

A escola da exegese e a investigação científica livre: Reflexos Hermenêuticos Jurídicos no Brasil (1873 a 1887)



<https://doi.org/10.56238/interdiinovationscrese-007>

Jéssica Painkow Rosa Cavalcante

Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Goiás (UFG). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GO), pós-graduada (lato sensu) em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes (UCM) e pós-graduada (lato sensu) em Direito Agrário e Agronegócio pela Faculdade Casa Branca (Facab). É advogada inscrita na OAB-TO. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6325-5735> LATTES: 4024280261959707 E-mail: jessicapainkow@hotmail.com

Leonardo Matheus Barnabé Batista

É doutorando em Ciências do Ambiente na Universidade Federal do Tocantins - UFT. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (2019), especialista em Direito Civil e Processo Civil (2017), é graduado em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins (2015). É advogado, e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Agrário, atuando principalmente nos seguintes temas: direito territorial quilombola: cultura, povos e comunidades tradicionais; direito registral, sobreposição de terras, regularização fundiária, títulos de posse e propriedade. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2875-3787> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1566159634562298> E-mail: leonar-do.matheus.bb@gmail.com

Maurides Macêdo

Pós-doutora em Direitos Humanos pela Universidade do Texas, doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e mestre em História pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista

em Direito Processual Penal (UFG) Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Academia de polícia de Goiás. Bacharel em Direito (PUC-GO). Licenciada em História (PUC-GO). Licenciada em Estudos Sociais (PUC-GO). Pesquisadora e professora do Pro-grama de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG, Brasil. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1279-8254> LATTES: <https://lattes.cnpq.br/8107202394331830> E-mail: maurinha1312@hotmail.com

RESUMO

Objetiva-se, nesse artigo, através da revisão de literatura, apresentar um panorama acerca da Escola da Exegese, da Escola Científica e do Movimento Direito Livre. Por meio do estudo de autores clássicos que escreveram sobre os temas, busca-se relacionar as principais características da Escola da Exegese, da Livre Investigação Científica, e mostrar o desenvolvimento do Movimento do Direito Livre, na Alemanha. A partir desse estudo pretende-se discutir como se deu o debate acerca da hermenêutica jurídica no Brasil no século XIX, analisando as influências sofridas no período de apogeu da Escola da Exegese (1830-1880). A metodologia de investigação foi pesquisa bibliográfica e análise de fontes documentais. Para a análise acerca da hermenêutica jurídica no Brasil, foram utilizadas como fonte as Revistas Jurídicas de circulação da época.

Palavras-chave: Escola da Exegese, Livre Investigação Científica, Movimento do Direito Livre, Hermenêutica Jurídica, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta uma revisão de literatura sobre a Escola da Exegese, a Escola Científica, do Movimento do Direito Livre e seus desdobramentos no Brasil, partindo de leituras de textos clássicos estrangeiros e nacionais. Considerando como marco as codificações nacionais do século XIX, optou-se, para efeitos didáticos, por trabalhar inicialmente a Escola da Exegese, com uma



incursão na Escola Científica e no Movimento Direito Livre e posteriormente uma análise das influências hermenêuticas no Brasil no período de apogeu do método exegético (1830-1880). Buscaremos identificar tais métodos nas publicações de alguns periódicos jurídicos brasileiros de circulação mensal, onde temos como recorte edições e casos esparsos extraídos da leitura de revistas veiculadas nos anos de 1873 a 1887.

Em um primeiro momento apresenta-se uma contextualização acerca dos influxos políticos e sociais Pós-Revolução Francesa e as consequências para a formação da Escola da Exegese, em seguida, uma exposição das principais características e métodos utilizados pela Escola, por último, análise de críticas teóricas fomentadas à época ao método exegético, traçando-se, conseqüentemente, as diretrizes teóricas do declínio da Escola.

Sobre o período de declínio da Escola da Exegese, destaca-se as ascendentes idéias desenvolvidas por François Gény, que buscava a Investigação Livre do Direito (Escola Científica), e sua influência para o Movimento do Direito Livre, na Alemanha.

Ao final, é realizada uma reflexão acerca das influências hermenêuticas no Brasil, considerando como marco de início o período de apogeu (1830-1880) da Escola da Exegese. As Revistas Jurídicas, veículos jurídicos largamente utilizados na época, sem dúvida nos permitirá, realizar uma interpretação mais consistente dessas influências no Brasil. A análise recai sobre as principais discussões hermenêuticas no Brasil durante o século XIX que se relacionam com o método exegético e a livre investigação científica.

Além da pesquisa bibliográfica, a metodologia adotada para a análise das influências hermenêuticas, é a análise do *periodismo jurídico*, privilegiando a releitura de publicações realizadas nos seguintes revistas: Gazeta Jurídica, revista de circulação mensal, onde temos como recorte edições casos esparsos extraídos da leitura de revistas veiculadas nos anos de 1873 a 1887, buscando identificar tais métodos nessas publicações; Também a análise no *Compendio de Hermenêutica Jurídica*¹, publicado em Recife, em 1872, tendo em vista que, o mesmo traz as regras de interpretação a serem utilizadas como “guias” pelas Faculdades de Direito do Império.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito é vontade social preponderante, e como tal sempre refletiu a sociedade que o moldou. Porém, os operadores do Direito, em diferentes épocas, aprenderam, interpretaram e aplicação a norma jurídica sob diferentes paradigmas baseados nas diferentes Escolas Jurídicas.

O ocidente europeu, teve um grande desenvolvimento do Direito na civilização Romana, durante a Antiguidade Clássica. A Doutrina do Direito (conhecida na época por Jurisprudência) teve

¹ Do Autor Francisco de Paula Baptista. Outros juristas importantes também publicam nessa época acerca da hermenêutica, em 1838, Correia Teles, com a *Teoria de interpretação das leis; e*, em 1861, Bernardino Carneiro, com *Primeiras linhas de hermenêutica jurídica e diplomática*.



notável avanço. Nesse período o Jusnaturalismo Clássico, escola de interpretação do Direito, surgiu a partir das ideias dos filósofos Gregos (Platão e Aristóteles) e buscava uma justiça universal baseada na razão natural. Esse pensamento teve influência longa e duradoura no ocidente europeu.

O Direito medievo, foi marcado pelo pluralismo jurídico, ou seja, pela co-existência de vários sistemas jurídicos distintos: Direitos Consuetudinários dos Povos Bárbaros, Direito Canônico e o Direito Feudal. A partir do século XI com o nascimento das Universidades, a Escola dos Glosadores e posteriormente a Escola dos Comentadores ressuscitaram e disseminaram o Direito Romano Justiniano na Europa. Ao mesmo tempo edificaram o *Ius commune* (Direito Comum) tendo como base o *Corpus Iuris Civillis*, que tinha força de texto sagrado. Respondendo a essa nova realidade o Jusnaturalismo adquiriu uma nova roupagem e apresentou um conteúdo teológico, pois o direito era um *Jus Sacrum*, haja vista que Direito e Sociedade tinham como base a vontade divina e o credo religioso.

Na Idade Moderna, com o nascimento dos Estados Nacionais Absolutos, nasceu também um Direito Nacional com as Ordenações do Rei. Além do Direito Romano, as Ordenações também passaram a ser ensinadas na universidade. Ainda na Idade Moderna, as Escolas dos Glosadores e a dos Comentadores, foram criticadas pela Escola Jusracionalista. Nesse momento de tantas transformações o Jusnaturalismo adquiriu uma nova veste. Tornou-se mais racional (razão justa). Buscava a justiça respeitando a natureza racional do homem e a principal fonte do Direito é a natureza humana e possui um método racionalista. Essa escola, floresceu nos séculos XVI e XVIII, e teve como protagonistas Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e Kant.

A Revolução Francesa, trouxe grandes mudanças no mundo ocidental e claro também no Direito. Com a ascensão da burguesia, nasceu na Europa um Direito estatal, codificado e único a ser aplicado dentro de um Estado. O Código de Napoleão foi o exemplo emblemático de toda essa transformação.

No bojo de todas as mudanças e dessa nova ordem econômica, política e social, no final do século XVIII, e nos séculos XIX e XX, surgiram na Europa várias Escolas de Interpretação do Direito, dentre elas a Escola da Exegese, a Escola Histórica, a Escola Teleológica, a Escola da Livre Investigação e a Escola do Direito Livre.

O Juspositivismo, foi um produto direto e imediato da Revolução Francesa e uma das primeiras correntes desse pensamento na França, foi a Escola da Exegese, também conhecida como Escola Filológica.

3 ESCOLA DA EXEGESE E SUAS CARACTERÍSTICAS

O movimento legalista ganhou força no final do século XVIII e, com o fim da Revolução Francesa, a França ansiava por um direito nacional. Conforme Antônio Manuel Hespanha (2012:401),



as leis estaduais já tendiam a monopolizar a atenção dos juristas desde meados do século XVIII, sendo esse monopólio, influenciado pelas ideias jusracionalistas².

Com isso, houve uma “ruptura” da concepção de direito e do pensamento jurídico do antigo regime, no qual, Castanheira Neves (1995:181) relaciona três principais pressupostos presentes no “contexto cultural e político jurídico francês imediatamente anterior e imediatamente conseqüente à Revolução de 1789”, sendo eles: 1º) o filosófico-jurídico (no *jusnaturalismo* moderno-iluminista); 2º) político-jurídico (no *legalismo* demo-liberal) e o 3º) cultural (fenômeno jurídico da *codificação* pós-revolucionária).

As implicações políticas e sociais da época acabaram estimulando o “legalismo da codificação pós-revolucionária”, que impulsionava e alimentava o movimento codificador, pois, buscavam através dele, “responder aos anseios por uma ordem jurídica estável, previsível e, portanto, segura”. (NEVES, 1995:181; HESPANHA, 2012:401)

O legalismo pós-revolucionário via o direito tão-só nas leis politicamente legitimadas num Estado de assembleia representativa e estruturado segundo um rígido de separação de poderes, e o jusnaturalismo dizia-as fundadas no direito natural-racional deduzido de axiomas socialmente antropológicos, mas aquele legalismo, que tinha uma imediata origem ideológica no contratualismo iluminista, não deixou de receber do jusracionalismo não só muito conteúdo normativo prescrito pelas suas leis, como ainda a ideia de que à normatividade jurídica correspondia essencialmente o *modus* de uma racionalidade sistemática e mesmo de uma racionalidade axiomáticamente sistemática. Era essa a *forma culturalis* de um tempo de “razão” que ia consubstancial ao jusnaturalismo em geral, tanto moderno como iluminista, e que o legalismo do século XIX dogmáticamente consagrou. Dai a fundamental exigência da prescrição das leis *sub specie códicis*, enquanto justamente a forma jurídico-positiva dessa essencial racionalidade (NEVES, 1995:182).

Assim, essa cultura jurídica de racionalidade através da prescrição de leis em códigos “implicava que um código não fosse uma mera coletânea de leis, mas um *corpus* legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário”, como uma “personificação do ideal de um certo domínio jurídico”. (NEVES, 1995:182)

O fenômeno codificador, pode ser traduzido nessa época como uma cultura jurídica que surgiu em oposição à cultura jurídica anterior, ao *ius commune*. Enquanto o *ius commune* firmava-se em textos jurídicos canonizados e em um método de produção normativa compilativo de diversos direitos particulares, a proposta codificadora amoldava-se ao discurso racionalizadamente unificado, onde a fonte não é mais os costumes ou a história local, mas o estado soberano que representava a vontade de um povo (MARQUES, 2003:10-15).

Todo contexto dessa cultura jurídica racional codificadora na França contribuía para a Escola da Exegese, como exemplo, as leis em 1790 que valorizam os sentimentos jurídicos das pessoas comuns, instituindo os juízes de paz não letrados e acabando com os recursos para os Tribunais

² Nas palavras de Manuel Hespánha (2012), o monopólio estava temperado “pela crença na existência de um direito suprapositivo com origem na razão, de que o direito positivo constituiria uma especificação e uma garantia”.



superiores; o sentimento de vontade do legislador revolucionário extremamente valorizado, o que imprimia, a previsão dos códigos no preâmbulo da Constituição de 1791³; e, o encerramento das faculdades de Direito por Convenção em 1793.

E é nesse cenário que o discurso napoleônico propôs arras ao racionalismo contratualista pós-revolucionário. Um direito uno para uma nação fragmentada, mas legitimado pela representatividade do povo, pelo equilíbrio ocasionado pela separação dos poderes. Naquele momento, com a aprovação do Código Napoleônico, o fenômeno codificador propagava-se como um benefício aos muitos territórios ocupados por Napoleão. (ARNAUD, 1995:136; FORMIGA, 2012:13)

É possível a percepção de que o *Code Civil* era extremamente radical, tendo em vista que é fruto de uma Revolução que, intencionada ao rompimento com o passado, partia da ideia de que a recusa com a história iria se bastar para instituição de uma ordem política/jurídica/social nova.

De acordo com John Gilissen (1995:516) o Código de Napoleão exerceu uma influência generalizada na codificação que se realizou no século XIX. Os códigos antecessores não tinham o grau de sintetização que o Código de Napoleão tinha, e, tal influência só veio a declinar no final do século XX, com a entrada em vigor dos Códigos Civis da Alemanha (1900) e Suíça (1907) que sobrepuseram o modelo francês de codificação, se tornando um novo paradigma para a codificação em outros países; e, segundo Formiga (2012:13):

[...] o Code Civil (1804) alcançou o sucesso e conquistou a simpatia de muitos dentro e fora das fronteiras francesas. O novo catecismo – semeado “nos regos abertos pelo soldado da liberdade” – foi “arrastado pelas pisadas da cavalaria imperial”. Napoleão oferecia aos territórios ocupados o seu código como um benefício, enquanto pessoalmente apresentava seus irmãos (transformados em reis). Gerais e embaixadores para fazê-lo adotar pelos países de que estavam encarregados. (FORMIGA, 2012:13)

A Escola da Exegese está ligada ao ambiente jurídico e político que sondava a França no pós-revolução, assegurando a ideia do primado da lei, pois, o contexto de desconfiança em relação aos magistrados e juristas da época era conflitivo, assim, instituía-se a cultura jurídica do primado da lei e da proibição da interpretação, devendo os Tribunais recorrerem ao legislativo sempre que houvesse a necessidade de se interpretar uma lei⁴.

³ A Constituição de 1791 prevê no preâmbulo “será elaborado um código as leis civis comuns a todo o reino”. “Pouco depois, a Convenção promulga um *Código dos delitos e das penas* (3 brumário do Ano IV [25/10/1795]). Mas foi só em 1804, já durante o Consulado e sob a influência direta de Napoleão I, que o *Code Civil* conheceu a sua versão definitiva e foi promulgado (1804). Seguiram-se os *Códigos de processo civil* (1806), o *Código comercial* (1807), o *Código penal* (1809), *Código de processo penal* (1810). (HESPANHA, 2012:401) Sobre um estudo mais profundo acerca das codificações na França ver GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Tradução de: A. Manuel Hespanha. p. 451 - 461.

⁴ Para uma melhor compreensão do modelo francês no movimento constitucionalizador, ver: TRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49-59. Segundo Lenio Luiz Streck (2019, p. 53-54): “A falta de fé nos juízes baseia-se no trabalho que estes haviam realizado em favor do monarca absoluto, trabalho esse caracterizado pelo conformismo e pela docilidade, questão que foi bem apanhada por Tremps, a partir de Alexis de Tocqueville: “Não se pode esquecer jamais que se, por um lado, o Poder Judiciário no Antigo Regime se estendia sem cessar além da esfera natural de sua autoridade, por outro, nunca a completava por inteiro”. Desde então se fomentou uma



No direito codificado⁵ a lei era considerada como principal instrumento de produção jurídica, em um cenário onde “a vontade legal não pode ser contaminada por opiniões subjetivas” (MARQUES, 2003:12).

Conceituando a Escola da Exegese, Castanheira Neves (1995:181) afirma que foi uma espécie de positivismo primevo, sendo

“uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XX, que subsistiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica no legalismo da codificação pós-revolucionária”.

De acordo com, John Gilissen (1995:516) às teorias advindas da Escola da Exegese se nominavam por *positivismo legal* (*Gesetzpositivisms*), “sob a influência das ideias filosóficas de Kant na Alemanha, de Saint-Simon e, sobretudo, de Auguste Comte em França”.

No entendimento de Lenio Luiz Streck (2010:160),

[O] positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se de velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. (Streck, 2010:160)

Sobre os protagonistas da Escola da Exegese, Julien Bonnetcase (1944) indica três principais “fundadores”: C. Étienne Delvincourt⁶; Jean Proudhon⁷ e C.B. Marie Toullier⁸. Outros pensadores são importantes na fase de formação do reinado da Escola da Exegese, como: A. Merlin de Thionville; Jacuques De Maleville⁹; Chabot de L’Allier e Alexandre Duranton, sendo, A. Duranton quem irá desenvolver os princípios dados pelos fundadores e instaurar, de fato, o período de reinado (apogeu) da Escola da Exegese.

Analisando a Escola da Exegese, Julien Bonnetcase (1944:36-66) fez uma periodização com três fases: formação (1804-1830), apogeu (1830-1880) e declínio (1880-1900).

3.1 PRIMEIRA FASE

No período de formação (1804-1830) a corrente exegética foi reforçada pelo espírito e por procedimentos do Governo Imperial que não agradavam as tendências que se tinham manifestado no

tradição na França que se estendeu até nossos dias. A desconfiança com os juízes teve como reflexo a exclusão dos tribunais da tarefa de garantir a Constituição, exclusão que marcou o sistema francês e que influenciou o pensamento europeu sobre essa matéria”.

⁵ Segundo Mário Reis Marques, o “vocábulo código”. (MARQUES, 2003:1-2)

⁶ Com sua obra *Institutes de droit civil français - 1808 [Cours de Code Civil - 1812]*.

⁷ Com sua obra *Cours de droit Français - 1809*.

⁸ Com sua obra *Droit Civil Français Suivant l'ordre du Code - 1811*.

⁹ Com sua obra *Analyse Raisonnée de la Discussion de code Civil Au Conseil d'Etat (1804-1305)*.



ensinamento do Direito nas escolas centrais. Isso por conta das características notadas, como a “redução do direito a produto de vontades (convenções, leis), na linha da filosofia política de Rousseau”; a “identificação do direito com a lei, como vontade do legislador”; a “desconsideração da doutrina jurídica, com o fechamento das faculdades de direito”; e a “conversão de juristas a meros explicadores da lei”, pois eles se limitavam a fazer uma exposição e interpretação dos novos códigos. (HESPANHA, 2012:403-404).

3.2 SEGUNDA FASE

O período de apogeu (1830-1880) foi marcado pela grande propagação das ideias desenvolvidas pela Escola, e sua grande popularidade (inclusive internacional). Os métodos da Escola nessa fase foi marcado por quatro grupos de autores¹⁰: no primeiro grupo estão os comentaristas, na maioria são professores; no segundo estão os que fizeram comentários de segunda ordem, composto por professores, magistrados e advogados; no terceiro grupo os juristas que não produziram obras escritas, mas pela influência representaram o espírito da Escola da Exegese; e, no quarto grupo aqueles que vulgarizaram os princípios da Escola através dos manuais¹¹. (BONNECASE, 1944).

Em 1841, o jurista Hyacinthe Blondeau¹², sistematizou as bases doutrinárias da Escola e explicou com precisão a fórmula quanto ao papel do intérprete do direito codificado. Para ele, a interpretação da norma jurídica se realizava através da exegese dos textos de lei, chegando ao extremo de sustentar que o juiz deveria se abster de julgar nas hipóteses de lacuna. Esse entendimento também é sustentado por outros autores, como o professor decano da Faculdade de Caen, Charles Demolombe¹³. Criticando esse entendimento, Julien Bonnecase (1944), aponta que tal entendimento feria o artigo 4º do *Code Civil*, no qual falava que era vedado ao juiz deixar de julgar alegando silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei.

Na época do apogeu percebe a influência da Escola da Exegese na Bélgica, através da propagação das obras de François Laurent, no período de 1869 a 1879, o autor prefacia a obra explicando que para ele “o direito é uma ciência racional; o juiz não pode desobedecer à letra da lei

¹⁰ Jullien Bonnecase (1994) explica em sua obra *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil* de forma mais detalhada as obras de cada autor da Escola da Exegese. A título de fornecer um melhor panorama para o leitor, explico aqui os nomes dos autores situados em cada grupo: 1) Os Grandes Comentaristas: A. Duranton, Ch. Aubry, Ch. Rau, Demolombe, Taulier, Demante, Colmet de Santerre, Tropolong, Marcadé, Laurent (som sua obra de 33 volumes *Principes de Droit Civil* - 1869 a 1879); 2) Os Comentarista de Segunda Ordem: Larombière, Pont, Rodière, Massé, Vergé, Duverdier, Du Caurooy, Coin-Delisle, Blondeau (com sua obra *L' autorité de la loi: de quelle source doivent décoller aujord'hui toutes les décisions juridiques* - 1841); 3) Os Juristas: Bugner e o Vallete; e, 4) Os Manuais: Morlon (com sua obra *Répétitions écrites sur les trois examens du Code Civil* - 1846) e Baundry-Lacantinerie (com sua obra *Précis de droit Civil* - 1880).

¹¹ O autor Julien Bonnecase (1994) descreve com riqueza de detalhes as características presentes nas escritas de cada grupo. Uma das principais e mais marcantes características presente na obra de autores desse período era introdução com a repetição das obras de seus antecessores, sempre demonstrando sinal de respeito e admiração (ainda que não concordassem com o conteúdo integral da obra), esse processo de “introdução do antecessor” é quase um ritual obrigatório dos autores exegéticos.

¹² Em sua obra *L' autorité de la loi: de quelle source doivent décoller aujord'hui toutes les décisions juridiques*.

¹³ Em sua obra *Cours de Code Civil* - 1845.



sob o pretexto de penetrar no seu espírito; os códigos nada deixam ao arbítrio do interprete; este já não tem a missão de fazer direito, pois o direito está feito”. (GILISSEN, 1995:517).

Muito emblemática na época, a declaração do professor Jean-Joseph Bugnet que ficou conhecida como uma fundamental característica dos métodos da Escola da Exegese: “*Je ne connais pas le droit civil: je n’enseigne que le Code Napoléon*”¹⁴.

3.3 TERCEIRA FASE

O último período da Escola da Exegese tem como principal motor a obra de François Géný denominada de *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* (1899), “que critica o fetichismo legal da Escola, com o argumento de que a diversidade das relações humanas e a sua complexidade inerente estão sempre além da capacidade criativa dos autores do direito legislado”. (LIMA, 2008:107).

A Escola da Exegese esteve intimamente ligada aos influxos políticos, sociais e jurídicos pós-revolução francesa, onde se reforçou pelo sentimento de desconfiança no julgador, ainda, seguindo os moldes do movimento codificador que já era aparente. Porém, era pregado um culto exacerbado as normas codificadas e a vontade do legislador que se sustentou até 1900, sendo a principal razão de seu declínio as obras desenvolvidas por François Géný pela a livre investigação científica do direito.

3.4 MÉTODOS DA ESCOLA DA EXEGESE

Quanto aos métodos utilizados pela Escola da Exegese, Julien Bonnecase (1994), explicou cinco fórmulas principais visíveis nos ensinamentos exegéticos: 1) o culto ao texto da lei; 2) o predomínio da intenção do legislador ao interpretar a lei; 3) o caráter estatista da doutrina exegética; 4) o caráter (i)lógico e paradoxal da doutrina da exegese enquanto a existência e noção de Direito; e, 5) o argumento de autoridade do legislador. Para Julien Bonnecase (1994:144):

El método exegético se reduce, esencialmente, como todos los métodos, a la exposición y ejecución, según un plan preconcebido, de la doctrina de la Escuela, y esta doctrina consiste, como hemos dicho brevemente, en la concepción que la misma Escuela tiene de los elementos constitutivos del Derecho, es decir, de su objeto, fuentes, principios y directrices que emanan de esas fuentes. Ahora bien, la Escuela considera la intención del legislador como la fuente suprema del Derecho positivo¹⁵; es cierto que los medios empleados para descubrir esta

¹⁴ Tradução livre: Não conheço o Direito Civil, ensino o Código de Napoleão..

¹⁵ Com a intenção de fornecer uma melhor contextualização para o leitor, é importante justificar o que o autor Julien Bonnecase (1994:160) traz no texto acerca da compreensão por Direito Positivo quando o menciona para aquele período, assim, compreendiam: “el Derecho positivo ... Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para regular las relaciones de los hombres entre sí... En efecto, las leyes naturales, o morales solo son obligatorias en tanto que han sido sancionadas por la ley escrita. Las demás no son materia Derecho, y el juez que se apoyara en ellas para motivar sus decisiones, sobrepasaría los límites de sus facultades. Solamente al legislador pertenece el derecho de determinar, entre las numerosas y algunas veces tan controvertidas reglas del Derecho natural, las que son igualmente obligatorias... Dura lex, sed lex. [...] Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay nu puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad da ley”. Ademais, no decorrer da obra de Bonnecase (1994:161) é possível presenciar várias conceituações do que se entendia por direito positivo pelos exegetas.



intención pertenece al método; pero la intención considerada en sí misma, forma, esencialmente, parte integrante de la doctrina debido a que el papel que se le hace desempeñar termina por identificar, en gran parte, la substancia del Derecho positivo con las manifestaciones de la voluntad del legislador (BONNECASE, 1994:144).

Nesse sentido, o autor A. Castanheira Neves (1995:183-186) resume em três principais postulados dos métodos, sendo: 1) a identificação de direito como a lei, pois entendia que a solução para as fontes do direito já havia sido encontrada pela Escola da Exegese. No período que vigorava essa Escola o culto ao texto da lei imprimia o caráter estatista, focando o poder na mão do legislador; a 2) exclusividade da lei como um critério jurídico, o que recusava o apelo aos outros critérios de interpretação que haviam à época, a lei além de ser a única fonte de direito era, também, o critério “normativo-jurídico exclusivo”; e, 3) a suficiência da Lei do *Code Civil* para solucionar todos os casos jurídicos.

Quanto a categorização da metodologia do *positivismo exegetico*, A. Castanheira Neves (1995:186-190) reduz em quatro termos: 1º) supremacia da lei; 2º) a interpretação feita com base na lógica (proibido se fazer interpretação e, quando era feito, deveria ser restrita na vontade do legislador), “o método hermenêutico é que era capaz de fornecer a segurança jurídica, mas ele era indiferente quanto a justiça normativa e a adequação material ao mérito concreto dos casos”; 3º) a solução de lacunas feita através da recusa de se julgar, pois, “o direito era a lei, e um caso que não estivesse directa ou indirectamente regulado nela seria um caso que carecia de tutela jurídica - cairia fora do direito, porque não [era] abrangido pelo sistema legal”; e, 4º) a mediação da operação lógica que se realizava acaba reduzindo-se à um esquema de “silogismo do judiciário - o jurista era um geômetra (LIARD) e o juiz instrumento passivo da vontade legislativa (GAUDEMET, 4)”. (NEVES, 1995:189).

Para a Escola da Exegese, a jurisprudência não era considerada como fonte própria do Direito Positivo, pelo simples fato de “sus decisiones no pueden ya valer más que por los motivos que la justifican”, sendo assim, quando presente a dúvida sobre a intenção do legislador “debe presumires que quis ser fiel a la leligación anterior”, até porque, os exegetas entendiam que “el procedimiento más seguro es interpretar el Código civil por el Código mismo”. (BONNECASE, 1994:153-158).

Ainda, Julien Bonnecase (1994) enumera três principais métodos utilizados pela Escola: 1º) O método analítico ou exegetico, que subdivide em método exegetico puro, método sintético e método misto. O puro tem como característica reduzir a exposição e elaboração da ciência do direito civil no *Code Civil* e na ordem na qual as leis foram organizadas no código (livro, título, capítulo), partindo dessa ordem se obtém uma análise do conteúdo dos diversos artigos. Desse método se tinham os comentários do *Code Civil*. 2º) O método sintético é o oposto ao método exegetico, ele também foi chamado por muito tempo por método dogmático, foi o ensinado pelos juristas Charles Aubry e



Charles Rau¹⁶¹⁷, que pregavam a idéia de que os juristas não se preocupavam com as divisões usadas pelos redatores do Código ao edificar a obra, mas, sim, seguiam um plano racional que permitia apresentar a forma original do aspecto da vida social, que era o objeto de regulamentação do código. As obras advindas desse método eram qualificadas como tratados em oposição aos comentários. 3º) Misto ou Intermediário, é quase considerada, por Julien Bonnecase (1994), uma variante, pois respeita a ordem seguida no método puro, mas faz comentários de artigos sem seguir a lógica sequencial do Código. Ainda, segundo o autor, a única distinção desse para o método puro é que neste haviam dois inconvenientes: a) frequentemente se entendiam mal os sentidos dos artigos e que b) ao final o autor não conseguia adquirir o conhecimento dos artigos do Código.

É evidente que depois de quase um século de utilização do método exegético alguns autores reclamavam alguma renovação, fato que não teve êxito de forma que sustentasse os ensinamentos da Escola da Exegese como na época de apogeu, o que ocasionou a fase de declínio (1880-1900). Segundo Julien Bonnecase (1994:59), a tentativa de renovação sem sucesso dos métodos da Escola é o motivo de vários autores¹⁸ confundirem os renovadores da Escola da Exegese com o autores pertencentes a Escola Científica, isso, porque, os ensinamentos passados já não eram mais tão fieis com algumas variantes da Escola da Exegese.

A fase de declínio tem como ponto nevrálgico a discussão acerca das lacunas na lei e, como o juiz deveria agir em tais casos, surgindo, assim, a utilização da analogia nas hipóteses de lacuna da lei.

O juiz, Joseph-Emille Labbé, ampliou as fórmulas das normas legais que foram concebidas de forma restritiva, através do prolongamento das criações do legislador. Comparando os procedimentos metodológicos da Escola da Exegese, esses autores são os menos tradicionalistas pois buscaram uma renovação através da extensão por analogia, criando uma regra nova fundada em situações similares e na identidade da razão jurídica. Então, na fase de declínio, o raciocínio por analogia é o ponto extremo do método tradicional.

Como Lenio Luiz Streck (2011:27) ressalta “os conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas”.

Alguns comentadores baseavam a analogia na vontade fictícia do legislador, como se a solução estivesse presumida na hipótese em que o legislador encarasse o caso concreto. Outros autores

¹⁶ Na obra *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae* (1897).

¹⁷ “Júzguese por la siguiente declaración de Aubry y Rau: “Los principales medios de la interpretación lógica son los siguientes: 1) la comparación del texto por interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia, o a materias análogas; 2), la investigación de los motivos, o del objeto de la ley, en los trabajos preparatorios a su redacción, o en El Derecho anterior; y 3), la apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley [...]” (BONNECASE, 1994:157).

¹⁸ Como J. E. Labbé, C. Bufnoir, Raymond Saleilles e Ch. Beudant.



fundamentavam o argumento de que as normas aplicáveis ao caso concreto estariam latentes no “fundo” da legislação, e a analogia explicita, capta e coloca essas normas em evidência, essas convicções tem como substrato a teoria da plenitude lógica do direito, em um sentido restritivo e extremamente legalista, pois entendiam que o sistema legislativo era um conjunto fechado que se basta sendo alheio a qualquer elemento estranho ao direito legislado.

Ao fazer uso do método lógico, os adeptos da Escola da Exegese defendiam a tese de que a lei é expressão da vontade do legislador, e que uma interpretação *stricto sensu* dos textos legais seria suficiente para fornecer os elementos necessários à compreensão do seu sentido e alcance. A função do intérprete se limitava, portanto, em descobrir no texto rígido da lei a *voluntas legislatoris*. Interpretar a lei era tão-somente reconstituir e revelar, com fidelidade, essa vontade. (LIMA, 2008:113-114).

Segundo Julien Bonnet (1994) em 1812, o professor e comentarista do Código de Napoleão, F. von Lassaulx, foi o primeiro representante da Escola da Exegese que ousou a tecer críticas e preparar o caminho para a concepção técnica que iria prevalecer no Código Civil Alemão (1900) e no Suíço (1907).

4 A INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA DE FRANÇOIS GÉNY E A ESCOLA DA EXEGESE

A Escola da Exegese dominou por quase um século a cultura jurídica francesa e em 1899, com a obra de Gény houve, de fato, a queda do método exegético. Fazendo uma vista panorâmica do surgimento da Escola Científica percebe-se que seu início se deu com A. Jourdan e *El programa de La Thémis* (1819/1831).

Em 1819, A. Jourdan, estabeleceu a distinção fundamental entre as fontes reais e as fontes formais nas regras de direito e com o alcance das leis, ainda que fossem codificadas. Ele dizia que limitar o julgador a ser um mero interpretador do pensamento do legislador, sem denunciar os defeitos da lei seria condenar a ciência a esterilidade. Nas palavras de J. Bonnet (1994:211) “la distinción entre las fuentes reales y las formales de las reglas de derecho fué revelada desde el principio, por los representantes de la Escuela Científica”.

Inicia-se a percepção de que o conselho do Estado Imperial não era um santuário com a razão ditada, como se fosse um oráculo (característica do método exegético). Nas palavras de A. Jourdan:

Com los sacerdotes del templo de Thémis [...] Es necesario combatir esa tendencia perpetua de la jurisprudência a resolverse em intereses individuales; es preciso que los jurisconsultos no degeneren em casuístas, y que, colocados, por decirlo así, em lo alto, descubran y capten a la vez, el conjunto y detalles de la ciencia, es preciso, em fin, eu la razón domine todo, presida todo, reine como soberana em todas as partes; nunca debe obedecer como esclava, encadernada por la forma o subyugada por las autoridades”. (JOURDAN apud BONNET 1994:210-211).



Mas, apenas em 1900 é que se considera a instauração do reinado da Escola Científica e o encerramento da Escola da Exegese, com o programa de Renovação de Métodos de Interpretação proposto por F. Géný.

É possível constatar que os impactos dos ensinamentos de F. Géný desencadearam uma verdadeira revolução no domínio do Direito Civil¹⁹, para J. Bonnecase (1994:249):

Esta enseñanza, que a primeira vista pudiera parecer extraña, es la potencia del *Manifiesto* en todos los dominios de la actividad social, aun en aquel que muchos intelectuales consideran al abrigo de semejantes influencias: el dominio científico. Dos manifiestos célebres dieron cuerpo, a principios del siglo XIX, a dos grandes Escuelas que, en su primeira mitad, se dividieron el mundo jurídico alemán: *La Escuela filosófica y la Escuela Histórica*; la primeira debes nacimiento al escrito de Thibaut: *Sur la nécessité d'un Code civil pour L'Allemagne*, publicado en 1814; la segunda, a la respuesta de Savigny: *De la vocation de Notre apoque pour la législation et la jurisprudence*, publicada el mismo año. Los conceptos que estas Escuelas defienden y simbolizan existían ya en Alemania, antes de que se hubieran publicado os dos manifiestos y, sin embargo, probablemente nunca hubieran engendrado los movimientos que originaron, si en dos programas bien definidos, sus partidarios no hubieran señalado las directrices científicas opuestas, que representaban tales conceptos. [...] La justa comprensión de esta situación, independientemente de la cuestión de fondo, decidió el triunfo de la doctrina de Géný sobre la de Saleilles. En verdad, la precitada obra de Géný: *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, era más que un manifiesto, pero también un giganteco Manifiesto!. (BONNECASE, 1994:247-249).

A primeira parte da obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, o autor F. Géný (1902), destina a apontar os fracassos da Escola da Exegese. Provou uma desordem no desenvolvimento normal do programa da Escola Científica graças ao papel atribuído por ele a técnica jurídica, e tece três críticas sobre o fetichismo legal da Escola da Exegese, realizada em três terrenos distintos (prático, científico e filosófico).

No terreno prático a crítica é feita sobre o uso da lógica para interpretação da vontade do legislador, pois, essa atitude engessava o direito e era impossível governar indefinidamente o mundo social com instituições fechadas para o passado. Então, o texto e o objeto social eram fatores que deveriam ser considerados ao interpretar as leis. (GENY, 1902).

No terreno científico a crítica se voltava no sentido de que a Escola da Exegese privava o direito positivo do elemento científico, reduzindo ele à uma arte puramente empírica. F. Géný (1902) menciona o espírito científico, nos princípios da ciência, como algo que não é dado e feito apenas. Eles se formam na medida em que se criam. A atenção do autor se voltava para a realidade social, para F. Géný (1902), o jurista não podia ignorar os compostos do mundo jurídico que estavam diante dele, tendo, o jurista, dois momentos no seu trabalho: o dado e o construído. Ele buscava superar dois extremos, o jusnaturalismo que acentua o ideal, e o positivismo que acentua o real.

¹⁹ “Nos outros ramos do direito, a renovação situa-se pela mesma época; no direito público, com as obras de Duguit e Hauriou; no direito penal com as de Garraud, Garçon e Roux; no direito comercial com as de Thaller e de Lyon-Caen. O reino de «Sua Majestade o *Code Civil*» terminou por volta de 1880-1900, tendo os outros ramos de direito adquirido uma certa autonomia” (GILISSEN, 1995:519).



O Conceito inaugurado por F. Gény (1902) introduziu a construção da tomada de consciência e atividade criadora como tarefas do jurista. Para ele, *O Dado* e *O Construído* eram dois elementos fundamentais do Direito, sendo *o dado* aquilo que ainda não tinha sido criado pelo legislador. A ciência como conhecimento do *dado* (realidade social e lei positiva) e a técnica vinha como produção do construído, a grande contribuição da obra de F. Gény (1902) na teoria da interpretação foi a de situar o trabalho interpretativo dentro do papel do jurista, posto entre realidades e necessidades.

Já no terreno filosófico F. Gény (1902) entendia que era nítido o fato de a Escola da Exegese não se preocupar com a filosofia, sendo a ciência a base necessária da filosofia e o seu ponto de partida. E uma ciência que é meramente narrativa não é propriamente uma ciência. Então, o Direito, deveria ir além de uma ciência normativa, contestando o que a Escola da Exegese pregava.

4.1 MÉTODOLOGIA JURÍDICA DA ESCOLA CIENTÍFICA

Nesse sentido, a Escola Científica tinha uma compreensão translegal do Direito nos fundamentos, constituição e investigação, partindo de um inequívoco reconhecimento dos limites e da suficiência normativo-jurídica da lei. Para F. Gény (1902) o fetichismo pelo texto legal cessou com o reconhecimento da distinção entre o Direito e a lei. Na Escola Científica, a metodologia jurídica deixou de se esgotar na interpretação e passou a ser fundamentalmente problemático-normativa e teleológico-material, o direito passou a ser compreendido como algo além do estatuto dogmático-formal de uma racionalidade axiomática, sendo uma intenção prática de uma racionalidade em que concorriam coordenadas axiológicas, políticas, sociológicas, passando a ser esse o direito que as Faculdades de Direito passaram a assumir, chamando para a investigação e o ensinamento do direito.

Com os estudos desenvolvidos pela Escola Científica, percebeu-se a clara distinção entre ciência, técnica e método que era a base abstrata do programa de F. Gény (1902). Assim ficou evidente a oposição entre as duas escolas no França.

O tripé (ciência, técnica e método) da Escola Científica se constituiu na nítida diferença dos modelos exegéticos. Para F. Gény (1902), a ciência era entendida como estudo de fontes reais, que são as diretrizes e os elementos geradores das regras de direito. Esses elementos são dois: experimental e racional. O experimental é o fato *dado*, o racional é a missão de filtrar os dados do experimental. O elemento racional se traduz pela noção de direito. A técnica jurídica consiste nas fontes formais, que serve para designar o conjunto de meios de qualquer natureza, é a linguagem do direito, características formais da lei e costumes, decisões judiciais e métodos de exposição da doutrina, então é toda a manifestação de uma regra de direito. Já, o método, é o programa da Escola Científica, constituído por diretrizes que seguem o espírito para perceber e conhecer um objeto qualquer do conhecimento humano e chegar a possuí-los. O método desempenha a sua função voltada para a técnica e para a ciência do direito civil.



É pela livre investigação científica (em alemão: *Freie Rechtsfindung*) que o jurista deve esforçar-se por revelar o direito do seu tempo: deve tomar em consideração todos os elementos constitutivos do estado actual do direito; a sua pesquisa deve, nomeadamente, ser guiada pela história das instituições. Os progressos feitos pela sociologia do direito e pela filosofia do direito devem ser utilizados para um melhor conhecimento e compreensão das normas jurídicas da vida actual. O jurista deve considerar as experiências feitas, os sucessos ou fracassos que resultam dos movimentos constantes do direito. Deve procurar a expressão do justo e não exclusivamente a vontade do legislador. O direito é, em si mesmo, coisa diferente da lei; se esta continua a ser o elemento principal para o conhecimento do direito, não exclui os outros elementos: sobretudo, o costume, os princípios gerais e a jurisprudência. [...] Na realidade, não existe «uma» escola científica; há várias, cada uma delas pondo o acento sobre um ou outro aspecto das fontes do direito: histórico, sociológico, económico, etc. Por isso, também se lhe atribuem diversas denominações: escola de interpretação realista, escola sociológica, etc. Na Alemanha, encontram-se as mesmas tendências sob outras designações: *Naturalismus*, *Freirechtsbewegung*, *Interessenjurisprudenz*, *Wertungsjurisprudenz*, etc (GILISSEN, 1995:518-519).

Assim, o programa da livre investigação científica defendido por F. Gény (1902) acabou superando os métodos exegéticos utilizados na França, as duas obras desenvolvidas por ele significaram e marcaram os processos de criação e ampliação do Direito, contribuindo para a teoria da interpretação. (BARRETTO, 2009:379). Suas obras influenciaram teorias alemãs quanto a importância do papel do jurista no Direito e, em contrapartida, influenciou o desencadeamento do Movimento do Direito Livre na Alemanha entre o período de 1900 a 1930.

5 INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE

Na Escola do Direito Livre,²⁰ o direito não é legal, ele é livre, significa todo direito para além da lei, “livre da lei”. Ou seja, o movimento Direito Livre se designa apenas na formação metalegal do direito (CASTANHEIRA NEVES 1995:193).

Esse movimento tem origem alemã, se firma entre 1900 e 1930 e se liga aos autores que o fundaram²¹ ou que se autoproclamaram como militantes²². Dentre seus precursores estavam Stammler, pela procura do direito justo e F. Gény, ao justificar a livre pesquisa científica do direito. O próprio nome direito livre teve inspiração em F. Gény. (CASTANHEIRA NEVES 1995:194),

Porém, foi apenas em 1903 que surgiu como um movimento autônomo com Ehrlich e Kantorowicz, que usava um pseudônimo de *Gnaeus Flavius*, se ligando também ao movimento alguns autores que tinham uma larga e intensa militância. Pontua A. Castanheira Neves (1995:194) "que se trata de uma corrente do pensamento jurídico que surgiu no interior do próprio pensamento jurídico".

²⁰ Na concepção de Castanheira Neves (1995:193): “Trata-se de um *movimento* (<movimento> no sentido próprio do termo, e não <escola>, considerada que seja a sua índole sobretudo polémica e militante e não sistematicamente organizada - cfr.. LOMBARDI, 221, ss)”.

²¹ Mais especificamente: E. Ehrlich (com sua obra: *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, 1903) e H. Kantorowicz “Gnaeus Flavius” (com sua obra: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906).

²² São considerados obra precursoras dos autores: Bulow (1885); G. Rumelin (1891); E. Danz (1891, 1912); Stammler (1922, 1926); e Gény (1899, 1919). São considerados os adjuntos do Movimento: M. Rumpf (1906); Stampe (1911); E. Fuchs (1909); C. Schmitt (1912); H. Reichel (1915); e H. Isay (1929). (NEVES, 1995:194).



A Escola do Direito Livre constitui um movimento de contestação mais radical do formalismo, em nome da atribuição ao juiz de uma maior capacidade de conformação do direito, com base na sua leitura da justiça concreta do caso. Na sua origem está a constatação, feita por um jurista prático – Ernst Fuchs, 1859-1929, *Die gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (O caráter socialmente danoso da jurisprudência construtiva), 1907 –, de que o juiz, no processo de achamento da solução jurídica, partia sempre do seu sentido de justiça (*Rechtsgefühl*) e não dos dados da lei e de considerações de lógica formal. O contributo de um historiador – Hermann Kantorowicz (1877-1940, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) – e de um sociólogo do direito – Eugen Ehrlich (1862-1922, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) – contribuíram para dar uma maior consistência teórica às propostas de problematização ou abandono do modelo formalista legalista e conceitualista do direito, a caminho de uma fundamentação “livre”, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, caso a caso, pelo juiz. (HESPANHA, 2012:457-458).

O Pensamento de Ehrlich foi de uma compreensão sociológica do direito, tendo uma profunda repercussão a sua tese de que é facultado ao juiz estabelecer livremente uma solução própria.

E a filosofia do direito de Rudolf Stammler abriu caminho para a atividade criadora do juiz, tanto é que rendeu o art. 1º do Código Civil Suíço (que acabou influenciando o art. 114, do Código de Processo Civil de 1939), que estabelecia que: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador”²³.

Para Kantorowicz na interpretação jurídica: a) O texto da lei deve ser aplicado apenas se não fere os sentimentos do povo; b) Quando o texto legal leva a uma decisão injusta o juiz deve ignorar e sentenciar segundo sua convicção; c) Se o Juiz não tem convicção sobre como o legislador resolveria o caso, deve aplicar o direito livre de acordo com o sentimento da coletividade; d) Se não conseguir encontrar este sentimento, deverá decidir de forma discricionária.

O Movimento combatia especificamente três postulados fundamentais do positivismo: 1º) O *postulado do legalismo estatista* que entendia a lei como fonte exclusiva do direito, sustentando a existência de fontes extralegais, com o direito legal concorria o direito livre e, aqui, lei e direito eram entendimentos distintos. 2º) O *postulado da plenitude lógica do sistema jurídico*, que é a ideia de autossuficiência lógico-normativa, 3º) *Direito como entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável*, que é o direito como lógica, desligado da realidade social.

Contrariando esses postulados o movimento afirmava que o pensamento jurídico deveria pertencer a esfera axiológico-normativa e prático-emocional, tinha a ver diretamente com a vida e as exigências da realidade social, pois eram aí que surgiriam os problemas jurídicos, então, sob essas “exigências sociais que esses problemas deveriam ser resolvidos”. (NEVES, 1995:196-197).

Esses postulados não eram exclusivos do Movimento do Direito Livre, alguns pontos comungavam em outras correntes do pensamento jurídico, então a diferença entre a ideia de F. Géný

²³ Uma crítica interessante sobre esse artigo é feita por Pontes de Miranda (1998:376-380), o autor, entende que o condicionante da decisão do juiz pela equidade à autorização legal é uma limitação conveniente, pois a equidade possui um conceito indeterminado, hoje em dia a gnt tem o art. 140 do Código de Processo Civil que diz que o juiz só poderá agir com equidade nos casos previstos em lei.



e do Movimento do Direito Livre era que F. Gény entendia que mesmo livre, a investigação ainda deveria ser científica, não tinha a índole emocional-subjetiva ou intuitiva.

No Movimento Direito Livre o fundamento criador do direito era a vontade, ela era impulsionada pela intuição concreta do justo, a consciência jurídica ou pelo sentimento do direito, ele reconhecia a legitimidade de decisões *contra legem*, invocando o princípio da jurisdição, mas em dois casos apenas: 1º) se a lei “não oferecesse uma solução indubitável” e 2º) “se concluísse, livre e conscienciosamente” que o legislador não teria ao “tempo da decisão prescrito a solução enunciada na lei”. Nesses casos o juiz deveria decidir no sentido que presumisse ser a orientação que tomaria caso fosse o legislador. E, se ele não pudesse determinar o sentido, deveria decidir de acordo com o direito livre, poderia, também, decidir livremente em casos muito complexos e em casos quantitativos. (NEVES, 1995:199-200)

Assim, foram vários os fatores que cooperaram para esse Movimento:

No plano jurídico, em consonância com a mutação no plano social, a segurança (jurídica), que postulava um direito estável de previsível certeza e de igualdade formal, passa a confrontar-se com a intenção de justiça e a sua exigência de um direito materialmente fundado e de realização concretamente adequada”. (NEVES, 1995:195)

Na essência, este movimento, afirmava “a necessária liberdade do jurista na procura do direito”, negando as operações puramente lógicas que a metodologia clássica pregava. Para A. Castanheira Neves (1995:195) a metodologia clássica que o Movimento contrapunha se referia “ao positivismo legalista na versão pandectística, o positivismo sistemático e logicista que foi na Alemanha o resultado da evolução da escola histórica”.

Cada uma das três modalidades do positivismo novecentista teve a sua antítese: a Livre Investigação Científica na França, a doutrina do segundo Ihering, a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência dos Interesses na Alemanha e o realismo jurídico na Inglaterra e nos Estados Unidos. [...] Do positivismo legal ocorria a migração para o positivismo axiologista-valorativo e/ou fático, no caso das posturas realistas/empiristas. O que num primeiro momento aparentou ser a solução de um problema mostrou-se, com o tempo, o problema decorrente da solução (STRECK, 2017:171-172).

Contudo, percebe-se que o Movimento do Direito Livre constituiu uma reação ao positivismo jurídico ortodoxo, sendo uma grande influencia, as ideias da livre investigação científica desenvolvidas por F. Gény. A. Castanheira Neves (1995:200) entende que é preciso considerar ser inaceitável o “o direito livre nos termos apontados” pelo Movimento, porém teve “o grande mérito de ter posto em evidencia o problema das lacunas, de chamar a atenção para o momento decisivo da decisão jurídica concreta, de acentuar a participação de factores não lógico-formais” no juízo jurídico, assim, esclareceu “a impossibilidade de confundir o direito com a lei”.



6 HERMENÊUTICA NO BRASIL NO SÉCULO XIX

Afinal, quais os reflexos do fenômeno codificador moderno-exegético na construção dos métodos hermenêuticos adotados no Brasil?

Antes de mais nada, tem que se destacar os limites das ideias liberais, do iluminismo e do próprio Juspositivismo no Brasil, país que viveu sob uma monarquia e uma Constituição com poder moderador até final do século XIX. Do outro lado do atlântico, ao sul do equador essas ideias passaram por um crivo que limitaram bastante seu florescimento.

No século XIX, teve-se o início no Brasil, a ideia de nação, o tardio ensino superior, inclusive o ensino jurídico e a formação de uma intelectualidade. Os dois primeiros cursos superiores de Direito no Brasil surgiram em São Paulo e em Recife.

Os principais temas jurídicos discutidos no Brasil no século XIX e início do século XX (legislação, doutrina, jurisprudência e conseqüentemente os métodos de interpretação) eram sempre objeto de publicação nos emergentes periódicos jurídicos da época.

No Brasil as influências do discurso codificador ficam visíveis já com a lei de 20 de outubro de 1823²⁴, antes mesmo da primeira constituição, onde Dom Pedro II estabelece que as Ordenações do Reino de Portugal teriam vigência em solo brasileiro até que fossem elaborados e aprovados códigos que substituiriam o direito compilado nas ordenações.

Quando as Ordenações Filipinas entraram em vigor no Brasil já eram consideradas obsoletas²⁵ por muitos juristas pelo fato “de sustentarem a tradição jurídica dos compiladores” (STAUT JÚNIOR, 2009:113).

Com a chegada de novos tempos, mais “modernos”, as Ordenações Filipinas, assim como ocorre no percurso histórico do *ius commune*, começaram a ser cada vez mais acusadas de obsoletas, defeituosas e lacunosas. No entanto, a partir da segunda metade do século XVIII, em Portugal, as Ordenações sofrem modificações importantes. Ocorre uma espécie de “atualização” da velha legislação portuguesa em um ambiente de centralização do poder político, de tentativa de valorização das fontes legislativas (primado da lei) e de diminuição das incertezas no plano jurídico. A política pombalina para o direito, no conjunto mais amplo das mudanças impulsionadas pelo despotismo iluminado do Marquês de Pombal, procurava submeter a produção do direito e a atividade dos juristas a um controle mais rigoroso da coroa. A reforma legislativa é o primeiro fruto desse projeto. O que se observa é um aumento expressivo da produção de novas leis elaboradas pelo Império Português com a clara intenção de diminuir a relevância das outras fontes normativas, que não a legislação real, como os costumes e a doutrina. (STAUT JÚNIOR, 2009:114).

²⁴ Acesso: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>.

²⁵ “As Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXIV, delimitavam as relações entre o direito comum e o direito do reino, estabelecendo a “prevalência do direito pátrio (Ordenações e a legislação extravagante) sobre o direito comum (Glosa de Acúrsio, Comentários de Bártolo, opinio communis doctorum).” Mas, apesar da instituição de um tipo de “hierarquia normativa”, o que se observa é que a própria atividade prática dos juristas letrados portugueses acabava contrariando ou desrespeitando a ordem estabelecida. Seja pelo fato de muitas matérias não encontrarem uma regulamentação no direito do reino, seja pela própria formação dos juristas da época (em escolas de direito romano e canônico), as decisões e soluções para os problemas jurídicos eram fundamentadas muitas vezes no peso doutrinário do direito comum. (STAUT JÚNIOR, 2009:112).



Frise-se que a primeira elaboração codificada no Brasil foi o Código Criminal de 1830, sucedido do de processo criminal de 1832, em contramão ao influxo de racionalização dos direitos civis pregados na gênese dos primeiros códigos. Apenas em 1916, com vigência em 1917, teremos um texto de leis codificadas civis no direito brasileiro.

A cultura jurídica brasileira, ainda em formação no Brasil Imperial, começa a consolidar-se com a formação dos primeiros juristas brasileiros.

Do ponto de vista cultural, a partir da segunda metade do século XIX, observam-se alguns acontecimentos que indicam para um momento diferente do direito e da cultura jurídica brasileiros, apesar de muitas permanências. Constata-se a existência de uma nova geração de juristas e professores nacionais formados não mais em Coimbra e sim nas academias jurídicas brasileiras. Já é possível observar nesse período do Império certo arcabouço legislativo (como, por exemplo, a Constituição Imperial de 1824, o Código Criminal de 1830, o Código Comercial de 1850 e a Lei de Terras de 1850) e o surgimento de comentários a esse corpo de leis. Registra-se, nessa mesma perspectiva, o aparecimento de uma maior produção doutrinária (livros e manuais) escritos por juristas brasileiros. (STAUT JÚNIOR, 2009:107)

Nesse mesmo contexto, a cultura jurídica que estava se formando era predominantemente elitista, “a cultura jurídica brasileira na primeira metade do século XIX era composta por um punhado de filhos das elites com formação na Universidade de Coimbra”, além disso, por “estudantes formados a partir da década de 1930 nos jovens e pragmáticos cursos de direito de Recife e São Paulo”. Assim, “não se podia esperar uma forte consciência científica de recepção cultural da tradição do código civil francês, bem como da discussão dos juristas franceses, num contexto como esse”. (FONSECA, 2005:97-116)

Tendo como reflexo primário os ensinamentos das escolas jurídicas portuguesas, os juristas brasileiros têm à sua frente o papel de consolidar o direito codificado brasileiro sob influência jurídica do que era posto nas Universidades da época e do cenário de vigência de um direito compilado, onde o valor consuetudinário está arraigado em sua essência mas proibido pela Lei da Boa Razão²⁶, em uma clara miscigenação de fontes do direito.

Além do crescimento significativo da legislação portuguesa e das relevantes mudanças no quadro das fontes de direito, a reforma pombalina também atingiu o ensino jurídico. Os estatutos jurídicos universitários são modificados, em 1772, no sentido de privilegiar o direito pátrio em prejuízo das opiniões doutrinárias consagradas nos velhos estatutos. O ensino jurídico em Portugal é substancialmente alterado tanto na Faculdade de Leis como na Faculdade de Cânones. Os professores são todos substituídos, são criadas novas cadeiras que procuravam estabelecer um ensino mais moderno do direito, são estabelecidos controles rigorosos de presença e avaliação dos alunos, é exercido um forte controle no conteúdo das aulas, os métodos de ensino são modificados, preocupa-se também com a formação prática do bacharel em direito, adotam-se manuais e compêndios estrangeiros com orientações (jusnaturalistas) mais adequadas à época, ao direito romano impunha-se o *usus modernus pandectarum*, entre outras medidas que procuravam vincular o ensino jurídico à nova política pombalina para o direito. (STAUT JÚNIOR, 2009:116).

²⁶ Que desvalorizava “os costumes, a jurisprudência e a doutrina em detrimento das leis do reino”. (STAUT JÚNIOR, 2009:114)



Sobre as influências da reforma pombalina no direito português, António M. Hespanha explica que:

[...] não é ainda agora que o primado do direito pátrio fica garantido. Ao insistir na vinculação da política do direito ao ‘uso moderno do direito romano’ e às soluções consagradas nas ordens jurídicas das ‘nações polidas e civilizadas’, o legislador pombalino abre a porta à influência do novo direito iluminista (e, posteriormente, liberal) dos Estados alemães e italianos e, mais tarde, da França, cujos códigos tiveram uma aplicação directa em muitos domínios até a entrada em vigor do Código Civil do Visconde de Seabra (1867). Ou seja, apesar de o período pombalino representar uma época de vinculação do direito à política monárquica, ele não realiza ainda aquela imagem d’Épinal, a que se referia a historiografia mais tradicional, de um direito e de um corpo de juristas funcionalizados a um projecto político centralizador. (HESPANHA, 2006)

No *Compendio de Hermenêutica Jurídica*²⁷, (Recife, 1872), os juristas já traziam críticas sobre a atuação limitada do juiz no direito da França, e traziam regras que deveriam ser atendidas em casos que coubesse a interpretação. Entendiam que a interpretação cabia sempre que houvesse na lei alguma obscuridade para ser revelada, ou alguma incoerência e contradição para se evitar (ou alguma lacuna para se preencher). Assim, em 1872 já era possível perceber que os juristas entendiam que a redação poderia possuir defeitos. (BAPTISTA, 1872).

De acordo com Francisco de Paula Baptista (1872), os meios de interpretação deveriam seguir algumas regras: (1^a) a análise da construção do texto deveria partir das regras de ortografia, sintaxe e linguagem; (2^a) os diversos sentidos das palavras, sendo eles o gramatical, jurídico, usual, absoluto ou relativo, exemplificativo ou taxativo ou enunciativo ou dispositivo deveriam ser considerados, então, deveria ter esse cuidado com o significado das palavras no tempo em que a lei foi feita; (3^a) a comparação dentro da lei com outros dispositivos deveria ser realizada, pois os juristas entendiam que o mesmo espírito deveria ter presidido toda a redação da lei; (4^a) os juristas utilizavam da comparação com outras leis anteriores e análogas, isso porque essa era a ideia do legislador, que ele levava em consideração na ocasião de se fazer a lei, isso justamente para se evitar incoerências e contradições entre leis análogas; e, (5^a) quanto aos motivos da lei, que demonstra o pensamento do legislador, Francisco Baptista (1872) entende que poderiam ser remotos e subjetivos (dados na ocasião da lei) e próximos e objetivos (que eram os fundamentos). Esses fatores considerados próximos e objetivos eram de natureza intrínseca, compreendo Savigny (apud BAPTISTA, 1872), que “esses motivos estão com a lei na mesma relação lógica em que estão os princípios com suas consequências naturais”. Como exemplo de motivos da lei, Francisco Baptista (1872), usa a lei da época que postulava a proibição das mulheres de procurarem negócios alheios: “a origem, ou o motivo remoto dessa lei foi a animosidade

²⁷ Do Autor Francisco de Paula Baptista. Outros juristas importantes também publicam nessa época acerca da hermenêutica, em 1838, Correia Teles, com a *Teoria de interpretação das leis; e*, em 1861, Bernardino Carneiro, com *Primeiras linhas de hermenêutica jurídica e diplomática*.



de certa mulher, que se entregava aos negócios forenses, já o motivo próximo e geral era deduzido dos bons costumes e da decência pública”.

Outra regra ainda deveria ser observada (6ª) era quanto ao trabalho preparatório da lei, que todo o conjunto deveria ser considerado na interpretação, pois, essa era a mais provável intenção da redação. Nessa regra específica, Francisco Baptista (1872), cita os trabalhos preparatórios do *Code Civil* na França. Para o autor, as regras auxiliares se baseavam em uma interpretação conforme a letra da lei, de modo que considere a natureza e a importância do negócio tratado, essa interpretação deveria no direito comum ser em conformidade com a equidade e, nas leis criminais, deveria ser da forma mais humana, ou seja, o que trouxesse o menor mal. (BAPTISTA, 1872).

Conforme Warat (apud STRECK, 2014:160), dentre as doze principais fórmulas de significação por diferentes métodos e técnicas hermenêuticas, estão o “apelo ao espírito do legislador” (advindo do método exegético); a “idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social” (advindo do método da Escola Científica francesa); e, a “interpretação a partir da busca da certeza decisória” (método advindo da Escola do Direito Livre).

Esses métodos ou teorias, explica Brum, "podem ser vistos como *instâncias retóricas* que têm a função de canalizar, de forma aparentemente neutra e científica, determinados valores que se quer preservar. Conforme o método ou conjunto de métodos que se use, pode-se trocar a linha de decisão, extraíndo-se da mesma norma legal diferentes conseqüências jurídicas. Assim, *a fungibilidade dos métodos transforma a interpretação jurídica num jogo de cartas marcadas*". Importante, ainda, é a crítica que Eros Grau faz sobre os métodos de interpretação: a existência de diversos cânones de interpretação - que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexy), faz com que *esse uso resulte arbitrário*. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativas para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. Os métodos funcionam, assim, como reserva de recursos de argumentação, dependendo, ademais, também de interpretação (Zagrebelsky). E, aduz, já que a única coisa que fazem é prescrever um determinado procedimento de interpretação, eles não vinculam o intérprete (Hassemer). Ou seja, *a fragilidade dos métodos de interpretação deriva da inexistência de uma meta regra ordenadora de sua aplicação, em cada caso, de cada um deles*, conclui. Despiçando, dizer que toda essa discussão deita raízes nas várias concepções filosóficas acerca das condições de possibilidades que tem o homem para apreender as coisas, como dominá-las, como conhecê-las [...]. (STRECK, 2014:162).

No Brasil, em matéria de direito comparado, por exemplo, em 1874, em uma discussão acerca da possibilidade de Tribunais Franceses poderem rever os julgamentos de Tribunais Estrangeiros, nota-se que a conclusão no julgamento foi pela negativa. Entendiam que os tribunais franceses não poderiam rever esses julgamentos. Interessante são os comentários de juristas brasileiros sobre o caso por entenderem que, no Brasil, essa matéria não era objeto de discussão e, por isso, não havia previsão em legislação positiva sobre esse assunto e muito menos casos práticos. (GAZETA JURÍDICA, 1874:39).

Outro exemplo presente na Revista Gazeta Jurídica (1874:3-9), é o caso da venda do Ourucú, que levanta uma discussão²⁸ se era possível, já havendo uma sentença proferida por um Tribunal

²⁸ Aqui será explicada a história para uma melhor contextualização de raciocínio para o leitor: um amigo de um advogado português tece comentários no qual ele diz que um amigo dele encarregou à um terceiro a venda de Ourucú. E, esse terceiro,



estrangeiro, poderia haver novo pleito, ou este seria considerado prejudicado? Então, o juiz do caso, entendeu que o segundo pleito estaria prejudicado com base no princípio do *non bis in idem*, logo, a alternativa dele foi a de se absolver o réu da instância.

Nesse sentido é possível a percepção de que uma decisão proferida em uma Conferência na França influenciava casos que eram julgados em Portugal e, eram trazidos em periódicos da época para servir como uma fonte de pesquisa caso viesse a ser julgado algo sobre a matéria no Brasil.

Outro caso que é trazido aqui como exemplo para averiguar como os reflexos teórico-jurídicos tratados influenciavam o Brasil em matérias de interpretação da norma, é um caso que poderia encaixar-se hoje em direito creditício. Esse caso²⁹ é sobre privilégios de créditos no regime de hipoteca. Então, baseando no espírito da lei, os juristas entendiam que este tinha estabelecido classes diversas de privilégios, como no caso do Código da França, da Itália e de Portugal, no caso de limitação de preferência a determinados objetos em certas ordens de bens. Assim, a lei brasileira criou um sistema próprio de preferência, sendo reflexo do Código de Napoleão as disposições das hipotecas legais do interdito, do menor, da mulher casada e nas garantias por falta de inscrição. Mas, quanto aos

baseado em um cálculo, conseguiu uma condenação em sentença que determinava a esse amigo dele (que era o réu) a pagar ao terceiro o valor de 7.759 francos. Essa sentença foi proferida pelo Tribunal de Marselha, e ela também autorizava a venda do ourucú. Após, foi proposta uma ação com o mesmo pedido em Tribunal distinto (em Portugal). Dai, a discussão se fazia: se já tinha uma sentença proferida pelo Tribunal estrangeiro, esse novo pleito ia estar prejudicado? O raciocínio desenvolvido: O advogado traz a sentença da segunda causa, na qual o juiz desenvolve o raciocínio com base no entendimento que a lei/direito, não permitia a condenação no mesmo pedido, em que já houve sentença que não foi anulada, com base no *non bis in idem*. O pedido e a causa de pedir eram os mesmos constantes na ação já julgada que versava sobre o alcance do resultado das vendas de negociações do Ourucú e do pedido proveniente do que foi julgado no Tribunal de Marselha, até também, porque pedia a dedução da quantia produzida pela venda judicial que tinha sido autorizada. Partindo disso, se o juiz condenasse o réu ele entendia que ia recair *no bis in idem*, e, se ele não condenasse ia produzir o efeito que possibilitava a anulação da sentença proferida pelo Tribunal de Marselha. Então, o juiz do caso, concluiu que o único direito que o autor tinha seria o de promover a revisão e a confirmação da sentença proferida pelo Tribunal de Marselha, logo, a alternativa dele foi a de se absolver o réu da instância. (GAZETA JURÍDICA, 1874:3-9).

²⁹ A história e seus raciocínios: Os primeiros comentários na Revista Gazeta Jurídica (1874:6-9) são no sentido de que haviam divergências nas leis de outros países. Que na França, o legislador estaria mais preocupado com as relações de interesse da família, do que quanto a preferência do crédito em particular e do mútuo hipotecário. Na França, tinha uma regra de que os privilégios só produziram efeitos contra terceiros contando da data da publicação da inscrição. Na França, a ressalva que tinha era quanto ao princípio da publicidade como restrição no caso de haver menor legal, haver interdito e da haver mulher casada, nesses casos. Já no Código de Piemonte tinha uma regra de três meses pra se efetuar o registro de privilégios dos créditos, e depois do registro os efeitos retroagiriam até a data de constituição do crédito. Já em Portugal e na Itália a legislação consagrava o privilégio sem a necessidade de inscrição, daí eles se reduziram a direito pessoais, eles não davam o direito de seqüela no caso. Em 1864, surgiu a lei hipotecária n. 1237, e quanto aos privilégios, a questão se faz acerca das dúvidas na legislação quanto a qual créditos deixariam de ser contemplados nos que gozavam de hipoteca legal. Na Revista Gazeta Jurídica (1874:9) é mencionado um julgado do Supremo Tribunal de Justiça que negou um recurso e acabou mantendo de forma indireta o entendimento de que seriam créditos quirografários o crédito de um empreiteiro por edificação de casas e estes não tinham preferência em face dos credores hipotecários, sendo credores em geral no caso de falência. Na Revista Gazeta Jurídica (1874:9) é possível perceber as críticas dos juristas a esta decisão do STJ, pois, ao ver deles, esse entendimento contrariava os princípios de justiça, de equidade e da lei como de fato deveria ser entendida. Ainda, que a lei estrangeira influenciaria em alguns pontos a lei brasileira sobre hipoteca, e, analisando tais influências, se saberia como a lei deveria ser de fato entendida. Isso, porque, segundo o nosso regime hipotecário, embora os privilégios não sejam direitos reais, eles não conferem o direito de seqüela e, então, eles não podem em nenhum caso preferir as hipotecas dos bens gravados por estas. Os juristas entendem que essa interpretação é ampliativa dos privilégios *stricti juris* e que estes não podem compreender senão os bens que lhes eram sujeitos pela legislação anterior. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9).



privilégios, a lei brasileira se assemelhava com as leis da Itália e de Portugal no tocante à dispensa de inscrição ou registro. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9).

Em 1906, o jurista Clóvis Beviláqua (1906:15), publicou um texto explicando a *função do interprete* (no direito brasileiro), apontou os acontecimentos com as Escolas da Exegese e Científica, na França, e com a Escola Histórica, na Alemanha. Observou, também, que a interpretação da lei deve se ater, antes de tudo, ao que se entende por razoável e, depois, para as consequências sistemáticas, por fim, a interpretação se voltará ao desenvolvimento histórico da civilização, e, para tal feito, “os trabalhos preparatórios e a discussão parlamentar são destituídos de valor”, arrematou seu pensamento informando que “neste ponto muitos mestres da hermenêutica hodierna estão de acordo. Não que cheguem ao ponto de opinarem com o insigne Kohler³⁰ que seria prudente não se publicarem esses trabalhos preparatórios, como, por exemplo, os *Motivos* do Código Civil Alemão”, mas, os hermenêutas reconheciam que “a crítica do notável jurista fere bem o alvo em muitos pontos sobre quaes se exerce”. (BEVILÁQUA, 1906:15). Para o jurista:

Esta feição nova da doutrina em França e as audacias crescentes na jurisprudencia, mostram, de um lado, que as ideias sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigencias do momento; que a lei não é a fonte única do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito. [...] Entre muitos outros exemplos que nos oferece, desse facto, o direito patrio, pode ser recordado o do seguro sobre a vida que, expressamente condemnado pelo código, abriu o seu caminho na consciencia jurídica e se fez definitivamente reconhecer pela doutrina e pela jurisprudencia. (BEVILÁQUA, 1906:13-18).

No entanto, após reflexão sobre esses exemplos de análise interpretativa relativo aos anos que seguem 1800, é possível a percepção da *mixagem de tradições* codificadoras nas nossas leis civis³¹, como exemplo a lei de hipoteca, que teve influência de três códigos diferentes. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9). Assim, acaba-se gerando um modelo jurídico hermenêutico misto que está solidificado na falsa idéia de “melhor” e “mais evoluído” e que gera consequências para o direito brasileiro.

Por exemplo, quando houve a publicação do Código Civil de 1916, este, teve influências principais do Código Civil Francês (1804), do Código Civil Português (1867) e do Código Civil Alemão (1900), também, abrangia subsidiariamente reflexos dos Códigos Civis: da Prússia (1794); de Baviera (1756); da Sardenha; de Duas-Sicílias; de Lusiana; de Ducado de Baden; dos Cantões de Vaud; de Friburgo; do Austríaco (1811), do Cantão do Berne (1831); da Hollanda (1838); do Chile (1856). (STAUT JÚNIOR, 2009)

Sobre o assunto, Lenio Luiz Streck (2011:29):

³⁰ Conforme Clovis Beviláqua pontua “Kohler entende que os trabalhos preparatórios e a discussão parlamentar não têm a importancia que se lhes tem dado, servem apenas para indicar as condições históricas do povo e os impulsos que determinaram a criação da lei como remedio para attender ás necessidades do momento”. (BEVILAQUA, 1906:16).

³¹ Vários outros exemplos poderiam ser citado, como o artigo 4 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os artigos 126, 127 e 128 do Código de Processo Civil/73 (artigos 140, 141 e 142 do CPC/15).



Sempre estivemos, portanto, às voltas com essa espécie complicada de sincretismo. Isso é um problema porque acaba gerando a – falsa – ideia de que, como procuramos conjugar todas as tradições que conformam o direito ocidental, temos aqui um “direito melhor” ou “mais avançado”. Certamente isso é um ledo engano. Vejamos o que temos em sede de controle de constitucionalidade: nosso modelo é um misto do sistema difuso norte-americano com o sistema concentrado oriundo da Europa continental; misturamos um modelo cujo fechamento do sistema é dado por uma Corte Constitucional, com outro que tem no ápice um Tribunal Constitucional. Cabe perguntar: isso tem alguma consequência? O fato de termos em *terrae brasilis* esse mix de tradições faz de nosso modelo de controle de constitucionalidade algo “melhor” ou “mais efetivo” do que aqueles vivenciados alhures, mais “puros” do ponto de vista sistemático e voltados para um modelo específico de jurisdição constitucional? Independentemente das respostas que possam ser oferecidas a esses questionamentos, parece claro que esse “ecumenismo jurídico” tem graves consequências no plano da operacionalidade. (STRECK, 2011:29)

Contudo, acerca das técnicas de hermenêutica utilizadas no Brasil no período de apogeu da Escola da Exegese é possível perceber que os métodos exegéticos influenciavam de forma significativa o modo de decidir no Brasil, porém, além dele, era possível ver grandes referências aos autores alemães, ainda, técnicas como o “apelo ao espírito do legislador”; a “idealização sistêmica do real em busca da adaptabilidade social”; e, a “interpretação a partir da busca da certeza decisória”, características, respectivamente, da Escola da Exegese, da Escola Científica e do Movimento do Direito Livre, ainda estão presentes na hermenêutica jurídica brasileira. (STRECK, 2014:160). Outro fator que merece destaque é quanto a *mixagem de tradições* no movimento codificador no Brasil, é possível perceber uma mistura de diversas leis estrangeiras para formar uma lei específica da matéria no Brasil, compreendendo a ideia de se aproveitar o melhor fator de cada modelo de modo que seja possível montar uma lei ideal e mais completa. (STRECK, 2011:29).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As teorias desenvolvidas por diversas escolas jurídicas, apesar de avanços e retrocessos, são de importantes estudos para análise da teoria do direito e da hermenêutica jurídica contemporânea, assim, desprezar a história de construção da doutrina, lei e jurisprudência constitui uma enorme deficiência para o estudo científico do Direito.

Apesar de ser considerado uma espécie de positivismo jurídico primitivo, os estudos da Escola da Exegese enaltecem a atuação do legislador, o que acabou voltando a atenção para a limitação da atuação do jurista, e a necessidade de uma livre investigação científica do direito pregada pela Escola Científica, estudos estes, que serviram de paradigma para a pesquisa em Direito.

O programa da Escola Científica também influenciou movimentos que buscavam criticar o método positivista ortodoxo, como no caso da Alemanha, com o Movimento do Direito Livre, que apesar de seu espírito libertador e subversivo foi de grande importância para levantar questões na época sobre a lacuna do direito e a importância de não se confundir direito e lei.



Percebe-se que foi significativas as influencias do Direito francês e alemão no Brasil nos anos que seguem 1800, alguns ainda presentes na legislação em vigor, e os importantes apontamentos do jurista brasileiro Clóvis Beviláqua, em 1904, acerca da necessidade de se ir além da “interpretação” exegética, unindo o direito positivo e o científico, lei e jurisprudência, para que se consiga ir organizando, de forma sistemática, as regras do direito. Outra característica que merece atenção é acerca da *mixagem de tradições* e as consequências que essa tradição traz para a hermenêutica jurídica brasileira.



REFERÊNCIAS

- ARNAUD, André-Jean. O Pensamento Jurídico Europeu. Lisboa, Editora Internacional, 1995.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. Compendio de Hermenêutica Jurídica: para uso das Faculdade de Direito do Império. 3. ed. Recife: Editora Não Identificada, 1872.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. Dicionário de Filosofia do Direito. Unisinos: São Leopoldo. 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis. A função do Interprete. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife - vol. 14, n.1, 1906
- BONNECASE, J. Escuela de la exegesis en derecho civil. Puebla: Cajica, 1944.
- CAENEGEM, R. C. van. Juízes, legisladores e professores. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio. Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854 - 1879). Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, p. 97-116, 2005.
- FORMIGA, Armando Soares de Castro. Aspectos da codificação civil no século XIX. História do direito e pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2012.
- FORMIGA, Armando Soares de Castro. Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX: História do Direito em Jornais e Revistas. São Paulo: Juruá, 2010.
- GAZETA JURÍDICA. REVISTA SEMANAL DE JURISPRUDENCIA, DOCTRINA E LEGISLAÇÃO. PROPRIETARIOS E REDACTORES: CARLOS FREDERICO MARQUES PERDIGÃO E ALVARO CAMINHA TAVARES DA SILVA (MENBROS EFFECTIVOS DO INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS). ANNO II, VOL. IV, N. 79. DOMINGO, 5 DE JULHO DE 1874. RIO DE JANEIRO. Harvard Law School. Link: <https://ia800201.us.archive.org/2/items/gazetajuridicar00porigoog/gazetajuridicar00porigoog.pdf>
- GENY, François. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. 2. ed. Madrid: Reus, 1902.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa. 1995.
- GROSSI, Paolo. Mitología jurídica de la modernidad. Madri: Trotta, 2003.
- HESPANHA, Antonio Manuel. A Cultura Jurídica Européia. Almedina: Coimbra. p. 400-458. 2012.
- HESPANHA, António Manuel. O direito dos letrados no império português. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- LIMA, Iara Menezes. Escola da Exegese. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Online, p.105-122. 2008.
- MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. Codificação e paradigmas da modernidade. Coimbra. Editora Coimbra, 2003.



MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Gen: Rio de Janeiro. 2011.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 376-380.

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Martins Fontes: São Paulo. p. 31-68. 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 13 ed. Saraiva: São Paulo. 1986.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. *A POSSE NO DIREITO BRASILEIRO DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX AO CÓDIGO CIVIL DE 1916*. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS. 1996.

STRECK, Lenio. *Herменêutica jurídica e(m) crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lenio. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?*. *Revista NEJ: eletrônica*. Vol. 15. n.1. p. 158-173. 2010.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso*. Saraiva: São Paulo. 2011.

STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica Jurídica*. Coleção Dicionários Jurídicos: Belo Horizonte. 2017.