

Jeon TC complement

HISTÓRIA DO DIREITO - 2009
Seminário II
TEXTO COMPLEMENTAR

MIGUEL REALE

Filosofia do Direito

10ª edição
2002

FILOSOFIA E TEORIA
GERAL DO DIREITO
BIBLIOTECA

COPYBEM Copiadora
- XI de Agosto
P 7 T 24 Fls. 30

Editora
Saraiva

Direito, renovando com rigor científico certas teses já debatidas pelo *historicismo* na primeira metade do século passado.

É claro que as linhas do desenvolvimento histórico dessas doutrinas muitas vezes se entrecruzam, cruzando-se em tramas ecléticas, as quais não chegam, no entanto, a realizar aquela *crítica de pressupostos*, sem a qual é de todo em todo impossível o nascimento de uma autêntica apreciação tridimensional.

Isto posto, passemos a apreciar *per summa capita*, tal como o consentem a índole e os limites deste Curso, os ensinamentos de cada uma das três citadas correntes, de cujo cotejo e contraste haveria de ressaltar, como dissemos acima, a exigência de uma compreensão integral.

Formação de uma Consciência Normativa

1.59. A teoria do Direito como conjunto sistemático de normas é a concepção dominante entre os juristas, notadamente no Brasil, sem se falar nos comentários de textos que ameaçaram se tornar a "ciência" de maior voga e prestígio ao arripio dos altos ensinamentos de Augusto Teixeira de Freitas (1817-1883), Francisco de Paula Batista (1811-1881), Piracema Bueno (1803-1878) ou Lafayette Rodrigues Pereira (1834-1917).

A doutrina normativista atende, sem dúvida, ao elemento integrante e relativamente conclusivo de todo processo de formação jurídica (a regra de Direito), podendo ser invocada uma nobre e antiga tradição, cuja história representa a história mesma da Ciência do Direito, desde os fins da Idade Média até ao findar do século passado.

O *normativismo jurídico*, em verdade, lança suas raízes na medieval Escola dos Glosadores, a quem devemos o renascimento dos estudos romanísticos nos cursos jurídicos de Bolonha, de onde partiram os ensinamentos de Irnério, no século XII, suscitando um prodigioso labor exegético, conforme se reflecte na *Magna Glosa* de Acúrsio (1182-1258); seguiram-se-lhe "comentaristas"

autorizados, como Bártolo (1314-1357) e Baldo, para ter início, na época Moderna, no século XVI, a chamada Escola dos Humanistas ou dos cultos com as figuras eminentes de Alciato e Cujácio. Da análise dos textos do Direito Romano e de seus comentários, a Jurisprudência veio se elevando, paulatinamente, ao plano da crítica histórica e filosófica, às primeiras ordenações sistematizadas conduzidas com rigor científico.

De Andrea Alciato (1492-1550) e Jaques Cujas ou Cujácio (1522-1590) parte uma grande linha de estudiosos empenhados em atingir uma visão compreensiva e sistemática da ordem jurídica, como ordem coerente e unitária de regras: — é a essa corrente que se ligam nomes como os de Donellus (Donau), na França; Gentili, na Itália; Antônio de Gouveia, o célebre Antônios Gouveanus (1505-1566), em Portugal; Covarruvias, na Espanha; ou Vinnius, na Holanda.

Nos séculos seguintes, a obra de construção normativa iria prosseguir, talvez sem o brilho formal dos humanistas, mas com maior preocupação sistemática, revelando-se essa orientação em dois sentidos: a) — em *trabalhos de juristas*, voltados para a problemática da ação ou da prática, como Jean Domat (1625-1697), com a sua obra fundamental *Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel*; e Robert Joseph Pothier (1699-1772), com suas clássicas *Pandectes Justinianae*, in *Novum Ordinem Digestae*, e o conhecido *Traité des Obligations*, na França; ou Struvio e Stryckio, na Alemanha; e, no que tange às letras jurídicas portuguesas, o grande Pascoal José Melo Freire (1738-1798), cujas *Instituições sobre Direito Civil e Criminal* constituem pedra angular da Jurisprudência lusa; b) — na obra de filósofos do Direito, pertencentes ao Direito Natural aristotélico-temista, como o eminente Francisco Suárez (1548-1617), autor do *De Legibus*, ou adeptos do Direito Natural racionalista, cuja orientação, notadamente na corrente que do *De Jure Naturale et Gentium* de Samuel Pufendorf (1632-1694) vai a Christian Wolf (1679-1754), seria no sentido de atingir *normas racionais* puras, com progressivo abandono da *praxis* romana.

Num e noutro sentido, porém, tanto entre os que "aplicavam" o Direito como entre os que "teorizavam" sobre ele, firma-

va-se cada vez mais a convicção de que a Jurisprudência tinha como *objeto* o sistema das regras jurídicas, expressão de impraticáveis raciais ou resultado da evolução histórica: — divergiam na explicação da gênese do Direito, mas não diferiam na apreciação prevalentemente *normativa* da experiência jurídica.

Vê-se, pois, que, quando Napoleão Bonaparte ordenou a legislação francesa em Códigos admiravelmente discriminados e sistematizados, dando cumprimento a viva aspiração dos mentores da Revolução Francesa, não fazia senão levar a cabo um longo processo histórico de "racionalização" jurídica que atingia a sua maturidade e que marcava uma "linha de inclinação" constante na estrutura mesma do *Ancien Régime*.

Compreendê-se, pois, o entusiasmo com que a Europa recebeu o Código Civil francês ou "Código de Napoleão", de 1804, assim como os demais Códigos, que iam dar início à *ciência contemporânea do Direito*: o Código de Processo Civil, de 1807, o Código de Comércio, de 1808, o de Instrução Criminal, do mesmo ano, e o Código Penal, de 1810.

A sociedade burguesa triunfante exprimia suas aspirações e balizava seus interesses em leis de grande perfeição formal, segundo os princípios fundamentais de *liberdade* de iniciativa e de contrato, de *segurança*, e de *certeza* em todos os atos da vida civil, de clara delimitação de direitos e deveres, de faculdades e de sanções.

Que aconteceu quando surgiu o Código Civil Napoleônico, que iria servir de base e de modelo para toda a civilística europeia, com exceção do mundo anglo-americano, que elaborou suas regras jurídicas segundo outras influências e motivos?

160. No período anterior à Revolução Francesa, o Direito era dividido ou fragmentado em sistemas particulares, quer do ponto de vista das classes, quer do ponto de vista material e territorial. Havia um Direito para o clero, como outro havia para a nobreza, e outro ainda para o povo, ao mesmo tempo que cada região possuía seu sistema particular de regras, seus usos e costumes, muitas vezes conflitantes, regendo-se determinadas relações pelo Direito Canônico e outras pelo Direito Estatal.

Era um sistema jurídico complexo, dominado pelos esquemas gerais das *Ordenações Régias*, completadas pelos usos e costumes, pelos preceitos do Direito Romano e do Canônico, pela opinião comum dos doutores e os recursos ao Direito Natural, concebido este de maneira abstrata, como que um Código de Razão do qual defluiu uma duplicata ideal do Direito Positivo.

Compreendem-se facilmente as dificuldades e os conflitos resultantes dessa coexistência de sistemas normativos, dando lugar a abusos e fraudes. No Direito luso foram tantos os artifícios na prova de normas consuetudinárias e na invocação do Direito Romano e de glosas de Acúrsio e de Bartolo que o legislador se viu na contingência de excluir estas e de limitar aquelas, subordinando sempre a ação do intérprete ao Direito Natural, tornando os ditames da *boa razão*, inerentes às "Leis das Nações cristãs, iluminadas e polidas", como se proclamava na célebre Lei de 18 de agosto de 1769, exemplo notável da política *iluminística* do Marquês de Pombal.

Havia, em suma, um flagrante contraste entre a doutrina, que já atingia a notável grau de sistematização, e a obra legislativa multifacetada e empírica, comprometida pela força de interesses particularistas e pelo apego a técnicas rotineiras. O processo político de centralização, que assinalara o fortalecimento da autoridade real e constituinte, como dissemos, tendência constante no regime anterior, não desenvolvera a correspondente unificação legislativa: — caberia à Revolução de 1789, por um paradoxo da História, levar a cabo aquela linha de desenvolvimento cultural, era a burguesia que atingia a plenitude de sua força política e econômica, pondo por si mesma a lei que durante séculos inspirara nos conselhos dos reis?

Na realidade, o Código Civil Napoleônico veio em toda hora completar a obra da Revolução Francesa e da Jurisprudência anterior. Proclamada solenemente a igualdade de todos os homens

1. Cf. ERUXIMO ESPRUXA, *Sistema do Direito Brasileiro*, 3.^a ed., Rio, 1935, vol. I, págs. 161 e segs.

2. V. MIGUEL REALE, *Formação da Política Burguesa*, São Paulo, 1934. Vide o capítulo VI de nosso livro *Novo Fato do Direito Moderno*, cit., sobre a influência da Revolução Francesa no mundo jurídico, págs. 73 usque 86.

perante a lei, tornou-se necessário concretizá-la com a promulgação de uma lei só para todos os franceses. Desse modo, dois princípios se realizavam reciprocamente — todos são iguais perante a lei, e há uma lei geral para todos.

Os usos e costumes têm uma variedade, que é a de refletir, de maneira imediata e mais autêntica, as aspirações de um povo, mas os comprometem sobremodo a particularidade, a insegurança e a incerteza de seus imperativos.

O Código Civil, pondo paradeiro aos conflitos das normas costumeiras e ao cipoal dos textos extravagantes, representou um corpo harmônico e lógico de preceitos, como expressão da razão mesma, capaz de atender a todas as hipóteses ocorrentes na vida, de maneira que tudo já estivesse de certo modo garantidamente ordenado no sistema legislativo. A aspiração fundamental do homem da Revolução Francesa, na grande linha que depois veio a prevalecer — a linha de Montesquieu e de Mirabeau —, consistia na defesa intransigente do indivíduo e de suas iniciativas, na liberdade e na segurança das relações jurídicas, na proteção da propriedade privada, como o individualismo econômico a concebia.

Ao repudiarem o radicalismo democrático de Rousseau, conservaram, no entanto, a ideia rousseaumiana de que a lei é a expressão da vontade geral, e viram-na realizada no Código Civil — um Código único, como expressão do viver comum.

Promulgado o Código, fortaleceu-se entre os juristas a convicção de que a sua tarefa fundamental deveria consistir em interpretar seus textos de maneira autêntica, em confrontá-los entre si, tirando deles os resultados fundamentais graças a um furo labor de sistematização.

Não se admitia que o Direito Positivo tivesse lacunas, porquanto bastaria um trabalho de interpretação, conduzido segundo regras determinadas, para obter-se a resposta conveniente a todas as lides e demandas. Não existia, segundo pensavam, qualquer fato social para o qual se não encontrasse solução possível e previsível na totalidade da ordem jurídica positiva. É a ideia, portanto, de que o Direito Positivo não tem lacunas e que, através de um trabalho de interpretação, tornada extensiva graças à ana-

logia e aos princípios gerais do Direito, é sempre possível resolver todos os problemas jurídicos. Daí a força de postulados da ordem jurídica atribuída a estes dois preceitos: — ninguém se escusa alegando ignorar a lei; o juiz não se exime de sentenciar a pretexto de lacuna ou de obscuridade legal.

Em primeiro lugar, o que se pressupõe é que a lei, sendo a expressão da vontade coletiva, traduz também a vontade autêntica de cada pessoa singular. De outro lado, o juiz, através de um trabalho de exegese, poderá encontrar sempre uma solução para cada caso.

Foi assim que surgiu, na França, aquela grande e poderosa Escola, que tem o nome de Escola da Exegese, reunindo em seu seio os maiores civilistas da Europa no século passado, no mundo francês e em todos os países que seguiram a esteira do Direito Napoleônico, o que quer dizer, principalmente as nações latinas da Europa e da América e o mundo germânico.

A Escola da Exegese ou a Jurisprudência Conceitual

161. A Escola da Exegese, que ainda exerce notável influência na forma mentis de muitos juristas contemporâneos, apresentou mestres do maior relevo, como, por exemplo, Demolombe, Troplong, Laurent, Marcadé. De modo geral, suas teses fundamentais achem-se consignadas em dois grandes Tratados de Direito Civil, que representam esplêndidos monumentos da civilização francesa. Referimo-nos ao *Curso de Direito Civil Francês*, de Aubry et Rau, de 1833-44, e ao *Tratado de Baudry-Lacantinerie* e de seus colaboradores, na última década do século passado, o segundo de caráter mais expositivo, aquele de maior força inovadora.

Nesses dois tratados refletem-se todas as tendências da Escola da Exegese em sua evolução. Não foi uma Escola estática, apurada ferreamente às mesmas teses, mas uma grande corrente que procurou se adaptar às exigências do tempo, resistindo, durante meia centúria, com grande equilíbrio e finura, às críticas formuladas contra seus postulados.

A tese fundamental da Escola é a de que o Direito por excelência é o revelado pelas leis, que são normas gerais escritas emanadas pelo Estado, constitutivas de direito e instituidoras de facilidades e obrigações, sendo o Direito um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, não apresentando senão lacunas aparentes.

O verdadeiro jurista, pensam seus adeptos, deve partir do Direito Positivo, sem procurar fora da lei respostas que nas leis mesmas seja possível e necessário encontrar. Surge, assim, a idéia de uma *Dogmática Jurídica conceitual*, ou de uma *Jurisprudência conceitual*, como objeto primordial do jurista. Ao juriconsultor cabe, como sua tarefa por excelência, a análise cuidadosa e metódica dos textos, desenvolvida no triplice plano gramatical, lógico e sistemático. Da interpretação dos preceitos, dos quais é necessário partir, e de sua ordenação lógica, inferem-se os institutos jurídicos, que reúnem as regras segundo diferentes centros de interesses e uma *ratio juris específica*. O instituto jurídico do contrato de sociedade por cotas, por exemplo, é formado graças à integração conceitual de regras e de preceitos concernentes a dado tipo de relações intersubjetivas, determinado por finalidades econômicas e por especiais razões de certeza e de discriminação da responsabilidade e do crédito. Os institutos jurídicos não se encontram, porém, isolados uns dos outros, mas, por sua vez, se integram em unidades maiores (direito de família, direitos reais etc.), cuja totalidade compõe os sistemas do Direito Civil, do Direito Processual etc. O objeto de estudo do jurista é, porém, em última análise, sempre a *regra de Direito*, quer isoladamente, quer no seu confronto com outras regras complementares, na unidade coexistente e cerrada de seus comandos, sob o enlace dedutivo de princípios ou preceitos normativos fundamentais.

Essa concepção normativista e conceitual do Direito foi admiravelmente expressa por Aubry et Rau na célebre frase: — "*Tout le loi dans son esprit aussi bien que dans sa lettre... mais rien que la loi*". Lei que devia ser atingida em seu espírito, é certo, mas sem acréscimos ou adições no nela já declarado. Costuma-se dizer que a interpretação era então compreendida como um trabalho rigorosamente *declaratório*, por admitir-se como indiscutível o princípio de que toda a evolução do Direito só poderia se operar

através do processo legislativo, e jamais em virtude de uma contribuição integradora ou supletiva do intérprete, juriconsultor ou juiz. Melhor será talvez apresentar, como trago característico da Escola da Ex-geste, a convicção de que no sistema legal já estava implícito algo que compelia ao intérprete tornar patente ou *explícito*, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes. Explicar as palavras do legislador, revelar toda a sua ressonância, mas subordinando-se a seus ditames, como tradução do querer comum. Para a rigorosa apreensão lógico-formal do texto, não sendo este suficientemente claro, mandava-se recorrer à "intenção do legislador", através do estudo dos precedentes legislativos, ou então, se procurava determinar a sua "intenção presumida", de acordo com a situação social do tempo.

É claro que essa concepção, de repassado otimista, prevaleceu enquanto perdurou um equilíbrio relativo entre os Códigos e a vida social e econômica. Quanto mais esta se renovava, sob o impacto da Técnica e da nova Ciência, quanto mais se aprofundavam abismos no mundo dos interesses econômicos, mais se sentia a necessidade de recorrer ao subterfúgio ou ao expediente da "intenção presumida" do legislador. Por essa brecha, relações de fato, forças econômicas e morais irrompiam no plano da cognição do jurista, dando conteúdo à regra insuficiente em sua abstração: — a *Escola da Ex-geste* encontrava em si mesma o princípio de sua negação, revelando-se a "unilateralidade" de suas concepções, que puderam prevalecer até e enquanto o mundo das normas constituiu a expressão técnica de uma realidade histórico-social, não dizemos subjacente, mas sim implícita em seu conteúdo.

162. A "ANALYTICAL SCHOOL". — Enquanto isto acontecia na França, desenvolvia-se na Inglaterra um movimento paralelo. Também na comunidade britânica, logo nas primeiras décadas do

3. Na realidade, sem *liberado proprio* (o estado, talvez aqui um seu tempo relevante e característico), mas de maneira imperceptível e gradual, a jurisprudência conceitual foi tornando no sistema das leis positiva. Basta lembrar, como exemplo magnífico, toda a teoria francesa da responsabilidade civil, edificada sobre a lacunosa legislação napoleônica.

século XIX, constituiu-se, por obra de um eminente jurista, a chamada *Escola Analítica de Jurisprudência*, cujo fundador, John Austin, traçou seus pontos capitais nas célebres conferências de Londres, de 1832. Não obstante a natureza especial do Direito anglo-saxônico, determinado pelo valor normativo do precedente jurisprudencial, também se afirmou a atitude metódica de compreender o Direito segundo esquemas lógico-formais, como sistema de vínculos normativos, aceito o princípio de que o costume não possui qualificação jurídica até e enquanto não é consagrado pelo órgão judiciário do Estado. Por outro lado, também o Direito jurisprudencial só o é enquanto emanação da soberania, de maneira que a fonte primordial da juridicidade é a vontade do Estado.

A obra de Austin ficou quase desconhecida no mundo europeu e nos países da América do Sul, só passando a ter maior atualidade após o novo surto de normativismo que se deve a Hans Kelsen. Vimos ver, dentro em pouco, como a teoria kelseniana veio relembrar vários motivos da Escola Analítica de Austin, que assinala, pois, um momento de compreensão do Direito como corpo de regras oferecidas à explicitação do intérprete.

163. OS PANDECTISTAS — Também na Alemanha encontramos uma orientação correspondente, na obra dos chamados *pandectistas*, para os quais o Direito se oferecia como corpo de regras, cujo modelo era dado pelo sistema do Direito Romano.

Nesse sentido, destacam-se obras como as de Dernburg, Windscheid, B-inz, Glück e muitos outros mestres, empenhados no estudo do "Direito comum alemão de origem romana", cu seja, do Direito Romano integrado na comunidade germânica por via de usos e costumes e modificado pelo Direito Canônico, por leis imperiais alemãs e pelo Direito consuetudinário local. Se pensarmos que foi esse complexo sistema de Direito que vigorou na Alemanha até entrar em vigor o seu Código Civil, em 1900, pode compreender-se a importância dos pandectistas, cuja orientação também foi *essencialmente normativista*, embora segundo outros pressupostos que não os da Escola da Exegese, pois em toda essa corrente se nota a influência da Escola Histórica, adaptado o historicismo às exigências de uma tarefa estritamente sistemático-dogmática.

Para os pandectistas a lei é a fonte verdadeira e autêntica do Direito, segundo o princípio assim exposto por Glück: "É fora de qualquer dúvida que um costume jurídico recebe a sua força obrigatória da vontade do legislador; sem a qual não se pode, em geral, imaginar qualquer direito positivo". A tese da *estatalidade do Direito* impunha-se de forma avassaladora.

Admirável foi a obra dos juristas germânicos na dupla tarefa de sistematização e de teorização da experiência jurídica, com a primeira compondo a unidade arquitetônica dos juízos normativos, com a segunda esclarecendo e demonstrando a verdade de seus fundamentos; e, desse modo, *sistema e teoria* compuseram-se estreitamente vinculados, assinalando uma fase de maturidade na história da pesquisa jurídica.

Ao influxo das novas correntes filosóficas, renovaram-se as estruturas do Direito, precisaram-se os objetos das disciplinas particulares, sendo elevadas à dignidade das teorias científicas e das categorias filosóficas, rumos do Direito, como o *Processual*, até então relegados a uma função secundária e adjetiva. Nesse trabalho prevaleceu, inicialmente, o cunho normativista tradicional para, logo mais, se impor mais viva compreensão da atividade jurisdicional.

O que dissemos, pois, com referência ao plano do Direito Privado poderíamos repetir, *mutatis mutandis*, na órbita do Direito Público, onde, aliás, a orientação normativa e estatista assumiu preponderância graças às obras magistrais de Gerber, Laband e Jellinek, em contraste com a tese da socialidade do Direito, tão arduamente defendida por Otto Gierke, em cuja obra resplendem os melhores frutos da tradição historicista e os valores do *pluralismo jurídico* ao reconhecer o Direito das entidades corporativas, declarando-o irredutível ao Direito do Estado.

164. A ESCOLA ITALIANA — Foi na meditação e na crítica dos ensinamentos da Escola de Exegese e dos Pandectistas que

4. Cf. Glück, *Commentario alle Pandette*, I, I, § 83, trad. de Ferrini. Cf. Jursano, *Der Zweck im Recht* (trad. Meulencart), págs. 311; "Não são regras de Direito senão aquelas que o Estado investe de seu caráter".

se formou aquela plêiade magnífica de juriconsultos itálicos que aponta Vittorio Scialoja (1856-1933), como seu indiscutível patriarca, reunindo nomes da altura de Cluiovenda, Corbelli, Orlando, Vivante, Manzini e Arturo Rocco, com afirmações poderosas em todos os domínios da cultura jurídica.

Se algo caracterizou essa magnífica floração de juriconsultos, não obstante a diversidade de atitudes e de diretrizes seguidas, foi o desejo de compor em unidade harmônica o abstrato e o concreto, o valor estrutural e certo das normas de Direito com o seu conteúdo histórico-social, mantendo-se fiel à clareza, latim das idéias com assinalação fecunda do denso labor filosófico e dogmático dos mestres germânicos. Poder-se-ia dizer que os mestres peninsulares seguiram à risca o programa traçado por Scialoja: "O teórico não pode conseguir clareza em nossas matérias se não e enquanto se propõe a tese da aplicação prática. Diga ele a si mesmo: — 'Tudo o que estou em vias de formular, que consequências produzirá no campo das relações práticas? Produzirá alguma? E se produz, quais serão as suas consequências?'".

Para não invocar senão mais dois exemplos dessa inclinação fundamental que se traduz em uma prevalentemente afirmação *normativa*, sem omissão do substrato social concreto, eis duas significativas afirmações de Vittorio Emanuele Orlando e de Cesare Vivante: "Na base da abstração jurídica está toda uma série de processos reais, verificados no mundo exterior e em nosso ser interno", afirmam o constitucionalista emérito opoondo reservas ao formalismo conceitual de Jellinek. "É uma deslealdade científica, é um defeito de probidade falar de um instituto para fixar-lhe a disciplina jurídica sem o conhecer a fundo na sua realidade", pondera, por sua vez, o comercialista insigne¹.

3. Cf. Scialoja, "Diritto pratico e Diritto teorico", in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1911, I, pág. 942. (V. Gump Carocano, *Saggi di Etica e di Teoria del Diritto*, Bari, 1947, pág. 179, que qualifica de "aurea e famosa palavra" a citação de Scialoja).

6. Cf. Notes à *Dottrina Generale della Stato*, de G. Jellinek, Roma, 1921, vol. I, pág. 264 e segs.

7. Cf. *Trattato di Diritto Commerciale*, 3ª ed., Milano, 1927, vol. I, Prefácio.

Nem faltou à jurisprudência itálica um ropro político-social renovador, como o das páginas vivas de Cimballi², sem se falar no sentido integral do Direito que mais tarde iria se revelar na doutrina de juriconsultos como Santi Romano, Emilio Betti, Francesco Carnelutti e Giuseppe Capograssi.

165. A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA — Seria imperdoável, por injusto, silenciar o significado da tradição jurídica nacional, embora as conjunturas históricas lhe tenham negado até hoje projeção no plano universal das idéias, inclusive em virtude da reduzida projeção da língua portuguesa, "última flor do Lácio inculca e bela".

A grande linha que de Teixeira de Freitas vem a Clóvis Beviláqua assinala a convergência de múltiplas solicições e influências, sem resultarem afetadas as raízes lusitadas e os ensinamentos românticos. Mais apegados aos textos legais uns, mais preocupados outros com as circunstâncias histórico-sociais, não se pode negar aos nossos melhores juristas um vivo senso de criação e de equidade, mal interpretado pelos ineducados como preferência pelo casuismo, que é a interiorescência da Ciência Jurídica.

Se a nossa jurisprudência tem obedecido a uma crescente identificação ao mundo dos fatos, segundo o ensinamento inesquecível de Teixeira de Freitas, em 1860, de que "a vida real não existe para os sistemas, e pelo contrário os sistemas devem ser feitos para a vida real", é prevalente, não resta dúvida, o elemento *normativo* ou *ético-dogmático* em nossa concepção do Direito. Revelam essa tendência até mesmo recentes afirmadores do sociologismo jurídico, cujas categorias vemos logo mais examinar, e que, após redutirem o Direito a meras relações de fato ou a condições de vida, não abandonam as estruturas tradicionais, da Dogmática conceitual, no trato de problemas jurídicos específicos, como é o caso significativo de Pontes de Miranda.

1. CIMBALLI, *La Nuova Fata del Diritto Civile*, Turim, 3ª ed., 1895.

2. Cf. *Trattato di Diritto, Codice Civile — Ebbogo*, ed. do Governo Federal, Rio, 1932, vol. I, pág. 18.

O Direito Como Fato Histórico ou Relação Social

166. A concepção ou compreensão lógico-normativa do Direito prevaleceu durante todo o século XIX, não obstante as críticas oportunamente formuladas pela grande Escola Histórica, que desde logo se contrapôs à Escola Filosófica, que exagerava o elemento racional do Direito, e apesar da poderosa personalidade de Rudolf von Jhering batendo-se por uma Jurisprudência rica de conteúdo e de fins sociais.

A ESCOLA HISTÓRICA — O que a Escola da Exegese procurava era uma expressão racional do Direito, o Direito como racionalidade pura, em esquemas ideais que contivessem de antemão toda a vida humana em sua complexidade. A Escola Histórica, especialmente através de Savigny, que foi seu último chefe, reclinou uma visão mais concreta e social do Direito, comparando-o ao fenômeno da linguagem, por terem surgido ambos de maneira anônima, atendendo a tendências e a interesses múltiplos revelados no espírito da coletividade ou do povo.

Das Savigny ter-se oposto à idéia de elaborar-se um Código Civil comum a todos os alemães, a exemplo do Código Civil francês.

Não há necessidade de referir aqui, pormenorizadamente, àquela memorável polémica que se travou no início do século passado, entre dois juristas eminentes: — Thibaut e Savigny.

O primeiro advogava a causa de um Código Civil único para a Alemanha, e o segundo se opunha veementemente àquele *desideratum*. Thibaut era um eminente juriconsulto, não destituído de formação histórica, mas ainda ligado aos pressupostos do Direito Natural de Wolf, o continuador do racionalismo de Leibniz e de Thomasius.

Ele não desconhecia que o Direito é uma realidade histórica, mas nem por isso contestava a necessidade de uma codificação, que lhe parecia instrumento de unidade científica e política.

Savigny, de um historicismo romântico acentuado, contrapôs ao ideal de Thibaut, escrevendo um pequeno livro, que fi-

cou na história da Ciência Jurídica como um de seus pedestais: — *Da Vocação de nosso Tempo para a Legislação e a Jurisprudência* (1814).

Nessas vigorosas páginas, Savigny objeta a Thibaut e a todos os que pregavam a codificação, por entender que a Alemanha não formava ainda uma Nação e que, assim sendo, lhe faltava maturidade para realizar a obra codificadora. A codificação só lhe parecia admissível nos momentos culminantes de um processo jurídico, e não no início da formação política de uma nacionalidade. Pretendia, portanto, que a iniciativa de codificar fosse adiada para quando houvesse um substrato jurídico mais denso, uma existência mais profunda do Direito como trama de "relações sociais".

Savigny, portanto, manifestava-se contra um plano prematuro de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que nominava "espírito do povo", pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de vigência, de validade técnico-formal, mas destituídas de eficácia ou de efetiva existência como comportamento, como conduta.

O Direito deve ser a expressão do espírito do povo, e este, dizia Savigny, manifesta-se especialmente através de regras de caráter consuetudinário, que cabe ao legislador interpretar: — os costumes devem exprimir-se em leis, porque somente são leis verdadeiras as que traduzem as aspirações autênticas do povo.

Eis em luta, no início do século, as duas orientações que iriam marcar a história e a diástole, digamos assim, do processo jurídico da centúria passada e que ainda são o ritmo de nosso tempo: — uma corrente a preferir o Direito expresso de maneira abstrata e racional nas leis; e outra a querer o Direito tal como ele aparece na vida histórica, na espontaneidade do viver social, tendo como símbolo o fenômeno da linguagem. Pode-se dizer que nesse contraste já estão postos os dados do problema que a tridimensionalidade pretende resolver, sem partir a linha do pensamento jurídico clássico, mas apenas atualizando suas teses fundamentais e tornando explícitas as teses subjacentes.

A opinião de Savigny não foi a que prevaleceu, porquanto exigências históricas puseram desde logo a necessidade, ou da codificação total, ou de sistematizações particulares. Foi o que aconteceu na Alemanha, onde, mesmo antes de se promulgar o Código Civil, já se elaborara uma grande obra de sistematização do Direito, embora com sentido novo, resultante da atitude científica da Escola Histórica no trato dos problemas sociais e na consideração do direito costumeiro.

Como já tivemos ocasião de lembrar, a Alemanha, só veio a possuir um Código Civil no findar do século passado, sendo, antes, toda a sua vida jurídica disciplinada, pelo chamado Direito Romano comum. Os invasores bárbaros do período medieval trouxeram seus usos e costumes, mas cederam paulatinamente ante a superioridade cultural do Direito Romano, que foi a pouco e pouco recebido pela comunidade germânica. É o que se costuma designar como "recepção do Direito Romano", constituindo material estúpido para estudo de contatos e influências de ciclos de cultura, pois o Direito Romano tornou-se germânico, afeiçoando-se a exigências diversas das imperantes no mundo latino (*usus modernus pandectarum*).

Esse Direito Romano, que integrava em si elementos do Direito alemão antigo e continha regras novas, formadas na base de usos e costumes, constituiu um sistema que vigorou durante todo o período do Direito alemão anterior ao Código.

O arcabouço doutrinário provinha do Direito Romano, sendo as questões jurídicas resolvidas em confronto com o *Corpus Iuris*, com as *Pandectas*. Daí o grande florescer do Direito Romano na Alemanha, tendo como modelo a obra fundamental de Savigny, *Sistema do Direito Romano Atual* (1840). Não é este um estudo do Direito Romano vigente na República ou no Império, mas do Direito que se mantinha realidade viva na nação alemã de seu tempo.

10. Daí, por exemplo, não obstante o silêncio do Código Civil alemão, ter-se continuado a considerar o costume como fonte do Direito a par da lei. Cf. SAVIGNY, *Introduction à l'étude du Droit Civil Allemand*, Paris, 1904, págs. 78 e 783.

O romanismo, o apego ao Direito Romano, iria, aos poucos, levar os próprios adeptos da Escola Histórica a assumir uma atitude dogmática normativista. Não mais, porém, uma compreensão normativista em termos de lei racional e abstrata, mas posta em termos de leis consagradas dos costumes.

É por esse motivo que no bojo da Escola Histórica as colocações jurídicas superaram os quadros unilaterais da "abstração normativa", para abranger a realidade jurídica de maneira mais concreta. De certa forma, o alto apego que os "historicistas" revelavam pelas circunstâncias sociais em que o Direito surge, assim como pelo momento normativo, visto como algo não puramente racional e abstrato, já os situava como juristas que, nas coordenadas de seu tempo, viveram a mesma problemática que se tornou mais aguda e premente na crise de estrutura de nossa época.

Muitos continuadores da Escola Histórica, no entanto, não se mantiveram sempre fiéis às exigências vivas do espírito do povo, daquilo que na sociedade é espontâneo, contra o Direito racionalmente querido e logicamente formulado. Em certo momento, fizeram como que um armistício com a Escola da Exegese. Foi tamanha a influência desta corrente que a Escola Histórica, aos poucos, *formalizou seu historicismo*. Esta nos parece uma observação de grande alcance para compreender-se o enfraquecimento progressivo da visão histórica do Direito na corrente dos pandectistas, aos quais já nos referimos.

A Escola Histórica, com o dobrar dos anos, deu preferência à *história dos textos legais*, quando o historicismo autêntico envolvia a apreciação direta da vida social como conteúdo e condicionante das regras de Direito. Os seguidores de Savigny limitaram-se a fazer a interpretação histórica, no sentido de ir buscar, para conhecer melhor uma regra, os seus *antecedentes dogmáticos*.

O historicismo cessava, desse modo, de ser historicismo de conteúdo social, para ser historicismo meramente lógico-dogmático. Era natural que, com aplausos da própria Escola da Exegese, adquirisse a quase geral predileção mais um processo de interpretação: a interpretação histórica que vinha completar a

gramatical e a lógico-sistemática. O método histórico, como observou Emil Lask, chegou a constituir o lema comum da Jurisprudência moderna¹¹, não só na Alemanha como em outros países, impondo-se a lembrança da Inglaterra com a grande corrente de Henry Sumner Maine e sua *Historical School of Jurisprudence*.

Mesmo com essa complementação metodológica, não se deixou no entanto, de reconhecer de maneira prevalente o caráter dogmático-normativo da Jurisprudência, em uma situação que se manteve inalterada até e enquanto perdurou o equilíbrio entre as exigências sociais e éticas e os Códigos, as componentes econômicas e os precedentes jurisprudenciais.

Da Crise na Interpretação da Lei à Crise da Ciência Tradicional do Direito

167. Enquanto a sociedade correspondeu, em sua realidade viva, às regras contidas nos Códigos, foi natural que o jurista se satisfizesse com o problema da *vigência* das normas de Direito. Quando, porém, o mundo ocidental passou a ser atormentado por novas exigências — resultantes do crescimento da população, das conquistas de natureza geográfica, do quase repentino impacto de poderosas forças técnicas e econômicas —, estabeleceu-se uma

11. EMIL LASK, *Filosofia Jurídica*, Buenos Aires, 1946, trad. de R. Goldschmidt, pág. 5. É nesse sentido particular que se pode aceitar a afirmação de LASK de que os juristas alemães de maior significação nas gerações anteriores à Primeira Grande Guerra haviam professado na Escola Histórica. Seu "historicismo" metodológico harmonizava-se com as exigências da Dogmática conceitual, uma Escola influída sobre LASK e LACOMBE, o cultivo do Direito Romano, com rigoroso e depurado critério científico, ia gerar "um novo racionalismo ou intelectualismo jurídico, tão anti-biológico como o Direito Natural, embora se movendo em um plano distinto, o da Lógica e da Dogmática Jurídica". (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, pág. 92.) Bem menor foi na França a influência da Escola Histórica, embora tenha contribuído a acentuar as reservas ao Direito Natural. O mesmo se pode dizer quanto ao Brasil, cuja história da idêntica juridicidade está por fazer-se. (Sobre o *historicismo* de TEIXEIRA DE FREITAS, v. *novas Doutrinas de Xeni no Brasil*, cit., Ensaio I.)

ruptura entre a lei e o fato social, impondo outras soluções interpretativas, já anunciadas pelo gênio de Rudolf von Jhering, reclamando atenção para o problema do *fim*, como criador de todo o Direito, e o valor da luta, das energias vitais no desenrolar da experiência jurídica.

Compreendeu-se em certo momento da evolução histórica do século passado que os processos tradicionais de interpretação, o gramatical, o lógico-sistemático e o histórico-dogmático, não eram bastantes. Como responder a uma série de exigências e de reclamações sociais, diante do impressionante silêncio das legislações *vigentes*? Podia o juiz, obrigado a sentenciar, aguardar o pronunciamento do Poder Legislativo, deixando em suspenso sua decisão?

A Ciência Jurídica abriga um postulado segundo o qual o juiz não pode deixar de sentenciar, a pretexto de lacuna ou de obscuridade na lei, está certo, mas uma coisa é declarar que o magistrado é obrigado a sentenciar, e outra bem diversa é concebê-lo submetido ao dever de descobrir, graças a artifícios lógicos, preceitos que deveriam figurar no sistema legal do Estado, concebido como *pleno* ou *sem lacunas*.

Para resolver-se o "impasse", desenvolveu-se, em primeiro lugar, um grande trabalho tendente a criar novas *técnicas de interpretação* da vida jurídica; mas, em um segundo momento, eclodiu um movimento orientado no sentido de alterar as bases mesmas da Jurisprudência, e que, segundo alguns autores, chegou a pôr em perigo as estruturas tradicionais do Direito.

A primeira brecha que se produziu na Escola da Exegese, assim como na Escola Histórico-Exegética de conciliação, foi a ficção de procurar-se a intenção presumida do legislador toda vez que se verificasse um conflito entre a lei, em sua expressão formal, e um imprevisto acontecimento histórico. Abandonava-se, assim, a colocação puramente lógico-analítica do problema, para se recorrer a um *elemento empírico*, metanormativo, ou metalegal. Diz-se que a lei deve ser interpretada segundo a intenção do legislador é recorrer a um fator extralegal; pois permite ao intérprete a ficção de uma intencionalidade ou de um propósito no momento da gênese da lei, a fim de poder atender a imprevistas exigências presentes.