

# HISTÓRIA DO DIREITO

## O que entendemos quando falamos de inovação jurídica?

Um olhar a partir da História do Direito

*What do we mean by legal innovation?*

*A look from the legal history perspective*

**Massimo Meccarelli<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Università degli Studi di Macerata.

## RESUMO

A proposta desse texto é considerar a possível vantagem heurística que o conceito analítico da “inovação” pode oferecer para a compreensão das mudanças no marco jurídico, sobretudo quando empregada em conjunto com o conceito de transição. Considerada tanto como forma de mutação do direito (problema teórico) quanto como ferramenta analítica para analisar a mutação do direito (problema metodológico), a noção de inovação nos permite articular a análise histórico-jurídica ao destacar a base pré-jurídica dos sentidos das formas que o direito adquire. Conclui-se que a díade inovação-transição permite recuperar um nível de compreensão da fenomenologia jurídica relevante tanto para o passado quanto para o presente, o que representa para a ciência jurídica não apenas uma oportunidade de sustentar sua capacidade de desenvolvimento como ciência crítica, mas também de se tornar efetivamente inovadora.

**Palavras-chave:** Inovação, transição, teoria e história do direito.

## ABSTRACT

This text's purpose is to consider the possible heuristic advantages of the analytical concept of “innovation” to the better understanding of changes in the legal framework, especially when used in conjunction with the concept of transition. Considered both as a form of legal mutation (theoretical problem) and as an analytical tool to analyze legal mutation (methodological problem), the concept of innovation supports articulation of legal-historical analysis by highlighting legal forms pre-legal basis of meaning. It concludes that the innovation-transition dyad allows for a better comprehension of legal phenomenology, relevant both to past and present, as it stands as an opportunity of legal science's development not only as a critical Science, but also as an innovation promoter.

**Keywords:** Innovation, transition, legal theory and history.

## 1. A inovação e a mudança no marco jurídico

A proposta desse texto<sup>2</sup> é considerar a possível vantagem heurística que o conceito analítico da “inovação” pode oferecer para a compreensão das mudanças no marco jurídico (sobretudo, como veremos, quando utilizada em conjunto com o conceito de “transição”). No entanto, isso é sempre um desafio para o historiador, uma vez que levamos em consideração as transformações no direito – especificamente pela sua relação com as questões sociais, políticas, econômicas e culturais – que produzem uma necessidade contínua de atualização dos instrumentos mobilizados para desenvolver uma observação do direito e da sua dinâmica (Meccarelli, Paixão & Roesler, 2020).

Me interessa, especificamente, entender a função da categoria “inovação” em relação ao desenvolvimento do discurso jurídico, que se dá ao mesmo tempo de forma *teórica* e *metodológica*. A inovação, de fato, pode ser considerada como uma possível forma de mutação do direito (identificando, portanto, um problema teórico) e ao mesmo tempo como uma ferramenta analítica para analisar a mutação do direito (identificando, portanto, um problema metodológico).

À primeira vista, a palavra, “inovação” pode não parecer um tema de teoria do direito, visto que, efetivamente “inovação” não é especificamente, ou *puramente*, um conceito jurídico. Entretanto, refletir sobre esse conceito parece muito interessante, em particular no ofício do fazer história do direito. Como buscarei demonstrar adiante, essa reflexão nos permite articular a análise, destacando a base pré-jurídica dos sentidos das formas que o direito adquire.

Inicialmente, me interessa identificar algumas delimitações conceituais para testar a possibilidade de considerar a inovação como um problema jurídico. Desse modo, refletirei sobre o *valor situacional* referente à performatividade do direito. Além disso, gostaria de considerar a *dinâmica da objetivação do direito* que, sob essa ótica, pode ser observada (ou seja, a dinâmica que permite identificar o direito como forma especial de normativa com seu próprio valor “objetivo”).

## 2. O conceito

Se a “inovação” indica *uma forma radical* de realizar as modificações no marco social, político, econômico, tecnológico, cultural, etc., como seria possível identificar a inovação na mudança jurídica? O que faz com que uma mutação do direito seja considerada como “inovadora”? pode-se falar em um tempo de inovação na experiência jurídica?

As respostas à essas perguntas podem ser só tentativas, porém esse exercício pode ser útil para melhor delinear os contornos do nosso tema. Nesse sentido, podemos considerar duas perspectivas distintas.

A primeira é a partir *do ponto de vista do objeto de análise*. Nesse caso, a inovação jurídica representa uma mudança (no contexto em que é produzida) entendida como um progresso.

---

<sup>2</sup> Propõe-se aqui, munido de um aparato essencial de notas, o texto da conferência apresentada no III Congresso *Information Society and Law*, FMU, em São Paulo, no dia 4 de Novembro de 2020. Tradução em português de Tatiana de Souza Castro. Um estudo mais extenso sobre os resultados dessa pesquisa pode ser encontrado em Massimo Meccarelli, *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in: Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Claudia Roesler (eds.), *Innovation and Transition in Law. Experiences and Theoretical Settings*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 23-44.

Assim sendo, a “inovação” denota uma dinâmica explicitamente declarada (autoafirmada), que se distingue e se apresenta como orientada a produzir uma novidade, uma configuração sem precedentes, no direito.

Se nos debruçarmos sobre a história do pensamento jurídico encontraremos vários exemplos. Uma vez que, quando a finalidade de uma teoria é produzir uma proposta radical, o contraste entre o novo e o velho é um argumento típico.

Do ponto de vista historiográfico, o fato de uma proposta “inovadora” se expressar explicitamente em um discurso jurídico, é considerado como um elemento útil de avaliação para historicizar a experiência.

Por exemplo: para compreender o debate geral sobre a mudança no direito no início da época moderna, pode ser interessante considerar quando um autor “qualifica” a sua teoria como inovadora (como é o caso de Leibniz (1667/1974) em *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*<sup>3</sup>, ou Grotius *De iure belli ac pacis*<sup>4</sup>, ou mesmo Beccaria (1764/1965) em *Dei delitti e delle pene*,<sup>5</sup> apenas para ilustrar três exemplos distintos). (Iullis, 2010; Hespanha, 2012; Porret, 1997; Chiodi & Garlati, 2015).

O fato de uma intenção ser explicitamente inovadora é *significativo* para compreender a experiência de mudança jurídica, ao mesmo tempo em que *não é suficiente* para demonstrá-la. Como historiadores, para refletir sobre um projeto de inovação jurídica *explicitamente expresso* nas fontes, questionamos e verificamos a importância desse projeto, em termos sobre o seu impacto na jurisprudência e nos regimes normativos. Um aspecto importante da avaliação histórica das ideias sobre a inovação jurídica é, por conseguinte, o exame dos seus vínculos (ou a sua eficácia em relação) com as necessidades de mudança expressadas pelo tecido social ou reivindicadas pela sociedade.

Essas breves considerações nos levam a conclusão de que a auto afirmação do caráter inovador de uma solução jurídica, ainda que seja um *fator determinante* para compreender a ocorrência de uma mudança no direito, *não é suficiente*, como tal, para explicar o significado dessa mudança na experiência histórica.

Isso nos leva a refletir sobre uma segunda perspectiva possível sobre a inovação jurídica: *a inovação reconhecida*. Nos referimos aos fenômenos de mudanças no direito que *nós* – como observadores, externos ao fato – identificamos como inovadores. A inovação que consideramos sob esse ponto de vista, seria como a descrição de uma *determinada forma de ser* na mudança da dimensão jurídica.

Para esse tipo de enfoque, a perspectiva histórica pode ser considerada um campo privilegiado. O direito na história parece estar em um contínuo movimento, porém em uma sequência de discontinuidades, algumas delas nos parecem “inovadoras” pela forma com a qual se destacam ao serem portadoras de uma mudança de paradigma. Nesse sentido, o fato da expressão de

3 Gottfried W. Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, Francofurti, Zunnerus Leibniz, 1667. Ver: Carmelo M. De Iullis, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in «Europa e diritto privato», 3, 2010, pp. 711-748; Antonio Manuel Hespanha, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra Almedina, 2012, 311-332.

4 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis, libri tres, in qui- bus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Parisiis, Nicolaum Buon, 1625, Prolegomena, post medium e ante finem.

5 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* [1764], edizione a cura di Franco Venturi, Torino Einaudi, 1965. Ver: Michel Porret, (éd.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997; Giovanni Chiodi, Loredana Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2015.

uma *vontade de inovar* tem pouca relevância em relação ao passado. Existem diversos exemplos na história do pensamento jurídico, que são bem eficazes em impulsionar uma mudança no direito, mas que, no entanto, seguem uma estratégia argumentativa baseada na demonstração de uma aparente continuidade da tradição. Pensemos, dentre muitos outros, nos protagonistas da escolástica ibérica do início da idade moderna.

Por exemplo, sabemos que a teoria de Francisco de Vitoria (1538/1967) sobre o *ius peregrinandi* e o *ius communicationis*<sup>6</sup> é inovadora porque introduz uma forma diferente de conceber a proteção jurídica e permite o emprego do direito europeu em um novo contexto, como o espaço possível do novo mundo (Meccarelli et al, 2014a, 2014b; Magalhães, 2013; Garriga, 2010). A invenção dos direitos individuais no caso de Vitoria permite à tradição do *ius commune* de operar em um novo mundo, no qual de outra forma não teria tido nenhuma possibilidade de ser implementada (já que o novo mundo carecia dos pressupostos culturais, históricos e espirituais, que formavam a base pré-jurídica de sentido dessa tradição). Esse resultado, segundo o nosso ponto de vista, não é afetado pelo fato de que essa teoria seja concebida em continuidade com a tradição Costa (2001)<sup>7</sup>, e contribui para que os direitos individuais sigam sendo o resultado do dimensionamento jurídico da justiça (Meccarelli, 2017)<sup>8</sup>. Em outras palavras, não há uma inovação auto afirmada no caso de Vitoria, porém, de fora, podemos identificar facilmente o caráter impactante e inovador da sua teoria.

Em outros casos, o fato de reconhecer uma inovação no pensamento jurídico confirma o seu caráter autoafirmado. A teoria do contrato social de Thomas Hobbes nos parece inovadora. Como historiadores podemos identificar que ela oferece uma solução sem precedentes ao problema da fundação do poder político e da coesão social. Ao mesmo tempo em que possibilita uma solução inédita ao tema da proteção jurídica através da proteção dos direitos, que deixa de ser visto como um problema de justiça (na comunidade) e se transforma em um instrumento para a implementação de um princípio de liberdade (individual).

Se trata, de fato, de um conceito da modernização que se sobrepõe a tradição: se baseia em uma inédita justaposição entre o *ius* (cujo significado, na compreensão de Hobbes, se reduz ao de *right*, seria o direito da pessoa) – e *lex* (cujo significado seria o de *law*, no sentido de *statutory law*, isto é, a lei)<sup>9</sup>. A consequência radical dessa construção discursiva é que os direitos individuais são frutos da vontade do legislador, que, através da sua norma jurídica, outorga direitos. O caráter inovador que identificamos na teoria de Hobbes está inegavelmente associado a um propósito deliberado de descontinuidade para conseguir explicar a ordem jurídica, sem a

6 Francisco De Vitoria, Francisco [1538], *De indis recenter inventis*, edicion critica por L. Pereña y J.M. Perey Prendes, CSIC, Madrid, 1967, Sectio tertia, nn. 2-12. Ver. Pietro Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in: Massimo Meccarelli et al. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 27-80; Juliana Neuenschwander Magalhães, *A formação do conceito de direitos humanos*, Curitiba, Juruá, 2013; Massimo Meccarelli, *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia*, in «Giornale di storia costituzionale», 27, 1, 2014, pp. 67-79; Carlos Garriga, *Continuidad y cambio del orden juridico*, in Id. (coord.), *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, CIDE, 2010, pp. 59-65.

7 Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

8 Massimo Meccarelli, *Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica*, in: Letterio Mauro, (ed.), *Social Cohesion and Human Rights. Reflections on the contemporary society*, Milano, Franco Angeli, 2017, pp. 9-32.

9 Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill* [1651], Text edited by A. R. Waller, Cambridge, 1904, part I, chapter 14, p. 86 e chapter 15, pp. 97-98. Essa escolha pela descontinuidade, além disso, se manifesta também como uma crítica radical à jurisprudência tradicional. Nesse sentido, podemos rever a parte na qual Hobbes sinaliza “some foolish opinions of Lawyers concerning the making of Lawes” para criticar a atitude dessa “*juris prudentia*” de fazer direito (part II, chapter 26, pp. 189-193).

necessidade da tradição. Ao mesmo tempo, a reconhecemos como inovadora porque nos parece destacada em respeito ao contexto ao qual faz parte.

Pelas mesmas razões podemos considerar a teoria do contrato social de Jean Jacques Rousseau como inovadora<sup>10</sup>, embora faça parte da trajetória de Hobbes. Na verdade, isso se dá em uma nova perspectiva, que se concentra no cidadão e no povo soberano, identificando novos problemas-chaves, como o do poder constituinte da representação (Fioravanti, 1998). Além disso, identifica uma referência social diferente do habitual: os destinatários não são somente juristas letrados, senão em um sentido mais ilustrado, são os intelectuais. E não menos importante, é o fato de que suas teorias logo encontraram um terreno para uma implementação a nível institucional (por exemplo, na *Déclaration de droit de l'homme e du citoyen* de 1789).

Nota-se que o pensamento dos três autores mencionados representa três exemplos diversos de inovação jurídica. Isto é, a justificativa de inovação que nós, os observadores, descobrimos nesses objetos de investigação se dá de formas distintas, pois é sempre entendida de acordo com o contexto no qual é produzida. Logo, com a inovação reconhecida pretendemos captar um *caráter intrínseco objetivo*, um valor agregado ao objeto de análise que o diferencia dos demais. Ao mesmo tempo, esse valor agregado parece *relativo*, uma vez que depende, necessariamente, de qual *a priori* escolhemos, enquanto observadores. Ainda que a inovação reconhecida confirme seu valor analítico, também apresenta seus limites.

Reflitamos de forma sintética a respeito dos tipos de inovação com os quais estamos trabalhando: a “autoafirmada” e a “reconhecida”. Em ambos os casos a inovação jurídica não se apresenta como uma categoria de *caráter transcendental*, na medida em que, nunca pode constituir um conceito independente da dimensão histórica, logo, não pode representar um *a priori* para ordenar e considerar as experiências.

Ao contrário, seu valor analítico reside em sua *atitude situacional*, ou seja, na forma com a qual explica o vínculo entre o marco circunstancial e o fenômeno de mudança jurídica. A “inovação” nos permite identificar uma *determinada forma de pensar o direito* no marco circunstancial. E por conseguinte, nos permite compreender os níveis de complexidade e as estruturas desse marco.

Então, o que entendemos quando falamos de inovação jurídica? Podemos considerar a inovação jurídica como um regime do direito (no sentido de uma particular configuração ordenadora identificada na dimensão da experiência)? Se a pergunta se baseia nesses termos, a resposta seria negativa. Se a inovação jurídica, como temos dito, consiste, sobretudo, em uma *maneira de considerar o direito na sociedade* – que se vê necessariamente afetada pela realidade do ponto de vista – dificilmente pode ser concebida como um *regime do direito*.

Todavia, devido ao seu caráter situacional, parece plausível pensar em inovação como um *tempo do direito* se a entendermos como um indicador de um *regime de historicidade*, no sentido especificado por François Hartog: uma determinada forma de pensar o vínculo entre passado, presente e futuro, uma “experiência do tempo” na qual as inter-relações das “categorias de passado, presente e futuro dão ordem e sentido” (Hartog, 2015; Paixão, 2013).<sup>11</sup> Nessa perspectiva parece fundamentada a ideia de um *tempo de inovação que dá forma à dimensão jurídica*.

10 Costa, *Civitas*, cit.; Maurizio Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*. Bologna, il Mulino, 1998.

11 François Hartog, *Regimes of Historicity*, New York, Columbia University Press, 2015, pp. XV-XVII e pp. 11-16; Cristiano Paixão, *Tempo presente e regimes da historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito*, in: Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito. Ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-87.

### 3. Inovação e transição no direito

Resumindo: a “inovação” sustenta sua plausibilidade como categoria jurídica e o seu valor intrínseco para compreender a mudança no direito. Ao mesmo tempo, devido ao seu limite constitutivo (não é uma categoria autossuficiente) se faz necessário levar em consideração um conceito complementar que, identificando um regime do direito, permita considerar o tempo da inovação jurídica.

Uma categoria complementar nesse sentido, segundo a minha opinião, seria a “transição” (Costa, 2019; Pombeni, 2016)<sup>12</sup>. A transição, assim como a inovação, consiste em uma dinâmica de gestão do tempo na mudança jurídica. Não obstante, se a inovação descreve somente um regime do tempo no direito (um regime de historicidade), a transição também pode constituir um regime jurídico, e, conseqüentemente, pode constituir um *lugar de ocorrência* para a inovação.

Deveras, se considerarmos a “transição” em uma *chave descritiva*, como uma fase histórica entre um ponto de partida e um ponto de chegada, ela representará o *marco temporal* no qual se produz uma mudança no direito. Na complexa interação de forças entre continuidades e rupturas, podemos buscar o surgimento da *inovação na transição*.

A relevância da transição para o nosso problema, em detectar a inovação no direito, é ainda mais evidente se considerarmos a transição sob um ponto de vista diferente, como um *tempo atributivo*, isto é, uma condição temporal capaz de atribuir ao direito características, conteúdos e funções específicas. Se o tempo descritivo contém a ocorrência do direito, o tempo atributivo, por sua vez, representa o *regime do direito*.

A transição, especificamente, é um tempo atributivo que vincula o direito a uma *condição de impermanência*. O espaço da transição, como tal, é o produtor de configurações jurídicas circunstanciais, que atuam para o presente. Ao mesmo tempo, no que tange ao futuro, essas configurações jurídicas se refletem como limitações e pré condições. Em outros termos, os efeitos do direito de transição, se projetam inevitavelmente na fase posterior. Esse caráter *atributivo e ultra-ativo* do regime jurídico de transição *abre um horizonte de possibilidades* pela inovação e ao mesmo tempo *define a condição* possível para emergir a inovação.

A este respeito, pensem no problema da transição democrática na Itália (1943-1948) e a questão das responsabilidades a serem atribuídas ao fascismo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Sendo assim, é muito relevante o tema da relação entre as opções circunstanciais (ou seja, a exigência de uma justiça restaurativa para com as vítimas do regime que se confronta com a exigência de uma justiça de conciliação para obter a pacificação nacional) e os efeitos pós-transição, como a permanência daqueles magistrados no judiciário e de funcionários na alta administração do Estado, assim como na classe política; a preservação dos códigos penais (substancial e processual) produzidos durante o fascismo; bem como o surgimento, a partir dos problemas técnicos e éticos colocados pela legislação contraditória sobre a justiça transicional, do debate doutrinário sobre as características a serem atribuídas ao direito penal em um Estado

12 Sobre os mais recentes sobre o tema, ver: Costa, Pietro (2019), *La “transizione”: uno strumento metastorografico?*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», 1, 2019, pp. 13-4; Paolo Pombeni (ed.), *The Historiography of Transition. Critical Phases in the Development of Modernity (1945-1973)*, New York, Routledge, 2016.

democrático). (Pombeni, 2016; Bernardini et al., 2017; Focardi & Nubola, 2015; Caroli, 2020; Bolzon & Verardo, 2018; Melis, 2003; Meniconi, 2017; Paixão & Meccarelli [2021]).<sup>13</sup>

### 3.1. A díade “inovação-transição” e a objetivação do direito

Sem, contudo, nos determos demasiado em exemplos<sup>14</sup>, digamos simplesmente que para essas características (ou seja, uma temporalidade atributiva e ultra-ativa) a transição nos permite adquirir um ponto de vista analítico sobre os processos de inovação. Destarte, os dois conceitos são *complementares* nesse sentido: a categoria “inovação”, nos permite compreender uma *determinada forma de pensar o direito* no marco circunstancial. Por outro lado, o conceito de “transição”, entendido como tempo atributivo, parece revelar uma *maneira de ser do direito*. A partir disso, é possível considerar a possibilidade de “inovação-transição” como uma *díade conceitual*.

Gostaria brevemente de refletir sobre o valor heurístico dessa combinação, entre a inovação, que nos permite ler uma *experiência do tempo*, e a transição que nos permite ver a produção de um *regime jurídico*.

Iniciarei destacando que a inovação-transição nos ajuda a entender o *caráter situacional* por de trás das formas que o direito adquire. Isso revela a possibilidade de redescobrir uma dinâmica que a modernidade jurídica tem eclipsado.

Me refiro a *objetivação do direito* (isto é, à dinâmica de transformação dos fatos sociais em fatos normativos, do desenvolvimento de uma jurisprudência capaz de reconhecer a importância jurídica dos mesmos, da construção de um conhecimento jurídico baseado em um diagnóstico sobre os fatos sociais.) À vista disso, outra contribuição heurística que a díade inovação-transição pode oferecer é a da *desdogmatização das categorias jurídicas*.

Gostaria ainda de me concentrar brevemente sobre a dinâmica da objetivação do direito e logo retomar a conclusão da questão de sua desdogmatização.

Considero que, em primeiro lugar, seja conveniente resumir o processo histórico que eliminou e desconectou a hermenêutica jurídica do âmbito da objetivação do direito. A historiografia<sup>15</sup> entende a “modernidade jurídica” como um ponto de inflexão cultural e científica na compreensão do direito. Trata-se de um processo de longa duração, que, na Europa, marca o desprendimento das formas e estruturas estabelecidas durante a experiência medieval (baseada na dinâmica jurisprudencial de construção da ordem jurídica) (Grossi, 2003; Hespanha, 2012; Cacciari & Irti, 2019). A modernidade proporcionou um conceito de direito baseado na

13 Sobre esse tema ver: Pombeni, *The Historiography of Transition*, cit.; Giovanni Bernardini, et al. (a cura di), *L'età costituente: Italia 1945-1948*, Bologna, il Mulino, 2017; Giovanni Focardi, Cecilia Nubola (a cura di), *Nei Tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2015; Paolo Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; Irene Bolzon, Fabio Verardo (a cura di), *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione*, Trieste, Istituto regionale per la storia della Resistenza e dell'Età contemporanea nel Friuli Venezia Giulia, 2018; Guido Melis, *Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946*, in: «Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni», 2, 2003, pp. 17-52; Antonella Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in «Nomos. L'attualità nel diritto», 1, 2017, pp.1-19; Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli (eds.), *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, Berlin, Springer, [2021] (forthcoming).

14 Ver *infra* a parte 3.2.

15 Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2003; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005; Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia*. Coimbra: Almedina. 2012. cit. Para uma perspectiva filosófica sobre o problema atual, ver: Massimo Cacciari, Natalino Irti, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019.

ideia de primazia do poder político e, portanto, da pertinência da lei como fonte principal do direito. Essa transformação tomou forma na Europa continental, a partir de novos enfoques sobre o direito natural nos séculos XVI e XVII, e encontrou uma completa configuração no século XIX com o estabelecimento de sistemas jurídicos codificados (Meccarelli, 2016)<sup>16</sup>. E de fato, nesse itinerário se redefiniu o papel do Judiciário e do direito jurisprudencial. Destaco, especificamente, a criação da “cassação” na França após a Revolução (Hálperin, 1987; Montazel, 1998; Del Frate, 2005)<sup>17</sup>. Com ela se promoveu um modelo de juízo e de procedimentos judiciais (Calamandrei, 1921; Calogero, 1937)<sup>18</sup>, que tem tido muito sucesso no continente europeu, o que implicou a compreensão de uma jurisprudência inteiramente dedicada à aplicação da lei e que já não podia exercer uma tarefa nomopoiética.

É uma dinâmica na história impulsionada de uma mudança de paradigma: do *ordo iuris* ao *systema iuris* (Cappellini, 2010)<sup>19</sup>. É justamente essa mudança que gera a *desconexão da jurisprudência da dinâmica da objetivação do direito*. Trata-se de um processo de *ressignificação do conceito de jurisprudência*, originalmente desenhado para relativizar, e, com isso, atualizar o direito existente. A resignificação procura tornar a jurisprudência um instrumento para promover a hipostatização (e logo a dogmatização) do direito.

Essa mudança – que afetou primeiramente o método de interpretação do direito e da produção do saber jurídico – contribuiu para a redefinição da natureza da jurisprudência e para reorientar o papel dos juristas. Como efeito, o *processo de manifestação do direito deixou de ser um fenômeno que se objetivava* através de uma atividade hermenêutica.

Nossas considerações em relação as possibilidades que o valor situacional da inovação e da transição oferecem, nos induzem a ponderar sobre uma última questão. A utilização delas enquanto categorias analíticas, na medida em que nos dá uma perspectiva dos processos de objetivação do direito, nos permite *obter um ponto de vista diferente sobre os conceitos jurídicos* e sua utilização. Em consequência, isso nos leva a considerá-las fora do âmbito abstrato (dogmático) no qual convencionalmente se encontram.

Isso significa que através da díade inovação-transição podemos observar as categorias e os conceitos jurídicos em suas funções originais e, conseqüentemente, compreender as limitações da sua sustentabilidade teórica. Ou seja, os pressupostos, que, originalmente, justificam a razão de ser e, por conseguinte, a viabilidade do conceito jurídico. Enfatizar, redescobrir, esses limites constitutivos das categorias e configurações jurídicas, nos ajudam a verificar a adequação do uso dos nossos instrumentos conceituais convencionais em relação aos problemas atuais.

A inovação-transição nos auxilia, em outras palavras, a recuperar uma perspectiva de sentido para aqueles *fundamentos das estruturas legais* que sob o prisma de um desenvolvimento no campo dogmático seria impossível de ser compreendido. Dessa forma, me refiro a uma possibilidade de alcançar uma desdogmatização dos conceitos jurídicos.

16 Massimo Meccarelli, *Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto*, in: Claudia Storti, (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 127-157.

17 Jean Louis Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, Paris, LGDJ, 1987; Laurence Montazel, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire: les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au 19. Siècle*, Frankfurt am main, Klostermann, 1998; Paolo Alvazzi Del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

18 Para o debate italiano, ver dentre outros: Calamandrei (1921), Calogero (1937). Piero Calamandrei, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920 voll.2; Guido Calogero, *La logica del giudice il suo controllo in cassazione*, Padova, CEDAM, 1937.

19 Paolo Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 243-246.

### 3.2. A inovação-transição como instrumento analítico para a história do direito e as ciências jurídicas

À luz do que observamos, parece evidente a relevância no campo histórico-jurídico de um instrumento analítico como a díade inovação/transição. Podemos mencionar o estudo das transformações institucionais de longo prazo (como o exemplo já mencionado dos tribunais supremos do século XIX, ou no estabelecimento de instituições e disposições ordenadas em contextos pós-coloniais, nas quais as transformações são marcadas pela resistência das estruturas sociais e políticas do passado) (Silva, 2010; Garriga, 2010; Sariñena et al., 2012; Sastre, 2015; Agüero et al., 2018)<sup>20</sup>. Ou ainda citarmos segmentos específicos da história nos quais é possível considerar o surgimento de regimes de historicidade atributivos e ultra ativos como os relacionados à transição democrática (tanto do lado penal como do constitucional (Sbriccoli, 2009))<sup>21</sup>.

No campo da história constitucional, de uma forma geral, é possível reler o fenômeno do processo de produção das ordens constitucionais, tendo em consideração os fatores constituintes, bem como os fatores constitutivos (que surgem nas condições de impermanência atributivas como a transição, a exceção e, em geral, a crise) (Paixão & Meccarelli, 2020)<sup>22</sup>. E também o campo do direito privado em que se apresenta essa estrutura (como algumas instituições-chaves da codificação civil, como os direitos reais<sup>23</sup> e de matrimônio)<sup>24</sup> (Gravina, 2013; Fonseca, 2004,2005; Solimano, 2017; Mastrolia, 2018).

Todavia, além disso, devemos observar (isso ocorre com frequência com as perspectivas analíticas capazes de iluminar a experiência histórico-jurídica), a dupla inovação-transição – em particular devido a sua pertinência com o tema da objetivação do direito –, parece relevante também para analisar diferentes cenários da atual mudança no direito. Penso em primeiro lugar no problema das novas formas de normatividade jurídica, ao policentrismo jurídico e a interlegalidade. Os problemas sobre os quais somos chamados a refletir nos dias atuais, nos levam cada vez mais a considerar um *espaço multi-normativo*, que não parece se assemelhar ao formato monista dos sistemas jurídicos estatais (estabelecidos desde o século XIX até o XX) e as categoria relacionadas com o mesmo (Hespanha, 2019)<sup>25</sup>.

20 Paixão, *Tempo presente e regimes da historicidade*, cit.; Cristina Nogueira Da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, in «Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos», 14, 2010, pp. 231-254; Carlos Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Mexico D.F, Instituto Mora, 2010; Marta Lorente Sariñena et al., *El momento gaditano. la Constitución en el orbe hispánico*, Madrid, Cortes Generales, 2012; Maria Julia Solla Sastre, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, in «Rechtsgeschichte», 23, 2015, pp. 222-238; Alejandro Agüero et al. (coords.), *Jurisdicciones, Soberanías, Administraciones. Configuración de los espacios políticos en la construcción del los Estados nacionales en Iberoamerica*, Cordoba, Universidad Nacional de Cordoba, 2018.

21 Como por exemplo, em relação ao direito de transição e sua ultra atividade na Itália após a II Guerra Mundial. Ver *supra* nota 12, Mario Sbriccoli, *Il problema penale* [2001], in: Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 695-715; e também em relação ao Brasil, América do Sul, Espanha e Portugal, Paixão/Meccarelli, *Comparing transitions to democracy*, cit.

22 Para uma perspectiva nesse sentido, ver: Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli, *Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems*, in «Giornale di storia costituzionale», 2, 40, 2020.

23 Giacomo Pace Gravina, *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 42, 2013, pp. 435-469; Id., «La enfiteusi ebbe ospitalità nel codice nostro». *L'inclusione di un istituto controverso nel codice civile del 1865*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXIX, 2016, pp. 29-46; Ricardo Marcelo Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34, 2004.2005, pp. 963-983.

24 Também nesse campo, existem investigações recente particularmente significativas. Como a Itália napoleônica estudada por Stefano Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017; Paola Mastrolia, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018.

25 Antonio Manuel Hespanha, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. prospetivas do direito no século XXI*, Coimbra, Almedina, 2019.

Em consequência, o conceito moderno de direito nos leva a considerar o surgimento da normativa jurídica como um problema de identificação das fontes do direito e da sistematização da sua relação mútua. Ou seja, as categorias que descrevem o surgimento da normativa jurídica foram definidas a partir do *resultado* para regular uma atividade de *produção* do direito. Deixou-se em segundo plano o seu valor como processo, e, portanto, a possibilidade de enquadrá-lo como fenômeno de *objetivação* do direito. Por isso, consideramos necessário recuperar em nosso discurso jurídico uma sensibilidade com os *atos sociais* e, por conseguinte, com o *valor situacional* do direito, o qual contribuimos a construir.

Devido a díade inovação-transição, portanto, podemos recuperar um nível de compreensão da fenomenologia jurídica relevante tanto para o passado quanto para o presente. Trata-se de valorizar a atitude pragmática e interdisciplinar da hermenêutica jurídica, de superar a dogmática como horizonte de pensabilidade dos conceitos e das categorias jurídicas levando em consideração o problema do diagnóstico cognitivo do social como um elemento da elaboração das categorias jurídicas (Grossi, 2006, 2017, 2020)<sup>26</sup>. Em outras palavras, ocupar-se do tempo da inovação (e, portanto, da transição) representa uma oportunidade para a ciência jurídica (nas suas diferentes áreas), não apenas para sustentar sua própria capacidade de desenvolvimento como uma ciência crítica, mas também para alcançar uma margem de avanço, com a finalidade de ser *efetivamente* inovadora.

## Referências

- Agüero, A. et al. (Coord.). (2018). *Jurisdicciones, Soberanías, administraciones. configuración de los espacios políticos en la construcción del los Estados nacionales en Iberoamerica*. Universidad Nacional de Cordoba.
- Bernardini, G. et al. (2016). *L'età costituente: Italia 1945-1948*. Il Mulino.
- Bolzon, I. & Verardo F. (Ed.). (2018). *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione*. Trieste, Istituto regionale per la storia della Resistenza e dell'Età contemporanea nel Friuli Venezia Giulia.
- Del Frate, P. A. (2005). *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleônico*. Giappichelli.
- Cappellini, P. (2010). *Storie di concetti giuridici*. Giappichelli.
- Calamandrei, P. (1921). *La Cassazione civile*. (vol. 2) Bocca.
- Calogero, G. (1937). *La logica del giudice il suo controllo in cassazione*. CEDAM.
- Caroli, P. (2020). *Il potere di non punire: Uno studio sull'amnistia Togliatti*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Costa, P. (2001). *Civitas storia della cittadinanza in Europa (Collezione storica)*. Laterza.

<sup>26</sup> Para um estudo sobre essa perspectiva, ver: Paolo Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in: Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 251-278; Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

- Costa, P. (2014). Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica. In M. Meccarelli et al. *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*. (pp. 27-80). Universidad Carlos III de Madrid.
- Costa, P. (2019). La "transizione": uno strumento metastoriografico? *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, (1), 13-14.
- Chiodi, G., & Garlati L. (2015). *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*. Giappichelli.
- Fioravanti, M. (1998). *Costituzione e popolo sovrano*. Il Mulino.
- Focardi, G., & Nubola, C. (2015). *Nei Tribunali: Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*. Bologna: il Mulino.
- Fonseca, R. M. (2004/2005). Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (33/34), 963-983.
- Garriga, C. A. (Ed.). (2010). Continuidad y cambio del orden jurídico. In *Historia y constitución: Trayectos del constitucionalismo hispano*. (pp. 59-65). CIDE.
- Garriga, C. A. (Ed.). (2010). *Historia y Constitución: Trayectos del constitucionalismo hispano*. Instituto Mora.
- Grossi, P. (2003). *Prima lezione di diritto*. Laterza.
- Grossi, P. (2005). *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè.
- Grossi, P. (2006). La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemológico. In *Società, diritto, Stato: Un recupero per il diritto*. (pp. 251-278). Giuffrè.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Laterza.
- Grossi, P. (2020). *Oltre la legalità*, Laterza.
- Gravina, G. P. (2013). Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (42), 435-469.
- Gravina, G. P. (2016). La enfiteusi ebbe ospitalità nel codice nostro. L'inclusione di un istituto controverso nel codice civile del 1865. *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, (89), 29-46.
- Grotius, H. (1625). *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres. In quibus jus naturæ & gentium, item juris publici præcipua explicantur*. Nicolaum Buon.
- Hartog, F. (2015). *Regimes of Historicity*. Columbia University Press. (pp. XV-XVII, pp. 11-16.)
- Halperin, J. L. (1987). *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*. LGDJ.

- Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. (pp. 311-332). Almedina.
- Hespanha, A. M. (2019). *Pluralismo jurídico e direito democrático: perspectivas do direito no século XXI*. Almedina.
- Hobbes, T., Waller, A. R. (1951/1904). *Leviathan: or the matter, forme & power of a commonwealth, ecclesiasticall and civill*. Cambridge University Press.
- Iulii, C. M. (2010). Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmática. *Europa e diritto privato*, (3), 711-748.
- Magalhães, J. N. (2013). *A formação do conceito de direitos humanos*. Juruá.
- Massimo, C., & Irti, N. (2019). *Elogio del diritto*. La nave di Teseo.
- Mastrolia, P. (2018). *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*. Giappichelli.
- Meccarelli, M. (2014). La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia. *Giornale di storia costituzionale*, 27 (1), 67-79.
- Meccarelli, M. (2016). Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto. In C. S. Storti, (Ed.). *Le legalità e le crisi della legalità*. pp. 127-157. (pp.127-157)Giappichelli.
- Meccarelli, M. (2017). Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica. In M. Letterio (Ed.). *Social Cohesion and Human Rights: Reflections on the contemporary society*. (pp. 9-32) Franco Angeli.
- Meccarelli, M. (2020). Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history. In M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler (Ed.). *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*. (pp. 23-44) Dykinson.
- Melis, G. (2003). Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946. *Ventesimo secolo: Rivista di studi sulle transizioni*, (2), 17-52.
- Meniconi, A. (2017). La magistratura nella storia costituzionale repubblicana. *Nomos: L'attualità nel diritto*, (1), 1-19.
- Montazel, L. (1998). *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire: les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au 19. Siècle*. Klostermann.
- Paixão, C. (2013). Tempo presente e regimes da historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito. In R. M. Fonseca (Org.). *As formas do direito. Ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*. (pp.77-87). Juruá.
- Paixão, C., & Meccarelli, M. (Ed.). (2021). *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*. Springer. (forthcoming).

- Paixao, C. & Meccarelli, M. (2020). Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems. *Giornale di Storia Costituzionale*, 2 (40).
- Pombeni, P. (Ed.). (2016). *The Historiography of Transition. Critical Phases in the Development of Modernity (1945-1973)*. Routledge.
- Porret, M. (Ed.). (1997). *Beccaria et la culture juridique des Lumières*. Droz.
- Sariñena, M. L. et al. (2012). *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispánico*. Cortes Generales.
- Sastre, M. J. S. (2015). Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898. *Rechtsgeschichte*, (23), 222-238.
- Sbriccoli, M. (2009). *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*. (pp.695-715) Giuffrè Editore.
- Silva, C. N. (2010). Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos. *Africana Studia: Revista Internacional de Estudos Africanos*, (14), 231-254.
- Solimano, S. (2017). *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*. Giappichelli.

Data de recebimento: 17/10/2020

Data de aprovação: 20/11/2020