



História do direito – ciência, interpretação e tradição

Legal history – science, interpretation and tradition

José Reinaldo de Lima Lopes*

REFERÊNCIA

LOPES, José Reinaldo de Lima. História do direito – ciência, interpretação e tradição. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 54, p. 3-25, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.22456/0104-6594.139911>.

RESUMO

A doutrina jurídica precisa pressupor certos princípios ou antecedentes lógicos na sua interpretação dos conceitos jurídicos presentes no direito positivo. Um desses princípios é o de que a lei possui um aspecto temporal. Ela não pode ser retroativa, por exemplo, dado o seu papel orientador da ação. Ao mesmo tempo, os conceitos que a doutrina discute conceitos com vistas a estabilizar no tempo as relações jurídicas. Quando uma interpretação recebe aceitação, ela passa a molda instituições e decisões que tendem a permanecer. O presente artigo defende que a história da cultura jurídica deve levar em conta esses aspectos acerca da natureza do direito a partir das discussões doutrinárias, mais do que se voltar apenas à letra da lei vigente de cada período. A doutrina ajuda a definir as condições de inteligibilidade de um sistema jurídico discutindo o sentido dos conceitos. Para reforçar o argumento do artigo, trabalha-se com dois exemplos da passagem do antigo regime para o império no Brasil do século XIX: a recepção da doutrina da separação dos poderes e a relação dos aplicadores do direito com uma nova concepção das fontes do direito.

PALAVRAS-CHAVE

Tempo. Tradição. Interpretação. Jurista. Historiador.

ABSTRACT

Legal scholarship needs to presuppose certain principles or logical antecedents in its interpretation of the legal concepts present in positive law. One of these principles is that the law has a temporal aspect. It cannot be retroactive, for example, given its role in guiding action. At the same time, the concepts that the legal scholarship discusses are designed to stabilise legal relationships over time. When an interpretation is accepted, it begins to shape institutions and decisions that tend to remain. This article argues that the history of legal culture should take into account these aspects about the nature of law based on doctrinal discussions, rather than just looking at legal norms in force in each period. Legal scholarship helps to define the conditions of intelligibility of a legal system by discussing the meaning of concepts. To reinforce the article's argument, two examples of the transition from the ancien régime to the empire in 19th century Brazil are analysed: the reception of the doctrine of the separation of powers and the relationship between law appliers and a new conception of the legal sources.

KEYWORDS

Times. Tradition. Interpretation. Legal scholar. Historian.

SUMÁRIO

1. Tempo e direito – historiadores e juristas diante do tempo. 2. Precedência lógica e cronológica para juristas: direito positivo e princípios (teoria). 3. Direito positivo e doutrina – o lugar do confronto entre inovação e tradição. 4. Tradição e inovação: doutrina da separação dos poderes e das fontes. 4.1. Uma doutrina sobre os tribunais. 4.2 Fontes e interpretação. 4.2.1. Sistematizando as fontes. 4.2.2. A relação do intérprete com o direito posto. 5. Tradição e inovação no pensamento jurídico. Referências. Dados da publicação.

* Professor Titular de Filosofia e Teoria Geral do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Email: jrlopes@usp.br.





1 TEMPO E DIREITO – HISTORIADORES E JURISTAS DIANTE DO TEMPO

No romance *Quincas Borba* (1886-1891), Machado de Assis, maior prosador brasileiro do século XIX, e um dos grandes do mundo naquele século de tantos alentados literários, conta que D. Sofia, principal personagem feminina da obra, num dia particularmente triste e aborrecido pôs-se a descansar, “*meteu a alma em um caixão de cedro e deixou-se estar sinceramente defunta.*” Numa virada de ironia, que só Machado sabia fazer com graça e perspicácia, diz ele: “*não sabia que os defuntos pensam.*” Os defuntos pensam! Mas, acrescenta que não apenas pensam, como também “*um enxame de noções novas vem substituir as velhas, e que eles saem criticando o mundo como os espectadores saem do teatro criticando a peça e os atores.*”

A seguir a imagem de nosso romancista, a vida, da qual saem os defuntos, é de certo modo uma peça, um drama, digamos. Tem, portanto, atores e enredo, narrativa e roteiro, sentido enfim. E os defuntos, partindo da vida – ou da peça – saem a comentá-la. Que inversão de perspectivas! Não somos mais os vivos que criticamos o passado: os mortos mesmos o fazem. Ou talvez, para exagerar a imagem: eles saem, mas passam a criticar os que ficam ou, quem sabe, saem mesmo a criticar o futuro. E isso, diz o Bruxo do Cosme Velho, em meio a uma profusão de “noções novas”, que entram a fazer parte do mundo desalojando as antigas. Que alerta para os historiadores e para os historiadores das ideias, da vida intelectual, ou dos conceitos, se quisermos. Como podem os defuntos comentar a peça, os atores, o mundo dos vivos? Ocorre-me a ideia de que os defuntos pensam por meio de nós, historiadores e juristas. Embora, naturalmente, também possam pensar por meio outros ou de todos, já que todos contam histórias.¹ Os defuntos pensam! Seria mesmo verdade? Estarei levando demasiado a sério a imagem literária? Bem, talvez um pouco menos irônico que Machado de Assis e seguramente mais conhecido de todos, Karl Marx no seu “18 Brumário de Luís Bonaparte” lembra que “*a tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos.*”²

¹ Contar uma história é um dos “jogos de linguagem”, lembra-nos Wittgenstein (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991, § 23). Paul Ricoeur esclarece que aprender a seguir e a contar uma história é uma espécie de exercício de razão de que somos capazes apenas os seres humanos, uma forma sofisticada de compreensão, fundamental para a historiografia. RICOEUR, Paul. *From text to action: essays in hermeneutics II*. Evanston (IL): Northwestern, 1991, p. 4.

² MARX, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. In: MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*, São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 329.





De certo modo, juristas e historiadores são custódios dessas almas penadas do passado. Pastores de almas penadas têm algo de bom a ser dito a seu favor? Talvez sim. Tentemos. O historiador sai sempre em busca dos defuntos, embora cultores da história contemporânea talvez um pouco menos. Na história ocorre a busca do passado material, semelhante à arqueologia, à recuperação de artefatos. Existe, contudo, de maneira ainda mais relevante a busca do que talvez seja o “passado imaterial”, o passado das formas de vida, dos pensamentos, dos símbolos. Ao lado dos vestígios materiais, os historiadores lidam com os vestígios do que era a ação, daquilo que faziam e fizeram as pessoas, o que Paul Ricoeur chama de *drama*.³ A história faz-se desse drama, cuja reconstituição é narrativa, porque sua forma própria de existência é ela mesma narrativa. Tanto numa quanto noutra dimensão, a material e a dramática, devem os historiadores montar um quebra-cabeças, que lhes impõe imaginar outro ser humano capaz de atribuir *sentido* às peças que encontra. Quando pensamos na arqueologia e na recuperação de fragmentos vemos a imaginação do arqueólogo e do historiador, porque o significado do instrumento – inclusive dos instrumentos intelectuais, os conceitos – não se acha no utensílio mesmo, mas “*depende das atitudes fundamentais tomadas pelos homens de uma dada civilização face a suas próprias possibilidades técnicas.*”⁴

2 PRECEDÊNCIA LÓGICA E CRONOLOGIA PARA JURISTAS: DIREITO POSITIVO E PRINCÍPIOS (TEORIA)

Toda forma de vida existe para os seres humanos no tempo, tema que o século XX explorou em tantas dimensões especialmente a partir da perspectiva fenomenológica iniciada por Edmund Husserl, modificada por Heidegger, retomada de maneiras distintas na hermenêutica filosófica. No caso do direito, a dimensão da temporalidade é de especial significação porque qualquer norma para valer, isto é, para ser aplicada de modo justificado e compreensível, precisa preceder o caso a que se aplica. Por outro lado, a vigência de uma norma jurídica insere-a num tempo suspenso: “[n]ão se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue” (Lei de introdução às normas do direito brasileiro,

³ RICOEUR, Paul. *História e verdade*. Trad. F. A. Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 81-82. Gilberto Freyre confessa que sua investigação sobre a família patriarcal brasileira segue esse caminho da memória por meio tanto de documentos e objetos pessoais guardados pelas pessoas, quanto pelas confissões que ouviu, confissões, portanto, da memória de quem viveu outros tempos. FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. 6ª. ed. São Paulo: Global, 2004, p. 36.

⁴ RICOEUR, Paul. *História e verdade*. Trad. F. A. Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 88.





D.L. 4.657/1942, art. 2º).⁵ Por isso mesmo, a lei também se dirige ao futuro, pretende estabelecer o sentido para ações futuras.

A precedência da lei tem uma dimensão lógica e uma cronológica. A precedência lógica funciona como “princípio” do campo, e padrão de seus produtos (a lei, a decisão, o negócio, etc).⁶ Não é uma exclusividade jurídica: todos os campos organizam-se por alguns pontos de partida. Todas as ciências, dizia Aristóteles, quando operam com princípios, usam-nos como pontos de partida que não podem ser tirados de nenhum outro lugar a não ser de sua própria evidência.⁷ Para os juristas dos séculos XVII a XIX esses pontos eram o objeto de investigação do direito natural e daquilo que logo se converteu em filosofia ou ciência política. Os defensores de códigos acreditavam que o mais importante da codificação estava em sua estrutura, a qual deveria ser lógica, intuitiva e facilmente apreensível por qualquer um. Tal ideia encontrava-se em Ludovico Muratori, Pascoal José de Melo Freire, Jeremias Bentham, Vicente Cardoso da Costa, Augusto Teixeira de Freitas. O direito natural forneceria os fundamentos morais de base, como a ideia de sujeito de direito e de obrigações naturais, além da forma segundo a qual os códigos se organizariam. Um dos problemas que atormentou Teixeira de Freitas, primeiro encarregado da codificação no Brasil, foi justamente o da estrutura do código que, a seu ver deveria corresponder a uma divisão lógica *natural*.⁸ Nesses termos, o *direito natural* fornecia os princípios ou antecedentes lógicos de todo o sistema. A *sedes materiae* dessa questão estava no tratado introdutório do direito romano que abria o *Digesto* (Livro I - *De iustitia et iure*). Dali saltaram para as justificações teóricas dos códigos, na fase legislativa – como se pode ver na defesa que Portalis faz de seu projeto no célebre *Discours préliminaire*. Em seguida instalaram-se nos próprios códigos, em suas introduções e disposições preliminares.

Princípios do pensamento jurídico não precisam ser promulgados, nem sancionados, nem publicados para valerem. Como *definições prévias* do campo jurídico são, por isso mesmo, objetos da teoria, não da legislação. Os princípios determinam a forma geral de algum

⁵ A Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 estabelecia os prazos para a entrada em vigor de qualquer lei em geral (art. 2º) e seu art. 4º pressupunha sua vigência permanente, pois só mediante revogação ou derrogação por outra lei deixaria de vigor.

⁶ Toda atividade (ou prática) tem seus “princípios”, como tudo que há tem seu “padrão.” Os princípios dizem respeito ao agir, os padrões (chamados de *causa formal* na tradição aristotélica) dizem respeito ao produto das ações. Para uma explicação recente desta ideia ver. Cf. KORSGAARD, Christine. *Self-constitution: agency, identity and integrity*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 27-44. A prática da história e a prática do direito guiam-se por seus respectivos princípios, e seu produto, a narrativa e a interpretação histórica de um lado e a decisão jurídica (legislativa, judicial, executiva ou particular) de outro têm seus padrões.

⁷ ARISTÓTELES, *Física*, L. I, 1, 184^a 10 e *Ética a Nicômacos*, L. I, 1, 1094^a, L. I, 4, 1095 b (usei a edição em dois volumes organizada por BARNES, Jonathan. *The complete works of Aristotle*. Princeton (NJ): Princeton Univ. Press, 1995).

⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1875, p. xlix.





ordenamento jurídico e social e se encontram antes na doutrina e na teoria do direito, do que nas leis. Doutrinas vacilantes e jurisprudência oscilante podem ser os sinais sísmicos de alterações nas camadas mais profundas da geologia jurídica, nos seus princípios e fundamentos, e merecem atenção. A eles convém estar atentos como juristas e como historiadores. De certo modo, como sentidos compartilhados, sua natureza é histórica. Princípios do direito não têm a mesma natureza das leis e então é claro que eles não podem ser *positivados* como as regras de trânsito, de procedimento judicial, de propriedade, de contratos ou de casamento. Tampouco são *revogados* expressamente. Sua *sedes materiae* encontra-se na doutrina e na teoria: doutrinas podem ser abandonadas ou revistas, não revogadas como as leis.

Gostaria de destacar aqui o papel dos princípios como o *pré-concebido* ou *pré-suposto* — o *preconceito*, na linha do que propôs Gadamer, *a forma de vida*, na linha de Wittgenstein, ou o pano de fundo (background) como diz Charles Taylor — temas que convergem na pesquisa histórica do direito. Mesmo implícitos, esses princípios formam o pano de fundo compartilhado que, justamente por isso, parece evidente e quase nunca é tematizado, raramente se torna objeto de questionamento ou dúvida.⁹ Em razão disso os traços de sua existência e de sua transformação nem sempre deixam vestígios explícitos: precisam ser descobertos para além dos textos.

Além dessa precedência lógica, quando nos encontramos na esfera do direito positivo encontramos a precedência cronológica, vale dizer, a validade de uma norma jurídica depende de ela ter sido posta por alguém antes de ser aplicada ou usada. Os princípios jurídicos funcionam como antecedentes lógicos, enquanto as leis (direito positivo) – porque promulgadas e revogadas – dependem de precedência cronológica para valerem.¹⁰ Geralmente as normas positivas valem para o futuro, não para o passado. É óbvio que não posso ser obrigado hoje a seguir uma regra que só existirá amanhã. Essa dimensão temporal da validade está na raiz de inúmeros dispositivos legais e inúmeras doutrinas sobre o *direito intertemporal*. Sabemos, por

⁹ A ideia de pano de fundo, valendo-se inclusive das ideias de Wittgenstein, é elaborada em diversos estudos por Charles Taylor; por todos veja-se TAYLOR, Charles. Irreducibly social goods. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical arguments*. Cambridge (MA): Harvard, 1995, p. 136. O pano de fundo de práticas, instituições e compreensão pode ser não articulado (não expresso), mas é o que determina (define) certa cultura. Nesse sentido, Ascarelli diz que todo sistema jurídico tem “premissas implícitas”, não formuladas mas essenciais para esclarecer o alcance das soluções e o desenvolvimento de certo direito. ASCARELLI, Tulio. Premesse allo studio del diritto comparato. In: ASCARELLI, Tùlio. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 10.

¹⁰ Podemos usar hoje a palavra *lei* no sentido amplo de direito positivo, que inclui diversas formas de atos de autoridade, desde a lei no sentido próprio e formal, até os atos normativos emanados de autoridades competentes, quando não sejam simples ordens ou mandamentos. *Lex* no direito pré-moderno era usada amplamente e se referia, por exemplo, a todos os fragmentos do *Digesto*, que não eram lei no sentido moderno ou contemporâneo, mas ditos ou doutrina dos juristas.





exemplo, que o trânsito de uma cidade precisa ser ordenado de algum modo. É de direito natural que haja regras para o trânsito nas cidades. Mas disso não resultam regras positivas do trânsito. Alguém precisa criá-las. Não se pode determinar a mão de direção de uma avenida ou rua específica *in abstracto* ou *a priori*. Pedestre e motorista precisam ser previamente avisados do que fazer. A publicação da lei é de sua essência. Uma lei não promulgada não vale por isso, porque não pode ser conhecida, e em razão disso não entrou realmente no mundo.

Para ordenar as fontes legisladas, praticamente todos os códigos (e constituições) dos séculos XIX e XX dispuseram sobre os conflitos de leis no tempo (direito intertemporal) e no espaço (direito internacional, por exemplo). Disposições necessárias, pois o direito legislado passara ao primeiro plano, deixando o direito costumeiro como subsidiário. Nos costumes é o uso constante, prolongado, vindo de um passado distante, que garante seu (re)conhecimento público. No direito legislado é necessário precisar mais, por isso o código francês diz no art. 1º do Título Preliminar: *“As leis se executam em todo o território francês em virtude de sua promulgação, feita pelo rei. Elas serão executadas em cada uma das partes do reino a partir do momento em que sua promulgação puder ser conhecida.”* O código de Andrés Bello, usado na Colômbia e no Chile, esclarece: *“A lei só obriga em virtude de sua promulgação, e sua observância inicia-se dois meses depois de promulgada.”* O § 3 do AGBG (austríaco) de 1811 determina: *“A validade de uma lei e as consequências jurídicas correspondentes começam em seguida a sua promulgação.”*

Juristas e historiadores lidam com o tempo. Para o jurista existe uma pesquisa prévia sobre o surgimento da lei. Foi ou não tornada pública? Existiu ou não o ato da promulgação? De um certo modo, o jurista é obrigado a valer-se de uma pesquisa histórica fatural¹¹: vai buscar o vestígio do ato de promulgação com recursos semelhantes ao do historiador. Procura o ato (a publicação) e seu sentido (validade). O ato ele vai procurar naquilo que em seu tempo se considera o lugar oficial de publicação: para nós se trata de um diário oficial, para os antigos uma fixação de um aviso (edito, edital, bando) em algum lugar público (a igreja matriz, a casa da câmara municipal...). Não se trata de fato bruto, mas de ato jurídico, vale dizer, ato (humano) a que se atribui sentido e significado objetivos, isto é, compartilhados. Como artefato, a lei se insere na temporalidade própria à vida humana. Isso leva Gadamer a aproximar tão fortemente o historiador e o jurista (particularmente o juiz, diz ele), pois ambos são obrigados a realizar

¹¹ V. BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 65.





uma aproximação do passado — do que já foi — com o presente em que se encontram.¹² Trata-se da mediação que ele chama de aplicação. Experimentar, ou tentar experimentar, o passado é, para ele, aplicar. O jurista não pode, portanto, não viver imerso em alguma tradição. A história do direito confronta-nos tanto com os princípios – invisíveis por vezes, mas base do pensamento –, quanto com o direito positivo, superficialmente evidente, mas ininteligível sem essa *infra-estrutura* intelectual, doutrinária e teórica de longa duração.

3 DIREITO POSITIVO E DOUTRINA – O LUGAR DO CONFRONTO ENTRE INOVAÇÃO E TRADIÇÃO

Esses pontos ajudam-nos a pensar sobre o tema da interpretação do direito especialmente no século XIX, o século da codificação, da constitucionalização dos Estados, da moderna teoria das fontes do direito. Levados alguns a pensar que o direito é ordenamento positivo apenas, a aplicação e interpretação da lei corria o risco de confundir-se com a exegese, explicação literal das palavras. Com o tempo, tornou-se claro que isso não poderia ser assim. É preciso, pois, sondar primeiro onde o “pensamento jurídico” se apresenta decantado: a doutrina. A ideia dessa primeira tarefa é que na doutrina o direito se organiza e todos os seus fragmentos a se juntam num todo. Naturalmente, o campo doutrinal é atravessado por disputas, as quais refletem interesses de curto e projetos de longo prazo. Historiar o pensamento jurídico consiste em historiar essa dimensão, na qual deparamos com os vencedores e os perdedores da disputa. Qualquer contato com os textos jurídicos teóricos revela a natureza inerentemente polêmica das doutrinas. Quem lê Savigny, Bentham, Austin, Teixeira de Freitas ou Coelho Rodrigues sabe que estão escrevendo contra alguma outra doutrina. Isso aproxima o discurso jurídico do discurso filosófico: trata-se de defender uma concepção contra outras concepções.

Nesta altura, porém, podemos deixar essa preocupação de lado e prosseguir da seguinte maneira: (1) em primeiro lugar explorar o que faz da doutrina a garante da estabilidade do direito. Ela tem papel estabilizador e é nela que se cristaliza a maneira de pensar de um tempo, é a base de certa tradição, ou da identidade do campo jurídico. Em segundo lugar, (2) é nela

¹² H. G. GADAMER aproxima jurista e historiador do direito em *Verdade e método*. 15ª. ed. (trad. F. P. Meurer), Petrópolis: Vozes, 2015, p. 426-433. O jurista não pode “*prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário*”, enquanto o historiador “*não pode ignorar que o que está em questão [...] é uma criação jurídica que requer uma compreensão jurídica. Ele deve poder pensar juridicamente e não apenas historicamente.*” BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 66. Gadamer e Betti tiveram uma diferença sobre o assunto que se pode apreciar em BRETONE, Mario. *Tradizione ed ermeneutica*. In: BRETONE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2ª ed. Roma/Bari: Laterza, 1994, p. 163-174, e GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: una biografia*. Barcelona: Herder, 2000, p. 375-395.





que se fazem as mudanças que interessam. A doutrina tanto conserva quanto renova, considerada no direito pré-moderno um costume, o *costume doutrinal*, a doutrina faz frequentemente o que fazem todas as tradições: adapta-se.¹³

Outra vez a proposta de Gadamer ajuda-nos a entender as coisas. Diz ele: “o que permanece chama menos a atenção do que muda rapidamente.”¹⁴ A lei pode ser mudada por ato do legislador, mas a doutrina e os princípios jurídicos não se alteram com a mesma facilidade, já dissemos. É muito possível, então, que seja na esfera da doutrina que encontremos “o que permanece” Ao mesmo tempo é lá que encontramos as mudanças mais significativas, mais profundas no pensamento e nas instituições. Justamente porque sua mudança é mais lenta, é mais sólida e profunda. A doutrina é chave para a história do direito nesse nível: oferece as grandes linhas e orientações dentro das quais movem-se tanto os juristas quanto os participantes da vida social. A doutrina não apenas conserva, mas lentamente organiza e conceitualiza o novo. A emergência do novo, diz Castoriadis, aparece com uma intensidade particular por ocasião das transformações ou dos acontecimentos catastróficos ou grandiosos que marcam e destacam a existência das sociedades que frequentemente denominamos “históricas” no sentido restrito deste termo.¹⁵ E esse novo aparece também na doutrina jurídica: nela os juristas concebem, imaginam, teorizam, por exemplo, os poderes do Estado, o conceito de cidadão, de obrigação, de representação e mandato, isso para ficar apenas nos temas mais caros ao direito público moderno.

Esse é o lugar privilegiado da história da cultura jurídica. Não se trata de uma história livresca: não pode ser feita por simples levantamento do que foi escrito e dos documentos que se encontram, porque para fazer os documentos “falarem” é preciso buscar neles “sentido”, o que se faz tanto na esfera de sua “referência” quanto na esfera de seu “significado” propriamente dito. Sua referência está em um mundo que podemos ou devemos pressupor desaparecido ou, pelo menos, mudado e profundamente mudado. Trata-se do mundo de conflitos dependentes de condições particulares. Pensemos no caso do Brasil do século XIX e dos interesses divergentes de agricultores e grandes comerciantes exportadores, enraizados em formas materiais (o transporte de cargas das fazendas para os portos, o transporte transoceânico das mercadorias) e formas institucionais (os instrumentos de crédito e financiamento). Essas circunstâncias, por

¹³ Cf. OST, François. *O tempo do direito*. Trad. E. Fernandes. Bauru (SP): EdUSC, 2005, p. 63. GADAMER fala de “complementação produtiva” do direito (*Verdade*, cit., p. 432).

¹⁴ GADAMER, *Verdade*, cit., p. 32.

¹⁵ Cf. CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. G. Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 220.





sua vez, dependem de o sistema jurídico diferenciar ou igualar lavradores e comerciantes, o que se vê nos doutrinadores que debatem ou justificam a existência de um juízo comercial para certos sujeitos, e uma legislação civil para outros.

Essa história cultural não pode ser feita sem levar em conta agentes e interesses em jogo nas doutrinas. No Brasil do século XIX, por exemplo, a entrada em vigor da Carta Constitucional de 1824 permitiu e alavancou mudanças importantes no direito privado, que se refletiram na legislação sobre sucessões e reconhecimento de filhos, em 1847 (Lei no. 463, de setembro de 1847), ou, um pouco mais tarde, na legislação sobre terras, que praticamente pôs fim às terras comuns, ou na edição do Código de Comércio (ambas em 1850). Nenhuma dessas leis seria possível se não houvesse a doutrina que as precedeu e as tornou inteligíveis e mesmo necessárias aos olhos dos contemporâneos. Quem eram os interessados? Quem as promoveu na Assembleia Geral? Quem foram os doutrinadores e quais doutrinas expuseram? Tudo isso faz-se com um discurso poliglota porque no mesmo sistema jurídico e na mesma geração de juristas estão presentes termos de origens e tempos diversos.¹⁶ São camadas distintas que se sobrepõem e durante algum tempo não se excluem. Na passagem do século XVIII para o século XIX isso se nota quando alguns ainda usam expressões e termos vindos do direito antigo. Juristas brasileiros usavam a expressão “doutrina” para designar o princípio normativo usado na decisão de um tribunal ou mesmo para designar a jurisprudência. Esse uso foi desaparecendo entre nós, à medida que se consolidava a lei como primeira fonte do direito. Entre nós um tribunal não faz doutrina, mas jurisprudência: a doutrina é feita pelos teóricos e chama-se muitas vezes dogmática.¹⁷

4 TRADIÇÃO E INOVAÇÃO: DOCTRINA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DAS FONTES

Lugar privilegiado para entender as mudanças na tradição encontra-se na organização dos tribunais de um lado e na doutrina das fontes do direito de outro. O primeiro caso pode ser visto especialmente nos debates parlamentares, o segundo nos manuais e livros de doutrina. Ambos dependem da doutrina: uma doutrina da separação dos poderes, uma doutrina das fontes.

¹⁶ Freyre, observa que num mesmo tempo em certa sociedade estão presentes tempos distintos, gerações diferentes. FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. 6ª. ed. São Paulo: Global, 2004, p. 35.

¹⁷ O uso da palavra *doctrine* manteve-se, no entanto, num país de direito jurisprudencial, como os Estados Unidos, onde se chama propriamente de doutrina a orientação ou a teoria adotada pelos tribunais.





Nos dois casos o pano de fundo comum a merecer sistematização e justificação é uma nova concepção de soberania, de poder político.

4.1 Uma doutrina sobre os tribunais

Começemos pelas reformas dos tribunais à qual dediquei algumas pesquisas.¹⁸ Para seu estudo vali-me em primeiro lugar dos debates parlamentares, com alguma sondagem também em livros de doutrina. Uma primeira evidência é a rapidez com que foram aprovadas as reformas nos anos imediatamente seguintes à Independência. Começaram de fato na própria Assembleia Constituinte de 1823. Ali a grande surpresa está na quase unanimidade e na rapidez com que se aprovou o juízo por jurados, no modelo semelhante ao do processo inglês, totalmente diferente do que se usou e se usa na Europa continental. A discussão iniciou-se em 21 de outubro de 1823 e no dia 25 estava aprovada a criação dos jurados para casos criminais (só um voto contra) e cíveis (55 votos a favor e 16 contra). Dissolvida a Constituinte e outorgada a Carta de 1824, já nas primeiras legislaturas (1826-1828) os parlamentares conseguiram reestruturar o aparato judicial. Como foi possível isso? Na verdade, muito do que se discutiu e aprovou tinha a ver com a nova doutrina da separação dos poderes soberanos. Por ela, a magistratura tornava-se corpo autônomo, não como no Antigo Regime quando dispunha de poder para exercer a justiça delegada, mas agora como poder da soberania mesma. Essa novidade, abraçada pelos constituintes e depois pelos legisladores brasileiros, não se sustentava senão em uma nova teoria do Estado, que exigia dos juristas um conceito de soberania diverso daquele pretendido por monarquistas. O soberano não se encarnava mais em um só órgão ou representante. Existia apenas na concatenação dos diversos poderes dispersos pelos órgãos da soberania.

Os antigos tribunais, que acumulavam funções judiciais (jurisdição contenciosa, dita *ofício mercenário*) e funções administrativas ou de governo (jurisdição graciosa, dita *ofício nobre*), deveriam doravante perder as tarefas de governação. Adeptos da doutrina da separação dos poderes, vários legisladores queixavam-se da confusão entre administração e justiça admitida no antigo sistema, queixa cujo fundamento era a ideia de justiça como jogo de soma zero, justiça comutativa ou retributiva, visão individualista, pressupondo e estimulando a

¹⁸ Parte delas consolidadas em LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.





autonomia dos sujeitos. De onde vinha essa ideia?¹⁹ Naturalmente da doutrina de separação de poderes e da relação entre soberano e súditos, haurida em fontes doutrinárias. A novidade vinha da doutrina, já impregnada na mente dos parlamentares, ainda que não transformada em direito positivo. O direito positivo que lhe deu vida, porém, dependia dela.

No caso do Judiciário, a mudança requereu algum tempo para se consolidar, para que as ideias novas se disseminassem. Dois casos são bastante exemplares das dúvidas sobre o novo conceito de soberania e separação de poderes. O primeiro diz respeito ao lugar de presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o segundo às relações entre a magistratura e o governo.

Quando se discutia a organização do Supremo Tribunal de Justiça, para dar efetividade ao sistema criado pela Constituição de 1824, o conservador Visconde De Cairu (José Da Silva Lisboa, 1756-1835) pretendia que o presidente do tribunal fosse indicado pelo Imperador e não eleito entre seus pares. Dizia ele que o presidente do tribunal era como “o olho do monarca”, e que as *Ordenações* do Reino haviam sabiamente criado uma “Regedor da Justiça” para supervisionar o funcionamento do mais alto tribunal da monarquia. Ele foi imediatamente contestado pelo Senador José Inácio Borges (?-1838), que destacava a diferença entre um emprego público – que poderia ser objeto de nomeação pelo monarca como chefe da Administração – e um cargo ou ofício de um poder soberano propriamente dito. Na mesma linha, Carneiro De Campos (1765-1842) sustentou que o cargo de presidente de um tribunal deveria ser matéria exclusiva do próprio tribunal, pois era preciso garantir a completa independência do poder judicial.²⁰ Esse pequeno embate mostra como havia uma nova concepção de magistratura, afirmando as prerrogativas desse poder judicial diante do monarca, que não seria mais o soberano em si. A constituição de 1824 havia peremptoriamente definido o poder judicial como um dos quatro poderes políticos (art. 10), mas havia alguns que não tiravam desse dispositivo todas as consequências.

Aspecto ambíguo das relações Justiça e Administração estava no fato de haver ainda (e ter havido durante muito tempo, a bem dizer até a Constituição de 1946) gestão do governo sobre a máquina judicial. Esses poderes consistiam na administração do orçamento da justiça e no ingresso, permanência e promoção na carreira dos magistrados. Isso dava ao Ministro da Justiça muita relevância no sistema imperial, pois a rigor ele controlava a entrada no sistema. Embora ao longo do século XIX os critérios para ingresso e promoção fosse aos poucos fixados

¹⁹ Tratei mas longamente das mudanças no conceito de justiça os juristas em LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça no pensamento jurídico moderno*. 2ª. ed. São Paulo: Madamu, 2021.

²⁰ A discussão se encontra nos *Anais do Senado do Império*, sessão de 9 de maio de 1828.





em lei para dar-lhes maior objetividade, a ideia era o poder executivo administrar o poder judiciário.²¹ Autonomia administrativa só veio a ocorrer na República de 1946 e só ganhou plena efetividade em 1988.

Outro confronto entre as doutrinas do Antigo Regime e o novo sistema aparece com clareza na própria autocompreensão que muitos juízes tinham de sua relação com o governo. Quando se concebia o monarca como soberano, entendia-se que os órgãos de justiça delegada eram parte do corpo do rei. Os desembargadores, dizia Domingos Antunes Portugal, deviam ser respeitados como partes do corpo do rei que representavam.²² Tinham poder para decidir definitivamente as causas usando da regalia maior, a justiça. As *Ordenações* previam, contudo, que no caso de dúvida insolúvel a respeito da interpretação da lei ou da solução de caso não previsto o assunto seria levado ao próprio rei, pelo Regedor, e este o decidiria (L. I, V, 5). Isso porque a interpretação no caso de lacuna ou defeito da lei equivalia a instituir nova lei.²³ Essa interpretação, dita autêntica, não poderia ser feita nem pelo maior tribunal do reino.²⁴ Esse o modelo do Estado pré-liberal e pré-constitucional. Ora, as dificuldades de aplicação da lei não desapareceram com a entrada em vigor da nova constituição e das novas leis e os magistrados, já bem entrado o século XIX, não se furtavam a consultar o governo (Ministros, Imperador) nos casos que lhes pareciam difíceis. Essas consultas indicavam a sobrevivência da ideia de que afinal de contas o governo (o executivo) encarnava o soberano e poderia resolver as questões. Muitos casos chegaram até o Conselho de Estado. Os Conselheiros, juristas e estadistas experimentados e plenamente inseridos no regime constitucional, consideravam a prática um abuso. Pimenta Bueno (1803-1878), conselheiro e constitucionalista por antonomásia na monarquia, afirmava que ela era “*inadmissível, de que não há exemplo em governo algum como o nosso*”, ou seja, governo constitucional.²⁵ O que significava isso, que Pimenta Bueno classificava como “*palpável abuso*”, senão que os magistrados, ou muitos deles, pelo interior afora, consideravam-se subordinados ao governo? Que tinham de si a imagem de executores de

²¹ Assim o Decreto 624, de 20 de julho de 1849 dando ao Supremo Tribunal de Justiça os critérios para verificar antiguidade dos juízes (e promoções), a Lei no. 557 de 26 de junho de 1850, o Decreto 687 de 26 de julho de 1850 (sobre a nomeação de juízes de direito).

²² PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus Regius in duos tomos divisus*. Lugduni: Anisson & Possuel, 1649, L. II, VII, p. 164 e ss.

²³ Ver por todos STOLLEIS, Michael. *Condere leges est interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit*. In: STOLLEIS, Michael. *Staat und Staaträson in der frühen Neuzeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990, p. 167-196.

²⁴ FREIRE, Pascoal José de Melo. *Historiae juris civilis lusitani*. Conimbricæ: Typis Academicis, 1860, p. 112-113.

²⁵ Voto transcrito em CAROATÁ, José Próspero Jehovah da Silva (Ed.). *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas do secção de justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Garnier, 1884, p. 1184-1185.





atos alheios (atos do governo ou do legislativo) e não agentes de poder autônomos? Era a doutrina publicista que fixava as ideias de separação de poderes, depois incorporadas nas leis, cuja efetiva vigência não se estabeleceu de uma hora para outra, pois conviveu com certa tradição inercial das concepções antigas.

4.2 Fontes e interpretação

Os tribunais dependiam de um conhecimento prévio e certo das leis a aplicar em sua função quotidiana. Na virada do século XVIII o tema havia sido mesmo uma das raízes das revoluções. Desde o caso exemplar da obra de Muratori, sobre *Os defeitos da jurisprudência*, até a edição da *Lei da boa razão* (Alvará de 18 de agosto de 1769), certeza e a clareza das fontes eram consideradas essenciais para reorganizar o Estado.²⁶ As fontes precisavam de sistematização e simplificação. Isso fez-se pela doutrina das fontes implicada na própria teoria da separação dos poderes. Não existiria mais soberania encarnada no monarca. Ela estaria dividida entre muitos *órgãos de soberania*: o legislativo, o executivo, o judiciário e o moderador.²⁷ A teoria das fontes dependia dessa teoria política: já não mais o rei, “*pai dos vassallos e marido da república*”, como dissera Domingos Antunes Portugal²⁸, mas a nação mesma, representada nos diversos poderes. A imagem do soberano, pai e marido, deveria ser afastada. Os juristas do século XIX estavam concordes nisso, mas esse conceito não era exatamente aquele de que faziam uso todos, e mesmo os que o aceitavam nem sempre o estendiam até seu limite. As instituições guardavam traços do regime antigo: as câmaras, mesmo despidas pela lei de 1º de outubro de 1828 de suas prerrogativas anteriores, continuavam a ser centros da vida política nas localidades, as freguesias eram o primeiro grau do sistema eleitoral, e suas assembleias se reuniam nas sedes paroquiais do Império. Muito precisava ser explicado pela doutrina que se ensinaria nas faculdades de direito para os jovens que em seguida ocupariam os empregos e ofícios públicos. Havia, no entanto, um sem-número de oficiais e juízes não letrados, treinados apenas na praxe e nos costumes forenses, sem terem frequentado os bancos das academias de direito. Sobre as fontes, muitas delas herdadas inevitavelmente do

²⁶ MURATORI, Ludovico A. *Dei difetti della giurisprudenza*. Venezia: G. Pasquali, 1742. Entre seus discípulos estava o português Luis Antonio Verney, influente apoiador das reformas ilustradas do Marquês de Pombal.

²⁷ A Constituição de 1824 determinava: “Art. 10. Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador e a Assembleia Geral. Art. 12. Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação.”

²⁸ PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus Regius in duos tomos divisus*. L. II, VII. Lugduni: Anisso & possuel, 1649, L. II, II, p. 104.





sistema anterior, pois não era possível editar imediatamente leis sobre todas as matérias, era preciso então encetar duas tarefas. Uma era, naturalmente, sua progressiva reforma e substituição. Outra, sua aplicação conforme o novo ideário. Para tanto era preciso (1) discriminá-las e hierarquizá-las, e (2) esclarecer os critérios de interpretação em casos de dúvida. A doutrina precisava colocar no seu devido lugar as muitas camadas de fontes que se usavam.

4.2.1 Sistematizando as fontes

O mais importante publicista brasileiro da monarquia, José Antônio Pimenta Bueno, o mesmo que como Conselheiro de Estado repreendera os juízes, afirmava peremptoriamente em seu livro de direito constitucional:

Os regulamentos não são leis, são somente atos da administração que estabelecem, por via de disposições metódicas e dentro da orbita das atribuições do Poder Executivo, os meios de detalhes convenientes para que as leis tenham boa e efetiva execução.²⁹

Pretendia assim separar firmemente atos normativos com caráter e força de lei, de outros atos normativos. Nenhum ato do executivo poderia ter força de lei:

O art. 13, fiel a essa separação fundamental, diz que a nação brasileira delegou o poder legislativo à assembleia geral com a sanção do imperador, e não ao poder executivo, ou aos ministros, a quem deu atribuições diversas e incompatíveis, e denegou a faculdade de fazer leis.

O executivo teria participação na feitura das leis, pela iniciativa de propor à Câmara dos Deputados que examinasse um assunto, sugerindo uma lei. Mas só uma comissão da Câmara poderia transformar a sugestão do governo em projeto. O governo

deve estar ao fato das necessidades e relações sociais, tem facilidade para coligir todos os esclarecimentos, informar-se de todos os fatos, ideias e opiniões. Está ao leme do Estado, tem todos os meios de ilustração.³⁰

Mas não pode legislar.

O que fazer com o material vindo do regime pré-constitucional? Classificá-lo e daí a divisão entre *fontes com força de lei* e *fontes subsidiárias* apareceu no primeiro manual de

²⁹ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve & Co., 1857, p. 17.

³⁰ Ibidem, p. 145.





direito civil brasileiro, o de Trigo de Loureiro (1793-1870).³¹ O autor não distinguia atos por sua autoridade ou proveniência precisamente porque estavam em vigor muitíssimos dispositivos herdados do regime pré-constitucional, produzidos pela monarquia. A distinção a que procedia era primeiramente temporal: tudo o que fora produzido no Antigo Regime continuava valendo porque a Assembleia Geral e Constituinte assim o determinara em 20 de outubro de 1823. A autoridade da Assembleia validara todas as fontes, as quais, contudo, não compunham um todo harmonioso. Fontes com força de lei eram, para ele, atos do poder político e iam das *Ordenações* até as *Resoluções de Consulta*. Em suas palavras: “a legislação civil brasileira é desordenada, sem sistema, sem nexos, omissa, defeituosa.”³² Os tribunais valiam-se, pois, de um complexo assistemático de regras “com força de lei” e de *fontes subsidiárias*: assentos da Casa da Suplicação, usos e costumes, direito romano, opiniões dos jurisconsultos e arestos, leis das nações modernas. Escrevendo antes de Pimenta Bueno – a primeira edição de seu livro é de 1851 – não distinguia leis de atos normativos em geral.

Antônio Joaquim Ribas (1818-1890), professor em São Paulo e influente jurista, publicou seu curso de direito civil alguns anos depois de Loureiro. Familiarizado com a obra de Savigny, manifestou-se sobre o papel essencial da teoria na organização das fontes:

Cumpre atender-se que os jurisconsultos estendem a sua ação não somente sobre o direito popular, como sobre a legislação, e revestem a ambos da forma científica; desenvolvem e completam a sua unidade e assim lhes dão nova vida orgânica.³³

Ribas distinguia “legislação” em dois sentidos. Primeiro

no sentido mais amplo, como o complexo dos atos do poder político, que contém preceitos obrigatórios, quer expedidos no regime anterior, quer no posterior à independência nacional. Em relação a sua forma eles se dividem em ordenações, leis (*stricto sensu*), decretos, alvarás, cartas régias, resoluções de consultas, provisões, assentos da casa da suplicação, avisos, portarias e ordens. Em relação a sua matéria se dividem em regulamentos, regimento, estatutos, instruções, pragmáticas, forais, concordatas e privilégios.³⁴

Indicava depois um sentido mais restrito e subordinado ao ordenamento constitucional:

Hoje o poder político acha-se dividido em quatro ramos distintos e independentes, dos quais só um tem a função legislativa. O princípio obrigatório entre nós somente emana da lei; portanto, só por esta podem ser definidos os direitos, especialmente os civis.

³¹ TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. *Instituições de direito civil brasileiro*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1871 (fac-símile Brasília: Senado Federal, 2004).

³² *Ibidem.*, p. 23.

³³ RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1865, p. 101.

³⁴ *Ibidem.*, p. 103.





Nem a pretexto de prover à boa execução das leis civis pode o governo expedir decretos, instruções e regulamentos, ou quaisquer atos que alterem esses direitos.”³⁵

Um caminho percorrido com relação a Loureiro, um avanço na direção do que hoje chamamos fonte de direito propriamente.

O livro de Loureiro havia sido um manual para uso nas faculdades de direito. Expunha, mas não criava doutrina. Ribas exibira já discussões doutrinárias. Criador e doutrinador plenamente consciente de seu papel foi Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Como todos, queixa-se do complexo legislativo herdado do regime colonial. Tinha consciência de que não bastava legislar. Era preciso produzi-las com a ideia clara de unidade e hierarquia. As primeiras palavras da introdução da *Consolidação das Leis Civis* afirmavam: “A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma monarquia absoluta [...] deve em muitos casos repugnar as condições do sistema representativo.”³⁶ Convinha, portanto, dispor de certeza a respeito dos princípios constitucionais (como a separação de poderes e os direitos dos cidadãos) e de boa ciência e teoria do direito.

O método influi na teoria, e a teoria em matérias de direito positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve somente explicá-lo. Para evitar desvios e para ao mesmo tempo não constranger a doutrina ou falsificar a ciência, melhor é que, empreendendo-se uma legislação nova, muito se medite a respeito do método conveniente [...]. As diferenças inalteráveis das relações jurídicas determinam as naturais divisões da legislação.³⁷

A teoria devia preceder e presidir a produção legislativa e a organização do sistema. A doutrina das fontes dependia de uma doutrina científica (sistemática) a partir da *natureza inalterável* das relações jurídicas.

Concluindo: a teoria das fontes não poderia ser apenas uma classificação do direito posto. Deveria ao mesmo tempo fornecer critérios de decisão para os criadores e aplicadores do sistema jurídico poderem eles mesmos operar o sistema, distinguindo hierarquias, âmbito de validade, formas de revogação ou ab-rogação das leis etc. Por ela podiam ser resolvidos conflitos de jurisdição, competência e atribuições. Sem ela, tudo voltava ao estado confuso do regime absolutista. Doutrina deveria, portanto, preceder a lei, ser a condição de operabilidade do sistema.

4.2.2 A relação do intérprete com o direito posto

³⁵ Ibidem, p. 105.

³⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1875, p. xxxiii.

³⁷ Ibidem, p. lxii.





Os códigos do século XIX tratavam sempre da relação do magistrado com a lei. De certo modo reproduziram princípios vindos da cultura jurídica anterior. Basta ver a síntese do sistema antigo que se encontra na obra de Pascoal José de Melo Freire, propondo os métodos (literal ou lógico), a autoridade (autêntica ou provável), e o âmbito de validade (especial ou geral) das interpretações.³⁸ Veja-se ainda que Cândido Mendes de Almeida inclui em seu *Auxiliar jurídico* as regras de boa interpretação tiradas do *Tratado das leis* de Jean Domat (de 1689).³⁹ É um decantado dessas regras que aparece nos códigos civis do século XIX, com relevante destaque para as instruções dadas aos juízes, de maneira a separar nitidamente a função judicial da atividade legislativa.

O Código francês (1804), muito sumário, dizia apenas que o juiz não poderia recusar-se a julgar sob pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei (art. 4º), e proibía-o de decidir “*em forma de regulamento*” (art. 5º). Como então resolver as questões quando não houvesse dispositivo claro e suficiente? Portalis (1746-1807) antecipara o tema no “*Discurso preliminar ao primeiro projeto do código civil*.” Assim que redigido um código, dissera, “*mil questões inesperadas aparecem ao magistrado, pois as leis, uma vez redigidas, permanecem como foram escritas. Os homens, ao contrário, não se aquietam jamais.*”⁴⁰ O que fazer diante de casos imprevistos? Os juízes seriam auxiliados pelos “*comentários e discussões dos doutos*” e pela jurisprudência, aquela ciência que “*suaviza e regula o poder.*”⁴¹ Em casos absolutamente novos para os quais não se encontrasse direção em nada escrito, deveriam voltar-se aos princípios do direito natural, porque “*se a previsão dos legisladores é limitada, a natureza é infinita: ela se aplica a tudo que pode interessar aos homens.*”⁴² O código austríaco (1811) dispôs em seus §§ 6 e 7 regras quase doutrinárias. Primeiro, as leis deveriam entender-se pelo uso ordinário das próprias palavras, o que pressupunha que as leis tinham “*razão de ser*”, compreensível tanto de suas palavras “*em seu todo*”, quanto da intenção do legislador. O § 7 mandava o intérprete procurar casos análogos dentro do sistema legislativo *in toto*, capazes de fornecer fundamentos para decidir quando fosse difícil obter o sentido das palavras ou a

³⁸ FREIRE, Pascoal José de Melo. *Historiae juris civilis lusitani*. Conimbricæ: Typis Academicis, 1860, p. 102-111.

³⁹ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico*. Rio de Janeiro: Inst. Philomathico, 1869, p. 423-441. Almeida usa a tradução de J. H. Correa Telles (1780-1849), jurista português muito conhecido no Brasil por duas obras especialmente práticas, *Digesto português* e *Doutrina das ações*.

⁴⁰ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Bordeaux: Confluences, 1999, p. 18.

⁴¹ Ibidem, p. 20-21.

⁴² Ibidem, p. 20.





finalidade da lei. Se mesmo assim a questão parecesse duvidosa, deveria em última instância, procurar os princípios (*Grundsätzen*) do direito natural. E alertava (§ 8) que só ao legislador competia interpretar a lei de modo geral e universal, no mesmo sentido da proibição do código francês. O código de Andrés Bello (1781-1865), adotado no Chile e posteriormente na Colômbia, seguia linhas semelhantes. À diferença dos equivalentes europeus, fora redigido com a linguagem da doutrina propriamente dita. Começava definindo: “*Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución nacional. El carácter general de las leyes es mandar, prohibir, permitir o castigar.*” Incorporava também a proibição de os juízes se pronunciarem de forma geral: “*Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas.*” Finalmente, oferecia critérios para a interpretação, afirmando que a dos juízes e funcionários era “doutrinal”. Leis claras não deviam ser interpretadas. Em caso de obscuridade poder-se-ia apelar para seu “espírito”, manifestado na própria letra ou na “*historia fidedigna de su establecimiento.*” As palavras tomar-se-iam em sentido natural “e óbvio”, a menos que o legislador as tivesse definido de modo diverso. Palavras técnicas de outro campo seriam tomadas segundo o uso nas respectivas comunidades científicas. As partes seriam interpretadas em função do todo (“*el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes...*”). Caso os recursos anteriores falhassem, o intérprete poderia fazer apelo ao “*espíritu general de la legislación y a la equidad natural.*”⁴³

Mesmo a doutrina de Savigny, relevante onde não havia códigos modernos, sugeria métodos equivalentes aos consagrados: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. O histórico inseria a lei na tradição, temperando as inovações subjetivas de um intérprete mais ousado, e a sistemática fazia a ligação do dispositivo ao todo do ordenamento.⁴⁴ Savigny volta-se, porém, contra a ideia de que as leis claras não precisavam de interpretação, o *interpretatio cessat in claris* (§ 132, 2 do Concílio de Cefalônia).⁴⁵ Para ele, toda lei carecia de interpretação. Era talvez uma maneira de assegurar a permanência dos juristas no comando da doutrina, acima da lei, vez que na Alemanha faltavam códigos, e se usava ainda o *corpus* do direito romano. Além disso, o jurista alemão tomava “interpretar” por “compreender” – algo em voga e em

⁴³ Essas instruções encontram-se até hoje no código civil do Chile (art. 1º, 3º e 19 a 24,) primeiramente promulgado em 1855, e da Colômbia (art. 4º, art. 25 a 32) adotado pela Lei no. 57 de 1887 e reformado em leis posteriores. Ambos mantiveram as fórmulas iniciais vindas da primeira metade do século XIX.

⁴⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. J. Mesia, M. Poley. Granada: Comares, 2005, p. 96.

⁴⁵ É a informação de BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1890, p. 369.





discussão no seu ambiente cultural romântico. Essas características ajudaram provavelmente a divulgar sua teoria no Brasil, que viveu por todo o século XIX sem código civil. A doutrina (o *Professorenrecht*) teria, portanto, um papel muito relevante por aqui.

Antes de entrarem em algum código, essas regras ou métodos de interpretação faziam parte da doutrina, e como algumas delas procediam da longa tradição romanista, eram ensinadas nos cursos de direito civil. Encontramo-las nos manuais já mencionados antes (Loureiro, Ribas), e mesmo em Cândido Mendes de Almeida, como referido. Ao lado deles, a teoria se encontrava na obra de Francisco de Paula Baptista, o qual rejeitava as ideias de Savigny, cuja doutrina qualifica de “vaga e absoluta”, oferecendo ao intérprete a possibilidade de sair dos limites.

Façamos, portanto, as necessárias distinções (e nisto consiste toda a ciência, principalmente a do direito e jurisprudência): aos casos de obscuridade acrescentemos aqueles em que as leis, pela concisão com que são escritas, apresentam lacunas e dúvidas a respeito de certos fatos ocorrentes, e desde logo conceberemos facilmente que fora desta tríplice relação não é possível haver interpretação: mas sim, ou cavilação ou usurpação à autoridade legislativa.⁴⁶

Interpretações deviam restringir-se a casos de obscuridade e lacuna:

As leis não podem prever todos os casos fortuitos e especiais. (...) É, portanto, de interesse público que os juízes tenham o direito e mesmo o dever de interpretar (art. 4. Do Cod civ. Franc.) Isto posto, por uma esquisita anomalia viviam os nossos juízes de 1ª. instância a incomodar o Governo com consultas sobre pontos de direito, cuja decisão notoriamente lhes competia, prejudicando, assim, as partes com decisões tardias, até que a circular de 7 de fevereiro de 1856 veio opor termo a esse abuso.⁴⁷

A postura de Paula Baptista gerou resposta de Ribas no seu *Curso de direito civil brasileiro*, criando uma controvérsia verdadeiramente teórica e doutrinal entre os brasileiros. O professor paulista alinhou-se com entusiasmo ao pensamento de Savigny: interpretar seria reconstruir “o pensamento da lei”, o que subordinava o intérprete a compreender o que existiu “na mente de quem o engendrou.”⁴⁸ Toda lei carecia de interpretação, não haveria leis claras por si. A linguagem de Ribas indicava claramente sua concepção psicologista do processo hermenêutico, evidentemente derivada do romantismo que também envolvera o pensamento de Savigny. Os métodos, que Ribas chama de “elementos”, eram os da tradição jurídica: gramatical e lógico, acrescidos do histórico e sistemático, como queria o jurisconsulto prussiano.⁴⁹

⁴⁶ Ibidem, p. 370.

⁴⁷ Ibidem, p. 371.

⁴⁸ RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1865, p. 272.

⁴⁹ Ibidem, p. 279





5 A TRADIÇÃO E A INOVAÇÃO NO PENSAMENTO JURÍDICO

Abrimos nossa reflexão falando das contradições engendradas pelas relações entre passado e presente. A proposta do colóquio dentro do qual refletimos chamava a atenção para o conflito entre as instituições políticas do mundo pré-liberal e o constitucionalismo oitocentista. A passagem de um mundo para o outro não podia ser feita de repente. Não se podia mudar tudo ao mesmo tempo, embora se pudesse alterar o sentido mais geral da vida em comum e das funções do poder instituído. Ora,

uma característica essencial da sociedade é a tradição – a transferência de maneiras já formadas de agir, de viver, para os que se iniciam ou se desenvolvem na pertença social – e quem transmite a mensagem não pode desfazer-se de alguma imagem da mensagem que ele recebeu e da maneira pela qual a recebeu.⁵⁰

Nada mais evidente desse fato do que o modo pelo qual os juristas se adaptaram ao novo regime constitucional. Embora mantivessem tantas referências ao passado, adequaram as novidades legislativas e constitucionais combinando apelos ao novo e ao velho. Interpretaram para adaptar, como sempre fizeram ao longo da história.⁵¹

Escolhi dois aspectos em que esse processo se deu, e nos quais fica evidente que toda adaptação depende da doutrina. Não apenas a lei, mas a também doutrina formula as condições de inteligibilidade do sistema jurídico. Pensar que a legislação seria capaz de tudo mudar foi sempre uma ilusão. No momento da verdade, ou seja, na aplicação das normas, é certa concepção de sentido que determina em última instância como as leis (e as constituições) vivem e viverão.⁵² A doutrina é um decantado mais abrangente e mais potente do pensamento jurídico. Não há direito sem doutrina, pode-se dizer. E na doutrina operam a tradição e a inovação. Tentei mostrar isso apontando para a doutrina da separação dos poderes, e sua lenta e difícil

⁵⁰ POCK, J. G. A. *Politics, language & time*. Chicago: University of Chicago Press, 1989, p. 233-4.

⁵¹ AJELLO, Raffaele. *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*. Napoli: Jovene, 1986, p. 18.

⁵² Quando o Brasil vivia ainda sem um código civil, Carlos Augusto de Carvalho publicou *Direito civil brasileiro recopilado* (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899), no qual fez a seguinte observação, na mesma linha do que tenho dito: “A jurisprudência, se algumas vezes corrige a lei imperfeita, suprindo-lhes as deficiências, outras muitas a deturpa e a conduz ao absurdo, menos por espírito de oposição às instituições novas do que por hábito de antiquário, que estudou, professou e aplicou o direito sob outras influências, gerais ou pessoais, sinceramente ou não convencido de ser todo o direito somente o texto inerte, claro ou obscuro por síntese e economia jurídica. (*Sed e jure quod est regula fiat.*) O trabalho de seleção jurídica deveria ser fecundo e torna-se nulo; falta a fé na doutrina e ao mesmo tempo na autoridade. A situação não é original. O ‘conselho dos mortos presididos por Papiniano’ tornou ainda mais vacilante e arbitrária a jurisprudência. Fez-se mecânica a função do juiz – contar os votos.” CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899, p. ii-iii.





implementação no século XIX, e a doutrina das fontes e de sua interpretação, a qual revelou a mesma mistura de conservação de instrumentos metodológicos recebidos e pretensões de ruptura. Nesse âmbito deu-se a disputa em torno da tarefa do intérprete: sempre interpreta? Subordina-se ao legislador ou usurpa-lhe as funções? Entende a letra da lei segundo o passado ou segundo um projeto futuro?

As instituições são formas *congeladas* de tradição e são interações humanas intencionais e com sentido compartilhado. É preciso que seus agentes se identifiquem com elas para compartilhá-las. Isso é garantido por mecanismos de poder e disciplina, mas também pela transmissão e fixação de sentidos na dimensão hermenêutica da vida social. O historiador do direito está na posição de quem lança sobre seu objeto, o direito, um olhar relativizador, porque para historiar deve notar as diferenças produzidas ao longo do tempo. Ao mesmo tempo, e privilegiadamente, tem em conta que o mundo de que se ocupa é constituído normativamente e as personagens que dentro dele se movem estão constrangidas pelos pressupostos de sentido que compartilham.

REFERÊNCIAS

AJELLO, Raffaella. *Epistemologia moderna e storia delle esperienze giuridiche*. Napoli: Jovene, 1986.

ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico*. Rio de Janeiro: Inst. Philomathico, 1869.

ARISTÓTELES. Nicomachean ethics. In: BARNES, Jonathan. *The complete works of Aristotle*. Princeton (NJ): Princeton Univ. Press, 1995.

ARISTÓTELES. Physics. In: BARNES, Jonathan. *The complete works of Aristotle*. Princeton (NJ): Princeton Univ. Press, 1995.

ASCARELLI, Tulio. Premesse allo studio del diritto comparato. In: ASCARELLI, Tùlio. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de theoria e pratica do processo civil comparado com o commercial e de hermeneutica jurídica*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1890.

BETTI, Emilio. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1971.

BRETONE, Mario. Tradizione ed ermeneutica. In: BRETONE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2ª ed. Roma/Bari: Laterza, 1994.

CAROATÁ. José Próspero Jehovah da Silva (Ed.). *Imperiaes resoluções tomadas sobre consultas do secção de justiça do Conselho de Estado desde 1842 quando começou a funcionar até hoje*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Garnier, 1884.





CARVALHO, Carlos Augusto de. *Direito civil brasileiro recopilado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1899.

CASTORIADIS, Cornelius. *A instituição imaginária da sociedade*. Trad. G. Reynaud. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

FREIRE, Pascoal José de Melo. *Historiae juris civilis lusitani*. Conimbricæ: Typis Academicis, 1860.

FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. 6ª. ed. São Paulo: Global, 2004.

GRONDIN, Jean. *Hans-Georg Gadamer: uma biografia*. Barcelona: Herder, 2000.

KORSGAARD, Christine. *Self-constitution: agency, identity and integrity*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça no pensamento jurídico moderno*. 2ª. ed. São Paulo: Madamu, 2021.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *História da justiça e do processo no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2017.

MARX, Karl. O 18 Brumário de Luís Bonaparte. In: MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MURATORI, Ludovico A. *Dei difetti della giurisprudenza*. Venezia: G. Pasquali, 1742.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. E. Fernandes. Bauru (SP): EdUSC, 2005.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve & Co., 1857.

POCOCK, J. G. A. *Politics, language & time*. Chicago: University of Chicago Press, 1989.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*. Bordeaux: Confluences, 1999.

PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus Regius in duos tomos divisus*. Lugduni: Anisson & Possuel, 1649.

RIBAS, Antônio Joaquim. *Curso de direito civil brasileiro, parte geral*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1865.

RICOEUR, Paul. *From text to action: essays in hermeneutics II*. Evanston (IL): Northwestern, 1991.

RICOEUR, Paul. *História e verdade*. Trad. F. A. Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1968.





SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. J. Mesia, M. Poley. Granada: Comares, 2005.

STOLLEIS, Michael. *Condere leges est interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit*. In: STOLLEIS, Michael. *Staat und Staaträson in der frühen Neuzeit*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990.

TAYLOR, Charles. Irreducibly social goods. In: TAYLOR, Charles. *Philosophical arguments*. Cambridge (MA): Harvard, 1995.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1875.

TRIGO DE LOUREIRO, Lourenço. *Instituições de direito civil brasileiro*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Garnier, 1871 (fac-símile Brasília: Senado Federal, 2004).

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

DADOS DA PUBLICAÇÃO

Categoria: artigo de autor convidado.

Recebido em: 23/02/2024.

Aceito em: 01/03/2024.

