

O CRITÉRIO CONVENCIONAL COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO PARA A PESQUISA EM HISTÓRIA DO DIREITO: O CASO DO *IUS COMMUNE*

THE CONVENTIONAL CRITERION AS A THEORETICAL ASSUMPTION FOR RESEARCH IN HISTORY OF LAW: THE CASE OF THE *IUS COMMUNE*

Recebimento: 3 abr. 2022

Aceitação: 26 jul. 2022

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Mestre e Doutorando em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Ceará – UFC – (Fortaleza, CE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4675589766225743>

Email: tarcisiorg@gmail.com

Gustavo César Machado Cabral

Doutor em História do Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Ceará – UFC – (Fortaleza, CE, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/4661382578024132>

Email: gustavocesarcabral@gmail.com

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha; CABRAL, Gustavo César Machado. O critério convencional como pressuposto teórico para a pesquisa em história do direito: o caso do *ius commune*. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 67, n. 2, p. 129-151, maio/ago. 2022. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/85503>. Acesso em: 31 ago. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v67i2.85503>.

RESUMO

O debate em teoria do direito é de extrema importância para a pesquisa em história do direito. O *ius commune* é um exemplo para demonstrar a relação saudável entre essas duas vertentes científicas. Sendo uma experiência jurídica medieval, o *ius commune* tem como característica principal a pluralidade de fontes. Como o modelo de direito dominante nos debates em teoria do direito é baseado no monismo estatal, ele é completamente inviável como instrumento teórico para uma pesquisa sobre o direito na Idade Média. O objetivo deste artigo é defender a insuficiência do modelo estatal como critério de identificação do direito na pesquisa histórica, indicar problemas nas propostas teóricas contemporâneas de direito, propor o critério convencional como alternativa para a pesquisa em história do direito e demonstrar a incapacidade do modelo tradicional em explicar o instituto da excomunhão no *Manual de Confessores* do teólogo medieval Martin de Azpilcueta Navarro, no contexto do *ius commune*. Por meio de pesquisa bibliográfica, é alcançada a conclusão de que o modelo convencional de direito proposto por Brian Z. Tamanaha é uma opção viável a explicar historicamente experiências jurídicas como o *ius commune*. O critério convencional se define, em poucas palavras, por considerar o que a população sob estudo considera convencionalmente como

direito. Essa estrutura teórica é funcional porque é aberta o bastante para propiciar o estudo histórico do direito em diferentes perspectivas, sejam estatais ou não.

PALAVRAS-CHAVE

Critério convencional. *Ius commune*. Direito estatal.

ABSTRACT

The debate in legal theory is extremely important for research in legal history. The *ius commune* is an example to demonstrate the healthy relationship between these two scientific strands. Being a medieval legal experience, the *ius commune* has as its main characteristic the plurality of sources. As the dominant model of law in debates in legal theory is based on state monism, it is completely unfeasible as a theoretical tool for research on law in the Middle Ages. The objective of this article is to defend the insufficiency of the state model as a criterion for identifying law in historical research, to point out problems in contemporary theoretical proposals of law, to propose the conventional criterion as an alternative for research in the history of law and to demonstrate the incapacity of the traditional model to explain the institute of excommunication in the *Manual de confessores y penitentes* (Manual of Confessors) by the medieval theologian Martín de Azpilcueta (or, Doctor Navarrus), in the context of the *ius commune*. Through bibliographical research, it is concluded that the conventional model of law proposed by Brian Z. Tamanaha is a viable option to explain historically legal experiences such as the *ius commune*. The conventional criterion is defined, in a nutshell, by considering what the population under study conventionally considers as law. This theoretical framework is functional because it is open enough to facilitate the historical study of law from different perspectives, whether statal or not.

KEYWORDS

Conventional criterion. *Ius commune*. State law.

INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo em teoria do direito se mostra frutífero no meio teórico e prático. Seus temas, dentre suas diferentes correntes, alcançam tanto a busca teórica por um conceito criterial de direito por um lado, como a resolução de problemas práticos no cotidiano dos tribunais, por outro. Todavia a doutrina mostra que a relação dessas áreas com pesquisas históricas e sociológicas sobre o direito foi, de certa forma, negligenciada.

Com o anseio de contribuir nessa aproximação, o objetivo geral deste artigo é indicar o critério convencional de identificação do direito como uma alternativa teórica para que áreas como a história do direito possam ser instrumentalizadas por conceitos adequados em suas pesquisas, que não causem distorções ou enganos teórico-metodológicos.

Os objetivos específicos são i) defender a insuficiência do modelo estatal de direito para a pesquisa em história do direito medieval europeu; ii) indicar os problemas das teorias contemporâneas do direito na construção de um modelo hábil para pesquisas históricas em experiências juridicamente

plurais; *iii*) sugerir que um critério convencional – assim como proposto por Brian Z. Tamanaha – é um caminho viável para pesquisas relacionadas à história do direito em regimes baseados no pluralismo jurídico; e, por fim, *iv*) demonstrar a incapacidade do modelo tradicional de explicar o instituto da excomunhão no *Manual de Confessores* do teólogo medieval Martin de Azpilcueta Navarro, no contexto do *ius commune*.

O método utilizado foi a pesquisa bibliográfica, voltada a obras que tratavam das especificidades da pesquisa jurídica de regimes jurídicos medievais, almejando indicar seus desafios e necessidades. Também foram utilizados artigos científicos de autores críticos, capazes de identificar as insuficiências do modelo estatal de direito e propor uma alternativa viável. Por fim, foi utilizada a obra de Martin de Azpilcueta Navarro – como literatura primária – para demonstrar os problemas causados pelo modelo tradicional e os pontos positivos da alternativa do modelo convencional proposto por Brian Z. Tamanaha.

Inicialmente, a partir da perspectiva de historiadores do direito, será problematizado um argumento mediante a caracterização do *ius commune* como realidade jurídica pré-estatal, que não pode ser analisada adequadamente por meio de conceitos teóricos normalmente utilizados por conta da influência do paradigma do direito estatal e da visão evolucionista de sociedade. Esses conceitos teóricos causam verdadeiros anacronismos em pesquisas históricas sobre, por exemplo, o direito comum medieval.

Em seguida, serão explicados, mediante as contribuições de Brian Tamanaha, W. Twining e N. Lacey, os prováveis motivos da *popularidade* de conceitos estatais de direito, que acabam por distanciar a pesquisa em teoria do direito de pesquisas históricas e sociológicas. Nesse momento, o positivismo jurídico é indicado como exemplo para demonstrar que talvez o problema seja da tradição em geral, naturalmente, ressaltando as exceções indicadas, quando pertinentes.

Considerando um certo esgotamento desse distanciamento acadêmico, são descritos diagnósticos de teóricos, inclusive de dentro do positivismo analítico, que indicam a necessidade de pesquisas que alcancem também realidades que estejam fora do paradigma tradicional moderno baseado no Estado soberano e monista. Daí, será sugerida a convenção como critério de identificação proposto por Brian Tamanaha como alternativa teórica, que abrange tanto a tradição já desenvolvida, como outras realidades jurídicas do passado e do presente que vão além do paradigma estatal.

Por fim, será trazido um exemplo de dentro do direito comum medieval, mais especificamente a respeito de como um teólogo medieval cristão compreendia as consequências e competências para a excomunhão. Esse caso talvez indique que um conceito estatal de direito não seja adequado para a sua compreensão histórica, diferentemente de um conceito convencional.

A grande questão desse texto é — Um conceito convencional de direito é uma ferramenta teórico-metodológica adequada para a pesquisa em história do direito?

Naturalmente, não se almeja esgotar a questão, mas, mediante pesquisa bibliográfica, trazer indícios e caminhos para que essa questão possa ser trabalhada de maneira adequada tanto na teoria do direito como na história do direito.

1 AS CARACTERÍSTICAS DO *IUS COMMUNE* E AS INSUFICIÊNCIAS DO PARADIGMA ESTATAL PARA FUNDAMENTAR O SEU ESTUDO HISTÓRICO

Na compreensão da evolução do direito ocidental, a necessidade do estudo do *ius commune*, ou direito comum medieval, é questão pacífica. Entre as diversas contribuições que esse exercício pode trazer, uma delas é a experiência fundamentada de que o direito estatal não é um modelo adequado para o estudo da história do direito do período. Isso é importante porque o ensino tradicional possibilita poucas oportunidades para a devida compreensão de experiências jurídicas que não estejam dentro do paradigma moderno.

A historiografia contemporânea indica que a realidade jurídica europeia na Idade Média era totalmente diferente da que os estudantes estão habituados a trabalhar nas atuais faculdades de direito boa parte do tempo. Decock (2017, p. 103, tradução nossa) explica que “a natureza plural da ordem jurídica era o estado natural na Europa cristã na baixa Idade Média e nos domínios imperiais ao redor do mundo nos séculos XVI e XVII”¹. Além disso, o direito religioso, no Ocidente medieval em geral, “era frequentemente visto como ameaça ao monopólio estatal moderno em resoluções conflituosas e seus compromissos com direitos humanos [...]”² (DECOCK, 2017, p. 104, tradução nossa).

Essas são peculiaridades que se destacam perante a tradição na qual o monopólio do Estado é aceito como paradigma e todas as outras experiências jurídicas precisam se submeter a ele para que possam ser aplicadas e seguidas. A unidade formal na produção do direito a partir de um poder político representativo também faz parte desse modelo tradicional.

No estudo do *ius commune*, ou direito comum, a ideia de unidade é um elemento importante. Tanto o é que, na doutrina historiográfica, existe o entendimento de que ele surgiu a partir do momento em que a pretensão de unidade o cercou. Nesse anseio, de acordo com Gustavo Cabral

¹ No original: “The plural nature of the legal order was the natural state of affairs in late medieval Christian Europe and imperial spaces across the globe in the sixteenth and seventeenth centuries”.

² No original: “Religious law in Western democracies and traditional normative orders in former colonial states, in particular, are frequently perceived as a menace, for instance to the modern state’s monopoly on conflict resolution or its commitment to human rights”.

(2019, p. 2-3), “ele foi erigido sob dois pressupostos, um político e outro espiritual, ligados a instituições com pretensões de universalidade: o império e a Igreja”.

É necessário destacar, inclusive, que, por mais que a unidade seja um elemento importante nessa experiência, ela não foi alcançada no sentido moderno. Dessa forma, o direito comum teve uma pretensão de universalidade vinda de influência do direito canônico, “ainda que as suas fontes ou, mais precisamente, os seus elementos sejam de naturezas diversas, o que pode gerar alguma dificuldade” (CABRAL, 2019, p. 9).

Seguindo os ensinamentos de Manuel Hespanha (1982, p. 140-141) pode-se dizer que as principais características do *ius commune* são três. A primeira é que os Estados não se constituem como um poder popular baseado na democracia representativa, mas em uma forma de compatibilização de poderes de exercício independentes na defesa de interesses institucionais que, às vezes, são convergentes. Como não era possível interferir no comportamento de âmbitos governamentais autônomos, o acordo era o caminho para resolver problemas compartilhados.

A segunda característica é que essas autonomias governamentais não representam a comunidade política, elas são essa comunidade. Considerando que a capacidade política de participar de órgãos de decisão era um privilégio de poucos, seus participantes eram os legitimados e interessados, ou seja, aqueles que tinham o direito adquirido de tomar decisões comunitárias.

Por fim, as assembleias do período não possuíam um poder supremo ou constituinte, em que se fundavam os princípios de uma ordem jurídico-política com povo e território delimitados. Como não havia poder supremo, as atividades administrativas e governamentais – monopolizadas atualmente – eram difusas em diferentes jurisdições e regulamentos.

Não é possível delimitar um momento preciso de instauração do direito comum. Como não há uma formalidade constituinte semelhante à do período moderno, esse fato histórico é difuso. Outro elemento que dificulta essa delimitação é o fato de ele ser um sistema complexo, composto por “dois pressupostos mencionados (o Império e a Igreja), mas sem se esquecer de outros importantes, como o direito feudal e os costumes locais” (CABRAL, 2019, p. 9). Um exemplo dessa pluralidade de ordens jurídicas era a forma de utilização das fontes do direito. Gustavo Cabral (2019, p. 65) explica que “tanto se utilizavam fontes eminentemente teológicas, especialmente a Bíblia, como fontes do direito civil, inclusive, como demonstra importante estudo de Tamar Herzog, como as obras de direito civil e de direito canônico eram utilizadas por teólogos [...]”.

Devido à sua pluralidade de fontes e a inexistência de instituições de competência abrangente, a sistematicidade dessa experiência jurídica ficou a cargo da doutrina da época. Situados

nas universidades, os doutrinadores “formavam o que ficou conhecido como *opinio communis*, noção que já era conhecida desde o Antigo Regime” (CABRAL, 2019, p. 119).

Essa característica jurídica de pluralidade frustrou até juristas que almejavam, durante o século XX, utilizar a unidade e coerência do *ius commune* como referência para a unificação do direito privado europeu. Manuel Hespanha (2015, p. 8) destaca que a pluralidade “evita que a história do direito europeu se oriente no sentido de legitimar uma política de unificação (globalização) do direito privado europeu com base numa alegada tradição jurídica comum”.

Inclusive, essa pluralidade também é argumento para os historiados que almejam inserir a tradição jurídica europeia em uma chamada história mundial do direito. Hespanha (2015, p. 8) afirma que essa característica “dificulta a visão de muitos elementos de diferenciação que são necessários para contar uma história do direito ocidental”.

É possível afirmar, então, que o *ius commune* não era um sistema jurídico como o tradicionalmente reconhecido. Pode-se dizer que ele era um sistema incompleto e baseado na ideia de racionalidade, e que sua aplicação era, de acordo com Gustavo Cabral (2019, p. 74), “subsidiária em relação aos direitos próprios, [e] se dava em virtude da existência de problemas comuns e que haviam sido resolvidos por algumas de suas matrizes (direito romano, direito canônico e Direito feudal)”.

Por conta dessa diferenciação e autenticidade em relação ao modelo contemporâneo, graves danos foram cometidos por historiadores que almejavam compreender o direito medieval europeu a partir de ferramentas teóricas contaminadas pelo vício da estatalidade. Dentro da análise crítica dessa abordagem, Manuel Hespanha (1982, p. 29) afirma que o apego ao paradigma estatal resulta em uma verdadeira “deformação do modelo político pré-estatal pela historiografia contemporânea”.

Esse tipo de problema é resultado de uma conceituação teórico-metodológica que leva ao extremo a problematização e o estudo do direito apenas no seu âmbito estatal, o que resulta em danos em pesquisas sobre realidades jurídicas diferentes do modelo moderno. A busca por ferramentas adequadas para uma análise global da experiência jurídica é uma questão aberta atualmente.

E essa crítica não se refere simplesmente à realidade europeia, já que, como dito anteriormente, o imperialismo europeu fez com que os regimes jurídicos das metrópoles fossem transportados para regiões do mundo inteiro. Então, compreender de maneira adequada o *ius commune* também colabora com o entendimento da realidade jurídica em várias outras localidades do mundo. Gustavo Cabral (2019, p. 6-7) afirma que “a própria historiografia jurídica europeia tem ampliado essa visão, a fim de alcançar as possessões ultramarinas europeias na América e partes da África e Ásia”.

1.1 O *IUS COMMUNE* ALÉM DA EUROPA MEDIEVAL

Dentre outros motivos, além do transplante de ordens jurídicas europeias para a existência de realidades jurídicas plurais no Hemisfério Sul, Tamanaha (2019, p. 8) destaca também que líderes europeus construíram fronteiras artificiais nesses locais sem considerar comunidades políticas, culturais e religiosas preexistentes. Além disso, devido a razões econômicas e políticas, essas localidades receberam, voluntariamente ou não, grupos de imigrantes trabalhadores de diferentes lugares do mundo, que levaram consigo suas tradições e seus costumes.

A pluralidade de regimes é a chave da formação da realidade jurídica colonial e também para a compreensão da estrutura comercial no período. Segundo Benton (2004, p. 3, tradução nossa), é precisamente por isso que “a localização de autoridades políticas não era uniforme ao redor do sistema internacional”³. Da mesma forma, essa abordagem desconstrói e enfrenta a narrativa tradicional eurocêntrica do mundo.

Nessa narrativa, afirma Benton (2004, p. 6, tradução nossa), é enfatizado um “único e progressivo caráter das instituições europeias ou que as mudanças globais emanam exclusivamente de dinâmicas do desenvolvimento ocidental”⁴. Essa visão é outro vício que pode contaminar as pesquisas em história e que deve ser resolvida em pesquisas teórico-metodológicas com o auxílio da teoria do direito.

Nesse contexto, Benton (2004, p. 8-9) destaca duas críticas que podem ser feitas a pesquisas em história do direito viciadas pelo paradigma estatal e pela narrativa histórica progressiva na área do direito colonial. A primeira é a ideia de fronteira. Práticas e regras jurídicas falham em obedecer a linhas separadoras de sistemas jurídicos considerados diferentes. Até mesmo os próprios atores jurídicos se viam como participando de diferentes sistemas.

O outro problema é de narrativa. Aí, o Estado é comumente visto como um caminho para a mudança jurídica, em que seria imposto e construído sobre costumes locais. Na realidade, esse não foi um processo rápido e unidirecional. Pelo contrário, foi lento e dialogal, em que havia uma verdadeira troca de experiências para a subsistência do regime formal e do regime local.

O objetivo deste tópico, em resumo, foi demonstrar a identidade do *ius commune* em contraposição ao paradigma estatal de compreensão do direito. Nesse contexto, foram desenvolvidos

³ No original: “[...] the location of political authority was not uniform across the international system”.

⁴ No original: “[...] the unique, progressive character of European institutions or that view global change as emanating exclusively from the dynamics of Western development”.

argumentos que ressaltaram a importância de ferramentas teóricas adequadas para pesquisas na área da história do direito medieval europeu. Além disso, também foi objetivo destacar as principais críticas às ferramentas teóricas tradicionais, que resultam na distorção de uma realidade plural por meio da sua análise por uma visão estatista do direito e também por uma narrativa eurocêntrica e evolucionista de eventos históricos relevantes.

A pesquisa em teoria do direito é a área do conhecimento em que ferramentas mais adequadas devem ser desenvolvidas a fim de fundamentar pesquisas históricas e sociológicas condizentes com o período que está sendo estudado. Olhar o passado com olhos e conceitos do presente, além de anacrônico, pode causar fragilidades e conclusões confusas do ponto de vista metodológico.

2 AS INSUFICIÊNCIAS DAS TEORIAS TRADICIONAIS DO DIREITO PARA O ESTUDO DE UMA REALIDADE JURÍDICA PLURAL: O EXEMPLO DO POSITIVISMO JURÍDICO

Ao perceber os problemas que ferramentas teóricas inadequadas podem causar em pesquisas históricas sobre o *ius commune*, pode-se afirmar que essa realidade é reflexo da grande influência que o paradigma estatal ainda possui na teoria do direito contemporânea. Sobre o tema de vícios que as pesquisas na área do direito ainda possuem, Twining (2005b, p. 647, tradução nossa) explica que a cultura acadêmica ocidental na área do direito no século XX “tendeu a ser orientada pelo Estado, ser secular, de cima para baixo, nortocêntrica, não empírica e universalista em respeito à moral”⁵.

O autor continua seu argumento destacando que uma visão do direito que foque apenas no “direito municipal de nações com Estado e no direito público internacional seria, por muitas razões, superficial. Por exemplo, é difícil justificar a omissão do direito islâmico ou outra tradição importante de direito religioso dessa perspectiva”⁶ (TWINING, 2005b, p. 647, tradução nossa). Assim, não se pode mais continuar nesse mesmo erro, sendo necessária uma nova reorientação das pesquisas em teoria do direito.

Twining (2005b, p. 665, tradução nossa) também diz que “[...] esta reorientação de nossas disciplinas nasce de problemas fundamentais de comparação e generalização mediante diferentes

⁵ No original: “[...] has tended to be state-oriented, secular, positivist, ‘top-down’, Northocentric, unempirical, and universalist in respect of morals”.

⁶ No original: “[...] municipal law of nation states and public international law would for many purposes be much too narrow. For example, it is difficult to justify omitting Islamic law or other major traditions of religious law from such a picture”.

tradições jurídicas, culturas e outras fronteiras que nós talvez não estejamos bem equipados para enfrentar”⁷.

Entre essas experiências não estatais, ele cita o direito transnacional, e, naturalmente, o *ius commune* (TWINING, 2005b, p. 667). A tese central para Twining (2005b, p. 677, tradução nossa) é que as relações entre o direito estatal “[...] e outras formas de ordens normativas (independentemente de como são nomeadas) e também de outras interações (interjuridicidade) merecem a atenção constante de juristas porque elas são parte crucial do entendimento do fenômeno jurídico”⁸.

Com essas palavras, o autor destaca que os problemas retratados no tópico anterior devem motivar pesquisadores a desenvolver novas ferramentas teóricas que alcancem realidades diferentes da do paradigma estatal, que são tão importantes quanto ela na compreensão global do direito.

Sobre a temática da centralização de pesquisas na experiência jurídica estatal, o positivismo jurídico tem especial destaque na trajetória teórica do direito no século XX. Almejando explicar essa realidade, Joseph Raz (2017, p. 147, tradução nossa) afirma que o direito estatal ganhou importância em pesquisas em teoria do direito porque “ele é, ou foi considerado como, o sistema jurídico mais amplo, sendo independente ou livre de estrangulamentos externos. Esta é uma explicação parcial e também idealizada”⁹.

Tentando explicar essa influência estatal nas teorias contemporâneas, Brian Tamanaha destaca que a tradição teórica ocidental, desde os gregos e alcançando a Modernidade, possui diferentes critérios para identificar o direito. Entre eles está a sua relação com a moralidade, com a justiça, com a coerção ou com o consenso, por exemplo. Todavia, dentre todas as tradições, uma pressuposição tem especial popularidade, a de que “o direito é o espelho da sociedade, funcionando, assim, para manter a ordem social”¹⁰ (TAMANAHA, 2001a, p. 2, tradução nossa). Ele a chama de tese do espelho, referindo-se à ideia de que o direito é reflexo da sociedade em que ele se realiza.

Ainda segundo o autor, há dois mitos tradicionais que sustentam a tese do espelho. O primeiro, como já referenciado anteriormente, sendo considerado um vício na pesquisa em história do direito, é a ideia de que o direito surge da evolução da sociedade. Essa perspectiva, também considerada eurocêntrica, resulta na interpretação e análise de experiências jurídicas em sociedades

⁷ No original: “[...] this re-orientation of our discipline raises fundamental problems of comparison and generalisation across legal traditions, cultures and other boundaries that we may not yet be well equipped to tackle”.

⁸ No original: “[...] other forms of normative ordering (however they are labelled) and other interactions (interlegality) deserve the sustained attention of jurists because they are a crucial part of understanding legal phenomena”.

⁹ No original: “[...] it is, or was taken to be, the most extensive law-like system that is independent or free from external constraint. This is a partial explanation at best, and an idealised one”.

¹⁰ No original: “[...] law is a mirror of society, which functions to maintain social order”.

isoladas como um estágio anterior na escala de evolução natural em direção a sociedades mais complexas, em que surge o direito estatal.

Tamanaha (2001a, p. 59, tradução nossa) critica esse mito afirmando que “[...] como antropólogos do direito têm demonstrado, comunidades de menor escala exigem normas e resolvem disputas de formas variadas [...] muitas das quais não envolvem o desenvolvimento de instituições jurídicas públicas”¹¹.

Essa é uma pesquisa empírica que indica que não há uma regra ou mesmo níveis universais de evolução em sociedades humanas. O outro mito é o que vê a criação do Estado como um acordo ou um contrato entre indivíduos, almejando acabar com a guerra de todos contra todos ou na busca da autopreservação individual.

O argumento contra esse segundo mito é que o Estado ou o direito não são criados em um só momento, nem são fruto da guerra de todos contra todos. Tamanaha (2001a, p. 63, tradução nossa) afirma que “[...] o que nos vincula uns aos outros em uma grande comunidade e Estado não é o consentimento, mas a linguagem, a cultura e obrigações sociais complexas, práticas e instituições, nas quais existimos e sem as quais não podemos sobreviver”¹².

Em uma obra mais recente, chamada *A Realistic Theory of Law*¹³, Tamanaha (2017) desenvolve um argumento mais detalhado a respeito das limitações que a teoria do espelho traz às correntes jurídicas contemporâneas. Um ponto interessante da obra trata dos problemas a respeito do debate sobre a questão “O que é o direito?”. O autor afirma que esse debate continua porque ele não pode ser resolvido com argumentos ou evidências empíricas. Ele afirma que “um obstáculo crucial é que teorias do direito são construídas em análises funcionais, que sofrem de deficiências intransponíveis”¹⁴ (TAMANAHA, 2017, p. 43, tradução nossa).

Sobre esse tema, é dito que o principal culpado para esse problema a respeito da definição do que é o direito é o critério para a sua identificação, ou seja, a própria análise funcional. Ao se utilizar esse critério, o teórico alcança uma dimensão conceitual no limite da funcionalidade escolhida. Seguir conceitualmente toda a extensão da funcionalidade leva a conceituação do direito para além do convencionalmente utilizado. Esses critérios alcançam regras de etiqueta, regras de

¹¹ No original: “[...] as legal anthropologists have demonstrated, small-scale communities enforced norms and resolved disputes in a variety of ways [...] many of which did not involve the development of public legal institutions”.

¹² No original: “What binds us to one another and to the larger community and State is not consent but the language, culture, and complexes of social obligation, practice, and institutions within which we exist, and apart from which we cannot long survive”.

¹³ Inclusive, esse livro foi agraciado com o prêmio IVR Book Prize em 2019. Cf. <https://bit.ly/3SYtoXl>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹⁴ No original: “A crucial stumbling block is that theories of law are built on functional analysis, which suffers from insurmountable shortcomings”.

esportes ou jogos de tabuleiro. É o problema do conceito abrangente em excesso (TAMANAHA, 2017, p. 46).

O inverso do conceito exageradamente abrangente é o excessivamente restrito. Segundo o autor, ele possui duas manifestações comuns (TAMANAHA, 2017, p. 46-47). O primeiro caso acontece com o direito estatal. Os sistemas estatais são multifuncionais, ou seja, podem alcançar diferentes tipos de funções dentro de uma comunidade. O segundo tipo de excesso de restrição surge quando a forma e a função são consideradas conjuntamente.

O exemplo citado da segunda maneira de restrição de excesso é a teoria de Herbert Hart (1994) em *The Concept of Law*. São famosas as restrições trazidas por ela, que considera o direito primitivo e o direito internacional como sistemas pré-jurídicos, já que não possuem regras secundárias bem definidas. Essas são formas convencionalmente consideradas jurídicas, o que resulta em estranhamento de teóricos com essa conclusão¹⁵.

2.1 O EXEMPLO DO JUSPOSITIVISMO ANALÍTICO

Com relação ao positivismo analítico, Tamanaha (2017) desenvolve argumentos específicos tendo em vista ser um projeto que pressupõe características essenciais e universais ao direito, ou seja, que devem estar presentes onde quer que ele se concretize. Uma metáfora comum para explicar esse anseio são as características da água, que estão presentes onde quer que a água exista.

O grande problema dessa metáfora é que, no caso do direito, há vários conceitos convencionalmente aceitos em disputa. No caso da água, não existem vários conceitos possíveis, apenas um. Além disso, não é possível descrever propriedades físicas fixas de uma realidade institucional como o direito de maneira semelhante a como se faz em uma realidade física como a água. Tamanaha (2017, p. 62, tradução nossa) explica que realidades sociais “surgem de formas variadas (que a teoria analítica do direito idealiza como uma ‘coisa’ uniforme), e teóricos podem encontrar diferentes ângulos institucionais, cada um produzindo diferentes características principais”¹⁶.

Outra crítica desenvolvida trata do fato de filósofos analíticos não explicarem os métodos utilizados para encontrar as características essenciais e necessárias da natureza do direito. Até mesmo

¹⁵ Jeremy Waldron critica essa conclusão em WALDRON, Jeremy. International Law: ‘A Relatively Small and Unimportant’ Part of Jurisprudence? In: D’ALMEIDA, Luís Duarte (ed.). **Reading HLA Hart’s The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013.

¹⁶ No original: “[...] in numerous variations of form and function (which analytical jurisprudents idealize as a uniform ‘thing’), and theorists can take multiple angles on social institutions, each producing different core features”.

filósofos que pertencem à mesma tradição positivista dizem que encontraram características essenciais do direito, mas divergem entre si sobre quais são essas características. Talvez isso seja um indício de que o argumento deva ser mais bem desenvolvido e clarificado (TAMANAHA, 2017, p. 65).

O método positivista está relacionado com a análise de conceitos pressupostos na linguagem ordinária, o que os possibilita afirmar que esses conceitos universais são instrumentos do autoconhecimento. Tamanaha (2017, p. 67, tradução nossa) responde que “filósofos do direito que viveram na Europa medieval – quando uma multiplicidade de regimes jurídicos coexistia [...] – veriam o direito de maneira diferente de como as pessoas o veem hoje”¹⁷.

Anseios universais não devem ser fundamentados em contingências históricas e intermitentes. Tamanaha (2017, p. 69, tradução nossa) sugere que tais características “são verdadeiras do ‘nosso’ conceito de direito e que outras sociedades e instituições podem ser examinadas pelas lentes desse conceito. Isso não é uma verdade universal”¹⁸. Além disso, também não significa que o fruto de pesquisas dessa natureza esteja de acordo com os parâmetros de qualidade de pesquisas históricas. Como dito, olhar o passado com os olhos do presente é um problema metodológico (HESPANHA, 1982).

Esses argumentos justificam a assertiva de que há uma lacuna: juspositivistas analíticos não explicam ou fundamentam os critérios utilizados para a escolha dos elementos pré-teóricos em suas teorias. Tamanaha (2017, p. 71-72, tradução nossa) afirma até sua circularidade: “as suas asserções sobre qual é o paradigma do direito determinam o resultado teórico do que o direito é, que é, então, aplicado para dizer o que é jurídico ou não em todos os lugares e tempos”¹⁹.

Um exemplo importante dessas peculiaridades dos filósofos analíticos é a obra *The Concept of Law* de Herbert L. A. Hart. Nicola Lacey (2006), filósofo e biógrafo de Hart, escreveu um artigo em que são trazidos alguns comentários sobre a peculiar relação entre essa obra e pesquisas empíricas e sociológicas.

Ele afirma que, após a publicação da primeira edição de sua principal obra, Hart recebeu críticas construtivas de diversas áreas diferentes, mas que decidiu dedicar-se a responder a seus principais interlocutores interpretativistas e jusnaturalistas. Em seu *Postscript*, mesmo sendo

¹⁷ No original: “Legal philosophers living in medieval Europe – when a multiplicity of legal regimes coexisted [...] – would see law quite differently from how people and jurists view it today”.

¹⁸ No original: “[...] are true of ‘our’ concept of law and other societies and institutions can be examined through the lens of this concept. This is not universal truth”.

¹⁹ No original: “[...] their assumptions about what is the paradigm of law determines [sic] the resulting theory of what law is, which is then applied to dictate what does and does not qualify as law for all places and times”.

incompleto, é possível perceber que Hart reforça o seu anseio metodológico de produzir uma teoria descritiva e universalista a respeito das características do direito.

Essa decisão reforçou o seu objetivo em se manter com características institucionais no direito, que o aproximam do direito estatal, além de falhar em abranger outras realidades jurídicas. De acordo com Lacey (2006, p. 957-958, tradução nossa, grifo nosso), “essa dificuldade talvez explique o motivo pelo qual, mesmo com o fato de o caderno de anotações de Hart para *The Concept of Law* antecipar que o livro iria alcançar as variações de direito, nenhuma dessas considerações foram encontradas no livro em si [...]”²⁰.

Por causa de seu forte apelo descritivo e universalista, além de ser extremamente vinculado ao formalismo, o livro “tornou-se símbolo da superficialidade intelectual e arrogância da teoria do direito”²¹ (LACEY, 2006, p. 958-959, tradução nossa). Na última década, essa realidade tem mudado, sendo fruto de uma aproximação intelectual em que ambas as correntes têm a ganhar.

Essa extrema generalidade e falta de fundamentação empírica em contextos históricos específicos da obra é vista como um problema por Lacey (2006), ocultando e dificultando o entendimento do próprio direito, seu principal objeto de estudos. Esse problema alcança, segundo o autor, não apenas a parte teórico-filosófica, mas também a própria contribuição que ela pode trazer para áreas mais específicas do direito, como o direito penal (LACEY, 2006, p. 979).

Essas dificuldades de *The Concept of Law* não são ressaltadas apenas por teóricos de correntes sociológicas e históricas. Há também o reconhecimento de filósofos do positivismo analítico como John Gardner (2012, p. 278, tradução nossa), que afirma que “as características que ele enumera não abrangem a distinção do sistema jurídico de muitos outros sistemas normativos institucionalizados, como aqueles que regulam universidades, associações, jogos competitivos e esportes”²². Assim, é importante destacar que, mesmo considerando-o exageradamente abrangente, Gardner propõe adequações a esse projeto teórico, mas não o abandona.

Naturalmente, essas críticas ao positivismo analítico de Hart não foram recebidas sem resposta. Himma (2004) explica que uma análise do direito, por natureza, deve trazer algo que não pode ser dito em relação a outro objeto. Particularmente, Himma (2004, p. 737, tradução nossa)

²⁰ No original: “This difficulty perhaps also explains why, despite the fact that the working notebook for *The Concept of Law* anticipates that the book would consider the varieties of laws, no such consideration found its way into the book itself [...]”.

²¹ No original: “[...] to symbolize the intellectual narrowness and arrogance of philosophical jurisprudence”.

²² No original: “The features he enumerates do not yet suffice to distinguish legal systems from many other institutionalized normative systems, such as those regulating universities and trade associations and some competitive games and sports”.

destaca que “uma análise do conteúdo do conceito de direito deve nos dizer algo a respeito do conteúdo das convenções que governam o uso do termo-conceito ‘direito’ e o que ele pressupõe ou implica mediante compromissos metafísicos”²³.

Felipe de Sousa Oliveira (2018) afirma que não há contradição entre os projetos de Tamanaha e do positivismo analítico a respeito da criação de proposições sobre o direito em geral. A principal diferença entre ambos seria que Tamanaha acrescentaria que “[...] a maioria das coisas interessantes a serem ditas sobre o direito estão relacionadas com o que pode ser dito sobre o direito em particular”²⁴ (OLIVEIRA, 2018, p. 445, tradução nossa).

Também sobre as críticas de Tamanaha e de Lacey, John Gardner (2012, p. 300, tradução nossa) afirma que as proposições de Hart são “verdades universais sobre uma coisa decididamente não universal”²⁵ e que continuarão a ser verdadeiras mesmo que o direito com regras primárias e secundárias desapareça e só possa ser encontrado em livros de história.

Esse debate foi, particularmente, voltado à obra de Hart, tendo em vista que é um grande expoente do positivismo analítico, mas os equívocos (ou influências) advindos dessa pressuposição teórica da tese do espelho e dos seus mitos não alcançam somente essa corrente²⁶.

Outros teóricos críticos ao juspositivismo, mas pertencentes à tradição da filosofia analítica do direito, como Ronald Dworkin e Lon L. Fuller, pressupõem em suas teses dimensões da tese do espelho. Himma (2004, p. 728, tradução nossa) explica que “embora esses teóricos discordem quanto à formulação precisa da Tese da Função, todos parecem assumir a posição de que a função conceitual do direito é manter a ordem social, orientando o comportamento do cidadão”²⁷.

Para resumir, o principal objetivo deste tópico foi trazer a tese do espelho como explicação da grande *popularidade* do paradigma estatal e da ideia eurocêntrica de progressão social nos estudos em teoria do direito. Essa tese afirma que o direito é espelho da sociedade em que se realiza e que sua principal função é a de manter o controle social. Nesse contexto, foram trazidos argumentos que

²³ No original: “[...] an analysis of the content of the concept of law should tell us something about the content of the conventions that govern the use of the concept-term ‘law’ and what they presuppose or imply by way of metaphysical commitments”.

²⁴ No original: “[...] most of the interesting things to be said about law, relate to what can be said about law in particular”.

²⁵ No original: “[...] universal truths about a decidedly non-universal thing”.

²⁶ Para mais detalhes a respeito da crítica de Brian Tamanaha a Hart, cf. GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A questão da generalidade da teoria do direito na obra *The Concept of Law* de Herbert Hart. Congresso Internacional de Interpretação e Decisão Judicial, 1., 2021, Fortaleza. **Anais** [...]. Fortaleza: Mucuripe, 2021. 290 p. p. 290-309. Disponível em: <https://bit.ly/3zMtw3f>. Acesso em: 17 jun. 2022 e GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. O imperativismo na sua melhor forma: esclarecimentos e problematizações sobre a generalidade do direito em Hart. In: MATOS, Saulo Monteiro Martinho de; COELHO, Andre Luiz Souza; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). **Interpretando o Conceito do Direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, [2022?]. No prelo.

²⁷ No original: “Though these theorists disagree on the precise formulation of the Function Thesis, all seem to take the position that the conceptual function of law is to maintain social order by guiding citizen behavior”.

mostraram indícios de que o positivismo analítico cometeu esses erros, especialmente no que se trata de seus pressupostos metodológicos de descrição de características verdadeiras e universais sobre o direito.

Os argumentos trazidos de pesquisas empíricas de sociedades não ocidentais demonstraram, por exemplo, tanto que não existem características universais de direito como que o surgimento de instituições jurídicas são mais acidentes do que fruto de uma evolução social progressiva. Outro argumento foi o da falta de justificativa de certas características utilizadas para conceituar o direito, que não são compartilhadas nem mesmo pelos próprios filósofos do positivismo analítico.

Mesmo sabendo que esse não é um debate simples e muito menos acabado, talvez ele tenha trazido elementos para o desenvolvimento de argumentos sobre a relação peculiar entre as teorias positivistas e pesquisas históricas, sociológicas e antropológicas.

O debate sobre o caso do positivismo jurídico analítico deve ser visto aqui não como único, mas como principal exemplo para se demonstrar que não só ele comete essas falhas. Os indícios históricos indicam que interpretativistas e jusnaturalistas também compartilham de erros teóricos fruto da pressuposição da tese do espelho, assim como os mitos da função social e do contratualismo.

Assim, as críticas trazidas aqui alcançam a teoria do direito e demonstram a sua insuficiência para fundamentar pesquisas históricas como a realizada no *ius commune*. Naturalmente, como já dito antes, essa é uma postura que não está livre de generalizações, mas que indica, pelo menos, a necessidade de novas alternativas teóricas e revisões críticas.

3 UM CRITÉRIO CONVENCIONAL COMO ALTERNATIVA TEÓRICA PARA O ESTUDO EM HISTÓRIA DO DIREITO

Já foi visto que experiências jurídicas como o *ius commune* não podem ser estudadas historicamente por meio de um pressuposto teórico-metodológico baseado em um paradigma estatal de direito e em uma narrativa evolucionista de sociedade. Também já foi visto que tais equívocos ou exageros teóricos são frutos de uma ideia reducionista de direito como reflexo da sociedade e com a função de garantir a ordem social, chamada tese do espelho. Nesse sentido, almeja-se destacar a importância de novos objetos de estudos e conceitos adequados para o estudo do direito como um fenômeno global.

A esse respeito, Twining (2005a, p. 34, tradução nossa) afirma que “[...] a herança de técnicas de análise da tradição anglo-americana de teoria analítica é importante, mas que essas

técnicas precisam ser aplicadas a uma gama maior de questões e conceitos do que foi feito pelos principais juristas analíticos”²⁸.

Defendendo uma maior necessidade de ampliar o âmbito temático da teoria analítica, sem um abandono da tradição já construída, o autor mantém sua perspectiva crítica em busca de um meio-termo.

Essa transição requerida para a teoria analítica do direito já alcançou outras áreas do conhecimento. Twining (2005b, p. 680, tradução nossa) destaca que “[...] nos anos de 1980, antropólogos, incluindo antropólogos do direito, reconheceram que eles estavam errados em tratar sociedades de pequena escala como entidades atemporais e independentes e, desde então, tornaram-se mais sensíveis ao contexto histórico e geográfico”²⁹.

Em um sentido semelhante, Raz (2017, p. 161, tradução nossa) afirma que é importante revisitar as teorias estatais e explorá-las em um contexto internacional “e aqui não importa se o direito internacional forma um sistema unificado ou se é fragmentado, em vez de unificado”³⁰. Essa provocação também pode ser utilizada para outras áreas do direito que não sejam o direito internacional, em que o direito pode não ser um sistema unificado, mas, mesmo assim, ser relevante o seu estudo.

Reforçando o seu argumento no direito estatal, Raz (2017, p. 161, tradução nossa) destaca que “a concentração exclusiva no direito estatal nunca foi justificada e é ainda menos justificada hoje”³¹. Sem esquecer do destaque e da importância do direito estatal, o autor reconhece a importância do estudo de realidades com, por exemplo, autoridades compartilhadas.

Iniciando o raciocínio para uma proposta de direito adequada à realidade global do direito, Tamanaha (2017, p. 52) afirma que não é a função que define algo como jurídico, citando como exemplo a possibilidade de ser possível encontrar sistemas jurídicos privados com regras e órgãos de julgamento, além de atores que possuem competências estatais, sem nenhum reconhecimento do sistema jurídico formal.

²⁸ No original: “[...] the heritage of techniques of analysis in the Anglo-American tradition of analytical jurisprudence is worth building on, but that such techniques need to be applied to a much wider range of issues and concepts than has been done by leading analytical jurists”.

²⁹ No original: “In the nineteen-eighties anthropologists, including legal anthropologists, recognised that they had often erred in treating small-scale societies as timeless, self-contained units and have since then been more sensitive to the broader contexts of history and geography”.

³⁰ No original: “[...] and here it does not matter whether international law forms a unified legal system or is fragmented beyond unity”.

³¹ No original: “But exclusive concentration on state law was, it now turns out, never justified, and is even less justified today”.

Existem experiências bem específicas que são reconhecidas em sociedades que não possuem um modelo dentro do paradigma estatal. O autor argumenta que “propriedade e casamento existem [...] quando pessoas dentro de um grupo reconhecem direitos jurídicos e obrigações (poderes deônticos) em conexão, respectivamente, com coisas e uniões familiares. Um sistema jurídico não é necessariamente requerido”³² (TAMANAHA, 2017, p. 54-55, tradução nossa).

Em termos de importância histórica, inclusive, “muitas situações jurídicas no passado e no presente têm desviado do modelo que Hart e a maioria dos teóricos assume”³³ (TAMANAHA, 2017, p. 55, tradução nossa). Em contextos coloniais e, até mesmo, pós-coloniais, o costume e o direito religioso são instrumentos para o reconhecimento de direitos matrimoniais, proprietários e de herança. Algo que o direito visto como estatal não alcança naquela realidade.

Referindo-se mais especificamente à realidade histórica pré-estatal, Tamanaha (2019, p. 4, tradução nossa) argumenta que, antes da consolidação do estado territorial unificado, “[...] era comum ver a presença de múltiplas formas de direito coexistindo no mesmo espaço social, incluindo (na Europa medieval) direito costumeiro, direito religioso, direito real, direito senhorial, direito mercantil, direito romano e outras formas de direito”³⁴.

Dentro desse contexto estabelecido de limitações que a tese do espelho causa, Tamanaha (2017, p. 38) destaca que os erros das teorias do direito tradicionais indicam a necessidade de uma forma de compreender baseada em um critério convencional, possibilitando instrumental e conceitualmente uma perspectiva do direito que alcança diferentes realidades – entre elas, a estatal.

A proposta sugerida é que o “direito é qualquer coisa que as pessoas identificam e tratam dentro de sua prática social como ‘direito’ (ou *droit*, *recht*, etc.)” (TAMANAHA, 2017, p. 73, tradução nossa)³⁵. De maneira mais rigorosa, essa proposta não é, por si mesma, uma conceituação de direito, mas a indicação de um critério para identificar o que é o direito onde quer que esteja sendo trabalhado o estudo científico.

Em sua sugestão, Tamanaha (2017, p. 74-77) procura responder a quatro possíveis críticas. A primeira é a crítica de que “direito” é um termo muito geral e ambíguo para ser utilizado em contextos de estudos empíricos. A resposta é que essa dúvida pode ser resolvida no contexto social

³² No original: “Property and marriage exist, as mentioned, when people within a group recognize legal rights and obligations (deontic powers) in connection, respectively, with things and family unions. A legal system is not necessarily required”.

³³ No original: “Many legal situations past and present have deviated from the model Hart and most legal theorists assume”.

³⁴ No original: “[...] it was common to see the presence of multiple coexisting forms of law in the same social space, including (in medieval Europe) customary law, religious law, royal law, manorial law, merchant law, guild law, juristic Roman law, and other forms”.

³⁵ No original: “law is whatever people identify and treat through their social practices as ‘law’ (or *droit*, *recht*, etc.)”.

em que a palavra está sendo utilizada. Dessa forma, um pesquisador pode identificar se uma palavra possui um significado relevante para juristas.

Com relação à crítica de que a palavra “direito” tem convencionalmente múltiplos significados em diferentes contextos, o autor argumenta que, em sua proposta, não importa a língua; se for convencionalmente considerado direito (ou *droit* ou *recht*...), será tecnicamente considerado direito. Se múltiplos fenômenos forem considerados convencionalmente nomeados como “direito”, múltiplos fenômenos serão considerados como direito.

A terceira crítica é a que se refere à necessidade de um conceito prévio para ser utilizado em outras culturas para identificar o direito. Isso seria uma prova de que um conceito criterial nos moldes positivistas é necessário. A resposta é que não é necessário um critério fixo anterior de direito, mas apenas os métodos tradicionais de tradução linguística são úteis para a identificação do termo na língua daquela sociedade específica.

A quarta crítica é a que essa conceituação convencional é efêmera e não destaca o fenômeno jurídico em sua importância na humanidade. A resposta é que essa proposta é profunda e adequada para uma compreensão real do fenômeno jurídico plural, demonstrando que no passado e no presente, há realidades diferentes a serem estudadas e não é possível fugir disso.

Contra uma possível reação negativa de sua proposta, Tamanaha (2001a, p. 194, tradução nossa) argumenta que o conteúdo distintivo do direito é “[...] determinado pelos atores sociais que possibilitam o seu surgimento, não por teóricos que legislam para outros, baseando-se em uma concepção abstrata de requisitos essenciais de um fenômeno singular que eles designam como direito”³⁶.

Por fim, com relação à crítica específica ao positivismo analítico levantada anteriormente, Tamanaha (2001b, p. 32, tradução nossa) provoca, afirmando que “em um certo sentido, minha abordagem é mais juspositivista e mais empírica que a do positivismo jurídico do próprio Hart”³⁷. Assim, o autor almeja demonstrar que não pretende abandonar todas as premissas da pesquisa tradicional em teoria analítica do direito, mas, em um sentido, radicalizá-las.

Em geral, este tópico almejou demonstrar que já há um consenso na doutrina – inclusive, entre positivistas analíticos – de que é necessário expandir os objetos de estudo para além do direito estatal. Isso significa que o principal ponto é indicar uma expansão do objeto de estudos e não um

³⁶ No original: “[...] determined by the social actors who give rise to them, not by theorists legislating for others based upon an abstract conception of the essential requirements of a singular phenomenon they designate as law”.

³⁷ No original: “In a sense, my approach is more legal positivist and more empirical than Hart’s own legal positivism”.

abandono da tradição, o que seria um exagero. Há muito o que se desenvolver dentro do que já foi construído.

É isso o que faz a proposta convencionalista de Brian Tamanaha. O autor sugere que tecnicamente seja considerado direito aquilo que possa ser considerado e traduzido como direito na prática social da comunidade estudada. Dessa forma, várias realidades sociais poderão ser estudadas mediante suas realidades jurídicas independentemente de quais sejam, estatais ou não.

A principal crítica recebida a esse conceito trata da extrema abertura textual e superficialidade da proposta. Tecnicamente, não é proposta uma conceituação de direito, mas um critério para indicar o direito em diferentes realidades. E o fato de ser um critério vago e aberto é o que possibilita que diferentes realidades jurídicas no mundo do passado e do presente possam ser estudadas cientificamente por historiadores e antropólogos, por exemplo. A crítica ressalta a principal qualidade da proposta, que almeja simbolizar um meio-termo entre a tradição analítica já produzida e a sua abertura para áreas até então pouco trabalhadas e problematizadas.

4 O CASO DO *IUS COMMUNE*: A EXCOMUNHÃO NO MANUAL DE CONFESSORES DE MARTIN DE AZPILCUETA NAVARRO

Como dito anteriormente, o *ius commune* é fruto de debate, organização e sistematização, mesmo que não completa, de doutrinadores. Não seria possível identificar uma tradição, mesmo que plural, se professores nas universidades medievais não tivessem se dedicado a resolver problemas práticos a partir das fontes do direito de sua época.

Nesse contexto plural de produção de doutrina, os manuais de confessores se destacam. Tais manuais eram produções de professores de direito canônico e de direito civil escritos para orientar os confessores, ou seja, os padres da Igreja Católica que recebiam confissões de seus fiéis. Os critérios mais relevantes para identificar os manuais de maior destaque no período eram as quantidades de citações e também o prestígio de seus autores (CABRAL, 2017, p. 19).

Um dos motivos para essa aproximação entre teólogos e juristas era o fato de que a alma era considerada sujeito de direito. Dessa forma, o chamado foro externo era a jurisdição comum tal como é conhecida hoje e o foro interno seria a jurisdição da alma, abrangida pela jurisdição canônica (DECOCK, 2013, p. 28).

O *Manual de Confessores* de Martin de Azpilcueta Navarro foi um dos mais relevantes do período medieval, alcançando jurisdições até mesmo fora da Europa, como o Brasil colonial, por

exemplo. Azpilcueta, também conhecido como Dr. Navarro, veio de família nobre e tornou-se, por opção, professor de direito canônico.

Estudiosos destacam que a produção de seu livro está diretamente relacionada com a sua carreira de professor universitário em grandes universidades do período, especialmente em Salamanca (1524-1538) e em Coimbra (1538-), período em que seu manual surgiu (BRAGAGNOLO, 2020). Dentro dos limites deste texto, deve-se focar na questão da competência e nas consequências da excomunhão nesse importante representante da *opinio communis*.

Atualmente, é pacífico que a competência para a excomunhão católica é de clérigos, ou seja, representantes oficiais da Igreja Católica como padres, bispos e arcebispos. No período medieval, na edição de seu manual de 1.554, Dr. Navarro defendia que não só o Papa e outros clérigos podiam excomungar, mas também autoridades não consagradas, desde que tivessem a competência por direito comum no foro exterior (NAUARRO, 1554, p. 438).

Da mesma forma, atualmente, é pacífico entender que uma consequência da excomunhão é a impossibilidade de praticar atos e cerimônias católicas tal como os outros membros da catequese. Todavia, no período medieval, a excomunhão impedia o excomungado de se eleger, de se manter em ofício ou mesmo de possuir algum benefício financeiro da comunidade a que pertencia.

Como compreender a realidade jurídica do *ius commune* sem considerar a importância do direito canônico? Como explicar a competência de excomunhões a autoridades civis ou de limitações civis fruto de excomunhões sem considerar os ditames do direito canônico como vinculantes e válidos juridicamente? A importância desse caso é tal que produz repercussões fora do direito canônico, mas dentro do que se considerava na época como direito, o *ius commune*.

A consideração do direito no paradigma estatal, ou mesmo como um estágio evolutivo seria uma forma de distorcer a realidade jurídica medieval. Não era preocupação do Dr. Navarro, por exemplo, a relação entre o direito canônico e o direito régio. Todos estavam, de alguma forma, interligados, mas, da mesma forma, independentes.

Esse tipo de experiência jurídica talvez se adeque em uma perspectiva convencional de direito tal como proposta por Tamanaha. Tanto os doutrinadores nas universidades como os fiéis cristãos do período e as autoridades consideravam essa estrutura como direito e que não precisava de características especiais para o seu cumprimento ou o seu reconhecimento.

O objetivo deste tópico foi demonstrar documentalmente um exemplo do pluralismo jurídico medieval. Dentro dos limites deste texto, é possível perceber que uma visão estatista do direito não abrangeria essa realidade. Além disso, seria inadequado afirmar que não havia direito nesse período,

devido à sofisticação dos argumentos desenvolvidos e a importância deles para o desenvolvimento do que se considera direito contemporaneamente³⁸.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da temática desenvolvida neste texto, como não se almeja esgotá-la, mas provocá-la, destacam-se as seguintes considerações finais:

1. A realidade pré-estatal do *ius commune* mostra-se como plural desde suas fontes como em suas autoridades, alcançando tanto o direito canônico, o direito régio, o direito costumeiro e o direito feudal. Dessa forma, estudá-la a partir de uma proposta estatal e evolucionista resulta em um verdadeiro anacronismo, distorcendo o estudo e a compreensão histórica desse fenômeno jurídico.

2. A tradição teórica ocidental sobre o direito, em que se insere a teoria analítica, é contaminada por uma visão chamada por Brian Tamanaha de teoria do espelho. Ela indica que o direito é o reflexo da sociedade que o abrange, além de ter a função de manter a ordem social. Essa visão, juntamente com os mitos de que o direito é fruto de um acordo e de que há uma evolução social rumo ao direito estatal, explica a *fama* do paradigma estatal e evolucionista em estudos teóricos sobre o direito, repercutindo negativamente em outras áreas do conhecimento, como a história do direito.

3. Há indícios de que a crença juspositivista de que o direito possui características essenciais e universais é consequência da teoria do espelho. Todavia essa característica alcança também tradições como a do interpretativismo e do jusnaturalismo, que destacam suas perspectivas em funções estatais de manutenção da ordem, mesmo que com critérios materiais de justiça.

4. Considerando-se a necessidade de novas pesquisas teórico-jurídicas fora do âmbito estatal, mas sem abandonar o desenvolvido nesse paradigma até aqui, Tamanaha sugere considerar o direito como aquilo que socialmente for visto e utilizado socialmente como direito. Não sendo de fato um conceito de direito, mas um critério para identificar o direito em diferentes realidades, esse critério convencional alcança tanto realidades estatais como não estatais.

5. A visão medieval de que a excomunhão possui repercussões negativas que vão além do direito canônico, mas alcançando a esfera civil, talvez seja mais bem compreendida por meio de um conceito convencional. Isso porque, na Idade Média, o direito era uma realidade plural e com

³⁸ Para mais informações sobre essa temática, cf.: GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. O Manual de Confessores de Martin de Azpilcueta Navarro como elemento do pluralismo jurídico de *ius commune*: o exemplo do instituto da excomunhão. Congresso Brasileiro de História do Direito, 10., 2018, São Paulo. **Anais** [...]. São Paulo: USP, 2018.

autoridade compartilhada, algo que não se encaixa em um conceito de direito em um paradigma estatal.

REFERÊNCIAS

BENTON, Lauren. **Law and Colonial Cultures**. Legal Regimes in World History 1400-1900. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

BRAGAGNOLO, Manuela. Managing legal knowledge in Early Modern Times. Martín de Azpilcueta's *Manual for Confessors* and the Phenomenon of "Epitomisation". In: DUVE, Thomas; DANWERTH, Otto (ed.). **Knowledge of the Pragmatici**. Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America. Leiden, Boston: Brill | Nijhoff, 2020. p. 187-242.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Ius Commune**. Uma introdução à história do direito comum do Medievo à Idade Moderna. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

CABRAL, Gustavo César Machado. **Literatura Jurídica na Idade Moderna**. As *decisiones* no Reino de Portugal (séculos XVI e XVII). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DECOCK, Wim. Collaborative Legal Pluralism. Confessors as Law Enforcers in Mercados's Advice on Economic Governance (1571). **Rechtsgeschichte – Legal History**, Leuven, Rg 25, p. 103-114, 2017.

DECOCK, Wim. **Theologians and Contract Law**. The Moral Transformation of the *Ius Commune* (ca. 1500-1650). Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

GARDNER, John. **Law as a Leap of Faith**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. A questão da generalidade da teoria do direito na obra *The Concept of Law* de Herbert Hart. Congresso Internacional de Interpretação e Decisão Judicial, 1., 2021, Fortaleza. **Anais [...]**. Fortaleza: Mucuripe, 2021. 290 p. p. 290-309. Disponível em: <https://bit.ly/3zMtw3f>. Acesso em: 17 jun. 2022.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. O imperativismo na sua melhor forma: esclarecimentos e problematizações sobre a generalidade do direito em Hart. In: MATOS, Saulo Monteiro Martinho de; COELHO, Andre Luiz Souza; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa (org.). **Interpretando o Conceito do Direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, [2022?]. No prelo.

GOMES JÚNIOR, Francisco Tarcísio Rocha. O Manual de Confessores de Martín de Azpilcueta Navarro como elemento do pluralismo jurídico de *ius commune*: o exemplo do instituto da excomunhão. Congresso Brasileiro de História do Direito, 10., 2018, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: USP, 2018.

HART, Herbert. **The Concept of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HESPANHA, António Manuel. **Como os juristas viam o mundo**. 1550-1750. Direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Lisboa: António Manuel Hespanha, 2015.

HESPANHA, António Manuel. **Poder e instituições na Europa do Antigo Regime**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

HIMMA, Kenneth Einar. Do Philosophy and Sociology Mix? A Non-Essentialist Socio-Legal Positivist Analysis of the Concept of Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 24, n. 4, p. 717-738, 2004.

LACEY, Nicola. Analytical Jurisprudence Versus Descriptive Sociology Revisited. **Texas Law Review**, Austin, v. 84, n. 4, p. 945-982, 2006.

NAUARRO, Martin de Azpilcueta [= Martin de Azpilcueta Navarro]. **Manval de Confessores y penitentes, que clara y brevemente contiene, la vniversal y particvlar decision de qvasi todas las dvdas, que en las confesiones suelen ocurrir de los pecados, absoluciones, restituciones, censuras, y irregularidades**. Toledo: [s. n.], 1554.

OLIVEIRA, Felipe de Sousa. The realism of Brian Tamanaha's realistic theory of law. **Jurisprudence**. An International Journal of Legal and Political Thought, [s. l.], v. 9, n. 2, p. 438-447, 2018.

RAZ, Joseph. Why the State? In: ROUGHAN, Nicole; HALPIN, Andrew (ed.). **In Pursuit of Pluralist Jurisprudence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 136-162.

TAMANAHA, Brian Z. **A General Jurisprudence of Law and Society**. Oxford: Oxford University Press, 2001a.

TAMANAHA, Brian Z. **A Realistic Theory of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

TAMANAHA, Brian Z. Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 21, n. 1, p. 1-32, 2001b.

TAMANAHA, Brian Z. The Promise and Conundrums of Pluralist Jurisprudence. **Legal Studies Research Paper Series**, Washington, Research Paper 19-03-03, p. 1-34, março 2019.

TWINING, William. General Jurisprudence. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, n. 39, p. 645-688, 2005b.

TWINING, William. Have concepts, will travel: analytical jurisprudence in a global context. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. I, n. I, p. 5-40, 2005a.

WALDRON, Jeremy. International Law: 'A Relatively Small and Unimportant' Part of Jurisprudence? In: D'ALMEIDA, Luís Duarte (ed.). **Reading HLA Hart's The Concept of Law**. Oxford: Hart Publishing, 2013.