



Direito em Revista

NÚMERO 37/2024



Direito em Revista

NÚMERO 37 / 2024

CESUL - CENTRO DE ENSINO SUPERIOR CESUL

Rua Antônio de Paiva Cantelmo, 1222 – Centro
CEP. 85.601-270. Francisco Beltrão – Paraná – Brasil
(46) 3524-4242 / cesul@cesul.br / npic@cesul.br / www.cesul.br

Diretor Geral
Névio Urió

Diretora
Prof(a). Me. Daniela Urió Mujahed

Coordenador do curso de Direito
Prof. Luiz Carlos Dagostini Junior

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi (CESUL)

Editores Executivos
Amanda Kriger (CESUL)
Profª. Drª Alexia A. Rodrigues Brotto Cessetti (CESUL)
Prof. Me. Bruno Fernandes de Oliveira (CESUL)
Profª Ma. Camila Cararo Tonkelski (CESUL)
Prof. Me. Douglas Balduino Pereira (CESUL)
Prof. Dr. Kenny Sontag (CESUL)
Prof. Me. Lucas Bernardon (CESUL)
Prof. Dr. Luiz Fernando Coelho (CESUL)
Prof. Dr. Marcos Augusto Maliska (CESUL)

Ficha Catalográfica

C421 CESUL- Centro de Ensino Superior
Direito em revista: revista jurídica do centro de ensino superior cesul nº 37. Prof. Dr. Gustavo Ellwanger Calovi. (Coord.), Francisco Beltrão, 2024.

Inclui Bibliografia:
ISSN: 1676-0700

I. Direito em Revista II. Luso-Brasileira
III. Adolescente em Conflito IV. Desinformação

CDD: 340

Ficha Catalográfica elaborada pela bibliotecária Elisandra Artus Berté - CRB-9/1675

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Profª. Drª. Andrea Pitasi
Università degli Studi G. d'Annunzio, Chieti–Pescara, Itália

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Prof. Dr. Evandro Barbosa
Universidade Federal de Pelotas, Brasil.

Profª. Drª. Gina Gouveia Pires de Castro
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Castagna Machado
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Prof. Dr. Jorge Núñez
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Laís Bergstein
Centro Universitário Curitiba, Brasil

Prof. Dr. Leomar Rippel
Universidade Federal de Rondônia, Brasil

Profª. Drª. Lucia Souza D'Aquino
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Dr. Marco Antônio César Villatore
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Prof. Dr. Nitish Monebhurrin
Centro Universitário de Brasília, Brasil

Prof. Dr. Ricardo Sontag
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Profª. Drª. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Profª. Drª. Thaís Cristina Alves da Costa
Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil

Prof. Dr. Wagner Silveira Feloniuk
Universidade Federal do Rio Grande, Brasil

Apresentação

O Centro de Ensino Superior CESUL se destaca no panorama educacional brasileiro ao oferecer uma sólida formação acadêmica e profissional, com especial atenção ao Bacharelado em Direito, curso mais longo da instituição. Para garantir a excelência em sua missão, o CESUL investe no desenvolvimento contínuo de seus docentes, incentivando tanto o aprimoramento didático quanto a produção de conhecimento, fortalecendo, assim, a cultura jurídica no Paraná e no Brasil.

A Direito em Revista desempenha um papel fundamental nesse contexto, selecionando criteriosamente artigos que buscam não apenas expandir as fronteiras da Ciência do Direito, mas também oferecer respostas reflexivas e inovadoras aos desafios jurídicos, políticos e sociais da atualidade. A publicação reúne produções de professores e alunos de programas de pós-graduação, estabelecendo-se como um espaço de diálogo acadêmico que promove a evolução do pensamento jurídico e contribui para o debate público qualificado.

Na 37ª edição, referente ao segundo semestre de 2024, a Direito em Revista reafirma seu compromisso com a excelência acadêmica ao publicar reflexões de relevância científica e social, fortalecendo o vínculo entre a pesquisa jurídica e as necessidades da sociedade brasileira.

Gustavo Ellwanger Calovi

O PENSAMENTO JURISFILOSÓFICO LUSO-BRASILEIRO

LUSO-BRAZILIAN
JURISPHILOSOPHICAL
THOUGHT

Luiz Fernando Coelho¹

Resumo: O texto a seguir é a versão ampliada de uma palestra proferida *on-line* no dia 05/04/2024, no II Congresso Luso-Brasileiro de Filosofia do Direito, organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na Sessão Especial II - Pensamento jurídico contemporâneo. A partir da experiência pessoal do autor, trata-se de realçar alguns aspectos da produção científica e filosófica de autores portugueses e brasileiros, os quais evidenciam um solo ontológico e epistemológico adequado para unificar as respectivas contribuições com vistas à caracterização de um pensamento jurisfilosófico unificado. Entre os pontos mais relevantes, destaca-se a recepção, em ambos os países, da filosofia existencial e da fenomenologia, que tanto

¹ Membro da Academia Brasileira de letras Jurídicas, da Academia Paranaense de Letras Jurídicas e Membro Emérito da ABRAFI. Ex-Professor das Universidades Federais do Paraná (aposentado) e Santa Catarina. Professor do Centro Sul americano de Ensino Superior – CESUL

subsidiaram o culturalismo de Miguel Reale quanto o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, e, ultimamente, o criticismo epistemológico do autor deste artigo. Neste contexto, destaca-se a influência de João Baptista Machado, não somente em virtude de sua tradução da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, de indiscutível influência nos países lusófonos, como também por haver proposto uma concepção, bastante original, acerca dos fatores antropológicos que amoldaram a cultura e a civilização, bem assim, suas instituições jurídicas e políticas. É a teoria do *direito natural de conteúdo em devir*, elaborada sob influência da antropologia evolucionista de Teillard de Chardin, pela qual o direito é visto como produto da evolução da matéria cósmica, um processo marcado por interações cada vez mais complexas, que culmina no *homo sapiens*. O que então se vislumbra é a busca do solo fenomenológico próprio do pensamento luso-brasileiro.

Palavras-chave: Jurisfilosofia; jusnaturalismo antropológico; culturalismo; jurisprudencialismo; criticismo epistemológico.

Abstract: The following text is the expanded version of a lecture given online on 04/05/2024, at the II Luso-Brazilian Congress of Philosophy of Law, organized by the Legal Institute of the Faculty of Law of the University of Coimbra, in the Special Session II - Contemporary legal thought. From the author's personal experience, it is a matter of highlighting some aspects of the scientific and philosophical production of Portuguese and Brazilian authors, which show an ontological and epistemological ground adequate to unify the respective contributions with a view to the characterization of a unified jurisphilosophical thought. Among the most relevant points, the reception, in both countries, of existential philosophy and phenomenology, which subsidized both the culturalism of Miguel Reale and the jurisprudentialism of Castanheira Neves, and, lately, the epistemological criticism of the author of this article, stands out. In this context, the influence of João Baptista Machado stands out, not only because of his translation of Hans Kelsen's Pure Theory of Law, which has an indisputable influence in Portuguese-speaking countries, but also because he proposed a very original conception of the anthropological factors that shaped culture and civilization, as well as its legal and political institutions. It is the theory of *natural law of content in becoming*, elaborated under the influence of the evolutionary anthropology of Teillard de Chardin, by which law is seen as a product of the evolution of cosmic matter, a process marked

by increasingly complex interactions, which culminates in *homo sapiens*. What is then glimpsed is the search for the phenomenological soil proper to Luso-Brazilian thought.

Keywords: jurisphilosophy; anthropological jusnaturalism; culturalism; jurisprudentialism; epistemological criticism.

O PENSAMENTO JURISFILOSÓFICO LUSO-BRASILEIRO

Num evento especialmente voltado à reunião de pesquisadores que se ocupam da Filosofia do Direito, uma disciplina ultimamente relegada ao esquecimento nos cursos jurídicos, ao menos no Brasil, seja-me permitido evocar alguns momentos particularmente relevantes que, no histórico desta matéria, possibilitam aludir a um pensamento unificado de duas nações irmãs, Portugal e Brasil, ou seja, uma Filosofia do Direito Luso-brasileira. Prefiro a palavra "*Jurisfilosofia*", em vez de "*Jusfilosofia*", comumente utilizada.

Em que medida é possível aludir a uma Jurisfilosofia Luso-Brasileira? Preliminarmente, destaco o fator linguístico: uma visão abrangente de toda a produção acadêmica nos países lusófonos, independentemente dos limites geopolíticos que os separam, analogamente à referência que se faz ao pensamento alemão ou ao pensamento anglo-americano, por exemplo. Uma visão que evoca o legado civilizatório europeu, lembrando que o direito brasileiro foi, até a Independência em

1822, o português consubstanciado nas Ordenações do Reino, desde o Código Afonsino, de 1446 a 1514, o Código Manuelino até 1595 e o Código Filipino, que teve vigência em Portugal até a promulgação das leis codificadas do século XIX. No Brasil, foram revogadas pelo Código Penal do Império, em 16 de dezembro de 1830, mas muitas de suas disposições foram mantidas até o advento do Código Civil de 1916.

Outro critério é a detecção das características culturais que, no curso da história, levaram as sociedades a tomar consciência de uma identidade própria. Ambos os critérios estão presentes nas tentativas de discernir um pensamento unificado. Mas este segundo viés pressupõe um conceito de cultura, que pode estar vinculado a dois aspectos pre-valetentes, de caráter ontológico ou sociológico, este abrangendo uma configuração antropológica e etnológica.

Para entender o alcance ontológico, é preciso considerar a separação kantiana entre o *ser* e o *dever ser*, que possibilita a classificação objetiva entre o real, o que existe por si, e o ideal, cuja existência só se concebe como produto do pensamento. Ontologicamente, entende-se a cultura como a presença de elementos que retiram os objetos do conhecimento do mundo do ser, seja a natureza ou universo das ideias puras, as abstrações da lógica e da matemática, para ubiquá-los num *tertium genus*, o mundo da cultura, dominado pela racionalidade e voluntariedade humanas.

Quando procuramos fatores denotativos de alguma homogeneidade no tratamento filosófico de um tema tão complexo, quanto é o fenômeno jurídico, avultam as relações entre direito e cultura, em ambos os sentidos. E quando falamos em “*fenômeno jurídico*”, já pressupomos um posicionamento filosófico, pois se trata, não de uma essência uni-

versal da juridicidade, mas de seus aspectos aparentes, o modo como o direito se manifesta na vida social, sendo a cultura – *costumes e tradições, crenças e valores, manifestações artísticas e formas comportamentais* – a base para a construção da identidade de um grupo social mais ou menos definido. Em assim sendo, existe uma cultura luso-brasileira que, além da unidade linguística, espelha a cultura ocidental, de berço europeu.

Ontológica ou sociologicamente, falamos então em *Culturalismo Jurídico*, postura doutrinária subentendida nas elaborações intelectuais de muitos mestres portugueses e brasileiros, as quais incorporo à minha própria experiência acadêmica, em grande parte haurida e demonstrada mediante palestras e eventos de que tenho participado, em Lisboa, Coimbra e Braga.

Não é o caso de uma abordagem perfunctória de tamanha riqueza intelectual, mas de reafirmar a possibilidade de identificação de filosofia do direito luso-brasileira, sob o denominador comum do culturalismo jurídico, tanto em seu alcance ontológico quanto sociológico.

Com a devida vênia, nesta análise busco ater-me à minha experiência pessoal como estudioso, professor, pesquisador e, sobretudo, profundamente apegado à cultura jurídica universal, desde o início de minha atividade de professor de Introdução ao Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em Curitiba, no início dos anos sessenta. Já lá se vão mais de uma dezena de lustros, uma jornada intelectual que inclui passagens inesquecíveis por Portugal.

Justamente para que esta memória não recaia no olvido, e para demonstrar meu amor por esta terra, reuni os textos reconstituídos de palestras que aqui proferi, nas cidades do Porto, Braga, Lisboa e Coimbra,

desde o ano de 2014, num pequeno livro, ao qual dei o título “*Casa Portuguesa*”, extraído da famosa canção imortalizada por Amália Rodrigues.²

Entre os textos ali compilados, destaco a conferência de abertura do Congresso Internacional “Direito na Lusofonia”, no dia 20 de fevereiro de 2014, na Universidade do Minho, em Braga, e a palestra “*A Autonomia do Direito: O Jurisprudencialismo Revisitado*”, proferida no Encontro de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica em homenagem a Castanheira Neves, promovido pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas e Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, no dia 30 de outubro de 2018.

Esse paralelismo entre as concepções que idealizei com a filosofia de Castanheira Neves, já admite ser expressão de um pensamento luso-brasileiro. E daí esclareço o sentido de minha fala: **não se trata do apanhado historiográfico do conjunto das obras de pensadores portugueses e brasileiros, nem da história externa das** respectivas produções literárias no campo específico da matéria, mas do desvelamento de um conjunto de ideias que, produzidas aqui e acolá, traduzem uma convicção comum.

O primeiro momento destas reminiscências foi em setembro de 1965, quando recebi uma subvenção da *Fundação Calouste Gulbenkian*, que me possibilitou cursar o segundo ciclo do Curso de Especialização em Direito Comparado, promovido, em convênio com a Universidade de Coimbra, pela *Faculté Internationale pour l’Enseignement du Droit Comparé* (Faculdade Internacional para o Ensino do Direito Comparado), que tinha sede em Estrasburgo.

² COELHO, Luiz Fernando. **Casa Portuguesa: Filosofia do Direito em Portugal**. Curitiba: Bonijuris, 2023.

Na ocasião, tive o privilégio de conhecer o Prof. Dr. João Baptista Machado, professor assistente na Faculdade de Direito. Um nome lembrado por ter sido o tradutor *da Reine Rechtslehre*, a “*Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*” para a língua portuguesa, isto em 1962. Foi através desta tradução que grande parte dos juristas brasileiros teve acesso ao positivismo formalista kelseniano, uma teoria que ainda permanece como das mais conhecidas, provavelmente em todo o mundo, dentre as contribuições dos grandes mestres do pensamento alemão. Com efeito, o purismo metodológico proposto por Kelsen é um referente quase obrigatório, para quem adentra os domínios da Jurisfilosofia.

Mas o trabalho de Baptista Machado foi mais além; procedeu à tradução de outra obra de Kelsen, a monografia “*Das Problem der Gerechtigkeit*”, “O Problema da Justiça”, publicada com título em português “*A Justiça e o Direito Natural*”. A tradução foi precedida de uma Nota Preliminar, pela qual o tradutor, entre outras considerações, enfatizou o grande defeito da teoria kelseniana, a exclusão da ética do objeto do Direito, em nome do resguardo de sua cientificidade, consoante a concepção positivista.

Outro mestre da Universidade de Coimbra, o Prof. Dr. Luís Cabral de Moncada, também apontou esse problema, e o fez nas diversas resenhas de autores de visível relevância para a história das ideias, entre os quais, o argentino Carlos Cossio, criador da *Teoria Ecológica do Direito*, e Carl Schmitt, conhecido por sua obra em Direito Constitucional, cuja repercussão refletiu-se no panorama político europeu anterior à Segunda Guerra Mundial. Nestas recensões, e outras publicadas em seu livro “*Estudos Filosóficos e Históricos*”,³ deixara evidente sua

³ MONCADA, L. Cabral de. **Estudos Filosóficos e Históricos**. Coimbra: Acta

postura em favor de uma integração tridimensional entre a norma, os valores e os fatos jurídicos, convergindo para uma essência ontológica definida como *dever-ser*.

O conceito que liga o ser do direito ao mundo do *dever ser* sintetiza a concepção prevalecente que une a tradição jurisfilosófica portuguesa ao pensamento brasileiro, ao menos no que tange o desenvolvimento da Filosofia do Direito no Século XX.

Não cabe, no momento, a discussão sobre o alcance desta postura, de resto fundamentada no Criticismo kantiano, mas cabe interpretá-la como aproximação ao objeto do saber jurídico, dentro dos pontos de vista sugeridos pela Fenomenologia de Husserl e o Existencialismo de Heidegger. E aqui radica precisamente o pioneirismo de Baptista Machado: contra o formalismo positivista então prevalecente, herdeiro do Iluminismo setecentista, sua afirmação de que a justiça integrava o a essência da juridicidade, pareceu inovadora.

E isto veio a ser reafirmado em outro texto do mesmo tradutor, a monografia intitulada *“Antropologia, Existencialismo e Direito”*, publicada em 1965, pela qual o professor Baptista Machado apresentou o *“conjunto de fenômenos a que se convencionou denominar ‘direito’”*, dentro de uma perspectiva antropológica, como criação e comunicação, produto da evolução cultural da humanidade e, ao mesmo tempo, forma de comunicação social.

Esta ideia da existência fenomênica do direito desenvolveu-se no sentido de que, mesmo se considerado apenas em seus aspectos apenas aparentes, especialmente a linguagem, o direito é produto de uma criatividade estranha ao mundo animal, ou seja, constitui a própria

essência ontológica do humano, que, quando voltada para a juridicidade, não se exaure no ato de sua elaboração linguística ou semiótica, porquanto, após ter sido criado, o direito não se separa do criador, sendo recriado de maneira constante como algo integrado à *impulsividade vital* do ser humano; na medida em que contribui para sua realização essencial e existencial, o direito é mais do que consequência histórica da civilização, ele é fruto de uma necessidade ontológica.⁴

Tal contribuição à Jurisfilosofia, de suma importância, está presente na concepção jurisprudencialista do Professor Castanheira Neves: não existe uma natureza essência previamente dada, que se imponha ao sujeito cognoscente e que este deva passivamente aceitar ou a ela conformar-se pela inexorabilidade de sua atuação; existe, sim, uma natureza humana autoproduzida e criadora que, embora possa impor-se inevitavelmente desde o momento da sua criação, é gerada e substancializada pelo próprio homem; uma natureza que participa ativa e passivamente da criatividade dinâmica sem que a *“essência”* do ser humano se exaure.⁵ Nota-se a convergência de três vieses distintos, cada um a seu modo, entre Baptista Machado, Castanheira Neves e Miguel Reale. Para os dois mestres portugueses, o direito é radicalmente histórico, ou seja, ela não se forja na história, ele é sua própria história,⁶ não o produto

4 Entre as obras que contribuíram para o contexto referido no presente estudo, cumpre citar: TEILHARD DE CHARDIN, *O Fenômeno Humano*, Ed. Martins, Rio, 1965; B. MALINOWSKI, *Uma Teoria Científica da cultura*, Zahar, Rio, 1962; C. LÉVI-STRAUSS e outros, *O Método Estruturalista*, Rio, 1967. Vide, também, A. VINCENT, *“La synthèse cosmogénétique de Teilhard de Chardin et le droit”*, in *Archives de Philosophie du Droit*, tomo x, 1965.

5 CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade**. Ensaio de uma Reposição Crítica, tomo I: A Crise, Coimbra: Almedina, 1967. J. BAPTISTA MACHADO, *Antropologia, Existencialismo e Direito*, Coimbra, 1965, págs. 3 e segs.

6 COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *O Princípio Ontológico da Historicidade Radical e o problema da Antinomia do Direito: ensaio de aproximação filosófica ao Jurisprudencialismo*. **Revista da faculdade de Direito da UFMG**, Belo Ho-

de uma elaboração natural condicionada, mas o produto da criação livre do homem “aberto para o Ser”. Para Reale, a tridimensionalidade específica do direito abrange o constante aperfeiçoamento ético, cujo produto se cristaliza nas *constantes axiológicas*. Se corresponde à própria dialética do direito a coerência normativa e axiológica entre o *factum* do conflito social e a realização do homem como tal, há que buscar o fundamento de sua validade material numa normatividade meta jurídica que, longe de traduzir a oposição entre o dado e o criado, se integra no criado, já que o dado em relação ao essencialmente humano não existe e o jurídico só existe dentro do essencialmente humano. As três noções pressupõem o jusnaturalismo, ainda que não admitam um direito que não seja obra humana, produto da cultura. Não obstante, a ideia de um direito natural criado na medida da criação da própria essência pelo ser humano, afasta o principal fundamento para a recusa das teses jusnaturalistas.

A filosofia existencial transmuta esse conceito do plano antropológico para o metafísico, como “*abertura para o Ser*”, o *Dasein* na nomenclatura de Heidegger; mas um ser que se firma e sustenta na medida em que se comunica com o outro, através da cultura e da civilização.⁷

Esta abertura existencial, fundamentada na “criatividade”, antropológica, significa que toda tentativa de acomodação comportamental, automatização e robotização só condiciona as condutas na medida em que o homem as aceita e renuncia ao esforço para modificá-las; em sendo assim, o direito é produzido na história, não como resultado de uma elaboração natural condicionada, mas como produto da criação livre do homem “*aberto para o Ser*”.

rizonte, n.47, p. 217-247, dez. 2005. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/228-Texto%20do%20Artigo-417-1-10-20120808.pdf.

7 *Idem*, *ibidem*, pág. 12.

Tal é a doutrina do *direito natural de conteúdo em devir*, apreendida por Baptista Machado, inconfundível com a noção de *conteúdo variável*, de Stammler, e a de *conteúdo progressivo*, de Rénard, mas coerente com a antropologia de Teillard de Chardin, uma tentativa de conciliar a filosofia cristã com os progressos das ciências do homem.⁸

Esta concepção aproxima-se de um autor brasileiro, que deve ser lembrado, o Professor Goffredo Telles Jr. Seu livro “*O Direito Quântico*”,⁹ é um estudo sobre os fundamentos da ordem jurídica, pelo qual a realidade fenomênica do direito é apresentada como resultante da evolução da matéria cósmica, num sentido de crescente complexidade que inicia com uma nuvem primordial e culmina no *homo sapiens*.

O livro foi escrito em 1971, sendo de enfatizar a originalidade da tese, pois não houvera até então estudos que inserissem o fenômeno jurídico no universo das grandes descobertas das ciências da natureza, eis que um saber que extravasasse a dogmática das *fontes formais* se alimentava de elaborações calcadas na sociologia, na historiografia, na economia e na ciência política, vertentes para o conteúdo das ciências jurídicas *lato sensu*.

Justifica-se a aproximação entre Baptista Machado e Telles Jr., no sentido de que o fenômeno jurídico, obra essencialmente humana, se concretiza existencialmente dentro do mesmo processo de evolução, complexificação e aperfeiçoamento da matéria cósmica. Pensemos, aqui, na descrição da *sociedade complexa*, em Luhmann, com suas condições de autopoiese, indeterminismo, entropia, imprevisibilidade e

8 As principais fontes doutrinárias da teoria aqui exposta: ERICH FECHNER, *Rechtsphilosophie*, Tübingen, 1962; WERNER MAYHOFER, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt a.M., 1965, *Recht und Sein*, Frankfurt a.M., 1964; ULRICH HOMMES, *Die Existenzzerhellung und das Recht*, Frankfurt a.M., 1962.

9 TELLES Jr. Goffredo. **O Direito Quântico**. São Paulo: Max Limonad. 1985.

incerteza, onde o direito é mais do que um subsistema, mas uma função de seu ambiente, o macrosistema social, a qual consiste precisamente em reduzir a complexidade.¹⁰

Cabe agora uma indagação: qual é a atualidade da teoria quântica do direito, que à época pareceu inovadora? A resposta está na ideia de que, se o homem cria sua própria essência, o mesmo sucede com o fenômeno jurídico: temos que renunciar à tradicional postura filosófica, no sentido da busca de uma essência universal da juridicidade, anterior ao seu conhecimento.

É a resposta que haurimos na obra do Professor António Castanheira Neves, a juridicidade fenomênica, não como normatividade pressuposta dimanada de vertentes meta jurídicas, mas na realidade ontológica e existencial do direito posto, vigente, interpretado e aplicado, o direito em sua historicidade radical, a experiência consubstanciada em sua *problematicidade, sistemicidade e complexificidade*.¹¹ O direito não ocorre na história, ele é sua própria história,¹² assim como o ser humano é onticamente seu próprio devir, tendo em si mesmo sua causa e entelequia. É a *historicidade radical* do ser jurídico.¹³

O jurisprudencialismo pode, assim, ser comparado ao culturalismo dialético de Miguel Reale, o inesquecível jurisfilósofo da tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo.

10 LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** I. Trad. de: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 26-27.

11 CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-Facto-Questão-de-Direito**, ou o **Problema Metodológico da Juridicidade**. Ensaio de uma reposição crítica. Tomo I: A Crise. Coimbra: Almedina, 1967. Tb. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 1993, p. 155.

12 BRONZE, Fernando Pinto. **Lições de Introdução ao Direito**, 2. ed. Coimbra Editora, 2010

13 COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo. **Revista da faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n.47, p. 217-247, dez. 2005. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/228-Texto%20do%20Artigo-417-1-10-20120808.pdf.

A diferença entre ambos está na maneira como concebem o *momento existencial* em que o direito ocorre como ser presente, em seu *Dasein* específico: em Reale, toda vez que ocorre a incidência de valores intersubjetivos no ato de conduta, através da norma jurídica, pelo que a natureza ontológica do direito só pode ser compreendida como dialeticidade tridimensional de fato, norma e valor. O mestre argentino Carlos Cossio separa neste conjunto o fator **conduta**, e concebe a essência do direito na interferência intersubjetiva de condutas possíveis dentro da sociedade. Já Castanheira Neves identifica o momento da concreção existencial do direito no *decisum* judicial, quando o caso decidindo, concretamente problematizado, vê-se adequado à sua provável solução judicativa no instante em que o sistema a exige. Em outras palavras, se o caso decidindo é o *prius* metodológico necessário da interpretação jurídica em todos os seus aspectos lógico-decisionais, o fenômeno jurídico só se configura como tal na instância jurisprudencial. De qualquer forma, a juridicidade fenomênica releva da configuração normativa do sistema, articulado com o *factum* do problema e com o sentido axiológico canalizado pelo magistrado julgador.

Cumprе relevar que a vertente sociológica do culturalismo já se manifestara no século XIX entre os pensadores da Escola do Recife. Com efeito, em Tobias Barreto e Silvio Romero temos o inconformismo com as explicações puramente mecanicistas do universo e da vida, e, inspirados em Jhering, na axiologia de Hartmann e, também, em Schopenhauer e Darwin, lograram desenvolver uma percutiente análise da diversidade étnica e cultural que constituem a identidade brasileira. Ambos entendem que o direito é produto da cultura, tal como a arte e a educação, sendo a cultura dimanada da natureza do homem, sob o

estímulo da natureza exterior. Em Sílvia Romero, particularmente, identificamos uma autêntica Jurisprudência Etnológica.

Além do mais, o culturalismo sociológico se manifesta na produção dos mestres que deram continuidade à obra de Reale e Castanheira Neves, e cito tão somente aqueles com quem tive o privilégio de pessoalmente conhecer e estudar.

Um deles é o Professor Paulo Ferreira da Cunha, da Universidade do Porto, que discutiu suas ideias em sua dissertação de doutoramento na Universidade de Coimbra: que o direito é uma realidade do mundo do ser, embora definido como *dever-ser*, vale dizer, é um dever-ser que é, mediano privilegiado entre a realidade constitucional e a que vislumbramos através das utopias. É o guardião vigilante dos seus próprios valores em face ao *canto de sereia do fácil ideal simplesmente utópico*.¹⁴

Infirmo um posicionamento crítico em relação às utopias, exemplifico com o histórico dos movimentos de codificação, do século XIX que, através do utopismo, dissimularam o despotismo iluminado da *Pax Napoleonica* sobre a Europa, ou a *entente cordiale* dos interesses burgueses consolidados, findos os sonhos de revoluções e impérios. E assim, um direito racional codificado teria sido expressão de um *direito natural histórico*, e a confirmação da ideia de uma metodologia científica universal, sugerida por Leibniz, a possível calculabilidade lógica em todas as ciências, inclusive as hoje designadas humanas ou sociais.¹⁵

Quando me refiro à aproximação de autores portugueses ao pensamento brasileiro, é imperioso citar dois professores da Universi-

dade de Coimbra, discípulos e continuadores da obra do *caput magister*, os Professores Fernando José Bronze e José Manuel Aroso Linhares. Ambos se referem às relações entre direito e cultura, eis que desenvolveram o Jurisprudencialismo naquela segunda direção a que me referi, o sentido sociológico.

Em Fernando José Bronze, temos o reconhecimento do momento existencial da concretização do direito na efetiva decisão jurisdicional. Todavia, a partir do debate com significativas elaborações do pensamento jurídico-cultural português e alemão, o eminente professor, sem apagar as singularidades que o direito apresenta, situa-o no mundo da *intersubjectividade*, a qual inequivocamente impregna a práxis do direito. É possível então aventar o paralelismo desta concepção, com a Teoria Ecológica do Direito, do mestre argentino Carlos Cossio que, da mesma forma, percebe a juridicidade na interferência intersubjetiva dos comportamentos sociais possíveis. Nada obstante, é na fenomenologia do *iter* judicativo-decisório que Fernando Bronze fundamenta sua tese, enunciada no título de sua dissertação de doutoramento: a *metodonomologia*, definida como “*reflexão preordenada à judicativa instauração da justiça nas situações da vida social dela carentes*”¹⁶, ou seja, situa-se em momento epistemológico anterior à metodologia hermenêutica, que é a metalinguagem dos pressupostos metodológicos da interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas. Procedendo a uma análise fenomenológica do *iter* decisório, rejeita a tendência a qualquer exclusivismo metodológico, tanto os baseados na experiência empírica quanto os oriundos da pura racionalidade dedutiva, um exclusivismo incompa-

14 CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição, Direito e Utopia – Do Jurídico Constitucional nas Utopias Jurídicas**. Coimbra: Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 29.

15 Idem, p.145.

16 BRONZE, Fernando José. **A Metodonomologia entre a Semelhança e a Diferença (Reflexão problematizante dos polos da radical matriz analógica do Discurso Jurídico)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 96.

tível com o alcance ético dos raciocínios jurídicos, cujo objetivo nuclear é a justiça. Vê-se nesta postura tanto a tridimensionalidade fenomênica do direito como experiência, quanto a dialeticidade presente na analítica dos objetos culturais, o que o aproxima do culturalismo dialético de Reale e, de resto, nucleia a tradição ibero-americana.

Quanto ao Professor Linnhares, é difícil para um expositor, num encontro internacional, referir-se a autores presentes, e isto já me ocorreu em diversos congressos da IVR, a Associação Internacional de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito; mas neste momento, seria indesculpável de minha parte não o incluir entre os construtores da Jurisfilosofia Luso-Brasileira, e peço antecipadamente desculpas se disser algo equivocado.

É que o Professor Aroso Linhares também aborda a cultura, mas num plano que transcende a normatividade circunscrita aos sistemas jurídicos nacionais, vislumbrando o caráter de supra-nacionalidade e interculturalidade do discurso jurídico. Quanto ao aspecto ontológico, propõe que o direito seja interpelado como veículo de um diálogo intercultural, questão relevante para a construção de um conceito de justiça. O preclaro professor projeta a juridicidade nos espaços em que explora sua *praticidade comunicacional*, o direito como instrumento de comunicação, não somente entre sujeitos individuais, mas, principalmente, no diálogo entre as diferentes culturas.

Seja-me permitido, Professor Linhares, citar os três momentos de seu trabalho através dos quais tive o privilégio de melhor conhecer seu modo de pensar o direito, a sociedade, a história e a cultura.

Primeiramente, sua monografia sobre “Habermas e a Universalidade do Direito”, edição de 1989, que precedeu sua tese de dou-

toramento, de 2001, *“Entre a narrativa pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de passagem nos limites da juridicidade”*. Também nosso encontro em Washington, durante o Congresso da IVR em 2015, e, finalmente, seu estudo sobre *“O binômio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade do sistema jurídico”*, de 2017. A propósito deste último trabalho, lembro que, a seu convite, ambos participamos de *workshop* especial que teve por título *Hard and tragic cases, principles and the limits of Law*. O *workshop* foi realizado durante o Congresso Mundial da IVR, na Universidade de Lisboa em julho de 2017.

O trabalho que então apresentei foi incluído numa obra coletiva que coordenei, de 2018, intitulado *“Hard Cases - Argumentação Jurídica em casos difíceis”*.¹⁷ Acredito, meu caro colega Professor Linhares, que nosso trabalho conjunto em prol do aperfeiçoamento da ciência jurídica, já configura uma Jurisfilosofia Luso-Brasileira.

Senhores, colegas, o que procurei discernir foram pontos de contato, ligados à minha própria experiência de vida, nas ocasiões em que me foi dado o privilégio de haurir da sabedoria jurídica portuguesa e reconstruir minhas convicções pessoais, que canalizei para uma obra a que denominei *Teoria Crítica do Direito*.¹⁸ Com efeito, vejo neste livro a convergência de diversas fontes de inspiração, o Jusnaturalismo Cosmológico de Baptista Machado e Goffredo Telles Jr, o Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, Paulo Cunha, Fernando Bronze e Aroso Linhares, a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale e o cul-

17 COELHO, Luiz Fernando. **Casos Fáceis, Difíceis e trágicos: Uma Aproximação Macrofilosófica**. In: COELHO, Luiz Fernando (Coord.) et alii. **Hard Cases – Argumentação Jurídica em Casos Difíceis**. Curitiba: Instituto Memória, 2018.

18 COELHO, Luiz Fernando. **Teoria Crítica do Direito**. 5ª ed. Curitiba: Bonijuris, 2019.

turalismo da Escola do Recife, posicionamentos teóricos que convergem para um Criticismo Epistemológico e nova forma de saber definida como Macrofilosofia, a qual da mesma forma insiro na tradição jurisfilosófica luso-brasileira.

Com a devida vênia, aproveito para desfazer um equívoco: não existem *teorias críticas do direito*, no plural, mas somente a teoria crítica do direito do Prof. Luiz Fernando Coelho, que não deve ser confundida com certas posturas intelectuais que, no passado recente da história do Brasil, procuraram avaliar os efeitos sociais das concepções filosófico-jurídicas do senso comum, por meio de um contra discurso que já havia sido proposto na Europa e nos EUA, sob influência da filosofia marxista e da Escola de Frankfurt. Registro tão somente os nomes desses movimentos, que não são de maneira alguma *teorias* no sentido epistemológico, mas opiniões, elogiáveis sem dúvida, que contribuíram para a consolidação de uma teoria filosófico-jurídica específica, esta sim, a *Teoria Crítica do Direito*. Refiro-me especialmente aos movimentos denominados *direito insurgente*, *positivismo de combate*, *direito achado na rua* e *direito alternativo*. **São vieses que, repito, não são teorias científicas**, eis que carecem da fundamentação metodológica necessária para assinalar sua alegada cientificidade.

Faço esta ressalva para dizer que existe somente uma *teoria crítica do direito*, que foi por mim elaborada nos anos 70 e 80, primeiro dentro da Lógica Jurídica, quando obtive o título de doutor e livre-docente de Filosofia do Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, com uma tese intitulada “*Lógica Jurídica Concreta na perspectiva do Normativismo Dialético*”. Posteriormente, quando concorri ao cargo de professor titular na Universidade Federal do Paraná, *Teoria Crítica do*

Direito foi o título de minha tese, basicamente um desenvolvimento do anterior trabalho voltado para a Lógica Proposicional e Decisional do Direito.

Observem então, senhoras e senhores, que desde o início de minha atividade acadêmica eu já desenvolvera a ideia da concreção normativa, não o *dever ser* abstrato de Kelsen, mas a regra cuja juridicidade ocorre no momento de sua efetiva aplicação. E a cientificidade desse momento exigia uma metodologia, que me levou a enveredar pela Lógica Dialética, inclusive com a tentativa de construir um sistema de Lógica Proposicional do Direito, na esteira da Lógica Deontica de Von Wright, o que mereceu a crítica de Roberto Vernengo, dizendo que tal projeto era impossível, eis que recaía no paradoxo de Hume.

No fundo, foi a mesma postura que podemos detectar em Carlos Cossio, quando identifica o direito na intersubjetividade das relações sociais, em Miguel Reale, quando propõe a dialética de implicação e polaridade na compreensão do direito como faro, valor e norma, e Antônio Castanheira Neves, quando define o momento existencial do direito na efetiva prestação jurisdicional, informada pelo sistema para a solução do problema, consubstanciado na lide processual.

Desfaço, portanto, o equívoco que eu mesmo alimentei em palestra anterior, proferida para o Instituto dos Advogados Brasileiros e Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Aqueles vieses a que me referi não são teorias científicas, não passam de opiniões, as mais das vezes desprovidas de fundamentação ontológica, metodológica ou epistemológica, numa palavra, metodológica, e aqui evoco, para finalizar, a teorização de Fernando Bronze.

Quanto ao tema nuclear a que me propus, não sei se consegui o intento de unificar as expressões que analisei, por forma a caracterizar uma Jurisfilosofia Luso-Brasileira, mas foi, pelo menos, a postura que adotei, para homenagear e agradecer todo o cabedal de conhecimentos que hauri na experiência pessoal em contato com mestres portugueses.

Muito Obrigado.

Curitiba/Coimbra, 05 de abril de 2024.

