

**HISTÓRIA, DIREITO E SOCIEDADE - A HISTÓRIA DO DIREITO EM UM  
ITINERÁRIO DE METODOLOGIA E DE INTERPRETAÇÃO\***

**HISTORY, LAW AND SOCIETY - THE HISTORY OF LAW IN A METHODOLOGY  
AND INTERPRETATION ROUTE**

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo\*\*

**RESUMO:** Para Hayden White o discurso detém um lugar na natureza própria da interpretação e é válido o esforço de reconstruir a ocasião na qual se manifesta sua elaboração. No direito a palavra discurso pode referir-se à compreensão da lei, ao entendimento de uma decisão e, substancialmente, a um horizonte mais amplo, o direito moderno. É o aprofundamento, no sentido de nociva ruptura, que a modernidade jurídica enseja relativamente à dimensão histórica e social do direito, a preocupação deste artigo. Busca-se destacar, com auxílio de estudiosos da história do direito, que na narrativa diletante sobre a história jurídica não há neutralidade, mas tomada de posição negadora, por parte do intérprete, daquilo que há de complexo e rico na formação do direito moderno.

**Palavras-Chave:** Teoria da História; Historiografia; Modernidade Jurídica; Discurso; Interpretação.

**Abstract:** From the statement of Hayden White, in historiography there is a peculiar place about the effort to recognize the path of a great human idea itself. But, neither of these interrogations about modern law it is assumed by theoreticians, more often than not, in small context avoid the historical formation of legal tradition. In this way, this article tries, in a sense of duty, demonstrate that modernity in a historical perspective involves an offhand practice in law, because the subjectivity is only a jabber in comprehension about the statutory sources. If legal narrative in legal education believes that interpreter 'per se' can improve your comprehension about your tradition deep in modernity temporality, it is because history cannot show us the complexity of legal system otherwise specific knowledge of historical studies.

**Key-words:** History theory; Historiography; Modern Legal Tradition; Discurs; Hermeneutics.

---

\* Artigo aceito em 20.08.2016  
Artigo recebido em 12.12.2016

\*\* Doutor em direito do Estado e mestre em direito das relações sociais – Universidade Federal do Paraná. Professor adjunto – Departamento de direito público da Universidade Estadual de Londrina. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: eduardohenrique2@gmail.com



## 1. Introdução

*“Assim também, em vez de buscar a forma única, o ponto central do qual derivariam todas as formas de poder por consequência ou desenvolvimento, deve-se primeiro deixá-las valer em sua multiplicidade, em suas diferenças, em sua especificidade, em sua reversibilidade: estudá-las, pois, como relações de forças que se entrecruzam, remetem umas às outras, convergem ou, ao contrário, se opõem e tendem a anular-se.”<sup>2</sup>*

Os esforços teóricos da história não podem ser subestimados. Por meio deles, pode-se considerar que a captura do direito pluraliza narrativas. Estas narrativas desmobilizam certezas, ou pelo menos aquelas traduzidas em (...) *formas de glorificação da positividade jurídica vigente (...) as quais podem muito bem ser representadas em duas grandes ‘linhas temáticas’ que são típicas da historiografia positivista: a ‘história das fontes’ e a ‘história da dogmática’.*<sup>3</sup> As certezas por sua vez se ‘destacam’ no direito do presente e correspondem às formações de um cenário jurídico e de relações humanas nos quais não necessariamente são relevantes as abordagens para além da normatividade. A história das fontes do direito, e também as da dogmática jurídica podem ilustrar a (...) *concepção ‘naturalizadora’ do direito atual ou então de uma concepção imbuída da noção de ‘progresso’ dentro da história do direito.*<sup>4</sup> Linearidade no tempo, ingenuidade na leitura do direito tão só como meio estabilizador das relações sociais e a admissão de uma estrutura complexa de normas é o que interessa compreender, sem passado e sem presente.

Não são pouco intrigantes, na história do direito, essas orientações tanto narrativas quanto metodológicas. Mas compreender o direito como algo normativo e nisto o envolver dos fatos sociais, poderá impedir a observação do ‘histórico’ do direito e, nos limites da orientação positivista, tomar como absolutas as soluções

<sup>2</sup> FOUCAULT, Michel. *Em defesa da Sociedade*, tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 1ª edição, 1999, p. 319.

<sup>3</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução Teórica à História do Direito*, Curitiba: Juruá, 3ª reimpressão, 2012, pp.63-64.

<sup>4</sup> FONSECA, R.M. *Op.Cit.* P.64.



constitucionais, isso para tê-las como atemporais.<sup>5</sup> O direito compreendido como norma dá predicados aos fatos da vida e, ao apreendê-los, instaura realidade que passa a ser correspondente ao direito. Assim a modernidade jurídica é o tempo e o espaço das relações sociais também jurídicas. Elas estão nos lugares privilegiados. Nos seus ângulos de observação outras dimensões, as históricas e as sociais, constitutivas e constituintes do direito, ricas para seu conhecimento e exame debilitaram-se. Nos processos históricos e sociais de reprodução do direito, o esquecimento astucioso e redutor da experiência jurídica, caracteriza nosso tempo.

Pode a história, ao se inclinar e ao aproximar-se do direito, capturar as armadilhas contidas nas suas narrativas e, nas fontes jurídicas, aquilo que se tornou convencionalmente ‘pontos de partida’, isto para, considerar as sutilezas das suas razões, os fluxos complexos de uma realidade jurídica expessa, tão desafiadora quanto os procedimentos de investigação para seu desvelamento? Das narrativas nas quais quase sempre resultam distorções nota-se toda uma movimentação. Nelas se articulam fontes jurídicas, saberes do direito, confrontação de decisões institucionais, aspectos constitutivos de uma dinâmica legalista, por vezes até mesmo um pouco além do conteúdo formal. Mas todo este panorama possibilita não mais que construção exploratória *ad hoc* das relações sociais. Tais como se estivessem no direito e para o direito como imanentes, a idéia de relações sociais assim conformadas já seria admitida, aguardando sua ‘fotografia jurídica’. Mas uma vez que não se imprima sentido pleno a esta admissão dos mecanismos de constituição das relações sócio-jurídicas, fruto de atenção que se pode dar a orientação metodológica diversa, *não puramente jurídica*, pode-se enriquecer a tessitura do direito em sua complexidade, pluralidade, e temporalidade, ainda que esse panorama resida na densidade normativo-racional da modernidade. Na conhecida exploração empreendida por Max Weber<sup>6</sup>, uma vez que entre os tipos de dominação legítima residam também os estatutos legais, o relevo de que nestes co-existem horizontes sociais historicamente configurados, será nos traços da moderna economia industrial

<sup>5</sup> BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na periferia do capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: Avelãs Nunes, Antonio José e Coutinho, Jacintho Nelson. (orgs.) Diálogos Constitucionais Brasil – Portugal, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.265.

<sup>6</sup> WEBER, Max. Ordem Jurídica e Ordem Econômica, direito estatal e extra-estatal. In: Cláudio Souto e Joaquim Falcão, Sociologia do Direito – textos básicos para a disciplina de sociologia jurídica, São Paulo: Pioneira, 2ª edição, 1999, pp. 117-118.



capitalista, assim como da ciência e da crise de valores que foi possível afirmar os ‘tipos’ histórico-rationais do direito. Ainda que seja assim, neles podem ser observadas diversas fissuras, descontinuidades e rupturas constituintes do direito moderno. Simbioticamente ligado ao Estado moderno, os ares histórico-jurídicos são rarefeitos, mas tão só para aqueles que pretendem ceder o passo em “(...) *uma tradição positivista que insiste em apegar-se ao inventário de fatos, à justaposição artificial de normas e juristas através do tempo (...)*”.<sup>7</sup>

Na tradição positiva observa-se clausura. Esta corresponde à desconexão do percurso e do itinerário histórico do direito que exige e é desafiado pela pluralidade metodológica. Essa pluralidade quer abalar as camadas superpostas constitutivas do nosso presente, cada vez mais reforçadas por discursos, instituições e pelo saber jurídico que assumiu perfil específico. Transformado em técnica para decisões sobre relações sociais e para de tensões também sociais, na proteção e no enrijecimento das forças políticas hegemônicas, o direito está mais para narrar, como afirma André Rosemberg, citando João José Reis, “(...) *a história dos dominados que vêm à tona pela pena dos escrivães de polícia*”.<sup>8</sup> Qual é a história jurídica que temos e é percebida como tal para “(...) *o uso da história enquanto adereço sem qualquer função crítica (...)*” isso contrariamente a “(...) *arque-genealogia do direito presente (...)*” que “(...) *traria a possibilidade de atravessar criticamente o nosso direito vigente pela história*” (*hoje mal contada e com memória fraca para o passado de lutas, violências e sujeições que culminaram com o direito atual*)”?<sup>9</sup> Para o notável historiador do direito Antonio Manuel Hespanha<sup>10</sup>, um dos esforços pode ser conhecido na crítica do a-temporalismo. Esta crítica indica caminho possível para que se opere a ruptura com essa comodidade intelectual. Para desbravar o terreno dos problemas historiográfico-jurídicos, tomando-o como um dos mais promissores, Hespanha destaca o impacto metodológico do esforço teórico de Johannes-Michael

<sup>7</sup> FONSECA, Ricardo M. “*Modernidade e Contrato de Trabalho*” – Do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica, São Paulo: Ltr, 1ª edição, 2001, p.182.

<sup>8</sup> ROSEMBERG, André. “*Ordem e Burla*” – Processos sociais, escravidão e Justiça em Santos, São Paulo: Alameda, 1ª edição, 2006, p.22.

<sup>9</sup> FONSECA, Ricardo M. *Op. Cit.* p. 182.

<sup>10</sup> As citações deste texto referem-se à edição da obra que o autor destina aos seus alunos, publicada no Brasil com o título *Cultura Jurídica Européia – Síntese de um milênio*, Florianópolis: Boiteux, 2005.



Scholz<sup>11</sup>. Em não mais de seis páginas do seu Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia, a prosa de Hespanha provoca importante diálogo com auxílio deste estudioso alemão. O direito que ainda traz certa parcimônia para com os problemas da história jurídica é questionado. Por meio da teorização historiográfico-jurídica invasora dos domínios da teoria do direito, a crítica elaborada por Hespanha trata do atemporalismo para inventariar a necessidade de que os esforços de historiadores do direito deverão romper com os, – igualmente históricos – ,desenvolvimentos da tradição jurídica. Ao preencher as lacunas temporais do direito, o ‘jurídico’, segundo espécie de retrospecto constitutivo, é um quebra-cabeças histórico. Neste jogo nem mesmo uma só peça poderá faltar. Apaziguar todo o passado do direito e compreendê-lo segundo junção de momentos diversos deverá ser tornado cinzento, senão opaco, improvável. As formações sociais indicam esta orientação. Até mesmo a caracterização vigorosa da modernidade jurídica, tida como que momento culminante na qual se destaca a legalidade como fonte mais expressiva do direito, desde que não desprezadas as nada episódicas formações jurídico-sociais que lhe são anteriores, não pode ser explicada por si mesma. A modernidade jurídica não é a referência única ou o caminho escolhido à exceção de todos os demais uma vez que nele o (...) *tempo real do direito é o tempo dos estratos profundos, do nível mais estável, onde o ‘ius’ tem suas raízes, onde o moto é o movimento imóvel das geleiras, onde se fundam valores, costumes, mentalidades.*<sup>12</sup>

Dissolver a solidez na qual se agarra o jurista moderno. Essa solidez está marcada pela autoridade do antigo, amalgamada à metodologia e à cientifização modernas. Nisto está em abandono a historicidade do direito. Ela não resistiu aos traços da vida legal envolvidas pela autoridade estatal. Ocorre que muito além do olhar da normatividade, esta deslocou-se até outras épocas, fez delas horizontes comparativos, polemizando os cenários. Não se trata mais de render-se à empobrecedora prática de alinhar conexões entre o histórico de outros tempos e lugares e o contemporâneo mais ao alcance das percepções apressadas, pois é a (...) *desconfiança com relação ao événementiel, por aquilo que sucede no rápido vórtice do cotidiano. O jurídico não se enraíza no quotidiano, nunca se exaure na superfície*

<sup>11</sup> *Historische Rechshistorie. Reflexionen anhand französischen Historik*, citado por Hespanha, nota 23, p. 38. Cf. HESPANHA. Antonio M. Op. Cit. p.38.

<sup>12</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução Teórica à História do Direito, Curitiba: Juruá, 3ª reimpressão, 2012, p.87.



*de uma realidade, mas é sempre a ponta florida de uma radicação profunda, que procura nas profundezas de uma civilização. O sofisma parcial do advogado, a construção artificiosa do doutor, a lei insensata do tirano são a máscara simiesca do direito, são a sua epifania aberrante e monstruosa, que nada tem a dividir com aquele harmônico ordenamento do social radicado no costume e nos seus valores, para o qual o direito confia o seu vulto mais autêntico.*<sup>13</sup>

Este projeto não pretende ir tão longe. Ele não almeja recuo temporal específico. O objetivo é modesto para afirmar que os recuos no tempo para conhecer formações sociais histórico-jurídicas específicas deve ser metodologicamente orientada e dessa orientação resultará toda uma riqueza exploratória, importante para (...) *explicar e problematizar criticamente (e não somente enunciar dados sepultados, como numa curiosidade necrófila tanto inútil quanto nociva), fazendo-o de um modo tal que esse saber sirva, de algum modo (de um modo crítico, que complexifique e problematize) ao nosso presente. Enfim: a história, depois de um diálogo teórico que procure afastar uma boa porção da poeira cultural que nossa tradição cultural e nossa tradição jurídica acumulam, pode se tornar um saber ativo, crítico e, conseqüentemente, mais interessante àquele que se aventure nos terrenos dessa disciplina jurídica que é jovem nos currículos universitários brasileiros.*<sup>14</sup>

A corrosão ao alicerce da modernidade jurídica não é caricatural. De nada vale golpear a racionalidade mecânica do direito moderno. Os fundamentos direito são também seus ângulos de captura e se tais não fazem alusão aos sérios problemas que residem na historiografia jurídica, estes mesmos problemas então serão os que integrarem um olhar limitado. O desafio para multiplicar o horizonte de saber fatigado de tonalidade monocórdia e reprodutiva do normativismo não somente conta com o esforço de autores destacados como Hespanha, assim como as idéias desenvolvidas nos trabalhos de Paolo Grossi, Pietro Costa, Michael Stolleis, R.C. van Caenegem, entre outros. É a multiplicidade metodológica que estes autores empreendem e o que delas pode compreender-se para contribuir segundo espécie de convite, de ante-sala, aos densos e intrincados problemas debatidos em nossos dias pelos *jus*-historiadores.

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo. O direito entre poder e ordenamento, apresentação e tradução de Arno dal Ri Júnior, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 180.

<sup>14</sup> FONSECA, R.M. *Op. Cit.* P.18.



Não só o a-temporalismo está nessa discussão, mas nele se densifica a história social e nessa história a dimensão social do direito.

O atemporalismo se concretiza na *continuidade* da experiência histórica, em tudo estéril à problematização do direito na história. O 'jurídico' se esteriliza, é mantido e tido, nos dizeres de Hespanha, como espécie de "(...) *ratio iuris intemporal, mas ainda à defesa da razoabilidade de dispositivos técnicos como a 'regra do precedente' ou a 'interpretação histórica'*".<sup>15</sup> Colocado de lado o excesso e a simplificação, a 'ciência do direito' é considerada como tal em amplitude e plenitude, passando a ser tida como resposta histórica co-implicada à constituição da modernidade. A modernidade jurídica é a expressão da modernidade histórica, tanto social como econômica. Nesse quadrante temporal são postos, assimilados e construídos conceitualmente as expressões que lhe dispensaram um estatuto científico. É também este 'saber do direito' o tecido cultural e político no qual convergiram as possibilidades para a correção das relações sociais. Entre as características estruturais deste saber, estão (a) a certeza na *positividade*, (b) os limites da interpretação na *subsunção* e a (c) coerência sistemática no *raciocínio lógico*. A dimensão social das mais diversificadas formações sociais se caracteriza pelo envolvimento da articulação entre o direito, este por sua vez reduzido à lei codificada, ainda que tida como diversa o bastante para dar conta do 'todo' social.<sup>16</sup>

De lado estão as formas das relações humanas na história, a diversidade cultural, a estrutura de classes, divisão do trabalho na economia capitalista, o Estado na sua configuração histórica e política do poder, assim como outras variantes da totalidade social, que passam a ser vistas tão só sob a ordenação jurídica.

Essa leitura em nossos dias não pode ser singela. O direito não está aquém da criativa atividade do historiador. O problema do atemporalismo e a apreensão do legado historiográfico-jurídico do direito romano podem ajudar esta afirmação. Entre os desafios a serem superados está o modo diletante no

<sup>15</sup> HESPANHA. Antonio M. *Op. Cit.* pp. 57-58.

<sup>16</sup> Paolo Grossi explora a modernidade jurídica sob a expressão do paradigma 'legicêntrico'. No Brasil o paradigma legicêntrico pode auxiliar o estudo da constituição da história das fontes do direito e também da dogmática jurídica. Esta opção, aproximada da história da codificação, enriquece o conhecimento da mentalidade do jurista. No século XX um dos estudos mais expressivos no Brasil foi o de Oliveira Vianna, em suas *Instituições Políticas Brasileiras*. Em seu primeiro volume, além do prefácio, os capítulos I, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII e XIV promovem um itinerário histórico das condições da colônia brasileira e da sua construção social e política face ao contato e assimilação das características da metrópole lusitana.





conhecimento da história do direito. Nas reticentes reduções do rico horizonte da cultura jurídica latino-americana, que em muito pode contribuir para incompreensões sobre nosso direito privado, está apenas uma opção. Como já se afirmou, se o direito romano ocupa lugar privilegiado no inconsciente coletivo dos juristas latino-americanos.<sup>17</sup> Este lugar privilegia o riquíssimo panorama hereditário de um direito singular e sendo assim, perpetuando tempo que não mais existe, mas que é prodigalizado como lugar para a compreensão, interpretação e vivificação da experiência jurídica, acaba por instituir inúmeros obstáculos e falsos pontos de partida. Com a constitucionalização do direito privado, por um lado pensa-se estar passo a passo erodindo, por meio de esforço e matizes que atingem certos juristas atentos a esta transformação, a formação histórica do direito privado. Mas a atenção à construção teórica da constitucionalização do direito reforça que os sentidos da herança histórica arraigada na mentalidade do jurista não é tão fraca assim. Seja nas construções teóricas ou nos sólidos pilares por meio dos quais são compreendidas as relações entre particulares, não se pode afirmar ter ocorrido ruptura no contexto de experiência histórica cuja espessura passou a ser desafiada por um controle metodológico do seu conhecimento.<sup>18</sup>

## 2. O ATEMPORALISMO E A HISTÓRIA DO DIREITO

<sup>17</sup> Nesse sentido também a afirmação e re-afirmação da cultura civilista brasileira ao longo do século XX, formada na herança romana e plasmada nos institutos do direito privado formulados por Clóvis Bevilacqua.

<sup>18</sup> O fato de estar e de emergir no direito e por meio do direito, várias temporalidades e de estas estarem lançadas em contextos diversos pode ser desenvolvido por meio das investigações de Paolo Grossi. No texto *Ancora sull'Assolutismo Giuridico (ossia: dela ricchezza e dela libertà dello storico del diritto)*, Grossi afirma: *Oggi si impone – credo – il recupero di tutta la complessità dell'esperienza giuridica, di tutti gli strati del giuridico. Non ci si può arrestare alla superficie piatta della validità cui il formalismo legalistico moderno ci ha vincolati e condannati, ma si deve arrivare a recuperare lo strato finora sotterraneo della effettività. E sarà il recupero di un sostanziale pluralismo giuridico, e sarà il ritrovamento di una ricchezza perduta o almeno dimenticata. Assolutismo giuridico significa una civiltà giuridica che perde (o attenua di parecchio) la percezione della complessità; una giuridica che è divenuta un ordine semplice, estremamente coerente nelle sue linee essenziali, forte di una sua logica rigorosa, ma troppo poco sensibile al divenire e, soprattutto, al mutamento. Nel paese di civil law il drama del secolo XIX, che è il momento culminante dell'atteggiamento assolutistico, sta tutto del divario sempre più marcato fra sistema giuridico (per massima parte coincidente col sistema legislativo) e mutamento; un mutamento molteplice e vorticoso che investe le dimensioni più varie, da quella tecnologica (il compiersi della grande industria, con la macchina quale protagonista) e quella sociale (l'emergere del proletariato con le sue rivendicazioni e le sue lotte) a quella economica (l'emergere – accanto alla tradizionale ricchezza fondiaria – di una ricchezza mobiliare sempre più protagonista e di un mondo di beni immateriali su cui la raffinata organizzazione capitalistica fa leva).* GROSSI, Paolo. *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato. In: Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano: Giuffrè, 1998, volume 52, pp.6-7.





O estudo dos fragmentos romanos e sua 'possível' correspondência com o direito moderno se opera como que por meio de dupla interpretação. Ela foi simplista por muito tempo entre nós. O passado e o presente se convergem e se co-implicam nesta simplificação e há exemplos radicais desse paralelismo entre os autores brasileiros.<sup>19</sup> Há também os exemplos que se multiplicam em saberes jurídicos nada relevantes do ponto de vista histórico, senão pelo fato de estarem, tão só, presentes nos manuais jurídicos. Isso se concretiza segundo reduções que alicerçam lições segundo sínteses nas quais se formam narrativas sobre o direito. Estas encerram conseqüências quase sempre negativas para a história jurídica e (...) *não se pode dizer que a questão das rupturas, nomeadamente das rupturas dogmáticas, fosse desconhecida dos historiadores do direito. Nos anos 20 e 30, alguns romanistas, reagindo justamente contra a apropriação actualizante do direito romano, operada pela pandectística, tinham denunciado o erro que seria o ignorar do trabalho criativo, poético, das diversas recepções dos textos romanísticos (duplex interpretatio), o seu progressivo distanciamento em relação aos sentidos originais. Desta denúncia, do carácter ilusório das aparentes continuidades terminológicas decorria a ilegitimidade de aplicar, no trabalho histórico, as categorias jurídicas actuais.*<sup>20</sup>

A apropriação das fontes romanas pelo pensamento jurídico moderno é algo que nos remete a consideração de outro problema de peso: o do relacionamento a-problemático entre os direitos de uma civilização antiga, compreendidos até mesmo nas formas de vida em comum e as características da vida política no presente. As formas por meio das quais se elaboram narrativas histórico-jurídicas descomprometidas com preocupações histórico-investigativas minimamente sérias podem ser ilustradas por meio da (...) *análise do funcionamento do positivismo no conhecimento da história.*<sup>21</sup> Os exames mais detidos e paciosos são negados ou como afirmaria talvez algum estudioso de Michel Foucault, são negados os propósitos de assumir o aspecto cinza do esforço arqueogenealógico de reconstrução dos traços do passado, das pistas, de algo que se constituiria em manifesto esforço indiciário que apenas, - segundo as idéias do próprio Foucault -, sendo meticuloso e documentário, pode dar conta da dimensão histórica das fontes esquecidas, riscadas, escritas senão

<sup>19</sup> Trata-se do Curso de Direito Romano de José Cretella Júnior.

<sup>20</sup> HESPANHA, Antonio M. *Op. Cit.* p.56.

<sup>21</sup> FONSECA, Ricardo M. *Op.Cit.* P. 60.



mesmo descontinuidades ou silenciadas. Isso não é nada fácil. Portanto não são percebidas as vicissitudes históricas em um 'manualismo' jurídico no qual se destacam as tradicionais 'introduções históricas', antecedentes da disciplina da qual tratará o autor respectivo. Para Ricardo Marcelo Fonseca, o positivismo histórico ocupa um lugar de privilégio nesta orientação e assim a captura do jejuno em história se opera para uma história do direito impregnada de premissas nas quais se materializa (...) *um certo mal entendido, cujas raízes históricas certamente podem ser buscadas no modo como a formação dos juristas se deu em nosso país, que insiste em acreditar que a história é um saber para diletantes, uma abordagem que pode ser feita de modo mais ou menos intuitivo ou tateante. Há uma estranha impressão difusa de que 'reconstruir o passado' seja uma operação automática e simples. O que ocorre, na verdade, é que esse 'escorço histórico' acaba ingressando (às vezes sem perceber) num emaranhado de dificuldades teóricas que são típicas do positivismo.*<sup>22</sup>

O que pode ilustrar a auxiliar a compreensão do passado jurídico como itinerário ou não do presente? O direito para o observador dos direitos, – levada na devida conta a dimensão sócio-histórica –, deve ser colocado na quarentena da suspeita, no plano peculiar da consciência cética, isto relativamente e *contrariamente* às certezas que infestam e emprestam sentido 'artificial' ao direito de nosso tempo, seja ele por meio da idéia de evolução marcada pela positividade histórica, ou, ainda, na correspondência quase que causalista entre passado e presente. A insistência relativamente ao direito romano parece valer a pena, enquanto comparação. Como já se observou, é uma entre tantas opções possíveis, isto não só no tocante às implicações que dela emergem, mas relativamente à envergadura do arco histórico representativo da sua absorção pela cultura jurídica ocidental, tal como demonstrado por Paul Koschaker, em seu riquíssimo estudo sobre a *Europa y El Derecho Romano*.<sup>23</sup>

O direito romano é, ainda, uma das pedras fundamentais do direito é possível afirmar. Da sua espessura pode-se depreender todo um estudo da história e da sociedade antigas. Aproximar o estudante de direito das raízes sociais de uma experiência jurídica num sentido histórico total, note-se bem que, do direito romano e

<sup>22</sup> FONSECA, Ricardo M. *Op.Cit.* P.62.

<sup>23</sup> KOSCHAKER, Paul. “*Europa y El Derecho Romano*”, tradução de José Santa Cruz Teijeiro, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.



dos alicerces da *summa divisio*, para a qual a compreensão das relações sociais na cidade antiga fora construída pouco poderá responder em nossos dias como premissa metodológica das disciplinas jurídicas. Eram bem diversas as relações públicas e privadas, apartadas, pré-constituídas nas relações do parentesco agnatício e não legislativamente. Mesmo na Roma republicana do tempo dos grandes juristas a cidade e as trocas materiais se por um lado contribuíram para a compreensão jurídica das ações do homem na coletividade em nada, por outro, podem explicar dado o peso secular das transformações que remeteram os homens aos tempos modernos. Tomar a *summa divisio* como parâmetro inspirador da substância dos interesses do homem moderno seria um truísmo. Ainda partindo de imagens históricas de outrora, pensar em relações privadas totalmente intocadas pelo Estado em nossos dias é improvável.<sup>24</sup> Mas as formas do direito e também essa forma possível de ‘saber’ e conhecer o direito teriam atravessado incolumemente a antiguidade e atingido a modernidade para, uma vez resgatada pela pandectística, emprestar substância para as codificações oitocentistas? Segundo as especulações de Koschaker, vistas as coisas mais detalhadamente, a modernidade desferiu golpe no interior da movimentação histórico-romanística. A recepção das fontes histórico-jurídicas de Roma pelos pandectistas a exauriu e a deteriorou. A passagem da Escola das Pandectas para a etapa da codificação civil de conteúdo germanista foi muito mais que simples episódio. A suposta permanência de tradições históricas no direito escrito, as quais pudessem guardar certos liames com a antiguidade ou com os costumes foi explorada nas suas consequências ilimitadas tanto por Karl Marx no tocante ao caso dos camponeses do Mosela ou por Julius Hermann Von Kirchmann quanto ao império da lei, para não destacar a querela sobre a codificação travada entre Karl Friedrich Von Savigny e George Friedrich Puchta.<sup>25</sup> Aí reside convidativa reflexão sobre a formação da cultura jurídica do presente, envolvida por importantes produções teóricas. Estas explicam que nas alterações no pensamento jurídico interagem sujeitos, interpretações e o próprio direito, - as sempre recorrentes fontes do direito -, retratando as envolventes dinâmicas históricas e políticas, que por serem diversas, exigem sempre formas de investigação acuradas.

<sup>24</sup> Nesse sentido o estudo de Aldo Schiavone, *Uma História Rompida – Roma Antiga e o Ocidente Moderno*, tradução de Fábio Duarte Joly, publicado pela Edusp e, também, a hipótese de M. Rostovtzeff em *História de Roma*, especialmente capítulos XIX e XX.

<sup>25</sup> JOUANJAN, Olivier. *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris:PUF, 2005.



Noutras palavras, e aqui fazendo vibrar quase que literalmente o diagnóstico do historiador alemão do direito romano, a recepção da qual se falou é resultado do amálgama entre o direito de juristas e a história dos costumes jurídicos anteriores aos esforços de codificação. No seu entendimento, algumas idéias em voga devem ser postas no seu devido lugar e, nas passagens citadas por Koschaker elas são por demais esclarecedoras, verdadeiro alento que vai além de problemas tratados simploriamente pelos métodos sincrônico e diacrônico que informam o exame do devir jurídico-romanístico. Não é só a complexidade das relações sociais que pode abalar as heranças temporais das fontes. Seu manejo por especialistas e o discurso que assume estatua doutrinário-científica, isso a partir da escrita específica dos juristas, detém toda uma propensão voltada para a negação da história. A compreensão, nos termos daquilo que Scholz designa de atemporalismo, constitui esforço para não trair a imagem de Koschaker. Ela indica a densidade significativa das conseqüências da negação da história.

Sabe-se que formas pelas quais as leis romanas foram recepcionadas pelas nações do velho continente não podem ser tomadas de sobressalto. Há nítidas distinções entre o romanismo do continente (que mais tarde viria a ser a substância unida ao esforço analítico de conhecimento das fontes do direito, contraposto à escola histórica) e a herança romana existente na Inglaterra. Entre os méritos da codificação e a recepção britânica da cultura romana, que se relacionou com o direito comum inglês (diverso do *ius commune* continental) insinua-se algo mais. Não é mera notícia histórica o enriquecimento, pelos costumes ingleses, de uma cultura latina antiga hegemônica, isso em detrimento de qualquer fator decisivo, isto é, decorrente de poder político ou mesmo da acentuação da legislação que também deve ser levado em conta.<sup>26</sup> O conhecimento dos costumes sugere, implicitamente, esforço histórico articulado com as fontes romanas. Esta articulação, como tem se tentado demonstrar, daria cabo de dois aspectos cruciais, como que irmanados no conhecimento jurídico: ainda que o direito dos juristas, contraposto ao esforço do historiador jurídico tenha nítido sentido prático, por outro lado, suas interações com as fontes não inibem a teia político-social que pode dar ao historiador elementos para exploração histórica do direito.

<sup>26</sup> Para maiores desenvolvimentos W.W. Buckland. *Roman Law and Common Law*, London: Cambridge University Press, 1952.



Este modo de ver as coisas resulta na compreensão sugerida por Paul Koschaker e é o que interessa ao historiador do direito. Ele permite se vislumbra como orientação considerar que a formação jurídica do ocidente, na qual a história do direito assumiu nitidamente caráter problemático. Este exige recorte, ruptura e diversificação<sup>27</sup> ao tratar de esforço que historiciza o direito, considera seus textos antigos, a compreensão dos sujeitos na história e também as formações políticas e sociais, negando e substituindo o (...) *procedimento positivista* (...) por este (...) *acabar por distanciar-se do passado tal como foi, (ou deveria ser) objeto de estudo e aproximar-se da lógica do presente* (...). Nesse aspecto, como afirma Ricardo Marcelo Fonseca, com auxílio de Antonio Manuel Hespanha: (...) *a historiografia jurídica positivista serve de combustível para uma glorificação da positividade jurídica vigente. E isto ocorre de duas formas básicas. Por primeiro, tal história do direito cumpre o papel legitimador do direito presente ao pretender provar que determinadas características do discurso jurídico – como Estado, família ou o princípio de que os contratos dever ser cumpridos ponto por ponto – pertencem à ‘natureza das coisas’. Os institutos contemporâneos são assim ‘naturalizados’ e tidos como o resultado da tradição. Os conceitos (hauridos da ‘história’) adquirem validade transtemporal por serem legitimados pela tradição. A história, em suma, torna-se a justificadora do presente através de uma suposta demonstração de que o presente foi o caminho ‘natural’ do processo histórico. Em segundo lugar, tal procedimento historiográfico cumpre papel legitimador na medida em que vislumbra a linearidade histórica como algo que conduz, de modo necessário, ao progresso (no caso, o progresso jurídico). Trata-se de uma concepção evolucionista da história do direito, que percebe o devir histórico como um processo onde há um necessário acréscimo de valores, virtudes,*

<sup>27</sup> “(...) em otro aspecto, el Derecho de juristas no és enemigo de la historia del Derecho. Hosdsworth, em su gran exposición de la historia del derecho inglés, dice que ‘the continuity of the common lawyer must every sound common lawyer something of a historian’. Esta frase debe ser tomada cum grano salis. El jurista em el derecho de juristas és un práctico e está orientado hacia la práctica. El conveyancer inglés, debe tener en cuenta que el vendedor de um inmueble viene obligado a mostrar su good title, lo que em defecto de Registro inmobiliário, solo puede suplirse com el documento acreditativo de na larga posesión anterior. Para interpretar bem estos antiguos documentos y estimarlos em su justo valor, son idispensables conocimientos de história del derecho inmobiliário relativos a los cien o ciento cincuenta años últimos. De aqui el interes del jurista práctico por la história del Derecho. Del estudio del Derecho actual, se remonta el jurista ao estudio del Derecho pasado, em la proporción precusa para conseguir la recta comprensión del Derecho vigente. Tal fué el pundo de vista fundador de la investigación histórico jurídica em Inglaterra, John Selden (1584-1654). Este autor se ocupo em el estudio del derecho bíblico, y su libro ‘de uxore hebrica’ es aún hoy citado com respeto. Por lo demás, la História del Derecho, sucita em el gran interés, porque esta disciplina ‘gives necessary light to the present in matter of state, law, history and the understanding of good authors’. Un moderno profesor de Historia del derecho, estudiaría un problema cualquiera de Historia del Derecho inglés, comenzando com los anglosajones y tratando de aproximar-se al Derecho actual a través de uma larga serie de antecedentes; esmuy posible que su mucho saber lê impida llegar a conclusiones prácticamente estimables. Estas ofrecerían seguramente escaso interes para los juristas prácticos, del mismo modo que la posición de Selden, el cual se había formado em los Inns, seria posiblemente tildada de utilitaria y no científica (...)”. KOSCHAKER, Paul. “Europa y El Derecho Romano”, tradução de José Santa Cruz Teijeiro, Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 215.-216.



*etc., a culminar num ápice jurídico: o direito de hoje.*<sup>28</sup> As relações sociais passam a ter assim uma história jurídica que também não historiciza a si mesma. Para aqueles que se dediquem a essa investigação sobre o passado jurídico as dificuldades se multiplicam para “(...) *desamarrar daí o passado, mostrando como ele, se o deixassem falar a sua própria linguagem, se dessolidarizaria das formas estabelecidas do presente e exprimiria a inenarrável mobilidade das coisas humanas*”.<sup>29</sup> As abordagens jurídicas despreocupadas em ‘reconstituir o passado’ (...) *acabam por resultar numa série de funestas consequências teóricas e práticas que não são desprezíveis*,<sup>30</sup> mas também, não são inocentes.

Talvez por isso, as situações exploradas e os autores indicados por Hespanha, - entre eles Otto Brunner, Otto Von Gierke, Émile Lousse e Julius Evola - assumem nesta empresa historiográfica problemas cujas respostas são a sua razão de existir. Elas são denominadas de “situação política”, e isto por sua vez inclina-se para a constatação segundo a qual, – no caso do Antigo Regime europeu –, são todas detentoras de suas respectivas alteridades, nas quais estão as conformações de poder e de sociedades, disso resultando a falência da aplicação, bem como da adequação do uso de “(...) *categorias e pré-compreensões contemporâneas à história do poder nas Épocas Medieval e Moderna*”.<sup>31</sup> Longe de parecer esta valorização algo aprisionador do direito à história, o saber jurídico, como se está sugerindo, se vê, sobremodo face à exploração do direito brasileiro, em situação muito mais grave. Seu estudo se dá ainda boa medida em total desatrelamento deste conhecimento, limitando-se à legalidade e às suas especificidades doutrinárias, jurisprudenciais, entre outras. Diante dos efeitos que eclodem em nossos dias sobremodo os irradiados pela experiência da constitucionalidade das leis, isso no tocante a sua dupla conformação, tanto o da prevenção e repressão da inconstitucionalidade, assim como a da afirmação daquilo que é constitucional, o que se destaca é que no diagnóstico do presente, há uma institucionalização relativamente ao que é direito e o que virá a ser direito.

<sup>28</sup> FONSECA, R.M. *Op.Cit.* P.63

<sup>29</sup> HESPANHA, Antonio M. *Op. Cit.* p.57.

<sup>30</sup> FONSECA, R.M. *Op.Cit.*P. 62.

<sup>31</sup> *Idem. Ibidem.*



Direito da sociedade ou direito do poder instituído? Para este, que estes fatores reais preponderam para que se vejam atravessados, recortados, questionados, ou ainda, no tocante à espessura formal que contém, enfrentados na sua legitimidade política? É um alicerce metodológico forte o bastante para suportar e dar suporte ao desafio perene para investigação e compreensão da sociedade brasileira o que se propõe. Os vastos e complexos aspectos formadores da sociedade brasileira, cada vez mais marcada pela miséria material, educacional, política, entre tantas outras, constitui aquilo que acaba por se materializar na desconexão da vivificadora atividade de refletir sobre o presente jurídico admitindo nele toda uma densidade da história. O acordo entre as singularidades e circunstâncias do presente não são tocadas pela dinâmica institucional. O direito, mais que em outros dias, é fruto da interpretação especializada. Mas este já é outro problema. As relações sociais e o direito enveredam, adentram e sugerem um terreno de simplificação constitutivo do campo jurídico e este campo é compreendido como dinâmico para nele as relações sociais serem cada vez mais intensamente, sob a opacidade da interpretação, limitadas quanto ao entendimento das suas consequências. A compreensão da vida na interpretação jurídica expressa o empobrecimento do cotidiano tal como espelhado no empobrecimento direito.

Ainda que isso não vá além de exercício compensatório que deveria ser pautado por estatísticas e outros mecanismos ilustrativos, a modernidade jurídica coexiste com a incontornável vocação do direito para a abstração conceitual, para a racionalidade instrumental, materializada na resposta legislada sob medida. Esta mensuração exige seja reconsiderada, uma vez mais, a história.

### **3. HIPÓTESE**

O panorama esboçado para esclarecer o lugar da história do direito no contexto das transformações que racionalizaram as plurais fontes do direito em códigos de leis destacou que ciência do direito e a história se interpenetram, mas não são mais uma só realidade. São campos discerníveis. Quando da publicação do Código de Napoleão, segundo as extravagantes citações de Robert Pothier, se





inaugurava um novo tempo para o direito. E isto fora também o universo representativo de uma verdadeira revolução, tanto para o conhecido civilista que mais se empenhou na sua elaboração, como também para outros importantes nomes do direito francês, expressões da Escola da Exegese, tais como Domat, Bourjon, Argou, Fleury, entre outros. Para tal ordem das coisas, esse não era o ritmo dos acontecimentos em terras germânicas. Fosse em razão do escasso valor que se deu ao direito dos juristas (a atividade conceitual e racionalizadora que propugnava o resgate da história jurídica prussiana), quer também, “(...) *em parte al poco apego que siente el alemán por su tradición y, sobre todo, a la escuela histórica, la cual, haciendo gala de um doctrinarismo auténticamente alemán, hizo también tabla rasa del pasado jurídico de este pueblo, exponiendo al mismo fatal destino al Código civil. Com todo y a pesar de estas explicaciones, produce estupor comprobar la total desaparición del recuerdo de la pandectística, la genial aportación alemana a la ciencia del derecho, em la dogmática y em la práctica del código civil alemán*”.<sup>32</sup> A atividade conceitual e adaptadora dos costumes desenvolvida pelos juristas-historiadores alemães não poderia resistir à irrepresável onda de modernização pela qual a Alemanha passou ao longo do século XIX. Mas é coisa distinta conectar o ocaso da história à esta etapa da vida jurídica, ou seja, da Escola Histórica ao desenvolvimento econômico da Alemanha. Entre esses fatores, apenas o aprofundamento no conhecimento da história daquele país pode revelar a magnitude da sua codificação civil, o desafio da unificação, a ruptura, mas também continuidade das estruturas aristocráticas prussianas que clamavam por coerência e segurança da legislação frente ao ‘espírito germânico’, que, tendo como porta voz Otto Von Gierke, se via às voltas com a perda de um direito de ‘*contenido patrio*’ e com os ganhos de ‘*coherencia interna*’ de um sistema de leis.<sup>33</sup> Ainda mais, tratar-se ainda de como abordar e segundo quais métodos, este passado histórico. Este interlúdio presta-se a relativizar e reforçar a questão do método na história do direito. Não se trata de uniformizar os processos sociais e históricos subjacentes às experiências jurídicas sem levar na devida conta a história social.

<sup>32</sup>KOSCHAKER, Paul. *Op. Cit.* p.277.

<sup>33</sup> WESENBERG, Gerhard e WESENER, Gunter. *Historia del Derecho Privado Moderno em Alemania y Em Europa*, traducion de José Xavier de Los Moyos Touya, Valladolid: Editorial Lex Nova, 1998, p. 321.



Os processos racionalizadores das ações sociais residem relações jurídicas. A codificação é uma entre as mais marcantes expressões. Certo é também que, como sabido, esta afirmação tornou-se lugar até mesmo comum para ilustrar toda uma transformação social em curso, ou de modo mais ampliado, que esta também requer esforços teóricos não limitados à vida material, isso para considerar as mais recônditas conformações humanas, que por sua vez, se plasmam no cotidiano, nas instituições, na compreensão do presente, segundo complexidade histórica que não pode ser afastada.<sup>34</sup> É nesse sentido que pareceu caminhar o apelo historiográfico de Scholz, tal como lembrado por Hespanha. Sua construção é esforço da história do direito a partir dos relevantes desdobramentos da rica corrente historiográfica de origem francesa conhecida como *École de Annales*, que na expressão do historiador inglês Peter Burke, revolucionou o saber histórico. A narrativa histórica é inserida na importância da história social, da história do cotidiano, da história das mentalidades. A história está para demonstração das implicações das trocas econômicas, também nas transformações institucionais enquanto relações entre estágios civilizacionais. Estes se descrevem na substância da permanência e dos ciclos longos para análise e formulação de perguntas e proposição de cenários históricos. Toda composição de fatores históricos que moldam o contexto social, bem como as formas da vida humana são informadas por numerosas transições e fatores histórico-sociais.

Já se afirmou que as estratégias teóricas da história do direito esforçam-se para desvelar aquilo que no direito está encoberto.<sup>35</sup> De certa maneira, multiplicando as perguntas em lugares nos quais as respostas são esperadas, alguns dos seus propósitos, diante da escassez das fontes diretas, podem ser resignados em visitar aquilo que está pleno e admitido, naturalizado e constituído juridicamente. Seja na teorização sobre o direito, nas fontes legais ou nas decisões judiciais, problematizar *teoricamente* o discurso tradicional existente no direito, a fim de incrementar-lhe o potencial crítico e reflexivo é hipótese fecunda e possível. Se atingir o desiderato, assumidamente intrincado do passado jurídico nas figuras do presente, isso segundo a trama teórica de Scholz, para a leitura proposta por Hespanha, é o recurso àquilo que

<sup>34</sup> Na síntese de Otto Maria Carpeaux, "(...) Weber só tem um predecessor: Karl Marx. Marx e Weber procedem ambos da filosofia da história de Hegel; eles próprios se sucedem, como a tese e a antítese do movimento dialético, que atinge a síntese. Marx estabeleceu os princípios de uma história do capitalismo para provar que a religião e todas as obras do espírito não são mais que reflexos ideológicos da organização social. Weber estabelece a antítese; estuda toda a história do capitalismo para provar que as organizações sociais e econômicas constituem meros reflexos materiais da vida religiosa". CARPEAUX, Otto M. "Ensaio Reunidos", Rio de Janeiro: Univercidade Editora/Topbooks, vol. I, 1999, p.238.

<sup>35</sup> FONSECA, Ricardo M. "Introdução Teórica à História do Direito", Curitiba: Juruá. p.8.



na teoria da história é descrito como “quadros de conceitualização”, o que pode garantir a distância em relação às auto-representações dos agentes históricos e ao uso indiscriminado de categorias do presente. A história do direito está assim no desafio contínuo das orientações epistemológicas do jurista de nossos dias. Diante deste esforço histórico, - entre aqueles que buscam historicizar o direito sem desconsiderar as conquistas da história enquanto ciência -, desponta o professor florentino Paolo Grossi: Para Grossi, surgem no cenário historiográfico-jurídico as conseqüências de se imprimir seriedade à leitura das fontes jurídicas com respeito aos seus limites. Valendo-se dos quadros conceituais aludidos por Hespanha e sem desconsiderar uma história jurídica institucional, ou melhor, sem desprezo, vale dizer, da história segundo os traços de uma totalidade jurídica, Grossi passou a ilustrar a negatividade em colher nos materiais históricos (tanto documentais, quanto discursivos), “(...) *os antecedentes de uma história futura. Não sobrestimava as aparentes continuidades formais (palavras ou elementos normativos isolados do contexto), nem trivializava os elementos estranhos e inesperados*”.<sup>36</sup>

O resultado deve ser a inversão dessa premissa. Ele prefere a multiplicação de caminhos em um campo que é recentemente descoberto, rico e sugestivo de novos lugares. O historiador do direito agora se desloca da continuidade de conceitos correlatos e descritivos do direito de hoje e de outros tempos e, também, relativiza as certezas, isso segundo investigação que dá “(...) *por cima do ombro daqueles que os escreveram, de que falam os antropólogos. Lê o que eles leram, com um olhar paralelo, mas lê, também, o próprio acto de leitura, (ou de escrita) original*”.<sup>37</sup> O desafio é conectar o direito a um real diferente, capturando-o junto à sua pobre operacionalidade mecânica e quase sempre a-criteriosa que alarga a envergadura das fontes não mais para tão somente viabilizar-se a si mesmo. A recorrência de métodos de adaptação presentes no discurso e nas instituições não vão além do epicentro das inclinações possíveis face às conformações do poder, mas (...) *a articulação entre as múltiplas etapas da vida jurídica, em enérgica interação, talvez façam vibrar a nossa circunstância, as nossas possibilidades de, por meio de uma leitura participante, tal*

<sup>36</sup> HESPANHA, Antonio M. *Op. Cit.* p.60.

<sup>37</sup> *Idem.* P.61.



como quer Grossi, coligir, juntamente com as ferramentas da teoria da história, elementos que o historiador do direito no Brasil começa a desvendar.<sup>38</sup>

#### 4. OBJETIVOS E METODOLOGIA

Os objetivos teóricos da história do direito podem ser compreendidos no esforço de sua aproximação junto às variadas orientações, igualmente teóricas, da história. Se os grandes feitos e episódios não contam tudo, de igual forma não será aquilo que é virtualmente estrutural o foco do historiador. Para Paul Ricoeur, a história total está próxima ou mesmo aproxima episódios e estruturas e, por esse lado, ela se tornará rica para levantar suspeitas. A questão das suspeitas é desdobrada por José Reinaldo de Lima Lopes no sentido de construir as tarefas do historiador do direito.<sup>39</sup> Elas destacam as preocupações metodológicas para que possam ser explorados caminhos incontáveis que não podem ser desenvolvidos aqui. Mas mesmo assim, a centralidade da suspeita aproxima história e direito sob o ponto de vista dos propósitos narrativos e legitimadores que estes podem conter e cumprir. Nos momentos de mudanças bruscas ou mesmo lentas, tanto a história quanto o direito, se não construídos os pressupostos críticos, oscilarão entre neutralidade, restauração e reacionarismo. Para que a crítica seja possível, há que se (...) *adquirir uma atitude de suspeita permanente para com as próprias aquisições* e, nessas aquisições, para José Reinaldo de Lima Lopes, o importante será o recurso ao método para que uma nova história do direito tenha espaço. Esta deve estar atenta para que se evite o discurso absoluto e a singularidade absoluta. Sem a consideração dos subjetivismos estéreis, Lima Lopes chama a atenção para o aspecto equívoco da história, pois esta é ao mesmo tempo virtualmente factual e estrutural.<sup>40</sup> Para explorar e tematizar a historicidade do direito, bem como algumas das suas mais importantes formas e fontes de conhecimento passa a ser importante ter em mente que o direito é histórico e (...) *não se pode desprender sua análise do passado da análise da própria sociedade onde ele se insere e onde ele dialoga com a política, com a cultura, com a economia, com a*

<sup>38</sup> HESPAHNA, Antonio M. *Op. Cit.* p.61.

<sup>39</sup> Respectivamente a suspeita do poder, a suspeita do romantismo, das continuidades e da idéia de progresso e evolução. Nesse sentido: LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História – Lições Introdutórias*, São Paulo: Max Limonad, 2ª edição: 2002, pp.18-19.

<sup>40</sup> *Idem.* P.19.



*sociedade, etc*<sup>41</sup>. Para tanto, a exploração histórico jurídica muito ganhará se buscar refletir a diversidade social, compreendida num horizonte de problemas históricos que se materializam segundo as variadas formações do direito. Com auxílio historiografia trata-se de construir a história jurídica. Esta é a tarefa de uma história do direito em perene composição e não já composta, limitada à interpretação, fato que pode ser admitido, tendo como pressuposto, tanto as teorias da história e suas bases epistemológicas para captura do 'jurídico' nas sociedades, quanto aquilo que constituiu e constitui o direito.

A exploração histórica da modernidade jurídica relê o direito em consonância ao saber histórico segundo um aprofundamento histórico-jurídico. Este é admitido e na hipótese da modernidade, a composição do direito que está alicerçada nos códigos e nas constituições está por sua vez devidamente fundada nos princípios jurídicos do capitalismo.<sup>42</sup> É a totalidade das relações sociais a leitura de relevo para que se dê a exploração frutífera do direito da sociedade e nas sociedades. Mas se os problemas não se limitam ao direito moderno, e se os pontos de partida não podem ser aprisionados apenas na modernidade jurídica, serão outras proposições de leitura histórica que desempenharão seus papéis decisivos para a investigação do direito nas relações humanas, tendo em vista que a (...) *história do direito, sem dúvida alguma, tem um olhar muito próprio, muito específico e também muito penetrante, que não se confunde com o olhar filosófico, sociológico ou com o olhar das disciplinas dogmáticas – embora com elas (e também com outras disciplinas) se cruze constantemente.*<sup>43</sup>

A possibilidade de uma história crítica parece estar em risco. Nos nossos dias as redações nada críticas dos meios de comunicação cotidianos parecem estar orientadas para empalidecer em definitivo a história. Mas qual delas prepondera? Aquela que existe na 'cabeça' dos redatores. Ocorre que (...) *uma história crítica mostra que as coisas foram diferentes do que são e podem ser no futuro também muito diferentes.*<sup>44</sup> É essa desmobilização nada tímida, sem relações de parentesco com a ossificação do agora ou mesmo com a perenização das mesmas perguntas de

<sup>41</sup> FONSECA, Ricardo M. *Op. Cit.* P. 22.

<sup>42</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. *Direito e Poder – ensaio de epistemologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, pp.75 e ss.

<sup>43</sup> FONSECA, R.M. *Op.Cit.* P. 22.

<sup>44</sup> LIMA LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História – Lições Introdutórias*, São Paulo: Max Limonad, 2ª edição: 2002,p.20.



ontem que poderá lançar o direito na contingência do social e daí compreendê-lo em uma experiência humana.

**Bibliografia:**

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder**, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998;

ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**, tradução de João Roberto Martins Filho, São Paulo: Brasiliense, 3ª edição, 1ª reimpressão, 1998;

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a Crítica do Sujeito**, Curitiba: Editora da UFPR, 2001;

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a Modernidade e a Globalização**, tradução de Patrice Charles Willaume, Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

ALTHUSIUS, Johannes. **Política**, tradução de Joubert de Oliveira Brízida, Rio de Janeiro: Topbooks, 2003;

BORGES, Wilson Hilário. **Historicidade e Materialidade dos Ordenamentos Jurídicos**, São Paulo: Edusp, 1993.

BURKE, Peter. **Formas de Hacer História**, Madrid: Alianza Editorial, 2003;

BURKE, Peter. **A Escola dos Annales** (1929 – 1989): revolução francesa na historiografia: São Paulo: Unesp, 1991;

\_\_\_\_\_ (org). **A escrita da história: novas perspectivas**, São Paulo: unesp, 1992;



\_\_\_\_\_ **A Fabricação do Rei – A construção da imagem pública de Luis XIV**,  
tradução de Maria Luíza X de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 1994;

\_\_\_\_\_ **As Muitas Faces da História**, São Paulo: Unesp, 2000;

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition**, Harvard: Harvard Press, 1983;

BRAUDEL, Fernand. **Gramática das Civilizações**, tradução de António de Pádua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 1989;

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a História**, tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Martins Fontes, 1992;

BLOCH, Marc. **Introdução à História**, tradução de Maria Manuel *et alii*, Mira- Sintra: Europa América, 1997;

BOURDÉ, Guy e MARTIN, Hervè. **As Escolas Históricas**, tradução de Ana Rabaça, Mira Sintra – Men Martins, 1990;

BERNARD, Philippe J. **Perversões da Utopia Moderna**, tradução de Cristina Muracho, Bauru: Edusc, 2000;

COING, Helmut. **Derecho Privado Europeo**, Madrid: Fundação Cultural del Notariado, 1996, Vols. I e II;

CLAVERO, Bartolome,. **Institucion Historica del Derecho**, Madrid: Marcial Pons, 1992;





\_\_\_\_\_ **História del Derecho Comum**, Salamanca:EUS, 1994;

CAENEGEN, R.C. **Uma Introdução História ao direito privado**, tradução de Carlos Eduardo Lima Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2ª ed., 1999;

CÁRCOVA, Carlos M. A **Opacidade do Direito**, tradução de Edílson Alckmin Cunha, São Paulo: Ltr;

CÁRCOVA, Carlos M. *Acerca de Las Funciones Del Derecho*. In: ENRIQUE E. Marí et alii, **Materiales para Una Teoria Crítica del Derecho**, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, s/d;

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto Moderno in Europa**, Milano, Giuffrè, 2005, Vols. I e II;

CARVALHO, Orlando de. **A teoria Geral da Relação Jurídica** – seu sentido de limites – Coimbra: Centelha, 1981;

CARVALHO FRANCO, Maria Sylvia. **Homens Livres na Ordem Escravocrata**, São Paulo: Unesp, 1ª edição, 4ª reimpressão, 1997;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito e Poder** – ensaio de epistemologia jurídica, São Paulo: Saraiva, 1ª edição, 2ª tiragem, 2005;

COSTA. Mário Júlio de Almeida. **História do Direito Português**, Coimbra: Almedina, 1996;

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito** – História, teoria, crítica, tradução de Carlos Alberto Dastoli, São Paulo: Martins Fontes, 2006;



DOSSE, François. **A história à prova do tempo** – da história em migalhas ao resgate do sentido, tradução de Ivonne Castilho Benedetti, São Paulo: Unesp, 2001;

COLLIOT-THÉLÈNE, Catherine. **Max Weber e a História**, tradução de Eduardo Biavati Pereira, São Paulo: Brasiliense, 1995;

EVALD, François. **Foucault, A norma e o direito**, Lisboa: Veja, 1993;

FIORAVANTI, Maurizio (org.) **El Estado moderno en Europa** – Instituciones y derecho, Madrid: Trotta, 2004;

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**, São Paulo: Max Limonad, 2002;

FONSECA, Ricardo M. **Modernidade e Contrato de Trabalho** – do sujeito de direito à sujeição jurídica, São Paulo: Ltr, 2002;

\_\_\_\_\_. **Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda Metade do Século XIX**. In: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Milano: Giuffè, 2006;

\_\_\_\_\_. **Crítica da Modernidade** – diálogos com o direito, Florianópolis: Boiteaux, 2005;

\_\_\_\_\_. **Direito e Discurso**, Florianópolis: Boiteaux, 2006;

\_\_\_\_\_. **Introdução Teórica à História do Direito**, Curitiba: Juruá, 1ª edição, 3ª Reimpressão, 2012;



FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso**, tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio, São Paulo: Loyola, 3ª edição, 1993;

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**, tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal, 1979;

\_\_\_\_\_. **A Verdade e as Formas Jurídicas**, tradução de Roberto Cabral de Melo Machado, Rio de Janeiro: Nau, 2001;

\_\_\_\_\_. **A Arqueologia do Saber**, tradução de Luiz Felipe baeta Neves, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 5ª edição, 1997;

\_\_\_\_\_. **Em defesa da Sociedade**, tradução de Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes: 1999;

FOUCAULT, Michel, MERQUIOR, José Guilherme e ROUANET, Sérgio Paulo. **O Homem e o Discurso – A Arqueologia de Michel Foucault**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996;

FAUSTO, Boris. **A Concise History of Brazil**, Cambrige: Cambrige University Press, 1999;

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno**, tradução de Carlo Coccioli, São Paulo: Martins Fontes, 2007

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**, São Paulo: Martins Fontes, 2006;

GRAMSCI, Antonio. **Concepção Dialética da História**, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 10ª edição, 1995;



GARDINER, Patrick. **Teorias da História**, tradução de Vitor Matos de Sá, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 4ª edição, 1995;

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**, tradução de Arno Dal Ri Júnior, Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004;

\_\_\_\_\_ **Assolutismo Giuridico e Diritto Privato**, Milano, Giuffrè, 1998;

\_\_\_\_\_ **L'Ordine Giuridico Medievals**, Bari, Laterza, 2006

\_\_\_\_\_ **Primeira Lição sobre Direito**, tradução de Ricardo M. Fonseca, Rio de Janeiro: Forense, 1ª edição, 2005

\_\_\_\_\_ **História da Propriedade e outros ensaios**, tradução de Luiz Ernani Fritoli, Rio de Janeiro: Renovar, 1ª edição, 2005;

\_\_\_\_\_ **L'Europa del Diritto**, Bari: Laterza, 2008;

GINZBURG, Carlo. **Mitos, Emblemas, Sinais** – morfologia e História, tradução de Fraderico Carotti, São Paulo: Cia das Letras, 3ª reimpressão, 1989;

\_\_\_\_\_ **O queijo e os Vermes** – O cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela Inquisição, tradução de Maria Betânia Amoroso, São Paulo: Cia das Letras, 1998;

HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia**, Mira-Sintra/Men-Martins, 1997;



\_\_\_\_\_**Cultura Jurídica Européia:** síntese de um milênio, Florianópolis: Fundação Boiteux, 1ª edição brasileira, 2005;

\_\_\_\_\_**Justiça e Litigiosidade – História e Prospectiva,** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993;

\_\_\_\_\_**Guiando a Mão Invisível – Direito, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português,** Coimbra: Almedina, 2004;

\_\_\_\_\_**O Caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje,** Coimbra: Almedina, 2007;

\_\_\_\_\_**O Direito dos Letrados no Império Português,** Florianópolis, Boiteaux, 2006

HABERMAS, Jürgen. **La Modernidad: um proyecto Inacabado.** In: Ensayos Políticos, Barcelona: Península;

HABERMAS, Jürgen. “*Posfácio*”. In: **Direito e Democracia –** entre facticidade e validade, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: tempo Brasileiro, 1997;

HONNETH, Axel. **Crítica del Potere – La teoria della società in Adorno, Foucault e Habermas,** Bari: Dédalo, 2002;

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. **História do Pensamento Jurídico – Relatório,** Coimbra: Coimbra editora, 2003;

KOSELLECK, Reinhardt. **L’Expérience de L’Histoire,** Paris: Gallimard, 1997;



\_\_\_\_\_. **Crítica e Crise** – Uma contribuição à patogênese do mundo burguês, tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco, Rio de Janeiro: Contraponto, 1999;

\_\_\_\_\_. **Futuro Passado – Contribuição à semântica dos tempos históricos**, tradução de Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira, Contraponto/PUC Rio, 2006;

\_\_\_\_\_. **The Prattice of Conceptual History** – timing history, spacing concepts, Stanford: California Press, 2002;

IGLESIAS, Francisco. **História e Ideologia**, São Paulo: Perspectiva, 1981;

\_\_\_\_\_. **Trajetória Política do Brasil – 1500- 1964**, São Paulo: Cia. das Letras, 2006;

IGLESIAS, Juan. **Las Fuentes del derecho** Romano, Madrid: Civitas, 1989;

JASMIN, Marcelo Gantus. **Alexis de Tocqueville – A historiografia como ciência da política**, Belo Horizonte: IUPERJ/Ucam, 2ª edição, 2005;

LE GOFF, Jacques. **A História Nova**, São Paulo: Martins Fontes, 1995;

LÖWITH, Karl. **O Sentido da História**, tradução de Maria Georgina Segurado, Lisboa: edições 70, 1977;

LÖWY, Michael. **As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen – Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento** – Tradução de Juarez Guimarães e Suzanne Felicie Léwy, São Paulo: Cortez, 6ª edição, 1998.



\_\_\_\_\_ **Walter Benjamin: Aviso de Incêndio** ( uma leitura das teses “ Sobre o Conceito de História”), tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brandt, Jeanne Marie Gagnebin e Marcos Lutz Muller, São Paulo: Boitempo, 2005;

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História**: Lições introdutórias, São Paulo: Max Limonad, 1ª edição, 2000;

\_\_\_\_\_ **Curso de História** do Direito, São Paulo:Método, 2006;

\_\_\_\_\_ **As palavras e a lei – Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**, São Paulo: FGV/Editora 34, 2005;

MERQUIOR, José Guilherme. **Foucault**, Londres: Fontana, 1991;

MARX, Karl. **Formações Econômicas Pré-capitalistas**, tradução de João Maia, São Paulo:Paz e Terra, 6ª edição, 1991;

MARX, Karl. “Prefácio” In: **Contribuição à Crítica da Economia Política**, tradução de Maria Helena Barreiro Alves, São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 1983;

\_\_\_\_\_ **Crítica da filosofia do direito de Hegel**, tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus, São Paulo: Boitempo editorial, 2005;

**MARK, Karl e ENGELS, Friedrich. A Ideologia Alemã (Feuerbach)**, tradução de José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Hucitec, 11ª ed. 1999;

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich, **História**, São Paulo: Ática, 3a edição, 1989;

MIALLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**, tradução de Ana Prata, Lisboa: edições 70, 2ª ed. 1994;





NEDER, Gizlene. **História e Direito** – Jogos de Encontros e Transdisciplinariedade, Rio de Janeiro: Revan, 2007;

NOVAIS, Fernando A. **Portugal e Brasil na Crise do Antigo Sistema Colonial (1777 – 1808)**, São Paulo: Hucitec, 7ª edição, 2001;

\_\_\_\_\_. **Aproximações – Estudos de História e Historiografia**, São Paulo: Cosac & Naify, s/d;

ROSEMBERG, André. **Ordem e Burla** – Processos sociais, escravidão e justiça em Santos, São Paulo: Alameda, 1ª edição, 2006;

RODRIGUES, José Honório. **Teoria da História do Brasil** – Introdução Metodológica, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 3ª edição, 1969;

SIEBENEICHLER, Flávio de Andrade. **Da Codificação** – Crônica de um conceito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997;

SOUTO, Cláudio. **Introdução ao direito como ciência social**, Brasília: UNB, 1971

SADER, Emir. **Estado e Política em Marx**, São Paulo: Cortez, 2ª edição;

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Crítica da Razão Indolente** – Contra o desperdício da experiência, São Paulo: Cortez, 2000;

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomas da Silva. **História do Direito Português, Fontes de Direito**, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed. 2004;

STOLLEIS, Michael. **Stato e region di stato nella prima età moderna**, Bologna, Il Mulino, 1998;



\_\_\_\_\_ **A History of Public Law In Germany** – 1914-1945, Oxford University Press, 2004;

\_\_\_\_\_ **The Law Under the Swastika** – Studies on Legal History in Nazi Germany: University Of Chicago Press, 1998;

\_\_\_\_\_ **Storia del Diritto Publico In Germânia**, Milano: Giuffrè, 2008;

\_\_\_\_\_ **L'Occhio Della Legge** – Storia di una metáfora, Roma, Carocci, 2007;

SCHIAVONE, Aldo. **O Jurista**. In: GIARDINA, Andréa. **O Homem Romano**, Lisboa: Presença, 1991;

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna** – Contribuição à Crítica da Teoria Social, tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna**: Um Estudo de História do Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

VILLEY, Michel. **A formação do Pensamento Jurídico Moderno**, tradução de Cláudia Berliner, São Paulo: Martins Fontes, 2005;

VEYNE, Paul. **Como se Escreve a História e Foucault revoluciona a história**, tradução de Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp, Brasília: Unb, 4ª ed. 1998;

WEHLING, Arno e WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial** – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808), Rio de Janeiro: Renovar, 2004;



WELZEL, Hans. **Diritto naturale e giustizia materiale**, Milano:Giuffrè, s/d;

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**, Rio de Janeiro: Forense, 3ª edição revista e atualizada, 2003;

\_\_\_\_\_ **Pluralismo Jurídico** – Fundamentos de uma nova cultura no Direito, São Paulo: Alfa-Omega, 3ª edição revista e atualizada, 2002;

136

WEBER, Max. **A Política como Vocação**. In: **Ciência e Política** – duas vocações, tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota, São Paulo: Cultrix, 1993;

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución**, Madrid: Trotta, 2005;

