

12

Friedrich Carl von Savigny

1779-1861

Os antepassados de Savigny eram cidadãos da classe alta de Lorraine, que mudaram para a Alemanha quando Lorraine se tornou um distrito da França. Os Savigny eram pessoas importantes que ocupavam altos cargos públicos, escreviam livros notáveis e se associavam com nobres do Alto Reno.

Embora Friedrich Carl fosse órfão, foi bem cuidado e recebeu boa educação. Aos dezesseis anos, estava pronto para a universidade e entrou em Marburg. Seguiu a moda corrente da perambulação educacional e passou períodos em várias universidades alemãs diferentes. Retornou a Marburg para um diploma de doutor quando tinha vinte e um anos.

Permaneceu durante vários anos em Marburg, fazendo conferências sobre assuntos legais. Aos vinte e quatro anos, publicou seu primeiro livro de importância – um tratado sobre posse. Foi aclamado por importantes juristas como um marco no pensamento jurídico. John Austin disse dele: “De todos os livros sobre lei, o mais completo e perfeito.”

Aos vinte e cinco anos, casou-se com uma irmã do poeta Brentano e viajou a Paris para pesquisar na Biblioteca Nacional francesa. Quatro anos mais tarde, foi chamado à Universidade da Baviera para lecionar Direito Romano. Logo depois, foi chamado à Universidade de Berlim na condição de professor de Direito Romano. Em Berlim organizou um tribunal de apelações na faculdade, para rever decisões de

primeira instância – um modelo comum da organização judicial alemã na época. Também trabalhou como terceiro reitor da universidade e foi professor particular de Direito do príncipe herdeiro da Prússia.

Em 1814, escreveu *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, trechos do qual se seguem a esta nota. *Vocação* foi uma resposta a um panfleto escrito por Thibault, um jurista alemão então preeminente. A Alemanha acabara de livrar-se do jugo de Napoleão, e Thibault propunha limpar a honra alemã com um novo código de leis para os estados germânicos, que substituisse o imposto Código de Napoleão. Savigny opôs-se a essa codificação. Nas duas décadas seguintes, foram muitas as obras publicadas por Savigny. Ele fez uma história em vários volumes do Direito Romano na Idade Média e uma formidável obra sistemática sobre Direito Romano moderno. Foi fundador de um periódico para a “escola histórica” do Direito. Durante algum tempo, abandonou o ensino para ser Grande Conselheiro da Prússia e realizou importantes reformas no direito comercial e familiar.

Seus últimos anos foram marcados por reconhecimento e honra. Produziu escritos jurídicos até o dia de sua morte, aos oitenta e dois anos. Na geração precedente, Jeremy Bentham havia feito a ilustre defesa da codificação. Savigny, o adversário dos códigos, não menciona Bentham em *Vocação*.

DA VOCAÇÃO DO NOSSO TEMPO PARA A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA¹

II

Origem do direito positivo

... Nos tempos mais antigos aos quais se estende a história autêntica, verifica-se que a lei já havia alcançado um caráter fixo, peculiar ao povo, como sua língua, costumes e constituição. Mais ainda, esses fenômenos não têm existência separada; são apenas as tendências e faculdades particulares de um povo, inseparavelmente unido, e apenas mostram a nossos olhos a aparência de atributos distintos. Aquilo que os une é a convicção comum do povo, a consciência de uma necessidade interior, excluindo toda a noção de uma origem accidental e arbitrária...

Essa juventude das nações é pobre em idéias, mas desfruta de uma clara percepção de suas relações e circunstâncias, sente e põe em jogo o conjunto delas; enquanto nós, em nossa complicada existência artificial, somos dominados por nossas próprias riquezas, em vez de desfrutarmos delas e de controlá-las. Esse estado natural simples é particularmente observável na lei; e como, no caso de um indivíduo, suas relações familiares e patrimônio podem possuir um valor adicional aos seus olhos pelo efeito da associação – assim, pelo mesmo princípio, é possível que as próprias regras da lei estejam entre os objetos da fé popular. Mas essas faculdades morais exigem alguma existência física para fixá-las. Tal é, para a língua, seu uso constante e ininterrupto; tais são, para a constituição, os poderes públicos e palpáveis – mas o que ocupa seu lugar em relação à lei? Em nossos tempos é ocupado por regras, comunicadas por escrito

e oralmente. Esse modo de fixação, entretanto, pressupõe um alto grau de abstração e, por conseguinte, não é praticável no tempo antigo de que falamos. Pelo contrário, encontramos então atos simbólicos empregados de maneira universal para a criação ou extinção de direitos e deveres; é sua palpabilidade que retém externamente a lei numa forma fixa; e sua solenidade e peso correspondem à importância das próprias relações legais, que já foram mencionadas como peculiar a esse período... Esses atos formais podem ser considerados como a verdadeira gramática da lei nesse período; e é importante observar que a principal tarefa dos antigos juristas romanos consistia na sua preservação e aplicação acurada. Nós, em tempos recentes, com frequência fizemos pouco caso deles como sendo criação do barbarismo e da superstição, e nos orgulhamos de não os ter, sem considerar que também somos acoçados em cada passo por formalidades legais às quais, de fato, só estão faltando as principais vantagens das antigas formalidades – a saber, sua palpabilidade e a *tendência* popular em seu favor, enquanto as nossas são consideradas por todos como algo arbitrário e, portanto, opressivo. Nessas observações parciais dos tempos antigos parecemos aqueles viajantes que observam, com grande assombro, que na França as crianças pequenas, e não apenas elas, mas até mesmo as pessoas comuns, falam francês com perfeita fluência.

Mas essa ligação orgânica da lei com a essência e o caráter do povo também é manifestada no avanço dos tempos; e aqui, mais uma vez, pode ser comparada com a língua. Para a lei, como para a língua, não existe qualquer momento de absoluta suspensão; ela está sujeita ao mesmo movimento e desenvolvimento de todas as outras tendências populares; e esse próprio desenvolvimento permanece sob a mesma lei da necessidade interior, como em seus estágios mais antigos. O direito cresce com o crescimento, se fortalece com a força do povo, e por fim define quando a nação perde sua nacionalidade...

¹ Traduzido por Abraham Hayward, publicado por Littlewood & Co., Londres (1831).

... Com o progresso da civilização, as tendências nacionais tornam-se cada vez mais distintas, e aquilo que de outro modo teria permanecido comum, torna-se próprio de certas classes; agora, os juristas tornam-se cada vez mais uma classe diferente; o direito aperfeiçoa sua linguagem, toma uma direção científica e, tal como em tempos passados existia na consciência da comunidade, agora se desenvolve nos juristas que, assim, neste departamento, representam a comunidade. Daqui por diante, o direito é mais artificial e complexo, posto que tem uma vida dupla; primeiro, como parte da existência agregada da comunidade, que não cessa de ser; e, em segundo lugar, como um ramo distinto do conhecimento nas mãos dos juristas. Todos os fenômenos posteriores podem ser explicados pela cooperação daqueles dois princípios de existência; e pode-se entender agora como até mesmo o todo desse imenso detalhe podia surgir de causas orgânicas, sem qualquer emprego da vontade arbitrária ou intenção. No interesse da concisão, chamamos a ligação do direito com a existência geral do povo, falando tecnicamente, de elemento político; e a distinta existência científica do direito, de elemento técnico.

Em diferentes épocas, portanto, no seio do mesmo povo, o direito será lei natural (num sentido diferente de nossa lei da natureza), ou culto, conforme prevalece um ou outro princípio, entre os quais é obviamente impossível uma linha de demarcação precisa... Portanto, a síntese dessa teoria é que toda lei é formada originalmente à maneira pela qual, numa linguagem usual, porém não correta de todo, se diz que foi formado o direito consuetudinário; isto é, que primeiro desenvolveu-se por costume e crença popular, em seguida pela jurisprudência — em toda parte, portanto, por poderes internos que operam em silêncio, não pela vontade arbitrária de um legislador.

Até agora, esse estado de coisas só foi descrito em termos históricos; se ele é louvável e desejável, a seqüência deste estudo mostrará...

III

Disposições legislativas e doutrina

A legislação, propriamente dita, freqüentemente influencia porções segmentares do direito; mas as causas dessa influência variam grandemente. Em primeiro lugar, o legislador, ao alterar a lei existente, pode ser movido por altas razões de Estado... Que disposições dessa espécie se tornam, com facilidade, uma corrupção mortífera para o direito, e que deveriam ser empregadas da forma mais econômica, deve impressionar a qualquer um que consulte a história. Nelas, a parte técnica da lei só é vista por causa da forma e da ligação com todo o direito restante, ligação que torna esse ramo da legislação mais difícil do que em geral se supõe que seja. De caráter muito menos duvidoso é uma segunda influência da legislação sobre o direito. Regras particulares podem, de fato, ser duvidosas e, por sua própria natureza, podem ter limites variáveis e mal definidos, mas a aplicação do direito requer limites definidos com a maior precisão possível. Aqui pode ser introduzido um tipo de legislação que vem em ajuda do costume, remove essas dúvidas e incertezas e, desse modo, traz à luz e mantém pura a verdadeira lei, a própria vontade do povo...

Mas esses tipos de influência parcial não se têm em mente quando, como em nossos tempos, se fala da necessidade de um código. Nesse caso, é antes o seguinte que se quer dizer: — A nação deve levantar todo seu sortimento de leis e pô-lo por escrito, de modo que o livro assim formado não seja, daqui por diante, uma entre outras autoridades legais, mas sim que todas as outras que estiveram em vigor até aqui deixem de vigorar. A primeira questão, portanto, é de onde devem vir os materiais para esse código? De acordo com uma teoria já mencionada, foi sustentado por muitos que eles devem ser fornecidos pela lei universal da natureza, sem referência a qualquer coisa existente. Mas aqueles que têm a ver com a execução de tais planos, ou que de outro modo são familiariza-

dos com se a ess fundada; que a le as altera rias por r ra, a sub: compost: de novos últimos, de um o podem te em algun confundiu teirament mos apen Nesse cas a exposiçã prio Estac

... Em e, como ta que diz re: tamos sup já mostrou há nada a l resultado, dência téc

Os req pectativas à condiçã mais alto g o mais altc Os limites dos e regu uma lei na to consuet

Deve s benefici d por conseg vel perder consideraçã de de seu ir um trabalh devemos e necessidad ticular cui

dos com a lei prática, não deram qualquer ênfase a essa teoria extravagante e totalmente infundada; e se tem concordado com unanimidade que a lei existente só deve ser formulada com as alterações e melhorias que sejam necessárias por razões de conveniência... Dessa maneira, a substância de um código seria dupla; seria composta em parte da lei existente e, em parte, de novos dispositivos. No que diz respeito aos últimos, é óbvio que sua ocorrência na ocasião de um código é uma questão acidental; eles podem ter sido propostos de forma individual em algum outro momento... Portanto, para não confundir nossa investigação, colocaremos inteiramente de lado as novas leis e contemplaremos apenas os elementos essenciais do código. Nesse caso, devemos considerar o código como a exposição da lei existente agregada pelo próprio Estado...

... Em todo caso, isso é totalmente técnico e, como tal, pertence aos juristas; posto que, no que diz respeito à substância do código que estamos supondo, o elemento político do direito já mostrou seus efeitos há muito tempo e não há nada a fazer, a não ser discriminar e expor o resultado, que é a função peculiar da jurisprudência técnica.

Os requisitos de um código assim e as expectativas dele são de dois tipos. Com relação à condição da própria lei, deve-se procurar o mais alto grau de precisão e, ao mesmo tempo, o mais alto grau de uniformidade na aplicação. Os limites de sua aplicação devem ser definidos e regulados com mais clareza, visto que uma lei nacional geral deve substituir um direito consuetudinário variado...

Deve ser óbvio para todos que esse primeiro benefício depende da excelência da execução e, por conseguinte, em relação a isso, é tão possível perder como ganhar. É bem merecedor de consideração aquilo que Bacon, com a magnitude de seu intelecto e de sua experiência, disse de um trabalho desse tipo. Ele acha que jamais devemos entregar-nos a esse trabalho sem uma necessidade premente e, mesmo então, com particular cuidado quanto às fontes jurídicas em

vigor; em primeiro lugar, pela adoção escrupulosa de tudo que seja aplicável e, em segundo lugar, pelo fato de serem preservadas e constantemente consultadas. Acima de tudo, ele diz, o trabalho só deve ser empreendido em tempos que em civilização e conhecimento superam o anterior, porque seria realmente lamentável se as produções de tempos anteriores fossem mutiladas pela ignorância do presente... O direito existente que não deve ser mudado, mas sim conservado, deve ser compreendido por completo e expresso de forma conveniente. *Aquilo* (a compreensão dele) diz respeito à substância; *isto* (a expressão) à forma.

No que diz respeito à substância, a parte mais importante e mais difícil é a inteireza do código...

O código, enfão, como está planejado para ser a única autoridade-lei, deve conter de fato, por previsão, uma decisão para cada caso que possa surgir. Isto tem sido concebido, com frequência, como se fosse possível e vantajoso obter, por experiência, um perfeito conhecimento dos casos particulares e depois decidir cada um deles por um correspondente dispositivo do código. Mas quem quer que tenha estudado casos jurídicos com atenção, verá logo que esse empreendimento deve falhar, porque positivamente não há limites para as variedades das reais combinações de circunstâncias. Em todos os novos códigos, de fato, desistiu-se de toda aparente tentativa de obter essa perfeição material, sem, entretanto, pôr-se algo em seu lugar. Mas, com certeza, há uma perfeição de um tipo diferente, que pode ser ilustrada por uma expressão técnica de geometria. A saber, em todo triângulo existem dados certos de cujas relações todo o resto deve ser necessariamente deduzido; desse modo, dados dois lados e o ângulo incluído, todo o triângulo estará dado. Da mesma maneira, toda parte de nossa lei tem pontos pelos quais o resto pode ser dado; podem ser chamados de axiomas principais. Distinguir estes e deduzir deles a conexão interna, e o grau exato de afinidade que subsiste entre todas as regras e idéias jurídicas, está

entre os problemas mais difíceis da jurisprudência. De fato, é isso, em especial, que dá a nossos trabalhos o caráter científico. Então, se o código for formado num tempo que não está à altura dessa arte, os seguintes males são inevitáveis: a administração da justiça é regulada, aparentemente, pelo código, mas na verdade por alguma outra coisa, externa ao código, que atua como a verdadeira autoridade dominante. Esta falsa aparência, entretanto, produz os efeitos mais desastrosos. Porque o código, por sua novidade, sua ligação com as idéias predominantes da era e sua influência externa, atrairá de forma infalível toda a atenção para si, desviando-a da verdadeira autoridade-lei; de tal modo que a última, abandonada nas trevas e na obscuridade, não obterá qualquer ajuda das energias morais da nação, as únicas pelas quais pode atingir um estado satisfatório... Se esse conhecimento imperfeito dos princípios for cotizado com a meta anteriormente mencionada, da inteireza material, decisões particulares despercebidas pelos legisladores estarão constantemente se cruzando e contradizendo, o que aos poucos se tornará conhecido apenas pela prática e, no caso de uma má administração da justiça, nem mesmo por ela...

Mas, além da substância, a forma do código deve ser levada em consideração, porque o legislador pode ter estudado plenamente a matéria em que está trabalhando e, ainda assim, sua produção falhar em seu fim se, além disso, ele não tiver a arte da exposição. O que deve ser essa exposição é mais bem demonstrado por exemplos de aplicação bem-sucedida e mal-sucedida do que por regras gerais. Em geral, se requer que a linguagem da lei seja caracterizada, em particular, pela concisão. Sem dúvida, a concisão pode ser de extrema eficiência, como está claro pelos exemplos dos decretos e éditos romanos. Mas há também uma brevidade seca e inexpressiva, adotada por aquele que não compreende o uso da língua como instrumento, e que permanece com total ineficácia; numerosos exemplos disso podem ser encontrados nas leis e registros da Idade Média. Por outro lado, a

prolixidade nos dizeres da lei pode ser muito censurável, e também totalmente intolerável, como em muitas das constituições de Justiniano e na maioria das *novelas* do Código de Teodósio; mas existe também uma prolixidade inteligente e muito eficiente, perceptível em muitas partes das *Pandectas*.

Reunindo o que já foi dito no que diz respeito aos requisitos de um código realmente bom, está claro que serão encontradas poucas eras qualificadas para isso. As nações jovens, é verdade, têm a percepção mais clara de sua lei, mas seus códigos são imperfeitos em linguagem e habilidade lógica... Por outro lado, nas idades avançadas, quase tudo está faltando — conhecimento da matéria, bem como da língua. Desse modo, resta apenas um período médio, o qual (no que diz respeito ao direito não necessariamente em qualquer outro aspecto) pode ser considerado o auge da civilização. Mas tal era não tem qualquer necessidade de um código; apenas iria compor um código para uma era posterior e menos afortunada, assim como armazenamos provisões para o inverno. Mas, raras vezes, uma era está disposta a ser tão previdente para a posteridade.

IV

Direito romano

... Se, por conseguinte, considerarmos em primeiro lugar a obra jurídica de Justiniano, aquelas formas nas quais o direito romano foi transmitido para a moderna Europa, não poderemos deixar de observar nelas uma temporada de declínio. O núcleo desses códigos é uma compilação das obras de uma era clássica, que agora devem ser consideradas perdidas e irre recuperáveis, e o próprio Justiniano não esconde isso...

... Tudo depende da posse dos princípios capitais, e é essa própria posse que constitui a grandeza dos juristas romanos. As idéias e axiomas de sua ciência não parecem ter sido produzidos de forma arbitrária; são verdadeiros seres cuja existência e genealogia tornaram-se conhecidas deles através de uma experiência longa e

intima. Por esta razão, todo seu modo de procedimento possui uma certeza que não é encontrada em nenhuma outra parte, exceto nas matemáticas; e pode-se dizer, sem exagero, que eles *contam* com suas idéias. Mas esse método não é, de maneira alguma, peculiaridade exclusiva de um ou de alguns grandes autores; pelo contrário, é comum a todos, e, embora uma medida muito diferente de aplicação oportuna seja a sina de cada um, ainda assim o método é universalmente o mesmo. De fato, se tivéssemos suas obras completas diante de nós, descobriríamos nelas muito menos individualidade do que em qualquer outra literatura; todos eles colaboram, por assim dizer, numa mesma e única grande obra; e a idéia na qual está baseada a compilação das Pandectas não deve, por conseguinte, ser rejeitada de todo... Sua teoria e prática são as mesmas; sua teoria é concebida para aplicação imediata, e a prática é enobrecida de maneira uniforme pelo tratamento científico. Elas vêm em cada princípio um caso de aplicação; em cada caso, a regra pela qual ele deve ser decidido; e é incontestável a mestria na facilidade com que passam da generalidade ao particular e, de novo, de volta do particular ao geral... Sua arte é, ao mesmo tempo, adaptada para a percepção e comunicação da ciência, sem, entretanto, perder a palpabilidade e vigor que, em geral, são peculiares dos tempos antigos.

O estado altamente culto da jurisprudência entre os romanos no começo do terceiro século da era cristã é tão digno de nota que também devemos prestar alguma atenção à sua história. Seria muito errado considerar isso como a pura criação de uma era muitíssimo favorecida, desligada da precedente. Pelo contrário, os materiais de sua ciência foram transmitidos aos juristas desse tempo, grande parte deles, inclusive, provenientes da época da república. Mas não apenas esses materiais, como também o próprio método admirável, tinham raízes na época da liberdade. O que, de fato, engrandeceu Roma foi o espírito político ágil e animado que sempre a fazia estar preparada para renovar as formas de sua Constituição, que o novo apenas

ministrava ao desenvolvimento do velho – uma mistura judiciosa dos princípios adesivos e progressistas. Esse espírito esteve também em vigor na constituição e no direito; mas, na primeira, foi extinto antes do fim da república, enquanto no último ainda pôde operar durante os séculos futuros, porque não existiam nele as mesmas causas de corrupção que existiam na constituição. Como consequência, no direito, o caráter romano geral estava fortemente marcado – o estabelecido há longo tempo continuava firme, sem permitir-se ser restringido por isso, quando já não se harmonizava mais com uma nova teoria popular predominante. Por essa razão, a história do direito romano, retrocedendo até a era clássica, apresenta em toda parte um desenvolvimento gradual, totalmente orgânico. Se uma nova forma é concebida, é ligada, de imediato, de maneira indissolúvel, a uma antiga e, desse modo, participa da maturidade e estabilidade da última... Assim como foi observado anteriormente, que a jurisprudência em seus dias clássicos era comum aos juristas em geral, da mesma maneira percebemos agora uma semelhante comunidade entre as eras mais diferentes, e somos forçados a atribuir esse gênio jurídico ao qual pode ser imputada a excelência do direito romano não a uma era particular, mas sim à nação em geral...

... o direito romano, tal como o direito consuetudinário, formou-se quase que inteiramente de dentro para fora; e sua história mais detalhada mostra o pouco, no todo, que a legislação expressa o afetou, enquanto ele continuou vivo. Mesmo em relação ao que já foi dito sobre a necessidade de um código, a história do direito romano é muito instrutiva. Enquanto a lei estava em progressão ativa não se descobriu ser necessário código algum, nem mesmo na época em que as circunstâncias eram as mais favoráveis para isso. Porque no tempo dos juristas clássicos não teria havido qualquer dificuldade para se conceber um excelente código. E também os três juristas mais renomados – Papiniano, Ulpiano e Paulo – eram *praefecti praetorio*. Estes, com certeza, não eram desti-

tuídos nem de interesse pela lei, nem do poder para conseguir a formação de um código, se houvessem julgado que fosse vantajoso ou necessário; no entanto, não encontramos qualquer vestígio de tal experiência. Mas, quando, num período anterior, César, com a consciência de seu poder e da corrupção de sua era, decidiu ser absoluto em Roma, diga-se que ele concebeu a criação de um código, em nosso significado do termo. E quando, no século VI, toda a vida intelectual estava morta, os destroços de tempos melhores foram recolhidos para suprir a demanda do momento... É evidente que a idéia desse código, entretanto, foi sugerida apenas pela extrema decadência da lei...

v

Direito civil na Alemanha

Até um período muito recente, um sistema uniforme de direito vigorava de um extremo ao outro da Alemanha sob o nome de direito comum, mais ou menos modificado pelas leis provinciais, mas em nenhuma parte sem vigência de todo. As principais fontes desse direito comum eram os livros de Justiniano... O direito romano, dizia-se, despojou-nos de nossa nacionalidade, e a atenção exclusiva que nossos juristas prestavam a ele impediu nosso direito nativo de alcançar uma condição igualmente independente e científica. Queixas dessa espécie possuem alto grau de falsidade e falta de fundamento a tal ponto que supõem ser acidental e arbitrário aquilo que jamais teria sucedido ou, em todo caso, jamais teria durado, sem alguma necessidade interna. Além disso, um desenvolvimento nacional exclusivo, como o dos antigos, não deve ser experimentado no curso que a natureza indicou para os modernos. Como a religião das nações não é peculiarmente delas mesmas, e sua literatura é tão pouco livre das influências externas mais poderosas — pelo mesmo princípio, o fato de terem também um sistema geral e estrangeiro de lei não parece ser natural... Mas há um outro erro radical nessa teoria. Mesmo sem o ingrediente do di-

reito romano, teria sido impossível uma formação progressiva e imperturbada do direito germânico... A própria Roma, o Estado original, tendo permanecido como seu foco até a queda do Império do Ocidente; enquanto as raças germânicas emigravam — ora conquistando, ora sendo conquistadas... As próprias mudanças na Constituição no tempo de Augusto e Constantino não tiveram qualquer efeito imediato sobre o direito... Na Alemanha, pelo contrário, tão logo o sistema feudal foi estabelecido por completo, não sobrou coisa alguma peculiar à velha raça; e tudo, até mesmo as formalidades e os nomes, foi submetido a uma mudança radical, e toda essa revolução já estava decidida quando o direito romano foi introduzido.

... Não somente há grande quantidade de direito puramente romano nas próprias leis provinciais que só podem ser entendidas em seu contexto original romano, como até mesmo naquelas partes em que suas decisões foram deliberadamente ignoradas, ele com frequência decidiu a interpretação e a execução da lei recém-introduzida, de modo que a questão que deveria ser resolvida por essa nova lei não pode ser compreendida sem o direito romano...

Esse estado extremamente complicado das fontes do direito na Alemanha, resultante da ligação do direito comum (muito complicado em si) com as leis provinciais, deu origem às queixas mais veementes...

Em primeiro lugar, dizem ser ocasionada por ele a excessiva duração dos processos judiciais em muitas regiões da Alemanha... É, de fato, fazer um elogio muito grande aos juizes dessas regiões acreditar que tanto tempo assim é dedicado à ansiosa consideração de questões difíceis. Eles são auxiliados, nessas questões, pelo primeiro compêndio ou manual que chega às mãos... Esse mal pode ser atribuído a formas de procedimento imperfeitas, e a reforma destas é uma das necessidades mais prementes; as fontes do direito não têm culpa disso...

Em segundo lugar, queixam-se da grande complexidade das leis provinciais; e essa queixa não está limitada às diferenças entre dife-

rentes estados alemães; porque, com freqüência, até na mesma região, províncias e cidades possuem sistemas peculiares...

O argumento mais importante em favor da uniformidade da lei é que nosso amor por nosso país comum é aumentado por ela, mas enfraquecido por uma multiplicidade de leis particulares...

O bem-estar de todo ser orgânico (e, por conseguinte, dos Estados) depende da manutenção de um equilíbrio entre o todo e suas partes — depende de cada um ter o que lhe é devido... Uma animada afeição pelo todo só pode derivar da participação completa em todas as relações particulares; e só aquele que cuida bem de sua própria família é que será, de verdade, um bom cidadão. Por conseguinte, é erro supor que o bem-estar público ganharia nova vida com a aniquilação de todas as relações individuais. Se fosse possível gerar um espírito corporativo característico em cada classe, em cada cidade, mais do que isto, até em cada aldeia, o bem-estar público ganharia nova força com essa individualidade intensificada e multiplicada. Portanto, quando a influência do direito no amor ao país é a questão, as leis particulares de províncias e estados particulares não devem ser consideradas como obstáculos. Nesse ponto de vista, a lei merece elogio na medida em que se harmoniza, ou é adaptada para se harmonizar, aos sentimentos e à consciência do povo; merece censura se, como uma coisa arbitrária e incompatível, deixa o povo sem participação. Este será, com mais freqüência e mais facilidade, o caso com os diferentes sistemas de distritos particulares, embora, com certeza, nem toda lei nacional seja verdadeiramente popular.

De fato, para essa finalidade política, nenhum estado de direito parece mais favorável do que aquele que outrora era geral na Alemanha: grande variedade e individualidade nos pormenores, mas tendo o direito comum como fundação geral, sempre lembrando todas as nações germânicas de sua unidade indissolúvel. O mais pernicioso, contudo, nesse ponto de vista, é a leviana e caprichosa alteração da

lei; e mesmo que a uniformidade e a conveniência pudessem ser alcançadas com a mudança, a vantagem não seria digna de ser mencionada em comparação com a desvantagem política a que acabamos de aludir. Aquilo que é construído assim pelas mãos dos homens diante de nossos olhos sempre ocupará, na opinião popular, um lugar muito diferente daquilo que não tem uma origem tão simples e palpável; e quando nós, em nosso louvável zelo, lançamos invectivas contra essa decisão como um preconceito cego, não devemos esquecer que toda a fé e todo sentimento por aquilo que não está em nosso nível, mas é mais exaltado que nós, depende do mesmo tipo de espírito. Esta consideração pode bem levar-nos a duvidar da impropriedade da decisão.

VI

Nossa vocação para a legislação

... Bacon pedia que a era em que um código fosse formado só repujasse eras precedentes em termos de inteligência... Em tempos bem recentes, os oponentes do direito romano têm, com freqüência, dado ênfase especial a argumentos como os seguintes: — A razão é igualmente comum a todas as nações e eras, e como temos, além disso, a experiência de tempos anteriores a que recorrer, tudo que fizermos deve infalivelmente ser melhor do que tudo que foi feito antes. — Mas até mesmo essa opinião, de que toda era tem uma vocação para tudo, é um preconceito do tipo mais perigoso. Nas belas-artes somos obrigados a reconhecer o contrário; por que relutamos em fazer a mesma confissão em relação ao governo e ao direito?...

... Se, em algum momento, uma tendência decidida e recomendável for distinguível no espírito público, ela pode ser preservada e confirmada pela legislação, mas não produzida por ela; e onde ela falta por completo, toda tentativa que venha a ser feita para estabelecer um sistema exaustivo de legislação apenas aumentará a incerteza existente e se somará às dificuldades da cura...

Infelizmente, durante todo o século XVIII, a Alemanha foi muito pobre em grandes juristas. Havia grande quantidade de homens laboriosos, é verdade, pelos quais foram realizados trabalhos preparatórios muito valiosos, mas raras vezes se fez mais do que isso. Um espírito duplo é indispensável ao jurista; o histórico, para apreender com presteza as peculiaridades de cada era e de toda forma de lei; e o sistemático, para ver cada idéia e cada regra em viva ligação e cooperação com o todo, isto é, na única relação verdadeira e natural. Este duplo espírito científico é encontrado poucas vezes entre os juristas do século XVIII; e, em particular, algumas especulações superficiais em filosofia tiveram um efeito extremamente desfavorável. Uma apreciação justa do tempo em que se vive é muito difícil; contudo, a menos que todos os sinais enganem, um espírito apossou-se de nossa ciência, capaz de elevá-la no futuro à categoria de um sistema nacional. Pouco dessa melhoria foi produzido por enquanto e, por esse motivo, contesto nossa capacidade para a produção de um bom código...

Então, se não temos de fato nada que seja necessário para a formação de um bom código, não devemos acreditar que o verdadeiro empreendimento nada mais seria que um desapontamento, o que, na pior das hipóteses, apenas não nos faria avançar. Já se falou do grande perigo que, de forma inevitável, é iminente quando um estado de conhecimento muito imperfeito e superficial é fixado por autoridade positiva; e esse perigo seria tão grande quanto a vastidão do empreendimento e de sua ligação com o despertar do espírito de nacionalidade... Não se pode negar que estão sendo feitos vigorosos esforços, e é impossível dizer quanto bem subtrairemos do futuro ao se confirmarem as deficiências presentes...

Ainda resta uma questão importante a ser considerada – a língua. Pergunto a qualquer um que sabe o que é uma boa expressão apropriada, e que não considera a língua uma ferramenta comum, mas sim um instrumento científico, se possuímos um idioma em que um código

pudesse ser composto. Longe de mim questionar a força do velho idioma alemão; mas o fato de que nem isso esteja apropriado agora para o propósito é para mim mais uma prova de que estamos atrasados neste círculo de pensamento. No momento em que nossa ciência se aperfeiçoar, veremos de quanto proveito será nossa língua, por seu frescor e vigor primitivo. Além disso, acredito que, nos últimos tempos, até decaímos neste aspecto...

Sei que resposta pode ser dada a essas razões; mesmo admitindo-se todas elas, pode-se dizer que os poderes da mente humana são ilimitados e, com um esforço razoável, logo se poderia produzir, mesmo nesses tempos, uma obra em que nenhuma dessas imperfeições seria identificável. Bem, qualquer um pode fazer a tentativa, nossa época não é uma época desastrosa, e não existe perigo de que um verdadeiro sucesso deixe de ser notado...

VIII

O que devemos fazer onde não existe nenhum código

... Nos países em que prevalece o direito comum, assim como em todos os outros, um bom estado de direito dependerá de três coisas; primeiro, de disposições suficientes; segundo, de um suficiente ministério da justiça; por último, de boas formas de procedimento...

Com relação, em primeiro lugar, às disposições às quais até o código proposto tinha de adaptar-se, o mesmo sistema combinado de direito comum e de lei provincial, que prevalecia outrora em toda a Alemanha, devia, em minha opinião, ser substituído pelo código, ou ser conservado onde o código não estivesse em vigor. Considero que essas disposições sejam suficientes, mais ainda, excelentes, desde que a jurisprudência faça o que deve fazer, e o que só pode ser feito por meio dela. Porque, se considerarmos nossa verdadeira condição, nos encontramos no meio de uma imensa quantidade de teorias e idéias jurídicas que foram transmitidas e multiplicadas de geração em geração. No

presente momento, não possuímos nem dominamos essa questão, mas somos controlados e dominados por ela, queiramos ou não. Essa é a base de todas as queixas do atual estado de nosso direito, que admito ser bem fundada; também é a única causa para a demanda por códigos. Esta questão nos cerca de todos os lados, muitas vezes sem que saibamos disso. O povo pode pensar que a aniquilou ao cortar todas as associações históricas e começar uma vida inteiramente nova. Mas tal empreendimento seria construído sobre uma ilusão. Porque é impossível aniquilar as impressões e o modo de pensar dos juristas que vivem agora – impossível mudar por completo a natureza das relações legais existentes; e sobre essa impossibilidade dupla baseia-se a ligação orgânica indissolúvel de gerações e eras; entre as quais só o desenvolvimento, e não um fim absoluto e um começo absoluto, é concebível. Em particular, a alteração de uma ou múltiplas doutrinas jurídicas não está fazendo absolutamente coisa alguma com relação a esse objetivo; porque, como já foi observado antes, os modos de pensar, com as especulações e questões que podem surgir, ainda serão influenciados pelo sistema preexistente; e a subserviência do passado para com o presente se manifestará até mesmo onde o presente se opõe, de forma deliberada, ao passado. Como conseqüência, não há qualquer modo de se evitar essa influência dominante da questão existente; ela nos será prejudicial enquanto a ela nos submetemos de maneira ignorante; mas será benéfica se lhe opusermos uma vívida energia criativa – se obtivermos domínio sobre ela por meio de uma completa fundamentação em história e, desse modo, nos apropriarmos de toda a riqueza intelectual das gerações precedentes...

Só quando tivermos aperfeiçoado nosso conhecimento por meio de estudo zeloso e, de forma mais particular, tivermos aguçado nosso senso histórico e político, é que será possível um julgamento sólido sobre a questão que nos foi legada. Até lá, pode ser mais prudente fazer uma pausa antes de considerar a lei existente

como prática descuidada, exclusividade impolítica e mera apatia jurídica; mas, de maneira mais especial, hesitar na aplicação do bisturi de dissecação ao nosso presente sistema. Ao aplicá-lo, podemos atingir, de maneira inadvertida, carne saudável e, desse modo, sermos acusados, perante a posteridade, da mais grave de todas as responsabilidades. O espírito histórico também é a única proteção contra uma espécie de auto-ilusão que revive, de vez em quando, em certos homens, bem como em eras e nações inteiras; a saber, acreditar que aquilo que é peculiar a nós é comum à natureza humana em geral... Encontramos todos os dias pessoas que julgam que suas opiniões e idéias jurídicas são o produto da razão pura, por nenhuma razão material a não ser porque são ignorantes de sua origem. Quando perdemos de vista nossa ligação individual com a grande totalidade do mundo e de sua história, vemos necessariamente nossos pensamentos numa falsa luz de universalidade e originalidade. Há apenas o senso histórico para nos proteger contra isso; dirigi-lo para nós mesmos é, de fato, a mais difícil aplicação.

Pode-se ficar tentado a admitir que essa fundamentação histórica da questão na qual estamos inevitavelmente envolvidos é necessária em nossa presente posição, mas, ao mesmo tempo, considerá-la um mal por causa de suas energias absorventes, que podiam ser direcionadas para fins mais úteis. Esta seria uma visão melancólica, porque a sensação de um mal inevitável seria excitada por ela; mas podemos consolar-nos com a convicção de que é falsa. Pelo contrário, essa necessidade deve ser considerada em si um grande bem. Na história de todas as nações importantes, encontramos uma transição da individualidade circunscrita, porém fresca e vigorosa, para a universalidade indefinida. A lei passa pelo mesmo, e nisso, do mesmo modo, pode-se perder no final a consciência da nacionalidade. Assim, acontece que, quando antigas nações refletem sobre como muitas peculiaridades de sua lei já desapareceram, elas incidem facilmente no erro recém-mencionado,

julgando que todo o resíduo de sua lei é um *jus quod naturalis ratio apud omnes homines constituit*. É óbvio que, ao mesmo tempo, está perdida a vantagem peculiar pela qual a antiga lei se caracterizava. Falar de voltar a esse tempo passado seria uma proposta inútil e vã; mas uma questão totalmente diferente é ter em vista, de forma plena, suas excelências características e, desse modo, proteger nossas mentes contra a influência limitante do presente — o que, com certeza, tanto é praticável como salutar. A história, mesmo na infância de um povo, é sempre uma nobre professora; mas, em tempos como o nosso, ela tem ainda um outro dever mais sagrado a cumprir. Porque só por meio dela se pode manter uma ligação viva com o estado primitivo do povo; e a perda dessa ligação deve tirar de todo povo a melhor parte de sua vida espiritual. Por conseguinte, de acordo com essa teoria, aquilo pelo que o direito comum e as leis provinciais devem tornar-se de fato úteis e irrepreensíveis, é o estreito método histórico da jurisprudência... Seu objeto é traçar todo o sistema estabelecido até sua raiz e, desse modo, descobrir um princípio orgânico pelo qual aquilo que ainda tem vida possa ser separado daquilo que está morto e só pertence à história...

... Não é difícil dizer que os velhos juristas devem ser estudados, embora seja difícil tornar isso óbvio sem um verdadeiro julgamento; eles não devem apenas permanecer como letra morta nas escolas, senão que devem ser regenerados; devemos ler e pensar em seu espírito, como no espírito de quaisquer outros autores por quem tenhamos completo apreço; devemos familiarizar-nos com seus modos de pensar e ficarmos tão completamente imbuídos deles a ponto de redigir em seu estilo e com base em seus princípios, e assim continuarmos, em seu verdadeiro espírito, a obra que foram impedidos de consumir. Uma de minhas mais vivas convicções é que isso é possível. O primeiro requisito é, sem dúvida, um sólido conhecimento de história jurídica e (o que necessariamente resulta disto) o hábito fortalecido de ver toda idéia e toda doutrina em sua luz histórica adequada...

... Uma livre comunicação entre as Faculdades de Direito e os Tribunais de Justiça, que foi proposta há pouco tempo, seria um excelente modo de realizar essa aproximação de Teoria e Prática... Essa ligação da prática com uma vigorosa teoria em constante progresso é o único meio de se obter uma oferta permanente de homens de talento para a Banca. A situação de juiz, é verdade, pode ser honrosa e respeitável sem isto; além disso, ele pode estar sempre se aperfeiçoando por meio de ocupações não relacionadas com sua vocação, tais como aquelas a que a disposição do indivíduo pode incliná-lo; mas será uma questão muito diferente se a própria vocação, a partir de sua ligação com o todo, assumir um caráter científico e se tornar um meio de aperfeiçoamento. Tal estado de coisas, por si só, irá satisfazer todas as demandas. O juiz individual não servirá mais como um mero instrumento, mas será de uma vocação liberal e honrosa, e a administração da justiça estará real e cientificamente completa... Não se pode negar que o estado de coisas mais desfavorável, nesse aspecto, é aquele em que o juiz está restrito à aplicação mecânica de um texto dado, o qual não tem permissão para interpretar; se isso for considerado o ponto extremo num lado, o ponto extremo do outro lado seria aquele em que o juiz teria de encontrar a lei para cada caso; sendo excluído, entretanto, todo discernimento arbitrário pela certeza resultante de um estrito método científico. Mas pelo menos desse segundo ponto não é impossível aproximar-se; e, ao alcançá-lo, a organização judicial mais antiga da Alemanha seria revivida numa forma renovada.

Supus anteriormente que três coisas sejam necessárias: disposições legais, ministério da justiça e formas de procedimento, todas em boas condições. Foi mostrado como as disposições devem ser baseadas numa ciência profunda e abrangente; também como, pelos mesmos meios, o ministério da justiça pode se tornar verdadeiramente apropriado para essa vocação. Mas ambos serão insuficientes se a forma de procedimento for má. Nesse aspecto,

muitas regiões da Alemanha necessitam de uma reforma rápida e eficaz...

Por conseguinte, de acordo com essa visão, nenhum código, é verdade, seria formado em regiões onde prevalece o direito comum; mas não se conclui, de maneira alguma, que a legislação civil seria dispensada de todo. Independentemente dos dispositivos legais com fundamentos políticos (que não cabem aqui), ela poderia ser empregada com dois propósitos: a decisão de controvérsias (questões em disputa) e o registro de velhos costumes... Na realidade, essas controvérsias não são muito más. Em primeiro lugar, não devemos considerar como controvérsia todo caso que a ignorância ou a estupidez já investigou. Em segundo lugar, a legislação não necessita incomodar-se com controvérsias como as que de fato existem nos livros, mas que raras vezes aparecem na prática. Deduzam-se essas duas descrições de casos, e muito ainda resta a ser feito... Entretanto, é melhor que essas controvérsias sejam decididas talvez na forma de regulamentos provisórios ou instruções para os tribunais do que por disposições regulares, posto que o anterior seria menos provável de prejudicar a possibilidade de um melhor fundamento na teoria.

O segundo objeto da legislação seria o registro do direito consuetudinário, que poderia, dessa maneira, ser submetido a uma superintendência como a efetuada por meio de um édito em Roma. Não se deve imaginar que o código, que até agora foi objetado, seria afinal de contas permitido dessa maneira, só que com um nome

diferente; pelo contrário, a diferença diz respeito à própria essência da coisa. Porque nesse direito consuetudinário só constará aquilo que foi decidido na prática, e isso será abrangido, sem dúvida nenhuma, de forma completa, agora que o legislador tem as decisões à sua frente; o código, pelo contrário, é obrigado a falar de todo tema – mesmo quando não há um motivo imediato para esse fim, e nenhuma observação fornece a condição indispensável – apenas na expectativa de possíveis casos futuros.

... Se a jurisprudência for um dia geralmente difundida entre os juristas à maneira já mencionada, possuiremos de novo, na profissão legal, um tema para o direito consuetudinário vivo – e, como consequência, para um real aperfeiçoamento... A questão histórica do direito que agora nos cerca de todos os lados, será então dominada e constituirá nossa riqueza. Possuiremos então um verdadeiro direito nacional, e não lhe faltará uma poderosa linguagem expressiva. Poderemos então entregar o direito romano à história, e teremos não uma débil imitação do sistema romano, mas um novo sistema verdadeiramente nacional e nosso. Teremos chegado um ponto além do que a uma administração meramente segura e rápida da justiça; esse estado de perceptividade clara que, em geral, é peculiar ao direito das jovens nações, será combinado com o auge do desenvolvimento científico. Então, futuros tempos degenerados também podem ser prevenidos, e aí será o momento de considerar se isso é feito melhor por códigos ou de alguma outra forma...