

TENDÊNCIAS TEÓRICO-JURÍDICAS DECORRENTES DA ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO: PANDECTÍSTICA, GERMANÍSTICA E HISTÓRIA DO DIREITO NA CIÊNCIA DO DIREITO POSITIVO ALEMÃO DO SÉCULO XIX

LEGAL THEORY TRENDS AROUSED FROM THE HISTORICAL SCHOOL OF LAW: PANDECTISTS, GERMANISTS AND HISTORY OF LAW IN THE 19TH CENTURY GERMAN SCIENCE OF POSITIVE LAW

KENNY SONTAG*

RESUMO

A Teoria jurídica do século XIX foi marcado pelo surgimento e repercussão da Escola Histórica do Direito, elucubrada na Alemanha, sobretudo por Friedrich Carl von Savigny. Seu objetivo era o desenvolvimento de uma ciência do direito positivo, que conjugava aspectos históricos e sistemáticos, implicando em conceitos jurídicos organicamente ordenados. Manifestava-se como reação ao Direito Natural e seu esquema filosófico, propugnando a fundamentação do Direito no espírito popular nacional. O presente artigo aspira ao exame, a partir desse contexto, das vertentes jurídicas derivadas da adoção dessa metodologia científica, quais sejam, a sistemática e a histórica. Almejou-se tal objetivo por intermédio da pesquisa bibliográfica de proeminentes teóricos da época e de estudos de relevantes juristas atuais. Primeiramente, analisaram-se os modelos sistemáticos da Pandectística e da Sistemática Alemã, expondo-se as suas principais características. A primeira, expressa em uma Jurisprudência dos Conceitos, apresentava justificações

ABSTRACT

The nineteenth century legal theory was marked by the emergence and impact of the Historical School of Law, designed in Germany, mainly by Friedrich Carl von Savigny. Its goal was the development of a science of positive law, which combined historical and systematic aspects, implying organically ordered legal concepts. It manifested a reaction against the Natural Law and its philosophical scheme, maintaining the grounds of the Law in the national popular mind. This article aims to examine, from this context, the legal aspects arising from the adoption of this scientific methodology, namely, the systematic and historical. To accomplish this end, it was inquired the bibliography of the preeminent theorists of that time and of relevant current jurists. First, it was analyzed the Pandectist and the Germanists systematic models, exposing its main features. The former, which expressed a Jurisprudence of Concepts, showed distinct systematic justifications, understanding the legal system as the unity of an organism, similar to the natural

* Aluno do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bolsista pesquisador CAPES.
Email: kennysontag@gmail.com

sistemáticas distintas, compreendendo a ordem jurídica como unidade de um organismo, nos moldes das Ciências Naturais, ou como lógica formal e abstração conceitual. A segunda, que se exprimiu na Germanística, pautou-se pela busca das raízes alemãs bárbaras e medievais, dos elementos idiossincráticos da cultura germânica. Posteriormente, esmiuçou-se sobre a História do Direito como disciplina científica autônoma, que representava de novas técnicas científicas e historiográficas, dedicada tanto ao estudo do Direito Romano como do Direito Germânico. Ante essa exposição, constatou-se uma Teoria do Direito que o identificava como fenômeno histórico, e que era eminentemente idealista, positivista, abstrata e organicamente sistematizada.

PALAVRAS-CHAVE: Escola Histórica do Direito. Direito como Ciência. Sistema Jurídico. Pandectística. Sistemática Alemã. História do Direito.

sciences, or as formal logic and conceptual abstraction. The latter was characterized by the search of German barbarous and medieval roots, the idiosyncratic elements of German culture. Subsequently, it was investigated the History of Law as an autonomous scientific discipline, which represented new scientific and historiographical techniques, dedicated both to the study of Roman law as to the German law. Through this explanation, a Theory of Law that identified the Law as a historical phenomenon and that was eminently idealist, positivist, abstract and organically systematic was perceived.

KEYWORDS: German Historical School of Law. Law as Science. Legal System. Pandectists. German Systematic. History of Law.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- Romanística e Germanística Sistemáticas. 2.1- Pandectística e Jurisprudência dos Conceitos. 2.2- Ciência Sistemática do Direito Alemão. 3- História do Direito (*Rechtsgeschichte*). 4- Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Direito como fenômeno social, que conforma uma ordem impositiva, reitora das relações desenvolvidas no substrato da coletividade e preservadora da sua existência pacífica, de formas muito diversas já foi concebido¹. Elucubram-no com um perfil histórico-científico eminentes juristas alemães do século XIX, reafirmando um contexto de aprimoramento filosófico e historiográfico, proporcionado pelo Romantismo (*Romantik*)² e

1 COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Traducción de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961, p. 32.

2 O Romantismo foi um movimento multifacetado e composto por diversas fases. Sinteticamente, propunha repensar os alicerces do Iluminismo, quais sejam, racionalismo e universalismo, indicando elementos irracionais, contingentes e particulares. Vide BEISER, Frederick C. *The Romantic Imperative*. Cambridge:

Historismo (*Historismus*)³.

A Escola Histórica do Direito, que protagonizou a Ciência do Direito Positivo, fundou-se em uma metodologia desmembrada entre elementos históricos e sistemáticos, segundo elucubrou o seu grande idealizador, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)⁴.

Harvard University Press, 2003, p. 23 et seq.; BEISER, Frederick C. *The Fate of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1987; THILLY, Frank. Romanticism and Rationalism. *Philosophical Review*. v. 22, n. 2. New York: Longmans, Green, and Co., 1913, p. 107 et seq; COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Filosóficos da Interpretação do Direito: o Romantismo*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012, p. 9 et seq.

- 3 O Historismo iniciou uma nova metodologia historiográfica, de cunho cientificista, pautada em um maior rigor da análise das fontes, seguindo o que havia proposto a Ciência da Antiguidade (*klassische Altertumswissenschaft*). Não se confunde com Historicismo, referido sobretudo na obra de Karl Popper. Vide IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century*. Hanover: University Press of New England, 1997, p. 23 et seq.; FUCHS, Eckhardt. Conceptions of Scientific History in the Nineteenth-Century West. In: WANG, Q. Edward; IGGERS, Georg G. (orgs.). *Turning Points in Historiography*. Rochester: The University of Rochester Press, 2002, p. 147 et seq.; HARRISON, Robert; JONES, Aled; LAMBERT, Peter. Methodology 'Scientific' History and the Problem of Objectivity. In: LAMBERT, Peter; SCHOFIELD, Phillipp (orgs.). *Making History*. London: Routledge, 2004, p. 26 et seq.; KROLL, Wilhelm. *Geschichte der klassischen Philologie*. Berlin: Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919, p. 106 et seq.; GUDEMAN, Alfred. *Grundriss der Geschichte der klassischen Philologie*. Leipzig: B. G. Teubner, 1907, p. 185 et seq.; BURSIAN, Conrad. *Geschichte der klassischen Philologie in Deutschland von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 1. Hälfte. München: R. Oldenbourg, 1883, p. 517 et seq.; BENTIVOGLIO, Julio. A Historische Zeitschrift e a Historiografia alemã do Século XIX. *História da Historiografia*. n. 6. Ouro Preto: Edufop, 2011, p. 81 et seq; PAYEN, Pascal. A Constituição da História como Ciência no Século XIX e seus Modelos Antigos: Fim de uma Ilusão ou futuro de uma Herança? *História da Historiografia*. n. 6. Tradução de Gustavo de Azambuja Feix. Revisão de Emanuella Gonçalves Santos. Revisão de tradução de Patrícia Chittioni Ramos Reuillard. Revisão técnica de Temístocles Cezar. Ouro Preto: Edufop, 2011, p. 114 et seq.; GOOCH, G. P. *History and Historians in the Nineteenth Century*. 2. ed. London: Longmans, Green, and Co., 1913; GONZALEZ, Wenceslao J. The Many Faces of Popper's Methodological Approach to Prediction. In: CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (orgs.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004, p. 87 et seq.; POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*. Tradução de Octany S. da Motta e Leonidas Hegemberg. São Paulo: Edusp, 1980.
- 4 Vide SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. Herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Metodologia Juridica*. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Of the Vocation of our age for Legislation*

Destacavam-se a produção jurídica como resultante da evolução histórica, formatada pelo espírito popular, e o seu caráter racional, que possibilitava a sistematização conceitual.

O cientificismo jurídico contrapunha-se ao Direito Natural (*Naturrecht*) e ao Iluminismo alemão (*Aufklärung*), que apregoavam um Direito abstrato, universal e suprapositivo, assentado na razão⁵. Opunha-se, portanto, ao movimento de codificação, iniciado no século XVIII, cuja pretensão era construir um sistema normativo que abarcasse integralmente a realidade, expressando um positivismo legal (*Gesetzpositivismus*). A esse fato, soma-se a persistente ogeriza ao modelo iluminista francês, enunciado no *Code Napoleon* (1804), também decorrente dos conflitos das guerras napoleônicas.

Propunha-se, em contrapartida, a formulação de um Direito Positivo conforme a filosofia kantiana da autonomia da vontade individual e da ordem jurídica como instrumento garantidor da liberdade⁶. Buscava-se, concomitantemente, a promoção das características idiossincráticas do espírito popular alemão (*Volksgeist*), manifestadas sobretudo nos costumes e fontes não legislativas, promovendo o nacionalismo em um período em que

and Jurisprudence. Translated by Abraham Hayward. London: Littlewood & Co., 1831; SAVIGNY, Friedrich Carl von Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815.; SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des huetigen römischen Rechts*. 1. Band. Berlin: Veit und Comp. 1840; ou SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System of the Modern Roman Law*. v. 1. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

5 Vide BEISER, Frederick C. *The German Historicist Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 214-215; e BEKKER, Immanuel. *Ueber den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*. Heidelberg: J. Hörning, 1886, p. 3 et seq.; KRAMPE, Christoph. *Privatrecht. Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Verlag Herder, 1988, p. 574. Sobre a relação entre a Escola Histórica e o direito natural vide KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Versión completa y directa del alemán por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 390 et seq.; e KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao longo da História. In: KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 93 et seq.

6 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 658.

a Alemanha se encontrava desmembrada em diversos Estados.

Ante essa reconstrução contextual, o presente artigo aspira à exposição dos desmembramentos jurídicos da consolidação da Escola Histórica do Direito na Alemanha. Destarte, primeiramente, examinar-se-á a vertente sistemática, constituída pela Pandectística e a Germanística, que realizavam pesquisas históricas com a finalidade de atualização, respectivamente, do Direito Romano e do Direito Germânico praticado desde o período bárbaro. Posteriormente, analisar-se-á a História do Direito, que, por sua vez, apropriou-se da metodologia historiográfica da época, apresentando pretensões de cientificidade.

3. ROMANÍSTICA E GERMANÍSTICA SISTEMÁTICAS

A denominada dimensão sistemática designou a dogmática jurídico-científica, cujo foco era o direito privado. Romanistas e Germanistas disputavam a posição de reais detentores dessa ciência. Aqueles procederam a uma sistematização da Ciência Pandectística e esses, intensamente conectados ao Romantismo, devotavam-se ao Direito Germânico como ciência da antiguidade alemã e os domínios relegados pela Pandectística⁷.

2.1. PANDECTÍSTICA E JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS

O movimento de sistematização pautado no Direito Romano foi nominado de *Pandektenwissenschaft* ou *Pandektismus* (Pandectística). Sua origem se encontra no alindamento do método sistemático pelos juristas conceituais⁸, culminando na aplicação prática do Direito Romano justinianeu, como direito comum ale-

7 Podem-se citar o direito imobiliário, o direito comercial, os títulos de crédito e a teoria das pessoas jurídicas. Vide WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 430.

8 Sobre o surgimento do sistema das Pandectas vide SCHWARZ, Andreas B. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 42. Band. Romanistische Abteilung. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1921, p. 578 et seq.; KAUFMANN, Arthur. *op. cit.*, p. 167 et seq.

mão de proveniência romana⁹. Engendrou-se um Direito abstrato, formulado em categorias lógicas, desprovido de contingências fáticas, em um sistema lógico-dedutivo, organicamente coerente e composto de primordiais conceitos jurídicos¹⁰.

Assim sendo, pretendeu-se isolar conceitos básicos, purificá-los, e organizá-los logicamente em um sistema autopoietico, apre-goando-se uma jurisprudência dos conceitos (*Begriffjurisprudenz*)¹¹. O postulado sistemático da época assumia a filosofia alemã idealista e o critério da racionalidade inerente como garantidor da verdade científica¹². No entanto, acepções diversas foram elaboradas por renomados juristas conceituais, como Georg Friedrich Puchta (1798-1846) e Rudolf von Jhering (1818-1892).

A unidade do sistema poderia ser expressa de duas formas distintas. Por um lado, poder-se-ia entender como unidade de um organismo e, por outro, como conceito abstrato, lógica formal. No primeiro caso, concatenando filosoficamente as doutrinas de Hegel e Schelling, os elementos integrantes do sistema seriam conduzidos em torno de um centro, fundado em si próprio, em uma relação circular. No segundo, seguir-se-ia uma formulação piramidal, havendo um conceito supremo e geral, ocupante de seu vértice, que subsumiria todos os demais, em espécies e subespécies¹³.

Puchta, que foi discípulo de Savigny e seu sucessor na universidade de Berlin (Humboldt), adotou a ideia da imprescindibilidade dos métodos histórico e sistemático, destacando especialmente o

9 Vide a definição de WINDSCHEID, Bernhard. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. 1. Band. Düsseldorf: Julius Buddeus, 1862, p. 1-2; ou WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. v. 1. Parte I. Traduzione di Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1902, p. 1-2. Vide também REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 418-419.

10 Vide GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 168.

11 Sobre a ideia de um sistema auto-produtivo, vide MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 34 et seq.

12 LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1960, p. 16; ou LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21.

13 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 17-18; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 22-23.

último, no modelo da pirâmide conceitual, “*Begriffspyramide*”. O sistema jurídico não seria uma coerência que interliga partes do Direito, mas seria a própria essência do Direito, organizando conceitos positivos em sua relação interna e hierárquica, deduzindo-se logicamente do geral o particular¹⁴.

Nos dois volumes de *Gewohnheitsrecht* (1828-1837), Puchta assimilou a doutrina do *Volksgeist*, concordando com a guarda pelos juristas letrados do Direito emanado do espírito do povo. O jurista, instruído cientificamente, seria o criador de normas jurídicas a partir dos conceitos, detendo o monopólio da teoria e prática do Direito¹⁵. Portanto, o sistema seria capaz de gerar normas jurídicas, teria um caráter produtivo.

Diferentemente de Savigny, Puchta identificava três fontes jurídicas dessemelhantes e autônomas, não compreendendo a prevalência do direito consuetudinário. Haveria o direito do costume, derivado diretamente do povo (*Gewohnheitsrecht*), o direito legislado (*promulgirtes Recht* ou *Gesetzesrecht*) e o direito da ciência legal dos juristas (*Juristenrecht* ou *Professorenrecht*)¹⁶.

Sucintamente, a tarefa dos juristas seria proceder a uma genealogia de conceitos, extraíndo racionalmente conceitos inferiores por sua subsunção a conceitos superiores. Haveria um conceito supremo, do qual todos os demais descenderiam hierarquicamente, conformando a pirâmide conceitual. O conceito supremo teria uma origem filosófica, cujo conteúdo se aproximava da ideia de liberdade kantiana, fixando-se no direito subjetivo e no sujeito de direito.

O que PUCHTA (...) designa por «genealogia dos conceitos» não é, assim, outra coisa senão a pirâmide de conceitos do sistema

14 PUCHTA, Georg Friedrich. *Cursus der Institutionen*. 1. Band. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841, p. 100; ou PUCHTA, Georg Friedrich. *Corso delle Istituzioni*. 1. ed. v. 1. Traduzione di A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854, p. 2-3.

15 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 455-456.

16 PUCHTA, Georg Friedrich. *Das Gewohnheitsrecht*. 1. Theil. Erlangen: Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1828, p. 78. Vide também PUCHTA, Georg Friedrich. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 5. Auflage. 1. Band.. Herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1862, p. 37 et seq.

construído segundo as regras da lógica formal. PUCHTA entende que possui o «conhecimento sistemático» reclamado por ele, quem «consegue seguir, tanto no sentido ascendente como no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios que participam na sua formação». (...) A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (...); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele «forçosamente» todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (...). A «genealogia dos conceitos» ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo.¹⁷

Através desse empreendimento, revelar-se-iam proposições jurídicas ocultas do espírito nacional, que ainda não haviam irrompido por si só na comunidade ou na legislação, sendo descobertas apenas pela dedução científica. Intentou Puchta, justamente, implementar esses ideais na sistematização do Direito Romano, em *Lehrbuch der Pandekten* (1838) e nos três volumes de *Cursus der Institutionen* (1841-1847)¹⁸. A ênfase na razão desvelando o Direito aproximou, ainda que não se tratasse de mera especulação e sim de formalismo científico, a visão apresentada pelo jusracionalismo. Resultou-se, embora inconscientemente, em um apartamento da ciência jurídica com a realidade social, política e moral do Direito, questionando-se se as instituições seriam manifestações reais ou tipos idealizados¹⁹. Em razão disto surgiram, posteriormente, movimentos opostos, fundados na ciência empírica da realidade social.

Na primeira fase de seu pensamento, Rudolf von Jhering²⁰, também era adepto da jurisprudência dos conceitos, porém, elabo-

17 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 19-20; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 24-25.

18 Vide PUCHTA, Georg Friedrich. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1838; e PUCHTA, Georg Friedrich. *op. cit.*, (1841); ou PUCHTA, Georg Friedrich. *op. cit.*, (1854).

19 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 457-458; REIMANN, Mathias. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*. v. 31, issue 4, n. 4. Boston: Boston College Law School, 1990, p. 861.

20 Sobre a mudança de pensamento de Jhering, vide LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 42 et seq.; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 55 et seq.; LOSANO, Mario G. *Studien zu Jhering und Gerber*. 2. Teil. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984, p. 29 et seq., 150 et seq.;

rou-a mediante o aludido sistema como organismo vivo. Existiria um conjunto orgânico de conceitos, que poderia ser apanhado pela observação e indução, recorrendo-se à metodologia característica das ciências naturais²¹.

A partir da metade do século XIX, passou-se a entender que a substância do Direito Romano já havia sido absorvida, podendo ser utilizada de maneira mais livre e mesmo ser repelida quando exigidas respostas para problemas atuais²². Ainda que estimasse o Direito Romano Clássico, Jhering divulgou nos quatro volumes de *Geist des römischen Rechts* (1852-1865) a percepção de que cada época tem sua originalidade, não se limitando a uma cópia do passado²³. Na verdade, o projeto de Jhering visava à absorção da essência do Direito Romano, seu espírito e não de sua substância, para aplicá-la a uma ciência natural do Direito²⁴.

As primeiras palavras de introdução ao *Geist des römischen Rechts* pouco deixam ainda transparecer a este respeito. «Nós partimos – diz JHERING (I, pág. 12) – da concepção, hoje prevalecente, do Direito como um organismo objectivo da liberdade humana» - o que soa a PUCHTA, se não mesmo a STAHL. Surpreendente é já, porém, a afirmação (I, pág. 13) de que, ao falar-se aqui de organismo, se entende atribuir «ao Direito as qualidades de um produto da

RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«. 1. Teil. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*. n. 5. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2004, p. 128 et seq.; RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«. 2. Teil. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*. n. 6. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2005, p. 122 et seq.

- 21 HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003, p. 277.
- 22 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 862.
- 23 JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts*. 1. Theil. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852, p. 38-39; ou JHERING, Rudolf von. *O Espírito do Direito Romano*. v. 1. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, p. 43.
- 24 Vide uma análise da época sobre a teoria de Jhering em MERKEL, Adolf. Jhering. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena: G. Fischer, 1893, p. 6 et seq.; ou MERKEL, Adolf. Jhering. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 115 et seq.

natureza»; e que isto não é um simples modo de dizer, mas algo que JHERING toma ao pé da letra (...). Mais espantoso é, todavia, que JHERING compare logo a seguir e por duas vezes (I, págs. 40 e 41) o Direito como uma «máquina», quando para o pensamento romântico, em que SAVIGNY tem necessariamente de incluir-se, o «organismo», que imagina informado por uma «força constitutiva» interna, está no pólo oposto do «maquinismo», que é feito e mantido em movimento por uma mão alheia. A utilização indiscriminada de imagens que mutuamente se repelem, como «organismo» e «máquina», é significativa da despreocupação filosófica de JHERING, se bem que, no geral, ele se atenha à de organismo (compreendida, evidentemente, em sentido «naturalístico»), pois a ideia de máquina, mais conforme com o seu modo de pensar do segundo período, assoma neste apenas marginalmente.²⁵

Frente a um paulatino despojamento da referência no Direito Romano, ampliou-se, gradativamente, a influência das ciências física, química e biologia no âmbito jurídico. Essa nova tendência, por conseguinte, foi encarnada por Jhering, que propôs uma metodologia histórico-natural, em uma modificação do paradigma historiográfico até então seguido. Pensou-se, então, em uma ciência histórico-jurídica natural²⁶.

O método histórico-natural seria composto de etapas de desconstrução e construção de proposições jurídicas, em seus elementos lógicos, para inicialmente purificá-las e, posteriormente, recombina-las, extraindo-se, ao final, normas jurídicas conhecidas ou novas²⁷. Primeiramente, haveria a análise de desarticulação lógica da complexidade de uma norma em elementos individuais. Em seguida, ocorreria a concentração de conceitos fundamentais a partir desses elementos individuais. Por fim, realizar-se-ia a articulação lógica, a construção de um sistema através da organização dos elementos e conceitos obtidos segundo as suas interações internas²⁸.

25 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 23; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 30-31.

26 EIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 862.

27 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 23; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 31.

28 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 863. Vide LOSANO, Mario G. *op. cit.* (1984, 2. Teil), p. 114 et seq.

Assim, a função sistemática consolidaria o Direito como ciência não na dispersão de diversas proposições jurídicas, mas em reduzidos corpos simplificados, através dos quais seria possível reconstruir essas proposições quando necessário. Isso permitiria uma simplificação e a possibilidade de crescimento interno do Direito, pois constituído de conceitos criativos, que se reproduziriam em novos conceitos²⁹.

Os conceitos elementares provindos do exame e da abstração se aproximariam das letras do alfabeto. O alfabeto repousaria na desagregação, desdobrando-se de combinações de sons singulares da linguagem, sendo que a descoberta desses sons bastaria para se construir qualquer palavra. O que a palavra seria para linguagem, seriam as relações jurídicas para o Direito, devendo-se, em ambos os casos, descobrir seus integrantes e organizá-los em um alfabeto³⁰.

Deu-se azo, ainda, à comparação da Ciência Jurídica com a Química. Jhering afirmou o Direito como química jurídica que procura os corpos simples, sublimando conceitos e transfigurando-se de um estado inferior de agregação a um estado superior. O método histórico-natural indicaria os conceitos como corpos jurídicos de existência necessária, que “existem porque não poderiam não existir”³¹.

O mecanismo de construção de conceitos desenhado por Jhering, alicerçando-se nas ciências naturais, pautou-se na indução, não havendo uma justificação das normas jurídicas decorridas logicamente. No pensamento de Puchta, entretantes, existiriam um conceito e fundamento prévio do Direito Positivo³². Tanto em

29 JHERING, Rudolf von. *op. cit.* (1852), p. 28-29; ou JHERING, Rudolf von. *op. cit.* (1943), p. 37-38.

30 JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts*. 2. Theil. 2. Abtheilung. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858, p. 306, 359 et seq. Vide também LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 24; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 32.

31 „(...) er existirt, weil er nicht nicht-existiren kann (...)“ (JHERING, Rudolf von. *Unsere Aufgabe. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 1. Band. Jena: Friedrich Mauke, 1857, p. 18; vide desde a página 1, principalmente a página 10). Vide JHERING, Rudolf von. *op. cit.* (1858), p. 390 et seq.

32 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 24; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 31.

um quanto em outro, porém, retirou-se o foco da dependência da autoridade jurídico-científica na documentação histórica, na prática ou utilidade social, fixando-se na conexão lógica da totalidade do sistema. “O Direito não mais era um produto da história, mas uma criatura da lógica”³³.

A jurisprudência conceitual (*Begriffjurisprudenz*) dominou a ciência jurídica alemã a partir da metade do século XIX, representando o prestígio assumido pela teoria original de Savigny. Haviam sido absorvidos os fundamentos desta, como o enfoque na lei positiva, o esforço no estudo do passado e o sistema jurídico de estruturas inerentes. Nesse sentido, a Ciência do Direito Positivo alemão integrava a Escola Histórica, ainda que a maioria dos juristas romanistas não mais conjuntamente perseguisse a metodologia histórica e sistemática. As doutrinas de Jhering e Puchta causaram uma ruptura dessa unidade, dividindo os estudos em jurídico-dogmáticos e de história do direito³⁴.

Em 1848 ocorreram revoluções em vários Estados que conformavam a Confederação Alemã (*Deutscher Bund*), formada ainda em 1815 pelo Congresso de Viena. A *Märzrevolution*, marcada por um forte nacionalismo, manifestou o anseio por reformas da tradicional estrutura política, jurídica e burocrática estatal. A *Pandektenwissenschaft* se vinculou à vertente dogmática, que visava a apresentar inovações legais para responder a essa conjuntura da época. Demandava-se uma atuação mais incisiva e não uma perspectiva contemplativa ou classicista, a qual era favorecida pelos trabalhos de Savigny. Atacaram-se o domínio do Direito Romano e a ideia de lento e gradual desenvolvimento orgânico do Direito, mesmo em razão da ascensão da burguesia, com o fomento do comércio e da industrialização. Propalou-se um maior dinamismo, que não poderia ser conferido pela Teoria Histórica do Direito³⁵.

Por esse motivo, os romanistas conduziram a Ciência do Direito a um sistema jurídico prático e conceitual. A jurisprudência

33 “The law was no longer a product of history, but a creature of logic” (REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 864).

34 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 864.

35 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 865.

formatada nos conceitos permaneceu porque os elementos básicos do Direito poderiam ser sintetizados das proposições jurídicas, o que reduziria a sua matéria e a tornaria mais inteligível e útil³⁶. Constituir-se-ia, desse modo, um sistema lógico, completo, previsível, independente de fatores externos e através do qual novas normas poderiam ser criadas³⁷.

Comungando em sua maioria com o sistema conceitual e formal de Puchta³⁸, os juristas pandectistas aplicaram os ideais dogmáticos elaborando grandes tratados de direito privado. Suas doutrinas adquiriram muita repercussão e foram celebradas internacionalmente³⁹. Verdadeiras obras magnas foram produzidas.

36 JHERING, Rudolf von. *op. cit.* (1858), p. 342.

37 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 865.

38 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 25; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 34.

39 A Pandectística exerceu dominadora influência sobre a Europa meridional, a Hungria e a Grécia. Na Bélgica, foi introduzida por auxílio de Leopold August Warnkönig (1794-1866), autor de *Institutiones juris Romani privati* (1819), discípulo de Savigny. Na Itália, teve importância no movimento de unificação (1861-1870), pela retomada da romanística. Na França, houve influência mais comedida, em razão das rivalidades com a Alemanha. Na Rússia e nos países escandinavos repercutiu o seu caráter metodológico. Na Dinamarca, o jurista e primeiro-ministro Anders Sandøe Ørsted (1778-1860) tinha Savigny como referência. Na Suíça, as doutrinas pandectistas foram incorporadas por Friedrich Ludwig Keller (1799-1860), discípulo de Savigny e autor de *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht* (1827), *Der römische Civilprozess und die Actionen* (1852), *Institutionen* (1861) e *Pandekten* (1861); Johann Kapar Bluntschli (1808-1881), autor de *Privatlisches Gesetzbuch* (1853-1856) e *Obligationenrecht* (1887); Johann Jakob Bachofen (1815-1887), também discípulo de Savigny; e Eugen Huber (1849-1923). Na Áustria, a Escola Histórica se desenvolveu com Adolf Exner (1841-1894); Joseph Unger (1828-1913); e com Ludwig Mitteis (1859-1921). Na Inglaterra, a metodologia jurídica continental foi acessada por John Austin (1790-1859), Frederic William Maitland (1850-1906), Frederick Pollock (1845-1937) e William Searle Holdsworth (1871-1944). Ainda no século XIX, e também posteriormente, o modelo de codificação da Europa central, marcado pelos dogmáticos pandectistas, alcançou o Oriente e a América Latina. Vide KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 377-378; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 506-507. Sobre sua influência no Brasil, vide MARQUES, Cláudia Lima. Cem Anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 13/14. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997, p. 71 et seq.; SILVA, Almiro do Couto e. Romanismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 13/14. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997, p. 7 et seq.

Jhering escreveu a *Culpa in Contrahendo* (1861), defendendo a existência de deveres precontratuais, e *Über den Grund des Besitzschutzes* (1868), sobre o instituto da posse. Carl Ludwig Arndts (1870/71-1878) publicou o bastante divulgado *Lehrbuch der Pandekten* (1852). Karl Adolph von Vangerow (1808-1870) obteve destaque com suas lições na universidade de Heidelberg e com a elaboração dos três volumes de *Lehrbuch der Pandekten*, que contou com inúmeras edições.

Christian Friedrich Koch (1798-1872), aluno de Savigny, foi autor de *Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitz nach preußischem Recht im Vergleich mit dem gemeinem Recht* (1826) e *Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts* (1845). Franz Förster (1819-1878) publicou os dois volumes de *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts* (1865-1866) e *Preußisches Grundbuchrecht* (1872). Karl Georg Wächter (1797-1880) procurou introduzir a pandectística no direito legislado de Württemberg nos dois tomos de *Geschichte, Quellen und Literatur des Württembergischen Privatrechts* (1839-1842) e nos três volumes de *Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte* (1845-1846), tendo também formulado os dois volumes de *Pandekten* (1880-1881).

Aloys von Brinz (1820-1887), professor na universidade de München, foi um dos maiores propagadores da dogmática alemã e autor de *Zur Lehre von der Kompensation* (1849) e dos quatro volumes de *Lehrbuch der Pandekten* (1857). Heinrich Dernburg foi um dos maiores expoentes da Pandectística e escreveu os três tomos de *Lehrbuch des preußischen Privatrechts* (1871-1880) e o famoso *Pandekten* (1884). Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) apresentou uma rica casuística jurídica e publicou *Die prozessualische Konsumption* (1853) e os dois tomos de *System des heutigen Pandektenrechts* (1886-1889)⁴⁰.

Provavelmente, entretanto, o autor mais citado e conhecido, devido a sua formulação harmônica, contundente e lógica e ao influxo jurisprudencial e legislativo, foi Bernhard Windscheid (1817-

40 Vide KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 376-377; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 508-509.

1892). Em sua obra mais reconhecida, os três tomos de *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870), a conceituação e exposição das normas jurídicas foram delineadas de modo bastante criterioso, hierarquizado e sistematizado, ordenando o intrincado Direito Positivo.

Pelos motivos mencionados, esse tratado adquiriu uma autoridade prática inigualável. Como a codificação era inexistente, as instâncias jurisdicionais fizeram uso desse manual científico para fundamentar suas decisões. Além de suprir a falta da lei, os manuais pandectistas também auxiliavam para garantir uma maior uniformidade de tratamento jurídico, pois não havia órgão judiciário de cúpula com competência para todo o território confederado⁴¹.

O carácter pessoal que se manifesta nesta obra de Windscheid documenta o persistente vigor moral do positivismo científico. O antigo conceito de dever de Kant, o sentido do direito e da ordem da primeira burguesia, um estrito sentido da forma, mesmo um sentido espiritual da beleza formal; tudo isto se reúne nesta obra clássica, ademais decorada por uma linguagem clara e dignificante. Adepto do conceito rigoroso e adversário de uma política do direito que servisse apenas os interesses, Windscheid era isto não apenas em virtude de uma concepção da vida distante e fria (relacionada, na verdade, com os seus próprios traços caracteriológicos), mas também em virtude de uma recusa moral, ética e cultural da partidarização obrigatória do trato político quotidiano.⁴²

Pode-se afirmar que Windscheid foi um dos últimos a sintetizar a Pandectística e a viver o período cultural decorrente da composição entre o Iluminismo e o Romanitismo, apresentando em seus trabalhos, como em *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (1904), um sentido ético-jurídico. O Direito não seria um fato, como uma determinação legislativa, mas algo reconhecido previamente pela comunidade jurídica e decorrente da “razão dos povos”⁴³, desenvolvido racionalmente na história⁴⁴.

41 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 510; REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 866-867.

42 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 510-511.

43 WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1862), p. 37-38; ou WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1902), p. 50-52.

44 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 26; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 34.

Seguindo Savigny e Puchta, Windscheid entendia a Ciência Jurídica como histórica e racional, porém, racionalidade subjetiva, como vontade qualificada do legislador. Ensejado foi um positivismo legal racionalista, que, em seu íntimo, identificava o Direito com a lei, sendo que esta não seria mero arbítrio e sim materialização da vontade racional do legislador. Cria-se em um legislador histórico idealizado, cuja vontade seria, ao mesmo tempo, “fato histórico-psicológico” e vontade racional⁴⁵.

A interpretação da norma legal deveria considerar o sentido que o legislador as designou, as circunstâncias em que este estava inserido e os fins que este almejava, tratando-se de uma “investigação histórico-empírica” da sua vontade⁴⁶. No entanto, haveria ainda uma abertura da margem interpretativa, pois essa atividade teria que resultar em algo adequado. Sendo o legislador racional, a interpretação do texto normativo não poderia ser vazia, portanto, complementava, em certos casos, o pensamento daquele, ou mesmo, imaginava-o⁴⁷.

Quanto às lacunas, a sua integração não ocorreria através de um hipotético Direito Natural, mas pelo Direito como um todo ou o “espírito do todo jurídico”. Pressupunha-se este, ao invés de “somatório de imperativos”, como uma “unidade de sentido objetiva”, que poderia ser deduzida, ainda que na ausência de disposição expressa, sobremaneira pela analogia, encontrando-se a verdadeira vontade do legislador⁴⁸. “O que paira por detrás disto é a ideia da imanente racionalidade do Direito como organismo espiritual, como um todo objectivo do ponto de vista do sentido, por pouco que esta ideia se harmonize com o psicologismo e positivismo legalista prevalentes em Windscheid”⁴⁹.

45 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 25-26; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 34-35.

46 WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1862), p. 47-48; ou WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1902), p. 63-65.

47 WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1862), p. 49 e 51; ou WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1902), p. 66 e 68; LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 27; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 36.

48 WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1862), p. 54; ou WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1902), p. 72-73.

49 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 28; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), pp. 36-37.

A teoria da interpretação de Windscheid exprime a sua compreensão de sistema, já que o verdadeiro sentido de uma norma seria revelado pelos conceitos jurídicos. Esses seriam apreendidos em sua completude na sua desarticulação e reagrupamento, revelando as relações intrínsecas das proposições jurídicas⁵⁰. Destarte, sistema seria irremediavelmente lógico, composto de conceitos elementares e decorrentes em uma ordem hierárquica, em cujo cume estaria, assim como em Puchta, ainda que com conteúdo diverso, o direito subjectivo.

No vértice da pirâmide do Direito privado coloca WINDSCHEID, tal como PUCHTA, o conceito de direito subjectivo. Mas, em vez de uma derivação ética desse conceito, apresenta uma definição que só pretende ter que ver com a psicologia. É sabido que considera o direito subjectivo como um «poder da vontade» conferido pela ordem jurídica a uma pessoa. (...) como ele (*Windscheid*) compreende a «vontade» não já como categoria ética, mas antes como categoria psicológica, depara-se-lhe a «dificuldade» de poder existir também um direito subjectivo «independentemente de um efectivo querer do titular». (...) WINDSCHEID supõe que a vontade que prevalece no direito subjectivo (...) não é a do titular, mas a da ordem jurídica (como se esta fosse uma real vontade psicológica!): só a actuação do comando que favorece o titular é que a ordem jurídica terá feito depender da decisão deste último (...). Desta maneira, a tónica desloca-se, para WINDSCHEID, da possibilidade do domínio sobre um objecto (...) para a possibilidade de se impor juridicamente uma injunção da ordem jurídica contra outrem, o que ele designa por «pretensão».⁵¹

O direito subjectivo vinculado à ideia de pretensão (*Anspruch*) teria ocasionado um esvaziamento de sentido conceitual, uma vez que não explicitaria o núcleo dos institutos jurídicos em geral, mas a perspectiva subjetiva da particularidade, de um conjunto de mecanismos de exclusão dos demais. Contudo, ainda que os conceitos fossem apropriados superficialmente, a sua substância

50 WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1862), p. 55-56; ou WINDSCHEID, Bernhard. *op. cit.* (1902), p. 74-75.

51 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 28-29; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 37-38.

elementar era pressuposta por Windscheid e mesmo pelos juristas da época, o que fazia com que se encaixassem dentro sistema⁵².

Em suma, a *Pandektenwissenschaft* apresentou certas artificialidades. Opositora mortal do jusracionalismo, esta acabou por reproduzir, essencialmente, sua metodologia, baseada no raciocínio por categorias abstratas, e sua ênfase na ideologia individualista⁵³. Havia individualismo, porque se concebia a sociedade como atos de vontade de sujeitos originariamente livres, e formalismo relativista, primando-se pela garantia da liberdade individual sem se definir axiologicamente e normativamente o seu modo de exercício⁵⁴.

Sob a óptica social e política a abstração formal pandectista se apartou da realidade, visto que concretizaria um sistema de verdades jurídicas eternas, não tendo se ocupado dos novos conflitos que apareceram⁵⁵. Por outro lado, sustentava uma neutralidade e objetividade na análise dos fenômenos políticos e sociais, e nas respostas dirigidas a conflitos nesses âmbitos. Disso decorria a legitimação de uma administração centrada na racionalidade, independente dos valores debatidos ou dos indivíduos envolvidos. Do mesmo modo, reagiu-se contra o uso político do Direito, sendo as categorias legais dependentes do direito doutrinal (*Professorenrecht*)⁵⁶.

Finalmente, a ciência sistemática pandectista foi imprescindível, ainda que também houvesse participação da germanística, na elaboração do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), cuja entrada em vigor ocorreu em 1900. O próprio Windscheid havia participado da comissão inicial. Esse diploma, posteriormente classificado de forma legislada do tratado pandectista de Windscheid⁵⁷, foi marcado por uma ideia de sistema composto de

52 LARENZ, Karl. *op. cit.* (1960), p. 30; ou LARENZ, Karl. *op. cit.* (1997), p. 39.

53 GROSSI, Paolo. *op. cit.*, p. 169.

54 HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, p. 281; MENGONI, Luigi. *op. cit.*, p. 29 et seq.

55 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 867.

56 HESPANHA, António Manuel. *op. cit.*, p. 282.

57 „[E]in in Gesetzesparagrafen gebrachtes Windscheidsches Pandektenlehrbuch“ (KLEINHEYER; SCHRÖDER apud REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 867).

conceitos interrelacionados por operações lógicas, e assumiu os ideais pandectistas da precisão conceitual, coerência sistemática e consistência lógica^{58 59}.

2.2. CIÊNCIA SISTEMÁTICA DO DIREITO ALEMÃO

A Germanística incluída estava na Escola Histórica do Direito desde seu exórdio, cooperando na primeira edição da *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, em 1815. Inicialmente atuou de forma harmônica com a Romanística, compartilhando, com poucas ressalvas, da Teoria da Ciência histórica e sistemática do Direito Positivo de Savigny. A diferença entre a Germanística e a Romanística residia, basicamente, no material de estudo⁶⁰.

Efetivamente, a orientação germânica se conectou com maior evidência à filologia alemã e ao ideal romântico da pesquisa do particular e característico da nação. Obteve destaque também em áreas do direito privado relegadas pela Pandectística. Conquanto, por insistir em considerar o Direito Romano uma criação estrangeira antiquada e, em certa medida, anacrônica, o embate com os romanistas foi implacável.

O paulatino distanciamento da Pandectística com a sensibilidade e exigências dos novos fenômenos sociais, conjuntamente, contribuiu para que a Germanística se detivesse na conformação de um sistema jurídico moderno, assentado no direito genuinamente alemão. Repisava-se a independência do Direito Germânico, cuja origem remontaria à Idade Média.

Outro ponto nevrálgico concernia na divergência sobre o papel do *Volksgeist* na composição do Direito. Enquanto Savigny e

58 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 867.

59 Para mais detalhes sobre os dogmas da jurisprudência dos conceitos vide HESPANHA, Antônio Manuel. *op. cit.*, p. 282-284. Sobre o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) vide GROSSI, Paolo. *op. cit.*, p. 175 et seq.; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 536 et seq.; ASHTON, Walter. A História da Elaboração do BGB Alemão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 31. Porto Alegre : Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013, p. 223.

60 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 868; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 461-460 et seq.

os romanistas representavam o auge da manifestação do espírito do povo no direito doutrinal dos juristas letrados (*Professorenrecht*), os germanistas inferiam-no no direito consuetudinário com um veraz sentido popular. Essa designação de costume como Direito se coadunava com seu caráter alemão e de continuidade histórica. À vista disso, o método histórico possuía mais relevo para a Germanística do que para a Romanística⁶¹.

Karl Friedrich Eichhorn (1781-1853) foi um dos precursores do germanismo alemão. Nos quatro tomos de *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (1808-1823), que já indicava uma não restrição do movimento ao direito privado, sintetizou-se os estudos históricos do Direito Alemão até então procedidos. Concomitantemente, aventava a concreção de um sistema orgânico formal, apoiado nas normas históricas do Direito Alemão, para a prática do direito privado da atualidade⁶². Essa intenção sistemática se revelou em *Einleitung in das Deutsche Privatrecht* (1823)⁶³.

Jacob Ludwig Karl Grimm (1785-1863), que, embora jurista, atuou nos campos da linguística germânica, filologia e etnografia, foi a encarnação do primeiro romantismo na Germanística. Trabalhou na compilação de contos populares, na recuperação do passado alemão e da função do Direito na cultura alemã, como elemento da consciência humana nas relações sociais. Colaborou, desse modo, na construção do perfil nacional alemão nos dois tomos de *Kinder- und Haus-Märchen* (1812-1815), em coautoria com Wilhelm Grimm; em *Von der Poesie im Recht* (1816); em *Deutsches Wörterbuch* (1838); e nos dois volumes de *Geschichte der deutschen Sprache* (1848)⁶⁴.

As tensões entre a Germanística e a Romanística foram progressivamente se intensificando, sobretudo nas Revoluções de 1848 (*Märzrevolution*), quando tomaram partidos opostos.

61 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 868-869.

62 EICHHORN, Karl Friedrich. Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815, p. 124 et seq.

63 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 461.

64 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 463.

Ocorreram protestos nacionalistas e românticos contra o Direito Romano, encarando-se o direito justineanu como fruto de um regime despótico, cuja implantação em solo alemão teria extinguido direitos e liberdades populares gozadas durante o medievo. Surgiram exigências democráticas e nacionalistas de codificação⁶⁵.

Uma tal ideologização do problema da recepção só se tornou possível com a Escola Histórica. Ela ensinou a descobrir não só a historicidade do direito, mas também nessa historicidade a sua vital existência social; também a participação directa dos cidadãos no Estado, a historicidade e a dignidade cultural da existência nacional foram sentidas pela primeira vez por ela como realidades relacionadas entre si. (...) a Escola Histórica carregou a questão com um empenhamento de natureza política: ela viu, pela primeira vez, na recepção um destino que seria o de eles próprios, ou seja, que seria o destino da nação tal como eles a compreendiam historicamente; por isso, ela tornava os cidadãos responsáveis não apenas pelo seu presente, mas também por cada visão incorreta ou falsa do passado nacional. Então, a recepção passou a ser discutida com a cegueira própria de uma revolta inútil contra as condições da existência individual e nacional.⁶⁶

Nesse contexto, um dos autores germanistas que mais se sobressaiu foi Carl Georg Christoph Beseler (1809-1888). Este jurista, sob influxo inicial da teoria do Direito e do Estado de Hegel, através de Niels Nikolaus Falck (1784-1850) e August Ludwig Reyscher (1802-1880), demonstrou um interesse pela política judiciária e pela concepção jurídica atual do povo. Depõem sobre esse desvelo suas obras de direito privado alemão, como os três tomos de *Lehre von den Erbverträgen* (1835-1840), sobre pactos sucessórios, e os três volumes de *System des Gemeinen deutschen Privatrechts* (1847-1855) e *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), que enfatizaram o caráter corporativo do direito alemão.

Em *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), Beseler criticou o *Gewohnheitsrecht* (1828-1837) de Puchta e afirmou que a recepção do Direito Romano, em que pese ter conservado uma proximidade

65 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 869-870; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 464.

66 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 464-465.

jurídica nacional, causou um antagonismo entre o direito popular (*Volksrecht*) e o direito dos juristas (*Juristenrecht*). O direito popular seria reconhecido tanto historicamente como na organização social atual⁶⁷. Visava, inclusive, a alertar para o perigo do monopólio do Direito pelos juristas letrados, que poderia acarretar em uma letargia do Direito para com os cidadãos⁶⁸.

Karl Friedrich von Gerber (1823-1891), inspirado em Puchta, aprofundou um viés científico-formal do direito privado alemão, incluindo a Germanística no campo da dogmática abstrata e da sistematização científica. Em *Wissenschaftliches Princip des gemeinen deutschen Privatrechts* (1846) e *System des deutschen Privatrechts* (1848), concebeu uma ordem jurídica positiva sistemática e conceitual pautada no direito alemão, contrapondo-se à Pandectística⁶⁹.

Os esforços germanistas não interromperam a preponderância da Romanística. Resultaram, porém, em grandes tratados, quase hegemônicos, sobre direito comercial, especificamente quanto ao direito societário, títulos de crédito e direito patrimonial da família. Isso ficou evidente nos trabalhos de Otto von Gierke (1841-1921), especialmente nos quatro tomos de *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913).

Gierke se filiou ao modelo jurídico conceitual, desenvolvendo pesquisas históricas voltadas a formulação de conceitos elementares, dos quais seriam derivadas normas jurídicas. Em seus tratados, o direito societário e as associações apresentavam uma característica coletivista do Direito Alemão, o que contrastaria com o individualismo do Direito Romano.

O legado germanista foi, enfim, altamente apreciado no exterior, sobremaneira por ingleses e americanos, e teve a importante

67 BESELER, Georg. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1843, p. 59 e 62.

68 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 467-468.

69 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 461-462. Vide as cartas trocas entre Jhering e Gerber e uma análise geral de sua obra em LOSANO, Mario G. *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*. 1. Teil. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984; e LOSANO, Mario G. *op. cit.* (1984, 2. Teil), p. 130 et seq.

finalidade de evitar uma codificação estritamente marcada pelo romanismo. Ao final, manteve sua atribuição de destacar o Direito Alemão genuíno ao longo do século XIX e mesmo do século XX⁷⁰.

3. HISTÓRIA DO DIREITO (*RECHTSGESCHICHTE*)

A Escola Histórica aglutinava na Ciência do Direito Positivo as esferas histórica e sistemática. Todavia, o seu caráter dogmático percebia o estudo histórico instrumentalmente, como uma ferramenta para a descoberta dos conceitos jurídicos, que seriam organizados em um sistema⁷¹. Associando-se a isso o gradual formalismo da abstração de um sistema lógico atemporal, houve uma prefacial preterição a trabalhos voltados ao passado em si, à História do Direito propriamente dita⁷².

Investigações histórico-jurídicas foram favorecidas desde o início do século XIX, sobretudo em relação ao Direito Romano, mas a sua autonomia se consolidou apenas a partir da segunda metade deste século⁷³. Aproximavam-se, tanto os juristas romanistas quanto os germanistas, da filologia, do positivismo, e da promoção de um refinamento dos métodos críticos da *Altertumswissenschaft*⁷⁴. Havia uma maior presença da historiografia científica rankeana⁷⁵ do que das teorias de Puchta e Windscheid, buscando-se o estabelecimento e a interpretação de verdades fáticas. A produção de compilações e edições das fontes originais e de tratados de História do Direito foi distintiva da sua atuação.

Barthold Niebuhr (1776-1831) foi um dos primeiros a publicar escritos propriamente históricos de cunho jurídico e a

70 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 871.

71 KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 381.

72 KOSCHAKER, Paul. *op. cit.*, p. 383, 402.

73 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 872.

74 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 475 et seq.

75 Leopold von Ranke (1795-1886) foi uma dos maiores historiadores do século XIX e sua atuação foi relevante no processo de cientifização da História. Vide BEISER, Frederick C. *op. cit.* (2011), p. 253.

aplicar o método científicista. Nos três volumes de *Römische Geschichte* (1811-1832), alicerçou o protótipo dos escritos histórico-científicos a ser perseguido e principiou uma série de análises sobre a constituição romana. Não obstante, ainda havia a necessidade prévia de reunião das fontes para que um tratamento científico da História do Direito fosse possível.

Em 1816, foi descoberto por Niebuhr, na biblioteca da Catedral de Verona, um manuscrito quase completo das Institutas de Gaio. Editado em alemão quatro anos depois, esse documento causou uma revolução, pois pouco se sabia da sua existência e por ter sido o primeiro texto originário do período clássico romano a ser encontrado⁷⁶.

O cardeal e filólogo italiano Angelo Mai (1782-184), que trabalhou na Biblioteca Ambrosiana em Milano em 1813 e na Biblioteca Apostolica Vaticana em 1819, editou durante essa época diversos fragmentos de juristas, políticos e personalidades romanas, como as orações jurídicas *Pro Scauro*, *Pro Tullio* e *Pro Flacco* de Marcus Tullius Cicero⁷⁷.

Gustav Ernst Heimbach (1810-1851), docente na universidade de Leipzig, e seu irmão Karl Wilhelm Ernst Heimbach (1803-1865), professor na universidade de Jena, divulgaram vários textos romanos. O primeiro elaborou os sete tomos de *Basilica* (1833-1870) e *Über Ulpian's Fragmente* (1834), e o segundo publicou *De basilicorum origine fontibus hodierna conditione atque nova editione adornanda* (1825) e *Basilicorum cum iure Justiniano* (1828).

Friedrich Bluhme (1797-1874), catedrático na universidade de Bonn, empenhou-se em desvendar a compilação justinianeia do Digesto em *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln* (1820) e *Dissertatio de geminatis et similibus quae in Digesten inveniuntur capitibus* (1820).

Adolf August Friedrich Rudorff (1803-1873), discípulo de Savigny e importante historiador do Direito, foi um dos primeiros

76 Vide a carta enviada por Niebuhr a Savigny relatando a descoberta em BUNSEN, Chevalie; BRANDIS; LORBELL (orgs.). *The Life and Letters of Barthold George Niebuhr*. New York: Harper & Brothers, 1852, p. 319 et seq.

77 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 476.

a pesquisar os editos pretórios, tendo formulado os dois tomos de *Römische Rechtsgeschichte zum akademischen Gebrauch* (1857-1859) e *Edicti perpetui quae reliqua sunt* (1869)⁷⁸.

O recolhimento do material histórico permitiu que fossem formulados tratados de História do Direito. Joseph Rubino (1799-1864), professor na universidade de Marburg, e Georg Philipp Eduard Huschke (1801-1886), docente na universidade de Rostock, seguindo a linha de Niebuhr, trataram da constituição romana, escrevendo, respectivamente, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte* (1839); e *Studien des römischen Rechts* (1830) e *Die Verfassung des Könige Servius Tullius* (1838).

Friedrich Ludwig Keller (1799-1860), apropriando-se das Institutas de Gaio, estudou o processo civil clássico em *Ueber Litiskontestation und Urteil* (1827) e *Der römische Zivilprozess und die Aktionen* (1883).

August Boeckh (1785-1867) investigou o direito público ateniense nos dois tomos de *Die Staatshaushaltung der Athener* (1817).

Karl Eduard Zachariae von Lingenthal (1812-1894) se dedicou ao direito bizantino, principalmente o posterior a Justiniano, em *Jus Graeco-Romanum*, cujo primeiro volume foi publicado em 1856, e *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* (1892)⁷⁹.

Entretanto, os mais relevantes juristas historiadores desta época foram Theodor Mommsen (1817-1903) e Otto Lenel (1849-1935). Este ficou conhecido pela reconstrução do importante documento de Direito Romano dos pretores, o qual publicou em *Das edictum perpetuum* (1883), e pela pesquisa da organização jurídica romana a partir desse texto no dois volumes de *Palingenesia juris civilis* (1887-1889).

Mommsen foi o grande cientista da antiguidade e personalidade cultural alemã desse período. Sua obra, que influenciou o direito civil e impactou no Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), deve ser compreendida na sua perspectiva do formalismo jurídico-científico. Seus principais livros foram os três volumes de

78 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 476-477.

79 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 476-477.

Römische Geschichte (1854-1856), sobre a História das diversas fases de Roma, os três tomos de *Römisches Staatsrecht* (1871-188), ainda hoje uma das maiores referências no direito público romano, e *Römiches Stafrecht* (1899) sobre o direito penal romano. No campo das fontes, Mommsen trabalhou proficuamente nas compilações do Digesto (*Digesta Iustiniani Augusti*), com uma edição crítica em dois tomos (1868-1870), do *Corpus Iuris Civilis* (1889), e do Codex Theodosianus (1905), todos conjuntamente com Paul Krüger (1840-1926)⁸⁰.

A verdadeira emancipação da História do Direito, contudo, só pode ocorrer quando a Pandectística se afastou das fontes romanas e com a codificação do direito privado, coincidindo com a concepção, iniciada em 1881, do *Bürgerliches Gesetzbuch*. Foram introduzidos novos métodos e domínios de estudo, sobretudo, após *Das edictum perpetuum* (1883) de Otto Lenel.

Assim, Ludwig Mitteis (1859-1921) se concentrou no direito imperial romano no Oriente em *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (1891), e Otto Gradenwitz (1860-1935) nas interpolações às Pandectas em *Interpolationen in den Pandekten* (1887). Ambos se dedicaram também à papirologia, respectivamente em *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* (1912), em parceria com Ulrich Wilcken (1862-1944), e *Einführung in die Papyruskunde* (1900)⁸¹.

O resultado foi o aprofundamento e alargamento dos campos de investigação até então existentes: a) Perto da técnica de edição adoptada da filologia clássica e continuamente aperfeiçoada ao longo do séc. XIX (...) situa-se a crítica das fontes justinianeias – cuja necessidade apenas foi sentida por uma imposição historicista do direito romano- a chamada *pesquisa interpolacionística* que, através de repetidas crises, se corrigiu e se precisou e foi patenteando camadas cada vez mais profundas dos textos e da história do direito romano. b) A descoberta, publicação, leitura e aproveitamento de inúmeros achados documentais da arqueologia do próximo oriente (...) trouxe à luz um material incomensurável de leis, documentos

80 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 478.

81 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 479-480.

processuais e negociais de diversos milênios e culturas jurídicas. (...) As consequências destas descobertas científicas foram o aparecimento de novos ramos da história do direito da antiguidade e a possibilidade inesgotável de comparações; por fim, a relativização da anterior preeminência normativa do direito romano e a visão, na verdade falsa, de uma história universal da antiguidade, na qual a tradição humanista pedagógica e dogmática do direito romano se haveria de dissolver por completo. c) Uma série de ciências auxiliares, como a arqueologia antiga, a história das religiões, a lingüística e ainda a sociologia geral do direito e a chamada jurisprudência etnológica fortaleceram ainda estas tendências (...) e tornaram mais seguro o instrumental do historiador do direito.⁸²

Na Germanística, os juristas historiadores, que estavam predominantemente ligados ao nacionalismo e romantismo, encaçaram os romanistas, mas com uma assunção precoce dos métodos histórico-científicos da *Altertumswissenschaft*. Deu-se isso em virtude de estarem mais distanciados da Pandectística e livres frente às fontes da antiguidade germânica e da Idade Média. Como inexistia uma fonte de autoridade centralizada no Direito Germânico, a prefacial ocupação se destinou à pesquisa dos materiais originais da História do Direito Alemão⁸³.

Em 1919, Heinrich Friedrich Karl Reichsfreiherr von Stein (1757-1831), impressionado pela historiografia nacionalista romântica, fundou o *Monumenta Germaniae Historica*. Este foi um projeto que visava a coletar, ordenar e criticar as fontes jurídicas alemãs e que se deteve sobretudo ao decurso temporal medieval.

Jacob Grimm (1785-1863), aluno de Savigny, juntou-se a essa busca escrevendo *Deutsche Rechtsalterthümer* (1828) e os quatro volumes de *Weisthümer* (1840-1863), tratando este da tradição jurídica oral alemã.

Karl Gustav Homeyer (1795-1874), professor na universidade de Berlin (Humboldt), publicou os três volumes de *Sachsenspiegel* (1827), que continha fontes do direito saxão, e *Die Haus- und Hofmarken* (1870), sobre os usos comerciais teutônicos.

82 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 480-481.

83 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 873; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 481-482.

Karl Otto Johannes Theresius Freiherr von Richthofen (1811-1888) investigou o material jurídico e a história da Frísia em *Friesische Rechtsquellen* (1840), *Lex Frisionum* (1863) e nos quatro volumes de *Untersuchungen über friesische Rechtsgeschichte* (1880-1886).

Erwin Nasse (1829-1890), que foi político e economista, pesquisou as comunidades agrárias medievais inglesas em *Über die mittelalterliche Feldgemeinschaft in England* (1869).

Julius Ficker (1826-1902) tratou das fontes do direito sucessório do leste germânico em *Untersuchungen zur Erbfolge der ostgermanischen Rechte* (1891).

Konrad Heinrich von Maurer (1823-1902) se ocupou com a história do direito nórdico, mormente da Islândia, em *Die Entstehung des isländischen Staates und seiner Verfassung* (1852) e nas de cinco partes de *Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte* (1907-1910), de publicação póstuma.

Karl Zeumer (1849-1914) estudou fórmulas do Direito Alemão em *Formule* (1882-1886) e o direito constitucional do Império alemão em *Quellensammlung zur Geschichte der deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit* (1907).

Heinrich Brunner (1840-1915) compôs trabalhos a respeito da origem do júri em *Die Entstehung der Schwurgerichte* (1872) e da história do Direito Alemão nos dois tomos de *Deutsche Rechtsgeschichte* (1887-1892) e em *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte* (1901).

Karl von Amira (1848-1930) se devotou aos elementos basilares do Direito Germânico nos cinco tomos de *Grundriß des germanischen Rechts*, e ao direito obrigacional do norte germânico nos dois volumes de *Nordgermanisches Obligationenrecht* (1882-1895).

Felix Leibermann (1851-1925) se aplicou no exame das fontes históricas anglo-normandas e do direito legislado anglo-saxão respectivamente em *Anglonormannische Geschichtsquellen* (1879) e nos três tomos de *Die Gesetze der Angelsachsen* (1903-1916).

Andreas Heusler (1865-1940) se voltou ao direito penal islandês em *Das Strafrecht der Isländersagas* (1911) e à história

islandesa em *Altisländisches Elementarbuch* (1913) e *Die Anfänge der isländischen Saga* (1914)⁸⁴.

Desenvolve-se a História do Direito independente da dogmática jurídica, com autonomia metodológica e científica, sepultando-se a intenção histórica desta última como Ciência do Direito Positivo⁸⁵. No entanto, os diversos ramos decorrentes do panorama jurídico alemão do século XIX apresentados, a Pandectística, a Ciência Sistemática do Direito Alemão moderno e a História do Direito românica e germânica, integravam a Escola Histórica.

Verdadeiramente, existia uma grande variedade intelectual e muitos juristas nem mesmo podem ser enquadrados em uma dessas categorias ou participavam de mais de uma. Destaca-se, contudo, que não havia uma total separação dessas direções do Direito no século XIX, mas uma conexão e núcleo comum, identificado no ideal de uma Ciência Jurídica⁸⁶.

4. CONCLUSÃO

O Direito alemão do século XIX, no modelo como concebido pela Escola Histórica do Direito, apresentou como atributo primordial uma compreensão histórico-cientificista. No encaixe dos elementos essenciais constitutivos da Ciência do Direito Positivo alemã do século XIX, depreende-se que, em que pese a sua unidade conceitual, convencionalmente estabelecida pelos juristas da época, havia disformidade de sua configuração. A manutenção da nomenclatura *Rechtswissenschaft*, todavia, não foi mero acaso proveniente de letargia, e demonstra o compartilhamento de objetivos e ideias comuns, que remontam à teoria jurídico-histórica de Savigny.

Definitivamente, subjaziam os ideais de Direito como decorrência histórica e de Direito sistemático, na sua combinação. Da dimensão histórica, desdobrou-se a percepção de Direito como

84 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 874; WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 483.

85 WIEACKER, Franz. *op. cit.*, p. 484.

86 REIMANN, Mathias. *op. cit.*, p. 874.

fenômeno cultural, contingente e resultante de um processo prolongado no tempo, contrapõe-se ao Direito Natural. Representava, assim, um condicionamento reativo contra o racionalismo puro e a retomada do classicismo romanista ou do idealizado passado medieval alemão. Por conseguinte, o Direito não seria simplesmente uma criação da vontade humana, o que poderia embasar uma visão mais restritiva da codificação.

A transitoriedade histórica do Direito implicaria na sua compreensão como constante processo de aprimoramento, analisado sob uma perspectiva orgânica e positiva, voltada a uma finalidade sistemática. O aperfeiçoamento do Direito rumaria conforme princípios orgânicos, capazes de reconhecer uma ordem interna regular. O caráter histórico da Ciência Jurídica a conduziria à positividade, pois o Direito Positivo expressaria a historicidade do espírito popular. Ainda que, posteriormente, a sistemática jurídica se tenha apartado do âmbito histórico do Direito, remanesce esse entendimento de histórico no senso positivista.

O fim perseguido pelas perquirições históricas seria a formatação do sistema jurídico. Da organização sistemática de conceitos, inferir-se-ia uma ordenação de Direito Positivo. Diferenciava-se, substancialmente, portanto, do paradigma sistêmico do Direito Natural. Este era especulativo e subjetivo, enquanto aquele, era pautado em fatos da realidade histórica, objetivo e, portanto, elaborado cientificamente.

No entanto, a estruturação sistemática da Escola Histórica, gradativamente, assumiu pretensões de atemporalidade, perfeição e completude. O sistema jurídico seria composto pela totalidade dos elementos necessários para a derivação de qualquer norma jurídica. Essas características, contraditoriamente, aproximavam a concepção de sistema jurídico à tradição do racionalismo, prevalecente quando da hegemonia do Direito Natural.

Respaldado na organicidade e coesão interna, o sistema jurídico seria qualificado pelo progresso, a possibilidade de se complementar, teria o condão de, por si mesmo, produzir normas jurídicas antes inexistentes. A integridade sistemática era garantida pela exclusiva expansão interna do sistema, o que também afastaria a exigência de direito legislado para inovar na ordem jurídica.

Ante o explanado, repisam-se importantes apanágios da Escola Histórica do Direito: o positivismo, o idealismo e o formalismo. Positivismo pela visão do Direito como realidade cultural, coligido nas normas jurídicas historicamente consolidadas, nas expressões populares, que podiam ser descritas, mas não prescritas. As normas existiam, devendo ser identificadas e acomodadas em um sistema, não eram derivadas de deliberação.

O idealismo marcou a crença da existência da plenitude de um conjunto orgânico no variado e anárquico Direito Positivo, que englobava fatores bastante díspares, composto por leis locais, Direito Romano, costumes e *usus modernus pandectarum*. O entender a verdade como exteriorização da realidade, nesse sentido, permitiu a união do histórico com o sistemático.

A despeito do idealismo, houve um positivismo formalista em sua execução. Tinha-se um conceito formal de Direito e empregava-se uma metodologia lógico-formal. Alicerçava-se na doutrina kantiana de separação entre direito e moral e na coexistência de esferas de liberdade individual. Destarte, o Direito não se vinculava a conceitos de justiça ou finalidades sociais. Tratava-se apenas da determinação de delimitações abstratas e formais de um âmbito de liberdade e segurança individual.

REFERÊNCIAS

ASHTON, Walter. A História da Elaboração do BGB Alemão. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 31. Porto Alegre : Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2013.

BEISER, Frederick C. *The Fate of Reason*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

_____. *The German Historicist Tradition*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

_____. *The Romantic Imperative*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

BEKKER, Immanuel. *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule*. Heidelberg: J. Hörning, 1886.

BENTIVOGLIO, Julio. A Historische Zeitschrift e a Historiografia alemã do Século XIX. *História da Historiografia*. n. 6. Ouro Preto: Edufop, 2011.

BESELER, Georg. *Volksrecht und Juristenrecht*. Leipzig: Weidmann'sche Buchhandlung, 1843.

BUNSEN, Chevalie; BRANDIS; LORBELL (orgs.). *The Life and Letters of Barthold George Niebuhr*. New York: Harper & Brothers, 1852.

BURSIAN, Conrad. *Geschichte der classischen Philologie in Deutschland von den Anfängen bis zur Gegenwart*. 1. Hälfte. München: R. Oldenbourg, 1883.

CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (orgs.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Fundamentos Filosóficos da Interpretação do Direito: o Romantismo*. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofia del Derecho*. Traducción de Juan Manuel Mauri. Barcelona: Ariel, 1961.

EICHHORN, Karl Friedrich. Ueber das geschichtliche Studium des Deutschen Rechts. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815.

FUCHS, Eckhardt. Conceptions of Scientific History in the Nineteenth-Century West. In: WANG, Q. Edward; IGGERS, Georg G. (orgs.). *Turning Points in Historiography*. Rochester: The University of Rochester Press, 2002.

GONZALEZ, Wenceslao J. The Many Faces of Popper's Methodological Approach to Prediction. In: CATTION, Philip; MACDONALD, Graham (orgs.). *Karl Popper Critical Appraisals*. New York: Routledge, 2004.

GOOCH, G. P. *History and Historians in the Nineteenth Century*. 2. ed. London: Longmans, Green, and Co., 1913.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

GUDEMAN, Alfred. *Grundriss der Geschichte der klassischen Philologie*. Leipzig: B. G. Teubner, 1907.

HARRISON, Robert; JONES, Aled; LAMBERT, Peter. Methodology 'Scientific' History and the Problem of Objectivity. In: LAMBERT, Peter; SCHOFIELD, Phillipp (orgs.). *Making History*. London: Routledge, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia – Síntese de um Milénio*. Mem Martins: Europa-América, 2003.

HUGO, Gustav. *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*. Berlin: August Mylius, 1823.

IGGERS, Georg G. *Historiography in the Twentieth Century*. Hanover: University Press of New England, 1997.

JHERING, Rudolf von. *Geist des römischen Rechts*. 1. Theil. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1852.

_____. *Geist des römischen Rechts*. 2. Theil. 2. Abtheilung. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1858.

_____. *Unsere Aufgabe. Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. 1. Band. Jena: Friedrich Mauke, 1857.

_____. *O Espírito do Direito Romano*. v. 1. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KAUFMANN, Arthur. A Problemática da Filosofia do Direito ao longo da História. In: _____.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

_____.; HASSEMER, W. (orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica e coordenação de António Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

KOSCHAKER, Paul. *Europa y el Derecho Romano*. Versión completa y directa del alemán por Jose Santa Cruz Teijeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

KRAMPE, Christoph. *Privatrecht. Staatslexikon*. Herausgegeben von der Görres-Gesellschaft. 7. Auflage. 4. Band. Freiburg: Verlag Herder, 1988.

KROLL, Wilhelm. *Geschichte der klassischen Philologie*. Berlin: Vereinigung wissenschaftlicher Verleger, 1919.

LAMBERT, Peter; SCHOFIELD, Phillipp (orgs.). *Making History*. London: Routledge, 2004.

_____. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin: Springer Verlag, 1960.

_____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber*. 1. Teil. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984.

_____. *Studien zu Jhering und Gerber*. 2. Teil. Ebelsbach: Rolf Gremer, 1984.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem Anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. v. 13/14. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1997.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.

MERKEL, Adolf. Jhering. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*. Jena: G. Fischer, 1893.

_____. *Tres Vidas Ilustres: Hugo, Savigny e Jhering*. Traducción de Norberto Gorostiaga. Buenos Aires: Depalma, 1945.

PAYEN, Pascal. A Constituição da História como Ciência no Século XIX e seus Modelos Antigos: Fim de uma Ilusão ou futuro de uma Herança? *História da Historiografia*. n. 6. Tradução de Gustavo de Azambuja Feix. Revisão de Emanuella Gonçalves Santos. Revisão de tradução de Patrícia Chittoni Ramos Reuillard. Revisão técnica de Temístocles Cezar. Ouro Preto: Edufop, 2011.

POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*. Tradução de Octany S. da Motta e Leonidas Hegemberg. São Paulo: Edusp, 1980.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Corso delle Istituzioni*. 1. ed. v. 1. Traduzione di A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1854.

_____. *Cursus der Institutionen*. 1. Band. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1841.

_____. *Das Gewohnheitsrecht*. 1. Theil. Erlangen: Palm'schen Verlagsbuchhandlung, 1828.

_____. *Lehrbuch der Pandekten*. Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1838.

_____. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. 5. Auflage. 1. Band. Herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff. Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1862.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIMANN, Mathias. Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*. v. 31, issue 4, n. 4. Boston: Boston College Law School, 1990.

RÜCKERT, Joachim. Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«. 1. Teil. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*. n. 5. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2004.

_____. Der Geist des Rechts in Jherings »Geist« und Jherings »Zweck«. 2. Teil. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*. n. 6. Frankfurt: Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2005.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm. Herausgegeben von Gerhard Wesenberg. Stuttgart: K. F. Koehler, 1951.

_____. *Of the Vocation of our age for Legislation and Jurisprudence*. Translated by Abraham Hayward. London: Littlewood & Co., 1831.

_____. *Metodologia Jurídica*. Traducción de J. J. Santa-Pinter. Buenos Aires: Depalma, 1979.

_____. *System des huetigen römischen Rechts*. 1. Band. Berlin: Veit und Comp. 1840.

_____. *System of the Modern Roman Law*. v. 1. Translated by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

_____. *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

_____. Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. 1. Band. Berlin: Nicolaischen Buchhandlung, 1815.

SCHWARZ, Andreas B. Zur Entstehung des modernen Pandektensystems. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. 42. Band. Romanistische Abteilung. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1921.

Recebido em 06/06/2014.

Aprovado em 09/12/2014.