

**A ANÁLISE DO SISTEMA SAVIGNYANO EM KARL LARENZ E EM
WALTER WILHELM E A TRADIÇÃO SAVIGNYANA**
*ANALYSIS OF THE SAVIGNYAN SYSTEM IN KARL LARENZ AND
WALTER WILHELM AND THE SAVIGNYAN TRADITION*

Gabriela Pimentel Pessoa¹

Resumo

Propõe-se a confrontar duas interpretações diferentes a respeito da teoria de Friedrich Carl von Savigny em sua formulação das bases metodológicas da Escola Histórica para a interpretação do direito: de um lado sob o ponto de vista de Karl Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), e de outro a partir de Walter Wilhelm (*Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*), com o intuito de se identificar semelhanças e superar críticas recíprocas. Na mesma toada, analisa-se de que maneira sua teoria exerceu forte influência no desenvolvimento dos sucessores de sua tradição, que a pretexto de colocarem adiante o seu legado, converteram-se em fortes oposições às suas premissas básicas. Conclui-se que o sistema savignyano pode ter sido objeto de interpretações subjetivas, especialmente pela construção teórica feita por Karl Larenz, que buscava defender um idealismo racionalizante, retirando sua contribuição científica do contexto no qual inserido, e que seus sucessores, que vieram a formar a Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

Palavras-chave: Savigny. Karl Larenz. Walter Wilhelm. Escola histórica. Tradição.

Abstract

It proposes to compare two different interpretations about Friedrich Carl von Savigny's theory in its formulation of the methodological basis of the Historical School for the interpretation of law: on one hand from the point of view of Karl Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), and another from Walter Wilhelm (*Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*) in order to identify similarities and overcome mutual criticism. At the same tune, it analyzes how his theory exerted a strong influence on the development of successors of his tradition, which, under the pretext of putting forward his legacy, have become strong opposition to its basic premises. It concludes that the savignyan system may have been subject to subjective interpretation, especially by the theoretical construction made by Karl Larenz, which sought to defend a rationalistic idealism, removing his scientific contribution of the context in which he was inserted, and his successors, who came to form the Jurisprudence of Concepts (*Begriffsjurisprudenz*).

Keywords: Savigny. Karl Larenz. Walter Wilhelm. Historical school. Tradition.

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Faculdade do Vale do Jaguaribe – FVJ.

1 INTRODUÇÃO

Friedrich Carl von Savigny é mundialmente conhecido por ser o precursor da chamada Escola Histórica do Direito e ter desenvolvido pela primeira vez uma metodologia sistemática do Direito. Além disso, elaborou os primeiros passos para os métodos de interpretação jurídica clássica. Seu nome e sua teoria adquiriram repercussão ímpar, especialmente em virtude de compêndios clássicos de metodologia da ciência do Direito.

Com efeito, o presente estudo propõe-se a apresentar as diferentes interpretações da teoria de Savigny, mais especificamente, com Karl Larenz no seu *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*² e com Walter Wilhelm no seu *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*³. Dessa forma, a investigação será eminentemente bibliográfica, primariamente descritiva, porém exploratória. Tem-se por objetivo principal verificar se a construção do sistema savignyano da forma apresentada pelos autores teria sido influenciada por questões ideológicas pessoais desses mesmos autores, portanto, busca-se identificar o que realmente teria sido defendido por Savigny através dos consensos entre eles, bem como elaborar algumas críticas em relação às interpretações particulares de cada um. Objetivo secundário da pesquisa é apresentar, ainda, como o sistema savignyano evoluiu para a Jurisprudência dos Conceitos, através da discussão dos seus principais teóricos, também a partir das bibliografias acima mencionadas.

O trabalho está dividido em quatro partes. Além desta introdução (seção 1), é apresentada, em linhas gerais, a metodologia do sistema jurídico em Savigny, de modo indireto, ou seja, através de textos de terceiros que tratem de sua teoria (seção 2). Em seguida, são discutidos os frutos dessa metodologia na formação da Jurisprudência dos Conceitos, através da apresentação das principais contribuições dos seguidores de Savigny (seção 3). Ao final, é empreendido um fecho conclusivo acerca das diferentes interpretações dadas pelos autores estudados no que concerne aos primórdios da formação do pensamento científico do Direito (seção 4).

² Utiliza-se nesta pesquisa a versão traduzida para o português em LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

³ Utiliza-se nesta pesquisa a versão traduzida para o português em WILHELM, Walter. **La metodología jurídica en el siglo XIX**. Traducción de Rolf Bethmann. Madrid: Edersa, 1980.

2 A METODOLOGIA DE SAVIGNY

A teoria savignyana do Direito poderia ser cronologicamente dividida em três fases: a primeira, que envolve as lições de inverno dos anos de 1802 e 1803; a segunda, marcada pelo debate com Thibaut através do trabalho intitulado *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (“Da vocação de nosso tempo para a legislação e para a ciência do Direito [ou, nos termos utilizados na Alemanha, para a jurisprudência]”), de 1814; e a terceira fase, consolidada na sua obra *System des heutigen Römischen Rechts* (“Sistema do Direito Romano atual”), de 1840. Nesta seção, apresenta-se as linhas gerais da teoria savignyana; entretanto, para fins do presente estudo, não se buscará desenvolver nesta seção as três fases de modo indistinto, mas separar apenas a primeira fase das demais.

Metodologicamente, adota-se a estrutura argumentativa consistente na apresentação de um dos estudos objeto de exame e escolhido como texto-base, seguida da réplica fornecida pelo estudo complementar. O texto-base escolhido para a formulação tanto desta seção quanto da seção 3 foi a *Metodologia* de Karl Larenz, em razão de sua sistematicidade; sempre que oportunas, as contraposições apresentadas na *Metodología* de Walter Wilhelm serão apresentadas para contrastar com o texto-base, no intuito de viabilizar a construção das críticas.

1.1 2.1 ESTUDOS INICIAIS

Karl Larenz, ao iniciar sua incursão acerca da metodologia de Savigny, rememora escritos iniciais da teoria deste, no qual o jurista assinala que o Direito é “primeiro uma ciência história, e depois, também uma ciência filosófica”⁴. Questiona-se, então, se essa afirmação seria um resíduo naturalístico do autor e, eventualmente, superado, ou se Savigny manteve-se fiel a essa crença.

Larenz chega à conclusão, ao revisitar o curso histórico da metodologia de Savigny, que, na verdade, o autor não entra em contradição, partindo da constatação de que ele usa o termo *filosófico* como sinônimo de *sistemático*. Citando o próprio Savigny: “Todo sistema conduz à filosofia. A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a

⁴ LARENZ, 1997, p. 9.

um ideal, em que aquela se baseia — e isto é filosofia”⁵. Entretanto, Savigny não considera a filosofia como necessária. A ciência do Direito não deve submeter-se à aceitação de princípios jusnaturalistas, mas apenas orienta-se de acordo com determinados princípios que são estabelecidos historicamente, e não aprioristicamente.

Baseado nisso, Larenz esmiúça as teses savignyanas de interpretação com uma abordagem crítica muito particular, uma vez que tem a pretensão de abordar aspectos não tão óbvios de sua metodologia.

Savigny, na sua primeira fase, não deu tanta importância ao primado do costume, que ele defenderá em sua fase tardia. A legislação acontece no tempo, e a interpretação é a reconstrução do pensamento expresso em lei cognoscível a partir da lei. Nessa fase, a história do Direito está intimamente ligada à história do Estado e a história dos povos, e considera a legislação uma atividade do Estado, e não um fruto do costume, como o fará na fase posterior.

Ainda nessa concepção de que a história do Direito e a história do Estado estão intimamente ligadas, Savigny elaborou as primeiras linhas de sua teoria que, num segundo momento histórico, ele aperfeiçoou sobremaneira, chegando até a admitir métodos de interpretação e integração do Direito que antes não admitia (cf. seção 2.2). Com efeito, em relação à interpretação, sustentava Savigny que os elementos da interpretação eram tão-somente três: um elemento lógico, um gramatical e um histórico. De acordo com Larenz⁶:

Para que se possa atingir o pensamento da lei tem de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois a legislação só se exprime ao nível de um todo.

Nesse momento, ele pretende a utilização do próprio texto legal para se conhecer a lei; ou seja, é pela lei que se descobre o sistema e seu funcionamento. Todavia, a elaboração histórica do Direito legislado deve tomar o sistema como um todo. “A legislação só se exprime ao nível de um todo, e o todo do Direito só em sistema é reconhecível”⁷.

Ademais, nessa fase, Savigny rejeita uma interpretação de cunho teleológico. Segundo ele, o juiz deve atender não ao que a lei busca atingir mas ao que ela preceituou.

⁵ LARENZ, 1997, p. 10.

⁶ LARENZ, 1997, p. 11.

⁷ LARENZ, 1997, p. 11.

“O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador — tem apenas que executá-la”⁸. Assim, a ciência do Direito busca, pela utilização dos elementos da interpretação, identificar e extrair a conexão sistemática unificadora. Tendo isso em vista, Savigny não admitia as interpretações extensivas e restritivas por entender que a razão da lei não pode ser uma regra autônoma capaz de criar outras regras. A atividade criativa do juiz era vista por ele como algo alheio à lei, pois era da própria lei que se deveria extrair qualquer interpretação.

A despeito de repudiar as interpretações extensiva e restritiva, como já assinalado, tem-se que Savigny, em contrapartida, admitia o uso da analogia, pois, para ele, trata-se de um processo que em nada modifica o sentido histórico da lei, cuidando apenas de aplicar, para um caso não regulado, uma regra geral superior extraída de uma regra específica a partir do espírito da lei⁹.

Essa tal *regra geral superior* de interpretação que poderia ser extraída da regra específica para os efeitos da analogia, entretanto, não parece ter sido adequadamente detalhada por Savigny e deixa espaço para dúvidas acerca da natureza de tal regra e qual raciocínio se deve seguir para chegar a ela. Nesse ponto, o próprio Larenz dá início a uma crítica quanto à omissão de Savigny em apresentar uma metodologia de identificação do conteúdo dessa *regra geral superior* – que não estaria escrita na legislação – a partir do próprio espírito da lei, alegando que esse processo seria muito semelhante às concepções jusnaturalistas tardias¹⁰. Todavia, Larenz não avança nesse tema. Na compreensão de Arnaldo Vasconcelos¹¹, um jurista cearense de perfil declaradamente jusnaturalistas, ao cuidar dessa omissão teórica do Savigny:

A contradição se instala quando os reiterados propósitos de pureza científica se chocam com a manifesta admissão de elementos extrajurídicos, estes impostos pela inarredável necessidade de apoiar as fontes jurídicas, fundamentá-las e legitimá-las.

É de se perguntar, nesse sentido, se Larenz, ao constatar essa falha na leitura de Savigny, não estaria denunciando sua própria compreensão do que deveria ser um sistema jurídico, através de uma tradição idealista. A pergunta histórica que se faz é se Larenz

⁸ LARENZ, 1997, p. 12.

⁹ LARENZ, 1997, p. 12.

¹⁰ LARENZ, 1997, p. 12.

¹¹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 174.

teceria essa crítica acerca da teoria de Savigny sem a influência de uma tradição racionalista propriamente sua.

O que parece mais correto afirmar, sem tomada de partida em relação a correntes filosóficas acerca do Direito, é que Savigny não se deteve sobre esse tema, pois não parece ser algo valioso para sua sistematização, justamente por considerar este um tema afeito ao campo da Filosofia, o que o próprio Larenz reconhece no início do capítulo como algo que Savigny não considerava necessário para o estudo do Direito¹².

Savigny passa então a preocupar-se inteiramente com a investigação de matriz histórica acerca do Direito, não detendo maior atenção a elementos externos à própria tessitura e contextualidade das leis. Ele e seus seguidores, imbuídos dessa preocupação, procederam a um levantamento evolutivo das legislações ao longo do tempo a partir da incorporação do Direito Romano no sistema jurídico germânico.

Wilhelm, entretanto, alerta para o perigo metodológico envolvido no trabalho de investigação histórica do Direito que não valorizasse com o mesmo peso de importância o papel sistemático da teoria.

A preocupação com institutos jurídicos históricos, advindos da Idade Média ou do período romano, fez com que o método da Escola Histórica identificasse como valor relevante de um instituto jurídico mais sua antiguidade e historicidade do que sua relevância no contexto atual, em prejuízo, portanto, à sistematicidade tão cara a uma ciência do Direito. Por vezes o antigo era mais valorizado não por sua importância para a conexão lógica do sistema mas, meramente, como uma peça de museu, por ser valor histórico.

Além disso, o trabalho de busca e levantamento de institutos jurídicos históricos torna esse método científico, se levado a uma especialização na formação dos juristas, algo que só poderia ser executado por pessoas que tenham tido um contato bastante profundo com as proposições e institutos jurídicos históricos, ou acesso a uma bibliografia muito especializada.

Parece, nesse diapasão, que o método savignyano não conseguiu estabelecer satisfatoriamente uma ligação entre o sistema jurídico e a realidade social. Como era um método que criava o Direito dentro do próprio Sistema, pecava por não conseguir captar a vontade do povo no contexto posto.

¹² LARENZ, 1997, p. 9-10.

A história jurídica é antes de tudo a história do completo processo de desenvolvimento da sociedade¹³ e isso quer dizer que as observações acerca do tempo presente também são relevantes. A chamada Escola Histórica, com Savigny, preocupava-se tanto em evitar uma ruptura com o passado que se esqueceu de apreciar a realidade presente. A tradição por si só não representa o Direito.

1.2.2.2 A MUDANÇA DE CONCEPÇÃO

Savigny, em momento posterior, passa a considerar como fonte originária do Direito não mais a lei, mas a convicção jurídica do povo; em outras palavras, o que ele denomina de *Volksgeist* (espírito do povo). Essa mudança aparece, pela primeira vez, em seu escrito *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (“Da vocação do nosso tempo para a Legislação e a Ciência do Direito”), elaborado em resposta à defesa da criação de uma legislação racional, oriunda dos direitos naturais, por Thibaut. Aqui ele trabalha a ideia de institutos jurídicos que são a origem e o fundamento de toda a evolução do Direito. Do ponto de vista do professor livre docente em Filosofia do Direito da Universidade Federal do Ceará, Raimundo Bezerra Falcão¹⁴:

O direito se cria primeiramente pelos costumes e crenças populares e, em seguida, pela jurisprudência. Sempre, portanto, em razão de uma força interior tacitamente ativa. Jamais pelo arbítrio de algum legislador. Os casos, não raros, de modificação do direito pelas leis acontecem se há especial interesse do legislador na alteração, quando elevados fins políticos assim o requeiram. Se isso ocorrer, semelhantes leis devem ser criadas com muita parcimônia, uma vez que configuram claros os indícios de corrupção do direito.

Como se vê das linhas acima, diferentemente do que foi observado na primeira fase de Savigny na seção anterior (seção 2.1), a mudança de concepção se dá principalmente em relação ao grau de importância da lei no sistema jurídico. A lei, que antes era considerada a única fonte real da interpretação jurídica, agora cede espaço à primazia dos costumes juridicamente relevantes.

Essa perspectiva pode ser considerada realmente a maior contribuição de Savigny para a tradição jurídica de nosso tempo. Uma vez que se pôde reconhecer a importância dos costumes para a atividade jurisdicional, houve uma mudança na concepção acerca da interpretação da lei.

¹³ WILHELM, Walter. **La metodología jurídica en el siglo XIX**. Traducción de Rolf Bethmann. Madrid: Edersa, 2008, p. 31.

¹⁴ FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 133.

O espírito do povo é o elemento norteador do sistema jurídico, em sentido material. É nessa toada que se contrapunha nitidamente ao que era proposto por Thibaut quando evocava a necessidade de uma codificação unificadora na Alemanha, baseada na reta razão, como funcionava o Código de Napoleão para os franceses. Savigny, noutra tônica, denunciava os perigos que poderia representar essa codificação, especialmente quanto à incapacidade de acompanhar as peculiaridades inerentes ao espírito do povo. Segundo a análise de Miguel Reale¹⁵:

Savigny, portanto, manifestava-se contra um plano prematura de codificação, invocando contra a lei abstrata e racional a força viva dos costumes, tradução imediata e genuína do que denominava ‘espírito do povo’, pois temia que a precipitação codificadora gerasse leis dotadas de *vigência*, de validade técnico-formal, mas destituídas de *eficácia* ou de efetiva existência como comportamento, como conduta.

Com efeito, Savigny identifica no próprio povo os elementos necessários para que se possa constituir o sistema jurídico. Nesses termos é que, em razão da necessidade de se atribuir eficácia às regras jurídicas, verifica que é na conexão existente entre realidade e as normas que a ciência jurídica se constitui e se aprimora.

Assim, trata da matéria dos **institutos jurídicos**, os quais, segundo ele, são “pois um todo, pleno de sentido e que se transforma no tempo, de relações humanas consideradas como típicas, nunca logrando, por isso, ser exposto inteiramente pelo somatório das normas que lhe dizem respeito”¹⁶. Não são as regras jurídicas que produzem os institutos, mas, pelo contrário, as regras jurídicas são derivadas diretamente desses institutos, que têm sua constituição advinda dos costumes.

É na intuição do instituto jurídico que as regras encontram todo o seu fundamento. As regras só podem ser compreendidas pela intuição do instituto jurídico¹⁷. Isso já constitui uma mudança no seu pensamento inicial, já que se pode observar que as regras não possuem mais um caráter autônomo.

Por conseguinte, Savigny traça uma distinção entre as atividades do legislador e do intérprete. De um lado, o trabalho do legislador tem de ter sempre presente a intuição integral do instituto jurídico, quando da criação da lei, a fim de que essa possa

¹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 423.

¹⁶ LARENZ, 1997, p. 13.

¹⁷ LARENZ, 1997, p. 13.

corresponder aos respectivos desígnios. Já o trabalho do interprete, por outro lado, é restituir o nexu orgânico o qual, a partir da lei, ele tem tão somente um elemento do sistema. Intuição e conceito tem de conciliar-se.

Percebe-se, portanto, que na mudança de concepção de Savigny o papel do intérprete muda consideravelmente, passando de mero operador da lei para a posição de verdadeiro cientista jurídico. Antes, para a atividade do juiz, era necessário tão somente o conhecimento prévio da lei posta, sem grandes necessidades de observações acerca dos institutos. Agora, a atividade do juiz é evidentemente mais complexa pois necessita extrair do sistema jurídico um nexu causal que o conecta e o sustenta.

Os trabalhos do intérprete e do legislador possuem papéis diferentes no sistema jurídico, não se confundem. Enquanto o legislador deve inspirar-se no espírito do povo para fazer as leis, intuindo o instituto jurídico, o intérprete, sabendo que o sistema é um todo orgânico, deve estabelecer o nexu desse sistema tendo em vista que a lei, do qual ele parte, é apenas uma pequena facção do todo.

O conceito jurídico, portanto, só abrange um aspecto parcial dentro do sistema jurídico. Larenz afirma que, se essa doutrina tivesse sido seguida mais seriamente por Savigny e seus seguidores, eles nunca poderiam ter trilhado o caminho da Jurisprudência dos Conceitos, visto que o conceito necessita da intuição, não perfazendo unidade autônoma no sistema.

Em outros termos, o conceito precisa constantemente ser ressignificado por meio da intuição inerente aos institutos jurídicos. É a partir dessa concepção que o sistema demonstra o seu dinamismo, não se podendo dizer, entretanto, que o que estrutura o sistema é, pois, o nexu orgânico dos institutos, mas o nexu lógico dos conceitos.

Larenz, entretanto, tece aqui uma crítica à metodologia de Savigny por não compreender completamente como era sua proposta de efetuar o trânsito da intuição do instituto para a forma abstrata da regra jurídica, e desta, para a intuição originária.

Por fim, cabe discutir brevemente acerca dos métodos de hermenêutica jurídica elaborados por Savigny. Com efeito, de acordo com a teoria savignyana, os **elementos da interpretação** são o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Não são mais tipos de interpretação mas as atividades que o interprete tem de realizar em conjunto a fim de lograr êxito na interpretação.

Por um caminho histórico procura-se conhecer a formação da lei dentro de um contexto. Nesta fase madura, diferentemente dos primeiros estudos, as regras especiais não brotam de regras gerais. Parte da ideia do nexu orgânico entre os institutos jurídicos que vivem na consciência comum.

Wilhelm apresenta aqui, mais uma vez, um posicionamento crítico em relação à apresentação da teoria nos moldes feitos por Larenz, ao colocar que a sistemática surgiu para o método histórico como uma necessidade do presente. Era a maneira de conectar o método histórico com o presente e produzir Direito atual. Entretanto, o método organicista de Savigny encontrava-se cheio de contradições internas. Vale dizer, não se pode observar a relação entre coerência orgânica e coerência lógica, pois os princípios gerais da teoria de Savigny não teriam sido satisfatoriamente explicados.

Uma vez reproduzida, em linhas gerais, a metodologia de Savigny, tal qual apresentada por Larenz, e as respectivas críticas formuladas à apresentação de referência, passa-se, na próxima seção a discutir o surgimento da jurisprudência dos conceitos.

3 A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

Após a consagração da Escola Histórica, os sucessores de Savigny atravessaram uma fase de insatisfação metodológica, levando-os a trilhar seus próprios caminhos dentro de uma nova fase da ciência do Direito, que migra paulatinamente para um viés mais racionalizante. Surge, em seguida, a escola conhecida como Jurisprudência dos Conceitos.

Nesta seção, tal qual na anterior, a apresentação dessa corrente científica será feita a partir do roteiro didático definido por Karl Larenz na sua *Metodologia*. Portanto, esta seção está dividida em outras quatro, tratando especificamente de cada um dos seus principais representantes, a saber, Puchta (seção 3.1), Jhering (seção 3.2) e Windscheid (seção 3.3). Uma última parte é dedicada a tratar da teoria objetivista da interpretação (seção 3.4).

1.3 3.1 A GENEALOGIA DOS CONCEITOS DE PUCHTA

Para Puchta, o sistema é a única maneira possível pela qual o espírito cognoscente consegue assegurar-se da verdade: o critério da racionalidade intrínseca, como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade. É o desabrochar de uma unidade em uma

diversidade. O conceito geral e abstrato traduz-se numa unidade que conduz a lógica formal.

Diferentemente do sistema orgânico, como é o sistema do Savigny, no qual as unidades do sistema gravitam em torno de um núcleo central (como, por exemplo, uma célula), o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal organiza-se, para Puchta, em forma de pirâmide. No vértice dessa pirâmide encontra-se o conceito mais geral possível.

Puchta seguiu Savigny, na medida do possível, quando admite que as instituições possuem um nexu orgânico estabelecido em decorrência de um espírito do povo. Diferentemente de Savigny, entretanto, Puchta cuida propriamente de um nexu entre as **proposições jurídicas**, e não entre os institutos. O nexu de que aqui se cuida é **de natureza lógica** e é ele a fonte das proposições.

É missão agora da ciência reconhecer as proposições jurídicas no seu nexu sistemático, como sendo entre si condicionantes e derivantes, a fim de poder seguir-se a sua genealogia desde cada uma delas até ao princípio comum e, do mesmo modo, descer do princípio até o mais baixo dos escalões.¹⁸

Além disso, Puchta sustenta, coerentemente, que o direito dos juristas – em outras palavras, a doutrina – seria, ao lado da legislação e dos costumes, a terceira fonte do Direito, e nada mais significa do que essa ciência que é capaz de exprimir os elementos do povo e os ditames do legislador.

Por fim, Puchta alude que o conteúdo do conceito supremo procede da Filosofia do Direito. Segundo Larenz, ao analisar esse conceito supremo do sistema de Puchta, encontrar-se-ia o conceito kantiano de liberdade.

Critica-se a doutrina de Puchta, na medida em que as proposições simples, nesse sistema lógico formal, não são avaliadas segundo seu escopo ou sua função, mas tão-somente segundo o escalão da pirâmide a qual elas integram. A determinação do conceito fundamental, ligado à filosofia do direito ainda afilia-se à tradição idealista hegeliana, mas a observação lógico-sistemática dos demais conceitos da pirâmide segue o racionalismo do século XVIII.

Difere-se a genealogia dos conceitos do positivismo jurídico justamente no estabelecimento desse conteúdo do conceito geral. Aqui, importa sim o que o legislador

¹⁸ WILHELM, 1980, p. 24.

estabeleça o conteúdo da lei positiva de maneira que este se ligue a um fundamento suprapositivo. Os positivistas não se ativeram especialmente a isso. Entretanto, pode-se afirmar que a Jurisprudência dos Conceitos preparou o terreno para o formalismo jurídico do período posterior.

1.4 3.2 O MÉTODO HISTÓRICO-NATURAL DE JHERING EM SUA PRIMEIRA FASE

No primeiro período de sua produção jurídica, Jhering seguiu a Jurisprudência dos Conceitos de Puchta, embora venha, posteriormente, a ser um dos seus principais críticos em sua segunda fase. Larenz detém-se na análise do Jhering desse primeiro período, apontando, entretanto, duas características que o distinguem fundamentalmente de Savigny e de Puchta, e que já apontam uma tendência para a sua mudança na segunda fase. São elas:

- a) o abandono das categorias éticas da filosofia; e
- b) a orientação para o tipo de pensamento das ciências da natureza contemporâneas.

A Jurisprudência dos Conceitos em Jhering é pautada pela noção de organismo. Quando Jhering fala de organismo, ele atribui ao Direito qualidades de um produto da natureza e, em consequência, atribui ao seu método a nomenclatura de **histórico-natural**.

Com Jhering, a função sistemática da ciência do Direito consiste em desmontar cada um dos institutos e proposições jurídicas, encontrando o seu elemento lógico, e delas extrair sua pureza a fim de que se possa estabelecer conexões que sejam capazes de produzir novas normas. O crescer do Direito é desde dentro. Os conceitos são (re)produtivos, acasalam-se e geram novos conceitos.

É importante ressaltar que Jhering, diferentemente de Puchta, não parte de um conceito fundamental prévio. Não explica porque esses rearranjos de proposições devem valer como Direito.

1.5 3.3 O POSITIVISMO LEGAL RACIONALISTA DE WINDSCHEID

A lei, para Windscheid, não é a simples expressão do poder do legislador, mas a sabedoria dos séculos que nos precederam. A fonte última do Direito positivo seria,

diretamente, o costume, mas indiretamente a legislação, já que esta representava o que reconheceu por juridicamente exigível a comunidade jurídica no decorrer dos anos.

O Direito é algo histórico e simultaneamente racional. Aqui não se encontra essa razão na intuição acerca da vontade dos povos, mas, subjetivamente, na vontade racional do legislador. Windscheid chama esse legislador de histórico e exige do intérprete que se coloque no lugar desse legislador a fim de que possa encontrar a razão histórica e as circunstâncias que os fizeram ditar a lei.

Windscheid, ao cuidar da questão relativa à existência de lacunas, assevera que, além de existirem de fato no sistema, elas não devem ser preenchidas a partir de um hipotético direito natural derivado da pura racionalidade, mas a partir do sentido do Direito como um todo. Em outras palavras, o Direito, com Windscheid, é uma unidade de sentido objetiva.

No vértice de sua pirâmide lógica, Windscheid também coloca um conceito de direito subjetivo; entretanto, ele considera o direito subjetivo um poder da vontade e a vontade aqui não é mais categoria ética, mas como categoria psicológica.

1.6.3.4 A TEORIA OBJETIVISTA DA INTERPRETAÇÃO

Historicismo e racionalismo foram as tradições dos pensamentos dominantes da ciência do direito do séc. XIX e assim, influenciaram enormemente a construção das doutrinas jurídicas daquele período. O mote da ciência do direito desse período é o poder de revelar a razão mais ou menos oculta da lei. Promover a espiritualização do direito positivo.

A teoria objetivista da interpretação preconiza que as interpretações subjetivas da lei não possuem relevância jurídica para efeitos de impor sua aplicabilidade. O homem não é elemento essencial para a compreensão das leis. A lei é mais racional que seu autor e deve ser interpretada apenas a partir de seu próprio contexto significativo sem que se dê importância maior à vontade do legislador. Isso já demonstra uma mudança de paradigma no que tange os métodos de interpretação. Como se vê, nessa tradição não se coloca mais tanta relevância para uma busca pela vontade do legislador ou pelo espírito do povo.

O direito positivo é uma ordem racional. A interpretação tem que caminhar no sentido de a lei traga a luz os princípios nela contidos. Aqui, diferentemente da

Jurisprudência dos Conceitos há uma preocupação com os fins da lei, ou seja, o ponto de vista teleológico diz respeito à própria lei e os fins que ela almeja e não a vontade do legislador. A teoria objetivista da interpretação foi uma subcorrente da Jurisprudência dos Conceitos que teve alguns nomes alinhados à sua tradição de pensamento jurídico, como, exemplificativamente, Binding, Wach e Kohler.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como um movimento pendular, a história das teorias científicas do Direito vai variando entre posições defensoras de um racionalismo, de um lado, e, de outro, argumentos a favor de um pensamento romântico. Não diferem, portanto, a Escola Histórica e a Jurisprudência dos Conceitos.

A Escola Histórica, com Savigny, continua a merecer o seu reconhecimento, embora hoje seja relegada a uma conformação ultrapassada. No entanto a reprodução acrítica do pensamento desse jurista, ou, o que é pior, a reprodução viciada pelos subjetivismos dos compendiadores pode conduzir ao conhecimento de um “espantinho” da teoria, que atribua a Savigny créditos para questões que não foram objeto de sua propriedade.

É o que se constata, de modo geral, com a caracterização do sistema savignyano por parte de Karl Larenz. Assim, constata-se que a construção teórica feita por Larenz denuncia seu ponto de vista estritamente particular, associado a um idealismo racionalizante.

As omissões de caráter racionalizador, entretanto, foram sendo cada vez mais críticas, denunciando o declínio da Escola Histórica e o surgimento de sua sucessora, a Jurisprudência dos Conceitos. Especialmente com Puchta, Jhering e Windscheid, as contribuições dessa nova tendência científica serviram para levar adiante o que havia de reconhecidamente válido na sistematização com Savigny.

REFERÊNCIAS

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

WILHELM, Walter. **La metodología jurídica en el siglo XIX**. Traducción de Rolf Bethmann. Madrid: Edersa, 1980.