

A maldita “Escola do Direito Livre” (parte 1)

Nos últimos 40 anos, a historiografia de Direito Privado alemã tem revisto consensos bem assentados de autorreflexão metodológica e que inclusive haviam sido objeto de recepção na literatura jurídica de outros países, como o Brasil. O esforço de revisão historiográfica de nomes como Bernd Rüthers (1930-), Michel Stolleis (1941-2021), Joachim Rückert (1945-) e Hans-Peter Haferkamp (1966-) revelaram que determinadas concepções acerca da história, teoria e dogmática do Direito Privado alemão tinham sido forjadas no seio do movimento nacional-socialista de "renovação jurídica" com um claro viés anti-liberal e anti-legalista e que, por motivos que extrapolam os limites desse texto, haviam sobrevivido ao processo de desnazificação do pós-guerra.



No Brasil, a *Revista de Direito Civil Contemporâneo* tem sido o *locus*

por excelência de recepção dessa reavaliação dos fundamentos metodológicos e históricos do Direito Privado no século 20^[1]. Considerando a enorme influência que autores ligados ao nacional-socialismo tiveram em nossa literatura, como Karl Larenz (1903-1933) e Franz Wieacker (1908-1994)^[2], em especial sobre a construção da visão dominante acerca do Código Civil brasileiro de 1916, talhada à imagem e semelhança do Código Civil alemão [*BGB*] de 1900, mostra-se muito bem-vindo o influxo dessas "novas" ideias alemãs^[3].

Em um movimento semelhante à revisão do pandectismo do século 19, autores da civilística alemã contemporânea, como Marietta Auer (1972-) e o já referido Joachim Rückert, têm proposto uma reabilitação do legado histórico da "Escola do Direito Livre", revelando uma série de "lendas" e "fábulas" em torno deste suposto movimento jurídico da virada do século 19 para o século 20, cujas origens também estão em obras-chave de Franz Wieacker e Karl Larenz^[4]. Segundo Rückert, "*assim como a Jurisprudência dos Conceitos, as reais pretensões e percepções de ambas as tendências [Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses] são obscurecidas por polêmicas e lendas, especialmente no caso do Direito Livre [...]*"^[5].

Em primeiro lugar, é posta em xeque a ideia de que tenha existido propriamente uma "Escola do Direito Livre", no sentido de um movimento coerente em torno de nomes como Ernst Stampe (1856-1942), Ernst Fuchs (1859-1929), Eugen Ehrlich (1862-1922) e Hermann Kantorowicz (1877-1940)^[6]. Havia pouco em comum entre um conservador nacionalista, Oficial de Infantaria prussiano e professor de Direito Civil em Greifswald (Stampe), um praxista, "livre pensador", advogado em Karlsruhe (Fuchs), um austríaco, cosmopolita, social-democrata e professor de Direito Romano em Viena (Ehrlich) e um jovem liberal de esquerda, polemista, de origem judia e professor [*Privatdozent*]^[7] de Direito Penal em Freiburg (Kantorowicz). Para Rückert, uma lenda persistente insiste em chamar de

"Escola" um grupo nada homogêneo de autores, que nunca chegaram a editar uma revista ou uma série de livros didáticos, comentários à legislação ou qualquer outra forma similar de implementação e divulgação de suas ideias, como sói de acontecer com verdadeiras "Escolas". O que se tinha, na realidade, era um agrupamento solto de críticos ferozes ao estado da arte do debate metodológico alemão na virada para o século 20[8]. Para Auer, o termo "Direito Livre" é um rótulo impreciso para designar algumas das teorias mais provocantes da virada do século que ofereciam uma compreensão "alternativa" ou "anti-formalista" da teoria das fontes e do método jurídicos, mas que, em última análise, estão no mesmo contexto de outras abordagens da época, como a "Jurisprudência teleológica" da segunda fase da obra de Rudolf von Jhering (1818-1892) [9].

Concentrando-se no panfleto *A Luta Pela Ciência do Direito*, publicado por um jovem Kantorowicz, sob o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*, aos 28 anos de idade em 1906, Marietta Auer nos mostra a "fábula-*contra-legem*", isto é, a caracterização da obra de Kantorowicz como a defesa de um "voluntarismo jurídico" [10], como se o autor defendesse que o juiz simplesmente ignorasse a lei vigente e decidisse, para se valer de uma expressão que ganhou notoriedade no Brasil, "conforme a sua consciência" [11]. Donde decorre também a lenda de que a obra de Kantorowicz seria uma espécie de antecedente da teoria jurídica anti-legalista e anti-formalista dos anos do nacional-socialismo (1933-1945), o que seria bastante injusto, pois culmina na culpabilização de uma vítima imediata do regime hitlerista [12]. Uma associação direta entre a "Escola do Direito Livre" e tendências jurídico-ideológicas "materiais", "sociais" ou "socialistas" de superação do Direito liberal, emergentes no início do século 20, deve ser posta sob suspeita, especialmente para o caso de Kantorowicz, que era declaradamente um liberal democrata [13].

Antes de adentrar no conteúdo da obra, é importante entender a escolha do pseudônimo de *Gnaeus Flavius*: segundo a tradição romana, *Gnaeus Flavius* foi um escriba que tornou públicas as normas técnicas do processo formulário romano, que eram mantidas em segredo pelos pontífices, destruindo, assim, o monopólio destes de consulta e interpretação do Direito. Nesse sentido, *A Luta Pela Ciência do Direito* não deve ser lida como um manifesto fundador de um movimento, como sugeriram Larenz e Wieacker [14], mas antes como uma obra de denúncia, de denúncia da "criptologia" dos juristas. Kantorowicz problematiza a distância entre a auto-imagem da aplicação do Direito como uma atividade objetiva, racional, impessoal, publicamente controlável e não arbitrária e a realidade da "criação jurídica" na práxis. A obra contém, portanto, uma potente crítica metodológica, além de, sob o rótulo impreciso do "Direito Livre" [15], uma embrionária teoria das fontes e uma teoria científica do Direito.

Na próxima coluna, adentraremos no conteúdo de *A Luta Pela Ciência do Direito*, realizando o cotejo das posições metodológicas ali formuladas com outros autores da teoria jurídica, que gozam de maior respeitabilidade na comunidade jurídico-científica. A finalidade é demonstrar que há, sim, conteúdos metodologicamente sérios a serem extraídos dos textos "canônicos" associados à "Escola do Direito Livre"; e que, portanto, esses textos não devem ser descartados como uma manifestação de uma aberração polêmica ou um desvio maldito no curso da história das ideias do pensamento jurídico [16].

**Esta coluna é produzida pelos membros e convidados da Rede de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo (USP, Humboldt-Berlim, Coimbra, Lisboa, Porto, Roma II-Tor Vergata, Girona, UFMG, UFPR, UFRGS, UFSC, UFPE, UFF, UFC, UFMT, UFBA, UFRJ e UFAM).*

[1] A abertura do editorial do volume 16 da RDCC é bastante transparente nesse sentido: *"A reavaliação dos fundamentos metodológicos e históricos do Direito Civil na Alemanha é um processo em marcha desde o final dos anos 1980. A partir das críticas formuladas desde então por Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, Michael Stolleis, Bernd Rüthers e Dieter Nörr, foram postas em causa algumas 'verdades axiomáticas' sobre o Código Civil alemão, o positivismo jurídico do século XIX, o liberalismo, o caráter antissocial da legislação civil e a lenda negra sobre Savigny e os pandectistas. Nas últimas duas décadas, Hans-Peter Haferkamp, Christian Baldus, Ulrich Falk, Tilman Reppen, além de nomes mais jovens como Jan Peter Schmidt e Benjamin Herzog, têm ampliado essa revisão histórico-crítica ao contextualizar e criticar algumas das principais teses da 'jurisprudência dos valores', na tradição de Karl Larenz, e a historiografia jurídica herdeira de Franz Wieacker. Esse debate, com algum atraso, começa a chegar ao Brasil, o que é muito saudável para a cultura jurídica, em particular aquela de tradição privatística. Ainda são muito fortes os sinais e os efeitos da reprodução de muitos dos postulados e das visões históricas sobre o Direito Civil desenvolvidos na Alemanha a partir dos anos 1930 e que se tornaram preeminentes no Brasil desde o Estado Novo até aos dias atuais. A Revista de Direito Civil Contemporâneo, desde seu nascimento em 2014, tem aberto suas páginas para essas novas tendências da dogmática e da metadogmática europeia".* In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Editorial. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 16, ano 5, p. 11-13, jul.-set. 2018. p. 11.

[2] *"Franz Wieacker e Karl Larenz são particularmente relevantes, dada sua enorme influência no pensamento jurídico brasileiro da segunda metade do século XX e até aos dias de hoje".* In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *O Direito (Lisboa)*, v. 147, p. 45-110, 2015, p. 102.

[3] *"De uma crítica nazista ao BGB, reproduzida ironicamente por Franz Wieacker, um professor da escola-modelo da universidade hitlerista, chegou-se ao respeitável Código Beviláqua. São realmente curiosos os efeitos de certa recepção do Direito estrangeiro no Brasil".* In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX... cit., p. 106; *"As lições de Franz Wieacker contribuíram indiretamente para a formação do consenso sobre o caráter liberal e anacrônico do Código de 1916, especialmente porque a doutrina brasileira projetou para o Brasil uma série de qualificações de Wieacker sobre o BGB".* In: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. O Código Beviláqua no Cenário Internacional. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 473, p. 481-518, jan.-mar. 2017, p. 498-499. Não é coincidência que uma visão alternativa sobre o Código Civil brasileiro de 1916 tenha sido oferecida justamente por um aluno de Joachim Rückert, v. REIS, Thiago. Autonomia do Direito Privado ou Política Codificada? O Código Civil de 1916 como Projeto Republicano. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 473, p. 273-326, jan.-mar. 2017.

[4]

Cf. AUER, Marietta. Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* — ZEuP, p. 773-805, 2015; RÜCKERT, Joachim. Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz" — eine Geschichte voller Legenden. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung* — ZRG GA, v. 125, p. 199-255, 2008.

[5] RÜCKERT, Joachim. Die Schlachtrufe im Methodenkampf — ein historischer Überblick. In: _____; SEINECKE, Ralf (Orgs.). *Methodik des Zivilrechts* — von Savigny bis Teubner. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 558.

[6] RÜCKERT, Joachim. *Die Schlachtrufe im Methodenkampf — ein historischer Überblick...* cit., p. 558-559; AUER, Marietta. *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft...* cit., p. 779-780.

[7] "Na Alemanha, diferentemente do que se dá no Brasil, a palavra professor é exclusiva do ocupante do cargo equivalente brasileiro a 'professor titular'. O professor alemão é o catedrático e somente este. [...] Abaixo do catedrático, há uma série de posições acadêmicas, como a de Mitarbeiter, Assistent, Privatdozent, Referent ou ainda außerplanmäßiger Professor". In: MORAIS DA ROSA, Alexandre; KARAM TRINDADE, André. (Orgs.). *Hermenêutica, Constituição, Decisão Judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 340, 341. Em Freiburg, portanto, Kantorowicz não foi propriamente um "professor", não tendo adquirido uma cátedra. Em 1929, aos 51 anos, assume a cátedra de Direito Penal na Universidade de Kiel, como sucessor de Gustav Radbruch (1878-1949), que fora seu colega de tempos juvenis no curso de Direito em Berlim. Com a ascensão dos nazistas ao poder, em 1933, Kantorowicz foi um dos primeiros professores a ser imediatamente afastado do cargo. No exílio na Inglaterra, Kantorowicz encontrou um terreno fértil (e mais amistoso) para o aprofundamento de sua Teoria do Direito. Para mais detalhes sobre a biografia de Kantorowicz, cf. AUER, Marietta. *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft...* cit., p. 776-777.

[8] RÜCKERT, Joachim. *Die Schlachtrufe im Methodenkampf — ein historischer Überblick...* cit., p. 558.

[9] AUER, Marietta. *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft...* cit., p. 780.

[10] Cf. LARENZ, Karl. A passagem ao voluntarismo com o Movimento do Direito Livre. In: _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamago. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 77-83.

[11] Sobre a expressão, cf. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010, p. 2 (versão digital)



; STRECK, Lenio Luiz. *O Que É Isto – decido conforme minha consciência?*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

[12] RÜCKERT, Joachim. Vom "Freirecht" zur freien "Wertungsjurisprudenz"... cit., p. 225.

[13] AUER, Marietta. *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft...* cit., p. 781.

[14] Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito...* cit., p. 79-80; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4. ed. Tradução de António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 670-671.

[15] No prefácio de *A Luta Pela Ciência do Direito*, Kantorowicz afirma que não pode ser exigida clareza conceitual de um movimento ainda tão jovem, cf. KANTOROWICZ, Hermann (pseud. Gnaeus Flavius). *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Carl Winter's Universitätsbuchhandlung, 1906, p. 5.

[16] AUER, Marietta. *Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft...* cit., p. 785.