

HISTÓRIA DO DIREITO

Direito e história

Questões para uma estranha disciplina

Law and history

Questions for a strange discipline

José Reinaldo de Lima Lopes¹

¹ Universidade de São Paulo (USP).

RESUMO

O caráter prático do saber jurídico implica sua dimensão normativa e histórica. Assim, o estudo do direito – por ser aprendido de uma disciplina prática – não pode tomá-lo como um objeto que exista fora e independentemente dos sujeitos que lhe dão existência. O direito é ontologicamente subjetivo, mas epistemologicamente objetivo, como as línguas, por exemplo. Por isso, o aprendizado do direito sempre é hermenêutico e nessa esfera assemelha-se muito à história. De fato, ela também consiste em apreender do passado os vestígios das ações humanas e de seus sentidos, e por meio deles compreender os vestígios puramente materiais deixados. Por essa semelhança de pontos de vista, a história do direito nunca se separa de seu próprio objeto, o direito vigente, e este não pode ser aprendido a não ser levando em conta sua dimensão temporal.

Palavras-chave: história, direito, filosofia, hermenêutica, prática, ensino do direito.

ABSTRACT

The practical character of legal knowledge implies its normative and historical dimension. Studying law – due to this practical aspect of a practical discipline – cannot assume that law is an independently existing object, external to the subjects through which it lives on. Law is ontologically subjective, but epistemologically objective, just like human languages. Therefore legal learning is always hermeneutical and thus it is similar to history. In fact, history means recovering from the past the existing vestiges of the senses of human actions, and through them reconstructing the material vestiges left behind. Because of these similar points of view, legal history is never severed from the existing law, which in turn cannot be learned except taking into account its temporal dimension.

Keywords: history, law, philosophy, hermeneutics, practice, legal education.

O direito é uma estranha disciplina. Como todas as outras, desenvolve-se historicamente: direito e medicina de hoje não são os mesmos de há quinhentos, mil ou dois mil anos atrás. Ao contrário da medicina, porém, juristas de duzentos, quinhentos anos atrás podem ser lidos ainda hoje com proveito. Nisso, o direito assemelha-se mais à filosofia, ou à literatura do que às ciências em geral, inclusive as pretensas ciências sociais.² O direito distingue-se de outros campos de saber universitário, uma vez que para aprendê-lo não basta dispor de informações. Como se dizia na filosofia clássica, o direito é parte das ciências práticas, coisa que soa como um oxímoro para a mentalidade científica moderna. O jurista não é observador nem simples manipulador de seu objeto: não é simples cientista moderno que o observa e explica, nem puro técnico, que produz coisas a serem manipuladas. O jurista *usa* o direito e ao usá-lo o torna real, atual, existente. Seja ele o jurista acadêmico que realiza o direito ao fazer doutrina, seja ele o jurista prático, que o realiza decidindo, fazendo negócios jurídicos ou emitindo sentenças e outros atos, faz o direito aparecer e manter-se no mundo. Esse direito tem uma existência no tempo e por isso se diz histórico: está na mesma dimensão que as ações humanas.³

Aprender e ensinar direito assemelham-se, por isso, a aprender e ensinar uma língua: trata-se de uma prática. Prática, mas não técnica no sentido estrito. É um modo de agir, mas não um modo de produzir ou fabricar coisas externas aos agentes. A distinção entre prática e técnica nem sempre é clara para os juristas: prática é a ação cujo resultado não pode separar-se dos sujeitos *praticantes*, enquanto a técnica resulta em produtos separados dos agentes. Uma ponte, uma casa, um *software* de computador são produzidos por meio da técnica; uma vida individual, uma obra de literatura, um tribunal, uma escola ou um hospital resultam da prática, pois embora existam de fato, não podem existir sem os agentes (sem a pessoa humana que vive, sem os leitores, sem os juízes e partes, sem alunos ou professores, sem médicos e pacientes). O direito está na categoria dos objetos da prática, não da fabricação. Não é independente de como os agentes da prática o concebem, nem das instituições dentro das quais agem.

É devido à natureza *prática* do direito que sua história interessa. Não é simplesmente porque “o direito é histórico”. Essa afirmação assim simples é desnecessária platitude. Também a medicina, a engenharia e a ciência da computação são históricas nesse sentido trivial: passaram a existir em certo momento, mudaram ao longo do tempo. Como disciplinas e ciências, só existem porque nós, seres humanos, as constituímos, não as apanhamos em árvores.

No caso do direito, aprendê-lo significa entrar numa prática já em andamento, fazer parte de uma tradição, não começar do zero. Em certos momentos aparecem ideais revolucionários com a pretensão de zerar tudo: na Revolução Francesa pretendeu-se mudar o calendário, começar uma nova contagem do tempo, fazer de conta que começava uma vida totalmente nova. Não deu certo. Os padeiros continuaram a fazer o pão como faziam antes: a prática da alimentação continuou como antes. A vida se impôs às pretensões dos intelectuais. Essa vida material, como diz Braudel,

vive sob o signo da rotina: semeia-se o trigo como sempre foi semeado; planta-se o milho como sempre foi plantado; aplaina-se o solo do arrozal como sempre se aplainou; navega-se pelo Mar Vermelho como sempre se navegou...Um passado obstinadamente presente, voraz, consome de maneira monótona o frágil tempo dos homens (Braudel, 1979, p. 15).

² Cf. Kenny (2008, p. 15).

³ Como diz Caroni, sem referir-se como faço à filosofia da ação, “a dimensão temporal é inerente ao direito. Não o acompanha, não o decora, nem o enquadra, mas *conota-o*. Confere-lhe aquela estrutura que nos permite percebê-lo conscientemente.” (Caroni, 2009, p.71).

Essas diferenças materiais convivem com certo sentimento de contemporaneidade de ideias em certos âmbitos. De certo modo somos contemporâneos de Voltaire, e sob certos aspectos talvez não fosse difícil conversar com ele se uma máquina do tempo nos fizesse voltar ao século XVIII, diz o mesmo Braudel (1979, p. 14).

No direito encontramos contraste parecido: existe certa materialidade que nos é estranha, e existe alguma familiaridade de pensamento. Se nos encontrássemos num fórum do século XVIII, teríamos uma grande sensação de estranhamento, seja com as coisas e o comportamento das pessoas, seja com os conflitos que apareceriam, sejam com os pressupostos usados pelos agentes, seja com a maneira de conduzir a audiência, a redução a termo dos atos e assim por diante. Mas se abrissemos um livro de doutrina ou de teoria de Cesare Beccaria ou Jeremy Bentham não seria difícil entender algumas ou muitas coisas do que lá está escrito. O direito vive no tempo por meio dos agentes que lhe dão vida, não por vestígios inanimados. A ruína de um edifício onde se disputavam questões jurídicas – de um *palácio de justiça*, um *fórum* – precisa ser revivida pelo que podemos conhecer por outros meios, não materiais. Precisamos saber *o que se fazia* ali para termos ideia do que era, até mesmo para termos ideia de quais são as suas partes, seus aposentos, seus cômodos, suas câmaras... E precisamos saber que espécie de conflito estruturante determinava as formas do direito. O que conseguimos perceber nos textos e nos testemunhos dos juristas muda de sentido quando nos damos conta das circunstâncias todas em que eles foram originalmente produzidos, da mesma maneira que o reconhecimento de uma sala de audiências ou de uma sala de tribunal só se revela quando vestígios textuais dão testemunho do que se passava ali, de como e para que eram usadas aquelas dependências. O historiador tenta recuperar o *invisível* (Caroni, 2009, p. 68), o que implica olhar também para as “posições perdedoras” (Caroni, 2009, p. 78), pois a seu tempo elas apareciam como possibilidades mais ou menos viáveis, apagadas pela história dos vencedores. No Brasil temos um caso exemplar na história do direito constitucional, na qual os juristas apagam completamente a experiência monárquica. É certo que o Estado republicano quis realizar uma verdadeira re-fundação nacional, mas depois do dia 15 de novembro continuaram a operar a máquina estatal os mesmos juristas formados nas décadas anteriores. E a sociedade continuou impregnada das mesmas práticas, inclusive os hábitos escravistas generalizados entre nós. O olhar mais superficial não vê a tradição conflitiva entre liberais e ultramontanos como determinante da forma de laicidade afirmada depois do golpe republicano, nem o uso liberal do *habeas corpus*, nem a cisão social que já se constatava entre uma elite jurídica ilustrada e liberal, tensamente acomodada na contradição do escravismo, e bases sociais tradicionais e conservadores em toda parte.⁴

A historicidade do direito, contudo, associa-se a seu caráter prático e, por implicação, normativo e preceptivo. Caráter prático significa que o “produto” da atividade e do pensamento jurídico não se consolida em algo que se separa dos sujeitos ou agentes do campo jurídico. O direito, como saber, disciplina ou ordenamento não se separa de sua história porque seu objeto – decisões e instituições – é feito de singulares e contingentes – como eventos –, e universais inteligíveis – os sentidos dos eventos, e nem uns nem outros existem fora ou independentemente dos agentes ou sujeitos que se movem dentro das instituições sociais que eles mesmos criam, a “floresta de símbolos” que nós mesmos plantamos.⁵ Isso lhe dá seu caráter histórico inerente. As decisões, as

4 Uma análise dessas posições encontra-se em Lopes (2010), especialmente p. 187-309.

5 A expressão é usada por Nunes (2010) para indicar nossa situação humana e vem do poema de Charles Baudelaire, “Correspondances”: “La Nature est un temple où des vivants piliers/ Laissent parfois sortir de confuses paroles;/ L’homme y passe à travers des forêts de symboles/ Qui l’observent avec des regards familiers.” A expressão também serviu de título a uma antologia de textos do antropólogo Turner (1967).

ações e as instituições não se separam de seus agentes. Entendê-los é ao mesmo tempo entender os agentes que as realizam e sustentam. Nisso reside sua inescapável historicidade.

Outra vez, vale a pena usar da analogia: cada um de nós aprende a falar uma língua materna que tem sua gramática (suas regras, portanto). As regras da língua precisam ser aprendidas como regras, mas à medida que nos tornamos mais hábeis dentro da língua, somos capazes de usá-la com maior liberdade. Nossas habilidades crescem na medida em que aprendemos mais e mais modos diferentes de falar a língua: saímos de nosso círculo familiar e entramos em círculos sociais mais amplos. Nossa habilidade cresce também quando saímos de nossos círculos contemporâneos e aprendemos modos de falar (e sentidos, e conteúdos) que nos vêm do passado: pelas narrativas que ouvimos, pelos clássicos da literatura da língua que falamos. Se a analogia procede, então o mesmo se dá com o direito. E nisso se encontra sua historicidade também necessária.

Finalmente, o caráter prático do direito tem a dimensão conflitiva de toda história. “Os homens não sossegam jamais”, dizia Portalis ao Corpo Legislativo na apresentação do projeto de código civil dos franceses em 1804. O desassossego dos homens servia para explicar a seus contemporâneos que um código, sistemático e unitário, estaria ainda assim sujeito à contingência da história, e para lidar com ela seriam ainda necessárias a doutrina e a jurisprudência. Os juristas, tranquilizava ele seus pares, continuarão sendo necessários. Novos conflitos, novos casos, novas formas institucionais, novos conflitos, novas lutas e novos interesses surgiriam inevitavelmente. Enquadrá-los numa moldura inteligível seria sempre necessário: nova dimensão da historicidade do direito.

A necessidade de os juristas resolverem casos novos com um arcabouço de inteligibilidade, arcabouço conceitual ou teórico que lhes vem do passado e do qual não podem escapar, impõe-nos a historicidade. Aqui, novamente, a analogia com a língua é instrutiva: estamos nas primeiras décadas do século XXI, um mundo muito distante daquele do século XVII. A língua natural em que foram escritos os textos do século sofreu suas mudanças, mas é a mesma língua. A língua política e jurídica também sofreu suas mudanças. Conseguimos ler os textos que nos vêm do passado, mesmo que para isso seja necessário algum nível de tradução de seus termos e de sua gramática geral, tanto na língua natural, quanto na língua política e jurídica.⁶ Conceitos e palavras se mesclaram e se forjaram: “política” deu “polícia”, e “polícia” como atividade de governar e administrar deu outra vez “política” (*política de governo, política de Estado, política pública*); “pacto” associou-se a “contrato” de forma nova, pois no direito antigo designava apenas uma espécie de negócio ou relação e não “acordo de vontades” como entendemos hoje. E o que não dizer de matrimônio ou casamento, cujos negócios anexos ou secundários, para nós, eram essenciais para os antigos, de modo que as formas do casamento variavam conforme os direitos patrimoniais ou a capacidade jurídica implicadas em cada uma delas? As fontes jurídicas romanas dão conta de que se reconhecia o negócio ou contrato de sociedade, mas sociedades não tinham o caráter permanente ou personalizado que têm para nós hoje: chegamos a esse modelo naturalizado de pessoa jurídica por meio de muitas discussões e invenções institucionais.

Essa necessidade confronta-nos permanentemente com a tradição e o passado nos quais estamos imersos e nos quais é nossa tarefa, como juristas, inserir os novos acontecimentos. Isto é o que faz da perspectiva histórica algo inerente ao pensamento jurídico e impõe ao jurista atenção para essa dimensão. A história do direito, como disciplina, cinde-se em duas perspectivas

⁶ Com razão, Pocock (1987, pp. 22-27) afirma que um historiador do pensamento político deve aprender uma nova língua, a língua dos autores que estuda, para ser capaz de fazer efetivamente história daquele pensamento..

distintas para dar conta disso. De um lado ela pode ser a história intelectual do direito, visto que se trata de um saber disciplinado constituído e organizado ao longo do tempo; de outro, ela pode ser uma história institucional, atenta a outras esferas que materializam e testemunham a existência de formas de pensar sobre o direito, uma história das fontes e das instituições.⁷

Instituições são o produto típico dos juristas e aqui também a história (tanto como *existência* no tempo quanto como *disciplina* intelectual) desempenha um papel fundamental. Para que uma instituição exista e se conserve, como uma universidade ou uma corporação qualquer, é preciso que viva por meio de seus membros, dos participantes. E para que estes ajam como membros da instituição, precisam ter ideia do que ela é. Para tomar emprestada a expressão de John Searle, instituições dependem de pessoas (agentes) para existir e são, portanto, *ontologicamente subjetivas*. Mas as pessoas que as compõem precisam ter delas uma ideia compartilhada, um sentido para o qual todas convirjam e por isso instituições são *epistemologicamente objetivas*. Uma faculdade de direito não se confunde com um edifício no qual se desenvolvem as atividades de ensino e pesquisa: ela é o conjunto de todos os que participam dessas atividades, por isso ela é *subjetiva*. Para que os que fazem parte dessa faculdade possam realizar suas atividades, é preciso que compreendam o que é a faculdade e no que consistem suas atividades: é a dimensão epistemologicamente objetiva da faculdade. À falta disso, ela não se mantém, não se sustenta, não se conserva (no tempo) como faculdade de direito. O aprendizado do que é uma faculdade depende tipicamente do entendimento não apenas do que ela está sendo, mas do que pode e deve vir a ser: essa ideia do que deve ser conservado para que ela continue sendo é essencial para a existência da própria faculdade (instituição). Ora, isso só se faz por uma espécie de consciência histórica, assegurada pela disciplina intelectual da própria história.

Se o direito é uma disciplina estranha para a ciência moderna, e se o treinamento profissional faz das faculdades de direito instituições carentes de justificar sua pertença na *universidade de pesquisa*, a história do direito é a “gata borralheira” das matérias integrantes de seu currículo, como disse Max Radin quase um século atrás (Radin, 1928). De um lado, o direito precisa sempre afirmar-se diante da universidade de pesquisa, já que sua histórica presença - tradicional como núcleo das universidades medievais e modernas - não basta mais para legitimá-lo como saber superior; de outro, a história do direito precisa justificar-se dentro de uma faculdade ainda hoje eminentemente profissional e, muitas vezes, de pouca pesquisa. Essa estranheza na educação profissional é compartilhada, naturalmente, por outras matérias no currículo, como a filosofia e a teoria geral do direito, uma vez que juristas comportam-se frequentemente como Monsieur Jourdain, do *Burguês Fidalgo* de Molière: assim como o personagem da comédia não sabia que falava em prosa desde que aprendera a falar, os juristas não sabem que sua disciplina é antes de mais nada a forma de articulação filosófica de certa prática social. Ficariam ainda mais surpresos, e desagradavelmente surpresos neste caso, se descobrissem que a parte da filosofia que mais se parece com o que fazem é, nada mais nada menos, que a filosofia moral ou ética!

Deixemos de lado as muitas discussões e esclarecimentos necessários para convencer os incrédulos aprendizes de legista e consideremos diretamente nossa questão: o jurista e o historiador do direito fazem coisas muito diferentes? Em torno dela deu-se uma controvérsia entre dois pensadores do século XX. Os protagonistas da controvérsia foram Emilio Betti e Hans-Georg Gadamer. O problema dizia respeito às reais diferenças entre as tarefas do jurista

7 Tomo aqui instituições no sentido de MacIntyre (1984, p. 194) e MacCormick (2007, p. 35).

profissional e a do historiador do direito. O que existe de semelhante e diferente entre eles? Betti acentuava a diferença e acreditava que a interpretação jurídica pertencia a uma classe de atividade interpretativa, enquanto Gadamer sustentava que, a despeito das evidentes diferenças, ambas interpretações não eram realmente de classes distintas. A resposta que se aceita tem efeito sobre o ensino e a formação dos juristas.

Emilio Betti (1890-1968) teve carreira de historiador do direito e de professor de direito civil sempre acompanhadas do interesse, paixão mesmo, pela filosofia. Combinou em sua obra as três disciplinas. Dessa atividade resultaram pelo menos dois textos importantes, origem de sua disputa com o filósofo Hans-Georg Gadamer (1900-2002), a polêmica que convém revisitar. Os textos são sua *Teoria geral da interpretação* (de 1955) e *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, um desenvolvimento de aulas proferidas na Universidade de Roma entre 1948 e 1949⁸. Hans-Georg Gadamer, de seu lado, foi sempre filósofo, imerso na filosofia alemã, e distanciando-se da tradição idealista, acompanhou a renovação proposta por Martin Heidegger, chegando em 1960, com a publicação de *Verdade e método*, a traçar uma direção própria, que ficou conhecida como “hermenêutica filosófica”.⁹ Seu livro de 1960 foi recebido criticamente por Betti.¹⁰

A controvérsia estabeleceu-se entre os dois por motivos fundamentalmente filosóficos, uma vez que Betti mantinha-se fiel ao idealismo e à concepção da hermenêutica como método e epistemologia, enquanto Gadamer propunha a hermenêutica como ontologia propriamente dita, como condição de existência do ser que se dá conta do tempo. Se a interpretação for atividade profissional, técnica, e se for encarada epistemologicamente, seu âmbito restrito se resolve na visão idealista de Betti. Se for compreendida como condição da racionalidade propriamente dita e da vida do ser que se dá conta de sua temporalidade, como quer Gadamer, todas as atividades linguísticas são formas de interpretar.

A distinção não convencera Gadamer, para quem toda interpretação implica aplicação, e o caso mais exemplar, e não especial, é justamente a interpretação jurídica (e teológica). A rigor, para Gadamer a interpretação do jurista e a do historiador do direito são ambas manifestações do mesmo processo, do mesmo compreender. Esse o ponto que nos interessa rever: o que distingue o jurista do historiador do direito e o que os aproxima. Para isso, é preciso esclarecer os termos do desentendimento entre os dois pensadores.

Os termos da polêmica tornam-se efetivos quando se dirigem às diferentes “formas de interpretação” propostas por Betti. Para este, elas se distinguem em interpretações *reconhecedoras* (ou *cognitivas*), interpretações *reprodutoras* (*reprodutivas* ou *performáticas*) e interpretações *normativas*. Como interpretação reconhecedora ele indica a história, como interpretação reprodutiva, as artes cênicas e a tradução, e como interpretação normativa, o direito e a teologia. A perspectiva de Betti sugeriria que o historiador, o tradutor e o jurista fariam coisas diferentes, e que a diferença estaria na diferente função da interpretação em cada uma dessas atividades ou disciplinas (Betti, 1971, p. 33). O historiador do direito e o jurista fariam, segundo o pensador italiano, coisas diferentes e perfeitamente distinguíveis. O primeiro observaria o direito (interpretação cognitiva), o segundo aplicá-lo-ia (interpretação normativa). Justamente por isso o jurista, ao se apropriar de algum direito do passado, reconheceria mais de um sentido no material disponível (lei, doutrina, etc.), falaria em uma *duplex interpretatio*, e depois desse

8 Betti 1955, 1971).

9 Sobre a trajetória filosófica de Gadamer v. Grondin (1994, 2000).

10 A polêmica foi tratada no Brasil por Pessôa (2002).

reconhecimento de distintos sentidos traria o texto para o presente, ele o atualizaria (Betti, 1971, p. 32). Isso, conclui o jurista de Camerino, o historiador não faz, pois apenas observa, reconhece um sentido passado e fixado.

Na segunda edição de *Verdade e método* Gadamer responde a Betti, esclarecendo que

O propósito de [minha] investigação não é oferecer uma teoria geral da interpretação e uma explicação que distinga seus métodos (que E. Betti fez tão bem), mas descobrir o que é comum a todos os métodos de compreensão e mostrar que a compreensão nunca é comportamento subjetivo dirigido a um 'objeto' dado, mas à *história de seus efeitos* – a *história de sua influência*: em outras palavras, a compreensão pertence ao ser daquilo que se compreende (Gadamer, 1988, xix, grifos meus).

Isso significa que a hermenêutica da qual trata *História e verdade* não é, diz ele, metodologia das ciências sociais, mas esforço de entender o que são as ciências sociais: a compreensão (*Verstehen*) não é um método, mas seu objeto. Ele está à procura daquilo em que consiste a atividade das humanidades em geral, e não à procura de um método que leve a uma verdade científica. Como disse Benedito Nunes, talvez o livro devesse chamar-se mais adequadamente *Verdade ou método*, pois no fundo o que ele propõe é que a verdade que se pode obter nas humanidades ou na estética não se apreende pelo método proposto pelas ciências nem pelos métodos que pretendem ser substitutos do método científico nessa esfera (Nunes, 1998). A verdade na filosofia, na arte, na história e na filosofia não é submetida a um método, como o é nas ciências (Gadamer, 1988, xii).

O trecho mostra que o trabalho de Gadamer distingue-se do de Betti pela direção filosófica mais geral. O de Betti ocupa-se de um *problema epistemológico*, o de Gadamer de um *problema ontológico*. A hermenêutica de Gadamer não é uma técnica, mas “uma teoria da experiência real que é o pensamento” (Gadamer, 1988, xxiv). Uma teoria da experiência real do pensamento, não apenas de uma forma de pensamento, o conhecimento científico. Como disse Mario Bretone, com razão, Gadamer havia deixado para trás aquilo que era a preocupação de Betti, e este não atinara com o pensamento propriamente hermenêutico, seja do próprio Gadamer, seja de Heidegger (Bretone, 1978). E de fato, a transformação do problema no filósofo de Heidelberg ocorre porque para ele “a interpretação não é um ato a mais, ocasional, posterior à compreensão, mas a interpretação é a forma explícita da compreensão.” (Gadamer, 1988, p. 274)

Para Gadamer o historiador está tão imerso na tradição originada pelo texto – na história dos efeitos (*Wirkungsgeschichte*, *história dos efeitos* ou *efeitual*) – quanto o jurista, pois “em última instância” a pesquisa e a escrita da história “não podem ser retiradas da esfera do estudo da história dos efeitos” (Gadamer, 1988, xx). A relação do historiador com o passado não seria de simples observador, algo que o idealismo de Betti conservara do positivismo.

Como o historiador persegue uma pergunta histórica, esta é sempre uma pergunta “semântica” e assim sua compreensão é, ela mesma, uma forma de aplicação, porque, conclui ele, quem *compreende sabe usar, sabe aplicar* (Gadamer, 1988, xx). Essa passagem de Gadamer evoca, aliás, um trecho de J. G. Pocock, para quem o historiador deve se tornar um experto em uma língua estrangeira e deve ser capaz de lê-la, em outras palavras deve ser capaz de utilizá-la, como qualquer pessoa que lê uma língua é capaz de usá-la, embora, como historiador, escreva a história – sua narrativa e sua interpretação - em sua própria língua. Em outras palavras, diz Pocock, o historiador é capaz de usar uma língua (passada) que aprendeu, mas ao escrever seu relato, ele o faz no seu tempo (Pocock, 1987, p. 27). Não seria isso uma outra maneira de dizer o que disse Gadamer, sobre o historiador estar imerso na história dos efeitos?

Em estudo recente a respeito da história do direito romano, Kaius Tuori concretiza claramente, a meu ver, o que Gadamer havia sugerido (Tuori, 2007). Para ele certos conceitos – e sua respectiva linguagem, ou *paradigma* – não eram disponíveis ou corriqueiros para os juristas romanos, nomeadamente os ideais de “ciência”, “autonomia” e “codificação”. Contudo, qualquer historiador contemporâneo os utiliza porque eles se tornaram o repertório comum a partir do século XIX e é por meio deles que tende a aproximar-se de seu objeto. Num caso exemplar, o da controvérsia a respeito da existência, conteúdo e natureza do *edictum perpetuum* atribuído a Sálvio Juliano em tempos do imperador Adriano, Tuori mostra como os historiadores, desde o século XVI, aproximaram-se do assunto carregando suas próprias convicções a respeito de codificação, compilação, papel dos juristas, e outros temas. A conclusão histórica de Tuori exemplifica perfeitamente o que dissera Gadamer: o historiador do direito não pode ir em busca do *sentido histórico* “sem ter consciência do sentido atual, que ele automaticamente aceita.” (Gadamer, 1988, p. 292) Em outras palavras, a pesquisa e busca de sentido do historiador não pode não começar do sentido presente. E o sentido presente do direito (lei, doutrina, etc.), afirma Gadamer, é o mesmo para o jurista e para o historiador, porque o historiador, “que não tem diante de si uma tarefa jurídica”, procura mesmo assim

o significado jurídico desta lei – como de qualquer coisa que é transmitida ao longo da história – não pode ignorar o fato de que *ocupa-se de uma criação jurídica que deve ser compreendida juridicamente*. Deve ser capaz de pensar não só historicamente, mas também legalmente. Isto vale para qualquer texto que deve ser compreendido pelo que diz. Por isso deve ser reescrito.¹¹ E essa reescrita acontece pela sua relação com o presente (Gadamer, 1988, p. 293, grifos meus).

De fato, o sentido jurídico que o historiador procura, como parte da narrativa que irá compor com um amplo mosaico de elementos (Bevir, 2008, p. 388), é o sentido que um jurista do passado reconheceria e usaria em sua aplicação do direito, reconhecendo-se que esse uso pode ser complicado pela ausência de equivalente adequado ou perfeito.¹²

O que estava em jogo para Gadamer, filosoficamente, era o conceito mesmo de aplicação, que não seria um posterior, uma espécie de subsunção de um singular a um conceito compreendido previamente, mas era a apreensão real do sentido, pode-se dizer. Para o filósofo de Heidelberg aplicar, como visto acima, era ser capaz de usar e de distinguir. Quem sabe usar uma língua, quem entende uma língua (*langue*), sabe quando certo discurso (*parole*) é estranho ou errado. O historiador detecta isso no passado que investiga. Nesses termos o historiador também é um aplicador, um usuário do discurso que investiga. Ele reconhece que o jurista tem uma tarefa distinta daquela do historiador, porque é “prática”. Poderíamos entender esse “prática” como sendo atual. O historiador, no entanto, está em busca de um sentido prático no passado. Isso, contudo, não significa que o historiador apenas *observa ou contempla*, e que sua função se possa exercer como se fosse *de fora*.

11 Em inglês “restated”.

12 Esse o problema em torno do qual giram as preocupações tanto da história conceitual (na tradição de R. Koselleck), quanto da história contextual linguística (na tradição da “Escola de Cambridge”). A questão é comum aos historiadores do direito. Francesco Calasso a menciona com a sensibilidade e acuidade usuais referindo-se tanto a sua pesquisa sobre a soberania junto aos glosadores (Calasso, 1957), quanto sobre o negócio jurídico (Calasso, 1959) alertando que nos dois casos estava a “reconstruir um processo mental (...) com o instrumento de um conceito jurídico moderno, não somente estranho mas até mesmo contrastante com a mentalidade daqueles juristas [os glosadores]; e também nesse terreno foi constringido a *incidere per ignes* enquanto tentava reconstruir por indícios e fragmentos a unidade ideal de um resultado de pensamento que era a expressão fiel de um mundo totalmente distinto, em espírito e forma, daquele que viu nascer, alguns séculos mais tarde, o conceito de soberania.” (Calasso, 1966, p. 158, minha tradução). Nessa linha de cuidado com os conceitos seguiu também Pietro Costa anos depois, sob um espesso molho estruturalista, ao propor que a semântica do poder medieval expressava-se pela *iuristictio* (Costa, 2002).

É, de certo modo, o mesmo que Alfred Schutz e Peter Winch dirão a respeito da tarefa de um sociólogo ou de um antropólogo que investiguem uma sociedade que não a sua mesma, ou uma prática da qual não participem diretamente. O cientista social só pode criar os artefatos intelectuais com os quais vai investigar a “realidade social”, diz ele, imputando propósitos, objetivos e noções (ideias) ou “significados subjetivos” (isto é usados por sujeitos) que presume invariáveis (Schutz, 1954, pp. 270-271), ou seja, *regulares*, usadas pelos agentes que o cientista social observa como regras para si mesmos (Winch, 2008, pp. 43-46).

A aplicação, que segundo Betti não seria da alçada do historiador, para Gadamer “não é uma aplicação subsequente, a um caso concreto, de um universal que primeiro nós entendemos em si mesmo, mas é a compreensão real do universal em si que o texto constitui para nós” (1988, p. 304).

Aplicação é uso, e o historiador do direito usa as categorias jurídicas: inicialmente usa as que lhe estão disponíveis, isto é, as contemporâneas, mas como historiador formula necessariamente a hipótese de que poderá não as encontrar no passado. O uso das categorias contemporâneas é *heurístico*, instrumento para dar início a sua pesquisa. Está à procura dos usos passados. Dessa forma, o sentido que está buscando, ele o está também pressupondo, e por isso Gadamer assimila o *sentido* - o que se diz e o que o historiador pressupõe - com a *significância* (relevância ou importância do que é dito ou do que o historiador reputa relevante e significativo) de qualquer texto¹³ para seu intérprete.¹⁴ A relevância para o intérprete não se separa completamente do sentido de um texto. O historiador vai a um texto porque parece oferecer-lhe significância, mas só pode afirmá-la ou constatar-la se for capaz de determinar seu sentido.

De outro lado, as atividades do jurista e a do teólogo, que para Betti são apenas as formas *normativas* de interpretar, são para Gadamer as formas exemplares de toda interpretação, não apenas *uma* delas, porque no caso do jurista (e do teólogo) o interesse pelo presente, a posição histórica em que se encontra, não é ignorada nem camuflada. Ela ressalta e evidencia que não se pode interpretar do ponto zero, do nada. Isso, diz Gadamer, não se esconde no direito (nem na teologia), pois aqui interpretar e aplicar estão unidos. Não é possível nem adequado nesses casos supor que o objeto da interpretação está ali para ser contemplado como *coisa*. O juiz, caso paradigmático, fornece o modelo para a relação de presente e passado que se estabelece na hermenêutica em geral, porque o julgador sempre está imerso, sem alternativa nem disfarce, na tensão entre passado (de onde provém a norma a “aplicar”) e presente (ao qual se dirige sua interpretação).

O jurista sabe que está imerso num *continuum*, que esse contínuo obriga-o, pode chamar-se tradição e consiste na “transmissão de material tradicional”. Claro, a palavra tradição procede do latim e significa justamente transmissão, passar de um para outro. A ideia de tradição foi desalojada de sua importância pela ciência moderna, cujo paradigma foi a física (Gadamer, 1988, p. 297). Passou-se a tomá-la por algo negativo. O iluminismo definiu-a como forma de subordinação irracional e acrítica ao passado ou ao estabelecido e a contrastava, com razão, à atitude crítica, vale dizer, consciente de seus limites. Inserir-se numa tradição passou a significar renunciar ao pensamento autônomo, crítico.

13 Paul Ricoeur leva explicitamente a ideia de interpretação de textos ao nível mais geral da interpretação das ações humanas: a ação pode ser concebida como texto e podemos usar as categorias hermenêuticas aplicáveis aos textos também para as ações humanas. Cf. Ricoeur (1991).

14 V. Grondin (1994, p. 128).

Essa conotação pejorativa ressoa de certo modo na frase de Marx, “a tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos” (Marx, 1978, p. 329)¹⁵. Dado seu caráter não externo aos sujeitos que a criam e mantêm, e sua forma de existência não espacial, não seria possível observá-la como *res extensa*, ou objeto sujeito a repetição mecânica e necessária. O observador de certa tradição precisa dos sentidos de que ela se compõe, e que só lhe podem ser oferecidos por aqueles que dela participam. Nesses termos, a tradição não se deixa captar como um objeto qualquer, ela se confunde com as ações de quem a interpreta, compreende e usa. Como a língua que só se realiza por meio de discursos e enquanto haja falantes, a tradição só existe por meio das ações de quem dela participa. E da mesma forma que cada falante da língua simultaneamente a perpetua e modifica, os participantes de uma tradição a perpetuam e modificam.

Ora, o historiador por definição deve ser capaz de colocar o texto dentro da tradição a que pertence. O juiz, igualmente, não apenas “aplica a lei *in concreto*”: ao fazê-lo, contribui para o desenvolvimento do direito, porque insere a lei na tradição, não a subverte nem ignora. O agente moral, da mesma forma, desenvolve a própria moral “pela fecundidade do caso individual” ao agir em cada caso. Tanto o juiz quanto o historiador e o agente moral vivem numa dimensão tradicional, entram em alguma tradição, ou, talvez pudéssemos dizer, no *campo* ou na *esfera de vida* que lhes exige a solução da tensão entre passado e presente. Trata-se da dimensão temporal, do *continuum* mencionado acima. A tradição é, assim, inerente a toda decisão a respeito das coisas que se podem decidir e escolher. A história mesma só é possível, diz Gadamer, quando se reconhece uma ordem válida e reconhecida que permite assimilar casos entre si (Gadamer, 1988, 294).

Ao fim e ao cabo, diz Gadamer, o historiador do direito e o jurista têm um mesmo objeto: o sentido do direito. O “conteúdo real” do que jurista e historiador compreendem é o mesmo, já que o conhecimento histórico só se obtém vendo o passado na continuidade do presente. (Gadamer, 1988, p. 292) Ambos estão imersos na mesma tradição, que recuperam para fins distintos, e ainda que ela exija deles tarefas diversas, na esfera da compreensão estão mais próximos do que parecia a Emilio Betti. De certo modo, todo jurista é historiador, devido à *distentio animi* em que se encontra sempre, e o historiador do direito só pode sê-lo se estiver à procura de uma criação jurídica que se entende apenas juridicamente.

Essa disputa a respeito do papel do jurista e do historiador indica que para alguns, como Betti, a formação do jurista e a do historiador são essencialmente diferentes tendo em vista que a conclusão do trabalho do primeiro é a produção de um comando (uma sentença), enquanto a do trabalho do segundo é um discurso *sobre* o direito. Para Gadamer, a proximidade entre as duas tarefas pressupõe uma antropologia filosófica, segundo a qual mesmo o historiador, que não emite nenhum comando para ninguém, insere-se no mundo da ação porque tenta compreender o campo das ações. As duas posturas levam a avaliar de forma diferente o papel da história na formação do jurista, pois a primeira, a de Betti, reforça a distinção das disciplinas, enquanto a segunda, a de Gadamer, sugere a semelhança entre elas. Nesse caso, a contribuição da história para o pensamento do jurista não é um acréscimo dispensável, mas uma sua forma constitutiva. Convém então examinar agora se pode refletir sobre o papel que a história do direito pode ter para a formação intelectual do operador do direito.

15 O mesmo Marx (1978, pp. 9-10) sugere a inevitabilidade dessa tradição (“Não só material de minha atividade – como a própria língua, na qual o pensador é ativo – me é dado como produto social...”), embora ressalte exatamente seu caráter histórico e, portanto, vivo: “assim como é a própria sociedade que produz o *homem* enquanto *homem*, assim também ela é produzida por ele.”

Foi dito antes que o direito precisou justificar-se numa universidade de pesquisa e isso se fez pela reformulação de seu estatuto teórico. É significativo que exatamente no momento em que a universidade mudava de perfil, na virada do século XVIII para o século XIX, apareceu uma nova justificativa para o direito. O caso exemplar foi o de Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861): sua vida, pode-se dizer sem medo de exagero, foi dedicada a dar novas bases para o direito como ciência. Abandonado o direito natural racional, campo da razão moral moderna por excelência, o que colocar no seu lugar? A síntese de Savigny foi: a *empíria* da história, o *idealismo* da cultura (o *Volksgeist*) e especialmente o *sistema* da filosofia (os conceitos – decantados da história – articulados entre si). Hoje a maioria dos juristas não se dá conta da relevância desse aspecto, mas foi isso que conservou suas faculdades na universidade. Investigação filosófica e histórica associaram-se para garantir o reconhecimento do direito como coisa séria e superior. Tanto o trabalho dos historiadores quanto o dos filósofos eram de “pesquisa básica”, não aplicada, como diríamos hoje. Um historiador ou um filósofo não militavam necessariamente no foro, nem nas comissões legislativas. O jurista acadêmico, responsável pela sistematização doutrinária do direito – de *lege lata* ou de *lege ferenda* – seria admitido na universidade apenas se estivesse ligado a essas duas disciplinas básicas, não aplicadas, a história e a filosofia. Essa combinação garantiu-lhes a sobrevida.

Ao longo do tempo, porém, essa conexão tornou-se mais tênue. A filosofia do direito converteu-se numa disciplina autônoma, mas meramente auxiliar nas faculdades de direito, e hoje aparece nos currículos quase que de forma decorativa: não se percebe como é de fato formativa de um jurista. O grande debate a respeito da natureza do direito, envolvendo jusnaturalistas e especialmente o choque de visões filosóficas representados por uma sistematização jurídica proposta por Friedrich Carl Von Savigny e a proposta radicalmente filosófica de Georg W. Hegel (1770-1831) proposta nos *Princípios de filosofia do direito*, de 1820, deixou de ter como protagonistas os professores de direito.

Se o destino da filosofia foi esse, qual o da história, aquele outro pilar de sustentação do direito dentro da universidade contemporânea em sua origem? “Gata borralheira”, no dizer de Max Radin, como se insere na escola reduzida a treinamento profissional? Como pode participar, no âmbito didático da educação dos juristas, e no da pesquisa da própria constituição do direito (de *lege lata* e de *lege ferenda*)? Pode-se enfrentar a questão em duas dimensões. Primeiro procedendo-se à sua própria história, porque afinal de contas, como disciplina, ela foi estabelecida e criada em certo momento; segundo, confrontando-a com a doutrina e a ciência jurídicas especificamente. Em todo caso, pressuponho que a história do direito é em primeiro lugar história intelectual, história do pensamento jurídico.¹⁶

16 A história intelectual aqui concebida equivale em muitíssimos aspectos à história das linguagens políticas, à moda de Quentin Skinner e sobretudo de J. G. Pocock, assim como de Mark Bevir. Para este, a tarefa do historiador das ideias é reconstituir “como objetos históricos as frágeis intenções que constituem os *significados hermenêuticos* de enunciados feitos no passado.” (Bevir, 2008, p. 105). Tudo isso não deixa de ser parecido com o que Collingwood propusera com “re-enactment” de pensamentos passados (Collingwood, 1967, p. 282). Collingwood foi muitas vezes confundido com um “intencionalista forte” ou ingênuo, porque não se compreendia que o “pensar o pensamento de um personagem do passado” consistia em pensar com as categorias do passado, vale dizer, exigia que se recuperassem historicamente as categorias perdidas. Só com o desenvolvimento da filosofia analítica e da hermenêutica filosófica a partir de meados do século XX, levando a sério a natureza social do pensamento, pode a obra de Collingwood ser reapreciada devidamente, como propôs Bernard Williams em seu “An essay on Collingwood” (Williams, 2008, pp. 341-358). Mark Jordan tem uma feliz e elegante expressão: demonstrar a teoria de Pitágoras exige que se pense como Pitágoras; compreender o pensamento de um filósofo exige que se pense como aquele filósofo. Ora, compreender um jurista de outro tempo requer também que pensemos como ele, o que, por seu lado, torna necessário recuperar historicamente os termos em que ele pensava (Jordan, 1997).

Embora possa haver muitas e importantes variações na origem e desenvolvimento da história do direito, um primeiro e importante marco encontra-se na virada representada pelo humanismo jurídico, quando os textos do direito romano começam a ser submetidos a uma leitura histórica, quando os juristas elegantes dão início à crítica textual e passam a interessar-se pela restauração de um texto histórico e original do qual já não dispunham, quando começam a enfatizar que o *Corpus Juris* com o qual trabalhavam era um produto datado e sujeito a corrupções em sua mesma transmissão entre os séculos VI e XVI. Em seguida, as tradições e costumes locais, origem do *ius patrium*, percebem-se como produto histórico, sujeito ele mesmo a adaptações conscientes pela legislação. Finalmente, torna-se necessário fixar a identidade histórica dos povos das monarquias nacionais e seus respectivos direitos, que precisam ser fixados e reinterpretados em chave nacional. Essas diferentes camadas historiográficas explicam o surgimento de correntes de estudo: primeiro das *antiquitates* romanas, em seguida das histórias nacionais dos séculos XVIII e XIX, como a *História do direito lusitano* de Melo Freire e a *História do direito nacional* de Izidoro Martins Júnior, ou, num outro modelo, a *História do Direito romano na Idade Média* de Savigny. Se a história de Melo Freire é uma história da legislação e das instituições nacionais, a de Savigny concentra-se na doutrina e na teoria, organizada em boa parte em torno das obras mestras dos jurisconsultos.

Em síntese, a disciplina começa a desenvolver-se no início da modernidade como crítica do humanistas ao trabalho dos juristas medievais.¹⁷ A crítica filológica é também histórica e a recuperação da história do direito romano é sua passagem obrigatória. À medida que cresce a importância do *ius patrium*, cresce também o interesse pela história desse direito local,¹⁸ que não é totalmente original mas mantém uma forma de diálogo com os direitos “universais” da Europa, o romano e o canônico. Assim, desde os humanistas franceses, com propósitos políticos ou não, aparecem trabalhos de afirmação histórica dos direitos locais, como o *Antitriboniano* ou o *Franco-Gallia* de Francisco Hotman (1524-1590), uma afirmação que procede de modos diferentes em diferentes partes.

Em seguida vieram os estudos de reconstituição da história romana propriamente dita, da qual não se podia separar o direito, fundamento da república e do principado. Foi, por isso, cultivada de diversas maneiras, e no século XVIII conheceu um florescimento na forma de *Antiquitates*, sobretudo latinas. No bojo dessa onda é que se encontram os trabalhos de Johan Gottlieb Heineccius (1681-1741) - *Antiquitatum romanarum iurisprudentiam* de 1718, *História do direito civil romano e germânico* de 1733 -, do Barão de Montesquieu (1689-1755) - *História das causas da grandeza dos romanos e de seu declínio* de 1734, *O Espírito das leis* de 1748- e de Edward Gibbon (1737-1794) - *História da ascensão e queda do Império Romano* de 1776.

A disputa entre direito romano e direito pátrio no século XVIII fez que em alguns lugares a introdução do direito local nas universidades viesse acompanhada do ensino de sua história, o que tanto o valorizava quanto mostrava seus próprios critérios de racionalidade e tradição. O aumento da importância desse direito pátrio mostrou-se na publicação das fontes do direito de cada estado, de comentários, que resultaram em tratados - que hoje parecem quase de comparação entre o direito local, o direito romano e o direito canônico - e tentativas de sistematização e consolidação, como as *Ordenações* portuguesas de 1603, e mesmo as *Ordonnances* de Luis XIV no mesmo século XVII. A pretensão dos tratados e comentários (ou coleção de decisões

17 Pode-se ler com proveito Pocock(1967), Kelley (1966) e Maffei (1964), esp. p. 81-125.

18 Ver por todos Birocchi e Mattone (2006).

dos grandes tribunais) era afirmar a racionalidade e a adequação desses direitos locais que, ao fim, não deveriam ficar devendo nada ao direito romano e canônico. Muitos desses trabalhos ocupavam-se do direito público, aquele mais sujeito à legislação, aos costumes locais ou à ação dos grandes tribunais.¹⁹

Dessa posição de auxiliar para os juristas, a história do direito passou a posto mais relevante quando se tornou uma cadeira nas faculdades de direito, como no caso de Coimbra, quando foi introduzida na reforma dos estatutos de 1772. E o século XIX, como sabemos, foi em grande parte o século da história como disciplina intelectual, de modo que no campo das humanidades, da filosofia e do direito em particular, a história adquiriu grande proeminência. Só a título de ilustração, lembremos que Savigny, o fundador da moderna ciência do direito, dedicou sua vida à história do direito, ao lado do cultivo da doutrina jurídica em sentido estrito, e de sua pena procede a clássica *História do direito romano na Idade Média* em sete volumes (de 1815 a 1831) e o *Sistema de direito romano atual* em oito volumes (de 1840-1849).²⁰

No Brasil a disciplina não foi ensinada nas faculdades do Império, mas criada pela reforma do ensino de Benjamin Constant em 1891. Embora não fosse matéria de ensino durante a monarquia, havia encontrado em Candido Mendes de Almeida um cultor. Com seus próprios fins ele havia recuperado fontes e escrito ensaios. O resultado desse trabalho aparece nas longas introduções que escreveu para sua edição das *Ordenações Filipinas*, para o *Tratado de direito mercantil e leis de marinha*, e mesmo para o *Direito público Eclesiástico*. Nessas publicações vê-se tanto o trabalho de pesquisa histórica – trabalho de arquivo e busca de fontes – quanto o de interpretação, consolidado nas longas e eruditas introduções a essas obras. A história do direito que precede seu *Código Filipino* tem mais de setenta páginas, a de *Princípios de direito mercantil* mais de seiscentas, e a do *Direito civil eclesiástico brasileiro*, quatrocentas e vinte e quatro!²¹ Essas histórias vinham da pena de um monarquista católico ultramontano, de modo que, quando veio a República e a reforma do ensino jurídico, era preciso escrever novas histórias.

A reforma de 1891, vinda no bojo de uma reformulação mais ampla do ensino superior, ainda não foi capaz de criar a universidade no Brasil. Reformaram-se apenas os cursos de ensino superior, que continuaram a ser cursos profissionais ou profissionalizantes. Não havia escolas superiores de investigação e pesquisa livre, básica e desinteressada da formação de bacharéis, engenheiros ou médicos.²² Dessa forma, a criação da disciplina história do direito em 1891

19 Essa literatura foi abundante em toda parte, inclusive em Portugal, onde os juristas dedicados ao direito pátrio se identificavam como *tratadistas* ou *decisionistas*, conforme se dedicassem maiormente a tratados sobre assuntos específicos, ou a comentar e organizar as decisões dos grandes tribunais. Começam a aparecer no século XVI (Antônio da Gama Pereira, Álvaro Valasco, Francisco Caldas Pereira e Castro, Jorge Cabedo) e se tornam mais numerosos no século XVII (de Miguel de Reynoso a Domingos Antunes Portugal, a Diogo Camacho Aboim, a Manoel Álvares Pegas).

20 O resultado dessa historiografia foi ambíguo, para dizer o menos. Calasso chama de “compromisso impossível e ilícito” o que ocorreu entre a dogmática do direito romano e a dogmática civilista do final do século XIX e primeiras décadas do século XX, que para ele continuava ainda durante sua vida. Foi esse compromisso o responsável, segundo ele, por causar um malentendido a respeito da função da história do direito, pois deu aos juristas a impressão de que ela lhe fornecia um prontuário de respostas a sua curiosidade, ou mesmo a suas necessidades práticas ou profissionais”, e não as achando ali, a tomava por inútil. Cf. Calasso (1966), p. 163-169. O resultado foi a perda da função propriamente educativa que a história do direito teria, por lembrar ao jurista, “atraído pela dialética abstrata”, que o direito tem uma substância humana e relativa (id., ib., p. 170). De certo modo, encontra-se em Caroni um sentimento semelhante:

21 Almeida (1866, 1870); Lisboa (1874).

22 Uma faculdade de filosofia, desvinculada do ensino religioso e não estatal, criou-se em São Paulo em 1908 anexa ao Mosteiro de São Bento, vinculada à Universidade (Católica) de Louvain na Bélgica. Em 1934 criou-se a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, primeira de seu gênero no Brasil. No ano seguinte criou-se a Faculdade de Filosofia do Rio de Janeiro integrada em 1937 à Universidade do Brasil. As chamadas “universidades” criadas no Brasil antes dessa data haviam sido apenas a reunião das escolas profissionais superiores já existentes.

exigiu professores, mas não havia pesquisadores do tema. Achava-se fragmentada em cada uma das diversas matérias do currículo. O resultado da mudança curricular terminou sendo a produção de uma espécie de interpretação da história nacional alinhavada com os grandes monumentos legislativos e reformas institucionais, o que privilegiou naturalmente o direito público, dada sua proximidade com as instituições políticas. Essa tendência tem seu mais conhecido fruto na obra de José Izidoro Martins Júnior (1860-1904),²³ professor da Faculdade de Direito do Recife, e continuou em outros autores, como Cesar Trípoli e, de certo modo, Waldemar Martins Ferreira (1885-1964).²⁴

Assim, ao longo do tempo a história do direito no Brasil apresentou-se em duas dimensões principais: (a) uma história das fontes jurídicas, especificamente das fontes normativas e uma espécie de crônica dos institutos, e (b) uma história das escolas teóricas, muitas vezes confundidas com escolas filosóficas. Nessa segunda vertente aconteceu muitas vezes que as escolas filosóficas chamaram mais a atenção do que as correntes de pensamento propriamente jurídicas, de modo que filósofos não juristas vieram a ocupar o primeiro plano, deixando-se de lado os juristas propriamente teóricos.

Essa tendência privilegiou a coleta e organização de fontes, em alguns casos de alto valor historiográfico, como na obra de Cândido Mendes de Almeida, em outro com o acréscimo de comentários conjunturais, como na de Aurelino Leal. No caso de Waldemar Ferreira sua produção situa-se na esteira de um movimento ocorrido anos antes, quando os arquivos da Câmara da cidade começaram a ser recuperados pelo então prefeito Washington Luis (Pereira e Sousa) e já haviam resultado no *Vida e morte do bandeirante*, de Alcântara Machado.²⁵ Com maior desenvolvimento em ampla análise de fontes encontram-se ainda trabalhos como o de Aurelino Leal, Homem de Mello, Tavares Lyra.

A segunda dimensão da história do direito surgida com a reforma do currículo de 1891 foi de linhagem filosofante. No Decreto no. 1.232 H, de 2 de janeiro de 1891 instituíram-se duas cadeiras de interesse: a *Filosofia e história do direito*, para o primeiro ano, e a *História do direito nacional*, para o terceiro. Na história ligada à filosofia do direito faziam-se duas coisas um pouco diferentes. Em primeiro lugar apresentava-se uma história geral de natureza evolutiva, isto é, na qual se percebia o passado como estágio anterior de progresso e o presente como o progresso realizado. A história que se pretendia expor era quase que uma *fisiologia* do direito em geral. Em segundo lugar tratava-se da sucessão de escolas e pensadores, clássicos da filosofia, que houvessem refletido sobre o direito. Essa história foi durante pouco tempo autônoma, mas já em 1911 (Decreto no. 3.903 de 12 de janeiro de 1901, “Reforma Eptácio Pessoa”) anexava-se completamente à filosofia. Em 1911 (Decreto no. 8.662, de 5 de abril de 1911, “Reforma Rivaldavia Corrêa”) entrava em cena a *Introdução geral do estudo do direito ou Enciclopédia jurídica*, onde se abrigavam algumas informações históricas sobre o direito em geral.²⁶

23 Martins Júnior (1979).

24 V. por exemplo Ferreira (1951, 1954, 1955). . Dele ver também (Ferreira, 1950) . Trípoli (1936). Pessoa (2018).

25 A obra de Alcântara Machado não versa sobre história do direito, mas vale-se de documentos jurídicos (os inventários registrados nos livros da Câmara Municipal) para fazer uma história social. O trabalho é pioneiro do que viria a ser uma tendência historiográfica da segunda metade do século XX e desmentia visões idealizadas da vida na Capitania de São Vicente. V. Machado(2006).

26 Sobre o ensino jurídico e suas distintas reformas na Primeira República cf. Pessoa (2018). Sobre o ensino da história do direito em particular ver Ferreira (1950). A disciplina passou a integrar o curso de doutorado em 1950, e quando da divisão da faculdade em departamentos, em 1968, foi atribuída ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Na sua reintrodução no curso de graduação, em 1990, deslocou-se para o Departamento de Direito Civil, permanecendo no Departamento de Teoria e Filosofia Geral diversas matérias de história do direito no respectivo programa de pós-graduação.

Como história filosofante ela foi abrigar-se na filosofia do direito, que nas faculdades brasileiras converteu-se às vezes num enfileiramento de autores, dos pré-socráticos aos pós-positivistas. Não tratando de temas próprios da filosofia, nem propondo discussão conceitual adequada à formação dos bacharéis, a pesquisa histórica, perfeitamente válida e corrente na filosofia mesma, não se desenvolveu para o direito brasileiro até tempos muito recentes. Como história das fontes tendeu a desempenhar um papel ancilar para as disciplinas jurídicas propriamente ditas, prestando-lhes um auxílio ornamental ou de legitimação, muitas vezes exibindo uma linhagem evolutiva. O resultado dessa tendência não foi muito fértil para os estudos históricos. Primeiramente porque, à medida que o tempo passava e as faculdades de filosofia se consolidavam, a história da filosofia propriamente dita migrou naturalmente para elas, convertidas em centros de investigação livre e de pesquisa propriamente dita. A história da filosofia desenvolveu-se desde então dentro das faculdades de filosofia, com sua própria metodologia e seus próprios objetivos, e raramente os juristas filósofos tornaram-se participantes relevantes desses debates e das descobertas e inovações a que deram origem. Quando surgiram os departamentos de história, em seu âmbito desenvolveram-se outras pesquisas de história do pensamento, das ideias, das mentalidades e assim por diante, também com metodologia e temas próprios.

Em segundo lugar, porque gerou um cânon de pensadores repetido e “tradicionalizado”, o qual terminou por estiolar e engessar a pesquisa, afastando de si os juristas teóricos propriamente ditos. Estes, a despeito de serem verdadeiramente teóricos, foram relegados, no Brasil, ao interior de suas respectivas doutrinas, como foi o caso de Savigny, aprisionado no direito romano e civil, como Rudolf Jhering ou François Géný. Nem sempre foram vistos como os teóricos gerais do direito e mesmo da sociedade que de fato foram. Os cursos de filosofia do direito assumiram para si as grandes figuras e escolas, mas como frequentemente eram ministrados por professores que faziam da filosofia propriamente dita apenas uma atividade secundária – diante de suas atividades profissionais de juristas, ou de seus interesses dogmáticos – terminavam por oferecer uma visão panorâmica e ligeira, sem realmente desenvolver as ligações entre direito e filosofia. Em poucas palavras, um certo estilo de didática abortou o espírito de pesquisa.

Já como campo de pesquisa, a história do direito é muito recente entre nós. Pode-se dizer que não tem mais do que duas ou três décadas. Por pesquisa histórica em direito em termos contemporâneos quero dizer a atividade especial de ir diretamente a fontes históricas de grande variedade com alguma hipótese interpretativa, com uma questão ou problema oriundo de certa heurística gerada pela racionalidade jurídica, vale dizer, com alguma relevância interna para o direito e capaz de compreender e dar conta dos conflitos nos quais se acha inserido. A pesquisa histórica poderia enquadrar-se bastante bem na pesquisa jurídica em não poucas ocasiões.²⁷ Basta pensar que os juristas estão sempre envolvidos no processo de reforma das leis e das instituições. Muitas dessas reformas seriam beneficiadas por um conhecimento histórico das experiências locais passadas. Pensemos na reforma das instituições de justiça, nas formas de solução de problemas de direito intertemporal, de casos de calamidades públicas. A história, na formação dos futuros bacharéis, serve de “oficina da fantasia”, que ensina “não tanto a desvelar a arte jurídica, quanto a participar dela” (Birocchi 2009, 34): fantasia ou imaginação institucional, naturalmente.

27 Como afirma Birocchi a respeito do trabalho de Caroni, uma história fortemente ligada à atualidade mas “criticamente autônoma”, não uma sucessão de fontes, gêneros literários, e métodos de estudo apenas, mas de temas problemáticos, como a laicidade. Em resumo, uma pesquisa não de arquivística, mas em torno de problemas ou temas problemáticos. Birocchi (2009, p. 35).

No momento em que escrevo essas páginas estamos todos confinados em casa por causa de uma pandemia que hoje já ceifou cem mil vidas de brasileiros. Já passamos por calamidades naturais semelhantes e já passamos por calamidades institucionais comparáveis: pensemos nas epidemias que grassavam nas cidades brasileiras de início do século XX, ou no período de hiperinflação da década de 1980-1990. Foram inúmeros os experimentos para enfrentar esses males comuns, que se encontram nas doutrinas a respeito da revisão dos contratos, da cláusula *rebus sic stantibus*, do poder de polícia dos mercados financeiros, da emissão de moeda, da polícia sanitária e de higiene pública, da doutrina contratual, e assim por diante. Para desânimo de quem conhece a história, veem-se e ouvem-se propostas que ignoram totalmente as doutrinas longamente forjadas, no direito público e no direito privado sobre o tema. Houvesse mais pesquisa, consistente e constante, talvez os juristas pudessem perceber o quanto sua disciplina, que eles mesmos gostam de chamar histórica, para fugir das acusações de simples prestidigitação verbal de que os acusam seus colegas das ciências naturais, é de fato histórica e dependente de um saber histórico.

Tudo isso não quer dizer que a história é mestra da vida: não é, porque a história é o domínio do singular e do contingente, razão pela qual não se repete. Mas o saber histórico prepara-nos para uma forma de pensar, e as pesquisas históricas podem muito bem ser a alavanca para pensar soluções diferentes para momentos diferentes. Sobretudo, o saber histórico revela não a solução, mas formas de pensar sobre soluções. Ajuda também a perceber que algumas condições de pensamento repetem-se estruturalmente seja qual for o tempo e o lugar, e chama nossa atenção para o caráter eminentemente prático da razão jurídica.

Referências

- Almeida, C. M. (1866). *Direito civil ecclesiastico brasileiro*. B. L. Garnier.
- Almeida, C. M. (1870) *Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Typographia do Instituto Philomathico.
- Betti, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Giuffrè.
- Betti, E. (1955). *Teoria generale dell'interpretazione*. Giuffrè.
- Bevir, M. (2008). *A Lógica da história das ideias*. (G. C. C. Souza, Trad.). EdUSC.
- Biocchi, I. (2009). Apresentação. In Caroni, P. *La solitudine dello storico del diritto* (pp. 1-39). Giuffrè.
- Biocchi, I., & Mattone, A. (2006). *Il diritto patrio - tra diritto comune e codificazione*. Viella.
- Braudel, F. (1979). *Civilisation matérielle, économie et capitalisme* (Vol. 1.). Armand Colin.
- Bretone, M. (1978). Il paradosso di una polemica. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7, 113-124.
- Calasso, F. (1957). *I glossatori e la teoria della sovranità*. Giuffrè.
- Calasso, F. (1959). *Il negozio giuridico*. (2a ed.). Giuffrè.

- Calasso, F. (1966). *Storicità del diritto*. Giuffrè.
- Caroni, P. (2009). *La solitudine dello storico del diritto*. Giuffrè.
- Carreira, L. C. (1980). *História financeira e orçamentária do Império do Brasil*. Senado Federal.
- Collingwood, R. G. (1967). *The Idea of history*. Oxford University Press.
- Costa, P. (2002). *Jurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (110-1433)*. Giuffrè.
- Ferreira, W. M. (1950). A história do direito nos cursos jurídicos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 45, 429-446.
- Ferreira, W. M. (1951). *História do direito brasileiro*. (Vol. I). Livraria Freitas Bastos.
- Ferreira, W. M. (1954). *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Max Limonad.
- Ferreira, W. M. (1955). *História do Direito Brasileiro*. Max Limonad.
- Gadamer, H. G. (1978). Emilio Betti un das idealistiche Erbe. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7(1), 5-11.
- Gadamer, H.G. (1988). *Truth and method*. (G. Barden & J. Cumming, Trads.). Cross Roads.
- Grondin, J. (2000). *Hans-Georg Gadamer: Una biografia*. Herder.
- Grondin, J. (2012). *Hermenêutica*. (M. Marciolino, Trad.). Parábola Editorial.
- Grondin, J. (1994). *Introduction to philosophical hermeneutics*. Yale University Press.
- Homem de Mello, F. I. M. (1863). *A Constituinte perante a história*. Typographia da Actualidade.
- Jordan, M. D. (1997). *The invention of sodomy in Christian theology*. The University of Chicago Press.
- Kelley, D. (1966). Legal humanism and the sense of history. *Studies in the Renaissance*, 13, 184-199.
- Kelley, D. (1981). *The beginning of ideology: Consciousness and society in French Reformation*. Cambridge University Press.
- Kenny, A. (2008). *Uma nova história da filosofia ocidental*. (C. A. Barbaro, Trad.). (Vol. 1.). Loyola.
- Leal, A. (1915). *História Constitucional do Brazil*. Imprensa Nacional.
- Leal, A. (1922). História Judiciária do Brasil In *Diccionario Historico, Geographico e Ethnographico do Brasil*. (pp. 1107-1186). Imprensa Oficial.

- Lisboa, J. S. (V. de Cairú). (1874). *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*. (6a. ed.). (C. M. Almeida, Ed.). Typ. Academica.
- Lopes, J. R. L. (2010). *O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império*. Saraiva.
- MacCormick, N. (2007). *Institutions of law: An essay in legal theory*. Oxford University Press.
- Machado, J. A. (2006). *Vida e Morte do Bandeirante*. Imprensa Oficial do Estado.
- MacIntyre, A. (1984). *After Virtue*. Notre Dame University Press.
- MacIntyre, A. (1990). *First principles, final ends*. Marquette University Press.
- Maffei, D. (1964). *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*. Giuffrè.
- Martins Júnior, I. (1979). *História do direito nacional*. (3ª. ed.). Ministério da Justiça.
- Marx, K. (1978). *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos*. (J. A. Gianotti, Ed, J. C. Bruni, Trad.). Abril Cultural.
- Mengoni, L. (1978). La polemica di Betti con Gadamer. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 125-142.
- Nunes, B. (2010). À margem do estruturalismo. In *Ensaio filosóficos* (pp. 257-261). Martins Fontes.
- Nunes, B. (1998, 13 de agosto). Nós somos um diálogo. *Folha de São Paulo*, Jornal de resenhas.
- Pesso, A. E. (2018). *O Ensino do Direito na Primeira República: Do ensino livre à Reforma Francisco Campos*[Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo].
- Pessôa, L. C. (2002). *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti: Uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno*. Sergio Antonio Fabris.
- Piano Mortari, V. (1976). *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali*. Jovene.
- Pocock, J. G. (1967). *The Ancient constitution and the feudal law*. Norton.
- Pocock, J. G. A. (1987). The concept of a language and the métier d'historien: some considerations on practice. In A. Pagden *The languages of political theory in early-modern Europe* (pp. 19-38). Cambridge University Press.
- Radin, M. (1928). The Story of Law. *Columbia Law Review*, 28(3), 393-394.
- Ricoeur, P. (1991). *From text to action: Essays in hermeneutics II*. (K. Blamey & J. Thompson, Trans.). Northwestern University Press, 1991.
- Rohden, L. (2005). *Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. Editora Unisinos.
- Schutz, A. (1954). Concept and theory formation in the social sciences. *The Journal of Philosophy*, 51(9), 257-273.

Streck, L. (2017). *Dicionário de hermenêutica*. Letramento; Casa do Direito.

Trípoli, C. (1936). *História do direito brasileiro*. Edição do autor.

Tuori, K. (2007). *Ancient Roman lawyers and modern legal ideals*. Vittorio Klostermann.

Turner, V. (1967). *The Forest of symbols: Aspects of Ndembu ritual*. Cornell University Press.

Williams, B. (2008). *The Sense of the past*. Princeton University Press.

Winch, P. (2008). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. (2nd Ed.).
Routledge.

Data de recebimento: 01/09/2020

Data de aprovação: 10/11/2020