

HISTÓRIA DO DIREITO

Os conceitos e as coisas ou as palavras e os vestígios?

Resenha de Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção? (São Paulo, Editora Contracorrente, 2020), de Michael Stolleis.

Concepts and things or words and traces?

Samuel Barbosa¹

¹ Professor da Faculdade de Direito da USP. Presidente do IBHD (2016-2019).

1.

Com a publicação do livro de Michael Stolleis (2020)² a literatura de teoria da história do direito em língua portuguesa ganha um fecundo estímulo.³

O campo da teoria e metodologia da história é uma especialização consolidada, com congressos e periódicos próprios. No Brasil, já há uma volumosa bibliografia a respeito traduzida, com peso maior para a linhagem francesa (de Bloch e Braudel a De Certeau, Ricoeur e Hartog, afora tantos outros), mas também da língua inglesa (Collingwood e Hayden White), italiana (Ginzburg) e alemã (Koselleck e Rüsen)⁴. Estes textos são referência inescapável para boa parte da pesquisa em história do direito produzida em âmbito universitário entre nós. A lacuna maior se dá justamente para a bibliografia específica de teoria e metodologia da história do direito (Fonseca, 2011; Paixão, 2002).⁵ Embora sem o nome de fantasia de “teoria da história do direito” ou “legal metahistory”, há muita reflexão metodológica acumulada, com alguma institucionalização⁶, se bem que, na maior parte das vezes, esta reflexão ocorre (quando se dá explicitamente) entrelaçada com a pesquisa monográfica sobre um objeto qualquer. O livro de Stolleis, pois, é um convite para uma reflexão atenta e destacada dos pressupostos teóricos e metodológicos da escrita da história do direito em diálogo com a teoria da história.

2.

A edição brasileira tem quatro capítulos que correspondem a dois textos publicados autonomamente. O primeiro, que abrange os capítulos I a III, saiu originalmente na Suíça em 2008 com o título que dá nome à edição brasileira.⁷ O segundo, de 2016, é um verbete para a 2ª edição de um importante dicionário de história do direito em língua alemã.⁸

O leitor não vai encontrar regras metódicas para a escrita da história do direito, embora haja algumas indicações mais gerais. Stolleis não abre as portas de sua oficina de trabalho de

2 Michael Stolleis (1941) é um renomado e influente historiador do direito alemão, com publicações em história do direito público, *Policey*, cultura jurídica da primeira modernidade, ditaduras. Foi diretor (entre 1991 e 2006; interinamente até 2009) do Instituto Max-Planck para História do Direito Europeu em Frankfurt a.M. Para a temática do poder de polícia no Antigo Regime, orientou o doutorado de Airtton *Seelaender*, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2003. Stolleis esteve no Brasil em dois Congressos do IBHD (2006 e 2013).

3 O livro foi publicado em 2020 pela editora Contracorrente (São Paulo), com tradução de Gustavo César Machado Cabral (Universidade Federal do Ceará). A edição brasileira conta com uma apresentação do autor e prefácio de Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo). Como lembrado pelo prefaciador, dois outros livros de Stolleis já foram publicados no Brasil: *O Olho da lei: história de uma metáfora* (tradução de Thiago Tannous, Belo Horizonte: Doyen, 2014); *O Direito Público na Alemanha: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI* (tradução de Gercélia Mendes, São Paulo: Saraiva, 2018).

4 WEHLING, Arno. *A invenção da história: estudos sobre o historicismo*. Rio de Janeiro, 2001. MALERBA, Jurandir. *Lições de história*. Rio de Janeiro: Porto Alegre: FGV, Editora PUC-RS, 2010. MALERBA, Jurandir. *História e narrativa: a ciência e a arte da escrita histórica*. Petrópolis: Vozes, 2016.

5 Exceções que confirmam a regra no Brasil: FONSECA, R. M. (2011). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá. Paixão, C. (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Del Rey.

6 Como exemplo de publicações, a revista *Rechtshistorisches Journal* (1982-2001) foi um irreverente fórum de debate metodológico em história do direito. *Os Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (desde 1972) e *Rechtsgeschichte* (desde 2002) têm reservado largo espaço para resenhas e debates de teoria e método em história do direito.

7 Como indica Stolleis na apresentação e na nota 2, o texto partiu de uma palestra de 1997, publicada como *Rechtsgeschichte als Kunstprodukt: zur Entbehrlichkeit von 'Begriff' und 'Tatsache'* [História do Direito como artefato: sobre a prescindibilidade do "conceito" e do "fato"].

8 *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1971, 5 vols (edição de Adalbert Erler e outros). A 2ª edição já teve alguns volumes publicados, mas o projeto não está concluído. Na 1ª edição, o autor do verbete de metodologia da história do direito foi Franz Wieacker (vide nota 68).

onde saíram obras fundamentais. Também não é uma discussão cerrada das implicações filosóficas (ontológicas e epistemológicas) da teoria da história. No entanto, o autor explicita algumas das premissas teórico-filosóficas que orienta seu trabalho.

Os vetores do texto são indicações de história da historiografia (especialmente da Alemanha) e teses metodológicas da história e da história do direito. Em um texto sucinto porém denso, é possível conhecer a apreciação sobre diferentes linhagens historiográficas: germanistas e romanistas, materialismo, história social e cultural no direito, história de conceitos, histórias pós-nacionais (européia). Evidentemente, foge aos limites de uma conferência e de um verbete, fazer uma discussão detalhada, mas servem como ponto de partida fecundo para o leitor que se animar a fazer o percurso.⁹ Com relação às teses metodológicas, se descortina um debate transnacional em que é possível conhecer as posições de Stolleis sobre questões centrais. Para nosso debate, tem especial interesse, sua crítica à história dos conceitos, a avaliação das consequências do giro linguístico para a escrita da história e a relação entre história do direito e dogmática jurídica.

3.

Para uma breve indicação do teor do livro, vale a pena recuperar o título da conferência, “Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?”, e seu título da versão inicial, “História do Direito como artefato: sobre a prescindibilidade do ‘conceito’ e do ‘fato’”.

Falar em “artefato” remete ao trabalho de construção realizado pelo historiador (do direito) pela escrita ou “a escritura do passado como construção social da realidade do passado” (p. 54). Stolleis endossa a tese de que não há acesso imediato ao passado, mas apenas uma construção mediatizada pela linguagem. Por linguagem, o autor se refere mais às palavras e seus usos do que aos conceitos com um núcleo essencial de sentido. Com isso, Stolleis critica tanto o pensamento realista-conceitual da dogmática centrado na essência de institutos como propriedade ou matrimônio (p. 39) quanto Koselleck que distingue categorialmente entre palavras e conceitos (nota 17 e p. 43). Conceitos são prescindíveis, o historiador reconstrói a partir dos usos das palavras; a experiência jurídica não se articula com palavras passíveis de definição exata (nota 17). Por outro lado, não há uma realidade de fatos mudos (“a dura realidade da história”, p. 47) à espera da descoberta, apenas os fatos já articulados linguisticamente ou que ganham sentido pela mediação da linguagem. Os usos da linguagem, por sua vez, são performativos, fazem coisas (p. 36). Stolleis questiona, assim, a diferenciação entre palavras e coisas/fatos (p. 47).

Estas teses situam a escrita da história (do direito) com proximidade (sem se confundir) com a escrita de ficção, “o historiador é apenas uma espécie erudita e submetida a regras metodológicas especiais dentro do gênero ‘poeta/escritor’” (p. 55). Ambos “escritor de história” e o “contador de estórias” reconstróem linguisticamente, fazem uso da criatividade e fantasia. Mas os gêneros se separam por regras específicas de cada parte. Há uma metódica de interpretação dos vestígios do passado e virtudes epistêmicas específicas (“limites da ética científica” como

9 Duas referências que podem servir de apoio: Duve, T. (2015) História do direito europeu—perspectivas globais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60 (3), p. 383-412; Dilcher, G. (2016). The germanists and the historical school of law: German legal science between romanticism, realism, and rationalization. *Rechtsgeschichte*, 24, p. 20-72

chama o autor) que caracterizam a escrita da história. Metódica e virtudes surgem da prática da comunidade científica e são, por sua vez, passíveis de mudança com a história (p. 62, p. 74).¹⁰

4.

“A História do Direito é uma parte da ciência da história. Seu lugar acadêmico costuma ser as faculdades de Direito, mas suas perguntas centrais são da História” (p. 17). Uma paráfrase possível seria a seguinte: a história do direito não é uma parte da ciência do direito; apesar de cultivada predominantemente nas faculdades de direito, não está em linha de continuidade com a dogmática jurídica.

Não é nada trivial esta afirmação do autor. O vínculo umbilical entre história e dogmática do direito marcou a disciplina no passado e ainda informa implícita ou explicitamente muitas pesquisas nos dias de hoje. O fundamento da colaboração estreita entre história e dogmática é a crença em “uma estrutura de sentidos estável e sem contradições para a resolução pacífica de conflitos” (p. 41). Porém, como vimos, para Stolleis a história do direito tal como ele defende e pratica não parte de institutos jurídicos com um núcleo essencial e estável. Não por outra razão, a história do direito é propícia para “valorizar mais as dúvidas produtivas do que as certezas tradicionais” (p. 63). A história do direito se escreve no presente do historiador. A experiência jurídica contemporânea pode ajudar a formular hipóteses, a informar a escolha de objetos no passado. Isso não impõe, entretanto, buscar “falsas atualizações” ou a interpretar o desconhecido pelo conhecido (p. 65). No centro do argumento está a tensão complexa que emerge da compreensão do passado a partir do presente, o peso da experiência jurídica atual que pode “servir de ajuda” ou desencaminhar “com seus anacronismos” (p. 46).

Outra limitação imposta pela vinculação com a dogmática é a reprodução das divisões (direito civil, constitucional, administrativo) para o desenho da pesquisa em história do direito. Uma historiografia atenta à interação de diferentes áreas do direito em dada conjuntura é uma das tarefas propugnadas pelo autor (p. 72).

O que se entende por direito é respondido em afirmações esparsas ao longo do livro. Vou destacar apenas um par delas. O direito se refere a regras explícitas e implícitas (!), que fazem parte das convenções sociais. Regras jurídicas não provêm todas da vontade do Estado (“perspectiva moderna completamente inadequada ao passado”, p.69). Nesta formulação estão condensados alguns impulsos teóricos que têm despertado cada vez mais interesse. A compreensão do direito exige o estudo dos conhecimentos tácitos, de outras normatividades que compõem as convenções e estão em relação com o direito. Esta é uma concepção distante

10 Estas teses ecoam um debate animado e controverso no campo da teoria da história do segundo pós-guerra. O texto é um marcador de lugar das posições do autor. Para uma discussão com maior detalhe seria necessário remeter a outros trabalhos seus. No Brasil, este debate tem sido recepcionado e discutido a partir de Ginzburg, C. (2002). *Relações de força: História, retórica*. Cia das Letras.; Ricoeur, P. (2007). *A memória, a história, o esquecimento*. Unicamp.; Hespanha, A. M. (2010). *Imbecillitas: As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. AnnaBlume.

da frequentemente assumida pela dogmática centrada na regra jurídica, em especial naquela criada pela fonte estatal, não raro enfocada como um dado prévio e deslocada dos contextos.¹¹

Por fim, quero registrar uma sutil diferença entre a conferência e o verbete. No texto de 2008, o horizonte pós-nacional é ainda a Europa. A tarefa do futuro, ao “final da época das histórias nacionais do direito” (p.70), é a escrita de uma história europeia que inclua países do leste e do sul da Europa (p.72). Já no texto de 2016, ao lado da “europeização do direito”, se reconhece a “globalização”, se fala em “global turn” (p.87). Escrever a história do direito em um enquadramento global também está na ordem do dia e coloca novos desafios.

5.

Não posso encerrar sem uma nota pessoal. Meus votos são para que a Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito tenha uma formidável fortuna e, a exemplo de publicações congêneres, seja um fórum para discussões aprofundadas de teoria e metodologia da história do direito, afora, é claro, de aturados trabalhos de pesquisa com fontes primárias de que carecemos tanto.

Referências

- Dilcher, G. (2016). The germanists and the historical school of law: German legal science between romanticism, realism, and rationalization. *Rechtsgeschichte*, 24, 20-72.
- Duve, T. (2015). História do direito europeu—perspectivas globais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60(3), 383-412.
- Duve, T. (2020). Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos impérios ibéricos do início da Idade Moderna (Séculos XVI-XVII). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 42, 3-44.
- Erler, A. et al. (Eds.). (1971). (5 Vols.). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Erich Schmidt Verlag.
- Fonseca, R. M. (2011). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá.
- Ginzburg, C. (2002). *Relações de força: História, retórica*. Cia das Letras.
- Hespanha, A. M. (2010). *Imbecillitas: As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. AnnaBlume.
- Malerba, J. (2010). *Lições de história*. FGV, PUC-RS.
- Malerba, J. *História e narrativa: A ciência e a arte da escrita histórica*. Vozes.

11 Talvez extrapolando o livro, tais impulsos têm estimulado pesquisa do Instituto onde Stolleis foi diretor. Vide o texto de Thomas Duve (nota 9 acima), que o sucedeu na direção do Instituto e Duve, T. (2020). Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos impérios ibéricos do início da Idade Moderna (Séculos XVI-XVII). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 42, 3-44.

Paixão, C. (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Del Rey.

Ricoeur, P. (2007). *A memória, a história, o esquecimento*. Unicamp.

Seelaender, A. (2003). *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.

Stolleis, M. (1971). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Stolleis, M. (2014). *O Olho da lei: História de uma metáfora*. (T. Tannous, Trad.). Doyen.

Stolleis, M. (2018). *O direito público na Alemanha: Uma introdução à sua história do século XVI ao XXI*. (G. Mendes, Trad.). Saraiva.

Stolleis, M. (2020). *Escrever história do direito: Reconstrução, narrativa ou ficção?* Contacorrente.

Wehling, A. (2001). *A invenção da história: Estudos sobre o historicismo*. Gama Filho.

Data de recebimento: 20/11/2020

Data de aprovação: 01/12/2020