

## INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DAS IDEIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS

**Cláudio Brandão**

Professor Titular da Faculdade de  
Direito do Recife – UFPE e da  
Faculdade Damas da Instrução  
Cristã

**Resumo.** Este trabalho objetiva investigar as linhas mestras que caracterizam os diversos “Direitos” contemporâneos, identificando os elementos de conexão e interseção entre aquelas ciências jurídicas. Para tanto, buscar-se-ão as linhas mestras do sistema hodiernos do Direito, que se traduzem nas instituições comuns que dão existência aos mais diversos sistemas estatais, além das correntes que deram o suporte teórico para o desenvolvimento destas referidas linhas mestras.

**Palavras-chave.** Escola Histórica. Escola da Exegese. Instituições. Direito contemporâneo.

**Abstract.** This paper aims to investigate the guidelines that characterize the various systems of contemporary law, identifying the elements of connection and intersection of these legal sciences. To do so, they will pick-up the outlines of the modern-day system of law, which are reflected in public institutions that give existence to various state

systems, besides the chains that gave theoretical support for the development of these mentioned guidelines.

**Keywords.** Historical School. School Exegesis. Institutions. Contemporary law.

## 1. Objetivo do estudo

No mundo ocidental hodierno, diferenças profundas entre os sistemas jurídicos dos Estados podem ser facilmente encontradas. Se observarmos, por exemplo, a questão das fontes do Direito, no Brasil há a primazia da lei enquanto fonte e no Reino Unido há a primazia do costume reconhecido pelo precedente judicial enquanto tal. Para além das diferenças entre os sistemas jurídicos dos Estados, tem-se ainda a jurisdição internacional e o Direito Internacional vigente, que traduzem parte do Direito de nossa época e não podem ser deixados a parte na reflexão sobre o estado-da-arte do Direito do tempo presente. Neste panorama, cabe uma importante missão à História do Pensamento Jurídico: buscar as linhas mestras que caracterizam os diversos “Direitos”,

identificando os elementos de conexão e interseção entre aquelas ciências jurídicas.

Porém, antes de abordarmos dita missão, um esclarecimento se faz indispensável. Não podemos confundir história com *passado*. Do mesmo modo, a História do Pensamento Jurídico não significa a história das ideias do passado jurídico, pois o transcende em muito. Com efeito, a história do direito do tempo presente é um capítulo deveras importante, que compreendido a partir do método da história, reveste de cientificidade a reflexão sobre o momento jurídico presente, possibilitando não somente a crítica deste objeto, mas também a sua contínua transformação.

Por questões didáticas, assimilamos por Idade Contemporânea o período compreendido desde a Revolução Francesa de 1789, no final do Século XVIII, até o tempo presente. Neste panorama, a História do Direito contemporâneo se estende do Século XVIII até os dias atuais e a busca de suas linhas gerais não dispensa a reflexão sobre as bases que estabeleceram as características comuns aos diversos sistemas, para após tratarmos das grandes linhas que os caracterizam.

As linhas mestras do sistema contemporâneo do Direito se traduzem nas instituições comuns que dão existência aos mais diversos sistemas estatais que, para além de se caracterizarem como um conjunto de teorias racionalmente compreensíveis, integram a estrutura de poder da Jurisdição. São linhas comuns do Direito ocidental da contemporaneidade: o primado da Constituição no sistema de normas do Direito, e o monopólio do Direito pelo Estado, com a tendência da lei ser erigida a principal fonte do Direito.

Por bases do Pensamento Jurídico contemporâneo tomamos as correntes que deram o suporte teórico para o desenvolvimento das linhas mestras do nosso sistema jurídico atual, são elas a Escola da Exegese e a Escola Histórica. Não se pense, entretanto, que essas escolas são apontadas como correntes teóricas básicas porque resumem todas as linhas de pensamento que surgem a partir do século XIX. Na verdade, a Escola da Exegese e a Escola Histórica estão na base das correntes teóricas contemporâneas porque representam linhas de pensamento que

lidam ora com a lei e ora com o costume como principal fonte do Direito. É pelas fontes do direito que estas escolas ganham representatividade no pensamento jurídico contemporâneo.

## 2. A constituição e o seu primado no ordenamento jurídico

O termo *constituição* é conhecido desde o Direito Romano. Nele, era tido como o ato do Imperador, mas a partir do século XVIII esse vocábulo revestiu-se de uma especial conotação. Com a afirmação do Estado Nação e a construção teórica advinda do Direito Natural racionalista, engendradas a partir da Modernidade antropocentrista, a constituição foi o termo escolhido para designar a norma que fundamenta o conjunto de estruturas políticas do Estado, que se desvelam em seus órgãos legislativo, judiciário e executivo, mas também o conjunto de garantias traduzidas na enumeração das liberdades públicas do indivíduo. Ela traduzirá a condição para que um Estado seja considerado como Estado de Direito, pois será tida como a lei suprema do

Estado, que ao organizá-lo, estabelecerá os próprios limites à sua atuação<sup>1</sup>. Não é sem razão, por conseguinte, que no fim do referido século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão estabelecia, promulgada pelos revolucionários, estabelecia que o país que não tivesse a separação de poderes e a garantia de Direito não teria uma Constituição. A garantia de direitos significava que entre o indivíduo e o Estado havia uma direta relação, por isso se diz que

“a Revolução  
Francesa deu origem  
a um direito muito  
individualista. o

---

<sup>1</sup>Sobre os limites que a constituição exerce ao tempo da Revolução Francesa, veja-se BARÓ PAZOS: “el Constitucionalismo confiere carta de naturaleza como Ley Suprema a la norma fundamental del Estado, que pone limites a la actuación del mismo sobre la sociedad, estableciendo las bases de su organización.” PAZOS, Juan Baró. *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*. Santander: Universidad de Cantabria. 1992. P.14.

indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado, quanto no domínio do direito público”<sup>2</sup>.

Aqui, o papel do direito natural racionalista precisa ser bem ressaltado. O Direito Romano fazia a distinção entre Direito Público e Direito Privado com vistas a se ocupar deste último. O Direito Público, exercido por quem detinha o *jus honorum*, isto é, os patrícios, não estava diretamente ligado ao *jus*, mas sim a *leges* e às instituições da magistratura romana. O direito natural racionalista, ao buscar na razão humana o fundamento do Direito, abriu o caminho para que o Direito Público, que também deve ser uma atividade racional, passasse a ser matéria afeta ao jurista, de modo que tanto o exercício do poder quanto às relações com o súdito do Estado não

---

<sup>2</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2003. P.413

teriam nenhum motivo para serem subtraídas ao Direito. Precisa, sobre o tema, a síntese de René Davi:

“A escola do direito natural [racionalista] obteve dois êxitos espetaculares. Em primeiro lugar, fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre governante e governados, entre a administração e os particulares. O direito romano formulava a distinção do direito público e do direito privado, para deixar de lado o direito público; os juristas, prudentemente, não

se aventuravam nesse domínio reservado e perigoso”<sup>3</sup>.

As relações entre governantes e governados supõem a separação das funções estatais, por isso Montesquieu, descreve a separação dos poderes, na obra *O Espírito das Leis*, e intitula esse capítulo *Da Constituição da Inglaterra*. A palavra Constituição, portanto, é associada à forma de governar e ao regime político do Estado, tratando, pois, esse diploma normativo que surge, de regular a parte mais nobre do Direito Público, isto é as relações que estão na base do exercício do poder estatal.

Antes da Revolução Francesa, embora também no mesmo período histórico, situado no final do século XVIII,

“a ideia de fixar os princípios do direito público numa

---

<sup>3</sup>DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo.Martins Fontes. 1996. P.51.

constituição escrita já  
tinha sido posta em  
prática nos Estados  
Unidos, inicialmente  
nos onze dos treze  
Estados que tinham se  
declarado  
independentes (176-  
1780: New  
Hampshire, Carolina  
do Sul, Virgínia, Nova  
Iorque,  
Massachussets, etc) e,  
depois, na  
constituição federal  
de 1787. (...) As  
constituições contém  
também uma  
enumeração das  
liberdades públicas,  
um *Bill of Rights*,  
uma Declaração dos

Direitos do Homem”

4.

A partir da segunda metade do século XIX, a temática da constituição ganhou centralidade em todo o Direito Público<sup>5</sup>, passando a ser ela o norte para a reforma do Direito. Esses princípios de Direito Público, fixados na constituição, serviriam como diretriz para a reforma de todo o sistema jurídico de determinado Estado, consagrando nele o ideal, já presente no Direito natural racionalista, de limitação às ações do Estado com base nos Direitos básicos da Pessoa Humana, dentre os quais está o respeito à liberdade individual. Neste sentido, veja-se o exemplo trazido por Koselleck, o qual afirma que a concretização no Direito dos ideais de liberdade humana e moralidade foram

---

<sup>4</sup>GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*.

Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2003. P.419.

<sup>5</sup>BRUNDAGE, Anthony; COSGROVE, Richard. *The Great Tradition: Constitutional History and National Identity in Britain and The United States 1870-1960*. Stanford: Stanford University Press. 2007. P.1

materializadas na Prússia, a partir do século XIX, através da Constituição, a qual possibilitou e a reforma do Direito, que apontou para o progresso<sup>6</sup>.

### 3. Monopólio do direito pelo Estado e a lei como principal fonte do Direito.

A instituição da lei como principal fonte do Direito foi a natural consequência do jusnaturalismo racionalista da modernidade<sup>7</sup>, pois a lei era defendida como sendo uma obra-prima da razão, que possibilitava a abstração de modelos de conduta, através de esquemas gerais que estabelecem no plano da lógica e do raciocínio

---

<sup>6</sup>KOSELLECK, Reinhart. *Preußen zwischen Reform und Revolution*. München:Klett-Cotta. 1975. P.160.

<sup>7</sup>PAZOS, Juan Baró. *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*. Santander: Universidad de Cantabria. 1992. P.11. LEVAGGI, Abelardo. *Manual de história del derecho argentino*. Buenos Aires:Depalma.1991.P.169.

dedutivo a ação esperada pelo Direito e, assim, regulada por ele.

Mas não é só. A identificação do Direito à lei possibilitava ainda afastar uma realidade constatada no passado anterior ao período contemporâneo: o pluralismo jurídico. Tal pluralismo jurídico significava a existência de diversas ordens jurídicas – aí incluído o Direito Canônico – que eram tidas como fontes do Direito, inclusive algumas que não eram produzidas pelo Estado, como é o caso do Direito natural, as quais coexistiam em um mesmo território. Desta monopolização do Estado, resultou como conseqüência o afastamento do Direito Natural do discurso jurídico e, em substituição deste último, afirmou-se o Direito Positivo, por paradoxal que aparente, pois foi o Direito Natural racionalista que possibilitou este panorama.. Diz-nos Kirste que

“positivo’ significa, neste contexto, que a norma jurídica é produzida por uma decisão humana, não

derivando da  
'natureza' a sua  
existência".<sup>8</sup>

Quando o Direito foi identificado com a lei, que era produto de um dos poderes do Estado, criou-se o panorama para a monopolização do Direito por parte do Estado, que será uma tendência afirmada de maneira contundente com a *codificação*. Embora a idéia de codificação não seja produto da Idade Contemporânea, a reunião em uma lei de normas que contemplassem todo um ramo do Direito, chamada de Código, o é. Após a Revolução Francesa, foi a Assembléia Nacional Constituinte que determinou a elaboração de um Código Civil para a França, que representava uma lei única para todo o território contendo todo aquele ramo do Direito. Tal Assembléia não conseguiu, entretanto, elaborar o planejado Código Civil, porém elaborou um Código Penal e um Código de Polícia Correccional, que

---

<sup>8</sup>KIRSTE, Stephan. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt:WBG. 2010. P.104.

representava a compilação das normas de processo penal<sup>9</sup>.

O primado da lei e a codificação, portanto, se afirmaram a partir do início da Idade Contemporânea como instrumentos para unificar o Direito e centralizá-lo nas mãos do Estado, que passaria a ser o único produtor da norma jurídica. Neste panorama, o antigo arbítrio judicial, que se verificara desde o Direito romano, não poderia mais ter lugar – segundo a ideologia da época – pois criação do Direito seria um processo exclusivo do Estado pelo poder legislativo. Há, por conseguinte, pela lei e pela codificação, a monopolização estatal das fontes do Direito.

Mas não é só. A codificação representaria a própria superação das instituições do antigo regime, que seria substituída por um ordenamento de leis e que conduziria ao que foi chamado posteriormente de Estados de Direito, o qual seria resumido na submissão da ação estatal à própria

---

<sup>9</sup>GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*.

Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2003. P.451.

lei criada pelo próprio Estado, por meio do seu poder legislativo. Tal desiderato era uma meta do liberalismo burguês o qual está em conexão com o desenvolvimento normativo dos Direitos Naturais, que garantido os Direitos individuais frente à ação do Estado, realizariam o citado Estado de Direito. Pedro Barbas Homem assevera que

“a codificação do direito privado constitui uma condição para a realização do projeto liberal. Cada um dos códigos projectados corresponde ao desenvolvimento normativo de direitos naturais e liberdades em concreto: o Código Civil tutela a propriedade; o Código Penal a

liberdade e o direito à  
segurança.”<sup>10</sup>

A codificação transcende em muito ao domínio do Direito, com efeito, é ela o traço marcante do século XIX, dominado pela novel classe social burguesa. Em verdade, parafraseando Baró Pazos, a codificação do direito é um processo que conduziu à supressão das velhas estruturas jurídicas do Estado do Antigo Regime, com a conseqüente substituição do Direito anterior por um novo ordenamento jurídico, iniciando-se no fim do século XVIII e se desenvolvendo ao largo de todo o século XIX. A codificação foi mais do que um fenômeno propriamente jurídico, pois representou um traço definitivo de uma época histórica, na qual surge um novo Estado e uma nova sociedade denominada classe burguesa; por tudo isso a codificação comporta uma séria de

---

<sup>10</sup>HOMEM, António Pedro Barbas. *A lei da liberdade*. V.1. Estoril:Principia. 2001. P. 190.

conotações políticas, sociais e econômicas, que transcendem as estritamente jurídicas<sup>11</sup>.

Note-se que esta nova classe social, a burguesia, ao defender – e posteriormente implementar – a vinculação do Direito à lei como expressão de racionalidade, procurou também desqualificar a ordem jurídica anterior, imputando-a como irracional e injusta <sup>12</sup>, conclusão esta que a investigação histórica desnuda como uma grande mentira. Hespanha nos alerta que certas historiografias jurídicas encobrem deliberadamente que o ordenamento pré-oitocentista foi essencialmente pluralista, no

---

<sup>11</sup>PAZOS, Juan Baró. *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*. Santander: Universidad de Cantabria. 1992. P.11.

<sup>12</sup>PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e direito. In: *Discurso e Direito*, Organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Santa Catarina:Boiteux. 2006. P.134.

qual a lei era tida como fonte minoritária e subordinada<sup>13</sup>.

Graças à ideologia que defende a lei como expressão da racionalidade, a imensa maioria dos países ocidentais têm na lei a principal fonte do Direito, como é o caso do ordenamento jurídico brasileiro, e mesmo nos países nos quais a dita lei não tem o *status* de fonte principal do Direito, ela não deixa de existir, como se dá nos ordenamentos jurídicos inglês e norte-americano.

#### 4. Escola da Exegese

A Escola da Exegese foi um movimento intelectual surgido na França que representou, pela identificação da lei com o Direito, uma ruptura com o pluralismo jurídico que existia no Direito Medieval e em boa medida no Direito Moderno. Como tal, não se pode desvincular esta Escola do que foi exposto no item anterior,

---

<sup>13</sup>HESAPANHA, António. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1993. Pp. 13-14 e P.51.

nomeadamente, o monopólio da produção do Direito nas mãos do Estado e o primado da lei como fonte. Nesta escola

“sob a influência do racionalismo moderno os defensores do positivismo jurídico [da Escola da Exegese] assemelharam o direito aos sistemas axiomáticos da geometria ou da aritmética, tentando modelar o Direito segundo ciências consideradas objetivas e impessoais, das quais se deve suprimir tudo que for subjetivo e decorrente, por esse motivo, do arbítrio. O

positivismo jurídico [da Escola da Exegese] elimina no Direito todo recurso aos juízos de valor, à idéia de justiça, ao Direito Natural e a tudo que concerne à moral, à política ou à ideologia. A razão jurídica se converte em um cálculo”<sup>14</sup>.

Com efeito, coexistiam com as normas jurídicas emanadas pelo Estado, principalmente durante o período da modernidade, fontes do Direito não estatais, como o costume, os privilégios das cidades e das corporações, os *Canones* da Igreja Católica e o Direito Canônico, dentre outros. Não era, portanto, o Estado o único “produtor” do Direito. A coexistência de ordens jurídicas que se

---

<sup>14</sup>LEÓN GÓMEZ, Adolfo *et ali*. *Argumentación: actos lingüísticos y logica jurídica*. Santiago de Cali.Universidad del Valle. 1998. P.110

estabeleciam ao lado da ordem jurídica do Estado foi denominada de pluralismo jurídico. Pois bem, o pluralismo jurídico perdeu a sua força na Idade Contemporânea e a Escola que deu o suporte teórico para a identificação do Direito com o Estado foi a Escola da Exegese.

O direito natural racionalista do século XVII foi um importante fator para o surgimento na França da Escola da Exegese. Defendia o direito natural racionalista que o direito decorre da natureza sociável do homem, por isso essa corrente do direito natural é *antropocêntrica*. Em que pese ter em comum com as outras correntes do direito natural a concepção da existência de uma ordem jurídica anterior e superior à ordem jurídica estatal, há um ponto que distingue o direito natural racionalista. Explique-se: a ordem jurídica anterior e superior à ordem jurídica estatal tem natureza antropocêntrica, a fonte dela é, em última análise, a *razão humana*.

Foi o antropocentrismo do direito natural racionalista que possibilitou o deslinde da codificação e da Escola da Exegese. Com efeito, tanto a lei quanto o direito natural racionalista

possuem o mesmo fundamento, nomeadamente a *razão humana*, e tal fundamento possibilitará a defesa no plano das ideias de dois pilares fundamentais. A primeira é a possibilidade de obter um direito em conformidade com a razão universal, materialmente justo e abstratamente estabelecido através de uma fórmula escrita geral. A segunda ideia decorre da lógica silogística, que traduz, na filosofia aristotélica, a forma perfeita de raciocínio: a subsunção do caso, que seria a premissa menor, à fórmula racional escrita, abstrata e geral, que é a premissa maior. É na adequação do caso à fórmula abstrata que se resolverá, perante o Direito, a situação conflituosa posta, significando que a forma perfeita de raciocínio, segundo a lógica dedutiva, era o mecanismo por excelência para dar forma ao que dá o próprio fundamento material do direito: a razão humana.

Para a Escola da Exegese o juiz era o porta-voz da lei. Não caberia ao juiz, ao dar a decisão, pronunciar-se sobre a razoabilidade ou a justiça da solução legal, pois tal escola não questiona se solução legal é aceitável. Muito ao contrário, a

solução legal deveria se impor ainda que causasse flagrante injustiça e fosse deveras irrazoável, pois o juiz não é nada mais do que um servo da lei, não lhe cabendo criar o Direito, mas sim aplicar a dita lei<sup>15</sup>. Neste contexto, a Escola da Exegese defendia que o Direito é um conhecimento objetivo e impessoal, pois ele se baseia tão somente em um processo de dedução legal, já que o Direito positivo é identificado com a vontade do legislador<sup>16</sup>. Tal objetivação se deveu à influência que exerceu no método desta escola os modelos axiomáticos das ciências da natureza (*v.g.*, geometria e da aritmética), os quais modelaram o Direito segundo aqueles critérios de objetividade e impessoalidade. Como nas ciências naturais, a

---

<sup>15</sup>MARTINÉZ, Faustino Martínéz. Teorías de la interpretación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N.8. Madrid:Universidad Carlos III. 2004–2005. P.283

<sup>16</sup>CISCATO, Constanza; TODESCAN, Franco (organizadores). *Percorsi contemporanei del diritto naturale*. Padova:CEDAM. 2010. P.251

exegese defendia a existência uma separação absoluta entre as funções do Direito, pois o criador do Direito, que é o legislador, não se confunde com o seu aplicador, que é o juiz. Dito juiz deve, ao decidir o caso, se utilizar de um processo lógico dedutivo, baseado em um raciocínio silogístico, no qual a lei é a premissa maior, o caso é a premissa menor e a sentença, que representa a conclusão deste raciocínio, é o resultante da adequação do caso ao comando constante na lei.

Cabe ao juiz, assim, não o papel da criação do Direito (já que este está perfeito e acabado na lei do Poder Legislativo do Estado), mas tão somente velar para que a solução legal seja implementada nos casos submetidos a sua jurisdição. É por isso que o juiz é identificado como a boca da lei por esta Escola.

Neste panorama, a Escola da Exegese defendeu que a matéria prima por excelência do Direito é a lei. Segundo Levaggi, antes da codificação, o direito racionalista estava divorciado da lei, mas após a promulgação dos

códigos, Direito e lei foram considerados como sinônimos<sup>17</sup>.

A lei é apresentada como única fonte do Direito, que não se dissocia do Estado, pois é criada por este último. Quando a Escola da Exegese, que se enfatize, surgiu na França, identificando o Direito à lei, “cultuava” esta última, o Código Civil de Napoleão – *rectius*, a lei civil da França, que é de 1804 – foi o instrumento que possibilitou a unificação do Direito naquele país. Através da lei, por conseguinte, unificou-se todo Direito em torno da norma legal abstrata do Estado, rompendo-se com o pluralismo jurídico e se realizando o ideal racionalista, que reduzia a fórmulas gerais e prévias, aplicadas a partir de um mecanismo da lógica – o silogismo – o qual representava a forma perfeita de raciocínio. Pela lei, o Estado encerrava todo o processo de criação e distribuição do Direito em si, surgindo nesta época a identificação do Direito com o Estado, pois todo o

---

<sup>17</sup>LEVAGGI, Abelardo. *Manual de história del derecho argentino*. Buenos Aires:Depalma.1991.P.178

Direito emanava dele, sendo denominado de Direito Positivo. Portanto, o Direito Positivo é o Direito produzido pelo Estado, válido e vigente em todo o território estatal.

Neste panorama, a Escola da Exegese defendeu o que se chama de Positivismo Legal ou, ainda, Direito Positivo Legal. Isto é, o Direito válido e vigente é do Estado, que o monopoliza, criando-o a partir da lei.

## 5. Escola Histórica

A Escola Histórica do Direito, surgida na Alemanha, tem sua criação conectada com a Escola da Exegese francesa. Ainda no Século XIX, precisamente dez anos após o Código Civil de Napoleão, isto é, em 1814, surgiu um opúsculo intitulado **Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha** (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*), escrita pelo romanista da

Universidade de Heidelberg Anton Friedrich Justus Thibaut<sup>18</sup>.

O panorama social e político que serve como pano de fundo para a obra de Thibaut foi fundamental para compreendê-la. Em 1806 o Sacro Império Romano Germânico foi formalmente dissolvido, com a renúncia do último Imperador Francisco II, em face das derrotas sofridas frente ao Império Napoleônico. Após a citada renúncia, em 1807, foi celebrada a paz de Tilsit com a França, depois de nova derrota do exército da Prússia frente às forças francesas, que acarretaram a perda dos territórios a oeste do Elba. Como nestes territórios era aplicado o Código Civil de Napoleão, Thibaut, após o período de dominação francesa, que durou cerca de seis anos, propôs que a exemplo dos antigos dominadores, a Alemanha também possuísse um Direito Civil unificado.

---

<sup>18</sup> MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte. eine Einführung*. Köln:Böhlau. 2008. P.271.

À proposta de Thibaut reagiu Savigny, contrapondo-se a ela. É desta reação que surgiu a Escola Histórica do Direito. De pronto, Savigny deixou claro que era favorável a codificação do Direito, por isso ele concluiu o seu escrito contra a proposta citada afirmando que está, no ponto referente necessidade de um código para a Alemanha, de acordo com Thibaut, *verbis*:

“Quanto à finalidade estamos de acordo: queremos a construção de um direito não duvidoso, que assegure contra as usurpações da arbitrariedade e das injustiças; esse direito tem que ser comum para toda a nação e deve ser realizado

com todos os esforços científicos.”<sup>19</sup>.

Contudo, asseverava que dita codificação somente poderia traduzir o direito científico se ela fosse feita da maneira oportuna, pois a pressa na realização do código não era compatível com a cientificidade do Direito. Isto porque o código não poderia representar um ato despótico do legislador, mas sim deveria representar, através dos costumes jurídicos e hábitos do povo, o seu próprio espírito.

O Direito científico, dizia-nos Savigny, não brota de um ato de arbítrio do legislador, ao contrário, brota dos hábitos e costumes do povo, devendo ao Estado, por seu legislador, reconhecer esse Direito aparecido do costume e transformá-lo em lei. O Direito positivo, que é o Direito do Estado, para a Escola Histórica não era

---

<sup>19</sup>SAVIGNY, Friedrich von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr, 1928. P.161.

propriamente uma criação estatal, mas era um signo reconhecido pelos legisladores, sendo sua verdadeira fonte o Espírito do Povo (*Volksgeist*).

Deste modo a Escola Histórica, ao defender que a fonte própria do Direito é o Espírito do Povo, pregava que ele era uma obra intuitiva e inconsciente de um Estado, que se exteriorizava através do costume jurídico. Este último era composto pela sucessão reiterada de atos pelo povo aliado à convicção da obrigatoriedade dos mesmos, sendo um dado histórico determinado e determinável. Assim, sintetiza Meder que “o Espírito do Povo não é outra coisa senão a consciência da coletividade, que naturalmente refere-se a um momento determinado, e que liga no sentido de unidade uma Nação”<sup>20</sup>.

Assim, a filosofia do racionalismo, que está na base da Escola da Exegese, que surgiu na Idade Moderna e construiu as bases teóricas do Direito Natural racionalista foi substituída pela Escola

---

<sup>20</sup> MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte. eine Einführung*. Köln:Böhlau. 2008. P.277.

Histórica por outra corrente do pensamento, nomeadamente o historicismo.

Com efeito, um autor tem especial importância no Século XIX: Hegel. Essa especial importância está conectada com a Escola Histórica, porque é Hegel o principal autor da corrente de pensamento que se chama historicismo filosófico.

Para Hegel a história da filosofia não representava apenas o ponto culminante de toda a filosofia até então produzida, em um processo no qual se compreende uma trajetória de conceitos da lógica, da metafísica, da estética, etc. Para além disso, a história da filosofia representa a própria essência da filosofia, pois o autor não dissocia a história da razão. Por isso se diz que Hegel “foi um pensador do século XIX sem perder a consciência das razões do século XVIII”<sup>21</sup>.

Com efeito, Hegel afirmava que a filosofia de um povo nasce a partir da busca de sua identidade, verificando-se quando uma nação

---

<sup>21</sup>Veja-se, sobre o tema, o capítulo da Fenomenologia do Espírito ao Espírito da Fenomenologia, escrito por Nelson Saldanha.

identifica os seus valores fundantes. O resultado produzido por essa busca é denominada por Hegel de Espírito do Povo (*Volksgeist*).

Na Escola Histórica, o Direito passou a ser concebido como uma manifestação dinâmica, produto do costume historicamente reconhecível, que traduz o conceito hegeliano de Espírito do Povo. Enquanto manifestação dinâmica o Direito é um saber historicamente determinável, variando tanto no espaço, quanto no tempo, conforme o referido Espírito do Povo. Neste panorama, a diferença entre esta escola e a anterior reside no fato do Direito não poder ser vinculado ao arbítrio do legislador, mas sim costumes determinados e determináveis, que são a manifestação cultural decorrente do citado Espírito do Povo<sup>22</sup>.

#### Na Escola Histórica

“o Direito seria  
aquele fixado nos  
institutos jurídicos

---

<sup>22</sup>LEVAGGI, Abelardo. *Manual de história del derecho argentino*. Buenos Aires:Depalma.1991.P.184-185.

pelo costume de um povo, que inclui mesmo a legislação. Isto não sem a ativa intervenção do saber dos juristas. O saber jurídico consolidar-se-ia e aprofundar-se-ia, pelo labor analítico- sistemático dos juristas, aumentando a compreensão dos institutos jurídicos, como a propriedade, o casamento, o contrato, que derivam do Espírito do Povo.”<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup>CASTRO JÚNIOR, Torquato. A jurisprudência dos interesses e a questão da obediência à lei. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*. Nº14. Recife:UFPE.2004. P.304.

Deste modo, a Escola Histórica, na sua busca pelo direito do Espírito do Povo, não tinha um respeito absoluto pelas fontes estatais, isto é, tinham uma postura oposta aos defensores da Escola da Exegese, pois caberia ao jurista a construção das normas. Por isso Savigny defende o uso com grande liberdade das fontes romanistas e do próprio direito do estado – *rectius*, o direito positivo – pois ambos são vistos como a matéria-prima através da qual a ciência jurídica extrai os princípios-guia que possibilitam a construção do direito científico, aquele que traduz o tão mencionado Espírito do Povo. Registre-se, com relação ao direito romano, que Savigny reconhece nele um direito construído ao longo de um grande espaço de tempo, mas que chegou até seu tempo compilado no período de sua decadência, que era o período de Justiniano<sup>24</sup>, por isso esse direito não

---

<sup>24</sup>SAVIGNY, Friedrich von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg; Mohr. 1928. P.28.

poderia ser aplicado tal como foi em sua época histórica.

Como se vê, a Escola Histórica não desprezou o Direito romano e um discípulo de Savigny, Georg Putcha, potencializará a utilização deste direito romano, criando uma “segunda fase” da Escola Histórica: a Pandectística. Rudolf von Jhering, identificando a semelhança de orientação entre a Escola Histórica, de Savigny, e a Pandectística, de Putcha, denominou-as de Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

Assim como Savigny, Putcha também defendia que a noção de direito e de povo são conceitos inter-relacionados, mas foi a partir do direito romano, que a Pandectística procurou produzir generalizações para solucionar os casos levados à decisão dos juízes. Para tanto, Putcha procurou classificar e sistematizar conceitos e situá-los em esquemas abstratos, que seriam aplicados como regras lógicas do direito.

Nesta toada, a Pandectística construiu esquemas a partir do direito romano para regular as coisas, as ações e as pessoas. Sobre o tema,

traga-se à colação a síntese elaborada por Mário Losano:

“Para Putcha, objetos de direito podem ser: I) coisas; II) ações; III) pessoas. Esta última categoria era, por sua vez, dividida em três classes: 1) pessoas diversas de nós mesmos; 2) pessoas que existiram fora de nós mas que agora se tornaram parte de nós mesmos; 3) nós mesmos como pessoas. Essa classificação é nova, ainda que discutível, e dá novos impulsos à ciência jurídica”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup>LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2008.P.344.

As generalizações lógicas dos princípios jurídicos em fórmulas conceituais, operada pela Jurisprudência dos Conceitos, sobretudo a partir da Pandectística, conduziu a afirmação do formalismo, que materialmente se identifica com o proposto pela Escola da Exegese. Isto porque em ambos os casos o juiz decidiria segundo esquemas lógico-abstratos prévios ao caso em exame, o que conduziria ao distanciamento da valorização da realidade social, que é dinâmica, em prol de um sistema de conceitos produzidos pelos juristas, que é um quadro estático.

Esse quadro estático foi denunciado por Heck, que criou um movimento de oposição à Jurisprudência dos Conceitos, denominado de Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*). A noção de interesse, que já tinha sido utilizada por Jhering para designar o Direito Subjetivo, foi retomada para designar a finalidade da própria dogmática jurídica: era a dogmática uma técnica destinada a tutelar interesses socialmente relevantes. Como um saber dirigido a atingir fins, o direito era um saber prático, que tinha sua racionalidade vinculada a

sua funcionalidade de decidir o caso concreto, através de soluções práticas que resolvessem as lides submetidas à decisão jurídica. Esse saber baseado na experiência se afasta da busca de conceitos esquemáticos e abstratos, como era defendido pelos Pandectistas e pela Escola Histórica, em prol de soluções pragmáticas, que davam ao juiz amplo poder de decisão. Utilizavam-se, portanto, de um método antagônico ao da “Jurisprudência dos Conceitos”, que defendia um processo de subsunção lógica.

Outras orientações contra os formalistas se seguiram, como, por exemplo a Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz, que tinha na proa de seus postulados a liberdade de decisão do magistrado, identificando o direito com a vontade do juiz. Nos dias atuais essas orientações anti-formalistas também ganham especial destaque, basta trazer à colação as teorias da retórica, dentre as quais se situam as que tratam o método do direito como o entimema, como defende Katarina Sobota. Entretanto, não se pode deixar de registrar que, alternadas com tais correntes citadas, também

ressurgem posições formalistas, como foi a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

Em verdade essas duas posições traduzem, através do método do direito, duas visões de mundo. A visão formalista é fiel ao princípio da autoridade, que vê na norma prévia uma manifestação do próprio poder (do Estado) e por isso não autoriza a atividade criativa do julgador. A outra visão é tópica, pois parte da necessidade de valorizar as circunstâncias peculiares do caso, desprezando esquemas de lógica abstrata que formula normas prévias; nela se valoriza a atividade criativa daquele que possui o poder próprio da jurisdição: o juiz. Até os dias atuais, o direito contemporâneo se situa na tensão entre essas duas visões de mundo, o que faz com que o horizonte da História do Pensamento Jurídico ainda esteja a se descortinar, sendo de fundamental importância o papel do investigador para a crítica e constante reconstrução do método na nossa ciência.

## REFERÊNCIAS

BRUNDAGE, Anthony; COSGROVE, Richard. *The Great Tradition: Constitutional History and National Identity in Britain and The United States 1870-1960*. Stanford.Stanford University Press. 2007.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. A jurisprudência dos interesses e a questão da obediência à lei. *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*. Nº 14. Recife:UFPE.2004.

CISCATO, Constanza; TODESCAN, Franco (organizadores). *Percorsi contemporani del diritto naturale*. Padova.CEDAM. 2010.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes. 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2003.
- HOMEM, António Pedro Barbas. *A lei de liberdade*. V.1. Estoril: Principia. 2001.
- KIRSTE, Stephan. *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Darmstadt: WBG. 2010
- KOSELLECK, Reinhart. *Preußen zwischen Reform und Revolution*. München: Klett-Cotta. 1975.
- LEÓN GÓMEZ, Adolfo *et alii*. *Argumentación: actos lingüísticos y lógica jurídica*. Santiago de Cali: Universidad del Valle. 1998.
- LEVAGGI, Abelardo. *Manual de história del derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma. 1991
- LOSANO, Mário. *Sistema e estrutura no direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2008
- MARTINÉZ, Faustino Martínéz. Teorías de la interpretación jurídica: una visión retrospectiva de tres autores. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. N.8. Madrid: Universidad Carlos III. 2004-2005.
- MEDER, Stephan. *Rechtsgeschichte. eine Einführung*. Köln: Böhlau. 2008.

PAZOS, Juan Baró. *La codificación del derecho civil en España 1808-1889*. Santander: Universidad de Cantabria. 1992.

PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Discurso histórico e direito. In: *Discurso e Direito*, Organizado por Ricardo Marcelo Fonseca. Santa Catarina:Boiteux. 2006

SAVIGNY, Friedrich von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr. 1928