**Direito hoje.**

*Le droit aujourd'hui.*

Resumo: As principais linhas que caracterizam os diversos ramos contemporâneos de Direito, identificam os elementos de conexão e intersecção entre as referidas ciências jurídicas. No cenário ocidental contemporâneo, as diferenças notáveis entre os sistemas jurídicos dos Estado são facilmente identificáveis.

Palavras-chave: Teoria Geral do Direito. Filosofia do Direito. Princípios jurídicos. Positivismo. História do Direito.

Résumé : Les grandes lignes qui caractérisent les différentes branches contemporaines du droit identifient les éléments de connexion et d'intersection entre les sciences juridiques susmentionnées. Dans le scénario occidental contemporain, des différences notables entre les systèmes juridiques des États sont facilement identifiables.

Mots-clés : Théorie générale du droit. Philosophie du droit. Principes juridiques. Positivisme. Histoire du droit.

Aliás, a questão das fontes do Direito, em nosso país, prevalece a primazia do costume reconhecido pelo precedente judicial.

Já no Reino Unido vige a primazia do costume reconhecido pelo precedente judicial. Não se pode esquecer também da jurisdição internacional e o Direito internacional vigente que traduzem parte do Direito de nossa época e que não pode fugir da reflexão sobre o direito contemporâneo e seus paradigmas e objetivos.

Existe uma relevante missão da História do Pensamento Jurídico que é buscar as linhas guiadoras dos diversos direitos identificando os elementos de conexão e intersecção entre aquelas ciências jurídicas.

Lembremos, contudo, que a história do pensamento jurídico não corresponde 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 Idade Contemporânea entende-se que é 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.

Há instituições comuns que dão existência aos mais diversos sistemas estatais que, para além de se caracterizarem como sendo conjunto de teorias que integram a estrutura de poder da jurisdição.

Há linhas comuns do direito ocidental da contemporaneidade desde o primado da Constituição no sistema normativo e o monopólio do Direito pelo Estado, com a tendência de a lei ser erigida a principal fonte do Direito.

São as Escolas como a da Exegese[[1]](#footnote-1) e a Histórica[[2]](#footnote-2) que deram suporte teórico para o sistema jurídico contemporâneo. Entretanto, essas escolas são correntes básicas pois resumem todas as linhas de pensamento que surgem a partir do século XIX.

O termo Constituição é conhecido desde o direito romano e, neste, era tido como o ato do Imperador, mas a partir do século XVIII esse vocábulo revestiu-se de uma especial conotação. Foi a afirmação do Estado-Nação e a construção advinda do Direito Natural racionalista que engendrou a modernidade antropocentrista e, passou a designar a norma fundamental traçando as estruturas políticas do Estado, que se desvelam em seus órgãos legislativo, judiciário e executivo, mas também, o conjunto de garantias traduzidas na enumeração de liberdades públicas da pessoa.

E, esta traduz a condição para que o Estado seja então considerado como Estado de Direito, onde a Constituição é a lei suprema do Estado.

É a Constituição é o que estabelece os próprios limites à sua atuação. E, por conseguinte, que no fim do referido século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pelos revolucionários e que estabelecia que o país que não tivesse a separação de poderes e a garantia de Direito.

Essa garantia significava que entre o indivíduo e o Estado havia uma direta relação, *in litteris*:

 "à Revolução Francesa deu origem a um direito muito individualista. O indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado, quanto no domínio do direito público".

Ressalte-se o papel do direito natural racionalista bem como a distinção trazida pelo direito romano entre direito público e direito privado.

O Direito Público é o exercido por quem detinha o jus honorum, ou seja, 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, cedeu caminho para que o Direito Público, que também deve ser uma atividade racional, passasse a ser matéria afeta ao jurista, de mofo que tanto o exercício do poder quanto às relações com os súditos do Estado não teria nenhum motivo para serem subtraídas ao Direito.

O dia de hoje não é o dia do Juízo, o presente não é o fim da história. Ludwig Feuerbach

Foi preciso sobre o tema, a síntese de René David, *in litteris*:

"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".

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.

 No mesmo período histórico, antes da Revolução Francesa, situado no fim do século XVIII, a ideia de fixar os princípios do direito público numa constituição escrita já tinha sido posta em prática nos EUA, inicialmente nos onze dos treze Estados que tinham se declarado independentes (1776-1780) New Hampshire, Carolina do Sul, Virgínia, Nova Iorque, Massachussets etc., e, depois na Constituição Federal de 1787. As constituições contêm também uma enumeração das liberdades públicas um *Bill of rights*, uma Declaração dos Direitos do Homem. (In: DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 51).

Já a partir da segunda metade do século XIX a temática da constituição ganhou centralidade em todo o Direito Público, passando a ser a bússola norteadora da reforma do Direito.

Tais princípios de Direito Público que foram fixados na constituição, serviriam como diretriz para a reforma de todo o sistema jurídico de determinado Estado, consagrando neste 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 consta o respeito à liberdade individual.

E, neste sentido, verifica-se no exemplo trazido por Koselleck, o qual afirma que a concretização no Direito dos ideais de liberdade humana e moralidade foram materializadas na Prússia, a partir do século XIX, através da Constituição, a qual possibilitou e a reforma do Direito, que apontou para o progresso.

Assim, consolidou-se o monopólio do direito pelo Estado e a lei tida como principal fonte do Direito. A instituição da lei foi a natural consequência do jusnaturalismo racionalista da modernidade, 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 dedutivo a ação esperada pelo Direito e, assim, regulada por este.

E, não apenas pois a identificação do Direito à lei possibilitava ainda afastar uma realidade constatada no passado anterior uma realidade constatada no passado anterior ao período contemporâneo, o pluralismo jurídico.

Tal pluralismo jurídico significava a existência de diversas ordens jurídica, e incluído o Direito Canônico que eram tidas como fontes do Direito. E, 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 consequência o afastamento do Direito Natural do discurso jurídico e, em substituição deste último, afirmou-se o Direito Positivo, por paradoxal que seja, pois justamente o direito natural que possibilitou tal contexto.

Lembremos que "positivo" significa neste contexto, que a norma jurídica é produzida por uma decisão humana, não derivando da natureza a sua existência.

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 contundentemente com a codificação. Apesar de que a ideia 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.

E, depois da Revolução Francesa foi a Assembleia 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 Assembleia não conseguiu, entretanto, elaborar o planejado Código Civil, porém elaborou um Código Penal e um Código de Polícia Correcional que representava uma compilação das normas de direito processual penal.

Verifica-se, assim, que com o primado da lei e da codificação a partir do início da Idade Contemporânea serviram de instrumentos para unificar o Direito e, ainda, centralizá-lo nas mãos poderosas do Estado que passou a ser o único produtor da norma jurídica.

Assim, o antigo arbítrio judicial que acontecia desde o Direito romano, não poderia mais existir, segundo a ideologia da época, pois a criação do Direito seria um processo exclusivo do Estado pelo Poder Legislativo. Existe, por conseguinte, pela lei e pela codificação, a monopolização estatal das fontes do Direito.

E, não apenas. 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 Estado de Direito, o qual seria resumido na submissão da ação estatal à própria lei criada pelo próprio Estado por meio do seu Poder Legislativo. E, tal desiderato era uma meta do liberalismo burguês que se conecta com o desenvolvimento normativo dos Direitos Naturais, que foram garantidos como direitos individuais frente à ação do Estado, realizariam o citado Estado de Direito.

Enfim, a codificação representaria a própria superação de instituições do Antigo Regime que seria substituída por ordenamento de leis e que conduziria ao chamado Estado de Direito, o qual seria resumido na submissão da ação estatal à própria lei criada pelo próprio Estado, por meio de seu Poder Legislativo.

Essa era a meta do liberalismo burguês que está em conexão com desenvolvimento normativo dos direitos naturais e, asseverado que a codificação do direito privado constitui uma condição para a realização do projeto liberal.

Assim, cada um dos códigos 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.

Afinal, a codificação transcende muito ao domínio do Direito, é o traço marcante do século XIX capitaneado pela classe social burguesa.

Parafraseando Baró Pazos, a codificação do direito é processo que levou à supressão das vetustas estruturas do Antigo Regime, com a substituição do Direito por um novo ordenamento jurídico, iniciando-se no final do século XVIII e se desenvolvendo ao longo de todo século XIX.

Mais que um fenômeno propriamente jurídico, pois representou definitivo traço de uma época histórica , onde surgiu um novo Estado e uma nova sociedade dominada pela classe burguesa e, por isso, a codificação comporta uma séria de conotações políticas, sociais e econômicas que transcendem as estritamente jurídicas.

A burguesia ao defender e depois implementar a vinculação do Direito à lei como expressão de racionalidade procurou igualmente desqualificar a ordem jurídica anterior, imputando-a como irracional e injusta.

Portanto, essa investigação histórica desnudou como grande mentira de certas historiografias jurídicas que encobrem deliberadamente que o ordenamento pré-oitocentista foi essencialmente pluralista, no qual a lei era tida como fonte minoritária e subordinada.(*In*: Afinal, a codificação transcende muito ao domínio do Direito, é o traço marcante do século XIX capitaneado pela classe social burguesa. *In*: HESPANHA, António. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1993. p. 13-14 e p.51).

Foi graças à ideologia que defende a lei como legítima 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, até mesmo nos países nos quais a dita lei não possui o status de fonte principal do Direito, esta não deixa de existir, conforme se dá nos ordenamentos jurídicos britânico e norte-americano.

A respeito da Escola da Exegese[[3]](#footnote-3) que foi movimento intelectual surgido em França e que representou a identificação da lei com o Direito, uma ruptura com pluralismo jurídico que era vigente no Direito Medieval e, em boa medida no Direito Moderno. Portanto, não se pode desvincular esta Escola do que fora exposto anteriormente.

Foi sob a influência do racionalismo moderno que 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 as 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 ideia de justiça, ao Direito Natural e a tudo que se refere à moral, à política ou à ideologia. A razão jurídica se converte em um cálculo. (*In*: León Gómez, Adolfo *et ali*. *Argumentación actos linguisticos y logica juridica*. Santiago de Cali: Universidad del Valle, 1998, p.110).

De fato, coexistiam com as normas jurídicas emanadas pelo Estado, principalmente, durante a modernidade, as 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 ou fabricante do Direito. A coexistência de ordens jurídicas que se estabeleciam ao lado da ordem jurídica do Estado foi denominada de pluralismo jurídico.

E, que perdeu força na Idade Contemporânea e a Escola que deu suporte teórico foi a Escola da Exegese identificando o Direito com o Estado.

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.

Conclui-se que foi o antropocentrismo do direito natural racionalista que permitiu o deslinde da codificação e da Escola da Exegese. 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 por uma fórmula escrita geral.

A segunda ideia decorrente da lógica silogística e 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, o conflito posto, significando a forma perfeita de raciocínio segundo a lógica dedutiva, sendo o mecanismo por excelência para dar forma ao próprio fundamento material do direito, que é a razão humana.

Assim, para a Escola da Exegese o juiz era o porta-voz da lei. E, assim, 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.

Ao revés, a solução legal deveria se impor ainda que causasse flagrante injustiça e fosse muito 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.

Neste contexto, a Escola da Exegese defendia que o Direito é conhecimento objetivo e impessoal e baseado somente em um processo de dedução legal, já que o Direito positivo é identificado com a vontade do legislador.

Tal objetivação se deveu à influência que exerceu no método desta escola e os modelos axiomáticos das ciências da natureza (como por exemplo, geometria e aritmética), os quais modelaram o Direito segundo aqueles critérios de objetividade e impessoalidade.

Tal qual nas ciências naturais, a 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.

O referido 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

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 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.

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.

Já a Escola Histórica do Direito surgiu na Alemanha e sua origem está conectada com a Escola da Exegese francesa. E, no século XIX, dez anos depois do Código Civil de Napoleão, em 1814, surgiu um opúsculo intitulado "Sobre a necessidade de um direito civil geral para Alemanha" escrita pelo romanista da Universidade de Heidelberg, *Anton Friedrich Justus Thibaut*. (*In*: MEDER, Stephan. Rechtsgeschichte eine Einführung. Köln. Böhlau, 2008, p.271).

O contexto social e político serviu de estimulador para a obra de Thibaut e foi importante para melhor compreendê-la. Em 1806 o Sacro Império Romano-Germânico foi formalmente dissolvido, com a renúncia do último Imperador Francisco II, em face de derrotas sofridas em face do Império Napoleônico.

Depois da citada renúncia, em 1807, foi então celebrada a Paz de Tilsit com a França, depois de nova derrota do exército da Prússia frente às forças francesas , que acarretaram a perda de territórios a oeste do Elba.

Como em tais territórios era aplicado o Código Civil de Napoleão, Thibaut depois do período da dominação francesa que durou cerca de seis anos, propôs que a exemplo dos antigos dominadores, a Alemanha também possuísse um Direito Civil unificado. Contrário à proposta de Thibau foi Savigny, foi dessa reação que surgiu então a Escola Histórica do Direito.

De pronto, Savigny expressou ser favorável a codificação do Direito, e por isso, concluiu seu escrito contra a proposta citada afirmando que está, no ponto referente a necessidade de um código para a Alemanha, de acordo com Thibaut, *in litteris*:

 “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."

No entanto, asseverava que dita codificação somente poderia traduzir o direito científico se ela fosse feito 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 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.

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 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.

Realmente, Hegel afirmava que a filosofia de um povo nasce a partir da busca de sua identidade, verificando-se quando uma nação identifica os seus valores fundantes. O resultado produzido por essa busca é chamado 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 de o 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

Conclui-se na Escola Histórica, o Direito seria aquele fixado nos institutos jurídicos 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. (*In*: 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).

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 , por isso esse direito não poderia ser aplicado tal como foi em sua época histórica.

Verifica-se que a Escola Histórica não desprezou o Direito romano e um discípulo de Savigny, Putcha, potencializará o uso deste direito romano, criando uma segunda fase da Escola História, a Pandectística.

Rudolf Von Jhering identificando a semelhança de orientação entre a Escola Histórica, de Savigny e a Pandectística, de Putcha[[4]](#footnote-4), denominou-as de Jurisprudência dos Conceitos[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6) procurou classificar e sistematizar conceitos e situá-los em esquemas abstratos, que seriam aplicados como regras lógicas do direito.

Neste sentido, a Pandectística construiu esquemas a partir do direito romano para regular as coisas, as ações e as pessoas. Vale a pena citar a síntese elaborada por Mário Losano, *in verbis*: “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” (*In*: 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[[7]](#footnote-7) (*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.

Atualmente 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

BRANDÃO, Claudio. **Introdução Aos Fundamentos das Ideias Jurídicas Contemporâneas.** Disponível em: https://www.academia.edu/104161516/IntProrodu%C3%A7%C3%A3o\_Aos\_Fundamentos\_Das\_Ideias\_Jur%C3%ADdicas\_Contempor%C3%A2neas Acesso em 29.3.2024.

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. Nº14. 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, Reinheit. **Preußen zwischen Reform und Revolution**. München: Klett-Cotta. 1975.

LEÓN GÓMEZ, Adolfo *et ali*. **Argumentación: actos linguísticos y logica 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 Martinéz. ***Teorias de la interpretacción jurídica: una visión retrospectiva de tres autores***. Revista Telemática de Filosofia del Derecho. N.8. Madri: 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

1. Foi em França que surgiu a Escola da Exegese, precisamente, entre os cultuadores do direito civil, logo depois do Código Civil de Napoleão de 1804. Seu desenvolvimento ultrapassou as fronteiras da França e se fez presente em boa parte dos países europeus do século XIX, sendo que, ainda hoje ainda exerce significativa influência no ensino e na prática do direito. o código civil de Napoleão (1804) exerceu influência generalizada na codificação que se realizou no séc. XIX. Os códigos que lhe antecederam não atingiram o seu grau de sistematização. A influência do código civil francês só veio a declinar no séc. XX, com a entrada em vigor dos códigos civis da Alemanha (1900) e suíça (1907). Esses códigos suplantaram o código francês, tornando-se ambos modelos para a codificação em outros países. PERElMAN2 distingue três fases na Escola da Exegese. Na primeira, que se inicia em 1804, com a promulgação do código civil, findando entre 1830 e 1840, tem-se a própria instauração da Escola. A segunda fase, que se estende até 1880, corresponde ao apogeu da Escola da Exegese. A terceira e última fase é de declínio da Escola, cujo término tem como marco a obra de FRANÇOIS GENY (Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif, 1899), que critica o fetichismo legal da Escola da Exegese, ao argumento de que a diversidade das relações humanas e a sua complexidade inerente estão sempre além da capacidade criativa dos autores do direito legislado. Segundo François GENY, a codificação exerceu uma influência decisiva sobre a interpretação jurídica. Ele ressalta que os primeiros comentaristas do código civil de Napoleão – dentre os quais menciona PROUDHON e DURANTON –, formados no estudo tradicional do direito romano, não chegaram a perceber que a promulgação de uma lei geral civil cortou as “asas” do progresso da doutrina e da jurisprudência. Por volta da segunda metade do século XIX, a partir da segunda geração de jurisconsultos após a publicação do código civil francês, cuja formação já se deu sob o “espírito” dos códigos, desenhou-se com clareza e precisão uma nova fórmula quanto ao papel do intérprete do direito codificado. Essa nova fórmula foi registrada por BLONDEAU com a publicação, em 1841, da obra *L’autorité de la loi: de quelle source doivent découler aujourd’hui toutes les décisions juridiques*, onde ele expõe as bases doutrinárias da Escola da Exegese. Perelman, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica, p. 31.3 GENY, François. *Méthode* *d’interprétation et sources en droit privé positif*, T. I, p. 20-24.4 o professor Jean Proudhon publicou o seu *Cours de Droit Civil* em 1809. In: Gilissen, John. Introdução histórica ao direito, p. 516.5 A. Duranton, considerado o primeiro dos grandes comentadores do código civil de Napoleão, publicou, a partir de 1825, o seu *Cours de Droit français suivant le Code Civil*, em 22 volumes. [↑](#footnote-ref-1)
2. A Escola Histórica do Direito foi uma escola de pensamento jurídico - precursora do positivismo normativista que apareceria com a Jurisprudência dos conceitos - que surgiu nos territórios alemães no início do século XIX e exerceu forte influência em todos os países de tradição romano-germânica. A Teoria jurídica do século XIX foi marcado pelo surgimento e repercussão da Escola Histórica do Direito, elucubrada na Alemanha, sobretudo por Friedrich Carl von Savigny. Seu objetivo era o desenvolvimento de uma ciência do direito positivo, que conjugava aspectos históricos e sistemáticos, implicando em conceitos jurídicos organicamente ordenados. Manifestava-se como reação ao Direito Natural e seu esquema filosófico, propugnando a fundamentação do Direito no espírito popular nacional. [↑](#footnote-ref-2)
3. *L´école de l´exégèse*, escola esta que objetivava como principal fundamento resumir o direito à lei. A Escola da Exegese surgiu na França, mais precisamente no decorrer da Revolução Francesa. Entretanto, foi com o advento da codificação que esta escola ganhou o seu principal objeto de interpretação, o Código Civil Francês de 1804. O método de interpretação utilizado pelos intérpretes da Escola Exegética era, em princípio, o método gramatical, método este que limita estritamente o intérprete ao texto da lei. As principais características da Escola da Exegese eram: a inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, a onipotência do legislador, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade. [↑](#footnote-ref-3)
4. Georg Friedrich Puchta foi um jurista alemão nascido em Kadolzburg, na Bavária. em 31 de agosto de 1798. Ele integrava a Escola Histórica do Direito e era o principal discípulo de Savigny.

 Puchta é considerado o principal teórico da Jurisprudência dos conceitos. Entretanto, em que pese o seu protagonismo, outros autores também fizeram parte do desenvolvimento desta corrente de pensamento, como o próprio Savigny e o Ihering. [↑](#footnote-ref-4)
5. A jurisprudência dos conceitos teve como principais representantes Ihering, Savigny e Puchta. Este último é considerado por muitos estudiosos como seu fundador. Ela tem como principal característica a busca da justificação da norma específica com base na mais geral. [↑](#footnote-ref-5)
6. Na jurisprudência dos conceitos, Puchta busca formar um sistema interpretativo que se apresentasse como objetivamente válido, ou seja, independente de subjetivismos. A ideia de Puchta era a construção de uma pirâmide conceitual, que tivesse as seguintes características: Não normativa; composta por essências; Fatos valorados; Conteúdos. A pirâmide poderia ter apenas conceitos ligados entre si por meio de silogismos (deduções), que eram compostos por premissas maiores, premissas menores e conclusões. Buscava-se, portanto, uma valorização do elemento lógico acima da realidade social. [↑](#footnote-ref-6)
7. A jurisprudência dos interesses é uma abordagem teleológica para a interpretação do direito. Isso significa que ela defende que a lei deve ser interpretada a partir de sua finalidade, ou seja, dos interesses que ela visa proteger. A jurisprudência dos interesses, por sua vez, tem como representante principal Philipp Heck. Essa corrente partia do pressuposto de que o ordenamento jurídico tinha lacunas. Diante destas lacunas, o juiz haveria de ter um papel mais ativo, menos amarrado ao conceitualismo lógico-formal e mais ligado à realidade, ou seja, aos “interesses da vida” envolvidos nas discussões jurídicas. O objetivo desta corrente de pensamento era disponibilizar um instrumental teórico que possibilitasse que os juízes chegassem a uma decisão objetivamente adequada, que fosse capaz de satisfazer as necessidades da vida presentes na comunidade jurídica. [↑](#footnote-ref-7)