

# Tomando a história a sério. Código dos homens e ordem de Deus na “era da exegese”

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA\*

A comunidade jurídica do imediato pós-guerra viveu uma onda de inquietação com o facto de os “sacerdotes da justiça” não terem mostrado capacidade ou disponibilidade para se oporem a leis ou governos injustos.

Diga-se, em abono da verdade, que talvez a questão tenha sido mal colocada. Na verdade, é muito duvidoso que a principal característica dos governos injustos em causa – o nazismo, o fascismo, franquismo, salazarismo, etc. – tivesse sido a idolatria da lei. Pelo contrário, as teorias jurídicas dos totalitarismos deste tipo baseavam-se na vontade *praeter legal* do Chefe<sup>1</sup>; ou mesmo em valores relativos à sobrevivência e hegemonia de um povo e do seu estado (*Staatsräson*), um direito colhido da sensibilidade popular (*volkish*)<sup>2</sup> do direito. Assim, a hostilidade em relação ao legalismo jurídico era um traço comum de ditaduras comunistas ou fascistas; e não, ao contrário, a valorização suprema da lei. Embora, num plano mais próximo da prática e mais afastado da doutrina, o respeito pela lei fosse uma das manifestações do respeito pela vontade do poder.

---

\* Prof. Jubilado da Faculdade de Direito da UNL.

<sup>1</sup> Cf. CARL SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921; *Der Hüter der Verfassung*, 1931; *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, 1950.

<sup>2</sup> V. en JONATHAN LITTELL, *Les Bienveillantes* (2006) las fraturas entre concepciones decisionistas e “jus-populistas” (*volkisches Rechtsdenken*) en el seno del nazismo.

Para além disso, não parece que a relação entre legalismo e autoritarismo seja algo de necessário. Juristas houve que combateram as ditaduras a partir do tópico do respeito pela legalidade. Enquanto outros punham condições para que a desobediência à lei injusta fosse legítima<sup>3</sup>. Enquanto muitos antilegalistas (jusnaturalistas, nomeadamente de inspiração católica) conviveram bem com alguns dos autoritarismos; outros só se descobriram antilegalistas quando estes regimes caíram e o seu direito foi substituído por um direito democrático<sup>4</sup>.

O legalismo é aqui tomado como a corrente da teoria do direito que identifica o direito com a lei dando às normas jurídicas a natureza jurídica de comandos inquestionáveis do ponto de vista das suas finalidades ou dos seus valores; e reduzindo o saber jurídico a uma atividade intelectual puramente cognitiva, descritiva, anotativa. Este olhar avalorativo aproximaria o saber sobre o direito dos modelos epistemológicos das ciências naturais. Ao passo que, do ponto de vista político, era consistente com o princípio da separação de poderes, que reservava para o legislativo, no momento de fazer a lei, a ponderação dos valores, interesses e oportunidade. Uma vez estabelecido, o direito legislativo obrigaria absolutamente os funcionários do Estado, principalmente burocratas e juizes, os quais não poderiam reiterar a ponderação original dos motivos para legislar.

No debate metodológico contemporâneo, o legalismo serve como elemento de contraste em relação ao antilegalismo, em qualquer das suas múltiplas formulações.

Nesta polémica entre positivismo legalista e antipositivismo (ou pós-positivismo), é importante encontrar manifestações históricas nítidas e facilmente identificáveis de legalismo, com as suas implicações e consequências. O legalismo jacobino, com a deificação da lei e do Estado, com o voluntarismo político e com as tragédias humanas que lhe são associadas – o exemplo do Terror, durante a Convenção –, com o seu universalismo “desnacionalizante” e com a sua abstração que ignorava as pessoas concretas, tem constituído um exemplo de contraste muito conveniente para o argumentário antipositivista. Para além disto, o

---

<sup>3</sup> Texto exemplar: GUSTAV RADBRUCH, *5 Minuten Rechtsphilosophie*. In: *Gustav Radbruch: Rechtsphilosophie, Studienausgabe*. 1. Auflage. Heidelberg 1999, S. 209 f., 210 (R. Estabelece certas condições para a legitimidade da não obediência à lei): “unerträgliche Ungerechtigkeit bzw”. “Gleichheit aller Menschen aus Sicht bewusst verleugnen”.

<sup>4</sup> Cf. ANTÓNIO M. HESPANHA, “Discours juridique et changement politique: l’exemple de la révolution portugaise de 1974”, em E.-V. HEYEN (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, Vitt. Klostermann, 1986, 107-131.

legalismo seria, ainda conservador, fazendo perdurar no tempo soluções normativas obsoletas, ao impedir a criatividade da jurisprudência e da doutrina, mais próximas da dinâmica da vida.

Embora o primeiro tipo de argumentos, de caráter mais marcadamente político, tenha estado frequentemente latente, o segundo argumento – o do conservadorismo e formalismo da lei – é hoje o mais invocado, servindo, por contraste, para promover a proposta de um direito mais aberto à vida, mais dinâmico, mais dúctil (*soft law, diritto mite*). Como ilustração histórica deste vicioso legalismo, costuma usar-se a Escola da Exegese, que teria vigorado em França – e, por extensão, noutros países da Europa latina – entre c. 1804 e c. 1880<sup>5</sup>, repelindo um direito fundado em valores supra legais, averiguados pelo saber prudencial dos juristas, capazes de ler a natureza ou a razão<sup>6</sup>.

Os traços principais deste direito legalista teriam sido:

- A redução do direito a produto de vontades (convenções, leis), na linha da filosofia política de J.-J. Rousseau<sup>7</sup>;
- A identificação do direito com a lei, como vontade do legislador, e o conseqüente absolutismo desta última, de acordo com uma linha que corria desde o final do século XVII<sup>8</sup>;
- A desconsideração da doutrina jurídica, com o fechamento das Faculdades de Direito pela Convenção, em 1793, e com as medidas antijudiciais da primeira onda revolucionária (leis de 16 e 24 de agosto de 1790, valorizando os juizes de paz, acabando com os recursos para os tribunais superiores – *parlements* – e proibindo aos juizes a criação de novas normas, *Code civil*, art. 5<sup>9</sup>);
- A funcionalização dos juristas, convertidos em explicadores das leis;

---

<sup>5</sup> Em contrapartida, na Europa de influência alemã teria vigorado um modelo “doutrinal”, enquanto, no mundo anglo-saxónico, teria prevalecido um modelo “jurisprudencial”.

<sup>6</sup> Na razão prática ou na razão teórica.

<sup>7</sup> V. crítica de AIMÉ RODIÈRE (1810-1874), *Les Grands jurisconsultes*, Toulouse, E. Privat, 1874, 386 ss.

<sup>8</sup> «Si veut le roi, si veut la loi», «L’Etat, c’est moi», decreto el 22.3.1682, ratificação da «Déclaration des quatres articles» dos bispos de França acerca do âmbito dos direitos reais sobre a Igreja galicana (retomada pela concordata de 18 germinal do ano 10 (8.4.1802); e pelo dec. 25.2825; cf. M. DUPIN, *Libertés de l’église gallicane*, Paris 1824; A. Rodière, *Les grands jurisconsultes*, cit., 383, 384 s.

<sup>9</sup> “il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”.

- A substituição do dinamismo natural do direito em sociedade pelo (baixo) dinamismo legislativo, eventualmente substituído por uma espécie de fibrilação legislativa, em que o ritmo da produção legislativa tente acompanhar a vida, gerando fenómenos, também antinaturais, de entropia reguladora.

Este seria o tipo ideal do legalismo. Mais difícil é encontrar situações históricas que lhe correspondam, mesmo aproximadamente.

Neste texto, procuraremos verificar se a Escola da Exegese, que é a referência canónica quando se trata de legalismo, corresponde minimamente a este estereótipo. Para circunscrever o tema, não cuidaremos aqui de um aspeto que parece indiscutível não se ter verificado. Referimo-nos à falta de dinamismo jurídico da época. O *Code civil* – para nos limitarmos a este – tem mais de dois séculos, tendo passado por um número pequeno de reformas. E, em todo o caso, continua em vigor e a satisfazer as necessidades sociais. Só isto, logo sugere que certos outros traços do modelo teórico não tiveram correspondência na realidade: nomeadamente, o absolutismo da lei como critério jurídico-normativo.

Outros elementos do arquétipo, em contrapartida, parece que correspondem à realidade. Por exemplo, o desfavor dos juristas e dos juízes no liberalismo jurídico em França, mas também em Portugal (e em Espanha).

Começemos pelo caso português. As Cortes vintistas estavam cheias de juristas<sup>10</sup>. No entanto, as tiradas parlamentares contra os homens do foro – sobretudo, contra os juízes – foram tão comuns como na literatura popular e tradicional<sup>11</sup>. Às desconfianças vindas de trás somava-se a convicção generalizada de que os juristas eram avessos à nova ordem política, assim como a influência de Jeremy Bentham, então muito influente, e que era um látego impiedoso dos homens de leis<sup>12</sup>.

Um par de exemplos, em que juristas, magistrados e tribunais aparecem como instrumentos de egoísmo corporativo, como refúgio de incom-

---

<sup>10</sup> Zília Osório de Castro, *Dicionário do Vintismo e do Primeiro Cartismo (1821-1823)*, Porto, Afrontamento, 2002.

<sup>11</sup> V. Nuno Espinosa Gomes da Silva, *História do direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Gulbenkian, 2000<sup>3</sup>, 545; António Barbas Homem, *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820*, Coimbra, Almedina, 2003, §§ 23 e 40.

<sup>12</sup> Cf. *Manuel des sophismes politiques* (1824) y *Chrestomatia* (1816), obras que, não sendo dirigidas especificamente aos juristas, criticam muitos dos seus usos sofisticados da linguagem. Sobre a influência de Bentham nesta matéria, em Portugal, António Barbas Homem, *Judex perfectus* [...], cit., 2003, 571.

petência e como baluartes da reação. Em 8.5.1821<sup>13</sup>, Borges Carneiro – ele mesmo jurista – propõe a suspensão da admissão de alunos nas Faculdades de Direito, já que as profissões jurídicas seriam geralmente parasitárias<sup>14</sup> e o ensino jurídico de má qualidade e normalmente contrário à nova ordem constitucional<sup>15</sup>. A discussão do parecer da Comissão de Instrução Pública sobre a reforma dos estudos universitários<sup>16</sup> deu lugar a um saboroso diálogo entre dois dos mais ilustres juristas membros da Câmara – Manuel Borges Carneiro e Manuel Fernandes Tomás. O primeiro era cético quanto aos professores da Universidade poderem fazer uma reforma universitária liberta das armadilhas da doutrina jurídica tradicional. O segundo respondeu que o problema não era a doutrina jurídica da universidade, mas a prática do foro<sup>17</sup>. Seja qual fosse o lugar do mal, o mal era o mesmo – a inadequação da doutrina jurídica face ao sistema constitucional. O público em geral, por sua vez, queixava-se do atraso das demandas judiciais, causado pelas artimanhas forenses<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> *Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa (DCGECNP)*, n.º 74, p. 831.

<sup>14</sup> “Qual é a razão por que as demandas duram tantos anos? é por causa dos Advogados. Há pouco vimos uma, a da Chapeleiro: era questão que se decidia em duas horas, levou 6 anos [...] a razão é porque das demandas vive muita gente, vivem Letrados, vivem Procuradores, e outra muita gente: para viver esta muita gente é preciso durar uma demanda 5 anos; isto é hum grandíssimo mal, porque todo o homem que anda em demandas anda em ódios, e distraído das suas ocupações: é preciso que esta imensa turba, chamada gente de Lei, e vá tomar outro modo de vida, que vão para as Artes, e para a Agricultura: não é necessário tantos Letrados, tantos Ministros, tanta gente de Lei, que vivem de discórdias e ódios entre os Cidadãos, e principalmente estabelecer uma Lei para conciliar as partes [...]” (*loc. cit.*).

<sup>15</sup> “[...] as Instituições de Pascoal José de Mello são muito boas, mas não servem: tem muita coisa em contraposição com o sistema Constitucional: tudo que se diz sobre ultimas vontades, e sobre escravos, são erros que é necessário desaprender” (*loc. cit.*).

<sup>16</sup> V. *DCGECNP*, n.º 157, de 21-8-1821, p. 1967.

<sup>17</sup> “Aquele trapaça de que fala o Preopinante não se ensina na Universidade, aprende-se aqui no foro. Eu andei na Universidade, e pratiquei no foro; o que aprendi no foro era alheio do que me ensinaram em Coimbra” (*loc. cit.*).

<sup>18</sup> “À Comissão de Legislação foram remetidas duas Petições, uma em nome de Joaquim Ignacio de Seixas, outra em nome de D. Josefa Maria do Livramento Smith [...] ambas a pedirem uma nova Lei, que com penas graves desterre do Foro as demoras estudadas, com que se estorvam os progressos das demandas” (*Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa [CGECNP]*, n.º 51, de 05-04-1821, p. 47). O que encontra eco nas palavras de Borges Carneiro – embora a outro propósito – dias depois: “Desta minha moção desejo se mande tomar lembrança na Acta, e bem assim que se recomende à Regência do Reino que expeça ordens mui

Politicamente, qualquer alusão aos poderes dos juristas para criar direito não podia ser entendida senão como uma tentativa de desacreditar a soberania popular. Portanto, as primeiras obras jurídicas pós-liberais eram parcas em declarações sobre a suposta capacidade dos juristas para criar direito por via doutrinal. Pelo contrário, os autores de maior autoridade continuaram a dizer – em consonância com o (aparente) “legalismo” da Lei da Boa Razão<sup>19</sup> e de acordo com o monopólio parlamentar da função de criar direito – que a doutrina não é fonte de direito<sup>20</sup>.

O primeiro livro sobre o direito constitucional publicado em Portugal – uma tradução do professor salamantino Ramon Salas<sup>21</sup> – insiste na origem parlamentar da Constituição e das leis: “Segundo o meu parecer – escreve (*ob. cit.*, p. 7) – uma Constituição política não é outra coisa, do que a expressão autêntica<sup>22</sup> das regras, e condições, com que um povo quer ser governado [...]” Desta legitimidade original da Constituição como expressão da soberania do povo (da nação) decorre o princípio da sua primazia face a todas as outras leis<sup>23</sup>, assim como o papel subordinado (exegético, anotativo) da doutrina jurídica.

---

positivas às Relações e Juízos contenciosos para que tratem de extirpar e abreviar as demandas, interminável origem de ódios e dissensões, devendo o inumerável exercito que vive deste sórdido e cruel mester de demandas e disputas forenses, ir procurando outro modo de vida” (*ibid.*, 28-4-1821, p. 710).

<sup>19</sup> ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no constitucionalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, 32.

<sup>20</sup> “42. III [...] continuadamente recorreremos aos escritos e opiniões dos JCTos, não porque tenham força de obrigar, mas ou porque neles achamos a tradição sucessiva, ou o direito consuetudinário, sobre a decisão dos casos e inteligência das leis duvidosas ou porque nos servem de meio para descobrir a boa razão das leis, e chegar à sua verdadeira interpretação. O mesmo se deve dizer dos Arestos [...]” (M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições [...]*, 1845, n.º 42.III).

<sup>21</sup> RAMON SALAS (y Cortez), *Lições de direito público constitucional para as escolas de Hespanha*, trad. por D. G. L. D’ANDRADE, Lisboa, Rollandiana, 1822. A edição portuguesa não incorpora a parte da obra original mais diretamente relacionada com a Constituição de Cádiz. Para uma edição integral, RAMON SALAS, *Lecciones de derecho publico constitucional*, Introducción de José Luís Bermejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.

<sup>22</sup> Primitiva e própria.

<sup>23</sup> “As Leis Constitucionais chamam-se também fundamentais, porque são o apoio, o cimento, e os alicerces do edifício social, que sem elas não pode ficar sólido por muito tempo. Chamam-se também frequentemente Leis primárias (ou primitivas) para dar a entender que com elas se devem conformar as Leis, que versam sobre interesses individuais, e subordinados; e as quais se chamam Leis secundárias. E com efeito, se as Leis secundárias se não acham em perfeita harmonia com as Leis primárias,

No entanto, esses textos coloridos não significam tanto quanto se imagina.

Entre os juristas – especialmente na sua elite acadêmica dos “jurisconsultos (*iurisprudentes*), a doutrina jurídica manteve, durante os séculos XVIII e XIX, um enorme prestígio e autoconfiança, a que correspondeu um reconhecimento generalizado de que esta prudência do direito mantinha um amplo poder de avaliar a justeza da lei e de a adaptar às razões do direito. Esta autossuficiência da doutrina (e dos jurisconsultos) decorria de ideias que vinham de épocas muito antigas, a que aqui aludimos apenas muito brevemente.

A ideia de que as leis fundamentais da vida social eram ditadas pela natureza<sup>24</sup>, sendo, portanto, fundadoras e vinculativas em relação a qualquer lei positiva, alargava enormemente o âmbito das fontes do direito, no período do *ius commune*. Na verdade, o direito natural revelava-se, não apenas pela observação da natureza das coisas, mas ainda pelo uso de uma razão especializada e, também, pela consideração daquilo que a natureza ia permitindo que se estabelecesse pelo uso diuturno e sustentado (*radicatum, tempore praescriptum*)<sup>25</sup>. Daí que o senso comum, a doutrina e o direito tradicional desempenhassem um papel heurístico de primeira grandeza na fixação do direito e na avaliação e interpretação das leis positivas. Porém, este facto obriga a recolocar de forma nova

---

fundamentais, ou Constitucionais, um Governo não pode ser liberal senão no nome. Que me importa, que a Lei primária sancione a liberdade individual, se as Leis secundárias põem a minha liberdade à disposição de alguns mandatários, ou agentes de poder, que podem privar-me dela pretextando medidas de segurança, ou em virtude do Caveant Consules do Senado Romano, de que em todos os tempos se fez um uso tão imoderado contra a liberdade dos Cidadãos? Em poucas palavras, as Leis secundárias não devem ser senão as consequências naturais das Leis primárias fundamentais, ou Constitucionais” (ob. cit., p. 4).

<sup>24</sup> Ainda que de forma não tão estrita que anulasse completamente o livre-arbítrio, conduzindo a um fatalismo que, na época, se censura a Montesquieu. V. A. Rodière, *Les grands juristes* [...], cit.: “Un rapport nécessaire, résultant de la nature même des choses, ne peut jamais, en effet, être loué ni blâmé, la nécessité, comme on le dit très-justement quand il s’agit d’apprécier la moralité des actes humains, n’ayant point de loi, c’est-à-dire point d’autre loi qu’elle-même. Ce qui achève enfin de démontrer que Montesquieu professait, au fond, des doctrines fatalistes, c’est l’influence, beaucoup trop grande, qu’il attribue aux climats sur la législation des divers peuples [...]».

<sup>25</sup> ANTONIO MANUEL HESPAÑA, “Qu’est-ce que la ‘Constitution’ dans les Monarchies Ibériques de l’Époque Moderne?”, en *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, 2(2000), pp. 5-18.

algumas ideias correntes sobre as teorias da constituição e das fontes de direito do Estado liberal<sup>26</sup>.

Era muito antiga a ideia de que o direito positivo era apenas uma fixação, um ajuste e atualização/instanciação a situações particulares das regras gerais do direito natural, não visando a destruição ou substituição deste, mas antes a sua garantia. Esta ideia correspondia a textos muito evidentes do *Digesto* de Justiniano, antes de tudo à famosa lei “*Omnes populi*”<sup>27</sup>.

Consequência da anterior era a ideia de que somente o conhecimento especializado, de homens de alma pura (*bonitas*), poderia aspirar ao reconhecimento dos primeiros princípios do direito. Portanto, o desenvolvimento da doutrina (*iusprudentia*) era uma parte indispensável da arte de fixar o direito, sem o que o teor das normas singulares não se alcançaria<sup>28</sup>. Era uma ideia de Celsus, também recolhida no *Digesto*, e que fundamentava o caráter quase sacerdotal dos juristas, detentores de um saber das coisas divinas e humanas, permitido às pessoas boas<sup>29</sup>, o qual lhes permitia distinguir o justo do injusto. As fontes estavam tam-

---

<sup>26</sup> A identificação da constituição com o direito tradicional – que explica o teor dos preâmbulos das Constituições de Cádiz e de 1822 – permite entender melhor que o verdadeiro controle da constitucionalidade coubesse, não a parlamentos, mas à justiça ordinária, nomeadamente aos tribunais supremos, compostos de juristas destacados. Em contrapartida, o controle parlamentar só fazia sentido para os que consideravam a constituição (e as leis) como convenções – *con+statuere*, um significado voluntarista da palavra, que contrastava com aquele, mais comum no antigo regime, de raiz naturalista (*constitutio corporis*). Tal era o caso do voluntarismo convencionalista de Rousseau, consequentemente denunciado pelos juristas como perverso; muito expressivo, AIMÉ RODIÈRE, *Les grands jurisconsultes* [...], cit., 386: “Le plus faux de tous, et celui cependant qui eut le plus de partisans, fut celui du grand sophiste Jean-Jacques Rousseau, qui, dans son Contrat social, voulut faire remonter la formation de toutes les sociétés politiques à un accord formé entre des hommes sauvages, qui n’auraient été précédemment unis par aucun lien.”

<sup>27</sup> “§ 1. *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*” (*Gaii Inst.*, 1, 1; *Inst. Iust.*, I, 2, 1; *Dig. Iust.*, I, 1, 9.)

<sup>28</sup> “*Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (Celsus, *Dig. Iust.*, 1, 3, 17).

<sup>29</sup> *Bonitas*, como qualidade de quem tem acesso ao conhecimento mais profundo da ordem (bondade).

bém no *Digesto* de Justiniano<sup>30</sup>, tendo sido enormemente glosadas na tradição romanística<sup>31</sup>.

Como se situavam os exegetas em relação a estas ideias tradicionais, as quais, teoricamente, estavam nos antípodas do arquétipo do legalismo?

Para esta sondagem, uso apenas alguns textos particularmente significativos do trabalho da escola francesa<sup>32</sup>. Mas os exemplos podiam repetir-se à saciedade, embora nem todos os seus membros tenham a mesma nitidez ou usem as mesmas formulações, nesta fundamental ideia de uma vinculação necessária do direito positivo a fontes jurídicas supra-positivas e à atividade criativa, não tanto do legislador, mas sobretudo do jurisconsulto.

O primeiro texto é a peça que porventura exprime de forma mais clara e influente a ideia de uma legitimidade não convencional (“maioritária”) do direito, mas antes decorrente da autoridade (“contra-maioritária”) dos jurisconsultos. De facto, a partir do Diretório, os juristas estavam a recuperar o seu poder social e reivindicar para si o papel de guardiães especiais do direito. A sua sabedoria natural dotá-los-ia de uma espécie de *cassation à rebours*, um poder de anular a lei para fazer respeitar o direito. Usando a sua capacidade exclusiva para aceder ao direito natural, destruíam o monopólio parlamentar (legislativo) da declaração do direito, bem como da interpretação e integração das leis positivas. O texto é o “Discours préliminaire au projet de Code civil”, apresentado por Jean-Etienne-Marie Portalis ao Conseil d’État, no 1.º do *pluviôse*

---

<sup>30</sup> “Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia”, Ulpianus, *Digesta*, 1.1.10.2.

<sup>31</sup> “Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia”, Ulpianus, *Dig. Iust.*, I, 1, 10, 2; “[...] ius est ars boni et aequi. [...] Cuius merito quis nos sacerdotes appellet [...]”, Ulpianus, *Dig. Iust.*, I, 1, 1, pr.

<sup>32</sup> Sobre os elementos geradores do movimento exegético (ideal de um direito claro, simples; ideal de um direito legitimado democraticamente; antipatia pelo carácter aristocrático e hermético do saber jurídico tradicional), v. A.-J. ARNAUD (*Les juristes face à la société* [...], cit., pp. 28 ss., 45 ss.; e L. HUSSON, *La Escuela de la Exegesis* [...], cit., 7 ss., que descrevem com detalhe os esforços feitos pela ala democrática dos revolucionários, na última década do séc. XVIII, para libertar o direito do império dos juristas. O próprio Napoleão participava desta sensibilidade, embora tenha entregue a comissão de elaboração do *Code* a juristas que partilhavam as conceções tradicionais do direito e do seu saber, como se pode ver do adiante citado discurso de Portalis, de 1801, a que o imperador não terá prestado demasiada atenção.

do ano IX [21/10/1801]<sup>33</sup>. Esse discurso contém as linhas de orientação do papel criativo dos jurisconsultos, mesmo quando confrontados com a lei, a expressão da vontade imperial (do imperador ou de assembleias parlamentares):

- o direito positivo é uma aplicação do direito natural<sup>34</sup>;
- o direito natural é uma ordem imperativa, fundada na natureza das coisas;
- os juristas possuem uma sabedoria, feita de estudo, tradição e prática, capaz de identificar os princípios desta ordem, e, em seguida, de dominar as chaves para compreender e integrar o direito<sup>35/36</sup>;

---

<sup>33</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Titre original: Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*. Préface de Michel Massenet. Bordeaux, Éditions Confluences, 2004.

<sup>34</sup> “Les lois ne sont de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu’un sacerdoce [...]”, 5; “Quoi que l’on face, les lois positives ne sauraient jamais remplacer l’usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie [...]”, 7.

<sup>35</sup> “C’est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l’esprit général des lois, à en diriger l’application.// De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à coté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance di législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s’épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s’accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation” [...], “Mais le Code le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société? Les passions ne seraient-elles perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois?”, 8-10; “Dans l’état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l’amour propre et réveiller l’émulation. Une classe entière d’hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe. Consacrée à l’étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature”, 13.

<sup>36</sup> “Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers. // Le doit est moralement obligatoire; mais par lui-même in n’emporte aucune contrainte; il dirige, les lois commandent; il sert de boussole, et les lois de compas. // Les divers peuples entre eux ne vivent que sous l’empire du droit; les membres de chaque cité sont régis, comme hommes, par le droit, et comme citoyens, par des lois”, 15.

- os magistrados, por sua vez, monopolizam o saber de concretização do direito, estranho do legislador que, assim, não pode invadir as atribuições do Judiciário<sup>37/38</sup>.

Nesta coabitação, o espaço mais limitado é, como se pode ver, o do legislador, encravado entre a sabedoria quase sagrado dos juristas e o artesanato casuísta do juiz. Ou seja, não podia criar disposições normativas genéricas, de forma não controlada (pela ciência dos juristas), nem tão pouco levar as suas atribuições de regulação até à fase final de aplicação concreta. Também quanto a este ponto havia precedentes textuais na tradição jurídica, que limitavam a vontade do príncipe/legislador em função da autoridade dos juristas para declararem o direito: “Digna vox majestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas” [É digno da majestade de um príncipe declarar-se limitado pelas leis em vigor, pois da autoridade do direito depende o nosso poder], proclamava o Código de Justiniano (C., I, 14,4; edito de Teodósio II e de Valentiano III).

A recuperação do papel tradicional dos juristas para criar e legitimar o direito acelera a partir de 1804.

Ao nível constitucional, em oposição à ideia de uma Constituição como um ato de rutura, “constituínte”, com base na vontade da maioria

---

<sup>37</sup> “il est deux sortes d’interprétation : l’une par voie de doctrine, et l’autre par voie d’autorité.// L’interprétation par voie de doctrine, consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu’elles n’ont pas réglés. Sans cette espèce d’interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l’office de juge? L’interprétation par voie d’autorité consiste à résoudre les questions et les doutes par la voie de règlements ou de dispositions générales. Ce mode d’interprétation est le seule qui soit interdit au juge [...] Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits; car, lorsque le législateur intervient pour prononcer sur des affaires nées et vivement agitées entre particuliers, il n’est pas plus à l’abri des surprises que les tribunaux. On a moins à redouter l’arbitrage réglé, timide et circonspect d’un magistrat qui peut être reformé, et qui est soumis à l’action en forfaiture, que l’arbitraire absolu d’un pouvoir indépendant qui n’est jamais responsable. [...]”, 13.

<sup>38</sup> “Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats; et l’une ne rassemble pas à l’autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun: la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; étudier l’esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s’exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude”, 13.

da “nação representada”, logo surgiu a ideia de uma constituição como “codificação”, que recolhesse e garantisse por escrito, não a vontade de uma maioria parlamentar, mas o génio ordenador da “Nação ancestral”, vertido nas suas antigas leis fundamentais, eventualmente rejuvenescidas. Lembremos, apenas, três exemplos. Em 1812, as Cortes de Cádiz justificavam assim a sua empresa constituinte: “Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación Española, bien convencidas, después del mas detenido examen y madura deliberación, de que *las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación*, decretan la siguiente Constitución Política para el buen gobierno y recta administración del Estado.”<sup>39</sup> Em 1814, Louis XVIII descreve a mesma relação entre o voto do povo e do carácter da Nação: “Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés.»<sup>40</sup> Em Portugal, em

<sup>39</sup> Sobre a ideia de uma constituição “histórica” no primeiro liberalismo espanhol (Sempere y Guarinos contra Martínez Marina), Rafael Herrera Guillén, “Monarquía visigoda en Sempere y Guarinos” (*revistas.um.es/respublica/article/download/60791/58561*); textos: Francisco Martínez Marina, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*, Madrid, Imp. de D. E. Aguado, 1834; Juan Sempere y Guarinos, *Cádiz, 1812. 1. Observaciones sobre las Cortes y sobre las leyes fundamentales de España. 2. Memoria primera sobre la Constitución gótico-española*. Ed. lit. Rafael de Herrera Guillén, Madrid, Editorial Biblioteca Nueva, s.l., 2007.

<sup>40</sup> “Nous avons dû, à l’exemple des rois nos prédécesseurs, apprécier les effets des progrès toujours croissants des lumières, les rapports nouveaux que ces progrès ont introduits dans la société, la direction imprimée aux esprits depuis un demi-siècle, et les graves altérations qui en sont résultées: nous avons reconnu que le vœu de nos sujets pour une Charte constitutionnelle était l’expression d’un besoin réel; mais en cédant à ce vœu, nous avons pris toutes les précautions pour que cette Charte fût digne de nous et du peuple auquel nous sommes fiers de commander. Des hommes sages, pris dans les premiers corps de l’Etat, se sont réunis à des commissions de notre Conseil, pour travailler à cet important ouvrage. En même temps que nous reconnaissons qu’une Constitution libre et monarchique devait remplir l’attente de l’Europe éclairée, nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérêt, les droits et les prérogatives de notre couronne. Nous avons espéré qu’instruits par l’expérience, ils seraient convaincus que l’autorité suprême peut seule donner aux institutions qu’elle établit, la force, la permanence et la majesté dont elle est elle-même revêtu; qu’ainsi lorsque la sagesse des rois s’accorde librement avec le vœu des peuples, une Charte constitutionnelle peut être de longue durée; mais que, quand

1822, o preâmbulo da Constituição expressa a mesma ideia que a vontade do Parlamento, mesmo maioritária, só com a ajuda de Deus e com amparo na tradição poderia exercer a função constituinte: “Em Nome da Santíssima e Indivisível Trindade, as Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a tem oprimido e ainda oprimem, tiveram a sua origem no desprezo dos direitos do cidadão, e no esquecimento das leis fundamentais da Monarquia; e havendo outrossim considerado, que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação, e precaver-se, que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heróica virtude de seus filhos; decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um, e o bem geral de todos os Portugueses.”<sup>41/42</sup>

Este conjunto de ideias-guia sobre a natureza da lei e do seu conhecimento será repetido pelos “exegetas”.

É o caso do autor de um livro que, logo no título, já reivindica um programa não positivista-legalista: Jean Guillaume, [Barão de] Locré de Roissy<sup>43</sup>. Locré escreveu quando ainda estaria húmida a tinta do *Code civil* e, no auge, o orgulho do Imperador pela realização da principal peça da sua empresa de codificação. E, no entanto, logo nas primeiras páginas, o autor – um fiel de Napoleão, a quem se dirige neste prefácio – indiretamente coloca os juristas num nível superior ao dos legisladores. A grandeza de Napoleão proviria, de facto, da decisão de ordenar a elaboração de um Código Civil; mas não menos de, consciente das

---

la violence arrache des concessions à la faiblesse du gouvernement, la liberté publique n’est pas moins en danger que le trône même. Nous avons enfin cherché les principes de la Charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés.”

<sup>41</sup> Apresentado por Pereira de Moura em nome da Comissão da Constituição (sessão de 8.2.1821). Discussão: 9.7.1821 (poucas alterações).

<sup>42</sup> Sobre a ideia de constituição como codificação da tradição jurídica, v. para Portugal, como codificação da tradição jurídica, o meu artigo “O projecto institucional do tradicionalismo reformista”, em *O liberalismo na península ibérica na primeira metade do século XIX*, Lisboa, Sá da Costa, 1982, I, 63-90; para a Constituição de Cádiz, v. Carlos Garriga e Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 22 ss.; 377 ss., e bibl. aí citada.

<sup>43</sup> *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du Projet du Code Civil, des observations dès tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d’État, des observations du Tribunat, des exposés de motifs et discours, etc.*, Paris, Imprimerie Impériale, 1805-1807.

suas limitações de simples legislador, confiar esta tarefa a magistrados esclarecidos e puros de intenções, aos quais confiadamente abandonava a “ciência do direito civil e a cura dos interesses privados” (p. 9). Seria justamente esta abstenção tão sábia e generosa a raiz do alcance universal do Código, no qual se teria superado um direito simplesmente tradicional ou simplesmente voluntário, para alcançar um direito dirigido pela justiça, adaptado ao espírito do povo<sup>44</sup> e, assim, essencialmente universal, já que o Código obteria “l’Autorité de la raison, là où il ne peut pas avoir celle de la loi” (p. xv). Esta última frase não é mais o que a reiteração de uma fórmula que se utilizava para justificar a validade do direito comum: onde ele não pudesse valer como um comando do legislador (*ratione imperii*), valia pelo império da própria razão (*imperio rationis*).

Esta consideração teria determinado o estilo jurídico-literário adotado e o aparentemente inusitado título que o anuncia. De facto, a obra que pretendesse revelar o espírito da lei não poderia ser um mero comentário textual<sup>45</sup>, pois a submissão da vontade do legislador a um mundo mais elevado de princípios e valores faria com que o estilo simplesmente anotativo se tornasse numa expressão limitada e incompleta: “[...] il est impossible d’arriver par la médiation du texte à toutes les notions dont se compose la science des lois écrites. Elle a trois objets; le sens de la loi, son esprit, le système d’application. Je ne m’étendrai pas sur la nécessité de bien entendre le sens de du texte; elle est trop évidente. Mais je dirais que l’intelligence de la lettre ne suffit pas; qu’il faut encore en conoitre l’esprit (cita a fonte romana da ideia: ‘Scire leges non hoc est: verba earum tenere, sed vim ac potestatem’, Celso, *Digesta*, 1.3.17) [...]” (p. 2).

É oportuno notar, para problematizar leituras demasiado entusiastas do atual neoconstitucionalismo, que a oposição do texto-comando a espírito-razão chega a formulações muito próximas da oposição agora usual entre regras e princípios: “La lettre de la loi nous en fera encore

---

<sup>44</sup> Capaz de “écarter les abus qui n’avoient pas du leur autorité qu’à d’aveugles habitudes; et les changements inconsidérés introduits par l’esprit d’innovation; maintenir ou rétablir tout ce qui, dans les lois anciennes et modernes, portoit l’empreinte de la justice; ajouter à la sagesse des siècles en ouvrant des vues aussi vastes que nouvelles; et déployer ce génie créateur et puissant qui n’a besoin que de lui-même pour fonder ou reconstituer les Empires; pour donner à chaque peuple les lois mieux assorties à ses mœurs, à son caractère (p. x). Aussi le Code Napoléon fixe-t-il parmi nous l’époque du retour à l’ordre, aux idées saines, aux idées véritablement grandes, véritablement libérales” (p. xi).

<sup>45</sup> *I. e.*, “des explications prises de l’imagination et de l’opinion personnelle de leur auteur” (p. 1).

moins connoître l’esprit. Elle n’annonce que des commandemens [sic] sans en expliquer les motifs” (p. 6).

Quanto ao espírito – aos princípios ... –, o autor também tem as suas hierarquias. Mais importante do que as exposições oficiais de razões – que reenviam para a vontade que subjaz ao *jussum* legislativo – são as atas das comissões de juristas que discutiram as razões da lei. De facto, se os primeiros representam a genealogia da vontade, os últimos revelam a genealogia do ato de razão: “Il faut donc joindre la méditation des procès-verbaux à celle des exposés de motifs et de la discussion solennelle. C’est là qu’on trouve les divers systèmes qui ont été proposés, les raisons qui ont préféré l’un à l’autre, les motifs de chaque dispositions de détail, l’étendu qu’on a voulu lui donner, les fausses conséquences qu’on n’a pas voulu admettre, les remèdes qui ont été indiqués pour lever les difficultés d’exécution, ces explications laconiques, ces traits de lumière qui, d’un mot, dissipent les doutes et préviennent les procès” (p. 13).

Mas, para além do espírito, seria também de ter em conta as tradições de aplicação da lei, que revelam um sentido adquirido posteriormente à formação da vontade do legislador, quando o texto é posto em contacto com novos contextos discursivos e extradiscursivos. De facto, a aplicação da lei, se repetida, acabaria por criar um «sistema de aplicação» que é também crucial para averiguar o seu significado. Na verdade, trata-se daquilo que a doutrina tradicional chamava *usus legis* (p. 4), capaz de redireccionar o sentido legislativo original. Mais uma vez, uma abertura a sentidos não plasmados no texto<sup>46</sup>, que afastam Locré de uma posição “formalista”, como hoje se diria.

Essa ideia de que os sentidos das leis são um produto da meditação e ponderação de princípios legais e valores implica a existência de padrões absolutos que guiem a reflexão sobre as razões para os comandos. O fundamento normativo das leis seria o direito natural, ideia já presente em fontes romanas, e que agora é recuperada, embora com uma formulação atualizada<sup>47</sup>: “Le droit naturel, particulier à l’homme, ne peut

---

<sup>46</sup> “[...] ou plutôt c’est une législation auxiliaire et de développement, dont la force à la longue n’est guère moins grande que celle de la législation formelle” (cita a fonte romana: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, constitutum*, D. 1, 1, 12) (p. 6).

<sup>47</sup> “Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera

pas donc se borner à la partie animale; comme il doit se rapporter à son organisation toute entière, il est de l'essence des choses qu'il se compose aussi de règles morales qui servent à distinguer le juste de l'injuste, l'honnête du deshonnête et à régler ses actions" (p. 33). Porém, ele deve ainda adaptar-se aos valores tradicionais de uma sociedade, já que estes embebem as suas noções de justiça e limitam, por isso, a vontade normativa do legislador.

A distinção, fundamental e sempre presente, entre direito natural e direito positivo continua a ser um elemento fundamental da teoria implícita do direito, bem como de vários mecanismos dogmáticos, sobretudo, da interpretação e da integração; mas também da avaliação das soluções legislativas e, em caso disso, do seu afastamento. Segundo Locré, a complexificação da sociedade teria tornado o direito natural em algo demasiadamente simples, que haveria forçosamente que ser complementado por uma regulação que o explicitasse e concretizasse em termos mais detalhados e diversificados. Esta regulação, embora tivesse de ser dotada de toda a força vinculativa, não deixava de estar subordinada ao sentimento natural de justiça: "On a, en conséquence de ces principes, déterminé l'emploi des lois naturelles et celui des lois positives, par la distinction entre le for intérieur et le for extérieur. Dans le for intérieur, c'est la morale, c'est-à-dire le droit naturel pris dans toute son étendue, dans tout son rigorisme, qui est l'arbitre suprême [...] Dans le for extérieur, c'est la loi de convention [...] (p. 40) Les lois positives sont donc les lois principales dans l'état de civilisation; elles y ont une forcé absolue, et que rien ne peu balancer" (p. 41).

Esta insistência no caráter absolutamente vinculativo das leis positivas fazia correr o risco de destruir, afinal, a ideia de que o direito tem um "espírito" e de que este – bem como a reflexão dos juristas para o descobrir – são indispensáveis à sua determinação e aplicação. Locré não ilude a questão, mas é taxativo numa resposta de sentido negativo: "Cependant les lois naturelles deviendront-elles entièrement nulles? Non" (p. 42). Todo o cap. XIII (pp. 43 e ss.) é dedicada a esclarecer este ponto. A sobrevivência do direito natural no estado civil seria duplamente justificada. Por um lado, o direito natural influenciaria leis positivas; por outro, o direito natural positivar-se-ia no direito civil "puisque le droit positif n'a pas été

---

quoque animalia, feras etiam istius iuris perita censerit. § 4 Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit" (Ulpianus, *Digesta*, I, 1, 3).

institué pour détruire le droit naturel, mais au contraire pour en assurer l'autorité en le fixant et en lui donnant une force extérieure et coercitive” (p. 43). Esta positivação do direito natural fortaleceria ainda mais a força (interior e geral) do direito natural, além de o ajustar às condições concretas da civilização de um povo, um outro elemento que estava por cima da vontade do legislador (p. 43). Assim, o direito natural manteria a sua força direta em muitas instituições, das quais o direito civil quase se retiraria, deixando operar impulsos naturais do homem (família, herança, propriedade). Mesmo no direito penal, não faltariam delitos cuja tipificação, não estando fixada na lei civil, decorreria diretamente do direito natural ou dos bons costumes, segundo a ordem natural.

Um exemplo expressivo desta eficácia de normas suprapositivas, mesmo no domínio do direito penal, onde a tipificação explícita dos delitos era tão importante, é o do crime de sodomia, punido durante o Antigo Regime pelos direitos canônico e civil, mas abolido pelas leis de 19-22.7 e 25.9-6.10 de 1791. O mesmo aconteceu no *Code pénal* de 1810 – e, em geral, em quase todos os códigos penais europeus da primeira metade do século XIX. Em todo o caso, enquanto alguns tratadistas a ignoram por completo, outros incluem a sodomia nas noções (e correspondentes tipos penais) de atentado ao pudor, ofensa aos bons costumes e corrupção de menores (arts. 330 a 334 do *Code pénal* de 1810). Ou seja, embora haja unanimidade em que se trata de um vício abominável e repugnante, que a sociedade deve sancionar, a sua tipificação requer um reenvio para noções que têm a sua sede num discurso jurídico suprapositivo. Esta estratégia de punir sem positivar destinava-se a evitar o escândalo de nomear na lei atos repugnantes e escandalosos<sup>48</sup>.

De forma geral, o direito natural seria portanto um importantíssimo guia para a interpretação e integração do direito positivo. Como que correspondendo a algo a que nos estamos habituando na dogmática

---

<sup>48</sup> Ignorar a sodomia seria a forma de não expor publicamente um vício tão repugnante. Já Voltaire – na sua obra *Prix de la Justice et de l'Humanité*, Ferney, 1778 – sugere que a sodomia não existiria em França (“ce vice indigne de l'homme n'est pas connu dans nos rudes climats”, p. 78). Mais tarde, os mais ilustres comentadores do *Code pénal* adaptam uma visão menos radical, mas muito prudente: “La justice, d'ailleurs, pourrait-elle les poursuivre sans péril? Quels scandales ne jailliraient de ces poursuites? Où serait le bien de dévoiler tant de turpitudes cachées, tant d'honteux mystères? La morale est-elle intéressée à ce infâmes révélations? Le silence de la loi devrait être approuvé, quand il ne serait dictée que par un sentiment de respect pour la pudeur publique [...]”, Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, Paris, LGDJ, 1852, 184.

contemporânea: o princípio da “interpretação conforme a”<sup>49</sup>: neste caso, a interpretação do direito civil conforme ao direito natural: “lorsque la justice civile est muette sur un point, c’est par l’équité naturelle où elle a été puisé, que le magistrat doit réparer l’inadvertance du législateur et suppléer son silence. Lorsque la loi positive est ambiguë, c’est encore par l’équité naturelle qu’il faut l’interpréter, parce que c’est sur le droit naturel qu’elle a été formée. La loi naturelle est la première et la plus ancienne de toutes; les lois positives n’en sont que des exceptions et des modifications; elle conserve donc ou elle reprend son empire toutes les fois qu’elle n’a pas été modifiée” (p. 44)<sup>50</sup>.

O caso de Loocré é interessante para mostrar que, logo desde a sua promulgação, o Código Civil não gozou de uma autoridade incontestável, partilhando o universo normativo com outras fontes<sup>51</sup>. A tradição seguinte dos membros da Escola dita da Exegese manteve, de forma continuada, essa posição, embora com matizes individuais.

Não menos interessante, porém, é o caso daquele que é frequentemente tido como fundador da Escola, Claude Etienne Delvincourt, nas suas *Institutes de droit civil français*<sup>52</sup>. Tratava-se de uma obra destinada ao ensino, que o autor pretendia acomodada a um público de principiantes e, por isso, despojada de todas as complicações dispensáveis, ademais de clara e precisa. No “Avertissement”, o autor dá conta dessas limitações impostas pela lei de reorganização do ensino jurídico: “Nommé en l’an 13 à la première chaire de Code Napoléon, pour l’École de Droit de Paris, je dus, en cette qualité, ouvrir au mois de novembre suivant le premier cours public et officiel qui ait eu lieu en France sur ce Code. [...] la loi de notre, organisation nous imposait l’obligation de dicter pendant

---

<sup>49</sup> À Constituição, ao direito comunitário.

<sup>50</sup> Também esta ideia não é nova, antes tem uma longa história na teoria da interpretação do *ius commune*, em que o direito dos reinos (os direitos particulares) deveria ser interpretado de modo a conseguir a harmonia com o quadro axiológico e normativo do direito comum (*secundam elegantiam [rationem] iuris communis*) (cf. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*, Brasil, Fundação Boiteux, 2005, 5.3.3: uma das fontes romanísticas: “Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituteentium introductum est”, Paulus D 1.3.16).

<sup>51</sup> Apesar da disposição taxativa do art. 7 da lei do 30 ventôse An XII (21.3.1804), que promulgou o *Code civil*) “À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d’avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l’objet desdites lois composant le présent code”.

<sup>52</sup> Paris, P. Gueffier, 1808.

une partie de la leçon, et d’expliquer ensuite ce que nous aurions dicté. Je crus donc remplir les vues. du législateur, en adoptant un plan tel, que la dictée fut l’exposé des principes établis par le Code, ou plutôt qu’elle fut le Code lui-même, disposé d’une manière convenable pour renseignement [...], et que l’explication ne fût que le développement de la doctrine contenue dans la dictée” (pp. iv/v).

Lido este texto, parece confirmar-se tudo o que a historiografia tradicional nos diz dos métodos puramente exegéticos da Escola. Todavia, duas páginas adiante, ao tratar das fontes de direito, esta centralidade da lei desvanece-se, quando surge a inevitável questão do direito natural e da sua relação como direito civil e com os procedimentos dogmáticos da aplicação deste (nomeadamente, integração e interpretação).

Logo na abertura do capítulo primeiro do título preliminar (“Du Droit, et des Lois en général”), Delvincourt aborda a questão. A primeira frase parece introduzir um discurso legalista: “Le Droit est le résultat des dispositions de la Loi” (p. 1); mas as frases seguintes não confirmam a primeira: “[...] il est donc nécessaire, avant tout, de déterminer ce qu’on doit entendre par ces mots Droit et Loi. Le Droit est l’art de la justice et de l’équité, ou le recueil des principes servant à distinguer /1/ le juste de l’injuste, l’équitable de ce qui ne l’est point [...]” (pp. 1-2). A “autoridade” para que remete é o tradicional Jean Domat<sup>53</sup>, em que o direito aparece fortemente ligado à religião e à ordem moral. É certo que, de seguida, tem uma afirmação de pendor voluntarista (“La Loi, en général, est une règle, prescrite par une autorité a laquelle on est tenu d’obéir”). Mas logo introduz a distinção entre direito civil e direito natural. Ainda que pareça atribuir ao direito positivo uma força absoluta no plano do justo (embora não do equitativo, fixado pelo direito natural)<sup>54/55</sup>,

<sup>53</sup> *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, 1689-1694.

<sup>54</sup> “Les Lois naturelles sont celles que la Raison Éternelle a gravées dans tous les coeurs. Les Lois positives sont celles qui ne doivent qu’à l’homme leur existence et leur autorité. Elles diffèrent en ce que 1.º les Lois naturelles sont fondées sur la raison et l’équité et qui sont immuables, et ne dépendent ni des temps ni des lieux. Elles ne peuvent donc varier, et règlent également le passé et l’avenir. Les Lois positives, au contraire, devant toujours être proportionnées aux moeurs, au caractère et même aux vices du peuple pour qui elles sont faites, varient nécessairement en raison des circonstances [...] 2.º Les Lois naturelles; étant essentiellement équitables, et l’objet naturel de la /4/ on ne peut pas dire qu’on les ignore car ce seroit dire que l’on manque les lumières de la raison qui nous les enseigne [...] 3.º Enfin, les Lois positives étant, pour la plupart, des modifications que l’état de société a obligé d’apporter aux dispositions des lois naturelles, il en résulte que les premières sont les principales dans l’état de civilisation. Lors donc que leurs dispositions sont formelles, les

vem a concluir que, no plano da integração e da interpretação, ele permanece subsidiário do direito natural: “Mais, si les lois positives sont muettes, obscures ou insuffisantes, le juge doit y suppléer, soit par des inductions tirées des dispositions des mêmes lois sur d’autres objets soit même par l’équité naturelle [...]”<sup>56</sup> Sendo certo que esta interpretação doutrinal, sobretudo se é confirmada pela jurisprudência, “devient un moyen très important en faveur de celui qui peut l’invoquer” (p. 4, nota). Ou seja, mesmo numa obra dirigida a estudantes, escrita no âmbito de um curso sobre o *Code civil*, pouquíssimos anos depois da promulgação deste, o absolutismo da lei, se é claro quanto à força normativa da lei, mesmo quando – a despeito da sua justiça geral – conduz a decisões concretas iníquas, fica muito mitigado quando, no plano da interpretação e da integração, o juízo sobre o conteúdo normativo da lei fica dependente da consideração da equidade e do direito natural. Numa obra ulterior e mais desenvolvida (embora se trate também de um “curso”, dominado por preocupações pedagógicas de simplificação)<sup>57</sup>, Delvincourt explica, de forma bem tradicional e longínqua do suposto legalismo, as suas regras para interpretar o *Code*: “La deuxième règle que j’ai suivie, est que, si, de deux sens que présente une disposition, l’un produit des résultats contraires à l’équité ou à la morale, il doit être rejeté sans hésitation. J’ai toujours pensé que c’étoit entrer parfaitement dans l’esprit du Législateur, que de chercher à former des honnêtes gens, autant que des profonds Jurisconsultes; que l’étude de la morale doit être la base fondamentale de notre enseignement; et que le Professeur ne doit jamais perdre de vue cette définition du droit, jus est ars aequi et boni. En conséquence, l’on trouvera sans doute dans cet ouvrage plusieurs opinions

---

tribunaux doivent nécessairement y conformer leurs décisions, quand même elles paroîtroient contraires à l’équité. C’est sur ce principe qu’est fondée la distinction dont nous avons parlé plus haut y entre le juste et l’équitable. Une chose est juste en droit, quand elle n’est pas contraire aux dispositions delà loi positive, des modifications que l’état de la société. Elle est équitable, quant elle est conforme aux lois de la morale et de la conscience” (pp. 4/5).

<sup>55</sup> “Lors donc que leurs dispositions sont formelles, les tribunaux doivent nécessairement y conformer leurs décisions, quand même elles paroîtroient contraires à l’équité”, (*ibid.*, p. 4).

<sup>56</sup> Delvincourt é, no entanto, definitivo no sentido de que uma sentença tirada de acordo com a lei nunca pode ser considerada injusta, ainda que possa ser iníqua (*ibid.*, p. 5).

<sup>57</sup> *Cours de Code Napoléon. Ouvrage divisé en deux Parties, dont la première contient la Troisième Edition des Institutes de droit civil français, du même Auteur, revue corrigée par lui, et la seconde, les Notes et Explications sur lesdites Institutes*. Tome I, Paris, P. Gueffier, 1813.

que le Jurisconsulte pourra attaquer; mais je crois pouvoir me rendre le témoignage qu'on n'en rencontrera aucune que l'honnête homme puisse désavouer” (p. v). Enfim, um texto que exprime muito bem, e de diversos pontos de vista, uma concepção tradicional do direito como arte do justo, prosseguindo antes a honestidade do que a mera consistência literal.

Um outro dos grandes exegetas do *Code civil* foi Charles-Bonaventure-Marie Toullier (1752-1835), autor da monumental obra *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans la quelle on a taché de réunir la théorie à la pratique*<sup>58</sup>. Para ele, a jurisprudência continua a ser uma ciência, isto é “un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents [...] rangés dans un ordre méthodique” (p. 3), enquanto a lei “est une règle d'action” (p. 5), segundo a qual se classifica uma ação como justa ou injusta (*ibid.*). Define também a jurisprudência como a ciência que lida com as leis morais particulares ao homem (p. 3). E, finalmente e conseqüentemente, acredita na existência de um direito natural querido por Deus e promulgado pela reta razão (“C'est la volonté de Dieu, promulguée par la droite raison, qui est ce qu'on appelle la loi naturelle”, p. 13), de que o direito positivo seria uma explicitação e fixação (p. 15). Ainda que afirme: “la loi tire sa force de la seule volonté du souverain” (p. 17), ainda assim classificava como despótico um poder que não fosse limitado por nenhuma lei, sendo unicamente determinado pela vontade do poder. O que é absolutamente coerente com suas ideias sobre o direito natural e a sua relação com o direito civil: o direito natural e a religião seriam o fundamento do direito civil, cujo silêncio supririam – “Il y a donc une alliance réelle et nécessaire entre le droit civil, la morale et la religion, et c'est de leur accord que dépend la bonté des institutions d'un état, la paix de la société, et le bonheur de chacun de ses membres en particulier” (p. 12).

Esta atenção a elementos normativos superiores à letra dos comandos da vontade expressa do legislador encontra-se também noutro “exegeta” muito difundido, autor de um comentário ao *Code* com cerca de uma vintena de edições, lido em França e no estrangeiro até aos anos 80 do século XIX, Joseph-André Rogron (*Code Napoléon expliqué*, Paris, H. Plon, 1834<sup>59</sup>).

Embora abra o seu trabalho com a afirmação de que teria chegado um tempo no qual seria quase proibido ignorar as leis, especialmente as contidas

---

<sup>58</sup> Paris, 1811-1831, 14 vols.

<sup>59</sup> Ed. utilizada, 16.<sup>a</sup>, 1859.

nos códigos, Rogron dá ainda uma grande importância aos juristas e à doutrina. Portanto, ao escrever a explicação do código, teria tentado restaurar a componente doutrinária do direito, antecedendo o texto de cada capítulo das suas fontes teóricas e doutrinárias, que o Código não contém: “j’ai fait précéder chaque titre de l’analyse des principes généraux qui le dominent; j’ai donné toutes les définitions que le législateur avait écarté comme inutiles dans les dispositions impératives de la loi [...]; enfin, en réunissant la théorie au texte, je me suis efforcé de ne rien laisser obscur dans l’expression ni dans la pensée du législateur”, pp. VII-VIII). Também na sua teoria das fontes<sup>60</sup> e da interpretação<sup>61</sup>, o direito positivo aparece subordinado ao direito natural, uma posição que já vimos ser corrente em todos os juristas do período.

O ambiente político e cultural da Restauração e o doutrinário da monarquia orleanista (de 1830) reforçam ainda mais um conceito elitista e “contra-majoritário” (como alguns hoje gostam de dizer) do direito. Também no campo jurídico, reina então, soberana, a ideia de um “império da razão” (P. Rosanvallon), adverso à criação de direito pelo parlamento ou pelos governos de origem parlamentar, ao passo que se estimula a legitimidade da lei a partir da autoridade científica, racional ou prudencial – de qualquer modo, contra-maioritária<sup>62</sup> – dos juristas<sup>63</sup>.

Já na segunda metade do século, Aimé Rodière (1810-1874) publicou uma interessante história dos juristas, que inclui, tanto na introdução

---

<sup>60</sup> “Les lois nous viennent de Dieu, ou sont l’ouvrage des hommes: de Dieu, on les appelle lois naturelles; des hommes, on les nomme lois positives. / Les lois naturelles ne sont autre chose que les sentiments et les principes d’équité gravés par la nature dans le cœur de tous. Comme elles découlent nécessairement de rapports immuables, elles sont immuables comme eux. L’amour paternel, l’amour filial, la défense contre une injuste agression, sont autant de lois naturelles. / Les lois positives, ajoutées par les hommes aux lois naturelles, règlent les nouveaux rapports nées de leur réunion en société; ouvrage des hommes, elles peuvent être abolies par eux, à moins toutefois qu’elles ne soient liées intimement à une loi naturelle. Les lois sur les successions, sur l’adoption, sont des lois positives”, *Comm. Art*° 1, p. IX

<sup>61</sup> “Dans tous les cas, les juges doivent toujours rendre leur décision en ayant recours à l’interprétation par voie de doctrine, c’est-à-dire celle qui consiste à découvrir le véritable sens d’une loi obscure pour l’appliquer justement au cas particuliers. On y parvient en consultant l’esprit de la loi, la jurisprudence, l’usage et l’équité”, *Comm. art.* 4, p. 8.

<sup>62</sup> A expressão surge apenas nos anos 60 do século xx, nos Estados Unidos, com o livro de Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, sobre as dificuldades teóricas y políticas da *judicial review*.

<sup>63</sup> Sobre o doutrinário em geral, Pierre Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985; para Portugal, com especial referência ao direito, António M. Hespanha, *Guiando a mão invisível [...]*, 12.2, *maxime*, 162 ss. e bibl. aí citada.

como a propósito de cada biografia, as autorrepresentações dominantes dos juristas e dos seus saberes<sup>64</sup>.

A justificação do livro já é significativa do modelo de juristas e de saber jurídico a que o autor adere: “une classe d’hommes qui, par la nature de ses travaux, se rapproche le plus des idées saintes [...] qu’Ulpien, grand jurisconsulte lui-même, appelait les prêtres du droit [...]” (p. 2). Quanto ao direito, ele não é identificado com a lei, mas com “la justice en action, et la justice en action est bien voisine de la sainteté, ou plutôt elle en est le premier échelon, la justice n’étant que la charité dans une mesure exacte et limitée, tandis que la sainteté est la charité sans mesure” (*ibid*). Quanto aos juristas, no seio deste grupo o autor distingue, significativamente, entre os juristas ou legistas (“os agrimensores”)<sup>65</sup>, que se ocupam do estudo das leis com um fim interessado, e os jurisconsultos (“os geómetras”), “qui s’y abandonnent avec Amour et y trouvent les mêmes satisfactions intellectuelles que le peintre éprouve devant un beau tableau, ou le sculpteur devant une belle statue [...]” (*ibid*). Seriam justamente os escritos dos jurisconsultos o tesouro precioso, acumulado durante gerações<sup>66</sup>, onde os magistrados poderiam colher os princípios necessários para a interpretação das leis; e, ao mesmo tempo, os que, nas Faculdades de Direito, “frappent les intelligences jeunes et vierges qu’ils doivent endoctriner, par la beauté et la majesté du droit. Il faut qu’ils apprennent à de jeunes hommes, à l’âge heureux où l’on ne se guide encore par aucune pensée intéressée, à aimer la justice pour elle même, comme les jeunes artistes de talent, tant qu’ils sont dans l’atelier du maître et n’ont pas à s’inquiéter des nécessités de la vie, cultivent l’art pour le seul plaisir d’enivrer leur âme des manifestations sensibles du Beau” (pp. 409-419).

As biografias reunidas no livro ilustram este modelo quase sacral de jurisconsulto e de saber jurídico. A piedade religiosa (como no caso de L. A. Marcadé, p. 432), a capacidade de alcançar os princípios do justo (como em Pellegrino Rossi, p. 449), a arte de aprender com os antigos (como em F. C. v. Savigny), tais são as qualidades mais excelsas dos grandes juristas<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> *Les grands jurisconsultes*, Toulouse, E. Privat, 1874.

<sup>65</sup> A diferença entre eles seria a mesma que existe entre um agrimensor e um geómetra (pp. 2-3).

<sup>66</sup> Desde Papiniano a Pothier.

<sup>67</sup> Enquanto que J. Bentham é fortemente atacado pelo seu utilitarismo, mas também, de certo, pela sua hostilidade aos juristas.

Quando Rodière escreve o seu livro, já está em movimento uma nova vaga de antilegalismo.

Na verdade, como refere André-Jean Arnaud<sup>68</sup>, os “exegetas” nunca tinham monopolizado o ensino do direito, já que, a seu lado, sempre, sempre houvera jurisconsultos e filósofos do direito prontos a criticar a orientação anotativa que a reorganização dos estudos jurídicos pretendia impor às Faculdades de Direito francesas.

Do ponto de vista da história das ideias, o movimento anti-exegeta pode ser explicado de várias formas. Por uma referência ao “tradicionalismo” e “espiritualismo” do movimento romântico, que chega a França logo após a Restauração, e que, no domínio do direito, corresponde ao programa teórico da primeira Escola Histórica Alemã; e por influência de uma ideia sistemática do direito, também fomentada pela orientação pandectística da mesma Escola (2.<sup>a</sup> vaga) que, cultivando a sistematização dogmática do direito, transforma o *Volksrecht* da primeira vaga num *Professorenrecht*. Um e outro destes entendimentos do direito eram, de qualquer modo, avessos a um positivismo legalista e, por vias diversas, legitimavam, em contrapartida, um retorno dos juristas ao seu antigo lugar central na criação do direito<sup>69</sup>. Em França, esta influência alemã do “doutrinarismo” alemão manifestou-se, sobretudo, pela receção da obra de um seguidor do método sistemático da Escola Histórica Alemã – Karl Salomon Zachariae<sup>70</sup>. Mas este filão antilegalista também se combina com uma corrente *arrétiste*,

---

<sup>68</sup> *Les juristes face à la société* [...], cit., 63 s.

<sup>69</sup> Cf. António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia* [...], cit., 270 ss. Note-se que, neste meu livro, sou ainda subsidiário da historiografia corrente quanto à apreciação da Escola da Exegese; numa próxima edição, tudo isso terá de ser profundamente revisto.

<sup>70</sup> Karl Salomon Zachariae [von Lingenthal], 1769-1843, *Handbuch des Französischen Civilrechts*, 3 volumes, 1827. A 5.<sup>a</sup> edição, de 1839, foi traduzida em francês pelos professores de Estrasburgo e seus divulgadores em França, Charles Marie Antoine Aubry e Karl Heinrich Rau: *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 3 volumes, Strassbourg, Lagier 1837-1847; mais tarde, 1850: *Le Droit civil français*, 1854-1860. Sobre a influência de Zachariae, v. André-Jean Arnaud, *Les Juristes face à la Société du XIXe Siècle à nos Jours*, Paris: PUF, 1975, 56 s.; sobre a influência em França da Escola Histórica e, nomeadamente, de Savigny, Mikhaïl Xifaras, “L’Ecole de l’Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny”, em Jean-François Kervégan e Heinz Mohnhaupt (orgs.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich. Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne. Drittes deutsch-französisches Symposium vom 16. bis 18. September 1999 in La Bussière / Dijon*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2001, 177-209.

que valorizava a jurisprudência, detetável na obra de um célebre “exegeta” – Jean Charles Florent Demolombe (1804-1887) –, que, em 1851, criará uma *Revue critique (!) de législation et de jurisprudence (!)*. Por outro lado, ainda antes de se verificar a influência do o realismo sociológico ou de um “modernismo”<sup>71</sup> antilegalista e espiritualista – que culmina na obra de François Géný<sup>72/73</sup>, de sentido político claramente conservador, mesmo antiparlamentar – já havia sinais de um criticismo “cientista”, que, retomando a lição de Jean-Jacques Rousseau, retomava a ideia de que o “direito técnico” (ou positivo) tinha de ter como fundamento a natureza do homem, expressa nas ideias de liberdade, progresso e amor (*i. e.*, respeito pela radical liberdade dos outros). Representativo deste liberalismo radical – que tem traços comuns com o de Stuart Mill e se presta, também, a aproximações com o socialismo – é a interessantíssima figura de Émile Accollas (1826-1891), libertário e *communard*<sup>74</sup>, que criticava o *Code civil* como estatizante, opressivo e esclerosante<sup>75</sup>, e o ensino exegetico como

---

<sup>71</sup> Adota a terminologia – não muito comum, mas impressiva, por sublinhar o parentesco destas correntes jurídicas com o anti-racionalismo e anti-racionalismo do “modernismo” na literatura e artes plásticas – de José Calvo González, em “Derecho y Literatura. Anatoliï Fedorovich Koni (1844-1927) (Sobre cultura literaria del Derecho y Cultura jurídica de la Literatura en la Rusia imperial de Alejandro II a Nicolás II)” ([http://www.comparatistas.edu.pt/component/option,com\\_eventlist/Itemid,232/func,details/did,122/](http://www.comparatistas.edu.pt/component/option,com_eventlist/Itemid,232/func,details/did,122/)).

<sup>72</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899; *Science et technique en droit privé positif*, 1914-1924; antologia cómoda, François Géný, *La libertad en le derecho entre certeza e incertidumbre*, org. por María José Bernuz Beneitez e José Ignacio Lacasta Zabalza, Granada, Comares, 2007.

<sup>73</sup> Cf. A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société* [...], cit., 76 ss. (a reação anti-positivista e sobre F. Géný, 120 ss.); também, María José Bernuz Beneitez, *François Géný y el derecho. La luxa contra el método exegetico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006. Sobre os realistas, F. Melleray (org.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

<sup>74</sup> Foi nomeado professor da Faculdade de Direito de Paris pela Comuna, embora não tenha exercido o lugar, pois se manteve na Suíça até 1871. Sobre ele Baudouin Bouckaert, “La tradition juridique en France pendant le 19e siècle: libérale ou étatiste?”, em Henri Lepage et Serge Schweitzer, dir., *De l'ancienne économie à la nouvelle économie*, Librairie de l'Université, Aix-en-Provence, 1987, pp. 35-46.

<sup>75</sup> “[...] le Code civil français appartient aux plus funestes jours de l'Histoire de la France [...] législateurs inattentifs et inhabillles, légistes vulgaires, fermés à l'idée du progrès non moins qu'à celle des Droits véritables, cœurs vides et consciences mortes, les Cambacères, les Portalis, les Tronchet, les Bigot n'adoptèrent dans leur œuvre que l'unique pensée de réagir contre l'esprit de la Révolution” (*Cours de droit civil français [Université de Berne], L'idée du droit*, Paris, Gerner-Baillière, 1871, p. 34).

dogmático e contrário ao princípio do livre exame<sup>76/77</sup>. O que é que isto representava face a um ensino exegetico, expressa-o ele claramente, no seu curso de Berna: “Est-ce pour dire, Messieurs, que nous allons négliger l’étude des textes? En aucune manière. Nous prendrons les textes un à un, dans leur ordre ou dans leur désordre, nous en analyserons chaque phrase, nous en interpréterons chaque mot. Les textes sont un terre-plein dans la science juridique, terre-plein excellent pour apercevoir de là ce qu’est sur chaque matière l’idée du Droit et ce qu’il faut nécessairement que le fait devienne [...] Nous ferons donc aussi l’exégèse, mais nous nous garderons de rester dans les broussailles et dans les marécages de l’interprétation littérale.”<sup>78</sup> Por isso se propõe<sup>79</sup>, afastando-se das teorias decrépitas – individualismo consensualista, historicismo alemão, sociologismo de Comte –, construir uma teoria moral, económica e jurídica baseada na autonomia da pessoa humana (p. vii), que diminuísse cada vez mais o peso do direito, devolvendo a uma moral fundada na ciência positiva da natureza humana (cf. p. 338) a regulação da sociedade (p. 56). Na verdade, para além de ser o instrumento opressor do Estado (ou seja – dirá, antecipando L. Duguit na sua crítica realista aos dogmas da teoria clássica dominante do Estado, não do Povo, mas dos mais fortes), “Que é hoje o direito senão a rotina mais estupidificante e atrasada, uma arte miserável de tornar os textos equívocos, uma sofistica do espírito, talvez a pior de todas!”.

A mesma recuperação da doutrina se verifica em Portugal. Alguns juristas – mais próximos das posições doutrinárias e românticas –, como Basílio Alberto de Sousa Pinto (1793-1881), têm rotundas afirmações sobre a primazia da razão, da natureza “e temperamento dos povos” sobre os efémeros acordos políticos nas câmaras. Outros, mais próximo das posições democráticas – como Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886) –, afirmam os direitos da «filosofia» na configuração das leis. Outros, finalmente, com perfis mais «técnicos» do que «ideológicos», invocam a tradição dogmática dos autores portugueses, pré e pós-liberais

---

<sup>76</sup> Logo na primeira lição do seu curso de direito francês na Universidade de Berna, ele anunciava aos estudantes o seu propósito de “fazer nesta cátedra uma obra de ciência inteiramente livre e estudar convosco as leis à luz da filosofia”, precisando que “esta foi a direcção de todas as minhas investigações, de todos os meus trabalhos, de todo o meu passado; será a de toda a minha vida” (*Cours de droit civil français* [...], cit., 1871, p. 1).

<sup>77</sup> *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de l’homme de 1793*, Paris, A. Maresq Ainé, 1877

<sup>78</sup> *Philosophie de la science politique* [...], cit., p. 12; v. também, pp. 16 e 15.

<sup>79</sup> *Philosophie de la science politique*, cit., p. 83.

– como é o caso de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) ou de Joaquim Homem Correia Teles (1780-1849) –, ou adotam as soluções dos códigos modernos da «maior parte das nações polidas»<sup>80</sup>, nomeadamente do Código prussiano – como se passa com Joaquim H. Correia Teles – ou do Código Napoleónico – como é o caso de Manuel Antonio Coelho da Rocha (1793-1850) e de José Dias Ferreira (1837-1907)<sup>81</sup>.

De tudo o que foi exposto, creio que se pode concluir que, de legalismo, pouco se encontra no século XIX, com exceção de umas efémeras décadas consecutivas às revoluções jacobinas, e sobretudo em França. No caso de outros países, que tiveram as suas revoluções no primeiro quartel do século XIX, o legalismo é ainda menos pronunciado, até pela falta de um corpo de direito legal, já que os códigos surgem, em geral, muitíssimo mais tarde<sup>82</sup>. Surge, é certo, mas no grupo dos juristas práticos – os “agrimensores” –, incapazes de subir às alturas da reflexão dos juriconsultos (os “geómetras”).

A questão que então se pode pôr é a de explicar esta leitura – que tenho por equivocada – da Escola da Exegese.

A questão já foi mais ou menos indiretamente posta, quer por André-Jean Arnaud, no seu livro clássico sobre os juristas na sociedade francesa dos séculos XIX e XX<sup>83</sup>, bem como, mais recentemente, por artigos de M. Xifaras<sup>84</sup> e de L. Husson<sup>85</sup> sobre a Escola da Exegese.

Creio que, por um lado, a imagem legalista da Escola da Exegese é ainda o reflexo da famosa polémica alemã acerca da codificação, em que se confrontavam o progressismo democrático francês – representado por

---

<sup>80</sup> Cujo direito havia sido incorporado nas fontes de direito pátrio pela Lei da Boa Razão (1769).

<sup>81</sup> Sobre esta evolução ulterior v. o meu artigo “Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito”, em Ricardo Marcelo Fonseca e Airton C. Leite Seelaender (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202.

<sup>82</sup> Para Portugal, v. A. M. Hespanha, “Um poder um pouco mais que simbólico [...]”, cit.; e Id., “Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 39(2010), 109-151.

<sup>83</sup> *Les juristes face à la société* [...], cit.

<sup>84</sup> “L’Ecole de l’Exégèse était-elle historique?”, cit.

<sup>85</sup> LEÓN HUSSON, “Análisis crítico del método de la exégesis”, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, pp. 184-196, Paris, Dalloz, 1974. Versão castelhana de Gabriel Limodio (=www.salvador.edu.ar/.../La%20escuela%20de%20la%20Exegesis.pdf), maxime, 75 ss.

Anton Friedrich Thibaut<sup>86</sup> – e o romantismo conservador alemão – representado por C. F. v. Savigny<sup>87</sup> –, o primeiro defendendo o primado do legislador democrático na constituição do direito, o segundo cometendo esta tarefa a um espírito do justo imanente na cultura de cada povo; mas, de facto, erigindo os juristas em arúspice destes sentimentos culturais de justiça, cuja revelação portanto lhes cabia (*Professorenrecht*).

O segundo fator de uma interpretação legalista da “exegese” estará na antipatia dos juristas pela ideia de um direito voluntário, contrária a toda a tradição jurídica do *ius commune* – segundo a sua leitura dominante, apoiada por textos muito conhecidos do *Corpus iuris*<sup>88</sup> – e do jusnaturalismo racionalista. O destinatário principal das críticas era J. J. Rousseau; mas também o voluntarismo da *Convention*, o *Terreur*, o pensamento abstrato e universalista típico dos *idéologues* e, num plano ainda mais ideológico, a república jacobina, antitradicional e anticatólica<sup>89</sup>. Esta recusa do voluntarismo (ou convencionalismo) de Rousseau e dos “democratas” da Convenção leva-os a alastrar a acusação de legalismo a toda a subsequente tradição jurídica de uma França onde, apesar de tudo, na verdade, existiam muitas leis e códigos emblemáticos.

Mais imediatamente, a “lenda negra” da *École de l’Exégèse* tem origem no célebre livro de Julien de Bonnecase, *L’école de l’exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d’après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 1919<sup>90</sup>. O livro de Bonnecase, escrito na sequência da reação neojusnaturalista (digamos, simplificando algo) de R. Saleilles e de François Gény, tinha a intenção de demonstrar que toda a história do direito francês no século XIX se podia explicar pela tensão entre uma corrente inovadora, aberta à vida – que se explicava pela influência da doutrina “científica” alemã – e uma outra

<sup>86</sup> A. F. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814.

<sup>87</sup> FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814.

<sup>88</sup> Ainda que existam outras leituras de sentido diferente, que sublinham a origem pactícia e voluntária do direito (como as que partem da *lex regia de imperio* como fundamento de los poderes político e legislativo). Porém, numa tradição jurídica curada por juriconsultos – nomeadamente, juristas académicos –, estes textos não obtêm o destaque daqueles que sublinham a natureza prudencial do direito.

<sup>89</sup> Nos autores aqui utilizados, isto é muito claro em Locré e Rodière, que fustigam o caráter ímpio das leis revolucionárias sobre a Igreja e sobre a família.

<sup>90</sup> E. DE BOCCARD, Éditeur, 1919; 1924 (“2. éd. entièrement rev. et augm., ornée de quatre portraits en phototypie”).

estéril e conservadora, que identificava o direito com a lei e recusava aos juristas qualquer legitimidade criadora. E não era nada difícil de descobrir que o seu coração estava com a primeira corrente, simplificando grosseiramente a leitura da teoria das fontes e da interpretação da Escola da Exegese<sup>91</sup>. A lição de Bonnacese era, porém, consistente com sentimentos difusos na época, tanto no mundo do direito, como no ambiente ideológico. Parte das elites culturais e políticas europeias passavam por uma fase de revisão dos dogmas do Estado democrático (ou, mais em geral, do *Rechtsstaat*), como ele era entendido na segunda metade do século xx. O primado da lei parlamentar, a democracia sufragista, o laicismo, o igualitarismo (mesmo apenas o jurídico), estavam em discussão; no horizonte perfilavam-se novas formas de conceber o povo, de entender a ligação do povo ao espaço<sup>92</sup>, de valorizar a tradição e a religião, de institucionalizar a representação, de equilibrar elementos racionais com elementos espirituais na definição do governo bom ou justo, de declarar o direito. Neste último plano, o modelo da “declaração maioritária” cedia perante modelos elitistas ou autoritários, que reservavam de novo aos juristas a sua função tradicional de guardiões do direito ou, pelo menos, de conselheiros autorizados dos líderes carismáticos.

Assim, o juízo sobre o legalismo e sobre a Escola da Exegese ganhavam um significado político. Desde logo, no plano da grande política. Para os adeptos de uma “nova ordem”, estes representavam – em princípio, pelo menos, pois havia nisto alguns paradoxos passados e futuros<sup>93</sup> – sintomas da resistência de um paradigma obsoleto, o do Estado democrático, laico, articulado sobre a vontade popular. Para os partidários de um Estado democrático, mais ou menos renovado, o legalismo representava, pelo contrário, o primado da vontade popular, seja sobre soluções politicamente autoritárias, seja sobre modelos de direito “científicos” ou “tecnicistas”, monopolizados por elites académicas. É aqui que surge a outra dimensão do sentido político da avaliação, agora não já no plano da grande política, mas no da política corporativa dos juristas. O projeto de um saber jurídico exegético (ou anotativo, como dizem os anglo-saxões) subordinava os juristas aos políticos. Esse fora, de resto, o principal sentido da política

---

<sup>91</sup> Cf. M. XIFARAS, “L’École de l’Exégèse [...]”, cit., 178; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société* [...], cit., 155.

<sup>92</sup> V., agora, o interessante livro de ANTONIO DE MARINO, *La geopolítica del Novecento. Dai Grandi Spazi delle dittature alla decolonizzazione*, Torino, Mondadori, 2011.

<sup>93</sup> Nem o I Império correspondera a este modelo democrático e jacobino; nem as “novas ordens” políticas haviam de prescindir do *garde fou* de um legalismo autoritário.

do direito durante a Convenção. Em contrapartida, o principal sentido da luta dos juristas franceses depois do Diretório fora precisamente o de recuperar a sua importância decisiva na declaração do direito, como creio que ficou claro. Embora uma coisa não possa ser completamente separada da outra, poderíamos dizer que, independentemente das soluções jurídicas concretas, o que estava em causa era a questão de saber quem dispunha sobre o direito – os políticos (os ideólogos) ou os juristas? Esta era a questão central de política do direito no século XIX e, por isso, ela domina o trabalho jurídico-dogmático, nas áreas fundamentais da teoria das fontes, da interpretação e da integração.

Nos dias de hoje, a questão mantém a sua acuidade. Em traço algo sobrecarregado, poderíamos dizer que o Estado constitucional (que, *grosso modo*, corresponde a uma ideologia liberal de anteposição “dos direitos” ao direito positivado<sup>94</sup>) se mantém em tensão com o Estado democrático, baseado no papel constitutivo da soberania popular. Porém, o desfecho desta tensão não é indiferente a uma política corporativa dos juristas. E, por isso, ganham hoje tanto relevo as oposições entre direito “contra-maioritário” e “direito maioritário”, entre “neoconstitucionalismo” e “constitucionalismo”, entre um ordenamento jurídico “em rede” e um ordenamento jurídico “em pirâmide” (tendo como topo o texto constitucional), entre “princípios” e “regras”. E, enquanto isto estiver em jogo – e como deixará de estar? –, a avaliação historiográfica da Escola da Exegese continuará naturalmente a ser atraída por leituras vinculadas a questões acuais de política do direito.

---

<sup>94</sup> Como já acontecera no período revolucionário, exprimindo-se na tensão entre *liberais e democratas*.