

JURISMAT

Revista Jurídica

Número 19

2024

JURISMAT

Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes

N.º 19 – PORTIMÃO – MAIO 2024

Ficha Técnica

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 19
Director: Alberto de Sá e Mello
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A
8500-656 Portimão
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241
Correspondência: info@ismat.pt
Capa: Eduarda de Sousa
Data: Maio 2024
Impressão: ACD Print
Tiragem: 100 exemplares
ISSN: 2182-6900

ÍNDICE

PALAVRAS DE ABERTURA	7
ARTIGOS	11
PAULO FERREIRA DA CUNHA Justiça & Política(s) – Reflexões Imanentes e Prospetivas	13
RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS Guerra Junqueiro em Coimbra – O Estudante de Direito e o Poeta	39
DIEGO SIQUEIRA REBELO VALE & SANDRO ALEX SOUZA SIMÕES O formalismo jurídico alemão no século XIX e o problema da interpretação	57
MIGUEL SANTOS NEVES Gaza, o conflito Israel-Palestina e Lawfare: limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados	87
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Decisão sobre a admissão do recurso; em especial, da revista excepcional	141
J. P. REMÉDIO MARQUES Reivindicação <i>versus</i> demarcação – violação de caso julgado ("contrário contraditório")	155
JORGE GODINHO O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar (art. 108.º da lei do jogo)....	197
DORA LOPES FONSECA A prática do crime de violência doméstica em casos de alienação parental: breves notas reflexivas.....	251
CARLOS FERREIRA DA SILVA O ilícito de mera ordenação social como ramo do direito sancionatório e a sua convivência com o princípio da culpa.....	263
LUÍS MANUEL PICA & MÁRIO FILIPE BORRALHO Da tributação da renúncia ao direito às tornas no contrato de partilha de herança: a fragmentação entre os conceitos de "onerosidade" e de "gratuidade" e a (in)compreensão do regime dualista	287
MAROUANE CHACHOUI La force majeure et la théorie de l'imprévision à l'ère de la pandémie covid-19	303
HUGO CUNHA LANÇA Os Princípios Gerais do Direito das Sociedades Comerciais: um excurso.....	321

ROBA IHSANE	
Le transfert temporaire de la propriété des actions.....	343
SAÏD AZZI	
Les pratiques anticoncurrentielles : risques et sanctions sous la lumière de la loi 104-12	361
ANTÔNIO CARLOS MORATO	
A criação de brinquedos e sua proteção no Brasil.....	375
ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT	401
GONÇALO AMARO CAMACHO	
O uso de sistemas de geolocalização pelo empregador na lei e na jurisprudência	403
PATRÍCIA FILIPA NUNES TEIXEIRA	
Confronto entre o direito à habitação e o direito de propriedade privada: algumas notas sobre a (in)constitucionalidade do arrendamento coercivo	423

O formalismo jurídico alemão no século XIX e o problema da interpretação

DIEGO SIQUEIRA REBELO VALE & SANDRO ALEX SOUZA SIMÕES *

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar as principais características do formalismo jurídico alemão no século XIX, discutir as diferentes correntes de interpretação jurídica dentro do formalismo, bem como avaliar as implicações do formalismo para a prática jurídica no contexto europeu da época. Utilizou como metodologia a revisão bibliográfica de obras clássicas e contemporâneas sobre o formalismo jurídico, escolhidas segundo sua relevância, influência e densidade, tendo como principal referência os trabalhos de Franz Wiaecker e Giovanni Tarello. Como resultados do estudo cabe destacar que a despeito do elemento comum assente em que o formalismo jurídico alemão se caracterizou pela crença na primazia da lei escrita e na necessidade de uma aplicação lógica e dedutiva do direito, as diferentes correntes de interpretação jurídica dentro do formalismo divergiam quanto ao papel do

JURISMAT, Portimão, n.º 19, 2024, pp. 57-86.

* DSRV: Licenciado em Direito pelo Centro Universitário do Pará-CESUPA (Brasil) e ex-tutor de História do Direito e do Pensamento Jurídico. Especialista em Direito material e processual do trabalho. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Brasil.

SASS: Professor de História do Direito do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes em Portimão. Professor Assistente convidado e investigador sênior do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor efetivo do Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Pará, Cesupa, Brasil. Doutor em Direito.

juiz na aplicação do direito. Ainda assim, o formalismo teve um impacto significativo na prática jurídica, levando a uma maior profissionalização do direito e a uma maior racionalização da atividade judicial.

Sumário: 1. Introdução; 2. O formalismo jurídico e o impulso pela renovação da ciência jurídica; 2.1 O surgimento da escola histórica do direito; 2.1.1 O sentido da renovação da ciência jurídica no século XIX e o problema da interpretação; 2.1.2 A cisão entre interpretação e ciência do direito na jurisprudência dos conceitos; 2.2 O positivismo legalista e as codificações; 3. Conclusão.

1. Introdução

O problema da interpretação do direito pode ser postulado como uma questão propriamente moderna, o que é bem diferente de dizer que a interpretação do direito seja algo recente em sua história. Não foi antes do iluminismo e da consolidação da lei como a fonte do direito por excelência que se estabeleceu uma profunda desconfiança em relação à interpretação do jurista e, daí, a postulação da atividade interpretativa enquanto problema.

A interpretação das fontes do direito e da lei, por conseguinte, está relacionada com a história do direito e da formação dos juristas enquanto classe profissional desde muito cedo, senão mesmo desde seu princípio, pois a hermenêutica guardou os traços quase místicos de revelação daquilo que está oculto, o significado do objeto a que se possa denominar jurídico.

Isso porque a interpretação é distinta da identificação e particularização das fontes do direito. Esses são os enunciados linguísticos de tipo imperativo aos quais se reconhece uma autoridade própria, a qual pode estar relacionada com os ritos religiosos, com a política e com a cultura ou tradição, mas não se esgotam nesses fenômenos nem a eles podem ser reduzidos. Assim que a história do direito pode, em grande medida, ser reconhecida como a dinâmica do desenvolvimento dessa diferenciação e autonomização.

Contudo, as fontes são os veículos, mas não o objeto da interpretação, pois esse é sempre significado possível dos signos articulados pelo enunciado. Ou *os significados* que decorrem desses *signos*.

Enquanto questão vincadamente moderna, a interpretação é designada como atividade interpretativa e o produto desse agir especializado é o objeto interpretado. Segundo essa premissa, as duas primeiras grandes escolas do pensamento

jurídico moderno, a Escola da Exegese e a Escola histórica do Direito são coincidentes, dado que ambas assumem que há um sentido próprio e pré-existente que está nos enunciados linguísticos e que a atividade interpretativa irá revelá-los, pelo que passa a relevo o método interpretativo que funcionará na mediação entre o jurista e a fonte.

Isso é particularmente notável quando se tem em conta a assunção da lei como fonte dominante no direito moderno, mais ainda na estrutura sistemática das codificações a partir do século XVIII.

Dessa forma, no direito moderno a interpretação assumida como problema implica em reconhecer dois pressupostos, segundo a advertência de TARELLO (1966):¹

- a) Que em algum sentido exista um significado próprio ou verdadeiro das normas e que seja pré-constituído em face dos processos nos quais e com os quais os operadores jurídicos as empregam, assim como seja absolutamente independente deles;
- b) Que a própria natureza da norma imponha certos critérios ou cânones para a descoberta de tal significado, pelos quais se possa discriminar entre uma interpretação verdadeira e uma interpretação falsa, isto é, entre uma interpretação que preceda a uma aplicação da norma e uma interpretação falaciosa que, em vez disso, implique em sua “desaplicação” comparável a sua violação.

O que nos interessa, particularmente, no presente artigo, é abordar o desenvolvimento do formalismo alemão no século XIX e, portanto, a moldura dentro da qual se insere o surgimento da Escola da Exegese e a Escola histórica do direito, as quais, por sua vez, estabeleceram os primeiros critérios codificados para a interpretação da lei tomando por base, segundo o exposto que a interpretação é uma atividade e que, por isso, demanda uma específica metodologia de tratamento.

Do formalismo jurídico exsurge o formalismo interpretativo, segundo o qual todas as soluções normativas já se encontram contidas no comando legislativo e não se permite ao intérprete nenhuma escolha política, nem juízo de valor no ato de interpretação.² Assim, referiremos a algumas de outras derivações do

¹ Giovanni Tarello in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, fasc. 2, pp.349-357.

² “Ci riferiamo con questa espressione ad ogni teoria dell’interpretazione che si basi sul presupposto che tutte le soluzioni e i prodotti dell’interpretazione sono già contenuti interamente nel dettato legislativo e solamente in esso e devono essere tratti da esso con

período que também são relevantes para a teoria da interpretação como o logicismo jurídico e a relevante consequência do formalismo que é a separação entre a interpretação da lei e a ciência do direito, dado que tende a reduzir o direito a própria atividade de interpretação da lei que, supostamente, contém-no.

2. O formalismo jurídico e o impulso pela renovação da ciência jurídica

2.1 O surgimento da Escola histórica do Direito

Uma breve prefiguração do cenário jurídico, político e filosófico em que se encontrava a Europa no começo do século XIX aponta para uma crise ou implosão do jusnaturalismo racionalista. A insuficiência do jusnaturalismo iluminista, o qual pregava a direção da legislação pela razão por intermédio de seus “postulados evidentes e necessários da ideia do direito”,³ foi deflagrada pelo “travão de uma justiça viva que exigia, precisamente como norma imutável, um direito positivo diferente para situações diferentes”.⁴ O declínio da “época heróica do jusracionalismo”⁵ implica uma oposição à legislação mecanicista do Estado autoritário, cuja razão abstrata impunha “por decreto” aos povos seus preceitos e motivos, acabou por transformar a razão em contrassenso e o benefício em castigo.⁶

Assim, se por um lado o jusnaturalismo racionalista significou, dentre outras coisas, o “fim de uma tradição de injustiça”, o “desmascaramento da superstição das bruxas”, a abolição da tortura e dos suplícios, a “elevação do estandarte da humanidade”,⁷ por outro, o direito privado jusracionalista não apenas trouxe à tona uma consciência jurídica “da tradição e do preexistente”, como também bloqueou o posterior desenvolvimento do jusnaturalismo por intermédio do monopólio estatal do direito natural. Wieacker afirma aqui que a “anti-historicidade deste racionalismo comprometeu também a história futura, ou

metodo logico-deduttivo o con metodo storico-psicologico. Ciò significa che all'interprete è preclusa ogni scelta politica e ogni giudizio di valore. Egli riproduce le scelt e politiche compiute dal legislatore, assicurandosi che esse siano applicate nel rispetto dell'uguaglianza formale. L'interprete è il custode della legge, ne tutela la coerenza interna, la certezza e l'uniformità di applicazione. «Formalismo interpretativo» significa dunque che l'interprete è il custode della forma giuridica che la legge dà ai rapporti sociali.” (Francesco Viola, *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*, Edizioni Celup, Palermo, 1975, p.63).

³ Franz Wieacker, *História do Direito privado moderno*, 4º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980, p. 398.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, p. 399.

⁷ Ibidem.

seja, o futuro destes povos”,⁸ de modo que fez despertar uma “sensibilidade política autônoma”, isto é, uma aproximação mais direta entre cidadãos, o povo e seu Estado, frente à “autocracia paternalista do absolutismo iluminista”.⁹

É Goethe quem fornece o testemunho da formação do que Wieacker chama de “consciência cultural da nação”, uma identificação da pertença a uma “universalidade concreta” e não meramente abstrata, invisível, como a humanidade dos iluministas. Diante disto, o absolutismo parecia um “maquinismo morto” e as suas leis como “instrumentos artificiais sem raízes na consciência jurídica”.¹⁰ Novos movimentos intelectuais expõem a ingenuidade da autoridade filosófica do jusracionalismo.¹¹ A demonstração da inadmissibilidade de seus postulados e do “condicionamento pelas situações (não a impossibilidade) de qualquer opção ética de carácter material” veio primeiro em Kant, depois com Hegel. Isto provocou uma descrença profunda nos “princípios jusnaturalistas acrítricos”,¹² e da ética de Kant vem “um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico”,¹³ o que implicará, no âmbito do pensamento jurídico, na elaboração de uma ciência autônoma do direito positivo.

Losano configura a reação ao jusnaturalismo da seguinte maneira:

de todo separada da realidade, a ciência jurídica elaborava modelos teóricos em que deduzia a partir de princípios éticos ou racionais todo um edifício, mas que não tinha nenhum ponto de contato com o direito positivo daquela época. É nesse período que o desenvolvimento da noção de sistema no âmbito da filosofia impulsiona o jurista a uma solução que reduza o abismo entre a vida cotidiana do direito e a especulação filosófica sobre o direito, de modo que uma se beneficie das conquistas da outra¹⁴

Neste estado de coisas surge a Escola Histórica do Direito, cuja proposta é a “exploração da dimensão histórica do direito”.¹⁵ A formulação da Escola Histórica significa que não só o Direito, suas leis e instituições são todos históricos, mas que a ciência jurídica também o é, tal como reflete o título da revista que fundou a Escola (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*). Isto não quer dizer, por outro lado, que o conhecimento histórico deva substituir as “ta-

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Wieacker, 1980, op. cit., p. 400.

¹¹ Idem, p. 399-400.

¹² Ibidem, p. 402.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Mario Losano, *Sistema e estrutura no direito*, v.I, Martins Fontes, São Paulo, 2008, p. 303

¹⁵ Wieacker, 1980, p. 403.

refas dogmáticas da jurisprudência”,¹⁶ mas sim que o objeto da ciência jurídica é sempre desde já “pré-determinado pela historicidade do direito do presente”.¹⁷ Esta concepção implica numa recusa das abstrações do jusracionalismo e das legislações iluministas.

Wieacker aponta que a “descoberta da historicidade do direito” tem como “requisito prévio” a “progressiva formação do sentido histórico do séc. XVIII”.¹⁸ Explicando tal formação, o autor refere-se primeiramente a Thomasius, que compreendia o direito natural racionalista como algo de relativamente histórico, depois a Montesquieu, para quem o direito e a constituição eram, tal qual a língua e os costumes, “produto das condições naturais e sociais e do espírito da época”, cujos estudos tiveram influência direta na Alemanha, fazendo florescer uma “ciência histórica e constitucional de tipo pragmático” e também “uma ciência do direito privado alemão”,¹⁹ segundo a qual foram formados os pioneiros da Escola Histórica.²⁰ Desde o século XVIII, mais especificamente a partir de sua segunda metade, já havia presente na jurisprudência uma oposição crescente às “principais correntes racionalistas do jusnaturalismo”.

No entanto, Wieacker aponta uma “experiência cultural mais poderosa” como responsável por ter tornado possível a “expansão mais plena da consciência histórica”.²¹ Trata-se da descoberta de “por um lado, da imanência de um sentido criador nas manifestações históricas e, por outro, da inesgotabilidade e irrepetibilidade destas individualizações históricas”.²² A partir desta descoberta, “também o direito já não podia ser compreendido como um sistema de leis naturais gerais e a-históricas da sociedade humana ou apenas como mero produto artificial de um legislador racional”.²³ Tampouco esta descoberta implicava que o “regresso à história” deveria significar uma “relativização ou mesmo naturalização da ideia de direito”.²⁴ Para a Escola Histórica do Direito, a história jurídica “não permaneceu como passado acabado, objecto de um conhecimento desinteressado, mas constituiu nada menos do que o conteúdo vivo indicado como objeto à própria ciência do direito”.²⁵

¹⁶ Idem, p. 403-04.

¹⁷ Wieacker, 1980, op. cit., p. 403.

¹⁸ Idem, p. 404.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem, p. 405.

²² Ibidem.

²³ Ibidem, p. 406.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, p. 407.

Desse modo, a Escola Histórica do Direito reconhece na historicidade do próprio direito uma manifestação do espírito do povo, e com isso “compromete-se” com uma “nova experiência fundamental do historicismo”.²⁶ A diferença entre as “experiências” do historicismo consiste em que, por mais que o historicismo tenha sido originariamente “uma filosofia da história universal que partia da vivência de um plano universal-histórico das culturas e das épocas históricas e, portanto, supra-nacional”, a partir da Escola Histórica os povos apareciam como “protagonistas das épocas e das culturas”, “portadores do facho do destino histórico”, “executores da missão da história universal”.²⁷

Com o povo compreendido como “nação cultural” e as criações culturais como “manifestações do *espírito do povo*”, já não era mais possível entender o direito enquanto um “produto racional do legislador estadual”.²⁸ O direito, tal qual as canções populares, surgiria inconscientemente da “cultura global” dos povos, como se se criasse por si mesmo em um “tranquilo desabrochar”.²⁹ Em uma nota de rodapé, Wieacker menciona uma novela de juventude de Storm, “*Imensee*”, para evocar uma imagem segundo a qual a despeito das canções populares não possuem um autor específico, elas simplesmente estão aí, sendo cantadas indistintamente em diversos lugares, e de alguma forma todos os pertencentes à universalidade concreta da cultura participam nela.³⁰ A “virada romântica” da cultura alemã é operada no direito pelos fundadores da Escola Histórica, cujas raízes são comuns em relação a este movimento geral da “sensibilidade cultural”.³¹

Este “despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência”³² de que fala Wieacker abriu na ciência jurídica um processo ainda hoje em andamento, um processo de consciência social, de resolução ou amenização da tensão entre o dever ser e o ser histórico, entre norma jurídica e realidade social, impensável em termos do *Corpus Iuris Civilis* ou do direito natural racionalista. Esta sensibilidade ressoa tão forte no século XIX que todas as fórmulas e proposições deste século são referidas a este processo como tentativas de “reaquisição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica com o carácter histórico e, portanto, social – agora descoberto – da existência (nacional ou social)”.³³

²⁶ Wieacker, 1980, op. cit., p. 407.

²⁷ Idem, p. 408.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem, p. 409.

³³ Wieacker, 1980, op. cit., p. 409.

Segundo Wieacker, este foi o “último e mais duradouro contributo do historicismo para o pensamento jurídico do séc. XIX”.³⁴

Mas Wieacker alerta que o despertar do sentido histórico não foi o único dos requisitos, nem talvez o mais essencial para a renovação da ciência jurídica. Ele aponta para a “época mais importante da nossa cultura” (no caso, a cultura alemã), em que pelo menos três tendências ombreavam-se entre si: o romantismo, o classicismo e o idealismo filosófico.³⁵ Apesar deste “clima” ter impulsionado decisivamente a fundação da Escola Histórica por seu mais eminente protagonista, Savigny, Wieacker reconhece a falta de um sentido claro em sua explicação enquanto um “ponto de confluência” de suas múltiplas influências culturais, como é corrente na historiografia cultural, mas é preciso entendê-la “por si mesma”, isto é, elevando-a a um “centro gravitacional autônomo” daquele momento da cultura alemã.³⁶

2.1.1 O sentido da renovação da ciência jurídica no século XIX e o problema da interpretação

Passando dos “pressupostos culturais de carácter geral” para o “cerne da natureza da Escola Histórica do Direito”,³⁷ chega-se à “reconstituição de uma ciência jurídica consciente dos seus próprios métodos e sistemática”.³⁸ O núcleo da ciência jurídica não se explica tanto pelas influências externas do movimento cultural geral (seja o classicismo, o neo-humanismo, ou o idealismo histórico-metafísico) quanto pela constituição interna da própria ciência jurídica, que no começo do século XIX possuía um ideal ao mesmo tempo positivo (autônomo) e filosófico (sistemático-metódico), a cuja junção pode-se chamar científica.

³⁴ Idem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem, p. 410. Isto implica afirmar que a Escola Histórica não pode ser entendida essencialmente enquanto mero produto do romantismo, por mais ampla que possa ser a compreensão deste movimento e por mais que seja “exato” afirmar que a sua fundação coincidiu com o “maior florescimento do romantismo” e que os dois “permaneceram em constante intercâmbio através da cultura geral da época”. Não se trata de negar que os membros mais significativos da Escola Histórica teriam mantido relações tanto pessoais quanto culturais com o movimento conhecido como romantismo, mas sim de afirmar que o que há de mais fundamental no romantismo acaba por não penetrar de maneira significativa na obra de Savigny, por exemplo. A ligação entre Savigny e o romantismo se dá, portanto, mais sutilmente com a “unidade da consciência cultural geral da sua época” e o “aprofundamento da dimensão da historicidade espontânea e criadora”. Ao contrário, Wieacker sugere que se veja em Savigny menos um romântico do que um classicista. Talvez não seja de menor importância acompanhar a menção que Wieacker faz a esta pertença do personagem mais representativo da Escola Histórica. Com ela, pode-se detectar algumas características fundamentais do pensamento de Savigny, mas também da própria escola.

³⁷ Ibidem, p. 419.

³⁸ Ibidem.

Wieacker constata ter sido este ideal científico investigado apenas mais recentemente.³⁹ Segundo ele, a Escola de Savigny está corretamente ligada à ideia de um tratamento mais elaborado da cientificidade do direito. Isto significa a

elevação da dogmática jurídica do *usus modernus* a uma ciência, fundamentada do ponto de vista gnoseológico, organizadora da totalidade do direito positivo num sistema interno; ciência na qual os processos formais da reflexão gnoseológica e da compreensão hermenêutica instituem a unidade interna da ciência autônoma e, ao mesmo tempo, as suas ligações metodológicas com outras ciências do espírito.⁴⁰

No começo do século XIX, a filosofia de Kant tornou a “clarificação dos requisitos de uma ciência sistemática particular através de uma teoria geral das ciências” em um “problema fundamental da filosofia idealista alemã”. Wieacker atribui a Savigny o mérito de ter, pela primeira vez, superado a “investigação antiquarista dos juristas elegantes e as abstrações jusnaturalistas”,⁴¹ em seu “primeiro trabalho importante”, elaborado aos vinte e quatro anos, *Recht des Besitzes* (Direito da posse, 1803). Esta obra é a “realização exemplar” do ideal de uma ciência do direito ao mesmo tempo histórica e filosófico-sistemática, e a história de sua recepção realça o seu caráter de modelo de uma “nova dogmática jurídica dentro do espírito da teoria das ciências da época”. O título da revista fundada por Savigny (“*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*”) já anuncia que se falará não de história do direito, mas de uma *ciência histórica do direito*, a qual é desde já o marco da distinção entre uma ciência histórica e outra “a-histórica”.⁴² A primeira, convencida de que não há uma “natureza humana perfeita, individual e isolada”.⁴³ A segunda, pretenderia “extrair arbitrariamente o direito das suas próprias forças e pontos de vista”.⁴⁴ A ciência histórica do direito afirma a vinculação inevitável e incontornável de seu objeto a seus “pressupostos históricos”, isto é, para a Escola Histórica do direito o conteúdo do direito presente estaria predeterminado “pelo passado total da nação, e por isso só podia ser encontrado e mantido através de uma ciência histórica”.⁴⁵ O tratamento adequado para a cultura global é histórico, e porque o direito não se

³⁹ Wieacker, 1980, op. cit., p. 419.

⁴⁰ Idem, p. 420.

⁴¹ Ibidem, p. 441.

⁴² Ibidem, p. 443.

⁴³ Ibidem, p. 444.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Wieacker, 1980, op. cit., p. 444.

encontra alheio a ela, e sim nela encontra-se inserido, não é possível apreendê-lo senão enquanto uma disciplina histórica.⁴⁶

O sentido da renovação da ciência jurídica não podia ser em nenhum sentido apenas uma “investigação contemplativa” ou uma “história interpretativa do direito”, pois o que se exigia da jurisprudência neste novo século era a “criação ou aplicação do direito” e a sua “actuação direta sobre a vida social” a partir da historicidade,⁴⁷ a saber,

Diferentemente do que aconteceu na renovação da ciência jurídica da história e da antiguidade de então, que queriam formar a juventude directamente a partir do passado nacional ou da antiguidade, as últimas consequências do historicismo não se impuseram portanto na Escola Histórica do direito.⁴⁸

O impacto que a Escola Histórica teve sobre a “nova jurisprudência”, bem como os seus objetivos, distinguem-se em muito do que ocorreu na renovação das ciências históricas e filológicas que ocorriam ao mesmo tempo na Alemanha. Wieacker quer dizer aqui, especificamente, que os protagonistas da Escola Histórica não se debruçaram sobre tarefas históricas, e sim procuraram influir de maneira efetiva na realidade social e cultural de sua época. Não se trata, portanto, de uma idolatria do passado apenas.

Nessa linha, é a partir de Savigny que a Escola Histórica assume o compromisso com a exigência filosófica da sistematicidade enquanto construção jurídica, nomeadamente no Savigny da sua obra magna que é o “Sistema de Direito romano atual” (*System des heutigen römischen Rechts*). Assim, na sua doutrina de interpretação estabelece que a tarefa do intérprete deve ser a de reconstrução da ideia inerente a lei pela utilização de quatro métodos da interpretação, os quais a partir daí, tornam-se recorrentes: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático.

⁴⁶ Wieacker mostra ainda algumas contestações à ideia da ciência histórica de Savigny, as quais veem nela apenas um tratamento historicista do passado, e que portanto não possuiria qualquer legitimidade histórica. Marx chegou a afirmar, por exemplo, que Savigny se assemelhava a um “piloto que navega, não sobre o rio, mas sobre a nascente”. No entanto, Wieacker defende de maneira bem sucedida o pensamento de Savigny quando responde que a história para ele não é “o passado encerrado, mas a ordem jurídica da actualidade historicamente tornada positiva, ordem jurídica que necessariamente forma a matéria cuja conformação é entregue à ciência do direito”. Wieacker reforça ainda mais a defesa do patrono da Escola Histórica, afirmando que “Savigny não entende a história como uma dinâmica vital irracional, determinista, mas como a tradição espiritual entre o ontem e o hoje”.

⁴⁷ Idem, p. 451.

⁴⁸ Ibidem.

Assinala Larenz, contudo, que sendo todos os métodos empregados em conjunto, nem todos encontram a mesma ênfase no *Sistema*, mas a tônica recai sobre o elemento histórico e o sistemático que encontram na obra de Savigny um relevo sintomático do espírito da Escola histórica. Isso porque, em sintonia ainda com suas lições de juventude, o direito é essencialmente sistemático e nisso reside sua afinidade com a filosofia. Nele as regras tendem a organizar-se de tal modo que cabe ao intérprete revelar e consumir a sua unidade interna, tal como a filosofia em compreender uma ideia dentro de um sistema de pensamento. A historicidade, por sua vez, é a via pela qual o direito demonstra suas raízes, onde as leis estão referidas sempre a um instituto, um quadro geral pleno de significados prévios, historicamente sedimentados pelas camadas de tempo, os quais devem ser desvelados na atividade interpretativa.

Desse modo afirma Karl Larenz⁴⁹ que:

“Desde un principio es característico de Savigny exigir una combinación del método ‘historico’ y el ‘sistemático’. El primero considera la génesis de cada ley precisamente en una situación histórica determinada. El segundo intenta comprender, como un todo coherente, la totalidad de las normas jurídicas y de los institutos jurídicos que les sirven de base. Pero, mientras el escrito juvenil entiende el sistema jurídico exclusivamente como un sistema de reglas jurídicas, que tienen entre sí una vinculación lógica de tal índole que las reglas especiales tienen que ser pensadas como procedentes de reglas generales y pueden ser reconducidas a estas, la obra de madurez parte más bien de la conexión ‘orgánica’ de los ‘institutos jurídicos’ que están vivos en la conciencia general”.

Contudo, Losano aponta que na Escola histórica distinguem duas atividades: a produção dogmática e a construção jurídica. A primeira dedica-se à elaboração, racionalização e exposição do material legislativo deduzido do *Corpus*, correspondente a “uma sistematização do direito”.⁵⁰ Já a segunda diz respeito propriamente a um “sistema do direito”, isto é, da compreensão do Direito enquanto uma totalidade, a partir do qual orienta-se a atividade interpretativa. Ao contrário da primeira, isto se trata de uma exigência filosófica e não prática.⁵¹ É com Savigny que Losano identifica o “respeito da norma positiva como limite in-

⁴⁹ Karl Larenz, *Metodologia de la ciencia del derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 38.

⁵⁰ Losano, 2008, op. cit., p. 317.

⁵¹ Idem.

transponível”, a representação de um sistema enquanto uma unidade cujo fundamento é um ideal filosófico e a atividade jurídica enquanto uma construção ou edificação de uma totalidade jurídica nos moldes do idealismo transcendental de Kant.⁵²

Mas disto resulta que, pouco a pouco, a historicidade da Escola Histórica se esvazia. Desse modo, Savigny jamais deixou de ter uma contribuição relevante no sentido da sistematicidade da disciplina jurídica. Ao lado de uma elaboração “histórica da ciência das leis”, cuja temática era encontrar a “matéria jurídica” presente na tradição dos textos sempre necessariamente preexistente, havia em sua obra também outra de caráter filosófico, por sua vez dedicada à organização desta matéria em um sistema interno, de modo a formar não apenas um amontado sobreposto de normas jurídicas, e sim que encontrassem uma “coerência espiritual” entre si.⁵³ Como aduz Wieacker, “esta ligação metodológica entre matéria e forma corresponde exactamente ao modelo científico apresentado pela renovação das ciências do espírito sob a influência da teoria do conhecimento de Kant”.⁵⁴ A influência das Críticas de Kant em todo o pensamento do século XIX é tremenda e o modelo kantiano implica em um tratamento sistemático do direito, de estabelecimento de definições e distinções e da organização das relações entre as várias normas e do seu conjunto. A natureza da cientificidade é a necessidade de formação dos conceitos científicos em um todo orgânico.⁵⁵

O esvaziamento da historicidade da Escola Histórica do Direito acarreta em uma ironia ou um paradoxo,⁵⁶ a dizer, que a “escola jurídica menos histórica é precisamente a Escola Histórica”.⁵⁷ O elemento histórico das análises da Escola foi subordinado à exposição sistemática, isto é, colocado em segundo plano. Desse modo, o predomínio da história sofreu uma drástica inversão, a partir da qual subsiste da Escola Histórica “mais o nome do que o método: a atenção do jurista vai, de fato, se deslocando cada vez mais para a forma do direito”.⁵⁸

De acordo com Wieacker, esta pretensão de construir uma “ciência jurídica positiva” não é incoerente com o “programa historicista” de Savigny e seus trabalhos propriamente históricos, seguindo concomitantemente ao desenvolvimento de sua obra.⁵⁹ Desse modo, a historicidade não deixa de ter importância em sua “concepção global”, porque a continuidade histórica e temporal consti-

⁵² Losano, 2008, op. cit., p. 321-23.

⁵³ Wieacker, 1980, op. cit., p. 421.

⁵⁴ Idem, p. 422.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Losano, 2008, op. cit., p. 345.

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ Ibidem, p. 346.

⁵⁹ Wieacker, 1980, op. cit., p. 423.

tuía para Savigny o material por meio do qual ele integrava a “dimensão histórica do direito na reconstrução de uma ciência filosófico-sistemática do direito positivo”.⁶⁰

Ainda assim, é correto ver, segundo Wieacker o “núcleo da renovação da ciência jurídica por volta de 1800 numa nova fundamentação de um formalismo científico”.⁶¹

No essencial, a intenção e a missão do principal ramo romanístico da Escola Histórica do direito eram promover a antiquada dogmática do *usus modernus* a uma ciência do espírito “filosófica”, i.e., correspondente à teoria do conhecimento e da cultura do idealismo, dentro do espírito da teoria das ciências do idealismo alemão.⁶²

De acordo com Wieacker, é a partir daqui que se torna possível compreender a importância da herança jusnaturalista desta escola, isto é, o que significa dizer que ela é ao mesmo tempo *vencedora* do direito natural e sua herdeira.⁶³ O afastamento de um direito natural racionalista, que se poderia chamar de “pré-crítico”, quer dizer, anterior a Kant, implica a rejeição das codificações jusnaturalistas regidas pelo racionalismo iluminista, tais quais o *Code Civil* e o código prussiano (*Allgemeines Landrecht*), o primeiro, um “filho da revolução”, o segundo, também de “espírito iluminista”, destituído de “dignidade científica”.⁶⁴ Contudo, a Escola Histórica se apropriaria do jusnaturalismo naquilo em que fosse compatível com a crítica de Kant, adotando seus “axiomas, o sistema e a estrutura conceitual”⁶⁵ na construção da ciência jurídica positiva.

Wieacker aponta quatro “legados jusnaturalistas” aproveitados pela Escola Histórica. O sistema pandectista; “o método da construção sistemática e conceitual e a dedução lógica da decisão jurídica a partir do sistema e dos conceitos”, uma cópia do chamado “método demonstrativo” dos trabalhos iniciais de Christian Wolff, formalismo científico, sistema jurídico, *more geométrico*⁶⁶ (“pirâmide conceitual”, *rever*); os princípios fundamentais da ciência pandectística, quais sejam, o “direito objectivo, o direito subjectivo e a sua divisão, o negócio jurídico, a declaração de vontade; o contrato bilateral, o dever de prestação, a impossibilidade da prestação, etc.”, formalismo sistemático e conceitual; de-

⁶⁰ Idem, p. 423-24.

⁶¹ Ibidem, p. 424.

⁶² Wieacker, 1980, op. cit., p. 424.

⁶³ Idem, p. 425.

⁶⁴ Ibidem, p. 425.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem, p. 426.

terminação ética geral para o direito, oriunda da “ética formal do dever e da liberdade” de Kant, segundo a qual “a pessoa não deve constituir um meio para um fim que resida fora dela”, e que, por conseguinte, o direito deve garantir a cada um o “livre desdobramento da sua vontade individual”, e não a “definição ética da natureza humana” ou atender a imperativos da “felicidade pública”, por exemplo.⁶⁷

Estes traços jusnaturalistas persistem no projeto científico da Escola Histórica, não como um fantasma a assombrar os trabalhos históricos de seus representantes, mas como um eixo vivo em que se apoiarão as suas ideias⁶⁸. Como salienta Wieacker,

a herança jusracionalista da Escola Histórica não representa o resíduo indomável de uma época passada, mas a espinha dorsal da renovação por ela empreendida: a organização metodológica dos conteúdos jurídicos da tradição no sentido de uma ciência jurídica autónoma e crítica.⁶⁹

O projeto de Savigny consiste, portanto, na construção de uma ciência jurídica que unisse, ao mesmo tempo a “elaboração sistemática”, à qual ele mesmo se refere como “filosófica”, e o caráter histórico, exegético e hermenêutico de toda disciplina jurídica. Assim, para ele, “uma tal ciência não devia ser nem apenas abstracto-especulativa, nem apenas antiquário-histórica”, mas simultaneamente lógica e hermenêutica.⁷⁰ Para atender ao pressuposto da “estrutura lógica” de uma tal ciência, deve-se oferecer um sistema coerente. Por outro lado, para satisfazer o seu pressuposto histórico, é preciso dar conta do “todo da tradição antigo-europeia das fontes romanas”.⁷¹ O pressuposto desta elaboração seria a compreensão de Savigny segundo a qual o direito é um organismo, “no mesmo sentido em que o é a língua: ou seja, como produto de um abstrato espírito do povo (*Volksgeist*), cujos costumes nascidos da vida são contrapostos às abstrações dos códigos”.⁷² O espírito do povo funciona como princípio unificador das partes em um sistema na ciência jurídica da Escola Histórica.

O debruçar-se unicamente ao estudo histórico por parte da “nova” e “emergente” ciência do direito significaria uma tarefa para um antiquário e, por conseguinte, um abandono ou renúncia de sua função social.⁷³ É aqui o começo, de

⁶⁷ Wieacker, 1980, op. cit., p. 427-28.

⁶⁸ Idem, p. 428.

⁶⁹ Ibidem, p. 428-29.

⁷⁰ Ibidem, p. 452-53.

⁷¹ Ibidem, p. 453.

⁷² Losano, 2008, op. cit., p. 337.

⁷³ Wieacker, 1980, op. cit., p. 429.

certa maneira, do irônico esvaziamento da própria historicidade da Escola Histórica.

Wieacker assinala que, apesar do comprometimento de Savigny com um “programa histórico”, a execução de seu “Sistema do direito romano actual” possui mais “estilização sistemática” do que um apego à tradição, o que se vê em sua base filosófica, fortemente kantiana.⁷⁴ Com ela, Savigny dá o primeiro passo na direção da “construção de uma teoria geral do direito que substitua o jusnaturalismo e que, ao mesmo tempo, possa constituir uma “filosofia do direito positivo””.⁷⁵ Neste sentido, Losano afirma que, com Savigny, dá-se início à moderna ciência do direito a partir do deslocamento da atenção para cada norma em específico ao direito “em sua totalidade”, isto é, “da restrita dogmática à cada vez mais ampla construção”.⁷⁶

Wieacker conclui questionando a persistência da herança da Escola Histórica nos tempos mais recentes. Não nega, no entanto, que ela tenha deixado “vestígios duradouros” na história do direito, no que diz respeito à reconciliação de um “cisma profundo” em que a ciência jurídica se encontra na virada do século XVIII. A jurisprudência estava partida em duas: de um lado, um “*usus modernus tardio*”, incapaz de elevar os “conteúdos da tradição do direito comum a princípios gerais”. De outro, uma “legislação absolutista ou revolucionária”, responsável pela “asfixia do espírito vivo da ciência jurídica”. O mérito da Escola Histórica foi ter conseguido integrar o direito comum em um “novo sistema de princípios”. Segundo Wieacker, nem só do trabalho “do espírito da reflexão intelectual e metodológica” depende a “justiça e a felicidade dos povos”, mas a contribuição mais duradoura que a Escola Histórica deixou para o pensamento jurídico posterior foi a percepção da capacidade que o “espírito vivo” possui para “modificar e ordenar a vida em comum dos homens”, e foi este o significado de sua “renovação da ciência jurídica”.⁷⁷ Por mais que a tarefa da Escola Histórica do Direito não se resumisse a um comentário humilde às fontes jurídicas oficiais, dela advém uma consequência extremamente decisiva para o Direito Moderno: a negação do direito natural enquanto fonte do Direito, o que consistia na atribuição de exclusividade ao direito positivo (o direito escrito) enquanto objeto de investigação e aplicação.

A influência e a repercussão da Escola Histórica do direito não se limitou às fronteiras da Alemanha e se expandiu significativamente por toda a Europa, impulsionando os movimentos de codificação e unificação nacionais na Itália,

⁷⁴ Idem, p. 453.

⁷⁵ Ibidem, p. 453.

⁷⁶ Losano, 2008, op. cit., p. 332-33.

⁷⁷ Wieacker, 1980, op. cit.

Bélgica e Suíça, por exemplo,⁷⁸ reforçando ainda mais a centralidade dos germânicos quanto a este processo histórico sob foco.

1.2 A cisão entre interpretação e ciência do direito na jurisprudência dos conceitos

Puchta é o discípulo e sucessor de Savigny que “conseguiu fazer impor o formalismo conceitual rigoroso da pandectística”.⁷⁹ Segundo Wieacker, se Puchta, por um lado, carece da “categoria cultural e poder de intuição” de seu mestre, ele o ultrapassa na “capacidade lógica de construção sistemática e conceitual”.⁸⁰ Esta capacidade é precisamente o que faltava na obra de Savigny para que ele levasse a termo a completude da sua tarefa de “elaboração sistemática” de sua obra.⁸¹ Ele cumpre o papel de defender o monopólio dos juristas quanto à interpretação do espírito do povo, o que significa a manutenção do poder de produção do direito nas mãos da jurisprudência.⁸²

A capacidade conceitual elevada de Puchta, extremamente abstrata, não significa que ele possuía a “altivez de um intelectual alheado ao mundo”.⁸³ Ao contrário, sua proposta é bastante consciente dos problemas sociais e políticos da Europa no séc. XIX. Ele sabia exatamente com o que estava lidando, pois seu plano consiste deliberadamente em não entregar o poder de criação do direito ao povo. O monopólio cumpre uma função importante ao impedir com que a legislação, com fundamento na “vontade do povo”, imobilize o poder criativo desta “classe” de letrados e eruditos, reduzindo-os a reprodutores do texto da lei.⁸⁴ O esforço de Puchta “cria pela primeira vez o espaço para a construção especulativa ou “produtiva” que apenas está sujeita aos limites da “intuição lógica interior””.⁸⁵ Assim, tal procedimento possui a capacidade de produzir direito, extraído do sistema como “um produto da dedução científica”, isto é, como se já

⁷⁸ Wieacker, 1980, op. cit., p. 506-07.

⁷⁹ Idem, p. 455.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem, p. 454.

⁸² Ibidem, p. 455.

⁸³ Ibidem, p. 456.

⁸⁴ Ibidem. Puchta detém, desse modo, o “posto” de fundador da clássica “jurisprudência dos conceitos” do séc. XIX. Seu princípio metodológico teve uma influência mais duradoura que a do próprio Savigny. A sua pirâmide conceitual tornou-se o método próprio da pandectística. Ela consiste em uma hierarquia dos conceitos, dedução rigorosamente lógica “de cima para baixo”, reconhecendo nos conceitos cada elemento que faz parte de sua formação e tornando confortável para o jurista cientificamente formado tanto o movimento regular de descendência quanto o de retorno ascendente aos princípios do sistema. Trata-se de um processo de dedução das normas jurídicas e decisões judiciais a partir de conceitos, contrário ao método de produção do sistema por indução, isto é, “a partir das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e das valorações sociais”.

⁸⁵ Wieacker, 1980, op. cit., p. 456.

estivesse sempre presente no espírito do povo, apenas nunca antes trazido à vista.

No entanto, outras forças em jogo empurravam a solução deste problema para outras direções. “Absolutismo jurídico”⁸⁶ é a expressão inusitada que Paolo Grossi usa para tratar das codificações modernas, fenômeno jurídico que produziu efeitos que se prolongam até o tempo presente da prática e do ensino jurídicos. Segundo ele, trata-se de um esquema interpretativo utilizado para destacar alguns aspectos usualmente ignorados das codificações setecentista e oitocentista. A chegada do Terceiro Estado no poder revelou que *todo o direito interessa ao detentor do poder político e que é o monopólio da produção jurídica a garantia primordial e mais válida de qualquer poder*.⁸⁷ Duas gravíssimas consequências são extraídas deste Direito que se identifica com a vontade estatal e se baseia num admirável saber técnico: em primeiro lugar, o Direito se torna cada vez mais oficial e formal, como se se erguesse uma fronteira intransponível entre o mundo jurídico e a vida cotidiana. Em seguida, o Direito é arrancado da diversa complexidade social da qual ele se originava no mundo medieval para acoplar-se a uma única cultura, empobrecido e identificado de maneira mal encaixada à expressão do poder e do momento.⁸⁸

Segundo Grossi, as Codificações afirmam um rígido monismo no que diz respeito às fontes do Direito, o que implica na exclusividade ou no monopólio do Poder Político. A partir deste decisivo momento na História do Direito, primeiro o Direito Privado, mas depois a totalidade do universo jurídico passa a ser vinculada à mais direta expressão do poder estatal – *a lei*.⁸⁹ Inicia-se aqui a construção do mito da lei enquanto norma de qualidade superior, primeira na hierarquia das fontes do Direito, expressão autoritária e centralizadora da sobe-

⁸⁶ Paolo Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998. p. 1. Segundo o autor, esta junção incomum entre um substantivo e um adjetivo comuns forma uma composição que causa estranhamento, especialmente em se tratando de um “fruto típico do estado burguês” e da liberdade econômica. O incômodo ou a impertinência que esta composição causa tenta justamente iluminar outras facetas do direito moderno que se escondem por trás do rosto chamativo e sedutor do Estado de Direito e das liberdades e igualdades revolucionárias, a fim de cumprir a tarefa do historiador, este manipulador da vida e da morte detentor de uma liberdade distinta e situado numa posição eminentemente crítica. A historicização deste fenômeno cumpre a função de colocar em crise certezas não discutidas, imprimindo uma confusão desagradável, mas salutar e necessária, nesta “paisagem perfeita” do Direito Moderno.

⁸⁷ Grossi, 1998, op. cit., p. 3.

⁸⁸ Idem. E da classe detentora do poder, por mais que declaradamente a sociedade civil continuasse a ser a depositária do poder de produção do Direito segundo a fábula que a democracia representativa apregoa pela apologética obsessiva filo-parlamentar. Contudo, ela havia sido, de fato, expropriada.

⁸⁹ Grossi, 1998, op. cit., p. 4.

rania do Estado.⁹⁰ A consequência da mitificação da lei é a dissipação das fontes plurais das quais irradiava a base da velha ordem jurídica: os usos e costumes, a opinião dos doutores, as sentenças do juiz e as invenções dos notários. A partir de então, *o Direito se resume à lei*. A lei, que antes era simplesmente o produto do poder, transforma-se no “mais secreto sacrário da consciência laica”,⁹¹ o que conduz a uma “inevitável desvitalização de qualquer outra produção jurídica”.⁹²

A monopolização da produção do Direito pelas forças estatais significa um enclausuramento do poder criativo da ciência jurídica na medida em que a infidelidade ao texto da lei implica em uma sua traição. O trabalho dos juristas se limita, portanto, a breves e humildes comentários aos textos das leis, produzidas pela vontade soberana. A centralidade da legislação e a hostilidade com relação às fontes concorrentes reduzem o papel do juiz ao de “voz” ou “boca da lei”.⁹³ A nova ordem jurídica emergente desconfia não só dos costumes, mas também da ciência jurídica, pois as suas sutilezas e refinamentos só confundiam a clareza prévia dos códigos e tornavam-nos incompreensíveis ao homem comum.⁹⁴

De acordo com Grossi, *o maior erro da ciência jurídica moderna foi ter exilado a si própria*.⁹⁵ A responsabilidade é atribuída em grande parte aos próprios juristas, na medida em que suas análises, seus pensamentos, suas discussões e seus escritos são revestidos por uma camada intransponível consistente numa linguagem técnica, válida como comunicação interna entre os já nela iniciados, mas isoladora com respeito à comunidade geral devido a sua total incompreensão por parte do homem comum.⁹⁶ O monopólio da lei enquanto momento de produção do Direito conduz à redução do espaço reservado a outras fontes. A ciência jurídica é expropriada do mecanismo criativo e reduzida a um papel auxiliar, enquanto a Justiça, aplicadora por excelência, isto é, a tradutora da regra legislativa geral para a regra da controvérsia particular, foi aprisionada pelas correntes apertadíssimas da lei.⁹⁷ *O Direito se tornou servo da lei e a inevitável consequência desse deslocamento é a cisão que se produziu entre a interpretação da lei e a ciência do direito* como denota Francesco Viola.⁹⁸

⁹⁰ Idem, p. 5.

⁹¹ Grossi, 2004, op. cit., p. 116.

⁹² Idem.

⁹³ Caenegem, 2000, p. 171.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Grossi, 1998, op. cit., p. 263.

⁹⁶ Idem. Sobre esse ponto incidirá uma das críticas de Kirchmann.

⁹⁷ Ibidem, p. 266.

⁹⁸ “Il formalismo interpretativo ha costretto la scienza del diritto a rinunciare ad una parte di se stessa . La scienza giuridica è conoscenza del diritto per guidare l'azione. Ma se il diritto non è altro che legge, allora la scienza del diritto diventa conoscenza della legge e quindi studio di uno strumento creato dall'uomo, è cioè solamente «tecnico». Se poi la

O princípio da legalidade – compreendido formalmente – é erigido a fundamento da estrutura constitutiva do Estado e o problema da interpretação e da aplicação do Direito se torna a busca espasmódica do que o legislador pensava no momento de produção da norma. Uma nuvem de profunda suspeita e desconfiança paira sobre os juízes, os práticos, os cientistas e os intérpretes doutrinários. Mesmo os Códigos, a despeito de sua pretensão de clareza e autoevidência, não conseguiram escapar da incomunicabilidade, inintegibilidade e incompreensão da população geral, sua principal destinatária, devido a esse autofechamento que a ciência opera.⁹⁹

Além disso, a codificação paralisa o Direito no momento da revelação da vontade suprema do legislador, isto é, no momento da produção do Direito, relegando a interpretação e a aplicação a etapas estranhas a ele.¹⁰⁰ Para o espírito iluminista da codificação, eles não são nem sequer momentos secundários. Com efeito, eles são mais “*não momentos*” do que propriamente momentos secundários, ou seja, a interpretação e a aplicação foram totalmente excluídas do Direito. Isto ocorre porque a norma jurídica é aquela abstratamente confeccionada pelo legislador e a normatização encerra-se no momento de sua produção. Esta consideração ignora completamente o momento em que a norma entra em contato com a vida de seus destinatários, a dizer, o momento da aplicação. Assim, a norma jurídica permanece compacta, rígida e impermeável à história. Para o jusnaturalismo iluminista, parece absurda e injusta a ideia de uma norma que se modifica após o evento de sua criação, adequando-se às resistências que recebe dos diferentes lugares e destinatários a que alcança – quando recebe, portanto, resistência *da vida e da história*.¹⁰¹ A tese de Grossi é a de que estas noções iluministas e positivistas *caíram definitivamente “nas profundezas da alma do*

scienza giuridica cerca il diritto non già solamente nella legge ma anche - come è giusto - nei fatti sociali e nei valori politici, allora ci si chiede quale utilità pratica tali ricerche potranno avere per un giudice formalista. In tal caso la scienza perde la sua funzione pratica e diventa puramente speculativa. Noi sappiamo che la scienza giuridica dell'Ottocento ha percorso entrambe le strade, Si è venuta quindi a formare nel campo della scienza giuridica una caratteristica dicotomia tra concezioni formalistiche e concezioni contenutistiche. La scienza in definitiva si è andata progressivamente disinteressando ai problemi dell'interpretazione giudiziale. Il formalismo interpretativo poteva così coesistere con le più audaci e libere costruzioni scientifiche. Ciò gettò discredito sulla scienza e alimentò la diffidenza verso di essa da parte dei pratici del diritto. V'è sol o un giurista francese della fine del sec. XIX, François Geny, che elabora una teoria scientifica della interpretazione giuridica.” (Ob. Cit., p. 65).

⁹⁹ Grossi, 2004, op. cit., p. 128. O Código “é o instrumento de um Estado centralizador que se expressa em uma língua nacional, culta, literária, que tenta se manter o mais distante possível de todo o tipo de localismos vernáculos, os únicos verdadeiramente agradáveis e compreensíveis à massa popular”.

¹⁰⁰ Idem, p. 132.

¹⁰¹ Ibidem, p. 133.

jurista europeu continental” e permaneceu intacta mesmo após as experiências do século XX, tanto consciente como inconscientemente. Perdura a hostilidade diante da interpretação. É por isso que a interpretação assume o único formato que lhe é possível sobre este pano de fundo: o da exegese, a mera explicação do texto da lei, a penetração na mente do legislador onisciente, onipresente e onipotente para esclarecer sua intenção originária.¹⁰² Desse modo, o impedimento da atualização da lei em casos dados e a rejeição da historicidade do Direito reduz a ciência jurídica do século XIX à exegese, isto é, ao esforço laboriosíssimo e fecundíssimo dos operadores do Direito satisfeitos sob a sombra da codificação.¹⁰³

2.2 O positivismo legalista e as codificações

O surgimento do positivismo legalista, por sua vez, coincide com a época do florescimento das codificações. Segundo Wieacker, é a primeira vez em que “a criação do direito tornou-se em toda a Alemanha independente do desenvolvimento erudito do direito”.¹⁰⁴ Trata-se de uma diminuição da autoridade letrada dos juristas a partir da identificação da vontade do povo com a lei, e não mais com um espírito cultural e abstrato.¹⁰⁵ Ainda assim, o monopólio da criação e manipulação do direito pela ciência manteve-se, já não mais nas mãos dos juristas eruditos, mas agora por uma “burocracia ministerial com uma rigorosa formação científica”.¹⁰⁶ Como diversos desses funcionários foram formados ainda segundo os ideais da pandectística, os seus postulados foram também preservados na legislação alemã, a dizer, a cientificidade neutralizante de aspectos ético-políticos e a vinculação do juiz à metodologia científica.¹⁰⁷

O fenômeno moderno da codificação, por sua vez, apresenta algo de novo e estranho na história do direito. A noção de Código é intrinsecamente polissêmica, especialmente após o surgimento do código moderno. O caráter unitário do vocábulo tenta estabilizar o instável, e é precisamente isto o que o próprio código moderno procura fazer: reunir ou associar “realidades profundamente diferentes por origem e por função”.¹⁰⁸ Ele é muito diferente na medida em que encarna uma decisão fundamental da civilização jurídica moderna, uma escolha radical que estabelece um “marco fronteiro” entre um *antes* e um *depois*, o

¹⁰² Ibidem, p. 134.

¹⁰³ Grossi, 2004, op. cit.

¹⁰⁴ Wieacker, 1980, op. cit., p. 525.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 526.

¹⁰⁸ Grossi, 2004, p. 104.

que imprime – ou tenta imprimir – uma forte descontinuidade no fluxo da história e do tempo.¹⁰⁹

Por mais polissêmico que seja o vocábulo e por mais realidades históricas que ele guarde em seu interior, o Código é *apenas um*. É neste sentido que ele pretende ser uma ruptura com o passado, a dizer, quando ele abre mão da conservação em profundidade e amplitude das ordens jurídicas precedentes e, ao contrário, instaura um novo modo de concepção da produção do Direito (o que concerne ao problema das fontes).¹¹⁰ Assim, o código moderno é uma realidade que se diferencia principalmente dos Códigos da Antiguidade, pois o Código de Hamurabi e o Código Justiniano não buscavam criar uma nova ordem jurídica a partir de si próprios, e sim apenas assimilar por escrito uma realidade jurídica previamente existente e cultivada pelos usos e costumes de determinado corpo social.

Segundo Grossi, este Código novo e único “expressa a forte mentalidade forjada no grande laboratório iluminista e se encontra – enquanto tal – em áspera polêmica com o passado”.¹¹¹ Ainda assim, em consonância com o juízo de Weacker, a observação dos trabalhos preparatórios do *Code civil* napoleônico permite detectar a “fértil continuidade de institutos cunhados e aplicados na imemorable práxis consuetudinária”¹¹², o que já aponta, antecipadamente, para a ingenuidade do empreendimento de fundar uma nova ordem jurídica a partir do nada. O fluxo do tempo é contínuo, e toda ruptura ou descontinuidade pressupõe a preservação – mesmo que subconsciente – de muitos elementos da realidade do passado. Os redatores do Código foram todos homens educados sob o *Antigo Regime* e, por isso, não puderam escapar da influência da formação que receberam, mesmo quando acreditavam romper com esta *ordem antiga*. Mesmo com a força do gesto de ruptura que representa a codificação, ainda assim as formas do direito medieval produziram efeitos de longa duração. Com isso, eles reproduziram subconscientemente os conceitos, noções e costumes de um tempo passado, inevitavelmente “enraizado na experiência da sociedade francesa e, portanto, aceitos e vividos na vida cotidiana”¹¹³ de um passado do qual tentaram se separar. Os próprios textos dos códigos preservaram, consciente ou inconscientemente, vestígios da mentalidade jurídica medieval.¹¹⁴

¹⁰⁹ Idem, p. 105.

¹¹⁰ Grossi, 2004, op. cit., p. 106.

¹¹¹ Idem, p. 107.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem, p. 108.

¹¹⁴ Caenegem, 2000, op. cit., p. 208.

De acordo com Grossi, no “mundo pré-revolucionário”, isto é, no universo jurídico anterior às codificações, o problema da produção ou das fontes do Direito se dividia em três momentos básicos: primeiro, o Direito surgia a partir de um transbordamento espontâneo ou natural, isto é, sem a obrigação ou coação externa e artificial de algum mecanismo social específico.¹¹⁵ Em segundo lugar, era pluralista, a dizer, harmoniosa em relação às forças plurais da sociedade.¹¹⁶ Por último, era extra-estatal, ou seja, encontrava sua fonte nos indivíduos, nos costumes por eles instituídos e observados e posteriormente reduzidos e organizados em esquemas técnicos pelos juristas.¹¹⁷ A pretensão totalizante da codificação renuncia a tudo isto, de tal modo que Napoleão “aprisiona nos 2.281 artigos do *Code civil*” as regras jurídicas que, anteriormente, eram geradas e regulamentadas por “costumes imemoráveis, sedimentados em um longo processo”.¹¹⁸ Este gesto se apresenta em sua profunda anti-historicidade: ao Príncipe, a história parece repugnantemente complexa, desordenada e confusa. O monismo rígido ditado pelo imperioso Príncipe da ordem pública impede a pluralidade de ordens simultâneas e, como consequência, a convivência entre uma pluralidade de culturas, pois concebe um único *canal* histórico alto o suficiente para barrar a entrada e saída de outras águas.¹¹⁹ Aqui, é possível traçar o ânimo iluminista que permeia todo o movimento da codificação.

Nele, persiste o legado do jusnaturalismo racionalista do século XVIII.¹²⁰ Trata-se de um direito natural corretamente classificado como racionalista (ou “direito da razão”, *Vernunftrecht*) na medida em que se recusa a “derivar seus princípios de sistemas externos, como o direito divino e o *Corpus iuris*”,¹²¹ atendo-se à busca de princípios evidentes e axiomáticos da própria natureza humana (concebida a partir da racionalidade iluminista, a dizer, mecanicista), e preocupada com a direta aplicação deste direito natural aos corpos jurídicos presentes na realidade histórica. É assim que este direito natural racionalista se diferencia dos direitos naturais grego, romano e cristão, por exemplo.¹²² Independente da existência de Deus e de um direito divino, ele pleiteava universalidade – isto é, aceitabilidade por todo e qualquer homem – e necessidade – a dizer, a irrecusabilidade de sua evidência – porque suas regras eram extraídas da própria razão e da natureza humanas.

¹¹⁵ Caenegem, 2000, op. cit.

¹¹⁶ Idem, p. 109.

¹¹⁷ Grossi, 2004, op. cit., p. 110.

¹¹⁸ Idem, p. 111.

¹¹⁹ Grossi, 1998, op. cit., p. 4.

¹²⁰ “a fé nos códigos persiste”. Caenegem, 2000, p. 161.

¹²¹ Idem, p. 165.

¹²² Ibidem.

Isto pode ser compreendido como uma tentativa de solução do problema da convivência harmônica entre ordens religiosas absolutamente inconciliáveis entre si. Convém, contudo, evitar esta discussão no momento, e apenas apontar os pontos da ordem antiga sobre os quais incidiam a crítica iluminista: o sentimento de desigualdade diante da lei que os privilégios (fiscais, por exemplo) garantidos à nobreza e ao clero causavam; as limitações pessoais à propriedade; a exclusão da participação popular nas deliberações políticas; e, por fim, a “crítica à predominância da Igreja e à intolerância religiosa”.¹²³ Desse modo, o jusnaturalismo do século XVIII se caracteriza pela rejeição da autoridade e, por conseguinte, a afirmação da razão, a substituição da fé na tradição pela fé no progresso. Neste sentido, o “novo direito deveria estar isento de obscurantismo. Ele constituiria um sistema claro e certo, compreensível para o povo, pois, de agora em diante, o direito deveria estar a serviço do povo”.¹²⁴

A codificação possui, portanto, uma clara filiação iluminista: ao Príncipe, este indivíduo modelo, sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizado, e somente a ele, é entregue o poder de ler a natureza das coisas, de decifrá-la e reproduzi-la em normas jurídicas legítimas, universais e eternas.¹²⁵ Esta divindade panteísta ocupa o local deixado vazio pela rejeição do Deus-pessoa da tradição cristã. O legítimo leitor da natureza das coisas deixa de ser a Igreja Romana, “condenada ao sôtão das superstições e eliminada da categoria das possíveis fontes de direito”.¹²⁶

Quem ocupa o centro do universo jurídico agora é o Estado, na figura do Príncipe, ao mesmo tempo honrado e onerado com esta tarefa totalmente temporal, que se eleva acima dos juízes e dos doutores (juristas), das paixões e mesquinhas das casuística e, portanto, dotado de serenidade e objetividade para a leitura adequada da natureza humana.¹²⁷ Desse modo, a frustração da pretensão de universalidade da ordem natural do jusnaturalismo racionalista devida às lutas e resistências políticas transforma o Código na expressão da “ordem jurídica de um Estado delimitado em termos temporais e espaciais”.¹²⁸ Assim, a nacionalização dos sistemas jurídicos é outra consequência da codificação – por um lado, a centralização, concentração e unificação dos poderes políticos garantiram a cada povo, a cada país e a cada território as suas próprias leis, mas por outro, a unidade da civilização europeia, reunida sob a identidade jurídica do *ius commune*, pulverizou-se.¹²⁹ A antiga unidade jurídica europeia se fraciona irre-

¹²³ Caenegem, 2000, op. cit., p. 162.

¹²⁴ Idem, p. 163.

¹²⁵ Grossi, 2004, op. cit., p. 112.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibidem, p. 113.

¹²⁸ Grossi, 2004, op. cit., p. 115.

¹²⁹ Caenegem, 2000, op. cit., p. 201.

mediavelmente em diversos segmentos nacionais, não somente no que diz respeito ao Direito Público, mas também nas regiões civis antes quase sempre deixadas à livre regulação dos costumes gerais.¹³⁰ Resta somente a lembrança histórica daquela civilização jurídica que viveu uma fecunda circulação de docentes e estudantes, de Bolonha a Montpellier, de Salamanca a Oxford, todos expressões de uma mesma cultura jurídica reunida sob um ideal comum.

A maquinação do código pretende reduzir a totalidade da experiência jurídica a um sistema minuciosa e intrincadamente articulado de regras escritas, completo e exaustivo, começando pela atribuição de definições a institutos jurídicos – que já as possuíam e existiam antes dele) – e posteriormente regulando as suas relações entre si, tendo em vista a previsibilidade de aplicações futuras.¹³¹

“Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente reductiva: se a razão civil pode e deve desenhar-se em uma harmonia geométrica, sob a égide da máxima simplicidade e da máxima clareza, o legislador deve empenhar-se em um esforço de depuração e decantação”.¹³²

Isto significa que, ao rejeitar a historicidade do direito, a codificação precisa conceber um “indivíduo originário em toda a sua genuína privacidade”, a dizer, sujeitos abstratos que só podem estabelecer relações igualmente abstratas entre si. Trata-se do sujeito contido nas expressões dos princípios da legalidade e da igualdade, por exemplo, no “todos são iguais perante a lei” e no “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”. Remover a historicidade do indivíduo significa destituí-lo de sua carnalidade, de sua corporeidade. Significa negar o peso inegável da história sobre a formação de cada indivíduo, a sociedade e a relação destes entre si. Mais do que isso, a abstração e a igualdade formais não foram armas desinteressadas e que possuiriam sob a mira a proteção de todos indistintamente. Ao contrário, essa igualdade rigorosa e a abstração elevam, sob uma aparência nobre, o “império da riqueza”.¹³³ Desse modo, as características do Código podem ser identificadas a uma tríplice tensão, que marca a sua tipicidade inconfundível enquanto fonte do Direito na história: a unidade, “espelho e fundamento da unidade de um ente estatal”, a completude e a exclusividade, que marcam um monismo jurídico, uma mística

¹³⁰ Grossi, 1998, op. cit., p. 268.

¹³¹ Grossi, 2004, op. cit., p. 119.

¹³² Idem, p. 125.

¹³³ Ibidem, p. 128.

legislativa e a absoluta superioridade hierárquica da lei sobre qualquer outra fonte do Direito.¹³⁴

A racionalidade aparentemente abstrata e objetiva dos códigos esconde, portanto, as concepções axiológicas que se encontram em seu fundamento. Wieacker aponta para uma imagem geral do direito dos códigos, segundo a qual a sociedade seria “unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e liberdade contratual”.¹³⁵ Os códigos possuem, portanto, concepções de matriz burguesa pós-revoluções francesa e industrial, e a ordem jurídica incorpora, de tal modo, a concepção de mundo ligada ao lucro, à individualidade e ao estadualismo.¹³⁶ Assim, as antigas ordens jurídicas da realeza, por exemplo, são excluídas da codificação, que iguala a todos, através de uma ficção jurídica, independentemente da origem e da profissão, por exemplo.

O surgimento do positivismo legalista, por sua vez, coincide com a época do florescimento das codificações. Segundo Wieacker, é a primeira vez em que “a criação do direito tornou-se em toda a Alemanha independente do desenvolvimento erudito do direito”.¹³⁷ Trata-se de uma diminuição da autoridade letrada dos juristas a partir da identificação da vontade do povo com a lei, e não mais com um espírito cultural e abstrato.¹³⁸ Ainda assim, o monopólio da criação e manipulação do direito pela ciência manteve-se, já não mais nas mãos dos juristas eruditos, mas agora por uma “burocracia ministerial com uma rigorosa formação científica”.¹³⁹ Como diversos desses funcionários foram formados ainda segundo os ideais da pandectística, os seus postulados foram também preservados na legislação alemã, a dizer, a cientificidade neutralizante de aspectos ético-políticos e a vinculação do juiz à metodologia científica.¹⁴⁰ O positivismo legal acreditava que a vontade geral representada pelo legislativo “seria sempre a mais justa” e confiava na legalidade para garantir a legitimidade, mas estava despreparado para enfrentar as consequências de uma “vontade política de um poder legislativo eticamente desresponsabilizado”.¹⁴¹ Na falta de um órgão

¹³⁴ Grossi, 2004, op. cit., p. 118.

¹³⁵ Wieacker, 1980, op. cit., p. 528. Grossi endossa vigorosamente esta caracterização. Cf. Grossi, 1998, op. cit., p. 265 e Grossi, 2004, op. cit., p. 119.

¹³⁶ Expressão que se refere, aqui, à centralidade que o Estado ocupa na vida em geral das assim ditas sociedades burguesas.

¹³⁷ Wieacker, 1980, op. cit., p. 525

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 526

¹⁴¹ Ibidem, p. 111. Não é como se a neutralidade axiológica do direito estivesse imune a uma convicção ética e política bastante específica – ao contrário, ela constitui, por si só, uma opção política. Trata-se de uma convicção profundamente desconfiada dos juízes e que, portanto, preocupou-se em restringir-lhes o poder sobre suas próprias decisões: *poder neutro, poder nulo*. O formalismo científico do direito cumpre o papel de manutenção de

independente designado para proteger os indivíduos e as minorias do poder desgovernado das maiorias, seus pressupostos morais de liberdade e igualdade em abstrato

ficaram portanto destruídos quando os grupos mais poderosos, os grandes partidos ou coligações partidárias começaram a criar um direito pragmatizado em relação ao qual o juiz estava pura e simplesmente vinculado, de acordo com os pressupostos do Estado legalista”, muito embora os próprios cidadãos não tivessem perdido a confiança na lei enquanto instrumento de controle do arbítrio do poder executivo.¹⁴²

As ideias do positivismo legalista, fundadas em uma crença no “absolutismo da razão” e na “racionalidade da vontade do povo”, impulsionaram, portanto, as codificações, um fenômeno jurídico que até os dias de hoje não ocorreu no mundo jurídico anglo-saxão, por exemplo, e sem o qual uma nação moderna pode viver sem prejuízo da segurança e de seu desenvolvimento. Isto acontece na Europa continental, entretanto, devido à profunda crença que os europeus – não só os alemães e, nesse caso, nem principalmente eles – depositavam “na racionalidade da vontade do povo”, que os impelia a uma ordenação racional da vida jurídica por intermédio de uma codificação.¹⁴³

situações básicas para uma ordem jurídica em uma sociedade cada vez mais plural, tais como a divisão de poderes, a independência e imparcialidade do juiz e a sua vinculação ao direito, isto é, tanto à dogmática científica quanto às leis. Assim, Wieacker de certo modo corrige a “pontaria” das críticas ao positivismo científico, ajustando-as no sentido do positivismo legalista, pois as reservas com relação ao perigo da insurgência de uma maioria ou de um ditador que comprometessem os princípios básicos de uma ordem jurídica a partir das pressões políticas e sociais momentâneas não se aplicam ao positivismo científico, “excluído em princípio” por sua independência. Em verdade, Wieacker explica, “as ordens jurídicas mais vigorosas e duradouras reivindicaram uma autonomia deste tipo”.

¹⁴² Wieacker, 1980, op. cit., p. 525.

¹⁴³ Idem. Wieacker explica que as codificações só são possíveis não apenas quando o Estado possui pretensões territoriais unificadoras, mas também e principalmente no momento em que certos “pressupostos culturais” se fazem presentes. O *Corpus Iuris Civilis*, o Código Civil Suíço e o *Code Civil* francês, tanto quanto a Magna Glosa de Acúrsio não surgiram em um tempo qualquer, aleatoriamente, mas sim quando as criações da ciência jurídica adquiriram consistência e robustez de modo a considerar que um determinado período alcançou seu termo, isto é, uma espécie de “desenvolvimento máximo”. Apenas a maturidade científica é criadora, afirma Wieacker, e somente o trabalho sistemático de gerações “possibilita finalmente um plano de conjunto clarificador e a linguagem conceitual abstracta de um código racional”.

O positivismo autoriza exclusivamente a dedução a partir de princípios e conceitos reconhecidos pelo próprio sistema.¹⁴⁴ Wieacker aponta algumas consequências importantes deste postulado:

Primeiramente, o fechamento sistemático, autônomo e coerente de determinada ordem jurídica e sua conseqüente independência com relação à realidade social e a vida. Com isso, é possível, em primeiro lugar, decidir “corretamente” as “situações jurídicas” tão somente por intermédio de uma “operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de carácter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)”.¹⁴⁵ Por conseguinte, isto significa que, de certo modo, os conceitos jurídicos inseridos no sistema possuem não apenas uma relação de coerência entre si, mas que a simples dedução, isto é, uma sua “aplicação lógica” conduz a uma decisão correta, o que quer dizer aqui precisamente “justa”.¹⁴⁶ Ainda segundo Wieacker, o fundamento deste “método” é a “convicção, baseada no ideal científico do idealismo formal, de que a justeza lógica, do ponto de vista conceitual e sistemático de uma frase, fundamenta também a sua correcção material”.¹⁴⁷

Em segundo lugar, por se tratar de um sistema fechado, a plenitude é uma sua exigência lógica.¹⁴⁸ Apesar de as normas jurídicas jamais serem isentas de lacunas, uma espécie de construção analítica (isto é, a partir dos elementos do próprio sistema) permite o preenchimento da incompletude do sistema. É sobre esta tarefa de dedução lógica que se debruça a dogmática jurídica, e quando ela estiver concluída, “a subsunção lógica em relação a um princípio ou conceito deve ser possível e suficiente em todos os casos pensáveis”.¹⁴⁹ A partir de então surgem as comparações do juiz com um “autômato da subsunção”, uma “calculadora eletrônica”, devido a que sua tarefa de decisão foi simplificada ao “acto lógico de subsunção correta”.¹⁵⁰ A liberdade de criação do direito é fortemente restringida, pois mesmo em caso de “preenchimento de lacunas”, ele não cria direito novo, mas apenas desvela uma solução “já latentemente contida no sistema”.¹⁵¹

Assim, o Código Civil alemão, familiarmente conhecido por *BGB*¹⁵², possui todas as características de plenitude, de “compilação final e exaustiva da maté-

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 494.

¹⁴⁵ Wieacker, 1980, *op. cit.*, p. 495.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 497.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 498.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² *Bürgerlichen Gesetzbuches*, em alemão.

ria” e de vinculação do juiz à lei, por exemplo, exigidas pela codificação.¹⁵³ O *BGB* realiza, “através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística”, as aspirações sistemáticas de clareza e coerência da pandectística.¹⁵⁴ É em um sentido matemático ou algébrico que Wieacker se refere à estrutura do código: segundo ele, o código “antepôs, como na álgebra, à expressão entre parênteses os caracteres conceituais gerais da relação jurídica nas suas duas Partes Gerais”,¹⁵⁵ reproduzindo o movimento interpretativo de ida e volta do mais geral para o mais específico, subordinando a compreensão das relações jurídicas particulares (desde o contrato até as sucessões) à “cabeça” do código, isto é, as suas disposições gerais e iniciais. Neste sentido, o Código Civil alemão elaborado por Windscheid seguiu rigorosamente os cânones sistemáticos e cientificistas herdados pela Escola Histórica do Direito.¹⁵⁶ Este modelo de codificação repercutiu efeitos em todo o mundo civilizado, seja ocidental ou oriental. Por toda a Europa, na América do Sul, e até mesmo no Japão e na China o *BGB* exerceu influência absolutamente decisiva, tendo sido recebido com bastante êxito por praticamente qualquer nação em busca de uma ordenação jurídica e social adequada.¹⁵⁷

3. Conclusão

A codificação, a partir da atribuição de um lugar central ao Estado na ordem jurídica, imprime uma nova configuração ao pluralismo presente no direito medieval. O jusnaturalismo que se encontra em suas bases desemboca no “mais agudo positivismo jurídico”.¹⁵⁸ O resultado, não só na França como em todo o universo jurídico ocidental,¹⁵⁹ traduz-se na identificação do direito à lei. O direito se torna cada vez menos “*droit*” e mais “*loi*”, isto é, a vontade autoritária do Príncipe.¹⁶⁰ O jusnaturalismo setecentista e oitocentista, convocado a fundar o novo Direito do novo Estado, com suas fábulas ingênuas e graciosas, aprisiona o Direito numa modelagem férrea, dando vida à antinomia que é a base da história do Direito Moderno, a dizer, a transição do jusnaturalismo ao juspositivismo, sustentada na fundação jusnaturalista do direito positivo.¹⁶¹

¹⁵³ *Ibidem*, p. 544.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Wieacker, 1980, *op. cit.*

¹⁵⁶ Losano, 2008, *op. cit.*, p. 416.

¹⁵⁷ À exceção do mundo da *common Law*, que conhece uma totalidade jurídica própria alheia à codificação até hoje.

¹⁵⁸ Grossi, 2004, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁹ Grossi, 1998, *op. cit.*, p. 268.

¹⁶⁰ Grossi, 2004, *op. cit.*, p. 115.

¹⁶¹ Grossi, 1998, *op. cit.*, p. 5.

Contudo, menos evidenciado é o resultado que se produziu sobre o fazer próprio da atividade do jurista que envolvia a interpretação tal como durante o período anterior do direito prudencial que dominou o ensino e aplicação do direito no baixo medievo, e que consistiu num dos motores da elaboração do *ius commune*. Então, a *ars inveniendi* – arte da invenção – era o mister técnico-jurídico por excelência onde o dado concreto é a norma a ser ponderada para sustentar a decisão a partir das fontes possíveis. Assim é que, em “lição precisa” Martim de Albuquerque e Rui de Albuquerque afirmam que: “Para o jurista medieval a solução não se obtinha a partir da subsunção do fato à norma legal, mas pela ponderação das soluções possíveis. Em função destas era ‘achada’ a norma aplicável, determinado seu âmbito, estabelecida a interpretação competente (...) A legitimidade da solução, além de sempre estar dependente da pertinência e correlação dos processos com que fora encontrada, deveria ceder perante outra considerada como justificação superior, *verbi gratia* pela sua utilidade prática”.¹⁶²

A Escola Histórica do Direito marca o início de um processo de mudança substancial que, ainda que de algum modo inicie com a tentativa de unidade e objetivação empreendida pela jusnaturalismo, busca propositalmente romper com ele pela afirmação da influência da história como elemento concreto sobre as elucubrações racionalistas que brandiam na versão moderna do direito natural.

A interpretação torna-se o problema compreendido pela atividade interpretativa ao considerar-se a *ratio legis* do modo formal, isto é, o objetivo e o significado da lei que está nela e não depende das operações pelas quais o intérprete define-o. Os métodos de interpretação passam, por isso, a ser essenciais para estabelecer os limites e modos de determinação desse sentido interno, assumido como sendo uma conexão de conceitos, os quais podem revelar-se pela análise gramatical, lógica, histórica e sistemática, segundo a proposta da Escola histórica.

Mas o estabelecimento da atividade interpretativa como problema importa em reconhecer alguns pressupostos que não são apenas estritamente internos à história do direito, mas conjugados a ela, de um lado, e de outro, um fenômeno eminentemente endógeno.

Aquele diz respeito ao protagonismo da lei enquanto fonte que nasce no contexto moderno como a reduzir todo direito à ação legislativa, posteriormente estruturada pela racionalização codificadora. Sendo a lei uma inegável face do exercício do poder político e uma manifestação concreta desse poder pela ação do Estado, a atividade interpretativa será submetida também aos limites de sentido

¹⁶² Rui de Albuquerque; Martim de Albuquerque, *História do direito português*, 13^o ed. Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2022, p.281.

que estão cristalizados nas escolhas realizadas pelo legislador, de tal modo que paira em torno do jurista-intérprete uma desconfiança acerca de sua fidelidade aos termos da lei objeto de sua interpretação, e de sua lealdade às escolhas previamente feitas pelo poder político.

O efeito interno desse fenômeno importa na cisão entre a atividade interpretativa e a dogmática dos métodos de interpretar aos quais aplicam-se os estudiosos do tema e a ciência do direito. Isso porque o objeto da interpretação não é mais o direito, mas sim a lei. A ciência do direito, de modo amplo, é o conhecimento do direito para orientar a ação humana, contudo a emergência do problema da interpretação provoca como consequência que essa ciência renuncie a uma parte de si mesma para que a interpretação torne-se o conhecimento do direito reduzido à lei e aquela seja abandonada a um conhecimento especulativo e sem função prática, a qual ainda ocupa-se dos fatos sociais e valores políticos.¹⁶³

Muitos desses problemas serão enfrentados, posteriormente, pelas escolas que confrontam o formalismo e sua longa influência nos séculos XIX e XX em diferentes escolas desde a jurisprudência dos conceitos, a jurisprudências dos interesses, as escolas da exegese até as versões do positivismo normativista. Contudo, esse é objeto pra um outro estudo.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, Rui de; ALBUQUERQUE, Martim de. História do direito português. 13^o ed. Vol. I, Lisboa:AAF DL, 2022.
- GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato. Milano:Giuffrè, 1998.
- GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução de Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2004
- LARENZ, Karl. Metodologia de la ciência del derecho. Barcelona:Editorial Ariel, 1980.
- LOSANO, Mario. Sistema e estrutura no direito. V.I, São Paulo:Editora Martins Fontes, 2008.
- VIOLA, Francesco. Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge. Palermo:Edizioni Celup, 1975.
- TARELLO, Giovanni in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XLIII, fasc. 2, pp.349-357.
- WIEACKER, Franz. História do Direito privado moderno. 4^o ed. Tradução António Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

¹⁶³ Ver Francesco Viola, ob. Cit., p.64.



INSTITUTO SUPERIOR
MANUEL TEIXEIRA GOMES

