

**NORBERTO BOBBIO**

# **O POSITIVISMO JURÍDICO**

**LIÇÕES DE FILOSOFIA DO DIREITO**

compiladas pelo **Dr. NELLO MORRA**

Tradução e notas

**Márcio Pugliesi**, da Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo.

**Edson Bini**, da Faculdade de Filosofia da Universidade de São Paulo.

**Carlos E. Rodrigues**, da Faculdade de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo.

**icone**  
editora

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Bobbio, Norberto, 1909 –

O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito / Norberto Bobbio; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

ISBN 85-274-0328-5

1. Direito 2. Direito – Filosofia 3. Positivismo 1. Morra, Nello, II.  
Título

95-0422

CDU-340.12

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Positivismo jurídico: Direito: Filosofia

## CAPÍTULO III

# O CÓDIGO DE NAPOLEÃO E AS ORIGENS DO POSITIVISMO JURÍDICO NA FRANÇA

### 16. O significado histórico do Código de Napoleão. A codificação justiniana e a napoleônica.

Em 1804, entrou em vigor, na França, o Código de Napoleão. Trata-se de um acontecimento fundamental, que teve uma ampla repercussão e produziu uma profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo. Hoje estamos acostumados a pensar no direito em termos de codificação, como se ele devesse necessariamente estar encerrado num código. Isto é uma atitude mental particularmente enraizada no homem comum e da qual os jovens que iniciam os estudos jurídicos devem procurar se livrar. Com efeito, a idéia da codificação surgiu, por obra do pensamento iluminista, na segunda metade do século XVIII e atuou no século passado: portanto, há apenas dois séculos o direito se tornou direito codificado. Por outro lado, não se trata de uma condição comum a todo o mundo e a todos os países civilizados. Basta pensar que a codificação não existe nos países anglo-saxônicos. Na realidade, a codificação representa uma experiência jurídica dos últimos dois séculos típica da Europa continental.

Podemos dizer que são duas as codificações que tiveram uma influência fundamental no desenvolvimento de nossa cultura jurídica: a justiniana e a napoleônica. Na obra de Justiniano foi fundada a elaboração do direito comum romano na Idade Média e na Moderna; o Código de Napoleão teve uma influência fundamental na legislação e no pensamento jurídico dos últimos dois séculos, porque os códigos de muitos países foram modelados com base nele. Basta recordar a codificação belga e as várias codificações ocorridas na Itália. (Na mesma época em que aparece o Código de Napoleão houve também codificações em outros países, a saber, na Prússia e na Áustria. Mas o código prussiano —

alguns anos anterior ao francês — não teve particular significado histórico, sendo todo dirigido ao passado; e também o código austríaco — publicado em 1811 — tem importância secundária, quando se considera a influência que exerceu na legislação de outros países.)

Ainda que tenhamos comparado a codificação justiniana à napoleônica, não é necessário crer que possuam caracteres idênticos. Somente com a legislação napoleônica temos um código propriamente dito, tal como o entendemos hoje, isto é, um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas. O *Corpus juris civilis* é, ao contrário, uma coletânea de leis anteriores; mesmo o *Digesto* (uma de suas quatro partes) não é de fato um código, mas antes uma antologia jurídica, sendo constituído por trechos (ditos “fragmentos”) dos principais jurisconsultos romanos, distribuídos por matéria e geralmente ligados entre si e adaptados às exigências da sociedade bizantina pelo sistema das “interpolações” (isto é, acréscimos, modificações ou cortes feitos pelos compiladores).

Os franceses estão plenamente cientes do significado do seu Código e, em 1904, por ocasião do centenário de sua promulgação, publicaram uma obra, em dois volumes, intitulada *Le Livre du Centenaire*, para a qual contribuíram todos os maiores juristas da França, sendo nessa obra precisamente celebrada a importância histórica da codificação napoleônica. Na Introdução desta publicação, o historiador da Revolução Francesa, Albert Sorel, entoou um hino ao Código e a Napoleão, que havia desejado tal código, considerando esta obra legislativa como a obra maior de Bonaparte (aliás, o próprio Napoleão costumava reiterar que o Código era, em relação à sua obra política, o que seria imorredouro).

## **17. As concepções filosófico-jurídicas do iluminismo inspiradoras da codificação francesa. As declarações programáticas das Assembléias revolucionárias.**

Vimos, falando da polêmica sobre a codificação na Alemanha entre a escola filosófica e a escola histórica, como a exigência da codificação nasceu de uma concepção francamente iluminista, como demonstra o mote *sapere aude* citado por Thibaut. Também na França (e, na verdade, com maior razão, visto ser este país a pátria maior do iluminismo) a idéia da codificação é fruto da cultura racionalista, e se aí pôde se tornar realidade, é precisamente porque as idéias iluministas se

encarnaram em forças histórico-políticas, dando lugar à Revolução Francesa. É, de fato, propriamente durante o desenrolar da Revolução Francesa (entre 1790 e 1800) que a idéia de codificar o direito adquire consistência política.

Este projeto nasce da convicção de que possa existir um *legislador universal* (isto é, um legislador que dita leis válidas para todos os tempos e para todos os lugares) e da exigência de realizar um *direito simples e unitário*. A *simplicidade* e a *unidade* do direito é o *Leitmotiv*, a idéia de fundo, que guia os juristas que nesse período se batem pela codificação. Trata-se de uma exigência que, na França, era particularmente sentida (até atingir extremos de paroxismo), porque a sociedade francesa não possuía um único ordenamento jurídico civil, penal e processual, mas uma multiplicidade de direitos territorialmente limitados. Em particular, era dividida em duas partes: a setentrional, onde estavam vigentes os costumes locais (*droit coutumier*), e a meridional, onde vigorava o direito comum romano (*droit écrit*). Ora, a concepção racionalista considerava a multiplicidade e a complicação do direito um fruto do arbítrio da história. As velhas leis deviam, portanto, ser substituídas por um direito simples e unitário, que seria ditado pela *ciência da legislação*, uma nova ciência que, interrogando a natureza do homem, estabeleceria quais eram as leis universais e imutáveis que deveriam regular a conduta do homem. Os iluministas estavam, de fato, convencidos de que o direito histórico, constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrarias, era apenas uma espécie de direito “fenomênico” e que além dele, fundado na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito. Pois bem, a natureza profunda, a essência verdadeira da realidade, é simples e suas leis são harmônica e unitariamente coligadas; por isto, também o direito, o verdadeiro direito fundado na natureza, podia e devia ser simples e unitário.

Essa concepção jurídica representa um aspecto daquele *retorno à natureza*, daquele contraste entre natureza e história, que é típico do pensamento iluminista; tal postura tem a sua mais peculiar expressão em Rousseau, que em sua obra-prima, o *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*, considerou a civilização e os seus costumes como a causa da corrupção do homem que é “naturalmente bom”. Inspirando-se precisamente nas concepções de Rousseau e iluministas em geral, os juristas da Revolução Francesa se propuseram a eliminar o acúmulo de normas jurídicas produzidas pelo desenvolvimento histórico e instaurar no seu lugar um direito fundado na natureza e adaptado às exigências universais humanas. Dissemos anteriormente

que, segundo esses juristas racionalistas, sendo a natureza das coisas simples e unitária, também o direito devia ser como tal: insistiram sobretudo na simplicidade, até transformar esta exigência num mito propriamente dito. O mote deles é: *poucas leis*. A multiplicidade das leis é fruto de corrupção.

Esta idéia (ou esta ilusão) da simplicidade deflui claramente dos numerosos documentos da época revolucionária. Assim, por exemplo, Saint-Just (cujos apontamentos político-filosóficos — que deviam servir na composição de um estudo sobre as *Instituições republicanas* — foram publicados há alguns anos pelas Edições Einaudi com o título *Fragmentos das instituições republicanas*) escreve nesses seus *Fragmentos*:

As longas leis são calamidades públicas. A monarquia se afogava nas leis; e visto que todas as paixões e as vontades dos senhores se tornavam leis, não havia mais entendimento.

São necessárias poucas leis. Onde elas são muitas, o povo é escravo . . . Aquele que dá ao povo demasiadas leis é um tirano (*op. cit.*, p. 45).

A idéia da codificação breve, simples e unitária é expressa em vários textos legislativos e projetos de lei do período revolucionário. Já na *Lei sobre o ordenamento judiciário* de 16 de agosto de 1790 (título II, art. 19) está disposto:

As leis civis serão revistas e reformadas pelos legisladores e será feito um código geral de leis simples, claras e adaptadas à constituição.

O princípio da codificação era, depois, diretamente consagrado na Constituição (aprovada pela Assembléia constituinte) de 5 de setembro de 1791. No fim do Título I (intitulado *Disposições fundamentais garantidas pela Constituição* e colocado em seguida às Declarações dos Direitos) é, com efeito, estabelecido:

Será feito um código de leis civis comuns a todo o reino.

O mesmo princípio está contido no art. 85 (intitulado *Da justiça civil*) da Constituição de 24 de junho de 1793 (a segunda das três principais Constituições da Revolução):

O código de leis civis e criminais é uniforme para toda a república.

A idéia segundo a qual, uma vez vigente a codificação, o direito se tornaria simples, claro e acessível a todos, foi expressa de modo particu-

larmente veemente e significativo, num debate de 1790 na Assembléia constituinte pela instauração dos *júris populares* (isto é, daquela instituição judiciária composta não de juízes togados, mas de simples cidadãos, que deveriam julgar sobre questões de fato, especialmente nas causas penais. Trata-se de uma instituição de inspiração democrática). Siéyès, para aduzir um argumento a favor de tal instituição, sustenta que, no dia em que a codificação vigesse, o procedimento judiciário consistiria somente de um *juízo de fato* (isto é, em assegurar que fossem verificados os fatos previstos pela lei), visto que o direito se tornaria tão claro que a *quaestio juris* (a saber, a determinação da norma jurídica a ser aplicada no caso em exame) não apresentaria qualquer dificuldade, já que todas as questões de direito que o juízo tradicionalmente comportava (e que exigiam a intervenção de técnicos do direito) eram exclusivamente fruto da multiplicidade e da complicação irracional das leis. Portanto, com a vigência da codificação, afirmava Siéyès, qualquer cidadão poderia ser eleito membro da instituição dos júris populares; nesta expectativa, ele propunha no art. 84 um projeto de lei por ele apresentado (e que nunca foi aprovado); segundo o qual fossem elegíveis como juízes populares somente as pessoas peritas em direito:

No presente e enquanto a França não for liberada dos diferentes costumes que a dividem e um novo código *completo e simples* não for promulgado para todo o reino, todos os cidadãos conhecidos com o nome de juristas (*gens de loi*) e atualmente empregados nesta qualidade serão por direito inscritos no registro dos elegíveis para o júri.

O art. 32 deste mesmo projeto reiterava o princípio programático da codificação:

Os legisladores subseqüentes se preocuparão em dar aos franceses um novo código uniforme de legislação e um novo procedimento, reduzidos um e outro à sua mais perfeita simplicidade.

## **18. Os projetos de codificação de inspiração jusnaturalista: Cambacérès.**

Após ter examinado o clima filosófico e ideológico no qual nasce a idéia da codificação, vejamos agora como tal idéia foi realizada, depois

de uma série de tentativas que não atingiram resultados definitivos. Neste estudo descreveremos como o *Código Civil*, na sua realização, se distanciou progressivamente da inspiração originária, francamente iluminista e jusnaturalista, para, em lugar disso, se reaproximar decisivamente da tradição jurídica francesa do direito romano comum.

O projeto definitivo, aprovado em 1804, foi precedido por alguns outros projetos, nascidos no clima da Convenção e, portanto, ainda com um caráter nitidamente iluminista, os quais, porém, como foi indicado, nunca foram aprovados. O protagonista desta primeira fase da história da codificação francesa foi Cambacérès (1753-1824). Tratava-se de um jurista e ao mesmo tempo um político prudente, tanto que soube atravessar ileso toda a Revolução e conseguir um posto eminente no período do Império. Foi primeiramente magistrado em Montpellier e depois advogado em Paris, onde foi eleito membro da Convenção e, nesta qualidade, foi um dos “regicidas”, isto é, participou da sessão da Convenção que decidiu pela condenação à morte de Luiz XVI. Mas, embora sendo um radical, Cambacérès não era um extremista fanático, tanto que foi opositor de Robespierre, o que, considerando-se a queda deste último, fez com que não corresse qualquer perigo; permaneceu um pouco à sombra durante o Diretório, retornando, porém, bem depressa ao primeiro plano, já que, depois do golpe de Estado de Napoleão do 18 Brumário, foi nomeado segundo-cônsul; e quando Napoleão, o primeiro-cônsul, foi coroado Imperador, ele foi nomeado arquichanceler do Império. Cambacérès permaneceu fiel a Bonaparte, mesmo durante os Cem Dias, assumindo nesse breve período o posto de presidente da Câmara dos Pares; essa fidelidade lhe custou três anos de exílio, depois da queda definitiva do Imperador (1815-1818), após o que pôde retornar a Paris, onde viveu tranqüilamente até sua morte, ocorrida em 1824.

Durante a Convenção e o Diretório, Cambacérès apresentou, em menos de quatro anos, três projetos de código civil de inspiração jusnaturalista. Para darmos uma idéia das concepções jurídicas deste personagem, relataremos o que ele disse por ocasião do debate (mencionado no parágrafo precedente) sobre a instituição dos júris populares. E assume uma posição bastante afim com aquela de Siéyès, sustentando que à seqüência da codificação as questões de direito teriam perdido toda importância:

Observem, cidadãos, que uma das grandes objeções contra a medida que aqui proponho é a impossibilidade de separar o fato do direito . . . Pois

bem, respondo que no futuro os processos não apresentarão quase nunca pontos de direito a serem esclarecidos e que a maior parte será concluída pelo relatório de especialistas ou por uma prova testemunhal.

É também significativo o que Cambacérès afirmou em 4 de junho de 1793, por ocasião da apresentação de um projeto de lei seu pela equiparação dos filhos naturais aos legítimos (tratava-se de uma proposta radicalmente inovadora frente à tradição jurídica fundada no princípio da distinção entre filhos legítimos e filhos naturais. Inspirava-se, de fato, na concepção iluminista-revolucionária da família, fundada em três princípios: da igualdade dos cônjuges, da cômoda possibilidade de dissolver o matrimônio através do divórcio e da comunidade patrimonial entre os próprios cônjuges). Nesse seu discurso, afirmou ele:

Existe uma lei superior a todas as outras, uma lei eterna, inalterável, própria a todos os povos, conveniente a todos os climas: a lei da natureza. Eis aqui o código das nações, que os séculos não puderam alterar, nem os comentadores desfigurar. É a ele apenas que é necessário consultar.

(Notemos como esta formulação tão explícita e intransigente evoca a célebre definição de Cícero do direito natural; e se observa, na afirmação segundo a qual tal direito é “conveniente a todos os climas”, a estocada polêmica contra Montesquieu, segundo o qual até a diversidade do clima tem uma influência determinante sobre os regimes políticos e as leis.)

Cambacérès apresentou seu primeiro projeto de código civil em agosto de 1793, declarando que este se inspirava em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade. Este projeto, que compreendia 719 artigos e se dividia em duas partes dedicadas, respectivamente, às *peçoas* e aos *bens*, inspirava-se na concepção individualista-liberal que pretendia garantir dois postulados fundamentais: a igualdade de todos os cidadãos perante a lei e a liberdade pessoal (que, no campo do direito privado, significava antes de mais nada liberdade contratual, em contraste com as inúmeras limitações criadas pelo regime corporativo medieval e pelo *Ancien Régime* ao livre câmbio comercial). Este projeto não foi muito adiante, seja porque naqueles tempos à *Convenção* *majora premebant*, sendo tais questões bem mais delicadas para a discussão, seja também porque tal projeto não encontrou a simpatia dos deputados, que o consideraram muito pouco

“filosófico” e demasiado “jurídico” (no sentido que concedia demais às particularidades técnicas caras aos juristas). Isto é tão verdadeiro que o projeto foi submetido a um exame realizado por uma comissão de filósofos.

O segundo projeto foi apresentado por Cambacérès em 9 de setembro de 1794 (um mês e meio depois da queda de Robespierre). Trata-se de um projeto menos técnico, mais simples (287 artigos), que o próprio autor qualifica de “código de leis fundamentais” (no sentido de que nele eram estabelecidos somente os princípios essenciais nos quais se deveriam inspirar seja os legisladores posteriores, seja os juízes para estabelecer a norma específica a ser aplicada no caso em exame). Ao apresentar este projeto, seu autor afirma que ele se inspira em três princípios fundamentais, correspondentes às três exigências que o homem tem na sociedade:

- a) ser senhor da própria pessoa;
- b) possuir bens para poder satisfazer as próprias necessidades;
- c) poder dispor desses bens no interesse próprio e da própria família.

A estes três princípios correspondem as três partes do projeto dedicadas respectivamente às pessoas, aos direitos reais e às obrigações.

Também esse projeto teve pouca sorte. Dele foram discutidos apenas 10 artigos, depois do que o seu próprio apresentador percebeu que ele havia suscitado hostilidades demais e o deixou cair.

O terceiro projeto é apresentado por nosso personagem em 24 de junho de 1796, durante o Diretório, ao Conselho dos Quinhentos. Representa um passo avante (do ponto de vista da maior elaboração técnico-jurídica e da maior conformidade à experiência jurídica tradicional); ou, se se preferir, um passo atrás (do ponto de vista do abandono dos princípios do jusnaturalismo racionalista). Cambacérès realmente se deu conta de que a oposição dos juristas tradicionalistas (que, no clima moderado do Diretório, haviam readquirido voz em assembléia) tornava impossível a realização de um “código de natureza”, simples e unitário, tal como ele havia almejado. O projeto de 1796 apresenta, portanto, por um lado uma maior elaboração técnica (compunha-se de 1.004 artigos) e, por outro, uma notável atenuação das idéias jusnaturalistas.

Também esse terceiro projeto não foi aprovado. Contudo, teve uma maior importância histórica, visto que foi o único dos três projetos

apresentados por Cambacérès que exerceu uma certa influência na elaboração do projeto definitivo do Código Civil (embora os membros da comissão preparatória tenham tentado obscurecer as relações de seu projeto com todos os anteriores).

Na pré-história do Código de Napoleão nos resta enfim indicar, apenas a título de curiosidade, um quarto projeto, obra quase exclusivamente pessoal do juiz Jacqueminot, que foi apresentado em 1799, mas não foi sequer discutido.

## 19. A elaboração e a aprovação do projeto definitivo: Portalis.

O projeto definitivo do Código Civil foi obra de uma comissão instalada por Napoleão, primeiro-cônsul, em 1800, e composta por quatro juristas: Tronchet, Maleville, Bigot-Prémeneau e Portalis.

O papel mais importante nesta comissão foi desempenhado por Portalis. Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807) era também ele, como Cambacérès, jurista e político, mas, diferentemente deste último, era um liberal moderado. Por suas posições políticas foi aprisionado por Robespierre, mas, durante o Diretório, atingiu uma posição política de destaque. Entretanto, em 1797, foi acusado (parece que injustamente) de ter feito contatos com os emigrados políticos e, para escapar à condenação, ficou por três anos no exílio (1797-1800); de volta à pátria, ascendeu ainda uma vez à ribalta política e foi senador e ministro durante o Consulado e o Império.

Durante o exílio, Portalis escreveu uma obra cujo título diz de imediato qual era a sua orientação (e, por reflexo, qual tinha sido a inspiração do Código de Napoleão). Esse escrito (publicado postumamente por conta dos filhos do autor, em 1820, e do qual foi também feita, algumas décadas depois, uma tradução italiana) se intitula *Do uso e do abuso do espírito filosófico durante o século XVIII*. O espírito filosófico ao qual o autor se refere é o espírito iluminista (os racionalistas, realmente, no século XVIII eram considerados os “filósofos” por antonomásia). Uma considerável parte dessa obra é dedicada à contestação do pensamento kantiano (com o qual Portalis havia feito contato durante o exílio, primeiro na Suíça e depois na Alemanha) e representa, portanto, a primeira crítica a Kant, do ponto de vista da mentalidade “latina” e, em particular, francesa. Nesse seu escrito, Portalis se concen-

tra naquilo que, segundo ele, foi o abuso do espírito filosófico, isto é, a crítica indiscriminada conduzida pelo racionalismo contra toda a cultura passada, crítica que levou à destruição da tradição, ao ateísmo e ao materialismo e à parte mais nefasta da Revolução Francesa (o autor apresenta páginas de esconjuramento do Terror, que antecipam os temas contra-revolucionários que são caros aos escritores da Restauração).

Essa obra (ainda que particularmente infeliz, devido à sua extensão e seu estilo pesado e verdadeiramente indigesto) tem um certo significado na história das idéias, porque representa o ponto de passagem da filosofia iluminista da Revolução para aquela (de inspiração espiritualista-romântica) da Restauração: a atitude filosófica de Portalis pode ser considerada a expressão desse *espiritualismo eclético* que teve os seus maiores expoentes em Victor Cousin e no italiano Rosmini. Lavollée, seu biógrafo, o compara com muita audácia a Chateaubriand.

A Comissão para a redação do projeto do Código Civil elaborou um projeto que foi submetido ao Conselho de Estado, onde foi discutido em sessões memoráveis, presididas pelo próprio Napoleão (57 dum total de 102 sessões). Ele participou ativamente do exame das disposições do Código, demonstrando saber encontrar a solução para as controvérsias levantadas com maior agudeza e prontidão pelos juristas consumados que constituíam o Conselho (é este um dos temas mais caros à hagiografia napoleônica; mas talvez se possa lembrar que a boa disposição do Primeiro-Cônsul em resolver as controvérsias jurídicas se devia não somente à sua percepção brilhante como também ao fato de sua palavra ser lei). Na medida em que os vários títulos do projeto eram aprovados, eram promulgados como leis separadas (34 no total). Foram coletadas posteriormente em 1804 e publicadas com o nome de *Code Civil des Français*: somente na segunda edição, de 1807, tomou o nome (com o qual foi transmitido à história) de *Code Napoléon* (Código de Napoleão).

O projeto definitivo abandonou decididamente a concepção jusnaturalista (que mesmo Cambacérès, então membro do Conselho de Estado, não defendia mais). O último resíduo de jusnaturalismo, representado pelo art. 1º do Título I (cujo texto já transcrevemos no parágrafo 14), foi eliminado depois de uma tórrida discussão no Conselho de Estado. O Código de Napoleão representa, na realidade, a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum. Em particular, foi elaborado com base no *Tratado de direito civil*, de Pothier, o maior jurista francês do século XVIII. Esta derivação do Código francês a partir de Pothier foi posta em evidência especialmente por Fenet, que,

no seu estudo *Pothier e o Código Civil*, desenvolve um exame das passagens paralelas, demonstrando que as disposições do Código coincidem na maior parte dos casos com as soluções dadas por Pothier aos vários problemas jurídicos.

## **20. As relações entre o juiz e a lei segundo o art. 4º do Código Civil. O discurso preliminar de Portalis.**

A passagem dos projetos revolucionários àquele redigido pela comissão napoleônica, para ser compreendida plenamente, deve ser enquadrada no seu contexto histórico, a saber, no desenvolvimento do movimento revolucionário da sua fase culminante dos anos da Convenção (1793-94) à fase da sua conclusão dos anos do Consulado (1800-1804). Os projetos inspirados nas idéias do jusnaturalismo racionalista representavam a Revolução no ponto culminante da parábola, quando esta queria fazer tábula rasa de todo o passado: o retorno à natureza, no que tais projetos se inspiravam, desejava precisamente ser um desafio ao passado, à disciplina jurídica que o direito romano, a monarquia francesa e as outras instituições tradicionais vinham criando ao longo dos séculos. Nas intenções da comissão napoleônica, em lugar disso, o novo código não deveria constituir um início, um ponto de partida absolutamente novo e exclusivo, mas antes um ponto de chegada e de partida ao mesmo tempo, uma síntese do passado que não deveria excluir a sobrevivência e a aplicação do direito precedente (costume e direito comum romano), ao menos em casos para os quais a nova legislação não estabelecesse alguma norma.

Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (é precisamente por sua incidência no desenvolvimento desta doutrina jurídica que estamos aqui nos ocupando da história do código francês).

As posições diversas de redatores e intérpretes do Código de Napoleão, quanto ao dogma ora lembrado, se deduzem do significado diverso que uns e outros atribuíam ao art. 4º do próprio Código (o único dos vários artigos de caráter geral contidos no projeto que foi mantido no texto legislativo). Este artigo dispõe:

O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.

Este artigo estabelece portanto que o juiz deve em cada caso resolver a controvérsia que lhe é submetida, estando excluída a possibilidade de abster-se de decidir (o assim chamado juízo de *non liquet*), argumentando com o fato de que a lei não oferece nenhuma *regula decidendi*. Em particular, tal artigo explica com três conceitos os casos que poderiam colocar o juiz em dificuldade:

a) *obscuridade* da lei: neste caso o juiz deve tornar clara, através da interpretação, a disposição legislativa que parece obscura;

b) *insuficiência* da lei, no momento em que esta não resolve completamente um caso, descurando a consideração de qualquer elemento: em tal caso o juiz deve completar o disposto legislativo (*integração da lei*);

c) *silêncio* da lei, quando esta se cala sobre uma determinada questão (é o caso típico das “lacunas”, as quais, por outro lado, se verificam também no caso de insuficiência da lei): neste caso o juiz deve suprir a lei, deduzindo de qualquer modo a regra para resolver a controvérsia em exame.

No caso do silêncio (e também da insuficiência) da lei, o problema fundamental é o seguinte: o juiz, que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no *interior* do próprio sistema legislativo (recorrendo à aplicação analógica ou aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema, deduzindo-a de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo — o moral ou aquele do direito natural — distinto do sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo jurídico em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato, implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei, visto que nela estão contidos aqueles princípios que, através da interpretação, permitem individualizar uma disciplina jurídica para cada caso. O dogma da onipotência do legislador implica, portanto, num outro dogma estreitamente ligado ao primeiro, o da *completitude* do ordenamento jurídico.

A solução que os redatores do art. 4º tinham em vista era, ao contrário, a segunda: deixar aberta a possibilidade da *livre criação do direito por parte do juiz*. Esta intenção resulta claríssima num célebre discurso feito por Portalis para apresentar o projeto do Código diante do Conselho de Estado, discurso do qual damos aqui o resumo e transcrevemos as passagens mais importantes para o nosso argumento<sup>1</sup>.

O orador afirma, entre outras coisas, que *não se trata de simplificar até reduzir as leis a poucos princípios gerais*, visto que tal redução se verifica somente nos Estados despóticos onde

*existem mais juízes e carrascos do que leis (op. cit., p. 3).*

(Notar-se-á como esta afirmação contraria os critérios inspiradores dos projetos que foram apresentados na Convenção; e mesmo o curioso raciocínio trazido para sustentá-la representa a inversão do raciocínio de Saint-Just que mencionamos no § 17.)

Mas, prossegue Portalis, não se trata tampouco de estabelecer um código que preveja todos os casos possíveis:

Seja lá o que se faça, as leis positivas não poderão nunca substituir inteiramente o uso da razão natural nos negócios da vida (*op. cit., p. 3*);

e seja isto porque muitos indivíduos fogem necessariamente do legislador, seja porque, enquanto as leis não mudam, a vida social que estas leis devem regular está em contínuo desenvolvimento:

uma grande quantidade de coisas são, portanto, abandonadas ao império do uso, à discussão dos homens cultos, ao arbítrio dos juízes (*op. cit., p. 3*).

Cabe, assim, ao juiz “penetrado pelo espírito geral das leis” decidir quanto a detalhes, aplicando os critérios estabelecidos pelas próprias leis. Assim, em todas as nações civilizadas, junto ao santuário das leis, se forma um conjunto de máximas, de decisões e de doutrina que constitui um verdadeiro suplemento desse santuário de leis. Parece desejável que todas as matérias fossem reguladas por leis, mas

---

<sup>1</sup> As citações foram extraídas do “Discours préliminaire du Premier Projet de Code Civil présenté en l’an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneau et Maleville” (Discurso preliminar do Primeiro Projeto de Código Civil apresentado no ano IX pelos Srs. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneau e Maleville), contidos no *Recueil complet des discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d’Etat et du Tribunal*, Paris, 1855, vol. I, pp. 1-23. (Coletânea completa dos discursos pronunciados por ocasião da apresentação do Código civil pelos diversos oradores do Conselho de Estado e do Tribunal.)

na falta de um texto preciso sobre cada matéria, *um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma série não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada*, funcionam como lei. Quando não há relação nenhuma com aquilo que está estabelecido e é conhecido, quando se trata de um fato absolutamente novo, remonta-se *aos princípios do direito natural*. Pois, se a previdência dos legisladores é limitada, a natureza é infinita e se aplica a tudo que pode interessar aos homens (*op. cit.*, p. 4).

A integração da lei deve acontecer, prossegue Portalis, recorrendo-se ao juízo de equidade, com referência ao qual ele afirma (polemizando com aqueles que querem que as decisões do juiz, não só em matéria penal como também na civil, sejam sempre baseadas numa lei, já que a equidade é subjetiva e arbitrária):

O arbítrio aparente da equidade é ainda melhor do que o tumulto das paixões (*op. cit.*, p. 5).

(O orador se dá conta da relatividade do juízo de equidade fundado numa avaliação pessoal e subjetiva do juiz, mas considera preferível resolver uma controvérsia mediante a decisão de um juiz, que age conforme critérios racionais, do que deixá-la para as reações emotivas das partes em conflito.)

Que a intenção dos redatores do art. 4º fosse a de deixar uma porta aberta ao poder criativo do juiz ressalta claramente do teor do art. 9º do *Livro preliminar* do projeto (artigo que foi eliminado no texto definitivo por obra do Conselho de Estado):

Nas matérias civis, o juiz, na falta de leis precisas, é um ministro de equidade. A equidade é o retorno à lei natural e aos usos adotados no silêncio da lei positiva.

(Nota-se como neste artigo, aliás no discurso de Portalis, distingue-se o direito civil do direito penal; é somente com referência ao primeiro que se admite o recurso a critérios diversos da norma positiva; o segundo, em lugar disto, deve ser fundado exclusivamente na lei, em homenagem ao princípio fundamental do pensamento jurídico iluminista-liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*, princípio que tende a garantir a liberdade do indivíduo contra os arbítrios do poder do Estado; em matéria penal, portanto, o caso de falta de uma norma positiva não pode se verificar, existindo a norma geral exclusiva segundo a qual tudo que não é proibido pela lei é permitido.)

Portalis, no seu discurso, repete quase literalmente o conceito de equidade expresso no art. 9º, ora citado (que, segundo parece, ele mesmo havia redigido):

Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. *Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas (op. cit., p. 5).*

A *ratio* do art. 4º do Código de Napoleão, na intenção dos seus compiladores, era a de evitar os inconvenientes de uma prática judiciária instaurada durante a Revolução, pela qual os juízes, quando não dispunham de uma norma legislativa precisa, se abstinham de decidir a causa e devolviam os atos ao poder legislativo para obter disposições a propósito. E isto em muitos casos era imposto pela própria lei revolucionária, que desejava estimular até o extremo o princípio da separação dos poderes; em outros casos eram sugeridos ao juiz critérios de prudência política, para evitar que, com a mudança das relações de força entre os vários grupos revolucionários, ele fosse responsabilizado pela aplicação de uma lei emanada de um grupo para combater um outro.

Os redatores do Código de Napoleão quiseram eliminar este inconveniente, ditando o art. 4º, que impunha ao juiz decidir em cada caso, e o art. 9º, que indicava os critérios com base nos quais decidir no silêncio ou, de qualquer maneira, na incerteza da lei. Eliminado o segundo artigo, o primeiro — considerado isoladamente e prescindindo dos motivos históricos que o haviam sugerido — é compreendido pelos primeiros intérpretes do Código de modo completamente diverso; isto é, é interpretado, assim, no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias. Tal artigo, de fato, tem sido um dos argumentos mais freqüentemente citados pelos juspositivistas, para demonstrar que, do ponto de vista do legislador, a lei compreende a disciplina de todos os casos (isto é, para demonstrar a assim chamada completude da lei).

É neste modo de entender o art. 4º que se fundou a escola dos intérpretes do Código Civil, conhecida como “escola da exegese” (*école de l'exégèse*); esta foi acusada de *fetichismo da lei*, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivesse em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.

A esta escola se contrapôs, perto do fim do século passado, uma nova corrente, a chamada *escola científica do direito*, que criticou a fundo a escola anterior e, com ela, as concepções do positivismo jurídico.

## 21. A escola da exegese: as causas históricas do seu advento.

Na verdade, o art. 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa. Isto acontece efetivamente na França com a *escola da exegese*, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto aquela que a sucedeu, a *escola científica*, assumiu este nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código.

Se buscarmos as causas que determinaram o advento da escola da exegese, nos parecerá possível agrupá-las em cinco pontos:

a) A primeira causa é representada pelo *próprio fato da codificação*. Esta serve, com efeito, como uma espécie de prontuário para resolver, se não todas, ao menos as principais controvérsias. Como pôs em evidência Ehrlich em seu trabalho já citado (*A lógica dos juristas*), os operadores do direito (juízes, administradores públicos, advogados) procuram sempre a via mais simples e mais curta para resolver uma dada questão. Ora, é indubitável que, existindo um Código, a via mais simples e mais curta consiste em procurar a solução no próprio código, desprezando as outras fontes das quais se poderia deduzir uma norma de decisão (costume, jurisprudência, doutrina etc.), sendo o manuseio destas fontes mais complexo e difícil do que o do direito codificado.

b) Uma segunda razão é representada pela *mentalidade dos juristas* dominada pelo princípio de autoridade. O argumento fundamental

que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o *princípio da autoridade*, isto é, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica; pois bem, com a codificação, a vontade do legislador é expressa de modo seguro e completo e aos operadores do direito basta ater-se ao ditado pela autoridade soberana. Essa mentalidade é expressa de maneira paradigmática pelo parecer formulado pelo Tribunal de Apelação de Rouen, com referência ao discurso preliminar de Portalis (do qual falamos amplamente no parágrafo anterior), discurso que foi distribuído juntamente com o texto do projeto do código para os órgãos judiciários superiores da França visando obter sua apreciação.

Este discurso parece conceder demasiado espaço ao juiz. Não há necessidade de reclamar, de provocar, por assim dizer, as interpretações, os comentadores, a jurisprudência locais. Estes flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e acabam por usurpar-lhe os direitos, reapareceram até depressa demais. Ai de nós em relação à época em que, como no passado, se buscará menos o que diz a lei do que aquilo que se a faz dizer! Onde a opinião de um homem . . . terá a mesma autoridade que a lei! Quando um erro cometido por um e sucessivamente adotado pelos outros, se converterá em verdade! Quando uma série de preconceitos coletados pelos compiladores, cegos ou servis, violentará a consciência dos juizes e sufocará a voz do legislador<sup>1</sup>.

c) Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificação jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado — a legislativa, a executiva e a judiciária — a três órgãos constitucionais distintos). Com base nesta teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei (nota-se como esta imagem reapareceu na expressão do Tribunal de Rouen, segundo o qual a reclamação por elementos normativos estranhos ao código *sufocaria a voz do legislador*).

d) Um outro fator de natureza também ideológica é representado pelo *princípio da certeza do direito*, segundo o qual os associados podem ter do direito um critério seguro de conduta somente conhecendo antecipadamente, com exatidão, as conseqüências de seu comportamen-

<sup>1</sup> Citação de: R. Saleilles, *Le Code Civil et la Méthode Historique*, em *Le Livre du Centenaire*, vol. I, p. 102.

to. Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.

A influência do princípio da certeza do direito na interpretação puramente exegética das normas jurídicas codificadas resulta claramente dos conceitos expressos por um filósofo do direito do século passado (que foi professor na Universidade de Turim), Matteo Pescatore, nos seus estudos sobre a *lógica do direito*<sup>1</sup>. Pescatore, detendo um elevadíssimo conceito do significado histórico da codificação, divide a história do direito em quatro épocas, a última das quais inicia com a Revolução Francesa e é constituída precisamente pela fase do direito codificado.

A codificação é uma verdadeira revolução na ciência da legislação. Faz com que, ao mesmo tempo, todas as instituições jurídicas seculares e imemoráveis se manifestem. Ela é o triunfo da razão jurídica natural (*op. cit.*, Pref., p. 6).

Pescatore, depois de haver repetido no texto de sua obra esse conceito, define assim as relações entre codificação e ciência jurídica:

A codificação . . . depura e estabelece nas ordens civis o predomínio seguro da razão jurídica natural, armada de lógica, ajudada e protegida pela legalidade . . . Não se pode supor, no entanto, que a codificação destrua todos aqueles elementos do passado que não adotou instantaneamente: não, ela só os faz desaparecer. Posteriormente, a doutrina, a lógica do direito, a jurisprudência os retomarão individual e serenamente em exame, restaurarão a nova vida e forma daqueles que não perderam toda razão de existir, incorporando-os e coordenando-os no novo organismo (*op. cit.*, p. 231).

A codificação representa, assim, uma etapa e não um compasso de espera no desenvolvimento do direito. A tarefa da doutrina é utilizar a tradição jurídica, trabalhando no interior da codificação, absorvendo tal tradição e incorporando-a no sistema legislativo. Pescatore chama de

<sup>1</sup> Ver: Matteo Pescatore, *A Lógica do Direito*, 2ª ed., Turim, UTET, 1883.

*lógica do direito* a ciência jurídica, precisamente porque sustenta que esta tenha somente uma tarefa puramente explicativa, e não criativa, e deva somente derivar conseqüências dos pressupostos que não são colocados pela própria ciência, mas exclusivamente pelo legislador; só assim, segundo esse autor, a doutrina jurídica pode garantir a segurança do direito. Realmente, no capítulo VII de sua obra, intitulado “Da lógica do direito e do princípio de legalidade”, ele, após ter anteposto que a forma do direito é uma regra certa; a sua razão é aquele processo lógico que põe um princípio e dele deduz todas as conseqüências (*op. cit.*, p. 64),

assim afirma: separado desta forma, o direito perde, por assim dizer, toda consistência objetiva e desaparece. Os cidadãos não encontram uma norma igual para todos, uma norma segura para seus atos civis; as disposições subjetivas dos juizes, os erros, as opiniões preconceituosas (se se tolhe a *juris ratio*, a forma lógica do direito, a regra certa) tomam o lugar do próprio direito. A inspiração se torna arbítrio e o arbítrio se torna beneplácito e favor, sempre injusto na administração da justiça, mesmo quando não seja torpemente viciado pela corrupção. Foi o gênio da jurisprudência que introduziu a lógica do direito e um admirável magistério impôs à justiça e à eqüidade a disciplina da razão jurídica (*op. cit.*, p. 65).

e) Um último — embora não menos importante — motivo é de natureza política. É representado pelas *pressões exercidas pelo regime napoleônico* sobre os estabelecimentos reorganizados de ensino superior do direito (as velhas Faculdades de Direito da Universidade haviam sido substituídas pelas *Escolas centrais* por obra da República, transformadas posteriormente sob o Império em *Escolas de Direito* e colocadas sob o controle direto das autoridades políticas), a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas (todas coisas inúteis, ou perigosas, aos olhos do governo napoleônico que, não esqueçamos, era nitidamente autoritário). A influência exercida pelo poder político no desenvolvimento das tendências positivistas é exemplarmente ilustrada pela mudança radical de orientação no próprio ensino ministrado entre 1804 e 1805 por um jurista da época, Morand. Segundo o que se diz num discurso comemorativo<sup>1</sup>, esse jurista (que antes de ser um jurista fora um

<sup>1</sup> Trata-se da comemoração realizada em 1839 por Blondeau, decano da Faculdade de Direito de Paris, citada por Julien Bonnetcase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 1924, nota 1, pp. 18-22, de quem transcrevi grande parte das informações e teses em torno da escola da exegese, no resto deste capítulo.

matemático) tinha, primeiramente, ensinado como titular de uma *cátedra de legislação* (que os próprios interessados não sabiam bem a qual disciplina se referia), uma espécie de teoria geral do direito (por ele chamada de direito natural), que pretendia individualizar “o modelo ideal de todas as leis positivas” (Bonnecase, *op. cit.*, p. 19). Pois bem, a despeito desses seus interesses nitidamente especulativos, entre 1804 e 1805, por ocasião da organização das Escolas de Direito, Morand “se converteu à exegese” e foi nomeado professor de Código Civil na escola de Paris. Como explica Blondeau,

a missão dos primeiros professores dessas escolas era substituir o vago ensino criado pela lei de brumário por um ensino positivo e prático. Todos se compenetraram excessivamente desta missão; desprezaram a filosofia e a história . . . (*op. cit.*, p. 21).

Este *novo curso* era fruto de instruções precisas vindas do alto, tanto assim que, como narra Blondeau:

um suplente que em Paris mantinha, entretentes, uma cátedra de direito romano, tendo ousado abandonar os planos de Heinécio e falar aos seus alunos das classificações de Bentham e da história de Hugo, recebeu uma reprimenda da autoridade superior e foi convidado a abster-se daí em diante das doutrinas alemãs (*op. cit.*, p. 21).

Podemos portanto concluir com Bonnecase:

Deduz-se do discurso de Blondeau que o governo imperial quase que ordenou a exegese, tendo as Faculdades de Direito por primeiro objetivo lutar contra as tendências filosóficas que se manifestavam, precariamente, aliás, na maior parte do tempo, no curso de legislação das escolas centrais (*op. cit.*, p. 19).

O espírito e o método da escola da exegese são expressos por uma afirmação, que se atribui a um expoente secundário de tal escola, Bugnet, que teria declarado:

Eu não conheço o Direito civil, eu ensino o Código de Napoleão (Bonnecase, *op. cit.*, pp. 29-30).

Seus alunos assim descrevem o modo no qual Bugnet concebeu e praticou a exegese no seu ensinamento:

Partidário do método analítico, ele comentava o Código na sua ordem. Tomava cada artigo, o lia lentamente, o dissecava, para usar sua expressão original, salientava todas as palavras em destaque, depois, visando tolher à teoria o pouco de abstrato que ela possuía . . . dava um exemplo vivo, animado, atraente (Bonniecse, *op. cit.*, nota 1, pp. 30-31).

## 22. A escola da exegese: seus maiores expoentes e suas características fundamentais.

A escola da exegese deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código.

A interpretação exegetica, aliás, é sempre o primeiro modo com o qual se inicia a elaboração científica de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador (veja-se, por exemplo, *a escola dos glosadores*, que constitui na Idade Média a primeira fase do desenvolvimento do direito comum fundado na compilação justiniana).

Há um episódio característico que ilustra quanto era enraizada na mentalidade dos juristas franceses da primeira metade do século XIX a interpretação exegetica. O primeiro estudo do Código de Napoleão no qual é abandonada a ordem legislativa com o intuito de seguir-se uma ordem diferente, fixada segundo critérios científicos, deve-se a um alemão, Karl S. Zachariae (homem de imensa cultura e de interesses multiformes, que se movia livremente da filosofia — foi inicialmente um kantiano de estrita observância — à história e ao direito; seu interesse pelo Código francês se explica, visto ter sido este muito difundido na Alemanha, devido à influência exercida pela ocupação napoleônica). Pois bem, quando o *Tratado sobre o direito civil francês* de Zachariae (uma das melhores obras sobre este assunto, por reconhecimento dos próprios franceses) foi traduzido pela primeira vez para o francês (como veremos, tal obra mereceu também uma segunda tradução mais importante), os tradutores (Massé e Vergé), para adequar a obra às concepções predominantes na França, abandonaram a ordem sistemática e retornaram à ordem do Código.

A história da escola da exegese (cujo conhecimento exige fundamentalmente a obra já citada de Bonnecase e a monografia *Les Interprètes du Code Civil*, de Charmont e Chausse, presente no *Livre du Centenaire*, vol. I) pode ser dividida, segundo Bonnecase, em três períodos: os primórdios (de 1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 em diante, até próximo do fim do século passado). Os maiores expoentes dessa escola, cujas obras apareceram precisamente durante a segunda fase de sua história, são:

— Alexandre DURANTON, que foi professor em Paris, e cuja obra fundamental é o *Curso de direito francês segundo o Código Civil (Cours de droit français suivant le Code Civil)* em 21 volumes publicados entre 1825 e 1837.

— Charles AUBRY e Frédéric Charles RAU (professores na Universidade de Estrasburgo), um binômio indissolúvel e cuja obra-prima é o *Curso de direito civil francês (Cours de droit civil français)* em 5 volumes, publicados na sua primeira edição entre 1838 e 1844. Esta obra suscitou muitas polêmicas acerca de sua originalidade e suas relações com o Tratado de Zachariae, porque nas suas duas primeiras edições foi apresentada como tradução deste último. Na realidade, nas edições posteriores foi passo a passo radicalmente reelaborada pelos dois autores franceses, de modo a constituir uma obra autônoma e original.

— Jean Ch. F. DEMOLOMBE, cujo *Cours de Code Napoléon*, em 31 volumes publicados entre 1845 e 1876, gozou nos seus tempos de uma fama extraordinária.

— E enfim TROPLONG, autor de *O direito civil explicado segundo a ordem dos artigos do Código*, uma obra em 27 volumes publicada a partir de 1833. Troplong é considerado o “filósofo”, isto é, o teórico da escola da exegese.

Os caracteres fundamentais da escola da exegese (tais como se deduzem principalmente dos Prefácios das obras dos seus maiores expoentes e do enfoque dos problemas de particular interesse teórico, como aquele das fontes, do método de interpretação etc.) podem, segundo o tratado de Bonnecase, ser fixados em cinco aspectos:

a) *Inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo*. Diante da bimilenar tradição cultural dos juristas, filósofos, teólogos relativa ao direito natural, os expoentes da escola exegética se sentem um pouco intimidados e não ousam negar *sic et simpliciter* tal direito, mas dele desvalorizam a importância e o significado prático, reduzindo-o a uma noção desprovida de interesse para o

jurista. Assim, por exemplo, Aubry e Rau, embora não negando “a existência de certos princípios absolutos e imutáveis, anteriores e superiores a toda legislação positiva”, afirmam, todavia, que “o direito natural não constitui um corpo completo de preceitos absolutos e imutáveis”, visto que tais princípios absolutos são muito vagos e podem ser determinados somente pelo direito positivo, ao qual exclusivamente se deve dirigir o jurista; o mote de Aubry era: “*toda a lei . . . nada a não ser a lei*” (Bonnetcase, *op. cit.*, pp. 161). Particularmente característica é a opinião de Demolombe, segundo a qual, embora existindo o direito natural distinto do positivo, ele é irrelevante para o jurista enquanto não for incorporado à lei:

O jurisconsulto não deve se prender a um modelo mais ou menos perfeito, a um tipo mais ou menos ideal; . . . o direito natural, para ele, não é sempre o melhor, nem o mais excelente; mas o direito natural possível, praticável, realizável é aquele, sobretudo, que se conforma e se assimila melhor ao espírito, aos princípios e às tendências gerais da legislação escrita; e eis por que penso que é sempre nessa mesma legislação que é necessário atingir, diretamente ou indiretamente, todas as regras das soluções jurídicas (Bonnetcase, *op. cit.*, nota 1, p. 170).

Demolombe efetua, pois, uma inversão tipicamente positivista das relações entre direito natural e direito positivo. Em lugar de mensurar a validade do direito positivo com base na sua conformidade com o natural, afirma que este último é tanto mais relevante quanto seja consagrado pelo primeiro. Esta inversão leva diretamente a uma formulação logicamente contraditória, no momento em que o autor diz que o direito natural não é necessariamente o melhor direito, dado que a própria definição de direito natural comporta a idéia da sua excelência e da sua superioridade relativamente ao direito positivo.

A escola da exegese impulsiona a concepção tradicional das relações entre direito natural e direito positivo também com respeito a um outro problema, o da aplicabilidade em via subsidiária do direito natural em caso de lacunas no direito positivo. Segundo a interpretação dada por Portalis no seu discurso preliminar (ver o § 20), o art. 4º do Código de Napoleão admitia tal função subsidiária do direito natural; mas a escola da exegese altera a interpretação desse artigo, afirmando que com base nele o juiz deve se fundar unicamente na lei para resolver quaisquer controvérsias. Assim Demolombe escreve:

Parece-me que também em matéria civil, se o sujeito ativo não invocar, para sustentar sua pretensão, nada senão uma pura regra de direito natural, não sancionada sequer indireta ou implicitamente pela lei, o juiz não deverá dispensar-lhe o benefício de suas conclusões [isto é, não deverá acolher seu pedido];

e, depois de haver indicado alguns aspectos da interpretação do art. 4º, o autor conclui que, com base nele,

o juiz não pode legalmente pretender que a lei não lhe proporciona os meios para resolver a causa que lhe é submetida (Bonnetcase, *op. cit.*, p. 168).

A interpretação do art. 4º dada por Demolombe leva portanto a afirmar o princípio da completude da lei.

b) Um segundo aspecto é representado pela concepção *rigidamente estatal do direito*, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no *princípio da onipotência do legislador*, do qual já falamos outras vezes; este princípio não coincide com a negação genérica do direito natural, porque importa também a negação de todo tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente o direito científico. As seguintes afirmações de Murlon podem ser consideradas uma sùmula das concepções do juspositivismo francês sobre o problema das fontes do direito:

Para o jurisconsulto, para o advogado, para o juiz existe um só direito, o direito positivo . . . que se define: *o conjunto das leis que o legislador promulgou* para regular as relações dos homens entre si . . . As leis naturais ou morais não são, com efeito, obrigatórias enquanto não forem sancionadas pela lei escrita . . . Ao legislador só cabe o direito de determinar, entre regras tão numerosas e, às vezes, tão controvertidas do direito natural, aquelas que são igualmente obrigatórias . . . *Dura lex, sed lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da razão da lei*: pois ele é instituído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob o pretexto de que a eqüidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, eqüidade mais eqüitativa do que a razão ou a eqüidade da lei (Bonnetcase, *op. cit.*, p. 150).

Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas, ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei; neste sentido um expoente de tal escola, D'Argentré, asseverava:

*Stulta sapientia quae vult lege sapientior esse* (Bonnecase, *op. cit.*, p. 151).

c) Desta atitude diante da lei nasce um terceiro aspecto do positivismo jurídico francês: *a interpretação da lei fundada na intenção do legislador*. Trata-se de uma concepção da interpretação que tem uma grande importância na história e na prática da jurisprudência, sendo acatada até os nossos dias. É perfeitamente coerente com os postulados fundamentais da escola da exegese: se o único direito é aquele contido na lei, compreendida como manifestação escrita da vontade do Estado, torna-se então natural conceber a interpretação do direito como *a busca da vontade do legislador* naqueles casos (obscuridade ou lacuna da lei) nos quais ela não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, e todas as técnicas hermenêuticas — estudo dos trabalhos preparatórios, da finalidade para a qual a lei foi emitida, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre uma dada disposição legislativa e as outras disposições etc. — são empregadas para atingir tal propósito. Distingue-se a vontade do legislador em *vontade real* e *vontade presumida*: busca-se a vontade real do legislador no caso em que a lei disciplina efetivamente uma dada relação, mas tal disciplinamento não fica claro a partir do texto da lei (então se busca, mediante investigações de caráter essencialmente histórico, o que o autor da lei pretendia efetivamente dizer); busca-se, em contrapartida, a vontade presumida do legislador (o que se resolve, em última análise, numa ficção jurídica), quando o legislador se omitiu em regular uma dada relação (lacuna da lei). Então, recorrendo à analogia e aos princípios gerais do direito, procura-se estabelecer qual teria sido a vontade do legislador, se ele tivesse previsto o caso em questão.

Contrapõe-se à interpretação fundada na vontade do legislador perto do fim do século passado a interpretação fundada na *vontade da lei*. Enquanto o primeiro método se baseia numa concepção *subjetiva* da vontade da lei (entendida como vontade do legislador que a pôs historicamente), o segundo se baseia numa concepção *objetiva* da vontade da

lei (entendida como o conteúdo normativo que a lei possui em si mesma, prescindindo das intenções dos seus autores); enquanto o primeiro método liga a interpretação da lei ao momento de sua emissão e comporta, portanto, uma interpretação *estática e conservadora*, o segundo método desvincula a interpretação da lei do contexto histórico no qual ela surgiu e permite uma interpretação *progressiva* ou *evolutiva*, isto é, uma interpretação que leva em conta a mudança das condições histórico-sociais.

d) A identificação do direito com a lei escrita traz como quarto aspecto o *culto do texto da lei*, pelo qual o intérprete deve ser rigorosamente — e, podemos bem dizer, religiosamente — subordinado às disposições dos artigos do Código. Esta posição é exemplarmente expressa nas seguintes palavras de Demolombe:

A minha máxima, a minha profissão de fé é: *os textos acima de tudo!* Eu publico um *Curso do Código de Napoleão*; tenho portanto por finalidade interpretar, explicar o próprio Código de Napoleão, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória, e a minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de tomar sempre por base os próprios artigos da lei (Bonnecase, *op. cit.*, p. 129).

e) O último aspecto da escola da exegese, que devemos destacar, é o *respeito pelo princípio de autoridade*. A tentativa de demonstrar a justeza ou a verdade de uma proposição, apelando para a afirmação de um personagem cuja palavra não pode ser colocada em discussão, é permanente e geral na história das idéias. Basta lembrar o *Ipse dixit*, isto é, o apelar para o ensinamento de Aristóteles (o filósofo, por excelência), com o que até o início da Idade Moderna se tendia a resolver qualquer questão científica ou filosófica. No pensamento científico e filosófico moderno, o princípio de autoridade foi completamente abandonado — não faria sentido hoje apelar para a palavra de um mestre (por maiores que sejam os seus méritos) para demonstrar a validade de uma proposição.

O recurso ao princípio da autoridade é, entretanto, ainda comumente praticado no campo do direito, e, pelo contrário, tal princípio é de máxima importância para compreender a mentalidade e o comportamento jurídicos. Tal recurso não se deve a um mau hábito dos juristas (isto é, ao fato de o pensamento jurídico permanecer numa fase pré-científica), mas à própria natureza do direito, que é uma técnica de organização

social, que deve estabelecer, de modo obrigatório para todos os concidadãos, o que é lícito e o que não é. Se os juristas devessem proceder exclusivamente com base em afirmações racional ou empiricamente verificáveis, não poderiam cumprir sua função, visto que não seria sempre possível chegar a um juízo unânime, cientificamente fundado, sobre o que é lícito e o que não é. Por isto se torna necessário atribuir a uma pessoa qualquer o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto, de modo que sua decisão não possa ser colocada em discussão, e conseqüentemente os juristas possuem um seguro *ubi consistam* em seu raciocínio: este personagem é precisamente o legislador.

Ora, na escola da exegese o recurso ao princípio de autoridade é particularmente pronunciado não só pelo absoluto respeito que seus expoentes têm pela lei, como também pela grande autoridade da qual gozaram alguns dos primeiros comentadores do Código, cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores como se fossem outros tantos dogmas.