

Diálogos de metodologia da ciência do direito: o método histórico na perspectiva de Savigny e Laboulaye

Methodology dialogues in the science of law: the historical method from Savigny's perspective and Laboulaye

ALEX SANDER PIRES¹

asxpires@gmail.com

GALILEU - REVISTA DE DIREITO E ECONOMIA · e-ISSN 2184-1845
Volume XXII · 1st January Janeiro - 30th June Junho 2021 · pp. 8-30
DOI: <https://doi.org/10.26619/2184-1845.XXII.1.2>
Submitted on April 10th, 2021 · Accepted on May 20th, 2021
Submetido em 12 de Abril, 2021 · Aceite a 20 de Maio, 2021

RESUMO Reconhecer um método para que o Direito possa ser visto como Ciência não é tarefa simples, principalmente quando várias áreas do saber se dedicam a este fim; outrossim, a questão se torna mais complexa quando se exige que o Direito deva ser reconstruir para garantir uma nova conceção de império da lei. Neste contexto, ressoa a questão: como constituir cientificamente o Direito vigente diante do desafio de reconstrução político-social de Estado pertencente a família romano-germânica no domínio das premissas iluministas pós-napoleónicas? Como contributo, pretende-se apresentar dois diálogos (Thibaut-Savigny e Savigny-Leboulaye) que, partindo da reconfiguração da Escola Histórica, permitem reconhecer o método histórico em perspectiva comparada sugerindo a recopilação do Direito vigente, no âmbito da codificação, desde a consciência geral do povo até o Direito científico.

PALAVRAS-CHAVE Método histórico, Direito científico, Consciência geral do povo.

ABSTRACT Recognising a method so that Law can be seen as Science is not a simple task, especially when several areas of knowledge are dedicated to this end; furthermore, the issue becomes more complex when it is required that Law should be reconstructed to ensure a new conception of the Reign of Law. In this context, one question resounds:

1 Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais com estudos pós-doutorais em justiça constitucional europeia, Doutor em Ciência Política, Professor vinculado à Universidade Autónoma de Lisboa, Coordenador e Investigador Integrado do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa [Projeto: Cultura de Paz e Democracia], e Colaborador do Centro de Investigação CEDIS/FDUNL.

how can we to scientifically constitute the actual Law in the face of the challenge of political-social reconstruction of the State belonging to civil law family in the domain of post-Napoleonic Enlightenment premises? As a contribution, we intend to present two dialogues (Thibaut-Savigny and Savigny-Leboulaye) which, starting from the reconfiguration of the Historical School, allow us to recognise the historical method in a comparative perspective suggesting the recompilation of the actual Law, within the scope of codification, from the general consciousness of the people to scientific Law.

KEYWORDS Historical method, Scientific Law, General consciousness of the people.

I. Introdução

Ah, o Direito! Este complexo produto do fenómeno social que desafia a reflexão humana desde tempos imemoriais. Viver em ordem, sempre! manter-se vivo sem regras, nunca! A sociedade precisa garantir a ordem interna de suas instituições para manter-se viva, para existir; para tanto, é indispensável a elevação da regra ao nível de normas e, dentre tantas, reconhecer o elemento jurídico. Eis o primeiro ponto de angústia intelectual: no âmbito da segurança social em ordem interna das instituições sociais, como reconhecer a norma jurídica como única ou, ao menos, a mais importante dentre as demais normas sociais?

Coerção, coação e sanção, elementos intimamente ligados são apresentados para justificar a força da norma jurídica em sociedade; afinal, o poder irrestrito de tudo fazer deve ser sucedido pela delimitação do agir social (se preferível, a passagem da liberdade natural para a liberdade civil e, em nível constitucional, para a liberdade política) que define, com o máximo possível de amplitude, a conduta humana em sociedade. A norma jurídica, pela importância e prevalência diante de outras normas sociais, prefere, agora, tratamento diferenciado, exige ser chamada de lei, lei enquanto produto do Direito. Mas, o que garante a autoridade da norma jurídica neste novo domínio reconhecido como lei enquanto produto do Direito?

Da vontade do povo até o interesse do Estado em reconhecer a necessidade dos fatores reais de produção diante da necessidade política percebida em determinado momento histórico, justificam inúmeras teorias, escolas e ponderações, que desafiam, para plena compreensão, o reconhecimento de seu valor científico. A questão agora é outra: Como tratar o Direito visto como lei (e, ordem) no domínio científico?

Da teoria filosófica à prática sociológica, ambas restritas ao Direito – que procura um método para chamar de seu –, muitos são os possíveis caminhos de reflexão, dentre eles o

reconhecimento de um Direito científico concebido desde o Direito popular, inspirado no Direito consuetudinário, e amadurecido no Direito positivo, que, reconhecendo os factos históricos, encontra na consciência geral do povo a origem da norma jurídica transposta em tempos modernos ao domínio do império da lei.

Eis a pretensão do presente artigo, sistematizar o método histórico na perspectiva da Escola Histórica desenvolvida desde a influência de Friedrich Carl von Savigny, restrito a dois limites observados a partir dos diálogos com Anton Friedrich Justus Thibaut (a dissonância a cerca dos fins sobre os quais se deveria justificar um Código Civil geral para toda a Alemanha, considerando a importância dos factos históricos confirmados pela experiência do povo alemão, especialmente na relação com o Direito romano e os Direitos locais, em perspectiva dos costumes, usos e tradições) e Édouard Laboulaye (pela inversão do paradigma de influência, em que se pode perceber o contributo da Escola Histórica alemã – pós Savigny – na percepção dos juristas franceses; e, isto, tem relevância ao se reconhecer a resistência de Savigny à experiência “científica” francesa que originara o Código napoleónico).

II. Emblemático ano de 1814: debate entre thibaut e savigny

Quem lê o *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*² (Sobre a necessidade de um Direito Civil geral para a Alemanha), de Anton Friedrich Justus Thibaut, se depara logo no início com a afirmação que “todas as classes serviram a boa causa com uma energia e harmonia que quase se pode dizer sem precedentes, e os nossos príncipes têm todos os motivos para estarem convencidos de que os alemães são um povo nobre, forte e generoso, não só pedindo insistentemente justiça aos seus governantes, mas também expressando a sua gratidão, e que este momento magnífico deve, portanto, ser usado para destruir de uma vez por todas os velhos abusos, e para lançar uma base firme para a felicidade do indivíduo por instituições civis novas e sábias”³.

A dita referência marca dois pontos fundamentais do argumento de Thibaut e introduz o momento vivido pela Alemanha em 1814, sempre em referência a tradição política, social

2 THIBAUT, Anton Friedrich Justus – *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr & Zimmer, 1814.

3 Tradução livre e pessoal de: “Todos los estamentos han servido a la buena causa con una energía y una armonía que, casi puede decirse, carecen de precedente, y nuestros príncipes tienen motivos sobrados para convencerse de que los alemanes constituyen un pueblo noble, fuerte, generoso, que no solo reclama estentóreamente justicia a sus gobernantes, sino que también expresa su agradecimiento, debiéndose, por tanto, aprovechar este magnífico momento para destruir definitivamente los antiguos abusos y cimentar firmemente la felicidad del individuo, mediante nuevas y sabias instituciones civiles” (Thibaut, 2015, p. 12).

e jurídica como demonstrado pelo passado imemorial do povo alemão: os debates sobre o desmembramento político, e a necessidade de criação de uma legislação uniforme para toda a nação — se preferível, para todo o território.

A assinatura do Tratado de Paris, de 30 de maio de 1814, cujo término da guerra havia garantido a liberdade aos alemães, e, mais adiante, a instauração do Congresso de Viena, pôs em causa a influência dos franceses, tanto no trato social como em nível jurídico assentado na realidade do Código napoleônico, vigente desde 1804. Neste tenso ambiente, tentava-se manter a unidade alemã contra a rutura política que levasse ao restabelecimento e/ou surgimento de pequenos Estados dissociados; enfim, discutiam-se os limites do desmembramento entre os Estados alemães que viam, em sua realidade, o que as Treze Colônias Norte-americanas experimentaram, anos antes, ao constituírem, jurídica e politicamente, os Estados Unidos da América do Norte, possível após as disputas entre os ideólogos do confederalismo e do federalismo, havido até a promulgação da Constituição de 1787.

A unidade alemã devia ser mantida embora respeitadas as particularidades dos pequenos Estados. Afinal, “em uma federação de Estados pequenos, a peculiaridade do singular goza de um amplo espaço livre, a diversidade pode desenvolver-se até o infinito e a união entre o povo e o governante é muito mais íntima e viva”⁴; e, mais, o respeito à Constituição, o estímulo a moralidade pela educação e as boas práticas de governo, garantem, além de uma maior eficácia militar, o controle sobre os governantes e, por conseguinte, do próprio Estado.

Criar um código de origem alemã (não de raiz francesa⁵) era a pretensão. Não um código que restituísse os antigos costumes locais, tampouco que se adaptassem os antigos códigos⁶ fundamentados no “autêntico modo de ser alemão”; mas, um código atual — *bürgerliches Recht*⁷ (Thibaut, 1814, p. 12) — que fosse adequado formal e materialmente; um código que formulasse “seus preceitos de uma maneira clara, inequívoca e abrangente”,

4 Tradução livre e pessoal de: “(...) en una federación de Estados pequeños, la peculiaridad de lo singular goza de un amplio espacio libre, lo diverso puede desarrollarse hasta lo infinito y la unión entre el pueblo y el gobernante es mucho más íntima y viva (...)” (Thibaut, 2015, p. 11).

5 Via o código francês (napoleônico) como garantidor do “egoísmo popular” francês contrário ao estado de igualdade jurídica baseado no sentido fraternal de igualdade dos alemães (Thibaut, 2015, p. 25).

6 Thibaut era crítico da legislação anterior. Por vezes, apunha-se contra o excesso de autoridade e a pouca abrangência da norma; que, quando muito, caracterizaria um tímido desenvolvimento para alguma instituição; em outras, a insuficiência da norma por ser um amontoado confuso e contraditório de preceitos que se anulam entre si, trazendo mais dúvidas do que certezas sobre o Direito (Thibaut, 2015, p. 13-14).

7 O código atual propõe ser um código (de Direito) Civil, neste compreendido os Direitos privado, penal e processual (Thibaut, 2015, p. 13).

ordenando “as instituições civis de forma sábia e adequada, em completa conformidade com as necessidades dos súditos” (Thibaut, 2015, p. 13).

Se o Direito em perspectiva histórica, legislado ou costumeiro, não devia ser invocado ao novo Código, tampouco deveriam ser os Direitos canônico e romano: aquele, por denotar uma alta carga espiritual sobre questões seculares, manifestadas por inúmeras disposições obscuras, fragmentadas e incompletas; e, este, por regulamentar a experiência de uma nação estrangeira, recompilada no período de sua decadência, com costumes distintos dos alemães⁸. Como constituir, então, o novo código?

O código pensado por Thibaut devia ser simples e nacional, construído sobre os fenômenos sociojurídicos e exigências da época assentadas tanto na situação civil como na necessidade do povo, bem como ser coerente com os novos anseios dos governos alemães centrados na união nacional tendente a garantir ao poder central um ordenamento civil duradouro. Em técnica, deveria ser justificado no espírito alemão e totalmente acedível, em compreensão, desde os ignorantes até os eruditos, a ponto de facilitar os julgamentos por apresentar aos advogados e juizes um “Direito vivo atual aplicável em cada caso” (Thibaut, 2015, p. 20).

Meses mais tarde, ainda no ano de 1814, Friedrich Carl von Savigny publicou a obra *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*⁹ (Da vocação de nossa época para a Legislação e a Ciência do Direito) com o interesse de dialogar com Thibaut, não quanto ao fim de defender a unificação legislativa da Alemanha com o fortalecimento científico do Direito em contraposição ao forçado uso do Código civil francês, o qual ambos estavam de acordo, mas quanto aos meios.

Neste âmbito, Savigny discordava de Thibaut: a um, por duvidar da capacidade de uma assembleia (colegiado constituído maioritariamente pelos representantes das forças políticas e sociais da época auxiliados por juristas) para criar um código novo com tamanha importância e necessidade de desvelar o espírito do povo, mesmo que reconhecesse as forças postas a disposição cingidas aos juristas e comerciantes/empresários (*Geschäftsmänner und Juristen von gelehrtem Beruf*¹⁰); e, a dois, a amplitude das matérias e institutos jurídicos que deveriam marcar a natureza do código em contraposição a singularidade proposta por Thibaut com sua restrição ao que denominou de Direito civil (Direitos privado, penal e processual), ou seja, deveria ser um código orgânico — *organisches Ganze* (Savigny, 1814, p. 157).

8 Há, em verdade, sobre o Direito romano, uma relação de respeito e desconfiança; o sentimento de ser importante para formação do Direito alemão, mas insuficiente para assumir a sua autoridade; útil a interpretação do sistema, mas não como modelo de lei (Thibaut, 2015, p. 15-18).

9 SAVIGNY, Friedrich Carl von — *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr & Zimmer, 1814.

10 Empresários (homens de negócios) e juristas de vocação erudita (Savigny, 1814, p. 156).

O momento desafiava o equilíbrio entre a necessidade de construção de uma inovadora ordem normativa que garantisse e sistematizasse o novo Direito, mas sem perder o sentimento e o respeito pelo que o passado ensinara desde a evolução natural dos povos (alemães e estrangeiros) e suas instituições, o que Savigny via como o legado mais proveitoso e fecundo deixado pela História. Mas, afinal, que método adotar?

II.A. Método de Savigny na *Beruf*: entre a História e o Direito positivo

O *Beruf*, então, marca a refutação de Savigny aos fundamentos para elaboração do Código civil para toda a Alemanha propostos por Thibaut, cuja pretensão seria a formação de uma legislação orgânica que contribuísse para manter a unidade nacional legitimada por uma ciência do Direito que respeitasse a autoridade teórico-científica, de um lado, e reconhecesse a importância da História, de outro; considerando que a lei atual estava intimamente ligada aos valores e elementos do passado da qual emergiu. Dito nestes termos, a Ciência do Direito é histórica, incumbindo aos juristas a tarefa de adaptar e renovar os textos jurídicos, do passado ao presente¹¹.

Da atenta refutação e cuidadas objeções, percebe-se a presença de um método centrado na análise do Direito positivo em perspectiva comparada, possível pela observação das fontes jurídicas históricas, das tradições dos povos (especialmente dos povos alemães e centradas nos costumes), e dos códigos paradigmáticos da época, conforme sistematizou e, pela importância para o binómio observação-experimentação, se induz a referência.

II.A.a. Observação e análise: os três códigos

Imbuído da missão de demonstrar, lógico-racional e cientificamente, que os códigos então apresentados, ainda que em proposição, não teriam justificação teórico-científico, especialmente, pela dúplice restrição aos elementos históricos ilustrados pela imprecisa e insuficiente materialidade, parte para análise dos três principais códigos da época: o francês (imposta por Napoleão Bonaparte), o prussiano (inspirado por Frederico II) e o austríaco (fundado nas aspirações de Maria Teresa).

Pela abrangência, reconheceu o Código francês como mais político do que técnico, característico dos efeitos das consequências da Revolução e do despotismo militar de Napoleão que, de facto, denotaria um retrocesso aos movimentos sociojurídicos franceses, enquanto deveria dar atenção mais acurada ao Direito preexistente em sua dúplice manifestação: a influência do Direito romano e os costumes franceses (Savigny, 2015, p. 41).

¹¹ Cf. ZIMMERMANN, Reinhard – L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne. In : *Revue internationale de droit économique*, Paris. Tomo XXVII, 2013, p. 99.

De igual modo, alertou para os desvios na elaboração do texto, uma vez que a obra proposta pelos quatro relatores do Projeto devia ser deliberada pelo Conselho de Estado para depuração e fortalecimento dos elementos jurídicos em perspectiva popular; o que se viu, no entanto, foi a omissão, uma vez que o Conselho de Estado não interveio na parte técnica, e o Código continuou a ser obra dos relatores, de juristas propriamente dito (Pothier, Portalis, Bigot-Promeneu e Maleville).

Melhor sorte não experimentou a questão material por se apresentar incompleta e imprecisa quanto aos três elementos que pretendia regulamentar: a seleção das matérias, a escolha das disposições sobre cada matéria e os critérios subsidiários que permitissem a integração normativa naquilo que o Código não se bastasse.

Em conclusão, observou que o Código não garantia — embora pretendesse — a unidade orgânica, quer material, quer formal, uma vez que continha o amálgama de elementos transpostos mecanicamente do Direito anterior — este, mesmo, ainda heterogêneo quanto à relação entre o Direito romano e os costumes franceses — e da Revolução¹².

Da evidente heteronomia entre os Códigos francês e prussiano, começa Savigny por afirmar que não haveria elementos de comparação entre os ditos instrumentos jurídicos, simplesmente pelos motivos de elaboração: a um, a atenção escrupulosa e o amor dedicado às coisas que caracterizariam os alemães; e, a dois, as diferentes influências externas vividas em França e Prússia.

Tais motivos se justificam por ter o Código francês sido elaborado rapidamente para suavizar os efeitos negativos da Revolução, enquanto o Código prussiano teria a tranquilidade de ser elaborado para se constituir em obra perfeita garantida pelo equilíbrio com as fontes locais o que lhe garantiu a condição de verdadeiro Direito subsidiário, a substituir outros — especialmente os Direitos romano e comum da Saxônia, além de algumas leis estrangeiras.

Em referência a técnica, o Código prussiano foi erigido sobre o Direito justinianeu, de sorte que a relação com o Direito romano se verificaria em duas partes: a regra e as exceções; sendo imperioso compreender os fundamentos da regra e bem definir as exceções, o que somente seria possível com o sólido conhecimento da História do Direito, desde os factos até as fontes.

A partir desta constatação, Savigny determinou o que seria o seu procedimento: primeiro, resumir-se-ia o Direito justinianeu para o pleno e adequado conhecimento das fontes; segundo, o planeamento da obra levaria em alta conta os fundamentos sobre os

.....
12 A referência é apenas de natureza material pela pretensão de análise, nesta oportunidade, da importância de elementos histórico e comparado.

quais deveria ser formada a administração da justiça, a ponto de o juiz aplica-la mecanicamente¹³ por ser simples, materialmente completa e justificada nos valores do povo (expressão de Frederico II)¹⁴; terceiro, conseqüente ao anterior, o método determinado preferiria que os casos concretos fossem julgados e resolvidos por ali estar o Direito aplicável, sendo desnecessária a atuação dos juristas quanto ao descobrimento do Direito em todo o ordenamento jurídico; quarto, ter atenção aos riscos de tradução dos elementos de Direito romano para a língua alemã; quinto, respeitar a opinião popular da época sugerindo-se a oitiva das forças sociais representativas (comerciantes e doutores – se preferível, juristas); e, sexto, deveria se preocupar em promover o conhecimento dos elementos históricos, resumidamente, do Código.

A análise do Código prussiano levou a do Código austríaco, especialmente pela similaridade de fontes e de proposições. Assim, quanto a técnica, o Projeto foi fruto de um resumo do Direito romano recompilado em idos do século XVIII, e posto ao estudo e à análise pelas universidades e tribunais austríacos, cuja revisão deu origem ao Código.

Materialmente, o Código austríaco é considerado mais original do que o prussiano porque os autores se preocuparam mais com a equidade natural (*natürliche Billigkeit*) do que com o Direito romano, como prescrevera Maria Teresa (Savigny, 1814, p. 97). Ademais, tratar-se-ia de um Código dedicado a regulamentar os conceitos das relações jurídicas e as suas regras mais gerais.

Estruturalmente, dividiu-se entre os conceitos (forma ou teoria) e as regras práticas, assim se caracterizando: primeiro, as regras práticas ganhavam mais destaque do que os conceitos, os quais se apresentavam demasiadamente gerais, imprecisos e fundamentados na literalidade ou na imprecisão das modernas interpretações do Direito romano; segundo, a generalidade dos conceitos e a carência de um tratamento mais acurado (falta de plenitude) sobre eles, que dificultaria a integridade material, e teria seus efeitos nas regras práticas quando, na maioria dos casos, o Código não determinasse de maneira imediata a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, devendo-se proceder a um juízo externo com amparo no tratamento indicado no Código para os casos análogos e, não

13 A intenção de Frederico II era de ter um Código que afastasse do juiz o poder de interpretar; afinal, a norma jurídica devia ser clara e evidente. Acaso fosse incerta ou insuficiente era necessária a consulta ao poder legislativo (no projeto do Código estava proibida a interpretação do juiz, e tudo era enviado à comissão legislativa, inclusive os casos singulares – Savigny, 2015, p. 58), constituindo-se, para tanto, um procedimento prático indutivo de técnica de julgamento e método de segurança jurídica para o juiz: primeiro, fundamento em lei; segundo, justificação nos princípios gerais do Código; e, terceiro, adoção da analogia aproveitando-se as leis afins.

14 A versão final do Código derogou a consulta limitada e qualquer outra, readmitindo o poder de interpretar, facto contrário a pretensão de Frederico II (Savigny, 2015, p. 58). Percebe-se, desde então, que a atuação mecânica dá lugar à científica, mas restrita às exceções, não a regra jurídica insita no Código.

sendo suficiente, a invocação ao Direito natural – reconhecidamente insuficiente e perigoso (Savigny, 2015, p. 68).

A observação para análise histórica em perspectiva comparada como a realizada por Savigny sobre os três Códigos, elaborados sobre mesmo momento histórico e diante de similar expectativa de codificação do Direito civil, permitiu-lhe três considerações: a um, os Códigos têm origem no Direito romano; a dois, fundamentam-se em institutos de Direito romano adaptados aos costumes (ou, se preferível, a realidade) dos povos; e, a três, a necessidade de ser fiel às fontes.

II.A.b. Direito positivo: do Direito consuetudinário ao Código, uma técnica

Ao refletir sobre a origem do Direito positivo, Savigny (1814, p. 14) afirmou que todo Direito (*Recht*) nasce como Direito consuetudinário (*Gewohnheitsrecht*), ou seja, origina-se, primeiramente, dos costumes (*sitte*) e das crenças populares (*volks Glaube*), para após se reconhecer na jurisprudência (*Jurisprudenz*); portanto, somente em tempos modernos deduz-se da vontade do legislador (*Willführ eines Gesetzgeber*). Percebe-se, pois, a importância da História para compreensão de como se desenvolveu o Direito para os povos nobres.

Diante desta reflexão, viu a formação do Direito em duas fases: primeiro, o depurar da consciência do povo que induz uma conduta formal em sociedade a partir da observação e experimentação do que aconteceria na prática das relações entre os indivíduos que formam o povo; e, depois, em tempos modernos, a transposição desta forma – desta prática jurídica – para a teoria a partir da experiência imemorial do povo em leitura dos atuais juristas que, não gozando da confiança e certeza dos antigos, aproveitar-se-iam do valor das palavras postas em leis e códigos.

A transposição permite três constatações: a um, o Direito está em constante transformação (crescimento) tal qual o povo, de sorte que se constitui, aperfeiçoa e morre conforme as particularidades deste mesmo povo; a dois, o fundamento do Direito é a própria consciência (*Bewußtsein*), primeiro do povo, depois dos juristas; e, por fim, conseqüente da formação da consciência, o Direito posto em teoria pela consciência dos juristas parece – e, por vezes, realmente é – arbitrário¹⁵ (Savigny, 1814, p. 11).

Pois bem, em idos do século XIX, diante dos desafios de se criar Códigos gerais, por certo não se deveria fazer apologia à liberdade política, tampouco a defesa das leis para garantia de governos (embora se reconhecesse a necessidade de adequação das leis diante da nova realidade política). Em concreto, pretendia-se, como delimitou Savigny (1814,

15 O Direito posto pela consciência dos juristas parece arbitrário pela distância desde o desvelar no âmbito do povo (*Volksgeist*) que nem sempre permite confirmar sua certeza; mas, também, por denotar, por vezes, uma vontade política (quicá um ativismo) incompatível ou contraditória com o fundamento jurídico.

p. 17-18), que o Estado investigasse e definisse seu sistema jurídico para, em um documento escrito, poder valer como fonte única do Direito vigente, cuja técnica adotada fosse a de determinar o Direito vigente na atualidade diante da experiência e consciência histórica do povo, acrescido e/ou alterado por leis novas impostas pela nova realidade política.

Quanto ao desafio de determinar o Direito vigente, o recopilador deve ter claros três requisitos ao elaborar o Código: a) sua natureza, a qual deve ser justificada na reta determinação de perquirir um Direito nacional geral que substituísse, resolvendo a crise de validade, os Direitos locais, garantindo a mais elevada certeza jurídica que se apoiasse na aplicação equânime; b) seu conteúdo baseado na certeza de sê-lo o mais completo possível, uma vez que assumiria a condição de ser a única fonte de Direito responsável pela resolução de todos os casos jurídicos pós-apresentados; e, c) sua forma deve ser inspirada na aptidão para exposição em que se prestigiasse as regras gerais com linguagem acedível a todos e dotada de atenta brevidade (Savigny, 1814, p. 20-26).

II.A.c. Do Direito romano ao Direito comum em Alemanha: refletindo sobre o método

Definidos os parâmetros para seu método histórico, Savigny propôs a análise prática, o que lhe desafiou a observação pregressa do contemporâneo sistema normativo dos povos alemães, pelo qual não tardaria a reconhecer a aproximação entre o vigente Direito comum (*gemeinen Rechts in Übung*) e o Direito romano (*Römisches Recht*), ligados pela codificação justinianeia, em essência, e pelos preceitos, diretos e indiretos, na prática.

Tal prática do Direito comum é percebida não só pela apropriação direta de elementos de Direito romano, mas, também, naquilo que fora abandonado intencionalmente, cuja compreensão somente seria possível diante das fontes comuns. Portanto, “esta importância histórica do Direito romano é transmitida ao Direito alemão, que foi preservado em todo o lado nas leis dos vários países, com o resultado de que continuam a ser incompreensíveis sem referência às fontes comuns”¹⁶.

O Direito romano que se falava, no entanto, seria fruto da longa e apaixonada experiência de seu povo que lhe desafiou o desenvolvimento, interno e ininterrupto; aquele Direito erigido sobre princípios orientadores de toda a prática que garantiria a estabilidade e segurança na realização dos conceitos e dos preceitos normativos. Desta relação entre povo e princípios no desenvolvimento do Direito, que se manifesta na fácil e recí-

16 Tradução livre e pessoal de: “(...) esta importancia histórica del Derecho romano se la comunica el Derecho alemán, que se ha conservado por doquier en los Derechos de los países, de manera que estos permanecen necesariamente incomprendidos si no se acude a las fuentes comunes” (Savigny, 2015, p. 34).

proca transição entre o geral e particular¹⁷, é que se verifica a superioridade do método dos juristas romanos (Savigny, 1814, p. 30).

Outrossim, o Direito romano se formou quase que totalmente de dentro para fora a partir da consciência do povo (Direito consuetudinário) com pouca importância, em nível de influência, das leis esparsas. Ademais, percebe-se historicamente que enquanto se manteve em progresso, não se pensou na elaboração de códigos (mesmo que se observassem adequadas condições para este fim), sendo expediente prático somente após o período de declínio (Savigny, 1814, p. 31).

III. O sistema do direito romano e a escola histórica

O que de todo se percebe no *Beruf* é a certeza de Savigny que a Ciência do Direito é histórica, isto é, ultrapassaria a simples interpretação da vontade do legislador, em dado momento, ao criar a lei, para impor ao observador a análise do Direito positivo em perspectiva comparada possível pela observação das fontes históricas, das tradições dos povos (especialmente, por experiência pessoal, do povo alemão) e dos códigos paradigmáticos da época que permitiriam confirmar a origem do Direito atual no Direito romano, diretamente ou por adaptação das disposições aos costumes alemães locais, bem como o dever de fidelidade às fontes.

Quanto à técnica, leva-nos a reflexão sobre a origem do Direito positivo quando afirma que todo Direito (*Recht*) nasce como Direito consuetudinário (*Gewohnheitsrecht*), ou seja, origina-se, primeiramente, dos costumes (*sitte*) e das crenças populares (*volks Glaube*), para após se reconhecer na jurisprudência (*jurisprudenz*); portanto, somente em tempos modernos deduz-se da vontade do legislador (*willführ eines gesetzgeber*).

Dentre as diversas considerações, duas são mais diretas: o Direito se forma na consciência, primeiro do povo, e depois do jurista (fala-se, aqui, da relação entre o *wolksgeist* e a *Bewußtsein*); e, o Direito atual a ser recopilado ao Código deveria ser objeto de análise de todo o Direito vigente (histórico) a admitir novas leis (adequação político-normativa).

17 “Em cada preceito fundamental veem ao mesmo tempo um caso de aplicação, e em cada caso litigioso a regra que a determina, e o seu domínio só pode ser reconhecido na facilidade com que passam do geral para o particular e do particular para o geral”; tradução livre e pessoal de: “En cada precepto fundamental ven al mismo tiempo un caso de aplicación, y en cada caso litigioso la regla que lo determina, no pudiendo menos de reconocerse su maestría en la facilidad con que pasan de lo general a lo particular y de lo particular a lo general” (Savigny, 2015, p. 29).

Este eixo temático acompanhou a produção intelectual de Savigny em várias oportunidades para além *Beruf*¹⁸, a ponto de se poder afirmar que “o Direito de um determinado período, argumentou, não pode ser entendido isoladamente, pois o presente está indissoluvelmente ligado ao passado do qual emergiu. A ciência jurídica deve, portanto, ser de natureza histórica — a sua principal tarefa é a penetração intelectual, adaptação e renovação dos textos jurídicos, tal como eles nos chegaram”¹⁹.

Restrito a este contexto, em 1840, Friedrich Carl von Savigny publicou sua obra *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual) pretendendo definir sua posição diante da escola histórica (*historischen Schule*) numa perspectiva lógico-científica bem delimitada que, reconhecendo o constante desenvolvimento do Direito, pretendia visitar as teorias antigas, criticar suas imperfeições²⁰, confirmar suas verdades e definir a posição teórica adequada do Direito (Savigny, 1878, p. 2).

Neste âmbito, denegava o excesso de autoridade do Direito romano, mas se lhe considerava a importância (*rectius*, necessidade) que impunha ao estudioso do Direito atual seu reconhecimento, a ponto de estabelecer uma indicada comparação entre os Direitos romano e moderno (Savigny, 1878, p. 5), diante de um minucioso método verdadeiramente científico (Savigny, 1878, p. 9).

Desde o início, determinou que o Direito romano do início do século XIX em Alemanha seria seu objeto de análise, como diz, “a parte da ciência tratada na obra” (Savigny, 1878, p. 21), que se aproximava²¹ do Direito comum da Alemanha, especialmente no domínio do positivismo. Para tanto, via como necessário o estudo sobre a natureza das fontes do Direito; de modo que, logo, surgiu a questão: qual seria o fundamento do Direito geral?

O Direito geral não é outro senão o Direito positivo, uma vez que a inteligência humana sempre justificaria a existência de um Direito em uma regra lógica preexistente legitimada na “consciência comum do povo” (*volksgeist*²² — melhor a dizer, o “espírito do povo”)

18 A referência são as obras: *Das Recht des Besitzes* (O Direito de posse, 1803), *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (História do Direito Romano na Idade Média, 1815-1831), *System des heutigen Römischen Rechts* (Sistema de Direito Romano Atual, 1840-1849) e *Das Obligationenrecht* (O Direito das obrigações, 1851-1853).

19 Tradução livre e pessoal de: “Le droit sur une période donnée, soutenait-il, ne peut être compris isolément, car le présent est indissolublement lié au passé à partir duquel il a émergé. La science juridique doit donc être de nature historique – sa tâche principale est la pénétration intellectuelle, l’adaptation et le renouvellement des textes juridiques, tels qu’ils nous sont parvenus” (Zimmermann, 2013, p. 99).

20 Imperfeição que mais adiante reafirma como erro, entendido como defeito de lógica, de desconhecimento de um facto ou em virtude de um método vicioso (Savigny, 1878, p. 12).

21 A aproximação entre o Direito romano e o Direito comum em Alemanha, na perspectiva positivista, deveria ser lida em dois aspetos: um histórico, pelo qual o Direito comum é o próprio Direito romano da época em Alemanha; e, outro constitucional, considerando que o império alemão, no âmbito da Constituição (política), constituía-se sobre um Direito territorial (local) e um Direito comum (Savigny, 1878, p. 23).

22 Pela importância para fundamentação, preferiu-se utilizar a expressão nativa como proposta pelo autor (Savigny, 1840, p. 15).

que não pode ser anulada, pelo qual se pode chamar “Direito do povo”²³ (Savigny, 1878, p. 29).

Considerando, então, que o Direito positivo tem sua origem na consciência comum do povo, é possível afirmar que o tempo tem dúplice importância: a) quanto mais antigo o Direito, maior a sua força, uma vez que a ação do tempo sobre o ele lhe torna as raízes mais fortes no seio do povo; e, b) o próprio tempo modifica o Direito, especialmente quando se reconhece que a sociedade está em constante mutação que desafia a reconfiguração das relações institucionais e interpessoais, mais evidente no início e de mais complexa percepção com o desenvolvimento.

Para além da legitimação e criação do Direito positivo na consciência comum do povo, é importante dotá-lo de um elemento a mais de certeza e determinação que afastasse os riscos das opiniões pessoais, de um lado, e da injustiça, por outro. Em síntese, seria importante reduzi-lo a lei²⁴, enquanto “expressão do Direito popular” (Savigny, 1878, p. 44).

III.A. O método de Savigny no *System*: do *volk* ao *wissenschaftliches Recht*

A reconfiguração de seu pensamento e o maior interesse na análise do Direito romano no âmbito da compreensão dos Direitos, popular e positivo, cingidos a iminência de formação da identidade nacional que impunha a constituição de um Direito científico, estimula uma nova análise do método de Savigny no *System*; e, isto, desde o sentido de povo para plena compreensão da consciência geral até a contemporânea atuação dos juristas, em teoria e prática, para sedimentação do Direito científico.

III.A.a. Volk: de sujeito ativo a consciência geral

Para Savigny (1840, p. 18-20), o povo (*volk*) é o sujeito ativo e pessoal do Direito, uma vez que assim considera a comunidade de indivíduos intelectualmente ligados pela língua comum e pelas tradições renovadas, de geração em geração, desde tempos imemoriais. Vê-se, portanto, a importância de três elementos: unidade (refere-se a todos os indivíduos sucedidos entre as gerações, dos primeiros aos atuais), tradição (conserva o Direito positivo – *positives Recht* – por repassar, em nível de reconhecimento, a força do Direito entre as gerações), e identidade (embora o Direito nasça no seio do povo e se constitua em positivo, nesta transposição denota a uniformidade de pensamentos e de ações deste mesmo povo).

23 O Direito positivo é desvelado “deste espírito geral que anima a todos os membros de uma nação, a unidade do Direito se revela necessariamente em sua consciência, e não é produto da causalidade” (Savigny, 1878, p. 30).

24 A lei concebida no sentido de Direito positivo posto, na forma escrita e compreensível, pela autoridade competente enquanto atributo do Estado (Savigny, 1878, p. 43).

Para além da criação do Direito, o povo também dá vida ao Estado (*Staat*); afinal, reconhece o Estado como a manifestação orgânica de seu povo (Savigny, 1878, p. 34). Assim, “as relações dos indivíduos com o Direito geral recebem do Estado a sua realidade e o seu complemento. O Direito é a expressão do espírito nacional comum, e, portanto, de sua vontade, que é também a vontade de todos os indivíduos”²⁵.

Diante da redução e dedução do Direito e do Estado ao povo, Savigny (1840, p. 34) alerta para o uso impróprio da expressão Direito do povo (*volksrechts*) enquanto sinónimo de Direito consuetudinário (*Gewohnheitsrechts*). A ressalva é pertinente para sua teoria na medida em que, por vezes, se afirma que a regra de Direito é criada pelo costume; no entanto, para Savigny, a origem do Direito não é propriamente o costume, mas a consciência geral do povo (*gemeinsamen Bewusstsein des volks*), manifestada em atos exteriores, usos, hábitos e também costumes, desvelados das reiteradas condutas uniformes entre os indivíduos que a marcam como essência²⁶ (Savigny, 1840, p. 35); portanto, o costume é o meio pelo qual se torna possível reconhecer o Direito positivo (Savigny, 1878, p. 41).

O costume, enquanto elemento central do Direito costumeiro, tem, então, dúplici caracterização: ser meio pelo qual se reconhece o Direito positivo e, também, forma pela qual este mesmo Direito se revela. Tais facetas devem ser utilizadas para cada vez mais determinar a volta aos princípios, fundamentais e secundários, de Direito positivo que devem estar presente no cotidiano das relações humanas justamente por representar o sentimento vivo de volta à consciência geral do povo.

III.A.b. Direito Científico (*wissenschaftliches Recht*)

Progresso e desenvolvimento justificados na razão — lógica —, eis o destino das áreas do saber que pretendessem ser reconhecidas como Ciência. Com o Direito não foi diferente e Savigny estava atento às exigências de seu tempo: como definir o método científico que permitisse o Direito ser reconhecido por seus próprios fundamentos diante das novas disposições e relações? Ou, em síntese, como reconhecer a cientificidade do Direito diante da

25 Tradução livre e pessoal de: “Las relaciones de los individuos con el derecho general, reciben del Estado su realidad y su complemento. El derecho es la expresión del espíritu común nacional, Y por consiguiente, de su voluntad, que es también la voluntad de todos los individuos” (Savigny, 1878, p. 35).

26 Mencione-se Karl Larenz: “SAVIGNY passou a considerar como fonte originária do Direito não já a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o «espírito do povo» – o que aconteceu, pela primeira vez, no seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit*. A única forma em que uma tal convicção logra constituir-se não é, manifestamente, a de uma dedução lógica, mas a de um sentimento e intuição imediatos. Ora, na sua origem, esse sentimento e essa intuição não podem estar referidos a uma *norma* ou *regra* – concebível apenas como produto de um pensamento racional, por ser já geral e abstracto; eles só podem ter por objecto as concretas e ao mesmo tempo típicas *formas de conduta* que, justamente pela consciência da sua «necessidade intrínseca», são observadas pelo conjunto dos cidadãos, ou seja, as próprias *relações da vida* reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito” (Larenz, 1997, p. 13).

mudança deste paradigma que antes vivia na consciência do povo, mas agora cessa de ser acessível aos membros da nação?

Diante do novo paradigma, os juriconsultos²⁷ (*Juristenstandes*) são chamados a determinar, com rigor, a aplicação dos princípios fundamentais que desde sempre estão presentes na consciência do povo, mas que se tornaram obscuros, de difícil percepção. A sugestão de Savigny (1840, p. 45) leva a dúplice constatação: a um, o Direito do povo segue o caminho regular de desenvolvimento diante dos novos elementos; e, a dois, os juriconsultos devem representar o povo de que tomam parte.

Em sua atuação, os juriconsultos respondem pela criação prática e direta do Direito se obrigando a buscar na consciência geral do povo, de que são parte, os princípios fundamentais para formação do Direito positivo vigente, mas também exercem a função científica ao terem que traduzir e integrá-lo independentemente de sua origem. Percebe-se, desde então, que a ciência passa a ser um elemento constitutivo do próprio Direito, e quando aplicada em todas as manifestações jurídicas, induzem um todo orgânico.

A constatação leva a reflexão sobre o risco, em tempos modernos, dada a necessidade de resposta às novas relações e à amplitude das matérias jurídicas, que desafiam a elaboração de códigos completos, os quais fixam o Direito no estado em que se encontram, imobilizando-o, e o privando do desenvolvimento constante e sucessivo impostos pelo progresso da Ciência (Savigny, 1878, p. 48).

27 Em atenção a importância dos juriconsultos para a formação do Direito positivo a partir da mudança do paradigma, esclarece-se que a opção pela tradução de *Juristenstandes* para juriconsulto segue a sugestão de Jacinto Mesia e Manuel Poley conforme tradução ao castelhano de 1878, com fundamento na mais extensa tradução do instituto proposta originariamente, como se vê em: “As formas externas que a atividade dos juriconsultos assume são a imagem da cultura progressiva desta classe. Em primeiro lugar, dão conselhos em certos casos especiais, concorrem para decisão em um processo (a), indicam as formas necessárias para a solenidade de um ato, e os seus primeiros ensaios literários são geralmente compilações de fórmulas e instruções, inteiramente práticas, sobre as formalidades necessárias para a preparação de atos solenes. Gradualmente, as suas obras adquiriram um carácter mais elevado. A ciência começa a nascer, a ter a sua teoria e a sua prática: a sua teoria, nas doutrinas expostas por livros e relatórios orais; a sua prática, nas decisões dos tribunais, que diferem dos antigos julgamentos populares por instrução científica dos magistrados e pelas tradições estabelecidas nos colégios permanentes”, enquanto tradução livre e pessoal de: “Las formas exteriores que reviste la actividad de los juriconsultos, son la imagen de la progresiva cultura de esta clase. Ante todo, dan consejos en ciertos casos especiales, concurren a la decisión de un proceso (a), indican las formas necesarias para la solemnidad de un acto, y sus primeros ensayos literarios son ordinariamente recopilaciones de fórmulas e instrucciones, enteramente prácticas, sobre las formalidades requeridas para la confección de los actos solemnes. Poco a poco, toman sus trabajos un carácter más elevado. La ciencia comienza a nacer, a tener su teoría y su práctica: su teoría, en las doctrinas expuestas por los libros y los informes orales; su práctica, en las decisiones de los tribunales, que difieren de los antiguos juicios populares por la instrucción científica de los magistrados y las tradiciones que se establecen en el seno de los colegios permanentes” (Savigny, 1878, p. 47). Outrossim, em tempos atuais, define como qualquer pessoa que tenha estudado o Direito para exercício de funções remuneradas, tais como magistrados, advogados, escritores ou professores (Savigny, 1878, p. 71).

Por outro lado, a atuação dos jurisconsultos em favor da Ciência facilita a aplicação da lei e, por conseguinte, fortalece-lhe as proposições garantindo a supremacia; o que leva a constatação de terem sobre o Direito positivo uma grande influência. É neste sentido que se fala da existência de um Direito científico (*wissenschaftliches Recht*) ou de Direito dos jurisconsultos (*Juristenrecht*).

Do receio à certeza, da necessidade à realidade, Savigny pondera sobre o resultado da atuação dos jurisconsultos, cuja reflexão pode ser reduzida a questão: como uma teoria formulada por jurisconsulto pode ser considerada uma mais valia científica (dedicada ao desenvolvimento) para o Direito? A amplitude da questão exige tríplice análise: primeiro, perceber o que é teoria neste contexto; depois, considerando a mudança atuarial dos jurisconsultos, de qual deles se fala; e, por fim, em que contingência o Direito popular se aproxima do Direito científico.

A teoria (*theoretisch*) se cinge aos elementos integrantes aos trabalhos dos jurisconsultos que justificam, fundamentam e esclarecem os textos jurídicos enquanto sistema de Direito, sem criar novos Direitos, mas garantindo a compreensão e certeza para realização das regras jurídicas já existentes. Ademais, enquanto elemento prático, tais teorias devem gozar de autoridade científica suficiente e adequada para indicar o cumprimento e aplicação do Direito por ele mesmo, especialmente aos operadores do Direito que não gozam de conhecimento e capacidade, de per si, para criar a própria doutrina (Savigny, 1840, p. 87-88).

Em referência aos jurisconsultos, analisa-os em dúplice perspectiva: o jurisconsulto romano (poucos eram assim reconhecidos, mas os indicados eram dotados de posição reconhecidamente elevada no mundo jurídico por se dedicar livremente a função de desenvolvimento do Direito, tinham em suas opiniões autoridade suficiente para influenciar os julgamentos, tanto pelo convívio com os pretores como com o imperador, bem como sua predisposição ao progresso do Direito), e o jurisconsulto alemão contemporâneo (muitos distribuídos por toda a Alemanha, vistos com desconfiança por representarem determinada sociedade com análise parcial e fragmentária que denotaria um duvidoso conhecimento do Direito somente superado após longo período de ponderação que permitisse sua teoria atingir o estado de generalidade científica).

O Direito popular se formou muito antes que o Direito científico em Roma. Em concreto, o Direito científico se constituiu lentamente o que lhe garantiu profundidade e originalidade importantes para fundamentar a influência sobre outros povos e em diferentes momentos históricos. Fruto da atuação dos jurisconsultos, a teoria caminhou juntamente com a prática, cuja relação de proximidade, exigia da prática para a teoria a determinação de seus elementos para plena satisfação, o que era possível no domínio científico (Savigny, 1878, p. 72).

IV. Do método histórico na ciência do direito e seu futuro

A reflexão de Savigny não se restringiu a Alemanha. Contemporaneamente ao *System* já se observava em França, estudos da Escola Histórica como delineada por Savigny, cujo método se adaptara ao historicismo local, como se vê, por exemplo, nos escritos de Henri Klimrath, especialmente na obra, *Travaux sur l'Histoire du Droit Français*²⁸ (Trabalhos sobre a História do Direito francês), que influenciou, por sua vez, Édouard Laboulaye²⁹.

Em 1855, Édouard Laboulaye publicou o texto *De la Méthode Historique em Jurisprudence et son Avenir*³⁰ (Sobre o método histórico em Ciência do Direito e seu futuro), em que expôs suas percepções sobre a necessária e constante reconstrução científica do Direito diante da História da humanidade e da comparação de sistemas em perspectiva temporal e sistemática, reconhecendo sobre o método histórico — especificamente sobre o pensar de meados do século XIX —, a condição de ser o mais fértil a garantir a pretensão das ciências sociais de compreender a existência de princípios que dessem respostas racionais (*pensée humaine*) ao que era divino, garantindo a definição do verdadeiro, do belo e do justo, a fim de dar respostas às necessidades contemporâneas; e, isto, seria possível pela observação, racionalização e comparação do que acontecera no passado dos povos pela experiência dos indivíduos, ligados por elementos jurídicos.

A pretensão, a bem do facto, era de superar o que seria individual em favor do que era universal, propondo-se a mudança do paradigma de observação que permitisse abandonar a perspectiva do exato³¹ sobre o verdadeiro, o belo e o justo, para cuidar da observação sobre a experiência real dos povos revelada em sua vida cotidiana percebida de época em época, no passado.

Aquilo que era verdadeiro e absoluto, o próprio princípio em si, no passado, é agora ultrapassado, embora demonstre-nos as raízes do que hoje se apresenta. Assim, em toda legislação se revelaria a influência do pensamento do passado destacando o convívio harmônico entre os elementos filosófico (teoria) e tradicional (prática), a ponto de a escola moderna se valer destes elementos de valor histórico para lhe delimitar, nunca lhe asfixiar (Laboulaye, 1855, p. 3).

28 KLIMRATH, Henri — *Travaux sur l'Histoire du Droit Français*. Strasbourg: Chez Veuve Levrault, 1843

29 Laboulaye (1855, p. 12) remarca que os estudos de Savigny foram importantes, não só pela revolução imposta à Ciência do Direito para além da Alemanha diante do método histórico definido com tamanha clareza, segurança e sobriedade de erudição, que os ensinamentos permitem a seus alunos, dentre eles Henri Klimrath, irem além no aperfeiçoamento do conhecimento e depuração do método.

30 LABOULAYE, Édouard — *De la Méthode Historique em Jurisprudence et son Avenir*. In: *Revue historique de droit français et étranger*. Paris. V. 1, 1855, pp. 1-23.

31 Trabalhado pela lógica corrente matemática que representa na significação: *l'expression mathématique* (Laboulaye, 1855, p. 2).

Édouard pretende demonstrar que o método histórico permite observar quão confusa é a produção do Direito, de época em época, concluindo pela percepção sobre o pouco progresso conseguido, além das inúmeras lacunas científicas que ainda persistissem na legislação; e, tal percepção, em certo grau de problemas da Ciência do Direito e da Filosofia são os mesmos e podem ser restritos a questão de saber qual seria o grau de desenvolvimento humano diante da educação (*rectius*, informação) recebida do passado (Laboulaye, 1855, p. 3-4).

IV.A. O método histórico por Édouard Laboulaye

A reconstrução do Direito em nível de ciência aproxima-o da Filosofia e, em se considerando a necessidade de retroagir à época de reflexão, o mais ponderável a fazer seria perseguir os elementos de filologia a qual percebera que, embora a língua francesa tivesse íntima relação com a língua romana³², antes recebera influência asiática. Pela mesma lógica dever-se-ia conduzir a observação e análise das instituições jurídicas, anteceder para antes da tão conclamada Lei das Doze Tábuas (Laboulaye, 1855, p. 4).

Retroagindo a época histórica, vê em interesse para formação jurídica das instituições modernas a experiência de três povos (indiano, judeu e grego), e, neste âmbito, integra ao seu discurso a importância das técnicas e método de Direito comparado (*législation comparée*) adaptado ao método histórico, ou seja, a observação e análise deve ser feita diante da experiência real e concreta de cada povo, em cada período histórico, cuja comparação somente é possível em restrição ao fenômeno jurídico tomado em cada momento da História (Laboulaye, 1855, p. 5).

Como exemplo, aos indianos reconhece a importância das Leis de Manu quando demonstram o amalgamar entre o Direito e a religião, típico de uma certa época imemorial da civilização, renovado nas primeiras leis romanas, recuperado no Direito canônico e reafirmado na Idade Média (Laboulaye, 1855, p. 6).

Aos judeus propõe uma análise em dois momentos, tendo na relação com o cristianismo o ponto de rutura. Antes do cristianismo, a nítida confusão entre Direito e moral; e, após a influência do dogma sacro-evangélico na formação do Direito canônico ao influenciar a forma e as instituições romanas (Laboulaye, 1855, p. 6).

Aos gregos percebe influência diferente. Toda autonomia dos povos que formaram a confederação grega impedia a unidade real e, por conseguinte, a identidade única, embora tenha contribuído para o desenvolvimento das artes e da filosofia (especialmente a passa-

32 Importante marcar a língua romana para reconhecer que, embora o longo período de formação do Direito romano tenha se deparado com inúmeras mudanças, inclusive com a elevação do grego, prefere-se destacar a raiz latina.

gem da mítica para a racional), de modo que somente após o reconhecimento da necessidade comum de defesa contra a ameaça externa asiática observa-se o desenvolvimento da Ciência do Direito – das Gentes (Laboulaye, 1855, p. 7-8). Nestes termos, é comum afirmar que, ao seu tempo, os gregos desenvolveram a política, e os romanos o Direito.

Mesmo com as particularidades assentadas na nítida confusão entre Direito, religião, moral e política, típica da experiência destes povos, vários dos princípios são observados na estrutura romana, tais como: o poder paternal, o casamento, a sucessão, e os sacrifícios (*pinda*), dos indianos; o respeito aos costumes garantidos pelas tradições religioso-jurídicas na experiência do Talmud (especialmente no Mishná), entre os judeus; e, a leitura política de viés jurídico concebida no seio da *citê* (*polis*) que regula toda a vida dos indivíduos, entre os gregos.

Da influência para constituição do Direito romano, passa-se ao Direito canônico, reconhecido para além da simples adaptação do Direito romano segundo as ideias cristãs propostas pela Igreja, para satisfazer as necessidades das nações ocidentais, como querem uns; para a proposição de que se trata de um Direito constituído pela Igreja a partir da suavização do Direito romano pelo Evangelho, pelos costumes germânicos e pelas novas ideias que, romanas pela forma e pelos fundamentos, governou o ocidente por suas próprias instituições, sendo invocada, quando necessária a busca da justiça, superando os duelos e outros “jogos nobiliárquicos de honra”, os procedimentos criminais e civis canônicos (Laboulaye, 1855, p. 13).

Do Direito canônico, indispensável para compreensão da legislação francesa, iniciou a análise do Direito interno em França propondo o sequenciamento histórico dos diplomas (v.g. leis bárbaras e capitulares, antigos costumes, ordenações e estilos – formas de proceder – desde os do parlamento até os de matriz jurisdicional) que permite sistematizar, para além da formação do Direito até a estrutura contemporânea, os fenómenos, social e de poder.

Do discurso de Édouard a perseguir o objetivo de sistematizar os factos históricos de viés jurídico como realmente aconteceram no âmbito dos povos contribuindo para o desenvolvimento científico do Direito, é possível observar uma estrutura bem definida que, partindo de eixos temáticos, adota uma técnica dividida em dois elementos: os estudos prévios de reconhecidos estudiosos (há que se ter por referência os autores que se preocuparam com os estudos, ao seu tempo, de cada um dos eixos temáticos), e a importância do método histórico em perspectiva comparada.

Especificamente sobre a importância do método histórico em perspectiva comparada, afirma que “a História do Direito nos dá todo o passado da França, o Direito comparado

nos dá a Europa inteira”³³, o que permite afirmar que o estudo da caminhada das várias nações contribui para o reconhecimento dos vários estágios de civilização para cada povo, assim como há distintas idades para os indivíduos; como se vê, por exemplo, no âmbito da propriedade e da justiça institucionalizada diante de parâmetros normativos delimitadores da jurisdição³⁴.

Na prática, estes modelos concebidos em exemplos são comprováveis, como observa Édouard, ao seu tempo: na Rússia vale a regra da propriedade comunitária como o era na França da Idade Média; e, dentre os albaneses e árabes, se observa a vingança e os Direitos de sangue regulamentados como os germânicos, em seu passado jurídico (Laboulaye, 1855, p. 21).

Se se admite a comprovação dos modelos por exemplo como visto, há que se ter atenção neste momento de aplicação prática; afinal, as ligações históricas que admitem a transposição das normas e instituições jurídicas não podem ser tão distantes, mas próximas e interligadas diante da realidade de cada povo.

Assim, Édouard (1855, p. 21-22) reconhece como impossível comparar por seu método histórico, franceses e atenienses, mas admite a comparação ente ingleses e romanos, diante da marcante semelhança no âmbito das instituições políticas e civis, além de ambos não terem uma constituição escrita formal, reconhecerem de igual modo a força dos precedentes judiciais, conservarem a mesma influência da religião, aristocracia e costumes nos instrumentos e instituições jurídicas (v.g. a força dos costumes diante da formação da lei, de igual modo da jurisprudência na criação dos códigos, e do valor das palavras na lei diante do espírito legislativo em reconhecimento ao cumprimento escrupuloso das normas e o respeito à liberdade em igualdade).

V. Conclusão

Ao término do artigo, percebe o atento leitor a opção pela descrição das teorias de Friedrich Carl com Savigny (*Beruf e System*) e Édouard Laboulaye (*Méthode*) quanto aos elementos imanentes ao método histórico em perspectiva comparada, deduzidos dos factos históricos posteriores a assinatura do Tratado de Paris e da instauração do Congresso de Viena, a partir de 1814, que estimulou a construção teórica para (re)criação de uma Ciência do Direito

33 Tradução livre e pessoal de: “L’Histoire du droit nous donne tout le passé de la France, la législation comparée nous donne l’Europe entière” (Laboulaye, 1855, p. 21).

34 «A propriedade comum em toda a parte precede a propriedade individual, a vingança familiar e a lei da talião aparecem antes da redenção de sangue, e a instituição da justiça regular», tradução livre e pessoal de: “La propriété commune précède partout la propriété individuelle, la vengeance de famille et la loi du talion paraissent avant le rachat du sang, et l’institution d’une justice régulière” (Laboulaye, 1855, p. 21).

que resgatasse a autoridade da lei tendente a unificação nacional alemã e de resgate da identidade tradicional do povo francês, estimulada a partir da proposta de Anton Friedrich Justus Thibaut.

Tal opção encontra fundamento na própria pretensão do artigo em propor uma leitura sobre a sistematização do método histórico na perspectiva da Escola Histórica desde a influência de Savigny, em diálogo sobre o fundamento ideológico de criação de um Código civil geral para toda a Alemanha, com — e contra — Thibaut, justificado na consciência geral de seu povo, que desse origem a um Direito popular percebido pelos elementos internos do Direito consuetudinário contributivos para compreensão do Direito positivo que, após análise teórica metodicamente orientada por critérios formais e materiais, permitisse revelar o Direito vigente adaptado à nova realidade política instruída por leis novas.

O avançar da sistematização permitiu, por um lado, a percepção, justamente, de um método centrado na análise do Direito positivo em perspectiva comparada, possível pela observação das fontes jurídicas históricas, das tradições dos povos (especialmente dos povos alemães e centradas nos costumes), e dos códigos paradigmáticos da época; e, por outro, a reflexão sobre a origem do Direito positivo, ao se conceber que todo Direito nasce como Direito consuetudinário, ou seja, origina-se, primeiramente, dos costumes e das crenças populares, para após se reconhecer na jurisprudência, o que levaria a dedução lógica que somente em tempos modernos se justificaria na vontade do legislador.

O que de todo se percebe é a certeza de Savigny que a Ciência do Direito é histórica, isto é, ultrapassaria a simples interpretação da vontade do legislador, em dado momento, ao criar a lei, para impor ao observador a análise do Direito positivo em perspectiva comparada possível pela observação das fontes históricas, das tradições dos povos (especialmente, por experiência pessoal, do povo alemão) e dos códigos paradigmáticos da época que permitiriam confirmar a origem do Direito atual no Direito romano, diretamente ou por adaptação das disposições aos costumes alemães locais, bem como o dever de fidelidade às fontes.

Neste contexto, ao determinar o Direito vigente, o recopilador deve ter claros três requisitos ao elaborar o Código: a) sua natureza, a qual deve ser justificada na reta determinação de perquirir um Direito nacional geral que substituísse, resolvendo a crise de validade, os Direitos locais, garantindo a mais elevada certeza jurídica que se apoiasse na aplicação equânime; b) seu conteúdo baseado na certeza de sê-lo o mais completo possível, uma vez que assumiria a condição de ser a única fonte de Direito responsável pela resolução de todos os casos jurídicos pós-apresentados; e, c) sua forma deve ser inspirada na aptidão para exposição em que se prestigiasse as regras gerais com linguagem acedível a todos e dotada de atenta brevidade.

Regressando a pretensão deste artigo, sugeriu-se, outrossim, o diálogo com Édouard Laboulaye quanto a inversão do paradigma de influência; agora, pelo reconhecimento do método histórico, sob influência dos contributos de Savigny, que permitisse a justificação científica do Código napoleónico – ou outro em seu lugar – em valores tradicionais repassados, de geração em geração, desde a formação de sentimento de povo francês.

Percebe-se que o discurso se cinge ao objetivo de sistematizar os factos históricos de viés jurídico como realmente aconteceram no âmbito dos povos contribuindo para o desenvolvimento científico do Direito, o que permite observar uma estrutura bem definida em eixos temáticos que obriga a adoção de técnica dividida em dois elementos: os estudos prévios de reconhecidos estudiosos sobre cada tema a regulamentar, e a importância do método histórico em perspectiva comparada.

Em observação final, há que destacar que os dois diálogos (Thibaut-Savigny e Savigny-Laboulaye) permitem afirmar que Savigny e Laboulaye reconhecem a importância da História do povo, a influência de elementos filosóficos na formação da teoria científica a ser adotada pelo Direito, a referência em elementos de Direito comparado e a necessidade de construção de uma “Ciência do Direito” com o assentamento no método histórico em bem posta observação em perspectiva comparada com equilíbrio entre a teoria e a prática.

De destaque em cada argumento é o modo como adotam suas referências, conforme teoria sustentada no método histórico em perspectiva comparada, quanto à observação daquilo que veem como prática: Savigny analisou, especialmente, os três Códigos vigentes à sua época (francês, prussiano e austríaco) reconhecidos como os mais relevantes, concluindo que ambos têm origem no Direito romano, fundamentavam-se em institutos de Direito romano adaptados aos costumes, e eram fiéis as fontes; enquanto Laboulaye analisou por inspiração da filologia os sistemas jurídicos históricos de três povos que influenciaram a língua e o povo francês (indianos, judeus e gregos), cujas observação e análise deveriam ser realizadas diante da experiência real e concreta de cada povo, em cada período histórico, sendo a comparação somente possível em restrição ao fenómeno jurídico tomado em cada momento da História.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- KLIMRATH, Henri – *Travaux sur l’Histoire du Droit Français*. Strasbourg: Chez Veuve Levrault, 1843.
- LABOULAYE, Édouard – De la Méthode Historique em Jurisprudence et son Avenir. In : *Revue historique de droit français et étranger*. Paris. V. 1, 1855, pp. 1-23.
- LARENZ, Karl – *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 6 Ed. Heidelberg: Springer-Verlag, 1991.
- , *Metodologia da Ciência do Direito* (tradução do alemão), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

- SAVIGNY, Friedrich Carl von – *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlin: Bei Veit und Comp., 1840, 489 páginas.
- , *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr & Zimmer, 1814.
- , *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho* (tradução do alemão). Madrid: Carlos III University of Madrid, 2015. ISBN: 978-84-89315-82-2.
- , *Sistema del Derecho Romano Actual* (tradução do Francês). Madrid: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.
- THIBAUT, Anton Friedrich Justus – *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr & Zimmer, 1814.
- , *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania* (tradução do Alemão). Madrid: Carlos III University of Madrid, 2015. ISBN: 978-84-89315-80-8.
- ZIMMERMANN, Reinhard – L'héritage de Savigny. Histoire du droit, droit comparé, et émergence d'une science juridique européenne. In : *Revue internationale de droit économique*, Paris. Tomo XXVII, 2013, pp. 95 – 127. ISSN 1010-8831.