

A escola histórica do direito e a Escola Austríaca: A influência de Savigny em Menger, Leoni e Hayek

The historical school of Law and the Austrian school: The influence of Savigny on Menger, Leoni and Hayek

La Escuela Histórica del Derecho y la Escuela Austríaca: La influencia de Savigny en Menger, Leoni y Hayek

Thiago Guterres*

Palavras-chave:

Escola Histórica do Direito, Savigny, Menger, Leoni, Hayek

Resumo: Este trabalho analisa a influência da Escola Histórica do Direito, mais especificamente a de seu principal representante, Friedrich Karl von Savigny, no pensamento de alguns dos principais teóricos da Escola Austríaca de Economia, quais sejam: Carl Menger, Bruno Leoni e F. A. Hayek. Savigny proclamava o caráter histórico do Direito, isto é, a ideia de que o Direito haveria de ser descoberto e apreendido mediante manifestações do espírito do povo, em vez de criado por um legislador. Apesar de ignorada ao longo do século XX, a Escola Histórica do Direito permanece viva nas obras de Menger, Leoni e Hayek, que resgataram os ensinamentos de Savigny e a tradição jurídica romana e integraram-nos em sua teoria dos processos sociais.

Keywords:

Historical School of Law, Savigny, Menger, Leoni, Hayek

Abstract: The purpose of this work is to investigate the influence of the Historical School of Law, and more specifically of his most prominent representative, Friedrich Karl von Savigny, on some of the main theorists of the Austrian School of Economy: Carl Menger, Bruno Leoni and Friedrich A. Hayek. Savigny proclaimed the absolute historical character of Law and, therefore, the need that it has to be discovered and apprehended from manifestations of what was called *the spirit of the people*, rather than created. Despite being ignored in the twentieth century by legal scholars, the Historical School of Law has remained alive in the works of Menger, Leoni and Hayek, who retrieved the teachings of Savigny and the Roman legal tradition and integrated them into their theory of social processes.

Palabras clave:

Escuela Histórica del Derecho, Savigny, Menger, Leoni, Hayek

Resumen: El presente trabajo investiga la influencia de la Escuela Histórica del Derecho, y en especial de Friedrich Karl von Savigny, en algunos de los principales teóricos de la Escuela Austríaca de Economía: Carl Menger, Bruno Leoni y Friedrich A. Hayek. Savigny proclamaba el carácter histórico del Derecho y, por tanto, la necesidad de que sea descubierto y apreendido a través de manifestaciones del espíritu del pueblo. A pesar de haber sido olvidada en el siglo XX por los juristas, la Escuela Histórica del Derecho ha permanecido viva en las obras de Menger, Leoni y Hayek, a quienes competió recuperar las enseñanzas de Savigny y la tradición jurídica romana e integrarlas en su teoría de los procesos sociales.

DOI <https://doi.org/10.30800/mises.2019.v7.1117>

* Procurador do Ministério Público junto ao TCE/RN. Mestre em Economia da Escola Austríaca pela Universidad Rey Juan Carlos em Madri. E-mail: thiagoguterres@hotmail.com

Introdução

O propósito deste artigo é demonstrar como o pensamento do jurista alemão Friedrich Karl von Savigny, exposto originariamente em sua obra programática *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (*Da vocação de nossa época para a legislação e para a ciência do Direito*) contribuiu para o desenvolvimento das ideias de Carl Menger, Bruno Leoni e Friedrich A. Hayek, teóricos da Escola Austríaca de Economia.

O texto de Savigny professava a natureza histórica do Direito, o que implicava a ideia de que o Direito haveria de ser descoberto e apreendido mediante manifestações do que se denominou *espírito do povo* (*volkgeist*). Daí a noção de que a ciência jurídica se originaria do costume e das crenças do povo, não da arbitrariedade (*willkühr*) do legislador.

Décadas mais tarde, Carl Menger publicaria *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Princípios de Economia Política), obra fundacional da Escola Austríaca de Economia. Uma de suas mais importantes contribuições foi o desenvolvimento de uma teoria econômica das instituições sociais (dinheiro, linguagem e Direito), segundo a qual estas surgem como resultado de um processo evolutivo e espontâneo em que interagem inúmeros seres humanos. As ideias de Menger foram desenvolvidas posteriormente por F. A. Hayek em seus trabalhos sobre os fundamentos da lei e das instituições em uma sociedade livre e, principalmente, por Bruno Leoni, que, segundo Huerta de Soto (2016), foi o primeiro a integrar a teoria austríaca dos processos sociais com o Direito Romano e a tradição anglo-saxônica da *rule of Law*.

A importância do estudo da Escola Histórica do Direito foi muito bem resumida por Bruno Leoni (2011), para quem as críticas de Savigny não apenas permanecem sem refutação, como os problemas por ele levantados se mostram cada vez mais difíceis de resolver¹.

Com o fim de analisar a influência do jurista alemão nos mencionados estudiosos da Escola Austríaca, busquei rastrear, nas obras destes, não somente às inumeráveis referências a Savigny como também evidências de corroboração e desenvolvimento de suas ideias originais.

O trabalho foi estruturado em quatro partes principais: na primeira, exponho as contribuições de Savigny, como fundador e mais insigne representante da Escola Histórica do Direito. Esclareço, em um primeiro momento, a ideologia racionalista subjacente ao movimento codificador e as ideias expostas por Thibaut na obra *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland* (*Sobre a necessidade de um Direito civil geral para a Alemanha*), que dá início à famosa controvérsia com Savigny. Em seguida, passo a analisar mais aprofundadamente a obra *Da vocação*, destacando os pontos que seriam posteriormente desenvolvidos pelos austríacos. Em uma segunda parte, mostro como Carl Menger incorporou o pensamento dos historicistas do Direito em sua teoria sobre o surgimento das instituições sociais. Na terceira parte, estudo as contribuições de Bruno Leoni, que ecoam o pensamento de Savigny. O jurista italiano não apenas ilustrou a teoria de Menger com o caso do surgimento do Direito, como logrou demonstrar que ela já havia sido articulada previamente pelos jurisconsultos romanos. Na

¹ Apesar de haver uma edição brasileira da obra clássica de Leoni, *A Liberdade e a lei*, editada pelo Instituto Mises Brasil em parceria com o Instituto Liberal (2010), preferi, para este trabalho, utilizar a terceira edição espanhola da referida obra, *La libertad y la ley*, da madrilenha Unión Editorial (2011). Nela, além de constarem quatro conferências adicionais proferidas por Leoni em 1963, nos Estados Unidos, há ainda o prólogo essencial de Jesus Huerta de Soto.

quarta e última parte, dedico-me às obras de Hayek no campo da teoria jurídica, enfatizando as diferenças entre ordem espontânea e ordem criada e entre leis e mandatos, que têm por base a perspectiva consuetudinária do Direito tal e como defendia Savigny.

1. A controvérsia Thibaut-Savigny e a escola histórica do direito

A Escola Histórica do Direito surge na Alemanha no início do século XIX², como movimento científico que se opõe ao racionalismo jurídico europeu, ao ideário universalista da revolução francesa e, mais concretamente, ao processo codificador que até então já havia resultado no código prussiano, no código civil austríaco e no *Code Civil* de Napoleão ([ESCUADERO, 2012](#)).

Em 1814, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)³ publica em Heildelberg a obra *Sobre a necessidade de um Direito civil geral para a Alemanha*, um texto de caráter político-jurídico em que defende a conveniência de se elaborar um novo código que haveria de servir à unidade nacional. Contrapondo-se à Thibaut, Savigny (1779-1861)⁴ publica no mesmo ano a já mencionada obra *Da vocação*, que marcará o início da Escola Histórica.

Thibaut não dissimulava sua simpatia pela França revolucionária e pelo código napoleônico. Savigny, por outro lado, se manifestava contrário à revolução e à sua obra testamentária, o *Code Civil*. Antes de adentrarmos no embate que deu início à Escola Histórica, vejamos rapidamente o que significava a ideia de codificação.

1.1. A Codificação

Diferentemente das usuais compilações até o século XVIII, que recorriam sempre ao Direito antigo, os novos códigos passam a ser a regulação de um determinado campo do Direito nos

² O contexto é o do romantismo alemão, mas, como alerta Franz Wieacker (1967), não faz sentido entender a Escola Histórica do Direito como produto daquele movimento cultural. Seu surgimento apenas coincide com o florescimento do romantismo, o que conduz a um natural intercâmbio entre os dois movimentos através da cultura geral daquele momento.

³ Thibaut nasceu em 03 de janeiro de 1772, em Halmelin. Estudou Direito em Göttingen (1792), em Königsberg (1793), onde conheceu Kant, e finalmente em Kiel (1794), onde concluiu seu doutorado em 1795. Em 1802, mudou-se a Jena, onde se relacionou com Goethe e Schiller, em cuja casa escreveu sua principal obra *System des Pandektenrechts*. A partir de 1806 passou a lecionar em Heildelberg. Civilista nato, com sentido prático, mas que não renunciava aos fundamentos filosóficos do Direito. Jurista erudito, culto, que promoveu também o progresso da música, inclusive cientificamente, por meio da obra *Über die Reinheit der Tonkunst* (*Sobre a pureza da música*). Sua valiosíssima coleção histórico-musical foi adquirida pela Biblioteca Nacional do Estado da Baviera. Sobre sua vida e obra, vale conferir o livro *Thibaut y las raíces clásicas del Romanticismo*, de Antonio Pau (2012).

⁴ Savigny nasceu em 21 de fevereiro de 1779 em Frankfurt am Main. Iniciou seus estudos em Direito em 1795, em Marburgo e recebeu seu grau de doutor em Direito em 31 de outubro de 1800. Em 1803, foi nomeado professor extraordinário na Universidade de Marburgo. A fundação da Universidade de Berlim levou Savigny, na primavera de 1810, à cátedra de Direito romano desta universidade, na qual se tornou reitor em 1812. Além do famoso texto objeto deste artigo, publicou em 1803 sua elogiada obra *Das Recht des Besitzes* (*O direito de posse*), os muitos volumes *Geschichte der römischen Rechts im Mittelalter* (*História do Direito romano na Idade Média*) (1815-1831) e finalmente o grandioso *System des heutigen römischen Rechts* (*Sistema de Direito romano atual*), obra dividida em 8 volumes e que foi escrita entre 1840 e 1849. Nesta última coleção, “respondia Savigny al deseo de su tiempo de realizar una compilación sistemática del Derecho perfilando una nueva orientación a la ciencia del Derecho” ([MOLITOR-SCHLOSSER, 1980, p. 85](#)).

termos que seus redatores julgam ser oportunos, em um livro sistematizado de capítulos e artigos. A ideologia da codificação é o racionalismo jurídico que tem raízes no iluminismo reformista. O ponto de partida é o otimismo com os avanços logrados nas ciências físico-naturais e se funda na crença de um Direito natural objetivo e imutável ([ESCUDERO, 2012](#)). Seu núcleo essencial é a confiança na razão. Ensina Escudero:

Si el hombre ha logrado en aquellos campos, progresos espectaculares, aplicando un método de análisis científico que renueva la visión del cosmos; y si existe, según se cree, un orden jurídico supremo de principios inconvencibles, bastará aplicar aquí la razón para deducir un sistema de leyes positivas que resulten tan seguras como las que rigen esas ciencias experimentales recién descubiertas. (...) La concepción iusnaturalista despierta la convicción en unos principios o normas abstractas y fijas, de los que es posible deducir mediante el raciocinio otros varios más precisos y adecuados a situaciones concretas. Ello conduce a la estrategia racionalista de ordenar el Derecho como un sistema completo y cerrado, de perfiles geométricos y presunta validez intertemporal. ([ESCUDERO, 2012, p. 886](#))

Os códigos jusnaturalistas ofereciam uma visão abstrata e técnica do direito, menosprezando o Direito tradicional consuetudinário. Os iluministas consideravam o Direito costumeiro uma péssima herança da Idade Média (o **século das trevas**), contrário às exigências do homem civilizado. Acreditavam que era possível e necessário substituir a acumulação de normas consuetudinárias por um Direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas da razão e impostas pela lei. A ilusão racionalista foi muito bem captada por Franz Wieacker: “enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projectos de um futuro melhor” ([WIEACKER, 1967, p. 367](#)).

Por outro lado, havia também razões políticas para a codificação. Os dogmas dos direitos do homem e da igualdade cívica conduzem a uma tentativa de eliminar qualquer tipo de particularidades por meio do texto codificado, modelo que colide com a inerente flexibilidade e variabilidade do Direito consuetudinário. Surge então a questão: afinal, é sempre preferível um código abstrato, uniforme e rígido ou seria melhor permitir a manifestação espontânea do direito por vias mais elásticas? A resposta a essa questão suscitará a famosa polêmica entre os alemães Thibaut e Savigny, que passo a analisar⁵.

1.2. O ideal político-jurídico de Thibaut

Thibaut se tornaria o principal representante do movimento codificador. Em sua obra de 1814⁶, Thibaut considera que na Alemanha rege, por um lado, um direito autóctone, fragmentado

⁵ Nem Thibaut nem Savigny utilizaram a palavra *codificação*, empregada originalmente por Jeremy Bentham em 1807. Thibaut só vai utilizar o termo *kodifikation* em 1838. Referindo-se à codificação, Thibaut e Savigny utilizam o termo *gesetzgebung* (legislação) e para referir-se ao código mencionam *National Gesetzbuch* (*livro nacional de leis*) ([PAU, 2012](#)).

⁶ Trabalho com a recente compilação da editora chilena Ediciones Olejnik ([2018](#)), que contém os textos de Thibaut e Savigny, além da tradicional introdução de Jaques Stern.

e contraditório, e, por outro, o Direito Romano, que corresponde a uma cultura distinta da germânica. Em suas palavras:

Así pues, todo nuestro derecho autóctono es un interminable amontonamiento de preceptos abigarrados, contradictorios, que se anulan entre sí, formulados de tal manera que separan a los alemanes unos de otros y hacen imposible a los jueces y abogados el conocimiento a fondo del derecho. Pero un conocimiento exacto de este revoltijo caótico tampoco nos lleva lejos. Porque todo nuestro Derecho autóctono es tan incompleto y vacío que, de cien causas jurídicas, noventa tienen que ser decididas inexcusablemente con arreglo a los códigos foráneos recibidos: conforme al Derecho canónico y al romano. ([THIBAUT, 2018, p. 66](#))

Thibaut reconhece a magnitude do Direito Romano, mas entende que as diversas compilações geram insegurança jurídica. Um código racional permitiria, no aspecto científico, uma visão de conjunto de todo Direito e, no aspecto acadêmico, faria possível uma exposição do direito prático. Seria fonte, portanto, de um Direito completo, acessível a todos:

Un código nacional, sencillo, elaborado con pujanza de dentro del espíritu alemán, será, en cambio, totalmente accesible a cualquier mente, incluso las mediocres, y nuestros abogados y jueces estarán por fin en situación de tener a su alcance el Derecho vivo actual y aplicable en cada caso. Además, solo con un código semejante puede considerarse posible un verdadero perfeccionamiento de las opiniones jurídicas (...) Si atendemos a la instrucción académica, la ganancia es igualmente inmensa. ([THIBAUT, 2018, p. 71](#))

Este código só poderia ser obra de comissões ilustres, integrada por gente com formação filosófica, política e jurídica. Ao mesmo tempo, deveria contar com a colaboração do povo por meio de informes e sugestões. O código resultaria, assim, em um patrimônio público de todos os cidadãos. Diz Thibaut:

Si un vigoroso código nacional fuese patrimonio de todos, si estuviese redactado por estadistas y sabios de renombre, después de un maduro análisis y de haber consultado a la opinión pública, y si sus fundamentos fuesen hechos del conocimiento general, mediante la necesaria publicidad, entonces podría moverse fácil y libremente la verdadera ciencia del Derecho, es decir, la ciencia filosófica del Derecho, y cada uno tendría la ocasión y la esperanza de colaborar en el ulterior perfeccionamiento de esta gran obra nacional. También sería inapreciable que todos los juriconsultos alemanes tuvieran un mismo objeto para sus investigaciones, que, mediante la constante comunicación de sus ideas en torno a la misma obra, pudieran elevarse y apoyarse recíprocamente, y que, como consecuencia de todo esto, acabaran por completo las desesperantes chapucerías en que han caído hasta ahora nuestras innumerables leyes particulares. ([THIBAUT, 2018, p. 72](#))

Para Thibaut, uma grande parte do Direito está baseada “só no coração, no entendimento e na razão” ([THIBAUT, 2018, p. 84](#)). De sua concepção racionalista derivam algumas das características mais salientes de sua obra: a preocupação sistemática, a luta pela codificação e a doutrina da interpretação ([PAU, 2012](#)).

1.3. Savigny e o método histórico

O texto *Da Vocação*, que como dito anteriormente dá origem à Escola Histórica, constituía a réplica às pretensões de Thibaut. Para Jacques Stern, um dos méritos de Thibaut, além de ter compilado integralmente os argumentos em favor da unidade da legislação, está em haver motivado a refutação de Savigny. Esta obra seria a primeira manifestação programática de uma doutrina que, além de repelir da ciência e da prática jurídica as concepções jusnaturalistas dominantes, indicaria um novo caminho para o desenvolvimento do Direito ([STERN, 2018](#)).

Savigny obviamente teve suas influências. Seu precursor no método histórico-científico e no rechaço ao Direito natural foi o jurista alemão Gustav Hugo (1764-1884). A ideia de que o Direito nasce do *espírito do povo* (*volksgeist*) vem de Montesquieu (que em sua obra *O espírito das leis* fala de *esprit de la nation*) e do filósofo inglês Edmund Burke, assim como dos românticos alemães, que, baseando-se em Herder, equiparavam idioma e Direito quanto ao seu desenvolvimento, além de buscarem compreender e explorar o popular ([STERN, 2018](#)).

Vejamos como Savigny expõe suas ideias em cada capítulo da obra *Da vocação*. Na introdução (capítulo 1), Savigny aponta que a unificação do Direito Civil poderia reduzir-se a duas concepções errôneas advindas do Direito natural ou racional: a primeira é o afã pela organização e o esquecimento da história:

En esa época se hizo sentir en toda Europa un afán completamente ciego por la organización. Se había perdido el sentimiento y el amor por la grandeza y la peculiaridad de otras épocas, así como por la evolución natural de los pueblos y de las constituciones, en suma, por todo lo que la historia produce de provechoso y fecundo, y, en su lugar, había aparecido una confianza ilimitada en la época actual, a la que se creía destinada nada menos que a la manifestación efectiva de una perfección absoluta. ([SAVIGNY, 2018, p. 95](#)).

Chega, assim, à questão do nascimento do Direito positivo (capítulo 2). Savigny explica que já no começo da história documentada, o Direito não tem uma existência independente. É uma emanção de forças inconscientes, anônimas e invisíveis da vida de um determinado povo, assim como sua linguagem, seus costumes e sua organização:

Allí donde nos encontramos por primera vez ante una historia documentada, el Derecho civil tiene ya un carácter determinado, peculiar del pueblo, lo mismo que su lenguaje, sus costumbres y su constitución. En efecto, estos fenómenos no tienen una existencia separada, son tan solo fuerza y actividades singulares de un pueblo, inseparablemente unidas en la naturaleza, y que solo aparentemente se revelan a nuestra consideración como cualidades especiales. Lo que las enlaza con el todo es la convicción común del pueblo, el propio sentimiento de necesidad inherente que excluye toda idea de un nacimiento casual y arbitrario. ([SAVIGNY, 2018, p. 97](#))

Originalmente, as regras do Direito se materializam em ações simbólicas dos povos. As pessoas não têm clara consciência de sua situação e de suas relações, ainda que as sintam e as vivam plenamente. No entanto, o desenvolvimento do Direito é constante, não há estancamento, no que também se compara ao idioma. Submete-se, pois, necessariamente ao mesmo movimento e evolução como qualquer outra expressão advinda do povo. Na medida em que a cultura avança, esta convicção comum do povo fica relegada à consciência dos juristas, que representam o povo no papel de perfeccionar cientificamente o Direito ([SAVIGNY, 2018](#)).

A existência do Direito assume uma vida dupla, uma como parte da vida geral do povo (elemento político) em contraposição com a vida científica separada do direito (elemento técnico). Em síntese:

Todo Derecho nace como Derecho consuetudinario, según la expresión no del todo acertada de lenguaje dominante; es decir, todo derecho es originado primeramente por la costumbre y la creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerza internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador. ([SAVIGNY, 2018, p. 100](#))

Para Savigny, a legislação pode influenciar o Direito Civil, mas é preciso atentar para os fundamentos dessa influência, que são de natureza bem diversa (capítulo 3). Em primeiro lugar, o legislador pode ter a intenção de querer alcançar fins políticos elevados. Savigny deixa claro que leis dessa espécie são uma infrutífera corrupção do Direito ([SAVIGNY, 2018](#)). Por outro lado, a legislação pode ter por objeto a eliminação de dúvidas e obscuridades jurídicas. Nesse aspecto, a legislação seria admissível caso venha como complemento ao costume.

O jurista alemão alerta, porém, que o que os defensores da codificação realmente propõem é a fixação de todo o sistema jurídico existente em um livro que deve servir como única fonte do Direito. Sendo assim, “puesto que el código está destinado efectivamente a ser la única fuente del Derecho, debe contener efectivamente de antemano la solución para todos los casos que puedan presentarse” ([SAVIGNY, 2018, p. 104](#)). Não obstante, Savigny observa que os litígios reais são tão variados que é impossível, apenas por meio da experiência, conhecer previamente todos os casos singulares para então apresentar a solução em um dispositivo do código ([SAVIGNY, 2018, p. 104](#)). Como veremos adiante, esse raciocínio corresponde fundamentalmente à noção hayekiana do conhecimento imperfeito ou, mais especificamente, da impossibilidade de que um órgão central seja capaz de assimilar e compreender toda a informação dispersa gerada no processo de cooperação social. Também se encaixa perfeitamente no *insight* de Bruno Leoni sobre a impossibilidade do cálculo jurídico por parte legislador.

Quanto à forma do código (exposição e linguagem), as dificuldades não seriam menores. Segundo Savigny, a capacidade de um povo para criar um código realmente perfeito só é possível em épocas muito específicas. Em povos jovens, apesar de já se ter um entendimento do Direito, não se tem a linguagem e a arte lógica necessárias a um código (por exemplo, Lei das Doze Tábuas). Na fase de decadência, falta tanto o conhecimento da matéria quanto do idioma. Assim, só restaria um período intermediário em que, pelo menos com relação ao Direito, poder-se-ia chegar ao auge da perfeição. Só que nessas épocas, o povo não sente necessidade de um código e não o faria apenas para as futuras gerações.

Nota-se, assim, que o que Savigny realmente defende, em suma, é a inexistência de qualquer código. Daí a ironia do jurista espanhol António Pau, mais recente biógrafo de Thibaut, segundo quem a obra de Savigny deveria intitular-se não *Da vocação de nossa época para a legislação*, mas *Da incapacidade de nossos juristas para a legislação*, pois seria mais coerente com a verdadeira tese defendida pelo historicista alemão ([PAU, 2012](#)).

Nos dois capítulos seguintes, Savigny aplica a teoria ao Direito romano (capítulo IV) e ao Direito Civil na Alemanha (capítulo V). Considerando a importância do Direito romano

em Leoni e Hayek, creio ser útil ressaltar os ensinamentos de Savigny, autor da monumental obra *System des heutigen römischen Rechts* (*Sistema de Direito romano atual*).

Primeiramente, Savigny descreve precisamente a peculiaridade do Direito romano, qual seja, o fato de que é o único sistema jurídico de um grande povo que teve uma longa existência e um desenvolvimento ininterrupto completamente nacional (SAVIGNY, 2018). Muito embora os códigos justinianos tenham sido editados em uma época de decadência de Roma, os livros são uma compilação de uma época clássica (Papiniano e Ulpiano).

Todo o Direito romano se baseia em princípios reitores, que não são, para os juristas romanos, produtos de seu arbítrio, mas entes reais presentes na sociedade. Savigny ressalta, além disso, o elevado grau de segurança jurídica no procedimento do Direito romano, podendo-se dizer sem exagero que os romanos calculavam com seus conceitos (SAVIGNY, 2018). Destacando o aspecto colaborativo da ciência jurídica romana, afirma Savigny que esse método não é propriedade exclusiva de um autor mais ou menos destacado, senão um bem comum de todos. Ainda que tivéssemos as obras completas de um ou outro jurista, “encontraríamos en ellas mucha menos individualidad que en cualquier otra rama de la literatura, pues todos ellos son, en cierto modo, colaboradores de una y la misma gran obra” (SAVIGNY, 2018, p. 108).

O Direito, para Savigny, não tem existência por si. É a contemplação da vida do ser humano desde uma perspectiva especial. Se, por outro lado, o Direito se desliga desse objeto, poderá evoluir em um caminho unilateral e até alcançar um alto grau de aperfeiçoamento formal, mas carecerá, ao mesmo tempo, de toda a realidade própria (SAVIGNY, 2018).

A superioridade do método dos juristas romanos radica precisamente no aspecto de buscar e identificar o direito:

Si tienen que juzgar un litigio, parten de la visión más viva del mismo, presentando así ante nuestros ojos cómo surge y se modifica, paso a paso, toda la relación, como si este caso fuera el punto de partida de toda ciencia, la cual ha de ser deducida del mismo. Así, pues, la teoría y la práctica no están para ellos propiamente separadas, ya que su teoría es perfeccionada para su aplicación más inmediata y su práctica es constantemente ennoblecida por el tratamiento científico. (SAVIGNY, 2018, p. 109)

No capítulo V, Savigny trata das queixas que se costumavam fazer ao Direito Civil uniforme utilizado na confederação alemã. Um Direito modificado em maior ou menor medida pelos diversos reinos e que era chamado de Direito comum. As fontes desse Direito eram os livros de Justiniano (*Corpus Juris Civilis*). Toda a ciência jurídica alemã se desenvolveu a partir desses livros. Segundo as críticas, o Direito romano teria privado os alemães de sua nacionalidade e impedido o aperfeiçoamento do Direito autóctono. Mas Savigny destaca que se trata de uma crítica vazia e sem fundamento, pois assim como a literatura e a religião, o Direito não é exclusivo de cada povo e não está livre de influências exteriores. Além disso, sem o Direito romano, seria impossível o aperfeiçoamento do Direito alemão, já que faltava ao país as condições que favoreceram a evolução do Direito em Roma (SAVIGNY, 2018). Além disso, havia queixas contra as inúmeras diferenças existentes entre os sistemas jurídicos dos diversos reinos alemães. No entanto, segundo Savigny, essa diversidade não era nenhum problema senão uma vantagem, que promoveria a individualidade na formação do Direito (SAVIGNY, 2018).

O capítulo VI é o ponto central da obra. É aí onde Savigny investiga a capacidade do país para a codificação. Sem esta capacidade, a situação da Alemanha, longe de melhorar com um código, poderia piorar significativamente. Savigny analisa inicialmente o Direito de família, utilizando como exemplo o matrimônio. Trata-se de um tema que pertence ao Direito em apenas uma parte. Uma outra parte incumbe ao costume. Assim, pois, toda tentativa de resolver problemas práticos por meio da legislação sem base no Direito consuetudinário vai causar mais problemas e dificultar a solução (SAVIGNY, 2018, p. 117).

Quanto ao Direito patrimonial (tendo como exemplo a propriedade), Savigny considera que se trata de uma matéria vista com indiferença pelo público leigo, que a deixa aos cuidados dos juristas. Essa indiferença indica ausência da força criadora do Direito, que é a situação que Savigny considera ser a da Alemanha naquele momento. Daí que a capacidade de reforma depende da formação dos juristas alemães, que para Savigny era extremamente deficiente (SAVIGNY, 2018). A eles faltava a dupla perspectiva indispensável um jurista: a histórica (“para captar con agudeza lo peculiar de cada época y de cada forma jurídica”) e a sistemática (“para ver a cada concepto y a cada precepto en una conexión y una interacción vivas con el todo”). Ademais, não existe em forma de livro uma boa exposição do sistema jurídico romano-germânico (SAVIGNY, 2018, p. 118).

Os códigos francês, prussiano e austríaco são analisados à luz de sua teoria no capítulo VII. Savigny considera que o melhor seria o *Allgemeine Preussische Landrecht* e o pior, o *Code Civil*. No *Code*, os elementos políticos exerceram mais influência que os técnicos. A revolução havia aniquilado a antiga constituição e uma grande parte do Direito civil devido em maior medida a um impulso cego contra tudo o que existia (SAVIGNY, 2018). Por outro lado, o código prussiano tinha duas vantagens sobre o francês. Em primeiro lugar, os fins que justificaram sua elaboração (o simples desejo de fazer uma obra perfeita) e, em segundo lugar, a relação do código com as fontes locais (o Direito provincial), que continuariam subsistindo (SAVIGNY, 2018). Não obstante, a conclusão de Savigny sobre os três códigos é a mesma: sua época não tem vocação para empreender a criação de um código.

O que se deveria fazer, então? Para Savigny, não é possível romper os fios históricos para começar uma vida nova do nada, pois o passado condiciona o presente. A geração presente se encontra em meio a um enorme conjunto de conceitos e critérios jurídicos que foram sendo acumulados e transmitidos de geração em geração e esse material “nos rodea y nos domina por todos los lados, a menudo sin que sepamos” (SAVIGNY, 2018, p. 154). Se não é possível evitar a influência do material existente, resta à geração atual submetê-la a uma força aperfeiçoadora mediante um aprofundamento histórico e apropriar-se assim de toda a riqueza que nos é brindada pelas gerações passadas (SAVIGNY, 2018). Só o conhecimento histórico permite separar o benéfico do prejudicial. Observa Savigny que o sentido histórico “es también la única protección contra una especie de ilusión que siempre se repite en hombres singulares, así como pueblos enteros y épocas enteras y que consiste en considerar como atributo de la humanidad lo que es propio de nosotros” (SAVIGNY, 2018, p. 155). O Direito comum e os Direitos locais, pois, serão úteis quando vistos pelo prisma do método histórico, o que não implica um acatamento cego do Direito romano, mas também não consiste na conservação incondicional de qualquer material dado (SAVIGNY, 2018).

O material jurídico considerado por Savigny se compõe, por um lado, do Direito romano e, por outro, do Direito germânico e, em terceiro lugar, de modificações sofridas por ambos. Savigny ressalta novamente a superioridade técnica do Direito romano. À parte de sua importância histórica, o Direito das pandectas “tiene todavía el mérito de que, por su elevada perfección, puede servir de arquetipo y modelo a nuestros trabajos científicos” (SAVIGNY, 2018, p. 157). O Direito germânico, segundo Savigny, carece dessa superioridade. Está mais ligado aos costumes próprios e tem sua origem no espírito nacional que sobrevive nas instituições. Finalmente, as modificações de um e outro Direito dão conta da diversidade das necessidades nacionais e do influxo dos juristas (SAVIGNY, 2018). Não é o propósito de Savigny expor ali uma metodologia determinada. Em qualquer caso, resta evidente que o estudo do Direito romano deve começar no Direito das pandectas, a partir do qual se vai delimitando o caminho seguido até as modificações de Justiniano. Não é um estudo acadêmico, mas apreensivo, do qual se consiga extrair o espírito dos jurisconsultos (SAVIGNY, 2018). É esse tipo de estudo que deve guiar o trabalho dos juristas, teóricos ou práticos. Savigny destaca novamente o trabalho dos jurisconsultos romanos e sua aproximação entre teoria e prática. É da prática de onde tem que partir o devido melhoramento da administração da justiça e a teoria tem que se fazer mais prática. Para tanto, seria conveniente uma boa comunicação das faculdades de Direito com os tribunais de justiça (SAVIGNY, 2018).

Portanto, nos países em que predomina o Direito comum não se deveria fazer códigos, o que não significa que a legislação civil seja de todo supérflua. Pelo contrário, pode servir a um duplo objetivo: resolução de controvérsias e compilação de costumes antigos (SAVIGNY, 2018). No caso de compilação do Direito consuetudinário, a legislação exerceria um papel similar à que exercia em Roma por meio do edito. Isso pouco se assemelha à função de um código, que tem que dispor sobre tudo, ainda que nada o exija (SAVIGNY, 2018).

Quanto aos códigos existentes, não quer Savigny a sua abolição (exceção ao código napoleônico, “una enfermedad política padecida”) (SAVIGNY, 2018, p. 167). Cabe tratá-los como feitos históricos que devem ser levados em conta. Além disso, sua derrogação causaria uma confusão desnecessária. Sua depuração e aperfeiçoamento devem vir das mãos dos juristas teóricos, pelo que a formação destes se converte em tema fundamental. A formação desses juristas não pode centrar-se no código, devendo retroceder às fontes originais, como recomenda o método histórico. Mas o estado das faculdades de Direito de então não agrada a Savigny. A elaboração de um código na Alemanha resultaria, pois, em uma literatura jurídica inferior (SAVIGNY, 2018).

No capítulo X, Savigny observa que o estudo científico do Direito é único. Na Alemanha, tanto onde há código como onde não há, esse estudo requer um exame histórico das raízes nacionais. Trata-se de tornar o Direito civil um assunto comum da nação. O objetivo principal é o reconhecimento pelas instituições de uma comunidade de Direito civil como etapa essencial para a unidade da nação alemã. Savigny volta a utilizar a linguagem como exemplo (adicionando a literatura como instituição social): “así como no hay un idioma ni una literatura prusiana o bávara, sino que tanto la lengua como la literatura son alemanas, así sucede también con las fuentes originarias de nuestro Derecho y con la exploración histórica de las mismas” (SAVIGNY, 2018, p. 176).

O capítulo XI é sobre a proposta de Thibaut. Diz Savigny que apesar de buscar o mesmo fim, o defensor da codificação erra na hora de propor o caminho mais adequado para alcançá-lo. Thibaut acredita que é possível fazer um código perfeito em três ou quatro anos, com um grupo de juristas qualificados. Para Savigny, Thibaut se equivoca precisamente em supor que a perfeição do código aumentará na mesma proporção que o número de juristas envolvidos em sua elaboração (SAVIGNY, 2018). Entre os romanos, da época de Papiniano, isso era possível “porque toda su literatura jurídica constituía un todo orgánico: podría decirse (empleando una expresión técnica de los juristas modernos) que entonces los juristas singulares era personas fungibles” (SAVIGNY, 2018, p. 179). Como veremos adiante, essa característica dos juristas romanos é bem destacada por Hayek e Leoni.

No capítulo XII, Savigny resume suas ideias. Tanto ele como Thibaut têm o mesmo objetivo em mente, qual seja, um Direito certo, “seguro contra la injerencia de la arbitrariedad y los designios injustos” (SAVIGNY, 2018, p. 181). No entanto, de acordo com Savigny, a proposta de Thibaut só alcançaria a unidade para uma metade da Alemanha enquanto a outra metade ficaria ainda mais separada que antes. Para evitar isso, o único caminho possível é uma ciência jurídica orgânica e progressiva, e que possa ser comum a toda a nação. Os defeitos, segundo Savigny, não estão nas fontes do Direito, como crê Thibaut, mas nos juristas que a Alemanha possui, o que torna impossível a realização de um bom código (SAVIGNY, 2018).

1.4. Desenvolvimento da Escola

Como observei anteriormente, com sua réplica a Thibaut, Savigny fundou a Escola Histórica do Direito, ainda que alguns estudiosos considerem Gustav Hugo o fundador *strictu sensu* da Escola (ESCUADERO, 2012) ou da orientação histórica do Direito civil (MOLITOR-SHCLOSSER, 1980)⁷. Savigny aponta Möser e Hugo como seus antecessores. Em 1815, funda-se a Revista para a Ciência Histórica do Direito (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*), que tinha o caráter de órgão oficial da escola, cujo programa científico e político-jurídico seria fixado por Savigny em seu artigo inicial.

Observa-se que a Escola Histórica do Direito se solidifica nos círculos universitários de Marburgo com base nos ensinamentos de Savigny, Jacob Grimm e Karl Friedrich Eichhorn. Dentro dela, havia duas vertentes científicas, uma vinculada ao romanismo e outra ao germanismo, sendo esta a corrente nacionalista da Escola, que se preocupava com o chamado Direito civil comum alemão. A ala romanista era representada pelas obras de Savigny e a germanista, pelos trabalhos de Eichhorn⁸ e Grimm (ESCUADERO, 2012; MOLITOR-SHCLOSSE, 1980).

Grimm, curiosamente, não era jurista, senão um investigador do desenvolvimento histórico da língua⁹. Em suas obras, investigou a evolução sistemática, evidenciando a aptidão da língua como configuradora do **espírito do povo**. Foi um entusiasmado discípulo de Savigny, que

⁷ Barthold Nieburh (1776-1831) também precede Savigny quanto aos escritos históricos do Direito.

⁸ Especialmente com a sua obra *Deutsche Staats un Rechtsgeschichte* (História do Estado e do Direito alemão).

⁹ Meseguer (2009) nos recorda que Bernard Mandeville (1670-1733) também foi um pioneiro quanto às teses evolutivas da linguagem.

levou os ensinamentos de seu mestre a outro campo de estudo ([ESCUDERO, 2012](#)). O mesmo faria Menger décadas mais tarde com relação ao dinheiro.

A dedicação dos grandes juristas da Escola e o prestígio das universidades alemãs no século XIX contribuiu para a difusão do movimento historicista em toda Europa ([ESCUDERO, 2012](#)). A tradição historicista alemã se perpetuaria por todo o século XIX ainda quando a Escola Histórica propriamente já estava esgotada (a Alemanha só veio a promulgar seu Código civil em 1900) ([LEONI, 2008](#)).

2. Carl Menger e a teoria evolutiva das instituições sociais

Em 1871, Carl Menger ([1840-1921](#)) publica o livro *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (Princípios de Economia Política), data que marca o nascimento da Escola Austríaca. Neste livro, Menger tenta estabelecer os novos fundamentos da ciência econômica, baseada no ser humano como protagonista de todos os processos e eventos sociais (subjetivismo) assim como a criação, sobre esta base, de toda uma teoria formal sobre o surgimento espontâneo e evolução das instituições sociais (econômicas, jurídicas e linguísticas), entendidas como esquemas pautados de comportamento ([HUERTA DE SOTO, 2004](#)). Como destaca Huerta de Soto, “la idea distintiva más original e importante de la aportación de Menger radica, precisamente, en el intento de construir toda la economía partiendo del ser humano, actor creativo y protagonista de todos los procesos sociales” ([HUERTA DE SOTO, 2004, p. 20](#)). Segundo Mises, a importância do trabalho de Menger está no fato de que o fundador da Escola Austríaca “concebeu não somente uma irrefutável teoria praxiológica da origem da moeda. Ele também percebeu a importância de sua teoria para elucidação dos princípios fundamentais da praxiologia e dos seus métodos de pesquisa” ([MISES, 2010, p. 473](#)).

Embora a mais notória contribuição de Menger à ciência econômica tenha sido o descobrimento, em paralelo com Jevons e Walras, da Lei da Utilidade Marginal, esta descoberta é apenas uma consequência evidente da concepção subjetivista do processo de ação humana que devemos a Menger ([HUERTA DE SOTO, 2004](#)). O subjetivismo metodológico e a teoria evolutiva das instituições econômicas (principalmente dinheiro) são, sem dúvida, as duas principais contribuições de Menger.

Huerta de Soto assinala a tentativa de Menger de contribuir sobre o trabalho dos historicistas, em especial Savigny no campo jurídico:

Así, no es ningún capricho ni casualidad que Menger dedicara sus Principios de Economía Política a uno de los historicistas alemanes más conspicuos, Wilhelm Roscher. Y es que, en la polémica doctrinal entre los partidarios de una concepción evolutiva, histórica y espontánea de las instituciones, representados por Savigny en el campo del Derecho y Montesquieu, Hume y Burke en el campo de la Filosofía y la Ciencia Política, frente a los partidarios de la concepción cartesiana estrechamente racionalista (representados por Thibaut en el campo del Derecho y por Bentham y los utilitaristas ingleses en el de la Economía), Menger cree haber dado con su aportación el espaldarazo teórico definitivo a los primeros. ([HUERTA DE SOTO, 2004, p. 22](#))

De fato, graças a esses pensadores, Menger formula a questão que considera essencial à todo cientista social: *how can it be that institutions which serve the common welfare and are*

extremely significant for its development come into being without a common will directed toward establishing them? ([MENGER, 1985, p. 146](#)). Daí elabora uma teoria fundada na premissa de que o surgimento e posterior desenvolvimento das principais instituições que sustentam nossa vida em sociedade são de tipo espontâneo e evolutivo, devendo sua formação, por um lado, ao surgimento de comportamentos ordenados que aparecem como resultado de dilatados processos de tentativa e erro e, por outro, aos processos de aprendizagem e imitação que se produzem nos agrupamentos humanos ([HUERTA DE SOTO, 2004; MESENGER, 2009](#)).

Menger elabora sua teoria, aplicando-a a uma instituição econômica específica, que é o dinheiro. Sua análise é bastante semelhante à que Savigny faz do Direito. Começa pelas primeiras etapas do comércio em épocas primitivas, observando que nelas os indivíduos só têm em conta o valor de uso dos bens e que todas as transações se limitavam à troca direta de bens que para cada um dos indivíduos tivessem menos valor de uso. O número de trocas nesta etapa de desenvolvimento de uma sociedade é logicamente muito reduzido. No entanto, ao longo do processo evolutivo, os seres humanos foram se dando conta de que se adquirissem mercadorias com maior capacidade de venda, ainda que não servissem à satisfação de suas necessidades diretas, se multiplicaria sua capacidade de troca. Assim, sem necessidade de especial acordo entre os homens e muito menos imposição estatal, unicamente sob o poderoso influxo do costume, os meios de troca vão se convertendo em dinheiro (meio de troca usualmente aceito em determinado contexto de tempo e lugar) ([MENGER, 1997](#)).

Ao longo da história, muitos pensadores se debruçaram sobre o tema do dinheiro, mas poucos foram capazes de compreender este complexo processo de evolução que se estende por milhares de anos. Menger observa que se, por um lado, é fácil entender a razão pela qual um indivíduo troque um bem por outro que lhe seja mais útil, por outro, resulta mais difícil compreender porque todos os agentes econômicos de um povo desejam trocar suas mercadorias por pequenas lâminas de meta, como ouro e prata, que não são normalmente destinados a um uso direto: “es un comportamiento tan contrario al curso normal de las cosas que nos es maravilla que a un pensador tan distinguido como Savigny llegue a parecerle incluso ‘misterioso’” ([MENGER, 1997, p. 323](#)).

2.1. A Escola Histórica do Direito *versus* A Escola Histórica de Economía

Raimondo Cubbedu diferencia os três sentidos possíveis para o termo historicismo. O primeiro identificado com a Escola Histórica do Direito, que é defendido pela Escola Austríaca em sua análise das instituições sociais. O segundo sentido é aquele que se refere ao historicismo econômico dos catedráticos alemães do século XIX e dos institucionalistas americanos do século XX, que negam a possibilidade de existência de uma teoria econômica abstrata de validade universal. O terceiro tipo de historicismo é aquele subjacente ao positivismo metodológico, que pretende recorrer à observação empírica (história) para falsear ou contrastar teorias ([HUERTA DE SOTO, 2004; CUBBEDU, 1993](#)).

Uma das características distintivas da obra *Untersuchungen über die Methode der Socialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere*, de Menger, é a crítica aos pressupostos teóricos e culturais da Escola Histórica de Economia. De fato, como ressalta Cubbedu, o programa ideológico da referida escola, “aparte de la reducción de la ciencia económica a la historia económica, se caracteriza por su desconocimiento de la importancia

de la revolución marginalista y por el intento de considerar la economía como un instrumento de la política y de la ética” (CUBBEDU, 1993, p. 35).

Menger ressalta as diferenças entre a Escola Histórica do Direito e a Escola Histórica de Economia:

(...) scarcely a trace of all that is found in the writings of the historical school of economists that arose in Germany in the 1840's-a belated straggler among the 'historical' schools in other fields of the political sciences. And therefore it wrongly points to the historical school of jurists as its model; only wrongly does it call itself "historical" in the sense of the school of Burke and Savigny. It does not share the virtues of the latter, nor, to be sure, the one-sidedness and shortcomings. It has its own virtues, its very special one-sidedness, misunderstandings, and errors. As far as it has come to light in the works of its spokesmen, it is essentially different from the school treated above. It is, to be sure, historical, but in an entirely different sense from that of Burke-Savigny. (MENGER, 1985, p. 177)

Menger, constata Cubbedu, não oculta sua própria afinidade com o método da Escola Histórica do Direito, em especial com Savigny “quien había sabido captar la importancia de los acontecimientos históricos y ambientales en la configuración del derecho y del lenguaje, aunque sin renunciar a un tratamiento teórico de los mismos” (CUBBEDU, 1993, p. 36). Observa ainda o filósofo italiano que “Savigny es el autor citado con más frecuencia aparece en las *Untersuchungen*. Se trata siempre de citas de signo positivo en las cuales Menger apela a su teoría del origen del derecho, del lenguaje (...) y de la moneda (...)” (CUBBERFU, 1993, p. 36). É, sem dúvida, patente a influência de Savigny, no pensamento de Carl Menger.

3. Bruno Leoni, a liberdade e a lei

Leoni (1913-1967) foi um jurista italiano e catedrático de Filosofia do Direito e de Teoria do Estado na Universidade de Pavia. Sua obra mais famosa, *A liberdade e a lei*, constitui, segundo Huerta de Soto, um dos livros mais importantes sobre a teoria e a política da liberdade e a filosofia do Direito que já se escreveu no século XX (HUERTA DE SOTO, 2011)¹⁰. Na visão do professor espanhol, as três principais contribuições de Bruno Leoni são: 1) a concepção do Direito como produto eminentemente evolutivo e consuetudinário, “de forma incluso más convincente y en muchas ocasiones mejor articulada que la del propio Hayek”; 2) a crítica à concepção kelseniana do Direito, e; 3) a análise comparativa entre o processo de formação do Direito romano e a *common law* anglo-saxônica (HUERTA DE SOTO, 2011, p. 09).

Se, por um lado, o pensamento do jurista italiano acerca do surgimento e evolução do Direito é nitidamente influenciado por Menger - que, como vimos, desenvolveu sua teoria das instituições sociais aplicando-a ao caso concreto do dinheiro - por outro, também se observa nele a tradição romanista da Escola Histórica do Direito, que subjaz sua crítica ao positivismo kelseniano.

¹⁰ O livro é fruto dos manuscritos para a conferência ministrada por Leoni em seminário organizado por Artur Kemp no Claremont College, de 15 a 28 de junho de 1958, no qual também participaram Hayek e Milton Friedman. As conferências de ambos deram lugar às obras *Os fundamentos da liberdade* e *Capitalismo e liberdade*, respectivamente.

Poder-se-ia dizer que Leoni uniu o tratamento teórico dado por Menger para explicar a origem das instituições sociais com a perspectiva histórica do Direito exposta por Savigny. Como bem ressalta Huerta de Soto, Leoni evidencia que a teoria evolutiva das instituições sociais “no solo cuenta con una perfecta ilustración en el caso del surgimiento del Derecho, sino que además había sido plenamente desarrollada y articulada con carácter previo por toda la escuela jurídica clásica del Derecho romano” ([HUERTA DE SOTO, 2011, p. 13](#)).

Vejamos como o historicismo do Direito está presente no pensamento de Leoni, tal como exposto na obra *A Liberdade e a Lei*.

3.1 Legislação versus liberdade individual

Leoni lamenta o fato de que em nosso tempo, a liberdade individual é defendida mais por economistas que por juristas ou cientistas políticos. Os juristas de hoje só conseguem ver o Direito tal como ele é entendido no mundo contemporâneo, perspectiva esta que em muito reduz o espaço da liberdade individual. No entanto, alerta Leoni, “la libertad no es solo un concepto económico o político, sino también, y probablemente por encima de todo, un concepto legal, ya que implica necesariamente todo un complejo de consecuencias legales” ([LEONI, 2011, p. 20](#)).

O jurista italiano define previamente liberdade como ausência de coação (excetuando logicamente a coação para prevenção e repressão de crimes) de modo a evitar mal entendidos com aquelas doutrinas que sempre incluem no conceito de liberdade algo mais, como, por exemplo, uma “una seguridad económica satisfactoria” ([LEONI, 2011, p. 21](#)).

Constata, ademais, que a liberdade individual se encontra ameaçada pelo uso indiscriminado da legislação e o aumento de poder das autoridades administrativas em detrimento do Direito consuetudinário e do poder dos juízes. Paralelamente a isso, o Direito civil submerge paulatinamente em meio a milhares de leis que se promulgam todos os anos. Escrevendo durante os anos 1960, Leoni se pasmava com o fato de que mesmo estando há apenas sessenta anos da introdução do Código Civil Alemão e pouco mais de um século e meio após o Código Napoleônico, “la simples idea de que el Derecho pudiera no ser idéntico a la legislación resulta extraña tanto a los estudiantes de leyes como a los legos” ([LEONI, 2011, p. 22](#)).

Reclama também de que a crítica de Savigny à codificação tenha sido simplesmente esquecida ao longo do século XX:

Bien puede decirse que la lamentación de von Savigny a comienzos del último siglo sobre la tendencia hacia la codificación y la legislación escrita en general parece haberse desvanecido entre las brumas de la historia. Se puede también observar que, a comienzos del presente siglo, un destino similar parece haberse abatido sobre la confianza que Eugen Ehrlich depositó en la ‘ley viva del pueblo’ frente a la legislación promulgada por los “representantes” del pueblo. ([LEONI, 2011, p. 36](#))

E acrescenta, conforme destacamos na introdução deste trabalho, que não só as críticas de Savigny não foram refutadas, como os problemas que ele apresentou em sua época continuam sendo ignorados pelos juristas contemporâneos. Tem-se aqui, portanto, uma importante justificativa para a retomada dos estudos da ciência jurídica a partir da perspectiva histórica.

Leoni sugere que “aquellos que valoran la libertad individual reafirmen el lugar del individuo dentro del sistema global” (LEONI, 2011, p. 27). Devemos, assim, com o fim de alcançar mais liberdade, rechaçar a legislação “siempre que sea posible que los individuos implicados alcancen sus objetivos sin depender de la decisión de un grupo y sin constreñir lo más mínimo a otras personas para que hagan lo que nunca harían sin esa coacción” (LEONI, 2011, p. 31).

A conclusão inevitável - e essa é uma das mais perspicazes intuições de Leoni - é que **o teorema enunciado por Mises em 1920 sobre a impossibilidade do cálculo econômico socialista se aplica perfeitamente à legislação promulgada pelos parlamentos**. Após afirmar que esta contribuição do economista austríaco foi a mais importante e duradoura feita por economistas à causa da liberdade individual em nossos tempos, Leoni acrescenta:

Sin embargo, sus conclusiones se pueden considerar únicamente como un caso especial de una concepción más general, según la cual ningún legislador podría establecer por sí mismo, sin algún tipo de colaboración continua por parte de todo el pueblo involucrado, las normas que regulen la conducta de cada uno en esa perpetua cadena de relaciones que todos tenemos con todos. (LEONI, 2011, p. 37)

Trata-se, em outras palavras, da *impossibilidade do cálculo jurídico por parte do legislador* (ALONSO, 2010), ideia que, como já mencionamos, foi antecipada por Savigny em sua famosa obra. Huerta de Soto entende que, deste modo, Leoni completa a teoria dos economistas austríacos sobre o socialismo (HUERTA DE SOTO, 2011). Leoni, porém, vai além para chegar à conclusão de que nenhum mercado livre é compatível com um processo legislativo centralizado pelas autoridades (LEONI, 2011). Daí o lógico paralelismo entre livre mercado e Direito consuetudinário, de um lado, e socialismo e legislação, de outro. O **modelo Leoni** requer o deslocamento do centro gravitacional dos sistemas legais, desde a legislação, para outros tipos de processos de formulação de leis no longo prazo (LEONI, 2011). Seria um sistema jurídico mais próximo do Direito romano, baseado na autoridade dos jurisconsultos, no costume e na autoridade dos juízes.

3.2. O Direito dos juristas e dos juízes

Leoni analisa os três métodos de elaboração do Direito já experimentados na história ocidental: 1) O “Direito dos juristas”, que é o Direito produzido por uma classe especial de especialistas, chamados *iuris-consult* em Roma, *Juristen* na Alemanha da Idade Média, e *lawyers*, nos países anglo-saxônicos; 2) O direito produzido pelos juízes (*judge-made law*); e 3) A lei produzida por meio de processo legislativo, que é o método atualmente mais conhecido (LEONI, 2011).

Leoni manifesta naturalmente sua preferência pelos dois primeiros pela simples razão de que o Direito dos juristas e dos juízes são formas condicionadas de produzir a lei. No Direito consuetudinário inglês, de acordo com o princípio da *rule of law*, as normas não são resultado da vontade arbitrária de alguns, senão “el objeto de la investigación desapasionada de los tribunales judiciales, lo mismo que las normas en Roma eran el objeto de una investigación desapasionada de los jurisconsultos romanos a quienes los litigantes sometían sus casos” (LEONI, 2011, p. 105).

Noutro turno, a legislação é gerada como algo incondicionado, à margem das vontades e opiniões contrárias. Tanto os romanos como os ingleses, observa Leoni, “compartieron la idea de que la ley es algo que se debe *descubrir* más bien que *promulgar*, y que nadie debe ser tan poderoso en su sociedad como para poder identificar su propia voluntad con la ley del país” ([LEONI, 2011, p. 28](#)).

Essa ideia de um Direito criado de forma não condicionada era rechaçada em Roma. Catão, o censor, de acordo com Cícero, costumava alardear que a superioridade do sistema romano frente ao grego radicava no fato de que aquele havia sido produzido pouco a pouco, ao longo de séculos e gerações, por um grande número de pessoas, com base na experiência e nos precedentes, sempre condicionado pela situação vigente. A citação é traduzida pelo próprio Leoni:

El motivo que nuestro sistema político fue superior a los todos los demás países era éste: los sistemas políticos de los demás países habían sido creados introduciendo leyes e instituciones según el parecer personal de individuos particulares, tal como Minos en Creta y Licurgo en Esparta, mientras en Atenas, donde el sistema político se había cambiado varias veces, hubo muchas de estas personas, por ejemplo Teseo, Dracón, Solón, Clístenes y varios otros... En cambio, nuestro estado no se debe a la creación personal de un hombre, sino de muchos. No ha sido fundado durante la vida de un individuo particular, sino a través de una serie de siglos y generaciones. Porque, decía, no ha habido nunca en el mundo un hombre tan inteligente para preverlo todo, e incluso si pudiéramos concentrar todos los cerebros en la cabeza de un mismo hombre, le sería a este imposible tener en cuenta todo al mismo tiempo, sin haber acumulado la experiencia que se deriva de la práctica en el transcurso de un largo periodo de la historia. ([LEONI, 2011, p. 107](#))

Leoni compartilha com Savigny, “el más grande jurista alemán del siglo XIX”, o entusiasmo pelo Direito romano ([LEONI, 2011, p. 232](#)). O Direito privado romano (*jus civile*) esteve praticamente fora do alcance dos legisladores durante a maior parte da história de Roma. Os princípios do Direito civil foram desenvolvidos e refinados por uma jurisprudência que se estendeu por séculos. O Direito escrito se resumia à lei constitucional, o Direito administrativo e o Direito criminal. Por isso, a ideia de **certeza** (de curto prazo porque a lei escrita pode ser substituída a qualquer momento) era desconhecida no Direito romano. No entanto, isso não significava que os romanos não eram capazes de antecipar as consequências jurídicas de suas ações. O direito compilado (não criado) por Justiniano em seu *corpus juris* constituía uma lei suficientemente certa ao ponto de permitir que os cidadãos pudessem fazer planos para o futuro ([LEONI, 2011](#)). O jurisconsulto romano, pois:

“era una especie de científico: los objetos de su investigación eran las soluciones de casos que los ciudadanos le sometían a estudio, lo mismo que los industriales pueden hoy someter a un físico o a un ingeniero un problema técnico relacionado con sus fábricas o su producción. Por eso, el derecho privado romano era algo que había que describir o descubrir, no promulgar” ([LEONI, 2011, p. 103](#)).

Isto é, se a lei não estava escrita, ninguém poderia mudá-la arbitrariamente. Isso não significava, porém, impossibilidade de mudança, mas apenas que ninguém ia dormir com planos baseados em uma legislação para acordar no dia seguinte sob outra ([LEONI, 2011](#)).

Vimos que um dos principais argumentos de Thibaut em defesa da codificação era a insegurança supostamente gerada pela aplicação do Direito romano na Alemanha. Savigny, por outro lado, acentuava o aspecto colaborativo na produção do Direito das pandectas, um método que não era propriedade de ninguém senão um bem comum de todos. Segundo Savigny, esse ponto é bem destacado por Leoni, os jurisconsultos romanos eram personalidades fungíveis. A ausência de individualidade na criação do Direito se dava pelo fato de que o Direito privado era entendido como uma herança comum de cada cidadão romano ([LEONI, 2011](#)).

Leoni também ressalta a comparação entre Direito e linguagem feita por Savigny. Ambas instituições constituem expressões espontâneas de um povo. Os gramáticos, afirma Leoni, podem exercer uma influência significativa sobre o idioma, mas não podem criá-lo do nada. E quando tentam (como o caso do esperanto), em geral, fracassam ([LEONI, 2011](#)).

3.3 Conclusão

É bem evidente a influência de Savigny no jurista italiano, especialmente em sua concepção de Direito como resultado de um processo evolutivo e consuetudinário e também na sua admiração pela metodologia dos jurisconsultos romanos. Como a criação de leis por processos legislativos é incompatível com uma sociedade livre, Leoni demonstra sua preferência por sistemas jurídicos baseados na criação do direito pelos juristas (Roma) ou pelos juízes (*common law*), que em última instância, se originam do próprio povo. É a teoria da Escola Histórica que vai servir de base para as críticas de Leoni ao positivismo kelseniano¹¹.

4. Hayek e a ordem jurídica da liberdade

A partir dos anos 1950, depois de décadas de dedicação ao estudo dos ciclos econômicos, Hayek muda significativamente seu programa de pesquisa, passando a focar no estudo das condições jurídico-institucionais de uma sociedade livre ([HUERTA DE SOTO, 2010](#)). Deste esforço, resultam dois livros essenciais para qualquer pesquisa sobre as relações entre direito e liberdade: *Fundamentos da liberdade* e a trilogia *Direito, legislação e liberdade*.

Uma das três considerações fundamentais para uma sociedade livre, abordada na primeira parte da trilogia, é que “un orden espontáneo que se autogenera y una organización son cosas distintas, y que esta distinción está en conexión con las dos distintas formas de normas o leyes que en cada uno de esos órdenes prevalecen” ([HAYEK, 2014, p. 17](#))¹². Como veremos, as ideias de Savigny e da Escola Histórica do Direito são essenciais para a tese desenvolvida no primeiro volume da trilogia, que abarca praticamente toda a teoria hayekiana sobre a formação e o desenvolvimento evolutivo das instituições sociais, em particular, as jurídicas.

¹¹ A crítica detalhada se encontra no artigo *Oscurità ed incongruenze nella dottrina kelseniana del diritto* incluído na edição italiana *Scritti di Scienza Politica e Teoria del Diritto* (2009). Pode-se também encontrá-la no texto *Análisis de las teorías normativistas, con especial referencia a la teoría de Hans Kelsen*, incorporado em suas *Lecciones de filosofía del Derecho*, da Unión Editorial ([2008](#)).

¹² Utilizo como base a segunda edição espanhola, *Derecho, legislación y libertad*, da Unión Editorial ([2014](#)).

É oportuno destacar a influência de Leoni no pensamento de Hayek. Segundo o professor Huerta de Soto, foi Leoni quem direcionou os trabalhos de Hayek, fazendo-o dar maior ênfase na *common law* e no Direito evolutivo em sua obra *Direito, legislação e liberdade*, em relação ao conteúdo da obra anterior, *Fundamentos da liberdade* ([HUERTA DE SOTO, 2011](#)).

4.1. Razão e evolução

A ideia evolucionista com respeito à origem das instituições, entre elas o Direito, tem como antagonista o construtivismo, que se poderia se definir como toda postura fundada em considerar que só mediante o uso da razão é possível edificar uma sociedade nova e melhor, criando do nada suas instituições, desprezando costumes, tradições e, por consequência, as instituições sociais evolutivas geradas de forma espontânea ([MESENGER, 2009, p. 131](#)).

Hayek aponta René Descartes como o pensador que deu a mais completa expressão do que denomina racionalismo construtivista. É contra o racionalismo de tipo cartesiano que Hayek dirige sua crítica mais pesada. “Dado que para Descartes la razón se define como deducción lógica derivada de premisas explícitas, la acción racional viene a significar sólo las acciones en cuanto determinadas totalmente por una verdad conocida y demostrable” ([HAYEK, 2014, p. 28](#)). Decorrência lógica deste raciocínio é que só o que é verdadeiro em sentido cartesiano pode conduzir a algo exitoso. Por isso, as instituições que não foram criadas desta maneira e apenas ocasionalmente poderiam tornar-se benéficas. O racionalismo cartesiano pretende, assim, refundar as instituições sociais ou repensar sua origem, atribuindo-a a uma invenção deliberada. “La moral, la religión y el Derecho, el lenguaje y la escritura, el dinero y el mercado se concibieron como si hubieran sido contruidos deliberadamente por alguien, o por lo menos como parte de su perfección se debiera a semejante diseño” ([HAYEK, 2014, p. 29](#)). O fato de vivermos em uma sociedade na qual podemos orientar corretamente nosso comportamento depende também de que os indivíduos se adaptem a determinadas normas de conduta cuja origem não conhecemos e que talvez a própria existência ignoramos ([HAYEK, 2014](#)).

Hayek nos recorda constantemente da limitação de nosso conhecimento e nossa ignorância sobre os processos sociais. Muitos dos fatos relevantes não são conhecidos e sequer podem chegar a sê-los. “La adaptación a las circunstancias generales que les rodean (a los individuos) se produce por la observancia de normas que ellos no han diseñado y a menudo ni siquiera conocen explícitamente, aunque no por ello dejan de observarlas en su comportamiento” ([HAYEK, 2014, p. 30](#)). O Direito, a moral e outras ordens normativas, por tanto, têm uma importância fundamental. Se não são analisadas corretamente, aplicando o método adequado e sendo consciente de sua origem, desenvolvimento e natureza, a distorção a que se verá submetido o cientista social conduzirá inevitavelmente ao erro e à falácia. Devemos assumir que “el éxito de la acción en sociedad depende de un cúmulo de hechos particulares muy superior a los que cualquiera puede conocer” ([HAYEK, 2014, p. 30](#)).

Hayek assinala que uma das principais teses da obra *Direito, legislação e liberdade* é de que a maior parte das normas de conduta que regem os atos dos cidadãos, assim como das instituições nascidas de tais regulações (como o direito de propriedade) “son adaptaciones a la imposibilidad de que alguien tome conciencia de todos los hechos particulares que integran el orden social” ([HAYEK, 2014, p. 32](#)). Defende Hayek, em particular, que a justiça “solo es posible sobre la base de esta necesaria limitación de nuestro conocimiento factual, y que esta visión

de la naturaleza de la justicia es por tanto totalmente ajena a todos aquellos constructivistas que suelen argumentar basándose en el supuesto de omnisciencia” ([HAYEK, 2014, p. 32](#)).

Sabemos que o processo social se caracteriza por uma grande divisão de conhecimento a partir da imensidade de fins almejados e alcançados. O homem contemporâneo é muito mais ignorante sobre fatos relevantes que os homens primitivos. O aumento da complexidade da ordem social faz com que cada indivíduo saiba menos sobre cada vez mais circunstâncias que lhe afecta direta ou indiretamente na persecução dos próprios fins.

Por tudo isso, é necessário resistir à ideia de crer na capacidade humana de ajustar a ordem social para melhorar os resultados espontâneos. Os racionalistas construtivistas tentam fundamentar suas posições no que Hayek chama de ilusão sinóptica, isto é, “la ficción de que todos los hechos relevantes son conocidos por alguna mente, y de que es posible construir a partir de este conocimiento de los particulares un orden social deseable” ([HAYEK, 2014, p. 33](#)). Quanto às normas, isso significa considerar a mente humana está capacitada para articular com plenitude e coerência um sistema jurídico que consiga prever todo tipo de conflito e dúvidas interpretativas concebíveis.

Vimos anteriormente que a limitação do nosso conhecimento para prever problemas jurídicos foi uma das principais razões pelas quais Savigny se posicionou contrariamente à codificação. A ideia de elaborar um código que servisse como única fonte do Direito pressupunha a intenção de estabelecer previamente soluções para todos os casos com os quais os juízes pudessem se deparar. Considerava-se frequentemente que seria possível adquirir, por meio da experiência “un conocimiento completo de los casos singulares en sí mismos, para resolver entonces cada uno de ellos mediante el pasaje correspondiente del código” ([SAVIGNY, 2018, p. 104](#)). Contra essa visão, Savigny contestava que qualquer tentativa nesse sentido seria infrutífera porque “los casos reales presentan diversidades más allá de imaginable” ([SAVIGNY, 2018, p. 104](#)). Vê-se que Hayek efetua um significativo aporte teórico sobre esse pensamento do fundador da Escola Histórica do Direito.

Hayek acentua, ademais, a mudança o sentido dos termos **razão** e **lei natural** provocado pelo racionalismo construtivista. Antes, a razão era “la herramienta para poder distinguir entre el bien y el mal”. O construtivismo a converteu na “capacidad para construir tales normas deduciéndolas de premisas explícitas” ([HAYEK, 2014, p. 42](#)). Diz-se que toda lei é fruto da razão partindo-se sempre de premissas *a priori*. O positivismo parte da razão, mas considera a norma como “una construcción deliberada basada en el conocimiento empírico de los efectos que podría tener en la realización de objetivos humanos deseables ([HAYEK, 2014, p. 42](#)).

O enfoque evolucionista tem várias inspirações. Hayek explica que a tradição iniciada por Bernard Mandeville também alcança Edmund Burke e, em grande medida através de Burke, as escolas históricas de linguística e Direito. O enfoque evolucionista no âmbito dos fenômenos sociais “tuvo lugar principalmente en Alemania por obra de Wilhelm von Humboldt y Fc von Savigny” ([HAYEK, 2014, p. 43](#)). Na tradição inglesa, o enfoque evolucionista afloraria de novo, como vimos, com um discípulo de Savigny, Sir Henry Maine. No continente, “fue la gran revisión de los métodos de las ciencias sociales, realizada en 1883 por Carl Menger, fundador de la Escuela Austríaca de Economía, la que reafirmó plenamente la posición central para todas las ciencias sociales del problema de la formación espontánea de las instituciones y su carácter genético” ([HAYEK, 2014, p. 43](#)).

4.2. A ordem espontânea e a ordem criada

A análise evolucionista de Hayek parte de dois pontos básicos: por um lado, o estudo do conceito de ordem e, por outro, o estudo das diferenças existentes entre uma ordem criada (que Hayek também denomina de organizações) e uma ordem espontânea. Para Hayek, **ordem** é:

(...) una situación en la que una multiplicidad de elementos de diverso género se hallan en tal relación unos con otros, que del conocimiento de alguna parte temporal o espacial del conjunto podemos aprender a formarnos expectativas sobre otras partes del mismo conjunto o, por lo menos, expectativas con una buena posibilidad de resultar acertadas. ([HAYEK, 2014, p. 58](#))

A ordem espontânea embasa sua continuidade sobre a autorregulação de suas partes e as relações que se estabelecem entre elas. Quanto à ordem social, vemos como operam indivíduos perseguindo fins próprios, atuando em consequência a partir de um conhecimento tácito e subjetivo. Na consecução de tais fins, dependeremos da “correspondencia entre las expectativas relativas a las acciones de los otros en que se basan nuestros planes y lo que efectivamente sucederá” ([HAYEK, 2014, p. 59](#)).

Hayek utiliza os termos gregos *cosmos* e *taxis* para identificar, respectivamente, a ordem autorregulada ou espontânea e a ordem criada. “La teoría social comienza, y tiene objeto propio, solo con el descubrimiento de que existen estructuras que son fruto de la acción de muchos hombres aunque no el resultado de un proyecto humano” ([HAYEK, 2014, p. 61](#)). Nos estudos sobre a linguagem e a moral, geralmente se aceitam estas ideias sobre o funcionamento das ordens autorreguladas ou espontâneas. Mas em âmbitos mais gerais, em particular o econômico, se segue ridicularizando a ideia de mão invisível na expressão de Adam Smith ([HAYEK, 2014](#)).

Para o propósito deste artigo, importa assinalar a visão de Hayek quanto às regras que regem as ordens espontâneas. Afirma o austríaco que “no es necesario que las reglas que gobiernan las acciones de los elementos de tales órdenes sean conocidas por estos elementos, siendo suficiente que éstos se comporten de tal modo que su conducta pueda ser descrita por tales reglas” ([HAYEK, 2014, p. 66](#)). Ou seja, as regras neste sentido não exigem apresentação de forma articulada (verbalizada). O ser humano nunca chega a ser consciente da quantidade de regras que operam suas ações e, por tanto, no intento de alcançar seus fins dentro de uma ordem espontânea. Sua adaptação a essas regras faz possível, ou mais fácil, lograr êxito em seus objetivos, que ao mesmo tempo formam e dão continuidade a ordem. Hayek explica que durante a maior parte da história da humanidade, o ser humano se orientou por leis sem que fosse capaz de articulá-las:

Al menos en la sociedad humana primitiva, algo menos que en las sociedades animales, la estructura de la vida social está determinada por normas de conducta que solo se manifiestan en el hecho de que son observadas. Solo cuando los intelectos individuales empiezan a diferenciarse en una medida significativa se hace necesario expresar estas reglas en una forma tal que puedan ser enunciadas y enseñadas explícitamente. Aunque el hombre nunca haya existido sin leyes a las que obedecer, existió naturalmente durante centenares de miles de años sin leyes ‘conocidas’ en el sentido de que fuera capaz de articularlas. ([HAYEK, 2014, p. 66](#))

Estas considerações são muito similares às que vimos na obra fundacional da Escola Histórica do Direito, em que Savigny explica o nascimento do Direito positivo. Embora os povos primitivos não fossem capazes de conceituar abstratamente sua situação e suas relações, são plenamente conscientes delas ([SAVIGNY, 2018, p. 97](#)).

4.3. Leis e mandatos

A distinção entre ordem espontânea e organização, que vimos anteriormente, é indispensável para o desenvolvimento da ciência jurídica. As normas que permitem a formação da ordem espontânea e que dão lugar às **leis** (em sentido material) têm características distintas daquelas outras regras que dão lugar a uma organização, que são denominadas de **mandatos** (também chamados de **legislação**). Esta distinção, deve-ressaltar, só é possível com base na metodologia histórica desenvolvida por Savigny.

Uma das principais diferenças entre um e outro tipo de norma se refere aos fins que buscam. “Lo que distingue las reglas que gobiernan las acciones de una organización es que deben ser reglas para conseguir unos objetivos asignados” ([HAYEK, 2014, p. 72](#)). Por outro lado, as regras que comandam uma ordem espontânea devem ser independentes de qualquer objetivo. Isso significa que:

las reglas generales del derecho en que se basa un orden espontáneo tienden a un orden abstracto cuyo contenido particular o concreto no es conocido o previsto por nadie, mientras que tantos los mandatos como las reglas que gobiernan una organización ofrecen resultados particulares a los que aspiran quienes gobiernan la organización. ([HAYEK, 2014, p. 72](#))

As organizações operam principalmente por meio de mandatos, que perseguem objetivos concretos gerando resultados determinados, ainda que não sempre de acordo com o desejado e previsto pelo dirigente da organização. Quanto mais complexa a organização, mais amplo seu espectro de fins e objetivos, mais difícil os meios escolhidos em sua persecução e mais incapaz será o órgão diretor de definir cada uma das funções e ações. Os mandatos, assim, terão que conter uma dose maior de generalidade e abstração.

O grau de complexidade da sociedade moderna “supera en mucho cualquier grado que hubiera podido alcanzar mediante una organización deliberada” ([HAYEK, 2014, p. 73](#)). E esta evolução só foi possível porque nossa sociedade se desenvolveu como uma ordem espontânea, sob regras que não foram desenhadas para a obtenção deste resultado. “Sostener que es preciso planificar deliberadamente la sociedad moderna precisamente por el grado de complejidad que ha alcanzado, es un contrasentido” ([HAYEK, 2014, p. 73](#)).

Por isso, é um erro absurdo considerar o Estado, uma organização, como a forma mais desenvolvida da sociedade civil. Mais: “es imposible no solo sustituir el orden espontáneo por la organización y al mismo tiempo utilizar la mayor cantidad posible del conocimiento disperso entre todos sus miembros, sino también reforzar o corregir ese orden interfiriendo en él con mandatos directos” ([HAYEK, 2014, p. 73](#)). Esse é o principal fundamento contra a intervenção na ordem do mercado. A generalizada confusão entre esses dois tipos de norma deu lugar, ao largo da história, a diferentes concepções de lei. Uma que considera que lei e liberdade são inseparáveis e outra que considera que ambas as coisas são inconciliáveis ([HAYEK, 2014](#)).

4.4. A evolução do Direito

Vimos que uma das ideias-chaves da Escola Histórica do Direito, e expostas por Savigny na obra *Da vocação*, é a de que o Direito não pode ser criado arbitrariamente. O Direito é uma criação do povo, uma manifestação das forças que conformam o **espírito popular**, assim como o idioma e a moral. Essa noção também é fundamental na obra de Hayek que ora examinamos.

El Derecho, entendido en el sentido de un conjunto de normas de conducta sancionables, es sin duda tan antiguo como la propia sociedad. Solo la observancia de normas de conducta hace posible la convivencia pacífica de los individuos en sociedad. Mucho antes de que el hombre desarrollara el lenguaje hasta el punto de poder formular mandatos generales, podía un individuo ser aceptado como miembro de un grupo solo si se adaptaba a las reglas del mismo. ([HAYEK, 2014, p. 98](#))

A lei (em sentido material) é, portanto, muito anterior à criação deliberada de normas (legislação), que é algo recente na história da humanidade.

Também já observamos que Hayek, seguindo Savigny, demonstra que nas sociedades primitivas, muito antes do surgimento da norma jurídica, o homem já era capaz de guiar-se por regras mesmo sem capacidade para articulá-las. Apesar disso, em algum momento da evolução surge a necessidade e a tentativa de formalizá-las. Somente transcorrido um longo período de tempo, quando o homem já é capaz de articular verbalmente o conteúdo geral dessas normas, elas alcançam a categoria de normas jurídicas. O Direito, portanto, nasce dentro de um processo evolutivo amplo (que inclui a evolução biológica, a da mente ou da razão e também a linguagem) em um momento difuso da história, em um processo de tentativa e erro, até alcançar conteúdos articulados relativamente estáveis. O processo depende de fatores como a aprendizagem e transmissão da aprendizagem.

Segundo Hayek, há consenso entre os historiadores do Direito de que os legisladores antigos “desde Ur-Nammu y Hamurabi a Solón, Licurgo y los autores de las doce tablas, en absoluto pretendían crear un Derecho nuevo, sino simplemente formular lo que el Derecho era y siempre había sido” ([HAYEK, 2014, p. 108](#)). Não fosse assim, se esta articulação de normas não guardasse coerência com a realidade, elas jamais teriam eficácia.

A evolução do Direito leva ao paulatino descobrimento de uns princípios gerais que dão coerência interna à ordem normativa resultante e eficaz em um determinado agrupamento humano. É aí que Hayek chega ao Direito romano, com o qual se identifica.

O Direito romano, cujos postulados fundamentais estão vigentes até nossos dias, não foi fruto de uma legislação deliberada. Em suas origens, as instituições sociais existiam, mas ninguém se perguntava sobre sua origem. “El Derecho civil clásico, e que se basa la compilación final de justiniano, es casi enteramente, fruto de los descubrimientos de los juristas, y solo en una pequeña parte producto de la legislación ([HAYEK, 2014, p. 110](#))”. O sistema jurídico romano se desenvolveu “gracias a la gradual expresión de las concepciones prevalentes de justicia, más que por obra de la legislación” ([HAYEK, 2014, p. 110](#)). De um modo parecido, se desenvolveria mais tarde o sistema inglês da *common law*, sendo que neste, o papel decisivo pertence aos juízes, mais que aos juristas (como em Roma).

A partir do século XIII, lenta e gradualmente, a legislação vai se convertendo em um ato de deliberada e ilimitada vontade do governante. O homem volta a cair no erro de achar que é capaz de reordenar a sociedade para alcançar melhores resultados. O final da Idade Média faz renascer esse impulso construtivista autodestrutivo. Hayek nos lembra que o desenvolvimento intelectual que leva à concentração do poder de legislar comportou a “absorción progresiva de este nuevo poder de estatuir nuevas normas de conducta en el más antiguo poder de los gobernantes siempre habían ejercido, el de organizar y dirigir el aparato de gobierno, hasta que estos dos poderes se mezclaron inextricablemente en el que se concibió como poder unitario de legislar” (HAYEK, 2014, p. 112). Como aduz Dalmacio Negro, a antiga ideia de **legitimação** do poder vai sendo substituída pela ideia de **justificação** baseada em um contratualismo que supõe que a sociedade, dotada de uma certa razão coletiva, decide criar uma ordem nova onde se entrega ao Estado a autoridade suprema, convertendo-se na criadora do Direito (NEGRO, 1995).

A liberdade dos ingleses, admirada a partir do século XVII, não foi fruto da separação dos poderes, mas da *common law*, sistema jurídico independente desenvolvido por tribunais independentes, nos quais o parlamento raramente intervinha.

Podría incluso decirse que en Inglaterra se desarrolló una especie de separación de poderes, no porque solo el legislador hiciera la ley sino porque no la hacía, ya que el Derecho lo determinaban los tribunales independientes del poder que organizaba y dirigía el gobierno, es decir, el poder que erróneamente se llamó ‘legislatura’. (HAYEK, 2014, p. 113)

Na Idade Contemporânea, depois da Revolução Francesa, com o crescimento do uso da legislação, a ideia de lei geral, abstrata e protetora da liberdade dos indivíduos, surgida da própria sociedade (ou do **espírito do povo**, como diriam os juristas da Escola Histórica), conforme havia sido concebida desde a Grécia clássica e principalmente em Roma, vai perdendo no continente europeu esse caráter como culminação de um processo que se estende desde os séculos XIII e XIV. Explica Mesenger:

Nos encontramos ante una situación verdaderamente aberrante desde el punto de vista jurídico donde todo se confunde, donde todos los conceptos se ven vaciados de su contenido evolutivo: el Derecho civil y el Mercantil (normas reguladoras del orden espontaneo, de las relaciones entre los individuos), se confunde con el Derecho Público (normas en principio reguladoras de la organización política, del Estado, es decir, mandatos). (MSENGER, 2009, p. 252)

Nesse momento, já não existe diferença entre os tipos de ordens (ordem espontânea e organizações) nem entre as distintas normas que regem umas e outras (leis e mandatos).

4.6. Conclusão

Huerta de Soto observa que, apesar da mudança no âmbito de investigação científica de Hayek nos anos 1950, existe uma unidade e uma concatenação lógica entre seus trabalhos no campo da teoria econômica e aqueles efetuados sobre teoria política e teoria do direito.

“Com efeito, para Hayek, o socialismo, ao basear-se na agressão institucionalizada e sistemática contra a ação humana exercida mediante uma série de ordens ou mandatos coercivos, implica o desaparecimento do conceito tradicional de lei, entendida como uma série de normas gerais (ou seja, aplicável a todos por igual) e abstratas (pois apenas delimitam um amplo campo de

atuação individual em prever qualquer resultado concreto do processo social)” ([HUERTA DE SOTO, 2010, p. 123](#)).

Deste modo, as leis em sentido material são substituídas por um Direito espúrio, corrupto, constituído por um conjunto de ordens, regulamentos e mandatos de tipo administrativo, nos quais se especifica qual deverá ser o comportamento concreto de cada ser humano. Todo esse esquema teórico, brilhantemente desenvolvido pelo prêmio Nobel austríaco, pressupõe a noção de Savigny, do Direito como instituição social que surge de maneira evolutiva e consuetudinária.

Considerações finais

Embora afirme, com Leoni, que os princípios da Escola Histórica do Direito seguem sem plena refutação, não pretendi efetuar aqui uma defesa incondicional do pensamento de Savigny. O presente artigo teve por objeto o limitado esforço de ressaltar a importância da Escola Histórica do Direito para a teoria austríaca das instituições sociais, tal como desenvolvida nas obras de Menger, Leoni e Hayek.

Murray Rothbard, na introdução à sua obra *História do pensamento econômico*, foi cirúrgico ao afirmar que o avanço das ideias econômicas não segue um caminho linear, como um edifício que vai sendo construído sempre progressivamente (“*an ever-progressing edifice*”) até sua completude. Seria mais correto dizer, portanto, que a ciência econômica avança em zigue e zague, com falácias posteriores ocasionalmente suplantando paradigmas anteriores, ainda que mais sólidos, “*thereby redirecting economic thought down a total erroneous or even tragic path*”. ([ROTHBARD, 2006, p. 10](#)). O raciocínio pode ser aplicado a qualquer vertente das ciências sociais.

Com efeito, apesar de a civilização ocidental já ter experimentado métodos de elaboração do Direito muito mais compatíveis com a liberdade e o progresso da civilização, nos encontramos hoje sob sistemas em que preponderam a legislação produzida pelos parlamentos, imperando a vontade circunstancial dos representantes eleitos. Nestes ordenamentos, tal como demonstraram Hayek e Leoni, não há espaço para a liberdade individual e a economia de livre mercado.

Referências

ALONSO, José Carlos Herrán Alonso. **El orden jurídico de la libertad**: la aportación de F. A. Hayek al estudio del derecho. Madri: Unión Editorial, 2010.

CUBEDDU, Raimondo. **La filosofía de la Escuela Austríaca**. Madri: Unión Editorial, 1993.

ESCUADERO, José Antonio. **Curso de historia del Derecho**: fuentes e instituciones político administrativas. Madri: Solana y Hijos, 4ª Ed., 2012.

LEONI, Bruno. **La libertad y la ley**. Madri: Unión Editorial, 3ª Ed., 2011.

LEONI. **Lecciones de filosofía del Derecho**. Madri: Unión Editorial, 2008.

HAYEK, Friedrich A. **Derecho, legislación y libertad**. Madri: Unión Editorial, 2ª Ed., 2014.

HUERTA DE SOTO, Jesús. **A Escola Austríaca**. Trad. André Azevedo Alves. São Paulo: Instituto Mises Brasil, 2010.

HUERTA DE SOTO. **Dinero, crédito bancario y ciclos económicos**. Madri: Unión Editorial, 6ª Ed., 2016.

HUERTA DE SOTO. **Estudios de Economía Política**. Madri: Unión Editorial, 2ª Ed., 2004.

HUERTA DE SOTO. Prólogo. **Libertad y la ley**. Madri: Unión Editorial, 3ª Ed., 2011.

MOLITOR-SCHLOSSER. **Perfiles de la nueva historia del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1980.

MENGER, Carl. **Principios de Economía Política**. Madri: Unión Editorial, 2ª Ed., 1997.

MENGER. **Investigations into the method of the social science with special reference to economics**. Nova York: New York University Press, 1985.

MESEGUER, César Martínez. **La teoría evolutiva de las instituciones: la perspectiva austríaca**. Madri: Unión Editorial, 2ª Ed., 2009.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Trad. Donald Stewart Jr. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 3ª Ed., 2010.

NEGRO, D. **La tradición liberal y el estado**. Madri: Unión Editorial, 1995.

PAU, Antonio. **Thibaut y las raíces clásicas del romanticismo**. Madri: Trotta, 2012.

ROTHBARD, Murray. **An austrian perspective on the history of the economic thought**. Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciência del derecho. In: GONZÁLES, C. A. A.; MAMANI, S. L. Q.; CUENCA: B. C. (eds.). **La polémica sobre la codificación**. Santiago do Chile: Ediciones Olejnik, 2018.

STERN, Jaques. Introducción. In: GONZÁLES, C. A. A.; MAMANI, S. L. Q.; CUENCA: B. C. (eds.). **La polémica sobre la codificación**. Santiago do Chile: Ediciones Olejnik, 2018.

THIBAUT, A.F.J. Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania. In: GONZÁLES, C. A. A.; MAMANI, S. L. Q.; CUENCA: B. C. (eds.). **La polémica sobre la codificación**. Santiago do Chile: Ediciones Olejnik, 2018.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Ed., 1967.

RECEBIDO EM: 20/12/2018

APROVADO EM: 14/01/2019