

O centenário do *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*

The Centenary of the Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif

LUÍS LUISI

Professor Titular do Curso de Mestrado em Direito-ULBRA
Professor livre docente e do Curso de Especialização em Direito Penal, da Faculdade de Direito/UFRGS

RESUMO

Passados mais de cem anos da publicação do “*Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé Positif*”, a crítica ao fetichismo da lei escrita e codificada, bem como a necessidade de ampliação das fontes do direito, constantes na obra de François Géný, continuam tão atuais quanto na época de sua publicação, em que ainda predominava o espírito legalista da Escola da Exegese.

Palavras-chave: Metodologia do Direito, História do Direito, François Géný.

ABSTRACT

After over one hundred years of the publication of the “*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*”, the critique to the fetichism of the written and codified law, as well as the need of enlarging the sources of law, as found in the work of François Géný, continue as updated as at the time of its publication, when the legalist spirit of the exegesis school still ruled.

Key words: Methodology of Law, History of Law, François Géný.

1 Faz mais de cem anos- 1899- da publicação do “Méthode d’interpretation et sources en Droit Privé Positif”, de François Geny. Esta obra daria um novo enfoque ao problema das fontes do direito e a matéria pertinente à interpretação.

Como acertadamente sustentou Recasens Siches, quando em 1899 apareceu o Méthode dominava na França e na Europa Continental em geral, o entendimento que *as disposições dos Códigos, especialmente a do Código Civil, continham todas as regras necessárias para resolver qualquer problema jurídico.*¹ Deve-se ao Mestre de Nancy ter sustentado que a lei não era a única fonte do direito, e que ao intérprete cabia, também, com a “libre recherche scientifique”, buscar o direito no âmago da realidade natural e social.

2 Os pensadores iluministas no século XVIII postularam a criação de uma ordem jurídica de *poucas, claras e simples leis*, para usarmos a expressão de Rousseau.² Também sustentaram os enciclopedistas, enfática e zelosamente, que só ao Poder Legislativo incumbia elaborar, como também interpretar as leis. Ao Judiciário caberia tão-somente aplicá-las. A função judicial se restringia tão-somente ao mecanismo de um silogismo: a premissa maior é a lei, a premissa menor os fatos comprovados, e a sentença, a conclusão.

Consectário deste enfoque foi o famoso Decreto nº 1624, editado na França em agosto de 1790, que previu o Instituto do Referée, segundo o qual inexistia uma lei que regulasse um caso concreto, ao Juiz cabia pedir à Assembléia a elaboração da lei que pudesse disciplinar essa espécie. Ainda em 1790- como expressão desta linha de legalismo extremado- foi criado, pelas leis de 27 de novembro e 1º de dezembro, na França, o Tribunal de Cassação, independente do Poder Judiciário, e ao qual cabia *cassar*, isto é, anular *toda a sentença que contivesse uma violação expressa do texto da lei*.

Quando se procurou, todavia, elaborar o Código Civil, em obediência ao determinado pela Assembléia Francesa em 1790, Cambeceres, ao apresentar o seu primeiro projeto, em agosto de 1793, à Convenção Nacional, e seu terceiro projeto em junho de 1795 ao Conselho dos Quinhentos, expressamente reconheceu a absoluta impossibilidade de elaboração de um Código, completo e definido, capaz de prever todos os casos ocorrentes da realidade social.

¹ RECASÉNS SICHES, Luís. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. México: Porrúa, 1963. Tomo 1, p. 27.

² ROUSSEAU, Jean Jacques. *Considerations sur le gouvernement de Pologne*. Paris: Garnier, 1960. p.342

Outro sentido não têm as palavras de Jean Etienne Marie Portalis em seu famoso discurso preliminar ao projeto de Código Civil Francês, pronunciado em agosto de 1801: *as necessidades da sociedade são tão várias, a comunicação entre os homens, tão ativa, seus interesses tão múltiplos e suas relações tão intensas que resulta impossível para o legislador prever tudo. E mais: Tudo prever é um objetivo impossível de atingir. Será, pois, um erro pensar que possa existir um corpo de leis capaz de prever todos os casos possíveis.* Face à insuperável existência de lacunas no ordenamento jurídico, Portalis sustenta a necessidade de o Juiz muitas vezes recorrer ao costume ou à equidade, entendida esta como *o retorno à lei natural, em razão do silêncio, das contradições ou obscuridades das leis positivas.*³

Todavia com o advento do Código Napoleão, em 18 de março de 1804, a rigidez dos princípios iluministas, no concernente ao absoluto primado da lei, torna-se o princípio básico. Por força do artigo 4º do “Code”, ficando o Juiz obrigado a julgar o caso concreto, Portalis entende que, havendo carência, contradição ou obscuridade da lei, pode o Juiz suprir essas deficiências com os costumes e, principalmente, com a equidade, ou seja, o direito natural.

A Escola constituída pelos juristas voltados devotadamente para a análise do “Code” - a Escola da Exegese - haveria de contrapor-se ao entendimento de Portalis, e sustentar que o Juiz, face ao imperativo do artigo 4º do “Code”, não podia socorrer-se de elementos estranhos à lei, mas encontrar no “Code”, por via da analogia ou da dedução de seus princípios, a norma aplicável à espécie fática. Consagrava-se, com esse enfoque, não só a primazia da lei, mas também a sua exclusividade como fonte do direito. Inaugura-se, com a Escola da Exegese, a monocracia da lei. Um longo reinado de um legalismo extremado e exclusivista.

Nesta perspectiva, a Escola da Exegese introduz, como ressalta Mario Cattaneo⁴, o dogma da *completezza* do ordenamento jurídico, inadmitindo a existência de qualquer lacuna, e “consagra a possibilidade de resolver qualquer caso com base no direito positivo, achando a norma dentro do ordenamento.”

Essa idolatria da lei, com exclusão de qualquer outra fonte do direito, dominou a ciência jurídica francesa no século XIX.

³ PORTALIS. *Discurso preliminar del proyecto de Codigo Civil Frances*. Madrid: Edeval, 1978. p. 35 e 43.

⁴ CATTANEO, Mario. *Iluminismo e Legislazione*. Milano: Comunità. P. 146.

Segundo a lição de Antonio Hernandez Gil, as características da Escola da Exegese são as seguintes: a) o direito positivo é todo o direito, e o direito positivo está constituído pela lei; b) a interpretação objetiva busca a intenção do legislador, de tal forma que “os códigos não deixam nada ao arbítrio do intérprete”, que não “tem por missão fazer o direito”: “o direito está feito”; c) o costume nada vale: as insuficiências da lei se sanam com a própria lei, através da analogia; d) o direito tem um caráter eminentemente estatal - *dura lex, sed lex* -, de tal modo que as leis naturais só valem quando sejam leis escritas, não havendo maior eqüidade que a da lei, e nem mais racionalidade do que na lei.⁵

Jean Bonnetcase, em clássica obra sobre a Escola da Exegese, assinala que a mesma teve três fases. A primeira, de formação, iniciada com Melville, que em 1805 publicou “Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d’État”, à qual se seguiram os livros de Delvincourt, Proudhon e Toullier. A segunda, do apogeu, marcada por extensos comentários do “Code”, e que teve marcada influência na jurisprudência francesa e de outros Países. São deste período as obras de Duranton, Aubry e Rau, Marcadé e Laurent, dentre tantos outros. A terceira, da decadência, já em fins do século XIX, a que pertencem Baudry Lacantinerie, Demolombe e Guilhaonard.⁶

No último decênio do século XIX, o “Code” revelava, com evidência, seu envelhecimento ante a nova realidade sócio-econômica, resultante das revoluções industriais ocorridas no curso do século. Uma série de estudos⁷ passou a contestar o fetichismo legalista e a pregar a superação do exclusivismo da lei como fonte do direito, bem como a conveniência de uma revisão a respeito do que seja a interpretação jurídica.

A crítica definitiva e os novos rumos a serem dados à ciência do Direito Civil, e do direito em geral, todavia, seria a obra de François Géný, com o seu “Méthode”. Em perspectiva histórica, este trabalho representa o término da longa hegemonia da Escola da Exegese na ciência jurídica francesa. É o fim de uma visão estrita e exclusivamente legalista do direito.

Retorna, com o “Méthode”, uma visão pluralista das fontes, enfoque es-

⁵ HERNANDEZ GIL. *Metodología del Derecho*. Madrid: Revista de Derecho Público. p. 57-58.

⁶ BONNETCASE, Julien. *L'école de l'exégèse* in *Droit Civil* *apud* HERNANDEZ GIL, *op. cit.* p. 56.

⁷ GROSSI, Paolo. Ripensare Géný. *Quaderni fiorentini*, vol. 20, p. 7-8, antológico estudo sobre o Mestre de Nancy, noticia um “pullalare di insoddisfazioni e di tentative di ricerca da parte di intelligenti *homines novi* di cui sono efficace testimonianza per tutto il corso dell'ultimo decennio del secolo parecchie significative tesi dottorali”, mencionando os nomes de Lambert, Jossierand, Langlois e outros.

quecido desde o “Discurso” de Portalis. Nega François Géný a monocracia da lei, alinhando, ao lado desta, como fontes do direito positivo, entre outras, o costume e a jurisprudência. Acrescenta, contudo, não encontrada a regra nessas fontes, a busca do direito com a *libre recherche scientifique*. Quando a lei e as outras fontes do direito positiva falham, a busca da solução se faz através da livre investigação científica. Livre, porque independente da vontade da autoridade. Científica, porque se embasa nos elementos objetivos passíveis de conhecimento científico.

Esta livre investigação científica tem por elementos “dados”, ou seja, os elementos mais ou menos permanentes, que se encontram na realidade ou nos princípios essenciais à ordem geral do universo. São dados que se devem buscar nas coisas, pois têm existência objetiva.

Esses dados ou são reais ou são históricos, e, ainda, racionais e ideais. Os primeiros podem ser tanto as condições físicas e sociais, como o solo, o clima, a anatomia e a fisiologia do ser humano, a situação política, social e econômica, os sentimentos religiosos, etc. Essas realidades não criam diretamente as normas, mas delimitam e marcam o seu perfil. Os dados históricos são constituídos através do tempo, tais como costumes, leis pretéritas, e os instrumentos de interpretação e aplicação das mesmas. Esses dados se inserem nos fatos e oferecem à investigação científica do direito uma de suas bases mais importantes. Os dados racionais são constituídos pelas regras jurídicas que a razão deduz da natureza humana, e que se apresentam como necessários, imutáveis e universais. Preceitos que a razão nos mostra como imperiosamente postulados pela natureza do homem. Os dados ideais consistem nas aspirações humanas relativamente à organização jurídica.

Esses dados são a matéria com que trabalha o jurista na livre investigação do direito. Buscá-las é a missão da ciência do direito.

Ao jurista, no entanto, cabe também uma tarefa técnica, que é a de trabalhar esses dados, em regra muito gerais e indeterminados, tornando-os concretos e precisos. A técnica, portanto, constrói a regra capaz de disciplinar as múltiplas e variáveis exigências sociais.

A ciência tem por objeto os dados. À técnica cabe explicitar o direito ínsito nos dados, em normas capazes de atender aos reclamos da vida social. A ciência trabalha com os dados que se encontram no meio natural e no meio social. A técnica, a partir desses dados, constrói a norma capaz de regular concretamente as relações humanas.

3. Há, no entanto, um outro aspecto que é necessário enfatizar. Com este livro, François GénY insurge-se, como já enfatizado, contra a monocracia da lei que a Escola da Exegese, por quase um século, fizera um axioma indiscutível. E faz vingar uma concepção pluralista das fontes, e abre uma perspectiva de pesquisa do direito no âmago da *natureza das coisas*. Dentre as fontes do direito, todavia, François GénY confere à lei a primazia absoluta. Bem vistas as coisas, o Mestre de Nancy é, como textualmente afirma Paolo Grossi, *um legalista*⁸

A rigor, como sustenta José Luiz de Los Mozos⁹, o professor francês jamais discutiu ou pôs em dúvida a importância da lei e a primazia desta como fonte do direito. Embora insurgindo-se contra o *fetichisme de la loi écrite et codifiée*, dá à lei e ao legislador um papel importante, posto que, no seu entender, *l'injonction légale est un merveilleux instrument de sécurité des relations juridiques* e uma *pièce capitale de l'ordre*¹⁰

A postura de GénY face à lei é de que a mesma é a fonte primordial e relevante do direito. Insurge-se, todavia, contra o entendimento de ser fonte exclusiva da ordem jurídica. Ao monismo legalista contrapõe um fecundo pluralismo de fontes capaz de expressar toda a riqueza do permanente e do cambiante da vida do direito. O jurista francês, portanto, não é um antilegalista, pois reconhece ser a lei indispensável. No entanto, surpreendendo a *insuffisance irrémédiable de la loi* para disciplinar a *complexité infinie et la mouvance incessante de la vie sociale*, preconiza o “alargamento” das fontes, de modo a fazer do direito um instrumento capaz ante a *l'inépuisable richesse et la prestigieuse variété de la vie sociale*¹¹

4 Há, ainda, outro aspecto a salientar. A Escola da Exegese, como de resto uma longa tradição jurídica, cujas origens de situam na Escola dos Glosadores, entendeu que a missão do jurista consistia apenas na interpretação da lei vigente. A este cabia procurar e desvendar o sentido da lei, para facilitar sua aplicação. É, pois, exclusivamente um intermediário entre a lei elaborada e seus usuários. François GénY atribuiu ao jurista, ainda, uma outra tarefa: através da livre investigação científica, como cientista, lhe compete descobrir

⁸ GROSSI, op. cit., p. 15.

⁹ DE LOS MOZOS, José Luiz. Algunas reflexiones a proposito de la teoria de la interpretación en la obra de François GénY. *Quaderni fiorentini*, vol. 20, 1991.

¹⁰ GÉNY, François. *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle*. Discurso em sessão solene na Universidade de Dijon, em 8 de novembro de 1900. P. 21

¹¹ *Ibidem*, p. 17 e 21.

nos dados naturais, racionais, históricos e ideais, o direito neles ínsito, e, através da técnica, explicitá-los em normas capazes de atender aos reclamos da vida social. Não é, pois, um mero exegeta, mas um verdadeiro intérprete, em contato direto com os fatos.

Neste início de século e de milênio, vivemos um momento de crise, com certas semelhanças com o fim do século XIX. Estamos ante uma paisagem sócio-econômica produzida por uma extraordinária e trepidante revolução tecnológica, e ante novas articulações da organização econômica. E isto tudo está a exigir a criação de novos institutos jurídicos capazes de disciplinar essas novidades fáticas.

Esta realidade implica reconhecer que o jurista tenha hoje o perfil delineado por François Géný. Não um mero dogmático, mas cientista voltado para uma inédita realidade sócio-econômica, visando lhe dar disciplina jurídica adequada. Não lhe cumpre apenas analisar a lei, mas ajudar a elaborá-la, ou seja, na lapidar frase de G. Capograssi, a recolher e depurar a vontade social, transformando-a *dallo stato grezzo nel prodotto finito delle legge*¹²

Passados mais de cem anos, o Méthode nada tem de arcaico. A sua mensagem renovadora é de evidente atualidade. E faz com que se possa incluir François Géný na galeria dos juristas perenes.

¹² CAPOGRASSI, G. L'ambiguité nel diritto contemporaneo. In: *La crisi del diritto*. Ed. Cedam, 1951. p. 14.