

À HISTÓRIA DO DIREITO

Hélcio Maciel França Madeira*

1. Introdução. 2. Para um conceito de História do Direito. 3. Finalidades da História do Direito. 4. Bibliografia

1. Introdução

Faltam historiadores do Direito no Brasil. Seja da História Geral do Direito, seja da História do Direito Brasileiro. Escasseia a bibliografia nacional, já limitada pelo autodidatismo de seus clássicos autores¹, pela ausência de uma tradição escolar entre mestres e discípulos e pela casualidade de seus fins.

A introdução da Monografia Final ou Tese de Láurea como superior e derradeiro estudo dos alunos, a merecer-lhes a conclusão do curso jurídico, desvelou professores e alunos em busca de temas mais aprofundados do que os contidos nos habituais manuais escolares. E, como era esperado, para fugir ao direito presente era preciso ou fazer prognósticos *de lege ferenda* ou conhecê-lo no seu passado. Essa é, de fato, a vocação das monografias.

Mas ultrapassar os lindes temporais, em direção ao passado ou ao futuro, exige método histórico. Exige uma posição de estudo diferente, infrequente nas disciplinas do curso jurídico. E as duas citadas adversidades - carência bibliográfica e inexperiência metodológica - fizeram do capítulo “introdução histórica”, tão comum nas monografias finais, o mais depauperado.

Este artigo pretende sugerir, àqueles que se ocuparem da Monografia Final, uma possível visão do que é a História do Direito e o quanto pode ela auxiliar no conhecimento de um instituto do direito. Quiçá possa, também, encorajar a realização de monografias exclusivamente de História do Direito, tão necessárias à formação e ao conhecimento de tradições jurídicas locais e nacionais. Professores de todas as disciplinas, com pequeno esforço, estão aptos para orientação de monografias de História do Direito. E, por uma inversão histórica, pungidos pelos próprios discípulos, profetizamos o nascimento dos necessários mestres da História do Direito, especialmente do Direito Nacional.

* Professor titular de Direito Romano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e professor doutor de História do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre e doutor em Direito Romano. *Perfezionato* em Direito Romano pela Università di Roma “La Sapienza”.

¹ Citem-se, como corifeus da História do Direito Nacional, Cândido Mendes de Almeida, Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, Isidoro Martins Júnior, José Gomes Bezerra Câmara, César Tripoli, Waldemar Ferreira, Haroldo Valladão e Milton Duarte Segurado.

2. Para um Conceito de História do Direito

A unidade e a indivisibilidade do suceder histórico e a multilateralidade dos fatos da vida constituem um obstáculo insuperável ao historiador de esgotar sua compreensão do passado e de apresentar a completude histórica do objeto que elegeu para narrar.

Toda história é, em alguma medida, especializada (Histórias do Brasil, da Economia, da Religião, da Ciência, da Filosofia etc.). Mesmo a História Geral sofre as limitações (em maior medida, até) de objeto, pois o historiador elegerá alguns aspectos que julga relevantes na sua visão.

Toda história expõe, inevitavelmente, o historiador a graves riscos, pois ao eleger sua especialidade ou ao estabelecer um período, acaba ele por mutilar a unidade global da vida, assim como a vida histórica é ferida pela unilateralidade de sua visão.²

Entre os diversos gêneros da história, há aquelas especializadas por determinado período temporal (e.g. História do Brasil Colônia) e as especializadas por gênero de atividade (e.g. História da Arte, do Direito). Estas últimas são mais limitadas e perigosas do que as primeiras, pois a história, quando limitada somente pela periodização, pode manter seu foco para a integral vida humana. Mas quando limitada por um só aspecto da realidade histórica, como ocorre com a História do Direito, exigir-se-á do historiador uma força extraordinária, dificilmente realizável, para que o conjunto da realidade histórica não fique negligenciado e o conduza a equivocadas interpretações.

Tanto o conceito de História, quanto o de Direito, não são objetos da História do Direito. E diversos (e desconhecidos em geral dos juristas) são conceitos de História³, como diversos os de Direito (para se lembrar de alguns deles bastaria a leitura de Paulo D.1.1.11, *ius pluribus modis dicitur*). Multiplicadas as possibilidades de interpretação de um (História) e de outro (Direito), haverá tantas Histórias do Direito quantas as combinações. Diversas, por conseguinte, também são as metodologias da História do Direito, todas elas válidas se coerentes aos conceitos adotados e se aplicadas com o necessário rigor científico.

Em termos gerais poder-se-á conceituar História do Direito, enquanto ramo especial da História Geral, como a ciência – ou disciplina, que estuda a origem e as transformações do Direito.

Um curso de História do Direito pode tomar inúmeros rumos; é ele, portanto, a consequência de uma deliberada escolha de conceito ou conceitos de *História* e de *Direito*. Esta escolha, por sua vez, é norteadada pela *finalidade* desejada pelo historiador.

² J.H.Rodrigues, *Teoria da História no Brasil*, p. 145.

³ Sugerimos aos nossos alunos, como exercício, resumir alguns conceitos de História e relacionar as principais Escolas Históricas conhecidas. Para os vários conceitos de direito, consultar os manuais de Introdução à Ciência do Direito ou, simplesmente, localizar na biblioteca e ler uma tradução de Digesto, 1,1,11.

1.2.Finalidades da História do Direito

As finalidades da História do Direito, enquanto ciência e disciplina, são apresentadas diversamente pelos que dela trataram. Uma rápida leitura dos poucos autores de livros gerais de História do Direito (seja sobre história universal dos direitos, ou das variadas histórias dos direitos nacionais), permite-nos listar estas finalidades assumidas, na prática, pelos cientistas. Mais difícil, senão impossível, seria apresentar as finalidades segundo a vastíssima e complexa bibliografia sobre as finalidades da História ou sobre as do Direito.

São, assim, sucintamente, as principais finalidades da História do Direito⁴:

- a) *Oferecer um elemento geral de cultura;*
- b) *Esclarecer o passado: levantar as fontes (cartas, autos processuais, textos de leis, contratos, escritos antigos etc.), restituir sua forma original, descobrir sua proveniência, interpretá-las e reconstituir o direito vigente no período estudado.*
- c) *Conhecer a origem e o desenvolvimento de um direito para poder conhecê-lo na sua forma posterior;*
- d) *Servir como instrumento de interpretação do direito vigente;*
- e) *Conhecer as normas antigas, não para imitá-las, mas como estudo que auxilia a redação e o estabelecimento de novas normas.*
- f) *Identificar os elementos de direito anterior que sobrevivem às transformações sociais, fundamentando, modificando ou contaminando os novos direitos.*
- g) *Conhecer as instituições jurídicas no seu contexto político, econômico e social, assim como as idéias jurídicas presentes no sentimento jurídico dos diversos grupos sociais (de populares, dominantes, políticos, discriminados, sábios, comerciantes e outros).*
- h) *Refinar o conhecimento do jurista atual enquanto artista, dando-lhe a conhecer os meios técnicos pelos quais os juristas anteriores, por sua própria atividade, auxiliaram na definição de rumos sociais relevantes. Estas atividades dos juristas do passado, quando reveladas pelo estudo de seus*

⁴ Apenas como exemplos de adoção de uma ou outra finalidade: J.Gilissen, *Introdução histórica ao direito*, p.9; M.Caetano, *História do direito português*, pp. 17 e ss. M.Roberti, *Storia del diritto italiano*, p.21; A.Garcia-Gallo, *Curso de historia del derecho español*, p.15 e ss.

estilos, de seus métodos, de suas sistematizações e interpretações, de suas funções sociais assumidas, aumentam a experiência do jurista moderno e, freqüentemente, são resgatadas para a adoção de posturas inovadoras. Resgatar parte do passado, apesar da aparente contradição, é aumentar as oportunidades de o jurista refletir sobre o presente, para transformá-lo.

- i) *Impedir os efeitos negativos do conservadorismo. As disciplinas e a prática do direito são movidas em grande parte pela tradição. A prática forense ou educacional é movida em grande parte pelo imediatismo. Uma aula, uma sentença ou uma causa pode ser habilmente preparada com o uso das ferramentas tradicionais, com a citação dos autores renomados. Um texto jurídico, quando “bem acompanhado” pela citação de autores reconhecidos, goza da presunção de que está certo. Pretender repensar o direito a cada pequena atividade jurídica é, sob certo aspecto, temerário, pois põe em risco a própria causa, ou a própria opinião – a qual, se nova, não foi suficientemente aprovada pela comunidade científica, nem se mostrou coadunada com todos os ramos do saber conexos (por exemplo, uma nova interpretação de uma regra civil pode, por falta de estudo mais aprofundado, ferir um princípio constitucional ou da teoria geral do direito). As tradições se mantêm ora por comodismo, ora por crença, ora por paixões, conforme os juristas sejam mais práticos, idealistas ou eruditos. As conclusões de um jurista não podem ser apressadas. Devem ser contrastadas com a tradição jurídica para não repetir os erros anteriores, ou para não “descobrir”, com desperdício de tempo e de esforços intelectuais, o que há muito já estava descoberto. O conservadorismo é uma força motriz do direito. Quando necessário, a melhor forma de superá-lo é conhecê-lo. Compreender a tradição é parte da história do direito, como também o é criticá-la e acompanhá-la no contexto das sociedades. A história do direito, enfim, combate o comodismo, fundamenta ou destrói as crenças e impede que a erudição dificulte o diálogo acadêmico e a renovação do conhecimento jurídico.*

O direito pode ser mero efeito de causas econômicas e sociais, como pode ser obra da fatalidade ou de circunstâncias psicológicas do legislador. As teorias da história, freqüentemente reducionistas, optam pelo predomínio de uma ou outra causa. Mas os historiadores do direito, a quem não compete fazer teoria geral da história, nem teoria geral do direito, têm a missão de mergulhar nos fatos passados, com os experimentados olhos do presente, para suscitar tudo aquilo que julgar relevante para agir no seu presente. Como visto, o conservadorismo é próprio das disciplinas do direito, seja em razão do apelo da prática jurídica, seja pela necessidade de compreensão de uma extensa seqüência de conceitos técnicos que a comunidade científica acolheu. Mas a História do Direito é relativamente mais imune ao dogmatismo. Não sofre as pressões da aplicabilidade imediata de seus frutos. Enquanto disciplina (embora nem sempre aceita no currículo pleno do

curso jurídico), não tem o compromisso de explicar como se solucionam os conflitos jurídicos, nem de dizer como deveriam ser solucionados. A história do direito, enquanto disciplina (não enquanto ciência), ao selecionar os fatos passados e discursar sobre eles, elegerá os pontos que julgar importantes para a formação profissional do seu momento histórico. Nessa escolha, conduzida pela mestra Pedagogia, procurar-se-á fugir ao eruditismo, ao discurso meramente legitimador ou conturbador da ordem vigente, ao reducionismo histórico (que pretenda, por exemplo, condicionar as normas apenas a razões econômicas, ou políticas, ou ideológicas) ou ao cômodo relativismo. Já enquanto ciência é de se admitir a liberdade na escolha do objeto, do método de investigação e do discurso final, contanto que haja critério, contanto que admita o “controle” da comunidade científica, ou seja, que os resultados possam ser verificados ou confirmados por outros que pretendam traçar o mesmo itinerário.

Todas as finalidades acima referidas são defensáveis cientificamente e se complementam na tarefa de apresentar os mais diferentes aspectos da História do Direito. A eleição de uma ou mais finalidades da História do Direito complementa-se pela adoção de uma orientação que oscila entre os dois extremos: o da orientação histórica pura e o da orientação jurídica pura. Nesse intervalo encontramos a atual tendência de considerar a História do Direito como um ramo especial da História Geral, que estuda o direito positivo no tempo, não como um sistema lógico-jurídico puro, nem como projeção de conceitos da dogmática atual (como costumam fazer freqüentemente, por exemplo, os autores que apresentam um capítulo de “antecedentes históricos” na obra sobre o instituto que está por apresentar).

A especialidade deste ramo da História mostra-se mais profícua e menos sujeita ao insulamento científico quando se adota a análise não dos institutos dogmáticos, mas das instituições que constituem as bases da vida social – é a chamada orientação institucional.

Ainda permanece, todavia, especialmente para a História do Direito Brasileiro, a necessidade de estudos históricos instrumentais e introdutórios a uma análise mais aprofundada, seja por uma orientação dogmática, seja por uma orientação institucional da História do Direito. Isto é, faltam-nos ainda estudos e compilações das fontes jurídicas, como a que em Portugal foi modelo, apenas como exemplo, os *Portugaliae Munumenta Historica*⁵, editada pela Academia de Ciências de Lisboa e consequência dos esforços do grande historiador lusitano Alexandre Herculano (1810-1877). A História do Direito Brasileiro tem necessidade, urgente, de diálogo com a comunidade científica da História, da Paleografia, da Arquivologia e da Lingüística, a fim de assentarem as bases documentais necessárias à formulação de qualquer discurso histórico.

⁵ A obra foi dividida em quatro seções: I) *Scriptores*; II) *Leges et Consuetudines* (incluindo o Código Visigótico, leis gerais, forais e costumes até o séc.XIII); III) *Diplomata et Chartae*; IV – *Inquisitiones*.

Antes ainda, urge compor uma base de dados bibliográfica (um repertório), que ofereça ao investigador o acesso imediato à relação dos livros, artigos de periódicos, fontes jurídicas e literárias, arquivos públicos e privados dedicados à História do Direito.

Eis-nos os desafios.

Bibliografia

RODRIGUES, José Honório, *Teoria da História do Brasil (Introdução Metodológica)*, coleção Brasiliana (Grande Formato), vol.11, 5ª ed., São Paulo, Ed.Nacional, 1978. (*)
Cap. 6, Diversos gêneros da história, pp.145-162.

ROBERTI, Melchiorre. *Storia del Diritto Italiano*, Milano, CETIM, 1942.

GARCIA-GALLO, Alfonso. *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, AGESA, 1958.

SALDANHA, Nelson. *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*

MARNOCO E SOUZA, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, França Amado, 1910.

AZEVEDO, Luiz Carlos. *História do Direito, Ciência e Disciplina*, série Opuscula, vol IV, Osasco, FIEO, 1998.