídico, bem como as formas de sua avaliação de eficácia estarem na base de conservação e recriação do paradigma do direito, em termos comparativos, pode ser consultado em Michael SAUDER; Wendy Nelson ESPELAND, “Rankings and Reactivity: How Public Measures Recreate Social Worlds”, *American Journal of Sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, v. 113, p. 1-40.

1730 Cfr. HAARSCHER, *op. cit.*, p. 130 e 139.

está já posto, construído por um certo tipo de ideologia vocacionada para a garantia de ordem e controle social, mas plenamente insuficiente para pensar o sentido do Direito.

Destarte, defendemos a importância da reflexão a partir da realidade brasileira, em um esforço claramente coletivo a ser realizado pela pesquisa jurídica, de como fazer a justiça em concreto numa sociedade profundamente injusta. É esse desafio que consideramos possível de ser realizado a partir da proposta jurisprudencialista, através da compreensão do sentido histórico-crítico exigido para a reflexão da construção do direito moderno no Brasil. Com respeito mínimo às evidências históricas, não mais as reiteradas projeções de projetos para a juridicidade que partem de outros contextos, pura e simplesmente.

Importam as transformações do fenômeno jurídico no país, questionando as fontes jurídicas através do respeito à sincronia e ao tempo¹⁷³¹ do Direito. Em contraposição aos mitos fundadores, tais fontes devem integrar os grandes sistemas de compreensão, como permite a noção de paradigma, de forma a não afastar a crítica e a reflexão profunda dos problemas para a juridicidade. Tudo realizado para atingir condições mínimas de consideração do caminho passível de superação da crise do direito, partindo da compreensão da juridicidade, sem a assimilação ideológica da historicidade. O Direito parece exigir o esforço, com uma razoável gnoseologia, de reconhecimento crítico do desenvolvimento específico e contextual da juridicidade. Isso é muito diverso do paradigma imposto pelo estatualismo voluntário assentado pelo pensamento acrítico e numa simples “*subjetivación política*”¹⁷³². Por isso, deve ser destacada a problemática limitação da juridicidade, na projeção estatal do direito, a partir da unidimensional atividade política.

É fundamental o esforço de perspectivação crítica dos sentidos da interpretação jurídica moderna, que acompanhou a modernização do direito através da codificação civil, na qual questões essenciais foram sendo desconsideradas para a reflexão dos problemas do direito impos-

1731 Reconhecido enquanto clara construção cultural, cfr. NORBERT ELIAS, *Über die Zeit*, Berlin, Suhrkamp, 2000.

1732 Jairo H. Gómez-Esteban, “El Mal y la subjetivación política”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Manizales, Univesidad de Manizales, v. 12, n. 1, 2014, p. 56 s.

to¹⁷³³. Por isso, importa a pesquisa ampla sobre o fenômeno do direito no Brasil que não seja limitado por narração das leis, seleção de fatos e adstritos num processo construtivo-linear do pensamento jurídico.

Diante da perspectivação da proposta jurisprudencialista, considerada aqui expressamente como apta para superar a crise do direito, não se pode admitir a manutenção de sua legitimação com as mesmas bases ideológicas acríticas que têm garantido a sobrevivência do paradigma atual do direito. A historicidade deve ser levada a sério pelo pensamento jurídico crítico para a compreensão mais profunda do sentido do Direito, enquanto construção cultural humana e que se expressa através de valores forjados nas lutas e opções realizadas no tempo e no espaço. É o Direito que se oferece como via racional para a construção de uma nova juridicidade após o rompimento definitivo do paradigma atual da juridicidade. A reflexão crítica deve superar o discurso decorrente de um tipo de (ir)racionalismo tradicionalista, reacionário, binário, hierarquizante e discriminador¹⁷³⁴, que ainda mantém alheada a possibilidade de construção do direito justo no Brasil.

Contudo, apesar de defendermos a importância da crítica ao direito brasileiro nessa profundidade, não temos a ilusão quanto à imensa dificuldade prática de sua realização numa sociedade em que estão presentes até hoje as consequências sociais da era da escravização de seres humanos – uma sociedade marcada pela substituição do mundo dos *status* por formas modernas de diferenciação entre seres humanos, como o racismo. Essas lógicas são responsáveis pela manutenção da miséria humana e pelo sofrimento cotidiano dos(as) desvalidos(as) do país, mas não podem impedir a aposta no sentido do Direito e da reflexão profunda sobre a realização prática de direitos, especialmente através da transformação da interpretação jurídica. Esse esforço possível depende da atenção dos(as) juristas para a dimensão problemática da juridicidade, o reconhecimento da crise do legal-normativismo no Brasil, levando-se em conta toda a sua especificidade.

1733 HAFERKAMP, *op. cit.*, p. 107.

1734 Importante ilustração desse panorama pode ser consultada em JESSÉ SOUZA, *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2003.

Importa também apontar caminhos para a reflexão do fenómeno do direito em sentido mais amplo, dentro da formação de um direito globalizado¹⁷³⁵, no qual parece ser clara a transformação do projeto jurídico moderno a partir da codificação, com a marca atual da desconstrução das juridicidades do Estado de bem-estar social. Trata-se de um grande arco de aberturas reflexivas, certamente não passíveis de contenção em termos deterministas e evolucionistas, devendo ser abrangidas pelo diálogo crítico. No centro dessas problemáticas, destaca-se a importância da compreensão do sentido da normatividade no jurisprudencialismo¹⁷³⁶, partindo da “‘consciência jurídica’ do momento histórico que se considere”¹⁷³⁷. Porém, com atenção ao risco de preenchimento do campo reflexivo apenas subjetivamente, a desembocar na prospecção de um mundo que se quer ver e de uma história que se quer possuir. Por isso, parece importante o esforço crítico aí envolvido, para não se repetirem os mesmos erros de elevação ideológica do jusnaturalismo racionalista ou do positivismo, bem como para afastar as impossibilidades decorrentes de discursos desconstrutivos e dissolventes da aposta no Direito.

Principalmente para as diversas comunidades que convivem com o Estado brasileiro, como os povos indígenas e quilombolas, além da imensa população desvalidada do país, importa uma compreensão do sentido do Direito que não seja uma mera tradução puramente subjetiva. Trata-se de uma questão fundamental para a legitimação da mudança de paradigma jurídico no Brasil, que importará numa mudança da cultura jurídica e do ensino, integrante do núcleo da reflexão dos(as) juristas preocupados(as) com a questão metodológica¹⁷³⁸, em conjunto com a mediação prática de direitos.

Daí decorre a possibilidade de construção doutrinária exigida para a compreensão do sistema jurídico e provocada pelo jurisprudencialismo, com atenção crítica ao eixo de sustentação ideológica do direito estatalista, mais exatamente com a preocupação com a legitimação formal do exercício do poder pelo direito. Por isso, pensado o problema

1735 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2008; EDUARDO FARIA, *op. cit.*, 2010.

1736 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2014, p. 132 s.

1737 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 70.

1738 *Idem*, “O sentido actual da metodologia jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXV, volume comemorativo, 2003b, p. 115-150.

com profundidade e criticamente, vemos aí muitas consequências decorrentes da mudança de paradigma, desde o ensino do Direito até a mediação de direitos na prática, mas sendo possível o reconhecimento do Direito enquanto projeto possível e que vale a pena ser considerado como um fenômeno humano fundamental, mais exatamente uma “tarefa humana”¹⁷³⁹.

Confiamos no projeto de direito que não está comprometido com as ideias de um passado irrefletido que se assimila sem pensar, no qual foram sendo aceitas as noções precárias das “aculturações”: a crença no domínio de determinadas culturas humanas sobre outras. Muito pelo contrário, o sentido do Direito somente passa a ser possível quando afastadas das noções de colonização, aqueles processos mentais simplórios fundados no binômio ignorância e puro poder, que seguem com certa vitalidade até os nossos dias, manifestando-se em mitos possíveis de serem reconhecidos em discursos pretensamente jurídicos. O projeto atual de direito, assentado na construção do sujeito de direitos, não tem condições de se manter sem a legitimação garantida pelos mitos fundadores baseados em manipulações fenomenológicas e garantidos pelo pensamento acrítico.

Nesse sentido, a juridicidade deve ser pensada muito além desse pensamento jurídico limitador, normalmente acompanhado de viés fundamentalista, no qual muitas vezes, sob o argumento da defesa da continuidade da construção do projeto iluminista para o direito e da preservação do sistema para a juridicidade, procura realizar a pura e simples projeção de uma certa visão local, de um certo *modus vivendi*, de forma universalista, sem o mínimo esforço de contextualização das propostas para o direito. Aí presentes estão as conhecidas perspectivas assimilacionistas fundadas nas ainda muito presentes tábuas civilizacionais, de um pior para um melhor, características das ideologias coloniais.

Por essa razão, seguindo a reflexão do contexto¹⁷⁴⁰ brasileiro, nossa atenção deve ser redobrada, com cuidados especiais para esses tipos de propostas, que, no nosso sentir, significam não raras vezes um remanejamento puro e simples do direito e do pensamento jurídico,

1739 FERNANDO BRONZE, *op. cit.*, 2003, p. 177.

1740 Cfr. NORBERTO BOBBIO, *L'età dei diritti*, 2 ed., Torino, Einaudi, 1992, p. 69.

em viragem para a injustiça e para a hierarquização social. Assim, no paradigma da compreensão do centro da juridicidade deve estar o ser humano compreendido profundamente pelo Direito, não confinado por um afirmado direito positivo. Tal alteração de perspectivas possui o potencial de transformar a própria ideia de direito no Brasil, sendo um caminho viável para a construção social no sentido do Direito justo, partindo dos direitos humanos compreendidos muito além da restrita posição de estar “*en manos de la determinación política de las leyes*”¹⁷⁴¹.

Essa reflexão crítica não deixa de assumir o compromisso com a própria legitimidade dos(as) juristas para a mobilização do Direito, entendido como compromisso com a vida em comum. Tal dimensão do Direito integra os próprios fundamentos para a construção dos discursos jurídicos, já que a juridicidade em sistema fechado, assentada nas fontes jurídicas, não possui aptidão para a mediação prática de direitos, como defendido pelo jurisprudencialismo. Tais considerações são fundamentais para compreender o panorama de crise do próprio contratualismo, bem como da democracia. Assim, através da elevação da perspectiva crítica que se encontra no jurisprudencialismo, podem ser refletidos os fundamentos produzidos pela herança do legal-normativismo no Brasil, algo “que, exponenciado por um ecletismo vulgar, caracteriza o pensamento jurídico brasileiro”¹⁷⁴².

Trata-se de questão resultante da desagregação progressiva dos fundamentos de legitimação e estabilização institucional do projeto legalista de direito, bem como do pensamento jurídico utilizado para estabilização das fontes jurídicas e da interpretação jurídica a partir de procedimentos lógicos. As noções de ordenamento jurídico e da estabilização dos poderes, no caso da crise em que vivemos, parecem sentir mais fortemente tais mudanças e exigem dos(as) juristas a busca por alternativas racionais, mas muitas vezes reduzidas às dimensões do binarismo clássico entre o positivismo e o direito natural moderno¹⁷⁴³.

1741 BARTOLOMÉ CLAVERO, *op. cit.*, 2014, p. 57.

1742 JOSÉ EDUARDO FARIA, “Juristas fora da curva: três perfis”, *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV Direito, v. 12, n. 2, 2016, p. 273.

1743 SCOTT J. SHAPIRO, *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 388 s.

No Brasil, onde as temáticas da escravidão e do racismo especificam a crise do direito, a insuficiência das estabilizações discursivas tradicionais problematiza mais ainda a mobilização de renovados paradigmas positivistas de direito. São necessários novos quadros críticos para a superação de problemas dessa sociedade em concreto, não mais puramente imaginadas em projetos de direito, em que o apelo à historicidade não passa de um mero e esvaziado argumento de legitimação. Um novo campo de reflexão somente pode ser alcançado, no nosso sentir, se consideradas as formações sociais¹⁷⁴⁴ conjuntamente com as juridicidades, sem os esvaziamentos de sentidos de um tipo de direito imposto à sociedade e controlado dogmaticamente através de simples idealismos. Por isso, a realização prática da juridicidade deve ser assumida com o problema central do Direito, com a reflexão de seu contexto social de possibilidade, estando a marca da cientificidade justamente na reflexão da vida comunitária.

A superação da crise do direito depende da constatação dos problemas que a historicidade permite reconhecer a partir do pensamento crítico dos fenômenos humanos, e não da crença unilateral e irrestrita em “*le passé n’éclairant plus l’avenir, l’esprit marche dans le ténèbres*”¹⁷⁴⁵, que limita a própria possibilidade de identificação da crise referida. O paradigma do direito brasileiro, no nosso sentir, assenta-se em grande medida no afastamento da reflexão quanto ao seu próprio processo de formação e numa postura acrítica decorrente da razão jurídica típica da construção moderna da juridicidade de nosso presente. Por isso, enquanto não pensado criticamente esse paradigma, segue como perfeitamente válido ou numa crise sem condições de ser superado racionalmente. Mais ainda, como aponta a temática da escravidão, se vistas as coisas na profundidade do tempo e do espaço, não há qualquer possibilidade de o atual sistema jurídico realizar o direito justo na nossa sociedade. Trata-se de mais uma manifesta ilusão do pensamento moderno, por ser impossível a superação da crise sem o esforço de transformação da própria ideia de conhecimento, que segue mantido nesse patamar puramente objetivista¹⁷⁴⁶.

1744 Cfr. PIERRE BOURDIEU, *op. cit.*, 2001, p. 160.

1745 ALEXIS DE TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, 5 ed., Paris, Pagnerre, 1848, tomo 4, p. 340.

1746 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 101.

Justamente o sentido do Direito, partindo da preocupação com os valores, não pode se valer dos mesmos quadros mentais de observação desse fenômeno humano pertencentes à oficial e tradicional herança acrílica de sua formação no tempo, responsável pela criação das mitologias do direito estatal moderno. Até mesmo os reconhecidos pontos de ruptura desse paradigma, que muitas vezes nem ao menos são reconhecidos, não conseguem ir além das imagens e dos símbolos utilizados para a legitimação desse ideal de puro poder. Como consequência, vemos que as possíveis perspectivas da realização do direito são marcadas decisivamente por ideologias e pressuposições de mundo, sendo afastadas as observações mais profundas do fenômeno jurídico e da busca pela realização da justiça frente às complexidades sociais. A manutenção das grades mentais de um pensamento jurídico positivista¹⁷⁴⁷, mesmo nas alternativas oferecidas à juridicidade, numa dimensão construída pelo pensamento linear evolucionista, parece ser o maior obstáculo para a concretização do sentido do Direito em nosso presente. Por isso, devemos realizar uma crítica *tout court* às simbologias do direito moderno, de forma a permitir a reflexão franca sobre as complexidades inerentes às sociedades humanas¹⁷⁴⁸, passando pela superação da dinâmica mantida entre o ser humano, que pensa, e o mundo, que ao ser pensado fica reduzido à simples imaginação ou ao produto de meras vontades.

A crítica do direito tem como principais objetivos “desvendar os impensados sociais que estão na raiz das representações jurídicas, criticando o ponto de vista de que o direito é uma ordem racional, neutra e fundada objetivamente na realidade social (*i.e.*, na natureza das coisas)”, bem como “revelar os processos por meio dos quais o direito colabora na construção das relações de poder”¹⁷⁴⁹. Essas dimensões são necessárias para suportar o direito produzido pelo legal-normativismo fundado na repetição e na obediência dos comandos, que extirpa as tentativas mais profundas de discussão fora dos limites que lhe são impostos, com a marca da inutilidade ou do não pertencimento. A ausência de preocupação com a investigação crítica, quanto à formação histórica do direito e do pensamento jurídico brasileiros, parece ser bastante significativa para demonstrar o nível de aceitação de um *status quo* volun-

1747 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2003, p. 148.

1748 Cfr. CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 69.

1749 HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 495-496.

tariamente ignorado, desde uma tradição assimilada sem pensar. Assim, devemos realizar tal crítica para a abertura da possibilidade de consideração do Direito como alternativa racional mais importante para suportar tal sociedade caótica, na qual permanecem muitas das práticas de naturalização das diferenças entre seres humanos assentadas pela dimensão mnemônica e acrítica do fenômeno jurídico no país.

O direito brasileiro permanece ainda marcado pelo dogmatismo, principalmente do tipo “*intolerant*”¹⁷⁵⁰, assimilado a partir de um ainda insuficiente esforço crítico realizado por grande parte das faculdades de direito do país, que foram se transformando em simples espaços de reprodução desse paradigma jurídico. A juridicidade permanece, assim, mantida, desde o ensino do direito, enquanto “ordem de necessidade” e no ponto em que esse “projecto tecnológico ignora a dimensão prática, *stricto sensu*, da nossa existência e omite nessa ignorância a correlativa intencionalidade normativa, mas sem que logre eliminar o problema que essa dimensão implica e, muito menos, o possa resolver”¹⁷⁵¹. Permanece, em linhas gerais, a estrutura cíclica desse paradigma jurídico atual em crise, numa ausência quase completa de horizontes reflexivos para a superação de problemas e para a aposta no sentido do Direito. No fundo, tem-se o domínio da atemporalidade reconhecido na insuficiência crítica aos parâmetros da juridicidade que se elevam pouco desde as necessidades da prática e que não demonstram ao menos pretensão de se justificar além dos dogmatismos produzidos nesse tipo de horizonte normativista.

Desse modo, a importância da contribuição do jurisprudencialismo assenta-se na viabilidade de reconhecimento profundo da crise do direito, herança de certo monismo naturalizado, para a realização da crítica à tradição desse tipo de direito e pensamento jurídico. Tal proposta permite o questionamento do paradigma atual e o dimensionamento de sua superação, já que se contrapõe amplamente também às alternativas que se apresentam ao projeto do direito enquanto “ordem de validade”¹⁷⁵². As temáticas da escravidão e do direito, por essa razão, permitem a reflexão mais profunda de tais problemáticas, pois a escravidão de seres humanos atingiu o coração do sistema de valores que

1750 Cfr. POPPER, *op. cit.*, p. 16.

1751 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2010a, p. 304 s.

1752 *Idem*, *op. cit.*, 2010c, p. 13 s.

foram sendo afirmados a partir do liberalismo, do evolucionismo e do positivismo. Essas questões estiveram na base das mudanças do direito do séc. XIX para o XX, mas mantidos também em grande medida na construção do paradigma jurídico atual, mesmo dentro do normativismo legalista.

No fundo, claro que nos limites de uma apreciação possível de ser aqui atingida, destacamos o pensamento crítico como suficiente para reconhecer a dimensão humana do Direito, em seu “universo prático” e na extensão “socialmente axiológica do valor e da validade”, em que vem reconhecido enquanto “solução última e autêntica do problema prático que procuramos e devemos considerar”¹⁷⁵³. Algo que não deve ser pressuposto ou idealizado, mas sim refletido diante do mundo prático. Assim, importam as especificidades dos fenômenos jurídicos para o pensamento crítico, já que somente podem ser acessadas a partir de uma abertura reflexiva muito profunda. Daí a necessária transformação da “*critique relativisante*” pela “*critique technique*”, para garantir uma certa “*épistémologie réaliste*”¹⁷⁵⁴, na qual abrem-se as perspectivas para o pensamento jurídico através do mundo prático pensado conjuntamente com a historicidade, não mais instrumentalizada, partindo de um esforço sempre renovado de “*censure collective*”¹⁷⁵⁵, particularmente aos fundamentos assentados da tradição acrítica da juridicidade moderna.

A crítica parecer ser fundamental para as ciências sociais e humanas marcadas por pressupostos constitutivos, como aquela correlata ao direito positivista estatalista, em que prevalecem metadiscursos de bases legitimadoras de um certo “naturalismo”¹⁷⁵⁶, ao invés de comprovativas ou descritivas, que abrangem também a mobilização da cientificidade¹⁷⁵⁷. Tal identificação de problemas para o sentido do Direito deve ser assumida como reflexão das condições sociais para a sua realização prática, bem como dos limites do próprio pensamento¹⁷⁵⁸. Tal atenção

1753 *Idem*, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 47-48.

1754 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 173-174.

1755 *Ibidem*, p. 220.

1756 Cfr. DELACROIX, *op. cit.*, p. 665 s.

1757 Cfr. BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 175.

1758 *Ibidem*, p. 176.

nos parece incontornável para a proposta jurisprudencialista, de forma a não manter acriticamente o mundo de sentidos construído pelo positivismo jurídico estatalista.

Portanto, a aposta no sentido do Direito no Brasil importa na assunção da tarefa de não repetição dos fundamentos jurídicos e das ideologias do legal-normativismo, através do esforço amplo também contra a sua tradição mitológica. É algo possível no plano do pensamento jurídico, com a construção de uma teoria do direito crítico-reflexiva, bem como posteriormente através da transformação do ensino do direito, que nos parece ser ainda o principal meio de preservação do atual paradigma jurídico. A partir daí podem ser realizadas as mais profundas transformações para a mediação de direitos na prática, no plano da interpretação jurídica, bem como a crítica decisiva às lógicas e às reflexões formais do problema do direito, que vem sendo realizadas desde exercícios autômatos de interpretação jurídica.

Trata-se do principal problema da juridicidade brasileira, que deve ser superado para rompermos com uma juridicidade imposta e limitada pela vontade política aliada à uma postura de obediência acrítica não reflexiva, por não pretender nem ao mesmo ir além das noções decorrentes do sistema fechado de sentidos para o direito. No ponto, sendo perspectivada tal questão em prismas metodológicos, partindo da crítica da juridicidade pelo pensamento jurídico¹⁷⁵⁹, de forma a ser enfrentado também o pensamento que fundamenta a proposta de substituição e as lógicas daí decorrentes, para romper com os particularismos e as adesões coletivas passivas, que impedem o reconhecimento da complexidade do fenômeno do direito¹⁷⁶⁰.

Tais questões essenciais parecem ser incontornáveis para se pensar as juridicidades que foram sendo assumidas desde a criação do Estado brasileiro, passando pelo modelo positivo inaugurado com o Código Civil de 1916, na trilha da crença em um certo espírito do direito moderno, até se chegar à nossa ordem constitucional atual. Trata-se do paradigma do direito brasileiro responsável pela elevação do mundo da juridicidade positivada nessa sociedade, todavia construída em paralelo aos mais variados tipos de desigualdades no mundo real. Um tipo de

1759 Cfr. HESPANHA, *op. cit.*, 2015, p. 208.

1760 Cfr. PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 100-101.

paradigma cuja marca d'água caracteriza-se atualmente por um decisionismo de vértice e randômico, por não se fundar nem ao menos numa pretensão de questionamento da racionalidade aí envolvida, bem como do discurso jurídico em termos metodológicos. Fica comprometida, portanto, seriamente até mesmo a intencionalidade de aproximação entre os juízos e os problemas práticos do direito. Hoje com novas e preocupantes problemáticas, além das já identificadas na formação da cultura jurídica brasileira desde a sociedade escravocrata, particularmente no plano da justiça constitucional¹⁷⁶¹.

No fundo, parece haver não somente o distanciamento entre as projeções da juridicidade e o mundo social, como pode ser constatada no pensamento legal-normativista, mas o domínio de um tipo de racionalidade jurídica que não assume o compromisso da realização do direito em concreto, além das lógicas subsuntivas. Daí, portanto, permanece vivo o rompimento entre a juridicidade afirmada para uma sociedade imaginada, mantida numa constante dinâmica de injustiça ou, quando muito, de justiça acidental.

Por isso, cabe reconhecer a importância de se pensar criticamente a juridicidade em conjunto com a historicidade, a partir de aspectos ontológicos, para ser possível alcançar panoramas mais profundos e críticos de reflexão do fenômeno do direito. Algo que não se pode afirmar seriamente se alheadas as dimensões reflexivas decorrentes do seu tempo histórico¹⁷⁶². É através do reconhecimento dos fenômenos jurídicos, especialmente em sua longa duração, que torna-se possível atingir os seus variados sentidos numa sociedade¹⁷⁶³. O respeito ao tempo do direito permite refletir os processos específicos de formação, as variadas experiências e os problemas essenciais para a crítica não superficial do paradigma do direito em crise. A noção de filosofia do direito positivo, bem como as suas tradições repetidas e mitológicas circulares, não permitem a reflexão crítica da crise do direito. Mais exatamente, como leciona CABRAL MONCADA, o referido sentido “filosófico” aqui, na verdade, pode ser denominado de “tudo menos uma filosofia”, sendo “uma

1761 Cfr. MARMELSTEIN LIMA, *op. cit.*, p. 57 s.

1762 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 23.

1763 PAOLO GROSSI, *op. cit.*, 2004, p. 22, nota 13.

aplicação de métodos científicos a temas filosóficos, como escreveu ORTEGA Y GASSET¹⁷⁶⁴.

A relação entre historicidade e o pensamento jurisprudencialista nos oferece condições de passarmos a pensar mais profundamente o sentido Direito, sem afastar ideologicamente o seu tempo para a mediação de direitos em concreto. Sem qualquer tipo de receio, ao menos diante dos problemas encontrados na construção do direito e no pensamento jurídico no Brasil, parece imprescindível o empenho da pesquisa sobre o tempo do Direito, levando-se em conta os diferentes espaços sociais de sua realização. Essa dinâmica deve ser garantida por reiterados esforços de compreensão dos fenômenos jurídicos, nunca afastando-se da importância das evidências para a compreensão do mundo prático do Direito. Dessa forma, no momento da realização do direito em concreto, no qual confrontam-se as relevâncias materiais do caso com a normatividade, deve ser considerado o tempo do Direito numa perspectiva também material, não totalmente subjetiva e pressuposta, pelo risco de se assumir, especialmente na “*correção (sincrônica e diacrônica)*”¹⁷⁶⁵, a substituição do legal-normativismo por uma renovada espécie de positivismo sociológico, na qual os problemas práticos da sociedade e de suas diferentes comunidades não são propriamente refletidos.

As especificidades do fenômeno do direito no Brasil impõem a consideração dos sentidos da “*realidade histórico-social*”¹⁷⁶⁶ para a reflexão da proposta jurisprudencialista, enquanto caminho viável para a superação da crise do direito do nosso presente. Ainda mais por dominar certa razão monológica¹⁷⁶⁷, que deve ser afastada pela racionalidade que se ocupa com o sujeito de direitos pensado conjuntamente com o tempo do Direito. O reconhecimento do processo histórico afasta as tentativas de utilização dos eixos de sentidos moldados numa suposta herança construída por parte dos discursos jurídicos, desde meados do séc. XIX, responsáveis pela formação mitológica do paradigma jurídico brasileiro. Isso deve ser reconhecido através de uma pesquisa e da reflexão suficiente, por serem evidentes os problemas decorrentes das pressuposições acríicas da construção de juridicidades específicas a partir

1764 *Op. cit.*, 2003, p. 177.

1765 CASTANHEIRA NEVES, *op. cit.*, 2013, p. 180 s.

1766 *Ibidem*, p. 181.

1767 Cfr. HABERMAS, *op. cit.*, 1988, p. 281, nota 3.

de modelos simplificados de construção de sistema fechados de direitos. Mais ainda, importa pensarmos criticamente as posições e as alternativas que permitem a aproximação entre o sentido da juridicidade e o sentimento do justo em determinada sociedade, com as suas diversas comunidades de pessoas, quer se ajustem ou não aos esquadros modelares do Estado-nação. Pois, interessa não a mera substituição de um paradigma jurídico por outro, sendo necessária a reflexão dessa superação através de um processo integral do pensamento humano diante da complexidade do mundo, onde os sentidos decorrentes da realidade não podem ser desconsiderados por ideologias diferentes.

O sentido de abertura para a superação do paradigma atual passa, assim, pela consideração dos problemas do Direito, enquanto “facto social e histórico” conjuntamente com o pensamento que o acompanha, só sendo possível pensá-los nessa constante interação¹⁷⁶⁸. Deve ser afastado desse debate qualquer tipo de imposição de alegado pensamento imposto autoritariamente e irracional, diante do caminho aberto pelo jurisprudencialismo, que possibilita aprofundarmos as discussões dos problemas do paradigma atual do direito brasileiro e as formas de superá-los racionalmente pelo caminho da ciência¹⁷⁶⁹. No mínimo, para apostar na discussão de um horizonte de problematização, já que essa proposta de superação passa claramente pelo desejo fundado em sentidos possíveis desde o projeto iluminista para o direito, bem como pela questão das interdependências entre a juridicidade e o Estado.

Dessa forma, importa a formação do pensamento jurídico desde o legal-positivismo no Brasil, a partir das reflexões da então sociedade escravocrata, para assumirmos seriamente a complexidade do fenômeno jurídico no país e realizarmos a crítica da ideia de estratificação do conhecimento científico herdeira de tradições deterministas e evolucionistas¹⁷⁷⁰. Destaca-se, assim, a necessidade de questionamento da

1768 Cfr. CABRAL MONCADA, *op. cit.*, 2003, p. 213.

1769 Cfr. POPPER, *op. cit.*, especialmente o capítulo “Science: Problems, Aims, Responsibilities”, p. 82-111. Porém, nos limites da dimensão crítica, não da reflexão dessas consequências para o Direito, conforme advertência de CASTANHEIRA NEVES, *cfr. op. cit.*, 2010a, p. 292.

1770 Cfr. CLOVIS BEVILAQUA, “A formula da evolução juridica”, *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Typographia Empreza Diário da Manhã, 1893, p. 3-29.

formação do direito brasileiro, que mobiliza o reconhecimento da complexidade e da dificuldade da realização de direitos em uma sociedade intrincada como a brasileira.

Essa mudança somente é possível, no plano do pensamento jurídico, após a superação das projeções de uma racionalidade que se imagina a partir de referências hoje muito criticadas, que foram criadas num processo de legitimação irrefletida — a imagética estatal — para sustentar ideologicamente um projeto político e jurídico. Por isso, mais uma vez, parece importante a posição dos(as) juristas quanto às responsabilidades e os riscos assumidos frente às ilusões que são aceitas muitas vezes por mera comodidade¹⁷⁷¹ ou por ausência de esforço crítico.

A superação da crise do legal-normativismo passa necessariamente pela preocupação com a interpretação jurídica, que deve ser assumida com a intencionalidade de compreensão mais ampla da atividade de realização de direitos. Nessa perspectiva, o(a) jurista deve reconhecer que o afirmado direito atual resulta de um fenômeno caracteristicamente político, devendo ser pensado o sentido do Direito numa essencialidade suficiente que lhe permita assumir as feições de uma autonomia científica, mas que, enquanto realização prática, não se confunda com o puro poder ou com a assimilação de práticas irrefletidas. Assim, como opção humana plena de sentidos valorativos, parece essencial considerar racionalmente a aproximação da normatividade com o mundo prático do Direito.

Destaca-se que tal paradigma jurídico, desde o séc. XIX, passa a ser assumido enquanto “um abstracto objecto pré-posto”, com seu correspondente “método jurídico”, caracteristicamente centrado “na interpretação teórico-cognitiva” (“hermenêutica”), na “construção-sistematização lógica dos conceitos inferidos pela actividade interpretativa” (“epistemológica”) e, por fim, na “aplicação silogístico-subsuntiva” (“técnica”)¹⁷⁷². Tal paradigma, após as críticas do “pensamento jurídico” especialmente centradas na importância dos(as) juristas ocupados(as) com as reflexões metodológicas, passou a ser refletido e problematizado na busca de uma superação¹⁷⁷³.

1771 Cfr. MARC BLOCH, *op. cit.*, 1952, p. 58.

1772 FERNANDO BRONZE, *op. cit.*, 2003, p. 153.

1773 *Ibidem*, p. 154 s.

Particularmente o afastamento ideológico da reflexão dos processos históricos envolvidos na construção desse tipo de paradigma jurídico, em um movimento de autopoiese, garante a manutenção de sua legitimidade, na mesma medida em que acentua a sua crise, pelo fechamento do sistema frente ao mundo prático do direito. Aí não parece ser possível assumir seriamente a autonomia do Direito, por inviável o reconhecimento da juridicidade como diversa da dimensão política, bem como o discernimento da pessoa humana “como sujeito ético do direito”¹⁷⁷⁴. A superação de tais problemas somente pode ser assumida como possível após a sua reflexão crítica, através da abertura de caminhos que considerem a realização prática do direito, diante da contextualização do sentido e do tempo próprio do Direito, suportados por uma racionalidade prática.

O sentido do Direito exige o enfrentamento da crise do paradigma jurídico atual, reconhecida em sua especificidade, bem como a aposta num caminho melhor para a juridicidade, a partir da valorização da reflexão da interpretação jurídica, como aponta o jurisprudencialismo. Portanto, somente após o reconhecimento da dimensão dos problemas aí envolvidos, como os enfrentados pelo pensamento jurídico brasileiro, passamos a ter plena consciência de “que a acentuação do ‘elemento teleológico’ – ou seja, a compreensão prático-normativa e não apenas filológico-histórica ou dogmático-analítica das normas jurídicas – implica o abandono de um sentido puramente hermenêutico (hermenêutico-exegético) e a assunção de um sentido verdadeiramente normativo (prático-normativo) na interpretação jurídica”¹⁷⁷⁵. Devemos estar conscientes de “que as exigências de sistema e de pressupostos fundamentos dogmáticos não se fechem numa auto-suficiência”, já que devem estar dispostos à “uma intencionalidade materialmente normativa que, na sua concreta e judicativo-decisória realização, se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizada”¹⁷⁷⁶. Isso somente é realizável no Brasil se houver o reconhecimento crítico da problemática da historicidade para o sentido do Direito, como

1774 CASTANHEIRA NEVES, in COELHO *et al.*, *op. cit.*, p. 77.

1775 *Idem*, *op. cit.*, 2013, p. 108.

1776 *Ibidem*, p. 123.

algo muito diverso dos quadros mentais e das simbologias construídas pelo paradigma jurídico estatalista.

Tal superação deve ser buscada com o esforço de construção crítica do fenômeno da juridicidade no Brasil, que aprofunda a problemática do legal-normativismo no país, afastando as bases mitológicas construídas particularmente em dois momentos: na afirmação do Estado brasileiro, após a ruptura com o contexto da América portuguesa, e na instauração republicana, com as modificações simbólicas decorrentes da construção do Estado-nação. Tais momentos são ainda os responsáveis pelas simbologias do projeto de direito nacional, ainda marcado pela tradição de um certo romantismo de afirmação nacional, que ainda dificulta a reflexão profunda sobre a construção da juridicidade brasileira. A ausência da temática da escravidão, mais uma vez, parece ser a evidência mais clara da vitalidade do fundo mitológico de manutenção ideológica do paradigma atual do direito no Brasil.

O jurisprudencialismo no Brasil, além do esforço necessário para o reconhecimento da crise do direito e da possibilidade de sua superação, passa também pela identificação dos principais “*points d’appui normatifs*”¹⁷⁷⁷ dos discursos jurídicos, muitas vezes mantidos nos extremos da ficção alimentados pelo desejo de alheamento da realidade social. Por isso, a reflexão jurídica deve ser capaz de realizar o debate franco dessa juridicidade, ao menos numa generalidade suficiente para a compreensão dos valores sociais, particularmente envolvidos na crise do direito, que permita expressá-los com certa suficiência argumentativa.

É fundamental o esforço além das comodidades oferecidas aos(às) juristas pela herança acrítica da era dos positivismos lógicos e sociológicos ou das filosofias morais estruturantes de mundos sonhados, quase nunca refletidos, ou mesmo das conveniências construídas para o olhar privilegiado e garantido por discursos de autoridade. Aqueles mecanismos característicos de um certo processo de modernização do direito vistos particularmente no paradigma do legal-normativismo, na tradição do encapotamento do direito pela política e da criação de uma certa tipologia de jurista. Esses problemas ficam totalmente evidentes com o cruzamento crítico das temáticas da escravidão e a formação do direito moderno no Brasil. Dessa forma, diante da crise do direito brasileiro,

1777 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 58.

mesmo sem atingir a superação plena do paradigma jurídico atual, um olhar crítico e antirracista, no plano da interpretação e do mundo prático de direitos, pode significar a diferença entre a prisão e a liberdade, o reconhecimento ou não de um direito a um ser humano.

É essa perspectiva que não podemos desconsiderar, sendo para nós o jurisprudencialismo o melhor caminho para suportar a específica crise do direito no Brasil. Especialmente diante da crise de um tipo de juridicidade que se tem valido cada vez mais de soluções de cúpula¹⁷⁷⁸, deve ser problematizada a importância da perspectiva de realização prática de direitos¹⁷⁷⁹. Pois, o legal-normativismo não suporta o nível de complexidade do mundo atual, nem em termos lógicos, nem se propõe a refletir seriamente sobre as mais variadas alternativas colocadas hoje no horizonte reflexivo da juridicidade. Diante desse quadro bastante amplo e complexo¹⁷⁸⁰, o jurisprudencialismo parece ser o melhor caminho não somente para a construção de um projeto de Direito, mas também por ser a mais adequada “*levier extérieur*”¹⁷⁸¹ para refletir criticamente a crise do direito no Brasil, dentro da perspectiva de uma modernidade ainda possível¹⁷⁸². Daí a aposta num possível projeto de Direito, enquanto construção cultural, que somente pode ser considerado de maneira séria se refletido conjuntamente em seu tempo próprio, ou seja, em sua historicidade.

1778 Cfr. MARMELSTEIN LIMA, *op. cit.*, p. 74-75. Esse quadro hoje é muito agravado com as problemáticas especialmente referentes às questões penais que, sem entrarmos em maiores considerações, têm demonstrado claramente os problemas decorrentes da ausência de uma “perspectiva metódica” na interpretação jurídica.

1779 Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LI, 1975, p. 131 s. Trata-se da primeira parte de um trabalho, cuja sequência foi publicada no mesmo Boletim, em seu volume seguinte, p. 95-240.

1780 Cfr. REIS MARQUES, *op. cit.*, 2008.

1781 BOLTANSKI, *op. cit.*, p. 73.

1782 Cfr. AROSO LINHARES, *op. cit.*, 2010.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se entender a crise do direito brasileiro, caracterizado pelo paradigma do legal-normativismo, especialmente seus quadros ideológicos e diacrônicos herdeiros da formação da juridicidade nacional desde a era da escravidão no Brasil. No fundo, buscou-se entender a imposição de uma certa naturalização da juridicidade, desde o domínio do pensamento positivista acrítico, que ao pretender realizar direitos em concreto demonstra todo o distanciamento ideológico do mundo prático e social. Tem-se aí ainda a aposta nas logicidades do direito moderno codificado responsáveis pelo alheamento a-histórico da formação jurídica no país.

Essa situação nos levou a pesquisar o tempo próprio do direito moderno no Brasil para pensarmos na sua superação pela defesa do sentido do Direito, no caminho do jurisprudencialismo proposto pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pois, a superação da crise da juridicidade em que vivemos parece exigir o reconhecimento das especificidades aí envolvidas pelo pensamento jurídico crítico. Com destaque para a reflexão da historicidade, em sentido muito diverso daquele imposto pelos diferentes tipos de positivismos, includentes ou excludentes, que têm sido oferecidos para tal superação. Diferentemente das mais variadas alternativas que se colocam atualmente ao Direito, que acabam por afastar a possibilidade de construção de tal opção cultural. Esses caminhos, em linhas gerais, têm-se valido dos mesmos quadros mentais do direito em crise.

Na busca por um contraponto mais profundo às construções ideológicas de nosso direito atual, a evidenciação da escravidão no Brasil, especialmente quanto a uma temática manipulada pela construção da juridicidade brasileira, demonstrou-se plenamente capaz de oferecer a crítica mais profunda ao paradigma jurídico atual. O pensamento ju-

rídico crítico, através da mobilização da historicidade e da escravidão, atinge os mais profundos discursos mitológicos estatalistas envolvidos na legitimidade do exercício do poder político pela via do direito. Algo que somente foi possível realizar com atenção ao processo de purificação moderna dessa temática, em razão da elevação dos discursos raciais, ainda muito vivos no campo do direito, especialmente pelo esforço ainda insuficiente para afastar o racismo do pensamento jurídico brasileiro.

Através da perspectiva crítica sobre o fenômeno da juridicidade no Brasil, foi possível notar, enquanto temática central, que a escravidão foi refletida desde o direito natural, religioso e racional em diferentes filosofias, partindo das concepções que ainda se valiam da moral, até se chegar ao paradigma do direito moderno. Contudo, apesar de não conviver a escravização de seres humanos com a elevação plena do direito positivista, não deixou de esforçar-se em retirar de seu mito de origem tais questões contrárias às ilusões evolucionistas desse direito racionalista. Como procurou-se evidenciar no texto, processos amplos e variados integraram a formação jurídica brasileira, sendo somente reconhecíveis pela historicidade enquanto resultantes do esforço de pesquisa sobre as especificidades desse complexo fenômeno humano, sendo, por isso, muito diversa dos quadros estanques da mitologia moderna que normalmente são impostas ao afirmado projeto de direito.

Porém, dentro da perspectiva da filosofia do direito, a questão da historicidade nos interpela não propriamente para a pesquisa sobre as questões históricas a partir do direito da escravidão, aqui referidas para indicar a amplitude de nossa formação jurídica, mas para compreender-se criticamente a formação jurídica nacional. No ponto onde foi possível notar amplamente o esforço de omissão e extração ideológica das temáticas da escravidão e do racismo da reflexão jurídica, verifica-se a permanência das ideologias raciais no pensamento jurídico brasileiro, ao menos se consideradas como temáticas muito mais amplas do que comportaria a dimensão legislativa do direito legal-normativista.

Pode-se notar a artificialidade imposta à juridicidade brasileira decorrente da utilização de uma certa herança forjada localmente, a partir do direito tradicional presente no momento da formação estatal e que foi sendo alterado pelas influências iluministas, positivistas, evolucionistas e liberais de um tipo de direito moderno. Trata-se do direito burguês, que foi acompanhado pela assimilação dos problemas concretos da sociedade desde o pensamento positivista. Tal naturalização deve

ser confrontada com a valorização do olhar crítico sobre as temáticas destacadas no texto, para permitir ao pensamento jurídico crítico a confrontação profunda do paradigma jurídico atual e a consideração das alternativas de superação, especialmente da mediação de direitos em concreto, no sentido do valor e da justiça.

A superação da crise do direito no país depende da reflexão crítica do enorme hiato entre a afirmação dos direitos e a manutenção das desigualdades profundas no mundo prático, como demonstrada pela vitalidade do racismo e das desigualdades sociais no país. Nesse universo social, a manutenção de uma juridicidade pretensamente fechada torna-se incapaz de suportar os problemas práticos do direito, sendo transformada, muito ao contrário do sentido do Direito, em instrumento político de perpetuação de desigualdades, pois demonstra-se apta a conservar, mais do que tudo, apesar da afirmação da dignidade da pessoa humana, o *status quo* e sua consequente segurança jurídica herdada do direito burguês. Tal conclusão depreende-se facilmente com uma vista de olhos sobre os principais problemas dessa juridicidade, como demonstram os sistemas penal e prisional e o acesso aos direitos básicos e a condições justas da vida humana na sociedade brasileira.

Assim, a crítica da formação dessa juridicidade, enquanto um problema para ser suportado pela filosofia do direito, demonstra-se capaz de explicitar e desestabilizar os pilares ideológicos do paradigma atual do direito, que devem ser afastados na luta pela superação da crise do direito no Brasil. Mais ainda, para oferecer os caminhos de reflexão do jurisprudencialismo pelo pensamento jurídico brasileiro.

Assim, foi valorizada a historicidade para a abertura de discussão das racionalidades disponibilizadas aos(às) juristas, para ser considerada seriamente a problemática do Direito. O método crítico foi utilizado para pensar o distanciamento entre os mais variados racionalismos modernos em relação ao tempo do Direito e ao mundo prático, para ser considerada a viabilidade da superação da crise do legal-normativismo no Brasil.

A escravidão brasileira e o Direito, mesmo diante do ínfimo percurso percorrido nesta investigação, demonstraram não somente a importância, mas também a necessidade urgente de a pesquisa jurídica nacional dar especial atenção para os problemas do anacronismo que atingem diretamente a compreensão da formação jurídica: as fontes

jurídicas consideradas a partir de seus diversos contextos históricos. Desde aí foi defendida a importância de se pesquisar e se refletir sobre a temática da escravidão para a compreensão do fenômeno do Direito no Brasil. Daí o esforço — mesmo que confessadamente muitas vezes excessivo — de contextualização dos problemas aqui considerados.

Portanto, o caminho do jurisprudencialismo foi assumido para abrir um campo de possibilidades para o Direito através do debate amplo do problema da mediação prática de direitos, não enquanto imposição de um modelo fechado para ser pensada a superação atual da crise do direito. A partir da valorização das temáticas da escravidão e do racismo, foi pensado o jurisprudencialismo diante da crise específica da juridicidade no Brasil, mesmo reconhecendo estar presente aí também o problema da mobilização do pensamento jurídico, enquanto pretensão de sistema fechado para uma sociedade ideologicamente reduzida, apesar de tratar-se, evidentemente, de um grande universo de questões sempre abertas.

Buscou-se, assim, questionar a imaginação da historicidade enquanto sistema posto, simplesmente reproduzido e delimitado, particularmente como o sistema fechado de sentidos mais utilizado para a juridicidade estatalista. A historicidade foi considerada como algo muito diverso das simplificações impostas à formação do fenômeno jurídico, sendo integrante da problemática da crença irrestrita num certo racionalismo fundador da codificação moderna, que foi sendo assentado a partir da sistematização decorrente da certa imutabilidade do direito posto, especialmente pelo controle ideológico do tempo do Direito.

Daí a opção deste trabalho pela pesquisa e pela busca de compreensão de significativas fontes da juridicidade, através da atenção ao sincretismo, para abranger a dimensão da crise do direito sem as reduções decorrentes dos mais diversos idealismos, muitas vezes pretensamente desprovidos de intenções práticas. Na medida de uma suficiência, buscou-se refletir criticamente sobre o direito no Brasil desde o reconhecimento de que deve ser aprofundada a pesquisa jurídica sobre a escravidão e o racismo no país. Foram experimentados alguns caminhos para pensar criticamente a juridicidade brasileira, com a plena consciência de não ter sido possível, nesta oportunidade, suprir a retumbante ausência da pesquisa jurídica crítica da escravidão e do racismo no Brasil. Somente foi possível utilizar-se de tais questões como perspectivas críticas a uma ideológica e reduzida compreensão da construção

da personalidade no direito, através do direito moderno e dos sujeitos de direitos, sendo assim refletida a modernização do direito brasileiro e sua crise atual.

Assim, foi valorizada no trabalho a historicidade, considerada como algo diverso do tempo, além do que normalmente se vê em trabalhos de pesquisa jurídica, bem como deu-se ênfase ao discurso narrativo, mas sendo ambos justificados pelas ausências ou pelos tangenciamentos do pensamento jurídico crítico quanto às temáticas aqui consideradas, especialmente a escravidão. Tal problema aqui também é confessadamente não tocado na profundidade exigida por sua carga reflexiva, mas cuja intencionalidade de compreensão buscou-se corresponder minimamente no texto. O panorama encontrado para a reflexão profunda da crise do direito no Brasil foi demonstrando-se somente possível pela valorização da historicidade. A realização da pesquisa e a reflexão das principais temáticas deste trabalho somente podem ser almeçadas através de um amplo esforço coletivo, que certamente levará muitos anos para ser desenvolvido de forma ao menos razoável, não tendo sido possível aqui ir além da indicação de alguns caminhos.

Por fim, na trilha do jurisprudencialismo, parece ser possível a reflexão crítica e profunda sobre o problema da juridicidade no país, para a construção do sentido do Direito no Brasil, consideradas as suas principais — e necessárias — particularidades. No fundo, pela compreensão da historicidade juntamente com a problemática do sentido do Direito, sem a qual, no nosso sentir, retira as principais dimensões reflexivas do mundo prático. Por isso, a superação da crise do direito passa pela reflexão das complexidades sociais brasileiras, nessa perspectiva, que exige uma postura diversa da simples generalização dos problemas da juridicidade, para a reflexão do próprio sentido do Direito, mudança que depende de outro modelo de jurista, seguindo-se a postura crítica exigida pelo jurisprudencialismo, bem como mudanças estruturais e mentais importantes, necessárias e difíceis no ensino e na realização do direito no Brasil, de forma a superar também a longa tradição do racismo no país.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, “Literatura Jurídica?: (Impressões de um Leitor)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXXIV, 2008, p. 687-693.

ADEODATO, João Maurício, “O Positivismo Culturalista da Escola de Recife”, *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, UNIVALI, v. 8, n. 2, 2003, p. 303-326.

_____, “Adeus à separação de poderes? Chegando à tese do realismo jurídico”, in BARBOSA, Andréa; FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; MAIA, Fernando Joaquim (orgs.), *O direito como atividade judicial*, Recife, Edições Bagaço, 2009, p. 23-44.

ADEODATO, João Maurício (org.), *Continuidade e originalidade no pensamento jurídico brasileiro: análises retóricas*, Curitiba, Editora CRV, 2015.

ALBERT, Hans, “The Economic Tradition and the Constitution of Science”, *Public Choice*, New York, Springer, n. 144, 2010, p. 401-411.

ALENCAR, José de, *A propriedade*, Rio de Janeiro, B. L: Garnier, 1883.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de (org.), *História da vida privada no Brasil: Império: a corte e a modernidade nacional*, São Paulo, Companhia das Letras, 1997, v. 2.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de, *O Trato dos Viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

- ALLAIN, Jean, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Conventions*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ALLAIN, Jean (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: from the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012, *ebook*.
- ALMEIDA, Candido Mendes de, *Codigo Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-Rey D. Philippe I*, 14 ed., Rio de Janeiro, Typographia do Instituto Philomathico, 1870.
- ALONSO, Angela, *Idéias em Movimento: a geração 1870 na crise do Brasil-Imperio*, São Paulo, Paz e Terra, 2002.
- _____, *Flores, votos e balas: o movimento abolicionista brasileiro (1868-88)*, São Paulo, Companhia das Letras, 2015.
- ALVES, José Carlos Moreira, “Universidade, Cultura e Direito Romano”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 87, 1992, p. 39-63.
- ANDERSON, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, New York, Verso, 2006.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral da relação jurídica: sujeitos e objecto*, Coimbra, Livraria Almedina, 1960, v. I.
- _____, *Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis*, Coimbra, Armênio Amado Editor, 1978.
- ARANGUREN, José Luís López, *Obras completas de José Luis L. Aranguren: moral, sociología y política I*, Madrid, Editorial Trotta, 1996, v. 4.
- ARAÚJO, Antônio Pereira de, *A Monarchia Brasileira se agarrando á taboia da escravidão: obra christã e philosophica*, Bahia, Typographia do Bazar, 1885.
- ARENDT, Hannah, “Race-Thinking Before Racism”, *The Review of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 6, n. 1, 1944, p. 36-73.

- _____, “Imperialism, Nationalism, Chauvinism”, *The Review of Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 7, n. 4, 1945, p. 441-463.
- _____, *The Human Condition*, 2 ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- ARINOS, Afonso, *Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1972.
- ARISTÓTELES, *Política*, tradução de António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes, Lisboa, Vega, 1998.
- _____, *Os Económicos*, tradução de Delfim Ferreira Leão, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2004.
- _____, *Ética a Nicómaco*, tradução de José Luis Calvo Martínez, Madrid, Aliança Editorial, 2005.
- _____, *Ética a Nicómaco*, tradução de António de Castro Caeiro, 4 ed., Lisboa, Quetzal, 2012.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE, María José Fariñas, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2 ed., Madrid, Universidad Carlos III, Boletín Oficial del Estado, 2006.
- ASCARELLI, Tullio, *Panorama do Direito Comercial*, São Paulo, Saraiva, 1947.
- _____, *Saggi Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949.
- _____, *Studi di Diritto Comparato e in Tema di Interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952.
- AZEVEDO, Elciene, *Orfeu de Carapinha: a trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de São Paulo*, Campinas, Editora Unicamp, 1999.
- _____, *O direito dos escravos: lutas jurídicas e abolicionismo na Província de São Paulo*, Campinas, Editora da Unicamp, 2010.

- BADER, Veit-Michael, *Rassismus, Ethnizität, Bürgerschaft: Soziologische und Philosophische Überlegungen*, Münster, Westfälisches Dampfboot, 1995
- BALEEIRO, Aliomar, *Constituições brasileiras: 1891*, 3 ed., Brasília, Senado Federal, 2012, v. II.
- BAPTISTA, Francisco de Paula, *Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Editores Pinto e Waldemar, 1857.
- BARBOSA, Ruy, *Emancipação dos escravos: parecer formulado pelo deputado Ruy Barbosa*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1884.
- BARKER, Paul (ed.), *Living as Equals*, New York, Oxford University Press, 1996.
- BARRETO, Tobias, *Estudos de Direito: publicação posthuma dirigida por Sylvio Roméro*, Rio de Janeiro, Laemmert & C., 1892.
- _____, *Obras completas: estudos de direito*, 2 ed., Aracaju, Edição do Estado de Sergipe, 1926, v. I.
- BARRETO, Vicente; PAIM, Antonio, *Evolução do pensamento político brasileiro*, Belo Horizonte/São Paulo, Itatiaia/Edusp, 1989.
- BAUMAN, Zygmunt, *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press, 2007.
- BERMAN, Harold Joseph, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- BEVILAQUA, Amelia de Freitas; BEVILAQUA, Clovis, *Litteratura e Direito*, Bahia, Livraria Magalhães, 1907.
- BEVILAQUA, Clovis, “A formula da evolução juridica”, *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Typographia Empresa Diário da Manhã, 1893, p. 3-29.
- _____, *Criminologia e Direito*, Bahia, Livraria Magalhães, 1896.

- _____, *Em defeza do Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1906.
- _____, *Codigo Civil dos Estados Unidos do Brazil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1916, v. 1.
- _____, *História da Faculdade de Direito do Recife: 11 de agosto de 1827, 11 de agosto de 1927*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1927.
- _____, *Linhas e perfis jurídicos*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1930.
- _____, “Unificação do direito privado”, *Rivista di Diritto Dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, Modena, Mucchi Editore, n. 22, 2006, p. 241-248.
- BEVILAQUA, Clovis; NETO, Soriano, *Dois discursos sôbre um jurista (1923-1955)*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1956.
- BITTAR, Eduardo C. B., *Linguagem jurídica*, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- BLACKBURN, Robin, *The Making of New World Slavery: From the Baroque to the Modern, 1492-1800*, London, New York, Verso, 1998.
- BLOCH, Marc, *Apologie pour L’Histoire ou Métier D’Historien*, 2 ed., Paris, Armand Colin, 1952.
- _____, *Apologia da História ou o Ofício do Historiador*, edição anotada por Étienne Bloch, Rio de Janeiro, Zahar, 2002.
- BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*, 2 ed., Torino, Einaudi, 1992.
- BOLTANSKI, Luc, *De La Critique: précis de sociologie de l’émancipation*, Paris, Gallimard, 2009.
- BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz, *Um enigma chamado Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 2009.
- BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz (org.), *Cidadania, um projeto em construção*, São Paulo, Claro Enigma, 2012.

BOTELHO, Sebastião Xavier, *Memoria estatistica sobre os Dominios Portuguezes na Africa Oriental*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1835.

_____, *Benefícios que podem provir ás nossas possessões d’Africa da prohibição daquelle tráfico: projecto de uma companhia comercial que promova a cultura e civilização daquelles domínios*, Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1840.

BOURDIEU, Pierre, “La Spécificité du champ scientifique et les conditions sociales du progrès de la raison”, *Science et Structure Sociale*, Québec, Les Presses de l’Université de Montréal, v. 7, n. 1, mai. 1975, p. 91-118.

_____, “Le Champ scientifique”, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, Paris, Le Seuil, v. 2, n. 2, 1976, p. 88-104.

_____, *Le Sens pratique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1980.

_____, *Homo academicus*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1984.

_____, *Science de la science et réflexivité*, Paris, Éditions Raisons d’Agir, 2001.

_____, *O Poder Simbólico*, Lisboa, Edições 70, 2011.

BRANDÃO, Cláudio; HOMEM, António Pedro Barbas, *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2015.

BREMEU, Antonio Cortez, *Universo Jurídico, ou Juris-Prudencia Universal, Canonica, e esarea*, Lisboa, Offic. de Domingos Rodrigues, 1749, tomo I.

BRETON, Joachim le, *Breves reflexões acerca do estado actual do trafico da escravatura, em relação ao progresso da civilização europeia*, Lisboa, Typographia de J. F. de Sampaio, 18??.

BRONZE, Fernando José, “Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXV comemorativo, 2003, p. 151-177.

- _____, *Lições de Introdução ao Direito*, 2 ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006.
- _____, *Analogias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso, *Conferências. Cadernos do Centenário: Metodologia e Filosofia do Direito*, Coimbra, Instituto Iuridico, 2016.
- BROTERO, José Maria Avellar, *Princípios de direito natural*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial e Nacional, 1829.
- BUENO, José Antonio Pimenta, *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Ville-neuve E. C., 1857, partes I e II.
- BÜRGE, Alfons, “Lo schiavo (in)dependente e il suo patrimonio”, in CORBINO, Alessandro *et al.*, *Homo, caput, persona: la costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, IUSS Press, 2010, p. 369-391.
- CAETANO, Marcello, *Constituições Portuguesas*, 4 ed. rev. e atual. com a análise da Constituição de 1976, Lisboa, Verbo, 1978.
- CALÓGERAS, João Pandiá, *Formação histórica do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2009.
- CANDIDO, Antonio, *Formação da Literatura Brasileira: momentos decisivos*, 9 ed., Belo Horizonte, Itatiaia, 2000, 1 v.
- CARNEIRO, Manuel Borges, *Direito Civil de Portugal, contendo tres livros: I. Das pessoas, II. Das cousas, III. Das obrigações e acções*, Lisboa, Typographia de Maria da Madre de Deus, 1858, tomo I.
- CAPELA, José, “Abolición y abolicionismo en Portugal y sus colonias”, in SOLANO, Francisco de (coord.), *Esclavitud y derechos humanos: la lucha por la libertad del negro en el siglo XIX. Actas del Coloquio Internacional sobre Abolición del Esclavitud*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1990, p. 577-606.

COROATÁ, José Prospero Jehovah da Silva, *Apanhamento de decisões sobre questões de liberdade*, Bahia, Typographia de Camillo de Lellis Masson & C., 1867.

_____, *O Vademecum Forense contendo uma abreviada exposição da teoria do processo civil*, 3 ed., Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1881.

CARPINTERO, Francisco, *La Ley Natural: historia de un concepto controvertido*, Madrid, Encuentro, 2008.

CARVALHO, José Murilo de, *Pontos e Bordados: escritos de história e política*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 1998.

_____, “História intelectual no Brasil: a retórica como chave de leitura”, *Revista de História Topoi*, Rio de Janeiro, PPHS/UFRJ, v. 1, n. 1, 2000, p. 123-152.

_____, *Cidadania no Brasil*, 3 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, José Murilo de (org.), *Nação e cidadania no Império: novos horizontes*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, Orlando de, *Os Direitos do Homem no Direito Civil Português*, Coimbra, Textos Vértice, 1973.

_____, *A Teoria Geral da Relação Jurídica: seu sentido e limites*, 2 ed., Coimbra, Centelha, 1981.

_____, “Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LX, 1984, p. 1-86.

_____, “Indi partissi povero e vetusto: meditação sobre Manuel de Andrade trinta anos depois de sua morte”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXV, 1989, p. 467-488.

_____, “*Ius — Quod Iustum?*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXII, 1996, p. 1-12.

- _____, “Para um novo paradigma interpretativo: o Projecto Social Global”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIII, 1997, p. 1-17.
- CASSIRER, Ernest, *The Myth of the State*, London, Yale University Press, 1946.
- _____, *The Philosophy of the Enlightenment*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- CASTRO, José Antonio de Azevedo, *Dr. Agostinho Marques Perdigão Malheiro: estudo bio-bibliographico*, Rio de Janeiro, Typographia de Pinheiro & C., 1883.
- CHACON, Vamireh, *História das idéias socialistas no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1965.
- _____, *História das idéias sociológicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1977.
- _____, *O Humanismo Brasileiro*, São Paulo, Editora Summus, 1980.
- CHALHOUB, Sidney, “Medo branco de Almas Negras: Escravos, Libertos e Republicanos na Cidade do Rio”, *Revista Brasileira de História*, São Paulo, ANPUH, v. 8, n. 16, 1988, p. 83-105.
- _____, *Machado de Assis, historiador*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.
- _____, “The Politics of Silence: Race and Citizenship in Nineteenth-Century Brazil”, *Slavery and Abolition*, New York, Routledge, v. 27, n. 1, 2006, p. 73-87.
- _____, *Visões da liberdade: uma história das últimas décadas da Escravidão na Corte*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.
- _____, *A Força da Escravidão: ilegalidade e costume no Brasil Oitocentista*, São Paulo, Companhia das Letras, 2012.

- CLAVERO, Bartolomé, *Tantas personas como estados: por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos, 1986.
- _____, “Book reviews: Vísperas del Leviatán: Instituciones y Poder Político: Portugal, Siglo XVII”, *The Journal of Modern History*, Chicago, The University of Chicago Press, v. 63, n. 4, 1991, p. 801 e 802.
- _____, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo XXI, 1993.
- _____, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- _____, *Derecho Global: por una historia verosímil de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- COELHO, Nuno M. M. Santos; SILVA, Antonio Sá da (orgs.), *Teoria do Direito: direito interrogado hoje – o Jurisprudencialismo: uma resposta possível?*, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 2012.
- COING, Helmut, “Remarks on the History of Foundations and their Role in the Promotion of Learning”, *Minerva*, Berlin, Springer, v. 19, n. 2, 1981, p. 271-281.
- CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida, *Os limites dos Direitos Humanos Acríticos em face do Racismo Estrutural Brasileiro: o programa das penas e medidas alternativas do Estado de São Paulo*, Mestrado em Direito do Estado, São Paulo, FD-USP, 2009.
- CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, *Réflexions sur l’esclavage des nègres*, Neuchâtel, Société Typographique, 1781.
- CONRAD, Robert, *The Destruction of Brazilian Slavery: 1850-1888*, Berkeley, University of California Press, 1972.
- CORREIA, Luiz M., *O Direito de Propriedade, o Dominio e a Posse segundo o Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typographia do Jornal do Commercio, 1920.

COSTA, João Cruz, “O positivismo na República: notas sôbre a história do positivismo no Brasil”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, n. 15, 1953, p. 97-131.

_____, *Contribuição à história das idéias no Brasil*, Rio de Janeiro, José Olímpio, 1956.

_____, *O positivismo na República*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1956.

COSTA, Vicente José Ferreira Cardozo da, *Que he o Codigo Civil?*, Lisboa, Typographia de Antonio Rodrigues Galhardo, 1822.

_____, *Que he o Codigo Civil?*, Rio de Janeiro, Typographia Imperial de P. Plancher-Seignot, 1828.

COUTINHO, José Joaquim da Cunha de Azeredo, *Ensaio Economico sobre o comercio de Portugal e suas Colonias*, Lisboa, Academia Real das Sciencias, 1794.

_____, *Analyse sobre a justiça do commercio do resgate dos escravos da Costa da Africa*, nov. rev., e acres., Lisboa, Nova Officina de João Rodrigues Neves, 1808a.

_____, *Concordancia das leis de Portugal, e das Bullas Pontificias, das quaes humas permitem a escravidão dos pretos d’ Africa, e outras prohibem a escravidão dos indios do Brazil*, Lisboa, Nova Officina de João Rodrigues Neves, 1808b.

CRIPPA, Adolfo, *As ideias filosóficas no Brasil: século XVII e XIX*, São Paulo, Convívio, 1978.

CRUZ, Guilherme Braga da, “Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 50, 1955, p. 32-77.

_____, “O direito subsidiário na história do direito português”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de Estudos Históricos Doutor António de Vasconcelos, 1975, tomo XIV, p. 177-316.

- _____, *Memórias da Academia das Ciências de Lisboa: Classe de Letras*, Lisboa, ACL, tomo XX, 1979.
- CUNHA, Manuela Carneiro da (org.), *História dos Índios no Brasil*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- CUNHA, Manuela Carneiro da, *Negros, estrangeiros: os escravos libertos e sua volta à África*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2012.
- CURRAN, Andrew S., *The Anatomy of Blackness: Science & Slavery in an Age of Enlightenment*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2011.
- CUTLER, James Elbert, *Lynch-Law: An Investigation into the History of Lynching in the United States*, London/Bombay, Longmans, Green, 1905.
- DAVIS, David Brion, *The Problem of Slavery in Western Culture*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- _____, *Inhuman Bondage: The Rise and Fall of Slavery in the New World*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- _____, “Re-Examining the Problem of Slavery in Western Culture”, *American Antiquarian Society*, Worcester, AAS, v. 118, part. 2, 2009, p. 247-266.
- DEL CORRAL, Ildefonso L. García de, *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Instituta-Digesto*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998a, parte I, tomo I.
- _____, *Cuerpo del Derecho Civil Romano: Digesto*, Valladolid, Editorial Lex Nova, 1998b, parte I, tomo II.
- _____, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, edição bilíngue, Barcelona, Editor Jaime Molinas, 1897, parte I, tomo III.
- DELGADO, Luiz, *Quadro histórico do direito brasileiro*, Recife, Editora Universitária, 1974.
- DEUTSCH, David, *The Beginning of Infinity: Explanations that Transform the World*, New York, Viking Penguin Books, 2011.

- DIAS, José Sebastião da Silva, “Pombalismo e Teoria Política”, *Extrato das lições de Cultura Portuguesa proferidas na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas*, Lisboa, Centro de História da Cultura da Universidade Nova de Lisboa, 1982, p. 45-70.
- DIJK, Teun A. Van, *Elite Discourse and Racism*, London, SAGE Publications, 1993.
- DRESCHER, Seymour, *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- DRUMMOND, Antonio de Vasconcellos Menezes de, *Discurso que por ocasião de abrir o curso de direito natural na Faculdade de Direito do Recife a 16 de Março de 1864*, Typographia do Jornal do Recife, 1864.
- DURHAM, Eunice Ribeiro, “A Dinâmica Cultural na Sociedade Moderna”, *Arte em Revista*, São Paulo, CEAC, ano 2, n. 3, 1980, p. 13-14.
- ESTEBAN, Jairo H. Gómez-, “El Mal y la subjetivación política”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Manizales, Universidad de Manizales, v. 12, n. 1, 2014, p. 51-63.
- FAORO, Raymundo, “Existe um pensamento político brasileiro?”, *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 1, n. 1, 1987, p. 9-58.
- _____, *Os Donos do Poder*, São Paulo, Globo, 2000, v. 1.
- FARIA, José Eduardo, “Policentrismo versus Soberanía: los nuevos órdenes normativos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, Universidad de Granada, v. 44, 2010, p. 295-309.
- _____, “Juristas fora da curva: três perfis”, *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV Direito, v. 12, n. 2, 2016, p. 272-310.
- FERREIRA, José Dias, *Anotações aos elementos de direito natural do Excelentíssimo Senhor Vicente Ferrer Neto Paiva*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858.

- _____, *Noções fundamentais de philosophia do direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1864.
- FERREIRA, Pinto, *História da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Editora Universitária, 1981, tomo II.
- FERREIRA, Waldemar, “A História do Direito nos Cursos Jurídicos do Brasil”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 45, 1950, p. 429-446.
- _____, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1951, tomo I.
- _____, *História do Direito Brasileiro*, São Paulo, Livraria Freitas Bastos, 1952, tomo II.
- FIGUEIREDO, Affonso Celso de Assis, *Oito anos de Parlamento*, Brasília, Senado Federal, 1998.
- FINLEY, Moses I., *Ancient Slavery and Modern Ideology*, Princeton, Markus Wiener Publishers, 1998.
- FLORENTINO, Manolo, “Tráfico Atlântico, mercado colonial e famílias escravas no Rio de Janeiro, Brasil, c. 1790-c. 1830”, *História: Questões & Debates*, Curitiba, Editora UFPR, n. 51, 2009, p. 69-119.
- FRAGA, Walter, *Encruzilhadas da liberdade: histórias de escravos e libertos na Bahia (1870-1910)*, 2 ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2014.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo, *Rodrigues Alves: apogeu e declínio do Presidencialismo*, Brasília, Senado Federal, 2001, v. 1.
- FREDRICKSON, George M., *Racism: a Short History*, Princeton, Princeton University Press, 2002.
- FREIRE, Pascoal José de Melo, *Institutiones Juris Civilis Lusitani, cum publici, tum privati*, 2 ed., Coimbra, Conimbricæ Typis Academicis, 1845.

- _____, *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis*, 4 ed., Conimbricae, Typis Academicis, 1853a.
- _____, *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis*, 5 ed., Conimbricae, Typis Academicis, 1853b.
- FREITAS, Augusto Teixeira de, *Nova apostilla á censura do senhor Alberto de Moraes Carvalho sobre o projecto do código civil portuguez*, Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1859.
- _____, *Consolidação das leis civis*, 3 ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1876.
- _____, *Consolidação das leis civis: nova edição refundida*, Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1911a, v. 1.
- _____, *Consolidação das leis civis: nova edição refundida*, Rio de Janeiro, Livraria Garnier, 1911b, v. 2.
- _____, *Código Civil: Esboço*, Rio de Janeiro, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1952.
- FREYRE, Gilberto, *Casa-Grande & Senzala*, Rio de Janeiro, Maia & Schmidt Ltda., 1934.
- _____, *A Amazônia brasileira e uma possível lusotropiologia*, Rio de Janeiro, Agência da SPVEA, 1964.
- _____, *Açúcar: Uma sociologia do doce, com receitas de bolos e doces do Nordeste do Brasil*, 5ª ed., São Paulo, Global, 2012.
- FUNARI, Pedro Paulo A.; SENATORE, Maria Ximena Senatore (eds.), *Archaeology of Culture: Contact and Colonialism in Spanish and Portuguese America*, London, Springer, 2015.
- GADAMER, Hans-Georg, *“Reden und Gedenkworte*, Heidelberg, Lambert Schneider, 1980.
- _____, *Wahrheit und Methode*, 7 Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

- GANDAVO, Pero de Magalhães, *Tratado da Terra do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2008, v. 100.
- GARNSEY, Peter, *Ideas of Slavery from Aristotle to Augustine*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- GASSET, José Ortega y, *¿Qué es Filosofía?*, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões, “O culto do texto da lei na Escola da Exegese: seu sentido e limites”, *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 681-733.
- _____, *Entre o Centro e Periferia: A Perspectivação Ideológico-Política da Dogmática Jurídica e da Decisão Judicial no Critical Legal Studies Movement*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Reis, “Os cem anos do *Boletim* na sua vertente jurídico-filosófica”, *Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra*, Coimbra Editora, v. XCI, volume comemorativo, 2015, p. 3-149.
- GINZBURG, Carlo, *Miti, emblemi, spie: morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 2000.
- _____, “Provincializing the World: Europeans, Indians, Jews (1704)”, *Post-colonial Studies*, Abingdon, Taylor & Francis, v. 14, n. 2, 2011, p. 135-150.
- GOMES, Flávio; SCHWARCZ, Lilia Moritz (orgs.), *Dicionário da escravidão e liberdade: 50 textos críticos*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018.
- GOMES, Laurentino, *Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal à morte de Zumbi dos Palmares*, Rio de Janeiro, Globo Livros, 2019, v. 1.
- GOMES, Orlando, *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- GÓMEZ, Jesús; FLECHA, Ramón, *Racismo: no, gracias. Ni moderno, ni post-moderno*, Barcelona, El Roure Editorial, 1995.

- GORDON, Lewis R., *Disciplinary Decadence: Living Thought in Trying Times*, London, Paradigm Publishers, 2006.
- GOYARD-FABRE, Simone, *Les Principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, PUF, 1997.
- GRINBERG, Keila, “Alforria, direito e direitos no Brasil e nos Estados Unidos”, *Estudos Históricos*, FGV-CPDOC, n. 27, 2001, p. 63-83.
- _____, *O fiador dos brasileiros: Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira Rebouças*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.
- _____, *Código Civil e cidadania*, 3 ed., Rio de Janeiro, Zahar, 2008a.
- _____, *Liberata: a lei da ambigüidade: as ações de liberdade da Corte de Apelação do Rio de Janeiro no século XIX*, Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008b.
- _____, “Escravidão e Relações Diplomáticas: Brasil e Uruguai, século 19”, *4º Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil Meridional*, Curitiba, UFPR, 2009, s/n.
- GRINBERG, Keila; SALLES, Ricardo (orgs.), *O Brasil Imperial: 1808-1831*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009a, v. I.
- _____, *O Brasil Imperial: 1831-1870*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009b, v. II.
- _____, *O Brasil Imperial: 1870-1889*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2009c, v. III.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.
- _____, *Prima lezione di diritto*, 3 ed., Roma, Editori Laterza, 2004.
- _____, *De la codificación a la globalización del derecho*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2010.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo, “A questão racial na política brasileira (os últimos quinze anos)”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 13, n. 2, 2001, p. 121-142.

_____, *Racismo e Antirracismo no Brasil*, 3 ed., São Paulo, Editora 34, 2009.

HAARSCHER, Guy, *Philosophie des Droits de L’Homme*, 4 ed. rev., Bruxelles, Editions de l’Université de Bruxelles, 1993.

HABERMAS, Jürgen, “Technik und Wissenschaft als ‘Ideologie’?”, *Man and World*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, v. 1, n. 4, nov. 1968, p. 483-523.

_____, *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen*, 4 ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1988.

HAFERKAMP, Hans-Peter, “Positivism as a Concept of Legal Historians”, *Juridica International*, Tartu, University of Tartu Press, n. XVII, 2010, p. 100-107.

HART, Herbert L. A., “Positivism and The Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Cambridge, The Harvard Law Review Association, v. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

HAZARD, Paul, *La Pensée européenne au XVIIIe siècle: de Montesquieu à Lessing*, Paris, Fayard, 1963.

HECK, Philipp, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Tübingen, J. C. B. Mohr, Bd. 112, 1914, p. 1-313.

_____, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr, 1932.

HEIDEGGER, Martin, *Was heißt Denken?*, 5 Auflage, Tübingen, Max Niemeyer, 1994.

HESPANHA, António Manuel, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978.

- _____, “Da «Iustitia» à «Disciplina»: textos, poder e política penal no Antigo Regime”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, número especial, tomo II, 1984, p. 139-232.
- _____, “Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime”, *Ler História*, Lisboa, ISCTE, n. 8, 1986, p. 35-60.
- _____, *As vésperas do Leviathan: Instituições e poder político. Portugal: séc. XVII*, Coimbra, Almedina, 1994.
- _____, “Ascensão e queda do imaginário imperial”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 14, 1995, p. 31-38.
- _____, “Luís de Molina e a escravização dos negros”, *Análise Social*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, v. XXXV, n. 157, 2001, p. 937-960.
- _____, *Guiando a mão invisível: Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004a.
- _____, *História militar de Portugal*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 2004b.
- _____, *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.
- _____, *Caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2012.
- _____, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2 ed. reelab., Coimbra, Almedina, 2014.
- _____, *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*, reimp., Coimbra, Almedina, 2015.
- _____, “O modelo moderno do jurista perfeito”, *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, PPGH-UFE, v. 24, n. 1, 2018, p. 59-88.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, London, Andrew Croke & Green Dragon, 1651.

HOBSBAWM, Eric, *On History*, New York, The New Press, 1997.

_____, *Nations and Nationalism since 1870: Programme, Myth, Reality*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

HOBSBAWM, Eric; RANGER, Terence (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de (dir.), *História Geral da Civilização Brasileira*, 9 ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, t. II, v. III.

HOLANDA, Sérgio Buarque de, *Capítulos de história do Império*, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.

_____, *Monções e capítulos de expansão paulista*, São Paulo, Companhia das Letras, 2014a.

_____, *Raízes do Brasil*, 27 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2014b.

IANNI, Octavio, *As metamorfoses do escravo: apogeu e crise da escravatura no Brasil meridional*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962.

_____, *Escravidão e racismo*, São Paulo, Hucitec, 1978.

_____, “Dialética das relações raciais”, *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 18, n. 50, 2004, p. 21-30.

IRTI, Natalino, *Società civile: elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1992.

JAMMER, Max, *Concepts of Space*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

JUSTO, António dos Santos, “A situação jurídica dos escravos em Roma”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LIX, 1983, p. 129-180.

_____, “O direito luso-brasileiro: codificação civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 1-46.

- _____, “O Pensamento Jusnaturalista no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXXVII, 2011, p. 21-85.
- KANT, Immanuel, *Kritik der Reinen Vernunft*, Leipzig, Leopold Voss, 1853.
- KANTOROWICZ, Ernest Hartwig, “Mysteries of State: An Absolutist Concept and Its Late Medieval Origins”, *The Harvard Theological Review*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 48, n. 1, 1955, p. 65-91.
- KEENE, Edward, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- KOSELLECK, Reinhart, *Vergangene Zukunft: zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 3 Auflage, Frankfurt, Suhrkamp, 1995.
- _____, *Begriffsgeschichten: Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Frankfurt, Suhrkamp, 2006.
- KUHN, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3 ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1996.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6 ed., Berlin, Springer, 1991.
- LE GOFF, Jacques, *La Naissance du Purgatoire*, Paris, Éditions Gallimard, 1981
- _____, *Reflexões sobre a história*, Lisboa, Edições 70, 2009.
- LEITE, Dante Moreira, *O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia*, 7 ed., São Paulo, Editora Unesp, 2007.
- LIMA, George Marmelstein, *A Judicialização da Ética: Um Projeto de Transformação da Ética em Direito Orientado pela Expansão do Círculo Ético*, Tese de Doutorado em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

LIMA, Oliveira, *Aspectos da história e da cultura do Brasil*, Lisboa, Editora de A. M. Teixeira, 1923.

_____, *Formação Histórica da Nacionalidade Brasileira*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1997.

LINHARES, José Manuel Aroso, “A Ética do *continuum* das espécies e a resposta civilizacional do direito: breves reflexões”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXIX, 2003, p. 197-216.

_____, “O Logos da Juridicidade sob o fogo cruzado do *Ethos* e do *Pathos*”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXX, 2004, p. 59-135.

_____, “O *Homo Hvmanns* do Direito e o *Projecto Inacabado* da Modernidade”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXXVI, 2010, p. 515-561.

_____, “Na ‘coroa de fumo’ da teoria dos princípios”, *Boletim da Faculdade de Direito*, *Stvdia Ivridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 104, Ad honorem, n. 6, 2012, p. 395-421.

_____, “Law’s Cultural Project and the Claim to Universality or the Equivocalities of a *Familiar Debate*”, *International Journal for the Semiotics of Law*, London, Springer, v. 25, 2012, p. 489-503.

LINS, Ivan Monteiro de Barros, *História do Positivismo no Brasil*, São Paulo, Editora Nacional, 1967.

LOBÃO, Manuel de Almeida e Sousa de, *Segundas linhas sobre o Processo Civil, ou antes Adições às Primeiras do Bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Souza*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1817, 2 v.

_____, *Tractado das obrigações recíprocas, que produzem ações civis*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1852.

_____, Índice do que se *contem nos três volumes de Notas de uso prático e críticas aos livros I, II e III das Instituições do dr. Paschoal José de Mello*

Freire e na Colleição de dissertações em suplemento às notas do livro III e que faz o IV volume desta obra, Lisboa, Imprensa Nacional, 1868.

_____, *Tratado historico, encyclopedio, critico, pratico sobre todos os direitos relativos a casas quanto ás materias civis e criminaes*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1881.

LOCKE, John, *Essai philosophique concernant l'entendement humain, ou l'on montre quelle est l'etendue de nos connoissances certaines, et la maniere dont nous y parvenons*, Amsterdam, Chez Pierre Mortier, 1735.

_____, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, in SHAPIRO, Ian (ed.), "Rethinking the Western Tradition", New Haven and London, Yale University Press, 2003.

LOPES, Edmundo Correia, *A escravatura: subsídios para a sua história*, Lisboa, Agência Geral das Colônias, 1944.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de, *Instituições de Direito Civil Brasileiro*, 4 ed., Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1871, tomo I.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 13 reimp., Coimbra, Almedina, 2002.

MACHADO, Lourival Gomes, *Tomás Antônio Gonzaga e o Direito Natural*, São Paulo, Edusp, 2002.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão, *Indice Chronologico dos factos mais notaveis da Historia do Brasil desde seu descobrimento em 1500 até 1849*, Rio de Janeiro, Typographia Francisco de Paula Brito, 1850.

_____, "Illegitimidade da propriedade constituída sobre o escravo – Natureza de tal propriedade – Justiça e conveniência da abolição da escravidão", *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno II, tomo II, n. 3, jul./ago./set., 1863, p. 131-152.

- _____, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social. Parte 1ª (Jurídica): Direito sobre os escravos e libertos*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866.
- _____, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social. Parte 2ª (Índios)*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1867a.
- _____, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social. Parte 3ª (Africanos)*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1867b.
- _____, *Discurso proferido na sessão da Camara Temporaria de 12 de Julho de 1871 sobre a proposta do governo para reforma do estado servil*, Rio de Janeiro, Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C., 1871.
- _____, *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional*, 2 ed., Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1873.
- _____, *Consultas sobre varias questões de direito civil, commercial, e penal*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1884.
- MAMIGONIAN, Beatriz Gallotti, *To Be a Liberated African in Brazil: Labour and Citizenship in the Nineteenth Century*, Doutorado em Filosofia da História, Waterloo, University of Waterloo, 2002.
- MANN, Michael, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, New York, Cambridge University Press, 2005.
- MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen, *História do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- MARTINS JUNIOR, José Isidoro, *História do Direito Nacional*, Rio de Janeiro, Typographia da Empreza Democratica Editora, 1895.
- MARQUES, Mário Reis, “Elementos para uma aproximação do estudo do ‘usus modernus pandectarum’ em Portugal”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, número especial, 1983.

- _____, “O Liberalismo e a Codificação Civil em Portugal: Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. XXIX, 1987.
- _____, “O krausismo de Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXVI, 1990, p. 1-45.
- _____, “Ciência e Ação: o Poder Simbólico do Discurso Jurídico Universitário no Período do *Ius Commune*”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 6, 1991, p. 63-72.
- _____, “A determinação do «princípio do direito» em Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 45, col. 5, 2000, p. 171-194.
- _____, *Codificação e paradigmas da modernidade*, Coimbra, Gráfica de Coimbra, 2003.
- _____, “A hipertrofia do presente no direito da era da globalização”, *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, Lisboa, Universidade Lusófona, 2008, n. 12, p. 121-132.
- _____, *Introdução do direito I: programas, conteúdos e métodos de ensino*, Coimbra, Almedina, 2009a.
- _____, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2009b.
- _____, “Tempo, Movimento, Velocidade, Aceleração: A Caminho de um Direito Gestionário?”, in DIAS, Augusto Silva *et al* (orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70º aniversário: Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra, Almedina, 2009c, p. 410-424.
- _____, “Um olhar sobre a construção do ‘sujeito de direito’”, *Revista da Faculdade de Direito*, Goiânia, UFG, v. 35, n. 2, 2011, p. 20-35.

MARQUESE, Rafael de Bivar, “Governo dos escravos e ordem nacional: Brasil e Estados Unidos, 1820-1860”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 27, 2002, p. 59-73.

_____, *Feitores do corpo, missionários da mente: Senhores, letrados e controle dos escravos nas Américas, 1660-1860*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

MARTINI, Karl Anton von, *De Lege Naturali Positiones*, Vienna, Josephi Kurzböck, 1772.

MATA, Caeiro da, “O Professor Marnoco e Sousa e o estudo da história do direito”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, ano II, n. 11-20, 1915-1916.

MATTOSO, José, *A escrita da História: Teoria e Métodos*, Lisboa, Editorial Estampa, 1988.

MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do império, vida e obra*, 2 ed. rev. e atual., Brasília, Cegraf, 1983.

MELATTI, Julio Cezar, *Índios do Brasil*, São Paulo, Edusp, 2007.

MELLO, Evaldo Cabral de, *A outra Independência: o federalismo pernambucano de 1817 a 1824*, São Paulo, Editora 34, 2004.

MENDONÇA, Joseli Nunes, *Cenas da Abolição: Escravos e Senhores no Parlamento e na Justiça*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2007.

MENEZES, Alberto Carlos de, *Prospecto do Código Civil para entrar no concurso dos Compiladores*, Lisboa, Typographia Maignrense, 1822.

MERÊA, Paulo, *Estudos de História de Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2006.

MIRANDA, Pontes de Miranda, *Democracia, liberdade, igualdade (os três caminhos)*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1979.

- _____, *Fontes e evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- MONCADA, Luís Cabral de, *Um “iluminista” português do século XVIII: Luiz António Verney, com um “apêndice” de novas cartas e documentos inéditos*, Coimbra, Arménio Amado, 1941.
- _____, “Para uma rigorosa temática filosófico-jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. XL, 1964.
- _____, *Estado e pessoa humana*, Coimbra, Comunidade Distrital, 1967.
- _____, *Subsídios para a história da filosofia do direito em Portugal*, Lisboa, Imprensa Nacional, 2003.
- _____, *Filosofia do Direito e do Estado*, 2 ed. reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, v. 1.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat de, *De L’Esprit des Lois*, Tome Premier, Paris, Didot, 1816.
- MORAES, Evaristo de, *A escravidão africana no Brasil: das origens à extinção*, 3 ed., Brasília, Editora UnB, 1998.
- MOREIRA, Adilson José, “Direitos fundamentais como estratégias anti-hegemônicas: um estudo sobre a multidimensionalidade de opressões”, *Quaestio Juris*, Rio de Janeiro, FD/UERJ, v. 9, n. 3, 2016, p. 1559-1599.
- _____, “Discourses of Citizenship in American and Brazilian Affirmative Action Court Decisions”, *The American Journal of Comparative Law*, New Jersey, American Society of Comparative Law, v. 64, 2016, p. 455-504.
- _____, “Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural”, *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, v. 8, n. 2, 2017, p. 830-868.
- MOREIRA, Francisco Ignacio de Carvalho, “Da revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil”, *Revista do Instituto da Ordem dos*

Advogados Brasileiros, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno I, tomo I, n. 1, jan., fev., mar., 1862, p. 147-169.

MOYN, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

NABUCO, Joaquim, *O Abolicionismo*, Londres, Typographia de Abraham Kingdon e Ca., 1883.

MACHADO NETO, Antônio Luís, *História das ideias jurídicas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1969.

NEVES, António Castanheira, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LI, 1975, p. 115-204.

_____, “Antologia: introdução aos Elementos de Direito Natural de Vicente Ferrer Neto Paiva”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, n. LII, 1976a.

_____, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LII, 1976b, p. 95-240.

_____, “A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, n. 72, 2003a.

_____, “O sentido actual da metodologia jurídica”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LXXV, volume comemorativo, 2003b, p. 115-150.

_____, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010a, v. 1.

_____, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010b, v. 2.

- _____, *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2010c, v. 3.
- _____, *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Atual da Autonomia do Direito*, 3 ed., Lisboa, Instituto Piaget, 2012.
- _____, *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*, reimp., Boletim da Faculdade de Direito, *Stydia Ivridica* 1, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.
- _____, *O Instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- NOGUEIRA, José Carlos de Ataliba, “Fundação dos Cursos Jurídicos”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 46, 1951, p. 157-163.
- NOVAIS, Fernando A., *Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial: 1777-1808*, 4 ed., São Paulo, Hucitec, 1986.
- NOWOTNY, Helga, *Eigenzeit: Entstehung und Strukturierung eines Zeitgefühls*, Frankfurt, Suhrkamp, 1989.
- ORTIZ, Renato, *Cultura brasileira e identidade nacional*, 5 ed., São Paulo, Brasiliense, 2006.
- OST, François, *Le Temps du droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1999.
- _____, “Towards a Critique of Narrative Reason”, *Law and Humanities*, Coventry, University of Warwick, v. 7, n. 1, 2013, p. 55-67.
- PAES, Mariana Armond Dias, “‘Eu vos acompanharei em vosso vôo, contanto que não subais muito alto’: as escolhas de Teixeira de Freitas sobre o direito da escravidão”, *Anais do XXVIII Simpósio Nacional de História. Lugares dos Historiadores: velhos e novos desafios*, Florianópolis, ANPUH, 2011.
- _____, *Sujeitos da história, sujeitos de direitos: personalidade jurídica no Brasil escravista (1860-1888)*, Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito, São Paulo, FD-USP, 2014.

- PAGDEN, Anthony, *The Fall of Natural Man: the American Indian and the Origins of Comparative Ethnology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- PAIVA, Eduardo França, *Dar nome ao novo: uma história lexical da Ibero-América entre os séculos XVI e XVIII (as dinâmicas de mestiçagens e o mundo do trabalho)*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2015.
- PAIVA, Vicente Ferrer de Neto, *Curso de Direito Natural*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843a.
- _____, *Elementos de direito das gentes*, 2 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1843b.
- _____, *Elementos de Direito Natural ou de Philosophia de Direito*, 2 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850.
- _____, *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte I do Projecto do Codigo Civil Portuguez do Sr. Antonio Luiz de Seabra*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.
- _____, *Philosophia de direito: direito natural*, 6 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1883, tomo I.
- PATTARO, Enrico; ROVERSI, Corrado, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law Word*, Berlin, Springer, 2016, v. 12, tomo I.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Cousas*, Rio de Janeiro, Typographia Baptista de Souza, 1922.
- PEREIRA, Miguel Baptista, *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*, Coimbra, Livraria Minerva, 1990.
- PIMENTA, Fernando Tavares; SOUSA, Julião Soares; TORGAL, Luís Reis (coord.), *Comunidades Imaginadas: Nação e Nacionalismos em África*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 2008.

- PIMENTEL, Maria do Rosário, *Chão de Sombras: Estudos sobre a Escravatura*, Lisboa, Colibri, 2010.
- PINTO JUNIOR, João José, *Curso Elementar de Direito Romano*, Pernambuco, Typographia Economica, 1888.
- PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea, *Tratado regular e pratico de testamentos, e sucessões, ou Compendido Methodico das principaes regras, e principios que de podem deduzir, tanto patrias como subsidiarias, illustrados, e aclarados com as competentes notas*, 4 ed., Lisboa, Typographia de José Baptista Morando, 1844.
- PITTA, Sebastião da Rocha, *História da América Portuguesa: desde o anno de mil e quinhentos do seu descobrimento, até o de mil e setecentos e vinte e quatro*, 2 ed., Lisboa, Editor Francisco Arthur da Silva, 1880.
- POMBAL, Marquês de, *Compêndio Histórico da Universidade de Coimbra*, Porto, Campo das Letras, 2008.
- POPPER, Karl, *The Myth of the Framework: in Defence of Science and Rationality*, New York, Routledge, 1997.
- PORTUGAL, *Código Civil Portuguez: aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867*, 2 ed., Lisboa, Imprensa Nacional, 1868.
- PRADO JUNIOR, Caio, *Formação do Brasil contemporâneo*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.
- RAZ, Joseph, “Multiculturalism”, *Ratio Juris*, Oxford, John Wiley & Sons Ltd., v. 11, n. 3., 1998, p. 193-205.
- _____, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2012.
- REALE, Miguel, “Avelar Brotero, ou a ideologia sob as Arcadas”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 50, 1955, p. 131-169.

_____, “Pedro Lessa e a Filosofia positiva em São Paulo”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, 1959, p. 12-61.

_____, “Pluralismo e liberdade”, in *Actas del Segundo Congreso Extraordinario Interamericano de Filosofia, 22-26 Julio 1961*, San José, Imprenta Nacional, 1962, p. 215-221.

_____, “Perspectivas da Filosofia no Brasil”, *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, v. XXII, 1972, p. 3-16.

_____, *Teoria do Direito e do Estado*, 5 ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel, “O escravo como não sujeito de direitos”, *Revista da Faculdade de Direito*, Porto, Universidade do Porto, ano VIII, 2011, p. 179-196.

REIS, Paschoal José de Mello Freire dos, *O Novo Código do Direito Público de Portugal, com as provas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844.

REIS, Thiago, “Teixeira de Freitas, lector de Savigny”, *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, INHIDE, n. 49, 2015, p. 181-221.

RIBAS, Antonio Joaquim, *Consolidação do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Dias da Silva Junior Typ.-Editor, 1879.

_____, *Curso de Direito Civil Brasileiro: introdução ao estudo do direito civil*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1880, tomo I.

ROCHA, Manuel António Coelho da, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, 4 ed., Coimbra, Livraria de J. Augusto Orcel, 1857, tomo I.

_____, *Ensaio sobre a História do Governo e Legislação de Portugal para servir de introdução ao estudo do direito pátrio*, 7 ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896.

ROCHA, Manuel Ribeiro, *Ethiope regatado, empenhado, sustentado, corrigido e libertado*, Lisboa, Officina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1758.

- RORTY, Richard (org.), *The Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*, Chicago, University of Chicago Press, 1967.
- ROSENN, Keith S., *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du Contrat Social, ou Principes du Droit Politique*, Amsterdam, Chez Marc Michel Rey, 1862.
- RUSSOWSKY, Iris Saraiva, “Direitos pessoais e escravidão no século XIX”, *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, Universidade de Lisboa, ano 2, n. 4, 2016, p. 1019-1055.
- RYFEEL, Hans, *Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie*, München, Luchterhand, 1969.
- SALGADO, José Augusto Cesar, “José Antonio Pimenta Bueno: Bandeirante do Direito Brasileiro”, *Revista Jusititia*, São Paulo, MPSP, v. 78, 1973, p. 161-172.
- SALA-MOLINS, Louis, *Les Misères des Lumières: Sous la Raison, l’outrage*, Paris, Robert Laffont, 1992.
- _____, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, PUF, 2018.
- SALDANHA, Nelson, *História das idéias políticas no Brasil*, Recife, UFPE, 1963.
- SALLES, Alberto, *Sobre a Moderna Concepção do Direito*, São Paulo, Typographia da Provincia, 1885.
- SALMORAL, Manuel Lucena, *Los Códigos Negros de la América Española*, Alcalá de Henares, Ediciones Unesco, 1996.
- SAMUEL, Geoffrey, *Epistemology and Method in Law*, Burlington, Ashgate, 2003.

SANTOS, Deivti Dimitrios Porto dos, “Argumentación en curso: necesidad de una enseñanza viva de la argumentación jurídica en las facultades de derecho de Brasil”, in ZANOTELLI, Maurício (coord.), *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Curitiba, Juruá, 2016, p. 149-200.

SANTOS, Joel Rufino dos, *O que é racismo*, São Paulo, Abril Cultural/Brasiliense, 1984.

_____, “Culturas Negras, civilização brasileira”, *Revista Palmares: Cultura Afro-Brasileira*, Brasília, Fundação Cultural Palmares, ano 1, n. 1, 2005, p. 4-9.

SANTOS, Milton, *A urbanização brasileira*, 5 ed., São Paulo, Edusp, 2009.

SCHMITT, Carl, *Staat, Bewegung, Volk: die Dreigliederung der politischen Einheit*, 3 Auflage, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

_____, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

SCHWARCZ, Lilia Moritz, *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil: 1870-1930*, São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

_____, *Retrato em preto e negro: jornais, escravos e cidadãos em São Paulo no final do século XIX*, São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

_____, *Nem preto nem branco, muito pelo contrário: cor e raça na sociabilidade brasileira*, São Paulo, Claro Enigma, 2012.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa M., *Brasil: uma biografia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2015.

SEABRA, Antonio Luiz de, *A Propriedade: Philosophia do Direito para servir de introdução ao commentario sobre a lei dos foraes*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1850, v. I, parte I.

_____, *Novissima apostilla em resposta á diatribe do sr. Augusto Teixeira de Freitas*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1859.

- _____, “Código Civil Brasileiro”, *Revista da Faculdade de Direito*, Lisboa, Universidade de Lisboa, v. 8, 1951, p. 305-504.
- SEARLE, John R., *Mind: A Brief Introduction*, New York, Oxford University Press, 2004.
- _____, “What is an Institution?”, *Journal of Institutional Economics*, Cambridge, Cambridge University Press, v. 1, n. 1, 2005, p. 1-22.
- SEIXAS, Margarida, “O trabalho escravo e o trabalho forçado na colonização portuguesa oitocentista: uma análise histórico-jurídica”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de História Económica e Social, 1975, tomo XLVI, 2015, p. 217-236.
- _____, *Pessoa e trabalho no direito português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa, AAFDL, 2016.
- SEVCENKO, Nicolau, *Literatura como missão: Tensões Sociais e Criação Cultural na Primeira República*, 2 ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2003.
- _____, *A Revolta da Vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*, São Paulo, Cosac Naify, 2010.
- _____, *A corrida para o século XXI: no loop da montanha-russa*, 13 reimp., São Paulo, Companhia das Letras, 2015.
- SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- SICHES, Luis Recaséns, *Tratado general de sociologia*, 22 ed., México, Editorial Porrúa, 1991.
- _____, *Tratado general de filosofía del derecho*, 19 ed., México, Editorial Porrúa, 2008.
- SILVA, José Bonifácio de Andrada e, *Representação á Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Imperio do Brasil sobre a Escravatura*, Paris, Typographia de Firmin-Didot, 1825.

- SOARES, Caetano Alberto, *Memoria para melhorar a sorte dos nossos escravos*, Rio de Janeiro, Typographia Imparcial de Francisco de Paula Brito, 1847.
- SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral da personalidade*, reimp., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- STOLLEIS, Michael, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, Basel, Schwabe Verlag, 2008.
- _____, “Europa als Rechtsgemeinschaft”, in *Historia Constitucional*, Madrid e Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Facultad de Derecho de Oviedo, n. 10, 2009, p. 465-474.
- STONE, Lawrence, “The Revival of Narrative: Reflections on a New Old History”, *Past and Present*, 85, nov. 1979, p. 3-24.
- STRECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 2 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1976, v. I.
- TEIXEIRA, António Braz, *Caminhos e figuras da filosofia do direito luso-brasileira*, 2 ed., Lisboa, Novo Imbondeiro, 2002.
- TELLES, José Homem Corrêa, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Familia Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835a, tomo I.
- _____, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Familia Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1835b, tomo II.
- _____, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis, relativos ás pessoas de uma Familia Portugueza, para servir de subsidio ao Novo Código Civil*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, tomo III.

- _____, *Doutrina das Acções: Accomodada ao Fôro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, Rio de Janeiro, B. L. Garnier, 1880.
- THOMAZ, Manoel Fernandes, *Repertorio geral, ou indice alphabetico das leis extravagantes do Reino de Portugal, publicadas depois das Ordenações, comprehendendo tambem algumas anteriores, que se achão em observancia*, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1815, tomo I.
- TINHORÃO, José Ramos, *Os negros em Portugal: uma presença silenciosa*, 2 ed., Lisboa, Caminho, 1988.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *De la Démocratie en Amérique*, 5 ed., Paris, Pagnerre, 1848, tomo 4.
- _____, *Writings on Empire and Slavery*, Baltimore/London, The Johns Hopkins University Press, 2001.
- TODOROV, Tzvetan, *In Defence of the Enlightenment*, London, Atlantic Books, 2010.
- TORRES, João Camilo de Oliveira, *O Positivismo no Brasil*, Petrópolis, Editora Vozes Ltda., 1943.
- VALIENTE, Francisco Tomás y et al., *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- VALLS, Andrew (ed.), *Race and Racism in Modern Philosophy*, New York, Cornell University Press, 2005.
- VAMPRÉ, Spencer, *Memórias para a história da Academia de São Paulo*, São Paulo, Livraria Acadêmica Saraiva & Cia., 1924.
- VARELLA, Carlos Arthur Busch e, *Conferencia sobre a lei de 7 de novembro de 1831 realisada no dia 9 de março de 1884 a convite do Club Abolicionista Sete de Novembro*, Rio de Janeiro, Typographia Central de Evaristo Rodrigues da Costa, 1884.

- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de, *Historia Geral do Brazil: antes da sua separação e Independencia de Portugal*, 2 ed., Rio de Janeiro, E. & H. Laemmert, 1877, tomos I e II.
- VEIGA, Gláucio, *História das idéias da Faculdade de Direito do Recife*, Recife, Editora Universitária, 1980, v. I.
- VENANCIO FILHO, Alberto, *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*, 2 ed., São Paulo, Perspectiva, 2011.
- VIDAL, Luiz Maria, *Manual de direito civil para o uso do povo*, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1875.
- _____, *Repertorio da legislação servil*, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C., 1883a, v. I.
- _____, *Repertorio da legislação servil*, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C., 1883b, v. II.
- VIEIRA, António, *Obras Escolhidas*, Lisboa, Livraria Sá da Costa, 1954, v. XI, sermões II.
- VILLEY, Michel, “La Génèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Archives de Philosophie du Droit: le droit subjectif en question*, Paris, Sirey, n. 9, 1964, p. 97-127.
- _____, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, 9 ed., Paris, Les Édition Montchretien, 1975.
- VINCENTI, Umberto, *Lezioni di Metodologia della Scienza Giuridica*, Padova, CEDAM, 2000.
- _____, *Metodologia Giuridica*, nuova edizione, Padova, CEDAM, 2008.
- WAKEFIELD, Edward Gibbon, *A View of the art of Colonization, in Letters Between a Statesman and a Colonist*, Oxford, Clarendon Press, 1914.

WIEACKER, Fraz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 3 Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Sulla lingua del tempo presente*, v. 61, Torino, Giulio Einaudi, 2010.

REFERÊNCIAS COMPLEMENTARES

ABRAHÃO, Fernando Antonio, *As ações de liberdade de escravos do tribunal de Campinas*, Campinas, Centro de Memória da Unicamp, 1992.

ADORNO, Sérgio, *Os aprendizes do poder*, São Paulo, Paz e Terra, 1988.

_____, “Discriminação racial e Justiça Criminal em São Paulo”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 43, v. 3, 1995, p. 45-63.

AHRENS, Heinrich, *Cours de droit naturel ou de Philosophie du Droit*, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1838.

ALCÂNTARA, Marcelo de, “Centenário do bacharelado de Maria Augusta Saraiva”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, USP, v. 97, 2002, p. 745-752.

ALCIDES, Sérgio, “F, L e R: Gândavo e o ABC da colonização”, *Escritos*, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, ano 3, n. 3, 2009, p. 39-53.

ALEXANDRE, Manuel Valentim Franco, *Os Sentidos do Império: questão nacional e questão colonial na crise do Antigo Regime português*, Porto, Afrontamento, 1993.

ALVARENGA, Thiago, *Ato de Poupar dos Escravos: Poupanças de escravos no Rio de Janeiro ao longo do século XIX*, Mestrado em História, Niterói, ICHF-UFE, 2016.

ALVES, Gilberto Luiz, *Azaredo Coutinho*, Recife, Editora Massangana, 2010.

- ALVES, José Carlos Moreira, “Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 88, 1993, p. 185-238.
- ANCHIETA, José de, *Arte de gramática da língua mais usada na costa do Brasil*, São Paulo, Editora Anchieta, 1946.
- ANTONIL, André João, *Cultura e opulencia do Brazil, por suas drogas e minas*, reimp., Rio de Janeiro, Casa de Souza e Comp., 1837.
- ARANTES, Paulo Eduardo, “O Positivismo no Brasil: breve apresentação do problema para um leitor europeu”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, v. 21, 1988, p. 185-194.
- ARAUJO, A. Pereira de, *A incoherencia da escravidão n’um paiz christão, obra religiosa, moral e politica oferecida e dedicada á causa*, Bahia, Typographia do Bazar, 1885.
- ARAÚJO, Ubiratan Castro de (org.), *2 de julho: a Bahia na independência nacional*, Salvador, Fundação Pedro Calmon/Governo do Estado da Bahia, 2011.
- ARAÚJO, Ubiratan Castro de, *A Guerra na Bahia*, Salvador, UFBA, 2001.
- ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de, *Guerra e paz: Casa-Grande & Senzala e a obra de Gilberto Freyre nos anos 30*, Rio de Janeiro, Editora 34, 1994.
- ARGUELHES, Diego Werneck; PARGENDLER, Mariana, “Custos colaterais da violência no Brasil: rumo a um direito moldado pela insegurança?”, *Revista Direito GV*, São Paulo, FGV Direito, v. 9, n. 1, 2013, p. 269-297.
- AZEVEDO, Celia Maria Marinho de, *Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – séc. XIX*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.
- AZEVEDO, Paulo Cesar de; LISSOVSKY, Mauricio, (org.), *Escravos Brasileiros do século XIX na fotografia de Christiano Jr.*, São Paulo, Ex Libris, 1988.

- BAKER, Jennifer L.; ROTIMI, Charles N.; SHRINER, Daniel; “Human Ancestry Correlates with Language and Reveals that Race is Not an Objective Genomic Classifier”, *Scientific Reports*, London, Nature, n. 7, art. 1572, doi:10.1038/s41598-017-01837-7 (2017), p. 1-10.
- BANDEIRA, Julio; LAGO, Pedro Corrêa do, *Debret e o Brasil: obra completa*, 4 ed., Rio de Janeiro, Editora Capivara, 2013.
- BAPTISTA, João, *Philosophia aristotelica restituta et illustrata, qua experimentis, qua experimentis, qua ratiociniis nuper inventis*, Lisboa, typis Regalibus Sylvianis Regiaeque Academiae, 1748.
- BAQUAQUA, Mahommah Gardo, *Biography*, Detroit, Geo. E. Pomeroy, 1854.
- BARROSO, Luis Roberto, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, FGV, v. 240, 2005, p. 1-42.
- BASTOS, Aurélio Wander, *O Ensino jurídico no Brasil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000.
- BATISDE, Roger, *Brasil: terra de contrastes*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1959.
- BATISDE, Roger; FERNANDES, Florestan, *Relações raciais entre brancos e negros em São Paulo: Ensaio sociológico: as origens, as manifestações e os efeitos do preconceito de cor no município de São Paulo*, São Paulo, Anhembi, 1955.
- BEDAU, Hugo Adam, “‘Anarchical Fallacies’: Bentham’s attack on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, v. 22, n. 1, feb. 2000, p. 261-279.
- BENCI, S. J. Jorge, *Economia cristã dos senhores no Governo dos Escravos*, São Paulo, Grijalbo, 1977.
- BENTON, Lauren, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

- BERTO, Vanessa de Faria, “Cultura(s), civilização, barbárie: breve análise de conceitos à luz de algumas abordagens antropológicas”, *Revista do Laboratório de Estudos da Violência*, Marília, UNESP, ed. 13, 2014, p. 95-105.
- BERTULIO, Dora Lucia de Lima, *Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao Racismo*, Mestrado em Direito, Florianópolis, UFSC, 1989.
- BTHELL, Leslie, *The Abolition of the Brazilian Slave Trade: Britain, Brazil and the Slave Trade Question (1807-1869)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970.
- BETHENCOURT, Francisco, *Racisms: from the Crusades to the Twentieth Century*, Princeton, Princeton University Press, 2013.
- BEUCHOT, Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Barcelona, Anthropos, 1994.
- _____, *La querrela de la Conquista: una polémica del siglo XVI*, 3 ed., México, Siglo XXI, 2004.
- BILLIARD, Auguste, *Projet de Code Noir pour Les Colonies Françaises*, Paris, Chez Brière Libraire, 1829.
- BINDING, Karl Ludwig Lorenz; HOCHÉ, Alfred, *Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens: Ihr Maß und ihre Form*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 1920.
- BLUTEAU, Raphael, *Vocabulário Portuguez, e Latino*, Coimbra, Real Collegio das Artes da Companhia de Jesus, div. vols., 1713, 1720 e 1721.
- BOTELHO, André, “Passagens para o Estado-nação: a tese de Costa Pinto”, *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, CEDEC, n. 77, 2009, p. 147-177.
- _____, “Passado e futuro das interpretações do país”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 22, n. 1, 2010, p. 47-66.

- BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu, “Hans Kelsen: a recepção da ‘Teoria Pura’ na América do Sul, particularmente no Brasil”, *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, UFSC, n. 71, 2015, p. 95-106.
- BRAGA, Teófilo, *A Patria Portuguesa: o território e a raça*, Porto, Livraria Internacional de Ernesto Chardron, 1894.
- BRASIL, *Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembléa Constituinte, 1823*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto(?), 1879(?), tomo I.
- _____, *Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembléa Constituinte, 1823*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto, 1879, tomo IV.
- _____, *Annaes do Senado do Imperio do Brasil: terceira sessão em 1871*, Rio de Janeiro, Typographia do Diario do Rio de Janeiro, 1871, v. V.
- _____, *Anais do Parlamento Brasileiro: Assembleia Constituinte*, Rio de Janeiro, Tipografia Parlamentar, 1873, tomo I.
- _____, *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887.
- _____, *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1823*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, parte II.
- _____, *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1850*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1851, tomo XIII.
- _____, *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1857*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1857, tomo XX.
- _____, *Collecção das Decisões do Governo do Imperio do Brazil de 1874*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1875, tomo XXXVII.
- _____, *Collecção das Leis do Brazil de 1808*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.

- _____, *Collecção das Leis do Brazil de 1809*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1891.
- _____, *Collecção das Leis do Brazil de 1818*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889.
- _____, *Collecção das Leis do Brazil de 1828*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1815*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1890.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1823*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1887, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1824*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1831*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1875, primeira I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1832*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1874, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1834*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1840*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1863, tomo III, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1840*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1863, tomo III, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1841*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1842, tomo IV, parte I.

- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1850*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1850, tomo XI, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1850*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1851, tomo XIII, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1853*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1853, tomo XVI, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1854*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1854, tomo XV, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1855*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1856, tomo XVI, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1855*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871, tomo XXXI, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1858*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1858, tomo XIX, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1859*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1859, tomo XXII, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1860*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1860, tomo XXI, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1864*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1864, tomo XXIV, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1864*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1864, tomo XXVII, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1866*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866, tomo XXIX, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1867*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1867, tomo XXVII, parte I.

- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1868*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1868, tomo XXXI, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1870*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1870, tomo XXX, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871, tomo XXXI, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brasil de 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871, tomo XXXIV, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1872*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1872, tomo XXXV, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1874*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1875, tomo XXXVII, parte II.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1879*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1880, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1885*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, parte I.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1886*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, parte I, tomo XXXIII, e parte II, tomo XLIX.
- _____, *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1888*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1889, parte I, tomo XXXV e parte II, tomo LI, v. I.
- _____, *Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1891*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1892.

BRECCIA, Umberto *et al.*, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 2013.

BRUCKNER, Johann A., *Essai sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la science philosophique du Droit*, 2^a éd., Leipzig, C. H. F. Hartmann, 1818.

- BRUIT, Héctor Hernan, *Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos: ensaio sobre a conquista hispânica da América*, Campinas, Iluminuras: Editora da Unicamp, 1995.
- BRUNO, Ernani da Silva, *Tradições e reminiscências da cidade de São Paulo*, 2 ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1954.
- BURLAMAQUI, Frederico Leopoldo Cesar, *Memoria analytica á cerca do commercio d' escravos e á cerca dos malles da escravidão domestica*, Rio de Janeiro, Typographia Commercial Fluminense, 1837.
- BURLAMAQUI, Jean-Jacques, *Principes du droit naturel*, nouv. ed., Geneve, Cl. & Ant. Philibert, 1756.
- CAENEGEM, R. C. van, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- CALÓGERAS, João Pandiá, *A Política Exterior do Império: as origens*, Brasília, Senado Federal, 1998, v. I.
- _____, *A Política Exterior do Império: o Primeiro Reinado*, Brasília, Senado Federal, 1998, v. II.
- _____, *A Política Exterior do Império: da Regência à queda de Rosas*, Brasília, Senado Federal, 1998, v. III.
- CÂMARA, José Gomes Bezerra, *Subsídios para a História do Direito Pátrio: 1822-1889*, Rio de Janeiro, Livraria Brasileira Editôra, 1966, tomo III.
- CAMARGO, Ana Maria de Almeida; MORAES, Rubens Borba de, *Bibliografia da Imprensa Régia do Rio de Janeiro*, São Paulo, Edusp/Livraria Kosmos, 1993, v. 1 e 2.
- CARDIM, Pedro; HERZOG, Tamar; IBÁÑEZ, José Javier Ruiz; SABATINI, Gaetano (eds.), *Polycentric Monarchies: How Did Early Modern Spain and Portugal Achieve and Maintain a Global Hegemony?*, Eastbourne, Sussex Academic Press, 2014.

- CARDOSO, Fernando Henrique, *Capitalismo e escravidão no Brasil meridional: o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1962.
- CAREY, Brycchan; PLANK, Geoffrey (eds.), *Quakers and Abolition*, Chicago, University of Illinois Press, 2014.
- CARNEIRO, Edison, *Ladinos e crioulos: estudos sobre o Negro no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964.
- CARRILHO, Fernanda, *Dicionário de latim jurídico*, 2 ed., Coimbra, Almedina, 2010.
- CARVALHO, José Geraldo Vidigal de, “A Igreja e a escravidão: as Irmandades de Nossa Senhora do Rosário dos Pretos”, *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, Rio de Janeiro, IHGB, n. 361, ano 149, 1988, p. 490-509.
- _____, *A escravidão: convergências e divergências*, Viçosa, Folha de Viçosa, 1988.
- CASTRO, Hebe Maria Mattos de; SCHNOOR, Eduardo (orgs.), *Resgate: uma janela para o Oitocentos*, Rio de Janeiro, Topbooks, 1995.
- CASTRO, Josué de, *Geografia da Fome. O dilema brasileiro – pão ou aço*, 10 ed., Rio de Janeiro, Edições Antares, 1984.
- COMPARATO, Fábio Konder, “Luiz Gama, contempor de nossas falsas elites”, *Estudos Avançados*, São Paulo, USP, v. 26, n. 75, 2012, p. 355-357.
- COSTA, Emília Viotti da, *Da senzala à colônia*, São Paulo, Difusão Europeia do Livro, 1966.
- COSTA, Robson Pedrosa, “As ordens religiosas e a escravidão negra no Brasil”, *Anais do II Encontro Internacional de História Colonial, Mnome: Revista de Humanidades*, Caicó, UFRN, v. 9, n. 24, 2008, s/n.

- COSTA, Sérgio, “O Brasil de Sérgio Buarque de Holanda”, *Sociedade e Estado*, Brasília, UnB, v. 29, n. 3, 2014, p. 823-839.
- COSTA FILHO, Cícero João da, *No limiar das raças: Silvio Romero (1870-1914)*, Tese em História Social, São Paulo, FFLCH-USP, 2013.
- COUTO, Diogo do, *O soldado prático*, Coimbra, Angelus Novus, 2009.
- CUNHA, Euclides da, *Os Sertões*, Rio de Janeiro, Laemmert, 1902.
- _____, *À Margem da História*, São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, “La Polemique du premier manuel d’histoire du droit portugais, de Mello Freire”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, Giuffrè, n. XXIII, 1994, p. 487-497.
- DAVIES, Surekha, *Renaissance Ethnography and the Invention of the Human: New Worlds, Maps and Monsters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- DELACROIX, Sylvie, “Law and Habits”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, v. 37, n. 3, 2017, p. 660-686.
- DELGADO, Lucilia de Almeida Neves; FERREIRA, Jorge (orgs.), *O Brasil republicano: o tempo do nacional-estatismo*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, v. 2.
- DEL VECCHIO, Giorgio, “Igualdade e Desigualdade perante a Justiça”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 61, 1965, p. 26-43.
- DOBBERNACK, Jan; MODOOD, Tariq, *Tolerance, Intolerance and Respect: Hard to Accept?*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2013.
- DORIGNY, Marcel; GAINOT, Bernard, *Atlas des Esclavages: Traités, sociétés coloniales, abolitions de l’Antiquité à nos jours*, Paris, Éditions Autrement, 2006.

- DULLES, John W. F., *A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1984.
- DYEVRE, Arthur, “Law and the Evolutionary Turn: The Relevance of Evolutionary Psychology for Legal Positivism”, *Ratio Juris*, Oxford, John Wiley & Sons Ltd., v. 27, n. 3., 2014, p. 364-386.
- DYZENHAUS, David, “The Genealogy of Legal Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, Oxford University Press, v. 24, n. 1, 2004, p. 39-67.
- ELIAS, Norbert, *Über die Zeit*, Berlin, Suhrkamp, 2000.
- ELLIOTT, John Huxtable, “A Europe of Composite Monarchies”, *Past and Present*, Oxford, Oxford University Press, n. 137, i. 1, 1992, p. 48-71.
- ELTIS, David; ENGERMAN, Stanley L., *The Cambridge World History of Slavery*, New York, Cambridge University Press, 2011, v. III.
- ESPELAND, Wendy Nelson; SAUDER, Michael, “Rankings and Reactivity: How Public Measures Recreate Social Worlds”, *American Journal of Sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, v. 113, p. 1-40.
- ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; SEEGER, Luana da Silva, “O Ensino Jurídico no Brasil e o senso comum teórico dos juristas: um ‘olhar’ a partir de Warat”, *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 5, n. 2, 2018, p. 92-120.
- EWBANK, Thomas, *Life in Brazil*, New York, Harper & Brothers, 1856.
- FARIA, Mário Alberto dos Reis, “Bibliografia do Prof. Doutor Guilherme Braga da Cruz”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, v. LVIII, 1982, p. 27-134.
- FERNANDES, Florestan, *A integração do negro na sociedade de classes*, São Paulo, Dominus, 1965.

- _____, *A revolução burguesa no Brasil: Ensaio de interpretação sociológica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1974.
- FERRÃO, António, *A censura literária durante o governo pombalino: subsídios para a história do pensamento em Portugal*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1926.
- FERREIRA, Gabriela Nunes, *Centralização e descentralização no Império: o debate entre Tavares Bastos e visconde de Uruguai*, São Paulo, Editora 34, 1999.
- FERREIRA, João Sette Whitaker, “São Paulo: cidade da intolerância, ou o urbanismo ‘à brasileira’”, *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 25, n. 71, 2011, p. 73-88.
- FIGUEIREDO, Luciano, *Rebeliões no Brasil Colônia*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2005, e-book.
- FIORIN, José Luiz, “A construção da identidade nacional brasileira”, *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, LAEL-PUCSP/CNPQ, v. 1, n. 1, 2009, p. 115-126.
- FLETCHER, J. C.; KIDDER, D. P., *Brazil and the Brazilians, Portrayed in Historical and Descriptive Sketches*, Philadelphia, Childs & Peterson, 1857.
- FLORENCE, Afonso Bandeira, “Resistência escrava em São Paulo: A luta dos escravos da fábrica de ferro São João de Ipanema (1828-1842)”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 18, 1996, p. 7-32.
- FLORENTINO, Manolo; RIBEIRO, Alexandre Vieira; SILVA, Daniel Domingues da, “Aspectos comparativos do tráfico de africanos para o Brasil: séculos XVII e XIX”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 31, 2004, p. 83-126.
- FONSECA, Jorge, *Escravos em Évora no século XVI*, Évora, Câmara Municipal de Évora, 1997.

- _____, “Escravidão Moderna no Sul de Portugal”, *Boletim da Sociedade de Geografia de Lisboa*, Lisboa, Sociedade de Geografia de Lisboa, n. 1-12, s. 119, 2001, p. 251-260.
- _____, “A historiografia sobre os escravos em Portugal”, *Cultura: Revista de História e Teoria das Ideias*, Lisboa, Universidade Nova de Lisboa, v. 33, 2014, p. 191-218.
- FONSECA, Luis Anselmo da, *A escravidão, o clero e o abolicionismo*, Bahia, Imprensa Economica, 1887.
- FORMIGA, Armando Soares de Castro, *Periodismo Jurídico no Brasil do século XIX: história do direito em jornais e revistas*, Curitiba, Juruá Editora, 2010.
- FORTES, Alexandre, “O Direito na obra de E. P. Thompson”, *História Social*, Campinas, n. 2, 1995, p. 89-111.
- FRANÇA, Jean Marcel Carvalho; FERREIRA, Ricardo Alexandre, “Manuel Ribeiro Rocha: um abolicionista ‘avant la lettre’?”, *Revista Portuguesa de História*, Coimbra, Instituto de História Económica e Social, 1975, tomo XLVI, 2015, p. 199-216.
- FRANCE, *Le Code Noir, ou Recueil des Reglemens rendus jusqu’à present*, Paris, Prault Père, 1742.
- FREIRE, Carlos Augusto da Rocha; OLIVEIRA, João Pacheco de, *A presença indígena na formação do Brasil*, Brasília, Ministério da Educação, 2006.
- FURTADO, Celso, *Formação econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1959.
- GALLI, Carlo, *Spazi politici: l’età moderna e l’età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- GASPARI, Elio, “A retórica reacionária foi pior que a saúva”, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, ano 96, n. 31.990, 2001.

- GAYON, Jean; JACOBI, Daniel (dir.), *L'Éternel retour de l'eugénisme*, Paris, PUF, 2006.
- GÉNY, François, *Science et technique en droit privé positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, L. Tenin, 1914, “Première partie”.
- _____, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1995, 2 vols.
- GLEDSON, John, *Machado de Assis: ficção e história*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- GOBINEAU, Arthur de, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris, Firmin-Didot Frères, 1853-1855, 4 vols.
- GÓES, Weber Lopes, *Racismo, eugenia no pensamento conservador brasileiro: a proposta de povo em Renato Kehl*, Mestrado em Ciências Sociais, Marília, FFC-UNESP, 2015.
- GOMES, Flávio dos Santos, *Histórias de quilombolas. Mocambos e comunidades de senzalas no Rio de Janeiro – séc. XIX*, Rio de Janeiro, Arquivo Nacional, 1995.
- _____, *A hidra e os pântanos: mocambos, quilombos e comunidades de fugitivos no Brasil – séculos XVII-XIX*, São Paulo, Unesp, 2005.
- GONZAGA, Tomás António, *Tratado de Direito Natural*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- GOODIN, Robert E.; PETTIT, Philip; POGGE, Thomas (ed.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, 2 ed., Malden, Blackwell Publishing, 2007, v. II.
- GOVERNO IMPERIAL BRAZILEIRO, *Recenseamento do Brazil em 1872*, Rio de Janeiro, Typographia G. Leuzinger, 1874, v. 1.

- GRAMSCI, Antonio, *Quaderni del Carcere*, 2 ed., Torino, Giulio Einaudi Editore, 1977, v. I.
- GREENE, Jack Philip, *Negotiated Authorities: Essays in Colonial Political and Constitutional History*, Charlottesville, University of Virginia Press, 1994.
- GRINBERG, Keila; PEABODY, Sue, *Slavery, Freedom, and the Law in the Atlantic World: A Brief History with Documents*, Boston/New York, Bedford/St. Martin's, 2007.
- _____, *Escravidão e Liberdade nas Américas*, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2013.
- GUIMARÃES, Lucia Maria Paschoal, *Em nome da ordem e da moderação: a trajetória da Sociedade Defensora da Liberdade e da Independência Nacional*, Dissertação em História, Rio de Janeiro, IFCS-UFRJ, 1990.
- GUTMANN, Daniel, “Michel Villey, le nominalisme et le volontarisme”, *Droits: revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, Paris, PUF, n. 29, 1999, p. 89-104.
- HABIB, Paula Arantes Botelho Briglia, “*Eis o mundo encantado que Monteiro Lobato criou*”: *Raça, Eugenia e Nação*, Mestrado em História, Campinas, IFCH-Unicamp, 2003.
- HALL, Stuart; O'SHEA, Alan, “Common-sense Neoliberalism: The Battle over Common Sense is a Central Part of Our Political Life”, *Soundings*, London, Lawrence & Wishart, n. 55, 2013, p. 8-24.
- HANKE, Lewis, *Aristotle and the American Indians: A Study in Race Prejudice in the Modern World*, Bloomington, Indiana University Press, 1970.
- HASENBALG, Carl, *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, Rio de Janeiro, Graal, 1979.
- HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1978, v. I, t. II.

- HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, New York/London, W. W. Norton & Company, 2008.
- IHERING, Rudolf von, *Der Kampf um's Recht*, Wien, G. J. Manz'schen Buchhandlung, 1872.
- INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, “DIREITO CIVIL – Questões de liberdade – Se escravos libertos em testamento com obrigação de servir tiverem filhos enquanto durar este onus, elles são livres. Não são obrigados a prestar serviços como suas mães. Taes serviços são intransferíveis”, *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, Rio de Janeiro, Typographia de Quirino & Irmão, anno I, tomo I, n. 1, jan./fev./mar., 1862.
- JACOBSON, Matthew Frye, *Whiteness of a Different Colour: European Immigrants and the Alchemy of Race*, Cambridge, Harvard University Press, 1999.
- JANCSÓ, István (org.), *Independência: história e historiografia*, São Paulo, Fapesp/Hucitec, 2005.
- KARASCH, Mary C., *Slave Life in Rio de Janeiro: 1808-1850*, Princeton, Princeton University Press, 1987.
- KEHL, Renato, *Eugenia e Medicina Social: problemas da vida*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1920.
- _____, *A Cura da Fealdade: Eugenia e Medicina Social*, São Paulo, Monteiro Lobato & Co., 1923.
- _____, *Filosofia e Bio-Perspectivismo*, Rio de Janeiro, Letras da Província, 1955.
- KOSKENNIEMI, Martti, “Colonial Laws: Sources, Strategies and Lessons?”, *Journal of the History of International Law*, Leiden, Brill/Nijhoff, v. 18, 2016, p. 248-277.

- KRINBERG, Keila, “Escravidão e liberdade na fronteira entre o Império do Brasil e a República do Uruguai: notas de pesquisa”, *Cadernos do CHDD*, Brasília, FUNAG, ano 5, 2007, p. 89-112.
- LARA, Silvia Hunold, *Fragmentos setecentistas: escravidão, cultura e poder na América portuguesa*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.
- LARA, Silvia Hunold; MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (orgs.), *Direitos e Justiças no Brasil: ensaios de história social*, Campinas, Editora Unicamp, 2006.
- LARRIMOR, Mark, “Antinomies of Race: Diversity and Destiny in Kant”, *Patterns of Prejudice*, Abingdon, Taylor & Francis, v. 42, n. 4-5, 2008, p. 341-363.
- LAW, Robin; LOVEJOY, Paul, *The biography of Mahommah Gardo Badagua: His Passage from Slavery to Freedom in Africa and America*, Markus Wiener, Princeton, 2007.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm, *Nouveaux Essais sur l’entendement humain*, 2^a éd., Paris, Librairie Hachette et Cie., 1898.
- LEITE, Joaquim da Costa, “O transporte dos emigrantes: da vela ao vapor na rota do Brasil, 1851-1914”, *Análise Social*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, v. XXVI, n. 112-113, 1991, p. 741-752.
- LEITE, Serafim, *História da Companhia de Jesus no Brasil*, Lisboa, Livraria Portugália, 1938-1950, 10 vols.
- LETOURNEAU, Charles-Jean-Marie, *L’Évolution Juridique dans les diverses races humaines*, Paris, Lecrosnier et Babé Libraires-Éditeurs, 1891.
- LIMA, Manuel, *The Book of Trees: Visualizing Branches of Knowledge*, New York, Princeton Architectural Press, 2014.
- LIMA, Márcia; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; NÉRIS, Natália, “Racismo e insulto racial na sociedade brasileira: dinâmicas de reconhe-

- cimento e invisibilização a partir do direito”, *Novos Estudos*, São Paulo, CEBRAP, n. 35, v. 3, 2016, p. 11-28.
- LIMA, Márcia, “O legado de Oracy Nogueira ao estudo das relações raciais”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 19, n. 1, 2007.
- LIXA, Ivone M.; VERAS NETO, Francisco Q.; WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*, 2 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.
- LOBÃO, Manuel de Almeida e Souza de, *Notas de usu prático e críticas aos livros I, II e III das Instituições do dr. Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1868.
- LOVEJOY, Paul, “Identidade e a miragem da etnicidade: a jornada de Mahommah Gardo Baquaqua para as Américas”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 27, 2002, p. 9-39.
- LYNCH, Christian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de, “Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade”, *Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, v. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.
- MACHADO, Maria Helena Pereira Toledo, *O plano e o pânico: os Movimentos Sociais na década da Abolição*, São Paulo, Edusp, 1995.
- MAMIGONIAN, Beatriz Galloti, “A Grã-Bretanha, o Brasil e as ‘complicações no estado atual da nossa população’: revisitando a abolição do tráfico atlântico de escravos (1848-1851)”, *4º Encontro Escravidão e Liberdade no Brasil Meridional*, Curitiba, UFPR, 2009, s/n.
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *A legislação pombalina: alguns aspectos fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2006.
- _____, “Rostos da política legislativa de d. João VI no Brasil”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, IDCLB, n. 34, 2010, p. 97-122.

- MARIA DE JESUS, Carolina, *Quarto de despejo: diário de uma favelada*, São Paulo, Ática, 2014.
- MARTINS, Oliveira, *O Brasil e as colônias portuguesas*, 5 ed., Lisboa, Parceria Antonio Maria Pereira, 1920.
- MARQUES, Guida, “Do índio gentio ao gentio bárbaro: usos e deslizes da guerra justa na Bahia seiscentista”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, n. 171, 2014, p. 15-48.
- MARQUES, João Pedro, *Os sons do silêncio: o Portugal de oitocentos e a abolição do tráfico de escravos*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 1999.
- _____, *Sá da Bandeira e o fim da escravidão: vitória da moral, desforra do interesse*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais - ICS, 2008.
- MARQUESE, Rafael de Bivar; PARRON, Tâmis Peixoto, “Azeredo Coutinho, Visconde de Araruama e a Memória sobre o Comércio dos Escravos de 1838”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, v. 152, n. 1, 2005, p. 99-126.
- MARTINS, Angela Maria Souza, “Breves reflexões sobre as primeiras Escolas Normais no contexto educacional brasileiro, no século XIX”, *Revista HISTEDBR*, Campinas, UNICAMP, n. 35, 2009, p. 173-182.
- MARTINS, Patrícia Carla de Melo, “Filosofia da História entre os magistrados do auge do Império”, *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História*, São Paulo, ANPUH, 2011.
- MATTOS, Ilmar Rohloff de, *O tempo saquarema*, São Paulo, Editora Hucitec, 1987.
- MEIRA, Sílvio, *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do império, vida e obra*, 2 ed. rev. e atual., Brasília, Cegraf, 1983.
- MENDES, Antônio Celso, *Filosofia jurídica no Brasil*, Curitiba, Editora Universitária Champagnat, 1992.

- MENDONÇA, Joseli, *Entre a mão e os anéis. A lei dos sexagenários e os caminhos da abolição no Brasil*, Campinas, Editora da Unicamp, 1999.
- MENESES, Avelino de Freitas de (coord.), *Portugal: da paz da Restauração ao ouro do Brasil*, Lisboa, Editorial Presença, 2001, v. VII.
- MENEZES, Sezinando Luiz, “Escravidão e educação nos escritos de Antônio Vieira e Jorge Benci”, *Diálogos: Revista do Departamento de História e do Programa de Pós-Graduação em História*, Maringá, Universidade Estadual de Maringá, v. 10, n. 3, 2006, p. 215-228.
- MIRANDA, José Antonio de, *Memoria Constitucional e Política sobre o Estado presente de Portugal, e do Brasil*, Rio de Janeiro, Typographia Regia, 1821.
- MIRANDA, Pontes de, “A influência portuguesa no direito brasileiro”, *Jurídica*, Rio de Janeiro, Divisão Jurídica do Instituto do Açúcar e do Alcool, 1972, p. 1-32.
- _____, *Sistema de ciência positiva do direito: introdução à ciência do direito*, 2 ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, tomo I.
- MOACYR, Primitivo, *A Instrução e o Império: Subsídios para a História da Educação no Brasil (1854-1888)*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1937, v. 2.
- MOLINA, Luís de, *Tratado da Justiça e do Direito: Debates sobre a Justiça, o Poder, a Escravidão e a Guerra*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012
- MOMMSEN, Wolfgang J., *Imperialismustheorien: Ein Überblick über die neueren Imperialismusinterpretationen*, 3. Auflage, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1987.
- MONTEIRO, John Manuel, *Negros da terra: Índios e bandeirantes nas origens de São Paulo*, São Paulo, Companhia das Letras, 1995.
- MOREIRA, Alinnie Silvestre, *Liberdade tutelada: os africanos livres e as relações de trabalho na Fábrica de Pólvora da Estrela. Serra da Estrela/RJ, c.*

1831 – c. 1870, Mestrado em História Social, Campinas, IFCH-UNICAMP, 2005.

MORSE, Richard M., *Formação histórica de São Paulo: de comunidade a metrópole*, São Paulo, Difel, 1970.

MARTINS-COSTA, Judith; VARELA, Laura Beck (orgs.), *Código: dimensão histórica e desafio contemporâneo*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

NAIMARK, Norman N., *Fires of Hatred: Ethnic Cleansing in Twentieth-Century Europe*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

NASCIMENTO, Abdias do, *Brazil Mixture or Massacre?: Essays in the Genocide of a Black People*, 2 ed., Dover, The Maority Press, 1989.

NEEDELL, Jeffrey D., *The Party of Order: The Conservatives, the State, and Slavery in the Brazilian Monarchy, 1831-1871*, Standford, Standford University Press, 2006.

NEQUETE, Lenine, *O escravo na jurisprudência brasileira: magistratura e ideologia no 2º reinado*, Porto Alegre, TJRS, 1988.

NETO, Mario Danieli, *Escravidão e Indústria: um estudo sobre a Fábrica de Ferro São João de Ipanema – Sorocaba (SP) – 1765-1895*, Doutorado em Economia, Campinas, IE-UNICAMP, 2006.

NOGUEIRA, Oracy, *Tanto preto quanto negro: estudo das relações raciais*, São Paulo, T. A. Queiroz, 1985.

_____, *Preconceito de marca: as relações raciais em Itapetininga*, São Paulo, Edusp, 1998.

_____, “Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem: sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil”, *Tempo Social: Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, Edusp, v. 19, n. 1, 2007, p. 287-308.

- NORONHA, Ibsen, *Escravidão e leis no Brasil*, Brasília, Art Press, 2011.
- NOWAKOWSKI, Arianna *et al.* (eds.), *Human Rights & Human Welfare: Graduate School of International Studies*, Denver, University of Denver, 2008.
- NUNES, Sylvia da Silveira, “Racismo no Brasil: tentativas de disfarce de uma violência explícita”, *Psicologia USP*, São Paulo, USP, v. 17, n. 1, 2006, p. 89-98.
- OLIVEIRA, Natália de Almeida, “Jorge Benci e a escravidão: percepções de um jesuíta italiano em uma sociedade escravista”, in *Anais do XV Encontro Regional de História*, São Gonçalo, ANPUH-Rio, 2012.
- OLIVEIRA, Samuel de, “O kantismo no Brasil: ao eminente pensador Sílvio Romero”, *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Filosofia, v. XV n. 58, 1965, p. 252-258.
- ORTEGA, Manuel Segura, “El movimiento del Derecho libre”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, v. X, p. 423-455.
- PAIM, Antonio, *A filosofia da Escola do Recife*, Rio de Janeiro, Saga, 1966.
- _____, *História das ideias filosóficas no Brasil*, São Paulo, Grijalbo, 1967.
- PAREDES, Marçal de Menezes, “A Querela dos Originais: notas sobre a polêmica entre Sílvio Romero e Teófilo Braga”, *Estudos Ibero-Americanos. Edição Especial*, Porto Alegre, PUCRS, n. 2, 2006, p. 103-119.
- PARRON, Tâmis Peixoto, *A política da escravidão no Império do Brasil (1826-1865)*, Tese em História Social, São Paulo, FFLCH-USP, 2009.
- PENA, Eduardo Spiller, “Um romanista entre a escravidão e a liberdade”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 18, 1996, p. 33-75.
- _____, *Pajens da Casa Imperial: Jurisconsultos, Escravidão e Lei de 1871*, Campinas, Editora da Unicamp, 2001.

- PENNINGTON, Kenneth, *The Prince and the Law (1200-1600): Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley, California University Press, 1993.
- PEREIRA, José Esteves, *O pensamento político em Portugal no século XVIII: António Ribeiro dos Santos*, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1983.
- PEREIRA, Lupércio Antônio, “A escravidão e o trabalho livre em Machado de Assis”, *Diálogos*, Maringá, DHI-UEM, v. 14, n. 3, 2010, p. 491-516.
- PESSOA, Vicente Alves de Paula, *Anotações á lei e regulamentos sobre o elemento servil*, Rio de Janeiro, Instituto Typographico do Direito, 1875.
- PINTO, Luis de Aguiar Costa, *O negro no Rio de Janeiro: relações de raças numa sociedade em mudança*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1953.
- _____, *Desenvolvimento econômico e transição social*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1970.
- _____, *O negro no Rio de Janeiro: relações de raças numa sociedade em mudança*, São Paulo, Editora UFRJ, 1998.
- PIRATININGA JÚNIOR, Luiz Gonzaga, *Dietario dos escravos de São Bento: originários de São Caetano e São Bernardo*, São Caetano do Sul, Hucitec, 1991.
- PIRES, Thula, *Criminalização do Racismo*, Rio de Janeiro, PUC Rio, 2016.
- PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris, Joubert: Librairie de la Cour de Cassation, 1844.
- PORTUGAL, *Negros em Portugal, sécs. XV-XIX. Catálogo da exposição no Mosteiro dos Jerónimos*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses, 1999.

- POSNER, Richard A., “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *University of Chicago Law School, Program in Law and Economics*, Chicago, SLS, n. 53, 1998, p. 1-13.
- POUSADA, Estevan Lo Ré, “A obra de Augusto Teixeira de Freitas e a conformação de um direito civil tipicamente brasileiro: sua *genialidade* compreendida como conciliação entre inovação sistemática e acuidade histórica”, *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, Universidade de São Paulo, v. 102, 2007, p. 89-98.
- PROUS, André, *O Brasil antes dos brasileiros: a pré-história do nosso país*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006.
- PUNTONI, Pedro, *A guerra dos bárbaros: povos indígenas e a colonização do sertão nordeste do Brasil, 1650-1720*, São Paulo, Fapesp, 2012.
- QUEIROZ, Suely Robles Reis de, “Brandura da escravidão brasileira: mito ou realidade?”, *Revista de História*, São Paulo, FFLCH-USP, v. 52, n. 103, 1975, p. 443-482.
- QUELUZ, João Severiano Maciel da Costa, *Memoria sobre a necessidade de abolir a introdução dos escravos africanos no Brasil; sobre o medo e condições com que esta abolição se deve fazer; e sobre os meios de remediar a falta de braços que ela pode ocasionar*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1821.
- REIS, João José, *Rebelião escrava no Brasil: a história do levante dos Malês em 1835*, São Paulo, Companhia das Letras, 2003.
- REIS, João José; SILVA, Eduardo, *Negociação e conflito: a resistência negra no Brasil escravocrata*, São Paulo, Companhia das Letras, 1989.
- RIBEIRO, Mariana Alice Pereira Schatzer, “Os africanos livres na Real Fábrica de Ferro São João do Ipanema: Funções, Origens Étnicas e Rotina de Trabalho (1840-1850)”, *Sankofa: Revista de História da África e de Estudos da Diáspora Africana*, São Paulo, NEACP-USP, ano VI, n. XII, 2013, p. 6-38.

RICOEUR, Paul, “L’Idéologie et L’Utopie: deux expressions de l’imaginaire social”, *Autres Temps: Cahiers d’éthique sociale et politique*, Paris, outono, n. 2, 1984, p. 53-64.

RIZZINI, Carlos, *O livro, o jornal e a tipografia no Brasil: 1500-1822*, Rio de Janeiro, Kosmos, 1946.

ROCHA, José Justiniano da (ed.), *Inglaterra e Brasil: trafego de escravos, por um deputado*, Rio de Janeiro, Typographia do Brasil, 1845.

ROCHA, Justiniano José da, *Ação, reação, transação: duas palavras acerca da actualidade política do Brasil (1855)*, São Paulo, EDUSP, 2016.

RODRIGUES, Jaime, “Liberdade, Humanidade e Propriedade: os escravos e a Assembléia Constituinte de 1823”, *Revista do Instituto de Estudos Brasileiros*, USP, São Paulo, n. 39, 1995, p. 159-167.

RODRIGUES, Nina, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938.

_____, *As coletividades anormais*, Brasília, Senado Federal, 2006, v. 76.

_____, *O animismo fetichista dos negros baianos*, Rio de Janeiro, Fundação Biblioteca Nacional, 2006.

ROMÉRO, Sylvio, “A questão do dia: a emancipação dos escravos”, *Revista Brasileira*, Rio de Janeiro, Francisco de Paula Meneses, tomo 7, jan.-mar., 2º ano, 1881, p. 191-203.

_____, *Uma Esperteza. Os cantos e contos populares do Brasil e o Sr. Teófilo Braga – protesto*, Rio de Janeiro, Typographia da Escola de Serafim José Alves, 1887.

_____, *Estudos sobre a poesia popular do Brazil: 1879-1880*, Rio de Janeiro, Typographia Laemmert & C., 1888.

_____, *Doutrina contra Doutrina: o evolucionismo e o positivismo na República do Brasil*, Rio de Janeiro, Editor J. B. Nunes, 1894.

- _____, *Os cantos populares do Brasil*, 2 ed., Rio de Janeiro, Livraria Classica de Alves & Comp., 1897.
- SAINTE-MÉRY, Louis-Élie Moreau de, *Loix et Constitutions des Colonies Françaises de L'Amérique sous le vent*, Paris, Imprimeur de S. A. S. Prince de Conti Quillau, 1784-1790, Tome Premier.
- SANCHIS, Luis Pietro, *Ideologia e interpretação jurídica*, Madrid, Tecnos, 1987.
- SANTANA, Nara M. C.; SANTOS, Ricardo Augusto dos, “Projetos de Modernidade: autoritarismo, eugenia e racismo no Brasil do século XX”, *Revista de Estudos Sociais*, Bogotá, Universidad de los Andes, n. 58, 2016, p. 28-38.
- SANTOS, António Ribeiro dos, *Notas ao plano do Novo Código de Direito Público de Portugal do Dr. Pascoal José de Mello, feitas e apresentadas na Junta de Censura e revisão pelo Dr. António Ribeiro*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1844.
- SANTOS, Flora Bezerra dos; ZAMORA, Maria Helena, “Banalidade do mal e a manutenção da ordem social: o Terceiro Reich e o racismo no Brasil”, *Polêm!ca*, Rio de Janeiro, UERJ, v. 18, n. 4, 2018, p. 121-131.
- SANTOS, Guilherme de Paula Costa, *A Convenção de 1817: debate político e diplomático sobre o tráfico de escravos durante o governo de d. João no Rio de Janeiro*, São Paulo, FFLCH, 2009.
- SANTOS, Jocélio Teles dos, “De pardos disfarçados a brancos pouco claros: classificações raciais no Brasil dos séculos XVIII-XIX”, *Afro-Ásia*, Salvador, CEAO-UFBA, n. 32, 2005, p. 115-137.
- SANTOS, Luiz Antonio de Castro, “Meia palavra sobre a ‘Filosofia Positiva’ no Brasil”, São Paulo, CEBRAP, n. 22, 1988, p. 193-198.

- SANTOS, Nilton Pereira dos, *A fábrica de ferro São João de Ipanema: economia e política nas últimas décadas do Segundo Reinado (1860-1889)*, Dissertação em História Econômica, São Paulo, FFLCH-USP, 2009.
- SANTOS, Rogério Dutra dos, “Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política”, *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, PPGD/UFSC, n. 61, 2010, p. 273-307.
- SAVIGNY, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Bimmer, 1814.
- SCHORSKE, Carl E., “Operatic Modernism”, *Journal of Interdisciplinary History*, Cambridge, The MIT Press, v. XXXVI, n. 4, 2006, p. 675-681.
- SCHUCMAN, Lia Vainer, *Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”:* Raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana, Tese em Psicologia Social, São Paulo, IP-USP, 2012.
- SCHWARTZMAN, Simon, *Um espaço para a Ciência: a Formação da Comunidade Científica no Brasil*, 2 ed., Brasília, MCT, 2001.
- SCHWARZ, Roberto, *Um mestre na periferia do capitalismo: Machado de Assis*, 3 ed., São Paulo, Duas Cidades, 1998.
- _____, *As ideias fora do lugar: ensaios selecionados*, São Paulo, Penguin Classics/Companhia das Letras, 2014, e-book.
- SHAUB, Jean-Frédéric, “Novas aproximações ao Antigo Regime Português”, *Penélope: Fazer e Desfazer a História*, Lisboa, UNL, n. 22, 2000, p. 119-140.
- SILVA, Daniel Barros Domingues da, “O tráfico de São Tomé e Príncipe, 1799 a 1811: para o estudo de rotas negreiras subsidiárias ao comércio transatlântico de escravos”, *Estudos de História*, Franca, UNESP, v. 9, n. 2, 2002, p. 35-51.
- SILVA, Maria Beatriz Nizza da, *Vida privada e cotidiano no Brasil a época de d. Maria I e d. João VI*, 2 ed., Lisboa, Editorial Estampa, 2004, v. 4.

_____, *D. João: Príncipe e Rei do Brasil*, Lisboa, Livros Horizonte, 2008.

SILVA, Wilton Carlos Lima da, “Amélia Beviláqua que era uma mulher de verdade: a memória construída da esposa de Clóvis Beviláqua”, *Revista Internacional Interdisciplinar*, Florianópolis, UFSC, v. 11, n. 2, 2014, p. 138-161.

SIQUEIRA, Lucília, “O ponto em que estamos na historiografia sobre o período de rompimento entre Brasil e Portugal”, *Almanack Braziliense*, São Paulo, USP, n. 3, 2006, p. 81-104.

SLENES, Robert, “Escravos, cartórios e desburocratização: o que Rui Barbosa não queimou será destruído agora?”, *Revista Brasileira de História*, São Paulo ANPUB, v. 5, n. 10, 1985, p. 166-196.

SMITH, Adam, *The Wealth of Nations*, New York, P. F. Collier & Son, 1902.

SOUSA, Iara Lis C., *A Independência do Brasil*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2000, *e-book*.

SOUZA, Jessé, *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2003.

SOUZA, Octavio, *Fantasia de Brasil: as identificações na busca da identidade nacional*, São Paulo, Editora Escuta, 1994.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, “O Direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil”, *Revista IIDH*, San José, El Instituto, v. 15, 1992, p. 145-164.

SOUZA, Paulino José Soares de, *Ensaio sobre o direito administrativo*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1862.

_____, *Estudos práticos sobre a administração das províncias no Brasil*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1865.

- SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de, *História da desigualdade: a concentração de renda entre os ricos do Brasil (1926-2013)*, São Paulo, Hucitec Editora, 2018.
- STARLING, Heloisa Maria Murgel, “A República e o Sertão: Imaginação literária e republicanismo no Brasil”, *Revista de Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, CES, n. 82, 2008, p. 133-147.
- STRAUSS, Claude Lévi-, *Myth and Meaning*, New York, Schocken Books, 1995.
- SURGIK, Aloísio, “O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil”, in *Il Diritto Latinoamericano a cura di Sandro Schipani: Augusto Teixeira de Freitas*, Padova, Università di Roma, Dipartimento di Storia e Teoria del Diritto, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, 1998, v. II.
- SWINDLER, Ann, “Culture in Aaction: Symbols and Strategies”, *American Sociological Review*, Notre Dame, ASA, v. 51, 1986.
- SYLVA, Joseph de Seabra da, *Deducção chronologica, e analytica*, Lisboa, Officina de Miguel Manescal da Costa, 1767a, parte I.
- _____, *Deducção chronologica, e analytica*, Lisboa, Officina de Miguel Manescal da Costa, 1767b, parte II.
- _____, *Collecção das Provas*, Lisboa, Officina de Miguel Manescal da Costa, 1768.
- TEIXEIRA, António Ribeiro de Liz, *Curso de direito civil portuguez ou Commentário às Instituições do Sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848.
- TELLES, José Homem Correia, *Commentario critico à Lei da Boa Razão*, Lisboa, Typographia de Maria de Madre de Deus, 1865.

- TELLES, Lorena Féres da Silva, *Libertas entre sobrados: contratos de trabalho doméstico em São Paulo na derrocada da escravidão*, Mestrado em História Social, São Paulo, FFLCH-USP, 2011.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, Mohr und Bimmer, 1814.
- THOMAS, Hugh, *The Slave Trade: The Story of the Atlantic Slave Trade, 1440-1870*, New York, Touchstone, 1997.
- THOMPSON, Edward Palmer, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, London, Penguin Books, 1990.
- TODESCAN, Franco, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano, Giuffrè, 1983, v. 1.
- TOLEDO, Caio Navarro de (org.), *1964: Visões críticas do golpe – Democracia e reformas no populismo*, 2 ed., Campinas, Editora Unicamp, 2004.
- TOLEDO, Caio Navarro, *ISEB: fábrica de ideologias*, São Paulo, Ática, 1977.
- TOSI, Giuseppe, “A doutrina subjetiva dos direitos naturais e a questão indígena na Escuela de Salamanca e em Bartolomé de Las Casas”, *Cuadernos Salmantinos de Filosofía*, Salamanca, Universidad Pontificia de Salamanca, 2003, v. 30, p. 577-587.
- TRONCA, Ítalo, *Revolução de 1930: a dominação oculta*, São Paulo, Editora Brasiliense, 1982.
- VAINFAS, Ronaldo, *Ideologia e escravidão: os letrados e a sociedade escravista no Brasil Colonial*, Petrópolis, Vozes, 1986.
- _____, “Colonização, miscigenação e questão racial: notas sobre equívocos e tabus da historiografia brasileira”, *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, PPGH-UFE, n. 8, 1999, p. 1-12.

- _____, *Antônio Vieira: Jesuíta do rei*, São Paulo, Companhia das Letras, 2011.
- VASCONCELLOS, Zacarias de Góes e, *Da natureza e limites do Poder Moderador*, 2 ed., Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1862.
- VEIGA, Luiz Francisco da, *Livro do Estado Servil e respectiva Libertação contendo a lei de 28 de setembro de 1871*, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1876.
- VERGNE, Celso de Moraes, *A Trama da Besta: a construção cotidiana do genocídio negro no Rio de Janeiro*, Doutorado em Psicologia, Rio de Janeiro, PUC/RJ, 2014.
- VIANNA, Francisco José de Oliveira, *Evolução do povo brasileiro*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938.
- _____, *Raça e assimilação*, 3 ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1938.
- VILLELA, João Baptista, “Da Consolidação das Leis Civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 23, n. 89, 1986, p. 323-338.
- VILLENEUVE, Julio Constancio, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 45, n. 266, 1866.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 46, n. 107, 1867.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 81, n. 266, 1867.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 46, n. 260, 1867.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 49, n. 181, 1870.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 49, n. 230, 1870.
- _____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 50, n. 180, 1871.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 50, n. 193, 1871.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 50, n. 199, 1871.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 50, n. 204, 1871.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano 50, n. 225, 1871.

VILLENEUVE, Junius, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano XXXV, n. 26, 1860a.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano XXXV, n. 329, 1860b.

_____, *Jornal do Commercio*, Rio de Janeiro, ano XXXV, n. 338, 1860c.

WAAL, Frans de, *The Age of Empathy: Nature's Lessons for a Kinder Society*, New York, Harmony Books, 2009.

WALD, Arnold, "A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano", *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 41, n. 163, 2004, p. 249-260.

WALLERSTEIN, Immanuel, *Historical Capitalism with Capitalist Civilization*, 8 ed., London/New York, Verso, 1996.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José, *Direito e Justiça no Brasil Colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.), *Fundamentos de História do Direito*, 8 ed., Belo Horizonte, 2014.

XAVIER, Regina Célia Lima, *A conquista da liberdade: libertos em Campinas na segunda metade do século XIX*, Campinas, Centro de Memória da Unicamp, 1996.

Trata-se de tese apresentada na área da filosofia do direito onde foi tentada a reflexão da juridicidade a partir da valorização da historicidade. A escravidão no Brasil aparece como contraponto máximo ao idealizado projeto de direito moderno e aos consequentes valores democráticos e republicanos. No nosso sentir, o texto vale ao menos pelas referências bibliográficas que foram alcançadas.