

HISTÓRIA DO DIREITO

História do Direito e a Historicidade do Fenômeno Jurídico

*Legal History and the Historicity of the Legal
Phenomenon*

Arno Wehling¹

¹ Academia Brasileira de Letras. <https://orcid.org/0000-0002-7965-1628>.

RESUMO

Estudo sobre questões epistemológicas referentes à história do direito, em especial o problema da historicidade. O trabalho chama a atenção para dificuldades na abordagem do tema, como o risco do anacronismo e a dupla compreensão do direito como construção intelectual e prática social. Procura-se definir o território da historicidade com foco nas relações jurídicas e na desconstrução de abordagens a-históricas com efeitos como a naturalização e a reificação dos conceitos. A dinâmica da historicidade é considerada nas perspectivas do conhecimento histórico (reflexão historiográfica, Historizität) e do processo histórico (Geschichtlichkeit, exemplificada com a questão da ruptura e continuidade).

Palavras-chave: Historicidade; Naturalização; Relações jurídicas; Relativismo; Anacronismo.

ABSTRACT

Study on epistemological issues related to law history, especially the problem of historicity. The work highlights the difficulties in approaching the theme, with the risk of anachronism and the double understanding of law as an intellectual construction and social practice. It seeks to define the territory of historicity with a focus on legal relations and the deconstruction of ahistorical points of view that lead to effects such as the naturalization and the reification of concepts. The dynamics of historicity is considered in the perspectives of historical knowledge (historiographical reflection, Historizität) and the historical process (Geschichtlichkeit, exemplified by the question of rupture and continuity).

Keywords: Historicity; Naturalization; Legal relations; Relativism; Anachronism.

A História do Direito é desdobramento da constituição epistemológica e disciplinar das ciências sociais, conforme ocorreu no século XIX. Epistemológica, no sentido que corresponde à fundamentação teórica e aos protocolos tidos como indispensáveis à construção do conhecimento científico. Disciplinar, porque reflete os recortes acadêmicos desenvolvidos pela pesquisa universitária nos séculos XIX e XX para a classificação das ciências e a organização profissional dos diferentes campos ali organizados.

Suas áreas de referência, a História e o Direito, foram verdadeiramente refundados na passagem do século XVIII para o século XIX e no decorrer deste, quando nasceram as chamadas ciências sociais. Ao contrário de algumas “ciências novas”, como a sociologia, a etnografia, a economia política ou a antropologia, cuja fundação se deu nesse período, áreas como a História, o Direito ou a Geografia tinham longa ocorrência na história da cultura ocidental, ou mesmo fora dela (Wehling, 2001, p. 34). Não se pode apontar nelas uma linearidade cumulativa de saberes; quando não houver mero estranhamento, no máximo ter-se-á recepções e releituras em contextos diferentes dos originais, como aconteceu com os textos dos historiadores e geógrafos clássicos interpretados pelos humanistas ou com o direito romano recebido como direito comum da Idade Média ao século XVIII.

O mesmo se dá com a História do Direito, cuja eventual manifestação em momentos anteriores ao século XIX surge como desdobramento das relações entre as duas áreas peculiares ao tempo e à cultura – como aconteceu com a obra metodológica de Bodin sobre a história na segunda metade do século XVI – e não com as características a ela atribuídas a partir do oitocentos.

A História, o Direito e a Geografia como aparecem na primeira metade do século XIX são assim verdadeiras *refundações* de saberes tradicionais, transformados agora em ciências de acordo com os novos padrões estabelecidos sobretudo a partir de uma nova *episteme*, a epistemologia newtoniana.²

A História do Direito é subproduto desse processo cognitivo.

Talvez a aporia preliminar dessa “subárea” esteja justamente na correlação entre ambos os substantivos. Fazer *história do direito* implica obviamente na intersecção de dois campos, o da História e o do Direito, cada qual com seu pesado arcabouço teórico, metodológico e empírico. Não é uma intersecção trivial nem muito menos autoexplicativa.

A relatividade do passado e a duplicidade do Direito

Há pelo menos duas questões a considerar. A primeira diz respeito a um problema comum aos demais campos correlacionados, como a História da Arte, a História Militar, a História Econômica ou a História Administrativa, entre outros que poderiam ser lembrados.

Ao fazermos História do Direito ou qualquer das demais correlações mencionadas, produziremos propriamente uma *história do direito*, ou um *direito do passado*? Foi a pergunta que se fez nos anos 1970 o historiador Pierre Chaunu, ao indagar se o historiador econômico, trabalhando com categorias desta ciência, fazia *história econômica* ou *economia do passado* (Chaunu, 1971,

² O triunfo da epistemologia newtoniana, seus desdobramentos para o conhecimento histórico e a crise surgida quando de seu questionamento a partir da física einsteiniana, da física quântica e das discussões consequentes na filosofia da ciência, cf. Wehling, 1992, p. 147.

p. 9; Chaunu, 1976, p. 68). A pergunta pode se estender sem dificuldade às demais correlações: à arte, à guerra, à administração.

Em que consiste a dúvida? Consiste em admitir a possibilidade de o conhecimento do passado implicar numa diferença qualitativa em relação ao conhecimento do presente ou, ao contrário, considerar irrelevante a distância temporal, admitindo explícita ou tacitamente a semelhança estrutural entre as diversas épocas. Uma atitude, em suma, essencialista.

Exemplificando. A inflação da Europa Ocidental após 1530 se explica pelas mesmas razões e pelo uso das mesmas categorias explanatórias da inflação da república de Weimar? A história da arte é perceptível por alguns grandes conceitos estéticos, de modo que podemos encontrar um barroco egípcio, grego ou moderno? A história militar possui elementos estratégicos, táticos e logísticos invariantes, alterando-se apenas a tecnologia empregada? A adoção é um instituto transversal às diferentes ordens jurídicas, buscando sempre resolver a mesma situação, a despeito da diversidade cultural?

Respostas positivas a essas perguntas implicam admitir que o homem, pelo menos a partir de um patamar “hegeliano” que corresponde ao surgimento da escrita, do Estado e da consciência histórica, foi estruturalmente o mesmo, não havendo razão para apostar na sua diferenciação. Línguas, costumes, arte, experiências históricas, a cultura enfim, não seriam suficientemente fortes para alterar o elemento comum que definiria o denominador puramente humano, orientador de suas ações e reações. Mesmo que o discurso dos defensores explícitos ou tácitos dessa perspectiva seja muitas vezes antimetafísico, parece claro o fundo *essencialista* do argumento: por trás dos “fatos” pode não haver necessariamente a “ideia” platônica, mas há algum tipo de “natureza humana”. Ou, pelo menos, algumas “constantes antropológicas”³ largamente difundidas em um grande número de sociedades/culturas a partir do patamar “civilizatório” hegeliano.

Respostas negativas a essas perguntas implicam admitir a radicalidade, usando o termo no seu sentido etimológico próprio, dos diferentes tempos históricos e, portanto, sua diversidade estrutural. Nos exemplos citados: a inflação quinhentista relacionou oferta e procura e, também, moeda, bens e crédito, mas o fez no contexto de uma economia agrária de autoconsumo, com escassa margem de excedente, baixa monetização e atividade artesanal, longe do modelo industrial. Basta ler as explicações quinhentistas de Bodin ou de Gresham sobre as relações entre a boa e a má moeda, utilizadas depois na formulação da teoria quantitativa da moeda, para perceber o grau de diversidade dos problemas em relação à economia industrial. Explicá-la na ótica da *economia do passado* não seria, portanto, a melhor forma de compreendê-la. Reduzir a arte de diferentes sociedades a alguns modelos estético-formais nos faria entendê-la melhor do que contextualizá-la em referência a seus próprios valores morais, políticos e... estéticos? Outro tema, quase abstruso: os carros de combate assírios são o pendant antigo aos blindados defendidos por Guderian e De Gaulle na guerra de movimento do século XX? No direito civil: a adoção incorpora para os efeitos sociais e jurídicos o indivíduo à família e à sociedade de modo idêntico ou mesmo assemelhado na Roma republicana, na *Gemeinschaft* germânica, na sociedade tupi descrita por Gabriel Soares de Sousa e no Brasil do Código de 2002?

Optar pela negativa significa entender que as sociedades possuem configurações culturais que se referem a elas próprias, à sua experiência histórica, organização social, normatização

³ Expressão recorrente na antropologia cultural e aplicada a nosso tema por Stolleis, 2020, p. 24.

jurídica e concepção de mundo. Mesmo considerando que as sociedades interagem com suas contemporâneas e que fazem a recepção de legados, decantando-os a partir de valores e necessidades, ainda assim suas configurações culturais *posicionam* os diferentes elementos constitutivos num universo relacional próprio, que não se aproxima de nenhum *noúmeno* kantiano ou modelo apriorístico.

O *posicionamento* de diferentes elementos/categorias nas respectivas configurações culturais constitui o *ethos* de uma sociedade ou cultura. Dito de outro modo: constitui sua *historicidade*, a experiência singular – e muitas vezes intransferível – que foram capazes de gerar ao longo de sua história.

É isto que uma *história* do direito, da arte, econômica, militar ou administrativa recupera: a maneira particular com que cada sociedade ou cultura viveu sua existência coletiva e que dá aos elementos que a compõem e a suas relações um *sentido* próprio, que precisa ser recuperado pela investigação histórica. É disso que falava Ortega y Gasset, ao dizer que o homem não tinha natureza, mas história (1970, p. 51).

A segunda questão diz respeito ao direito. À semelhança da economia, da guerra ou da administração, o direito é simultaneamente um campo teórico submetido às regras acadêmicas e científicas da investigação e uma prática social. Diferente, portanto, da história. A esta caberia um papel mediato, no sentido desejado por José Antonio Maravall (1967, p. 235), referido às valorações mais profundas do homem e da cultura, não menos importantes para o aperfeiçoamento da sociedade, mas sem que delas se possa derivar conexões operacionais para uma práxis imediata, quer revolucionária, quer conservadora. Para tal fim, entretanto, teriam de ser superadas as dicotomias estreitas, objetivismo versus subjetivismo ou neutralidade versus engajamento (Seelaender, 2017, p. 24), e esvaziadas, de um lado, as expectativas da ultra cientificidade e, de outro, os “ensinamentos” que a história poderia dar para a ação social e a reforma das sociedades.

No caso do direito, ao contrário, a prática social é condição *sine qua non* de existência. É o seu escopo no âmbito das relações sociais, construindo uma tessitura de juridicidade para elas, uma juridicidade que não é unívoca, pois se manifesta das mais variadas maneiras conforme as sociedades, ainda que a dogmática positivista tenha, hegelianamente, negado a muitas delas essa condição, sob o argumento historicista que não haviam atingido a civilização. Mas, se considerarmos uma perspectiva histórica ou antropológica do direito atual, constataremos que em muitas sociedades, sobretudo, mas não exclusivamente, as ágrafas, as relações jurídicas restringem empiricamente o direito à prática social. A inexistência de um ordenamento sofisticado não impede, contudo, opções valorativas teleologicamente dispostas em suas normas, com preceitos e sanções – um universo jurídico, enfim.

Em consequência, uma história do direito capaz de compreender sua historicidade recupera simultaneamente uma *construção intelectual*, a cultura jurídica e uma *prática social*, a história da administração da justiça e dos seus agentes, os operadores jurídicos e a aplicação do direito. Gera-se, portanto, um efeito metodológico, a necessidade da interdisciplinaridade para dar conta dessas diferentes conexões. No âmbito da cultura jurídica, a história do direito pressupõe articulação com a filosofia e a história das ideias. No da administração da justiça e dos operadores jurídicos, com a sociologia, a antropologia e a ciência política, sem embargo de outras interfaces e de combinações teórico-metodológicas já existentes na área, como a sociologia jurídica ou a antropologia jurídica.

O território da historicidade

O papel epistemológico primordial de uma história do direito está na sua capacidade de atribuir historicidade aos fenômenos jurídicos considerados. Em outras palavras, recuperar a identidade de seus objetos no tempo que lhes é próprio e na cultura cujos referenciais expressam. De modo secundário embora não irrelevante, contribuir para a epistemologia jurídica e a teoria do direito em geral, pela crítica do conhecimento jurídico e seu processo de elaboração; inversamente, contribuir para a epistemologia da história, trazendo relações e problemas de um campo até há pouco desconsiderado – se lembrarmos os *Annales* e a historiografia marxista – como não estrutural e meramente reflexo de “causalidades profundas”.

Olhado na perspectiva desse papel epistemológico da história do direito, como fica o seu *objeto*? Parece claro, como desdobramento dessa linha de raciocínio, que deva ser *historicizar* as relações jurídicas de determinado momento histórico e determinada cultura: *historicizar suas construções*, quer as “monumentais” ou institucionais como as normas e os órgãos encarregados de sua aplicação, quer as “cotidianas” como a prática social do direito, e *historicizar suas transformações*, recuperando sua dinâmica num tempo longo.

De que modo?

De um ponto de vista “interno” ao direito, à Leibnitz, correlacionando a lógica interna dos respectivos campos jurídicos, sistemáticos ou assistemáticos. Estamos no terreno preferencial da cultura jurídica, buscando compreender qual o significado do direito – ou melhor, da *relação jurídica* – naquele contexto cultural, isto é, naquele campo jurídico entendido como algo que é simultaneamente próprio, circunscrito e interagente com outros campos coetâneos. De um ponto de vista “exterior”, relacionando princípios e aplicações relativamente aos contextos intelectuais (ou culturais lato sensu) e sociais (aí compreendidos os políticos e econômicos), onde estaremos no campo preferencial da administração da justiça e dos operadores jurídicos.

Mero exercício classificatório, os pares construções/transformações e interno/exterior precisam ser considerados interativamente, sem seccionamentos que prejudiquem o entendimento do que é efetivamente relevante, a circularidade dos processos, como em qualquer outra realidade que se aborde de um ponto de vista histórico.

Essa recuperação da historicidade dos fenômenos (jurídicos ou não) possui diferentes caminhos na historiografia, quer a geral, quer a do direito. Um dos procedimentos mais eficazes pelo qual se poderia optar é o proposto por Koselleck: considerar o universo de experiências dos diferentes atores no momento histórico analisado confrontando-o com o horizonte de expectativas que descortinavam.⁴ Podemos precisar que os agentes históricos são tanto individuais quanto coletivos, agindo nos limites das instituições, fora deles ou contra eles.

Por esse procedimento chegar-se-ia ao que Hartog (2003, p. 26) definiu como sendo um “regime de historicidade” ou à descoberta, acrescentamos, de uma historicidade pertinente a determinada configuração cultural, com personalidade própria e irreduzível (embora não necessariamente isolada) às demais. Com uma vantagem adicional: um procedimento como esse excluiria por razões epistemológicas próprias do conhecimento histórico, e ontológicas,

⁴ O autor avança a potencialidade explanatória do esquema, sugerindo que quanto maior for a experiência, mais moderada e aberta será a expectativa. Mas talvez seja mais prudente não circunscrever as possibilidades (Koselleck, 1979, p. 320).

inerentes ao processo histórico, o “direito do passado” para constituir-se numa história do direito sensível às diferentes historicidades.⁵

Procuraremos distinguir umas e outras, sublinhando as consequências da historicização dos fenômenos jurídicos. Pode-se assim dizer que o esforço pela recuperação da historicidade dos fenômenos jurídicos leva:

- à identificação da historicidade de princípios, institutos e procedimentos. Com isso chega-se à identificação de situações jurídicas e conceitos jurídicos *particulares* de cada configuração cultural, nem universais (o que nos faria cair num naturalismo jurídico atemporal e a-histórico) nem singulares (o que recairia num solipsismo dissolvente).⁶

- à desconstrução da abordagem direta e da abordagem genética. Na classificação de Blanché (1972, p. 38), a primeira corresponderia à epistemologia típica das ciências que alcançam seu objeto diretamente, abstraindo quaisquer interferências, como por exemplo a historicidade: podemos conhecer as leis da termodinâmica ignorando completamente as circunstâncias de sua descoberta por Newton. A segunda, embora tendo o tempo como variável relevante, submeteria seus processos à mecânica do código genético. Na própria classificação de Blanché, reserva-se uma terceira abordagem para os fenômenos históricos, que o autor considera na esfera da história da ciência, possuindo características próprias e irreduzíveis às outras duas.

A abordagem direta na história do direito nos levaria a dois equívocos graves de natureza epistemológica.

O primeiro deles é a *naturalização* de princípios, institutos e procedimentos jurídicos. Armadilha cognitiva, a naturalização implica em generalizar ou universalizar conceitos de tal modo que se termina por retirar-lhes qualquer traço de historicidade.⁷ É tentação frequente e conhecida em diversas áreas, inclusive, mas não apenas no direito, quando o estranhamento em relação à história ou mesmo à diferença cultural faz com que outras épocas e outras culturas sejam avaliadas e mensuradas a partir de padrões supostamente universais – que são apenas os da nossa própria cultura. A ausência de relativismo cultural que essa perspectiva implica faz gerar anacronismos de todo tipo. No caso da história do direito, o mais generalizado deles certamente é partir de uma convicção, a universalidade dos institutos jurídicos, de modo que se admite que tenham idêntico significado independentemente de sociedade, cultura e época, respondendo a um suposto (ou pressuposto) padrão humano universal.

A a-historicidade dominante na modernidade jurídica, na expressão de Paolo Grossi (2008, p. 27), renegou a historicidade do direito e provocou um “não natural” isolamento em relação “à experiência e ao ambiente”, pouco perceptível em momentos mais estáticos, porém

5 Não se discutem aqui as questões implícitas às diversas acepções do conceito de historicidade, a partir da dicotomia *Geschichtlichkeit* – *Historizität* de Heidegger, que aparecem em textos como os de Ricoeur (“é sempre na fronteira da história, no fim da história [lógica, científica, “sistemática”] que se compreendem os traços mais gerais da historicidade”), Jaspers (a historicidade como “ação de nossos antepassados que nos trouxeram até o ponto de onde prosseguimos incansavelmente”) e Certeau (a historicidade como “o movimento que liga uma prática interpretativa a uma práxis social”), entre outros. (Heidegger, 1986; Ricoeur, 1968, p. 79 e 2007, p. 380; Jaspers, 1974, p. 22; Certeau, 1969, p. 497).

6 O racionalismo francês e germânico e o empirismo inglês deram soluções diferentes para a questão. Koselleck menciona conceitos contextualizados historicamente como menos precisos em contraste com os de caráter filosófico (Koselleck, 1967, p. 81). Veyne adverte sobre os riscos dos conceitos “classificadores”, que levariam ao equívoco da sua percepção essencialista e transhistórica (Veyne, 1972, p. 175). Skinner e Pocock preferiram não partir de conceitos específicos, optando por trabalhar com a “linguagem do discurso político”, o que resultou em análises novas para a história das ideias políticas e mesmo para a do constitucionalismo inglês. (Pocock, 2002, p. 1 e 2004, p. 255). Mas o problema da conceitualização não está apenas no encontro de um significado unívoco para o conceito, mas nas suas nuances a partir de categorias cognitivas que orientam o investigador, como as lógicas, as metodológicas e as epistemológicas.

7 Algo como “naturalizar a cultura” (Hespanha, 1992, p. 13; Capellini, 2002).

explosivo em tempos de aceleradas mudanças socioeconômicas, provocando a passagem do direito de “ordenamento respeitoso para prisão constritora.”

A ideia de um vasto presente jurídico comum a todas as épocas revela-se forte obstáculo epistemológico ao conhecimento produzido pela ciência do direito. Ela gera uma gigantesca naturalização de conceitos, pasteurizando na mesma massa/narrativa todas as sociedades e seu desenvolvimento no tempo. Ao contrário, o conhecimento histórico – qualquer conhecimento histórico e não apenas o da história do direito – envolve problemas como o da duração (e por extensão as continuidades e rupturas) e da diferença cultural, ambos irreduzíveis à concepção de um vasto presente povoado de essências e “constantes antropológicas” dogmáticas repetindo-se eternamente.

O segundo equívoco é o da *reificação*. Procedimento diretamente derivado de um suposto metafísico, geralmente não admitido como tal, a atitude reificadora consiste em admitir forma e substância a conceitos que exprimiriam assim a “natureza” das coisas. Se a “coisa” filosoficamente considerada pode supor forma e substância, em boa lógica aristotélica, não é uma percepção útil para a análise histórica, já que esta procura acercar-se dos fenômenos do passado dando-lhes voz e reconhecendo-lhes os próprios valores. Uma percepção reificadora em história partiria da predefinição do conceito. Numa hipótese otimista, procuraria constatar o grau de aproximação ou afastamento do núcleo conceitual assim estabelecido, de determinada sociedade ou instituto jurídico. Numa hipótese pessimista, elidiria as diferenças e fixaria a univocidade do conceito para diferentes contextos e épocas. O exemplo mais fácil, na história do direito, é do conceito de “estado” – aliás por isso estigmatizado por Hespanha para o estudo do Antigo Regime – quando aparece de forma preestabelecida, com todos os seus atributos, nas mais diversificadas situações históricas, do Egito faraônico à assembleia geral da ONU, sem descurar da China, Índia ou dos astecas e maias, no máximo admitindo-se uma tipologia com algumas subdivisões, geralmente derivada das formas aristotélico-polibianas de governo.

O desdobramento desse exemplo nos leva à abordagem genética. Ela nos faz considerar o processo histórico como um todo na forma de uma grande linearidade, enquadrando os seis ou sete mil anos da história mundial em algumas etapas ou períodos. Tal percepção consolidou-se com o darwinismo importado pelas nascentes ciências sociais no século XIX, substituindo as antigas periodizações teológicas ou filosóficas por periodizações que se fundamentavam na última palavra da ciência. Positivismo, evolucionismo e marxismo fixaram assim alguns parâmetros explanatórios diferentes entre si, porém todos fundamentados na epistemologia newtoniana, que encontraram algumas grandes etapas da “história da humanidade” – teológica/filosófica/científica, selvagem/bárbara/civilizada, comunismo primitivo/escravismo/feudalismo/capitalismo. O motor da passagem de uma para outra etapa diferia em cada uma dessas perspectivas, mas a dinâmica geral evolucionista, “genética” para usar a expressão de Blanché, seria a mesma.

A linearidade historicista assim descoberta envolvia algum tipo de concepção de progresso, como fora prefigurada no *Quadro dos progressos do espírito humano* de Condorcet em fins do século XVIII, pois as fases subsequentes de alguma forma eram mais aperfeiçoadas do que as sucedidas, apontando-se para um zênite. Ademais supunham um determinismo ditado pelo próprio processo, a crença na “inevitabilidade histórica” de Isaiah Berlin.

Se pensarmos na incipiente historiografia jurídica brasileira da virada do século XIX para o século XX, é a ótica que vemos nas obras de Martins Junior e Clovis Bevilacqua e na filosofia do direito de Silvio Romero.

Desconstruir as sequelas de ambas as abordagens é tarefa de uma história do direito que seja contemporânea, se desejar efetivamente estar em sintonia com as correntes atuais da epistemologia e, de modo mais singelo, se propuser aproximar-se mais das vivências históricas do direito em sociedades e culturas diversificadas no tempo e no espaço. Desconstruir os efeitos nocivos de percepções naturalizadas, reificadas e lineares do direito significa adotar procedimentos teórico-metodológicos relativistas, que recuperem a *particularidade* dos fenômenos jurídicos e a *originalidade* de sua construção, ainda que feita de recepções. Numa palavra, chegamos à sua *historicidade*.

Perceber a historicidade dos fenômenos jurídicos não difere da percepção geral dos processos históricos, pois as relações jurídicas são tão interagentes como as demais relações que compõem o tecido das sociedades ou culturas – relações de poder, econômicas, sociais, intelectuais, mentais. O próprio recorte durkheimiano desta classificação, que fatia a realidade em seções políticas, econômicas etc., tem um vício positivista de origem que pode induzir aos aspectos criticados, como a naturalidade conceitual, a reificação ou a linearidade, se não for entendido como mero recurso explanatório, quase didático, já que se pressupõe aqui o seu oposto, isto é, a integridade complexa do “real” ou daquilo que percebemos como tal, numa rede permanente e cambiável de interações que, como num caleidoscópio, podem assumir diferentes configurações e admitir diferentes denominações.

Perceber a historicidade dos fenômenos jurídicos significa compreender a historicidade dos processos históricos de que fizeram parte e dos quais foram seccionados por uma necessidade do procedimento científico ou *metodológica* de aproximação.

Historicidade e dinâmica histórica: o conhecimento histórico-jurídico do passado

Tal percepção implica numa sensibilidade à dinâmica histórica que desafia a análise do historiador, envolvendo questões como a da construção do conhecimento histórico e da caracterização do processo. Sem pretender esgotar nenhuma delas, mas apenas destacar suas relações com o problema da historicidade, à primeira correspondem aporias da explanação histórica, como as da linguagem e da lógica explanatória, enquanto à segunda pertencem outras, entre elas a da continuidade e descontinuidade dos processos históricos.

A relação do historiador com a “realidade” que analisa envolve discussões antigas sobre a “natureza” do seu conhecimento. O próprio recurso às aspas dá a medida das dificuldades inerentes ao problema.

Desde que foi levantada a questão da linguagem, com o chamado “giro linguístico” nos anos 1960, acentuado com as várias manifestações pós-modernas a partir da década seguinte, tem sido rediscutida a relação entre a “realidade” histórica e a linguagem que a descreve ou, como dizia Foucault, entre as palavras e as coisas. Negou-se que o texto fosse mero reflexo do passado, como faziam crer as “verdades” historicistas do século XIX, para concluir que ele é o próprio passado, como em Derrida e que aquilo que conhecemos é apenas a historiografia (ou o direito), uma “meta realidade” à Haydn White. A historicidade deslocava-se assim do “fato” que descrevia uma “verdade” para o enunciado explicitado num discurso.

Não se deve, no entanto, supervalorizar o subjetivismo implícito nessa perspectiva, como se toda a percepção da realidade se restringisse a percepções do historiador. O próprio Hayden White (1992, p. 441), como se mencionará adiante, trabalhando com a historiografia oitocentista, declarava-se “axiologicamente neutro e puramente formalista em suas reflexões”.

No âmbito da construção dos conceitos históricos, ou histórico-jurídicos, surgiriam efeitos semelhantes a propósito da subjetividade, já que, reiterando o argumento de Koselleck, ao contrário da precisão dos conceitos filosóficos, passíveis de uma definição, os históricos seriam marcados pela ambiguidade, justamente por serem o “receptáculo” da história, portanto indefiníveis e tão somente contextualizáveis.⁸ Além disso, lembrava o próprio Koselleck (1992, p. 136), o conceito “é sempre concomitantemente Fato e Indicador”, no sentido de que não é somente um fenômeno linguístico, mas “imediatamente indicativo de algo que se situa para além da língua”.

O tema demanda desenvolvimento muito mais amplo, dadas suas implicações para a epistemologia geral, a teoria da história e a teoria do direito. Para o problema da historicidade deste, entretanto, podemos circunscrever a relação conhecimento – realidade histórica, ou linguagem – “fatos” histórico-jurídicos, à constatação de que existem três hipóteses ou teorias principais sobre o assunto:

- a) A realidade histórica (no caso, histórico-jurídica) existe e se evidencia por traços simbólicos (no sentido que deu Cassirer ao símbolo) ou vestígios que se transformam em documentos ou testemunhos do passado. Esses traços simbólicos ou vestígios, inclusive a linguagem, retratam o que aconteceu ou o que chegou a nós do acontecido. Nesse sentido tornam-se “fatos históricos”. E “verdadeiros”, na medida em que retratam a realidade que testemunham. É a posição das diferentes correntes historiográficas desde a constituição historicista de uma “ciência da história” e contra a qual a grande voz pioneira, e solitária, foi a de Nietzsche, em 1873.⁹
- b) A linguagem e o texto são a própria realidade do passado e o conhecimento deste é um discurso sobre vestígios e outros discursos precedentes. É a posição explicitadas em diferentes perspectivas pós-modernas a propósito do conhecimento histórico e por extensão, do processo. Passa-se a ter tão somente a “narrativa”, embora essa expressão tenha diferentes significados em francês (onde se traduz pela possibilidade de diferentes versões) e inglês (onde corresponde ao raciocínio encadeado pela linguagem para fixar determinado conhecimento).
- c) A linguagem e os fenômenos que expressa são interagentes e não cabe a opção de priorizar uns ou outros, já que a linguagem tanto pode refletir quanto ressignificar os fenômenos. Ademais, como já lembrava Patrick Gardiner com a tradicional objetividade britânica, antes do “giro linguístico”, torna-se claro que o tipo de linguagem utilizado está em consonância com nossos objetivos e interesses e que não a usamos do mesmo modo quando empregamos o senso comum ou a pesquisa científica (Gardiner, 1961, p. 56).

⁸ Discutido para a história do direito em Stolleis, 2020, p. 30.

⁹ Trata-se do texto de Nietzsche sobre a utilidade e a inutilidade da história (Wehling, 1981, p. 75).

A problemática levantada por essas discussões teve em todo caso o mérito, como lembrou Michael Stolleis (2020, p. 37), de impedir que se volte a falar “de modo desinibido de acontecimentos históricos, de fatos e de verdade histórica”.

Nesse passo é oportuna uma observação sobre o fato (histórico ou jurídico), o acontecimento e a sua fenomenologia.

Na segunda metade do século XIX, para a maioria dos historiadores (e dos juristas), a concepção de *fato histórico* estava muito próxima, se não era idêntica, à de *fato jurídico*. O pano de fundo positivista ou mais largamente cientificista partia da concepção de uma ciência construída objetivamente, capaz de retratar a realidade de modo fidedigno. O acontecimento se confundia com o fato e este correspondia à realidade.

As vicissitudes das ciências sociais e em particular da história ao longo do século XX, ao mesmo tempo em que ocorriam transformações estruturais no âmbito do conhecimento científico (e da filosofia da ciência) em geral, mudaram essa relação. No final do século XX, já estava clara a distinção crescente entre acontecimento histórico e fato histórico, e mesmo um autor como Hayden White (1995, p. 238), associado com a valorização do discurso como fundamento do conhecimento, sentiu necessidade de justificar que “de modo algum” pretendeu eliminar dele, discurso, a relação com os acontecimentos concretos.

Desse modo, foi se consolidando o ponto de vista de distinguir entre o *acontecimento*, como a realidade ontológica, o efetivamente acontecido e o *fato*, seja como “construção historiográfica passível de revisão” (White), como “existência linguística” (Barthes), com “caráter proposicional” (Ricouer) ou como “contrato de verdade que une o historiador a seu objeto” (Dosse).

Assim, em lugar de fatos “positivistas” que nos levam a uma verdade histórica, fatos referidos a diferentes perspectivas, estruturados argumentativamente em torno a alguns protocolos metodológicos: “problemas”, “questões”, “hipóteses”. Algo que poderia corresponder ao enunciado por Popper (1975, p. 18) em termos de verificabilidade e falseabilidade das teorias/explicações nascidas desses procedimentos.

Tais resultados, chamemos de teorias, explicações ou narrativas, não se confundem com a criação ficcional, que evidentemente prescinde de dar à imaginação as amarras lógicas e empíricas da relação com o acontecimento.

O que se chama historicidade corresponde assim à percepção ou vivência da experiência histórica, com seus acontecimentos e fatos, seja (na sugestão heiddegeriana) sob a forma elaborada de reflexão historiográfica sobre o passado (*Historizität*, “historiograficidade”, como questões que se colocam ao Ser sobre o passado), seja como a própria existência histórica (*Geschichtlichkeit*).

No caso da história do direito, falamos de percepção ou vivência das relações jurídicas no tempo, expressadas em discursos/narrativas/explicações/conceituações como qualquer outra “história” (historiografia) e também em normas e práticas, tendo como parâmetro os aspectos inerentes a ambas as perspectivas – a histórica propriamente dita e a jurídica.

Nessa lógica, os acontecimentos “estabelecidos” heurísticamente e expressos narrativa e conceitualmente somente são percebidos de modo não meramente descritivo se transformados em “fatos” perspectivados por determinada ótica.

A questão epistemológica certamente em nada afetará a definição de fato jurídico consagrada em diversas legislações e com amplo respaldo doutrinário sobretudo no âmbito do positivismo jurídico, como quando falamos em “questão de fato” (associado a “acontecimento”) versus “questão de direito”. Ou ainda quando se define o “fato jurídico” como aquele que gera, modifica ou extingue direitos. Mas é nuance que merece pelo menos um registro semântico.

Outra opção para fugir à bipolaridade acontecimento – fato seria trabalhar com o conceito de *fenômeno* – na acepção original tomista de tudo aquilo que é percebido pelos sentidos do observador, aliás “naturalizada” nas definições dos dicionários de diversas línguas – que abarcaria simultaneamente o acontecimento e o fato. Nesse sentido, falar da historicidade do direito implicaria em estudar a historicidade dos fenômenos jurídicos, isto é, das relações jurídicas como ocorrem em determinada sociedade, assim como pode ser analisada a historicidade dos fenômenos econômicos, estéticos, militares ou religiosos, na configuração de suas respectivas relações.

A complexidade do problema transcende de muito às questões epistemológicas das ciências sociais. Deriva diretamente da crise do paradigma científico dominante por quase três séculos no mundo ocidental.

A presunção de cientificidade – de uma ciência nos moldes da epistemologia newtoniana (Wehling, 1992, p. 147; Ortega y Gasset, 1983, p. 222; Colingwood, s.d., p. 212; Braithwhite, 1965, p. 377; Popper, 1975, p. 34) – foi superada pela percepção de que resultados de investigações, como são as explicações, as teorias e os problemas, não passam mais pela “descoberta” positivista (e mais amplamente cientificista) de uma realidade preexistente perceptível em acontecimentos ou fatos cuja reconstituição corresponderia ao achamento da “verdade histórica”.

A superação da cientificidade newtoniana, contudo, não corresponde à vitória de um subjetivismo radical do discurso, pois a relação sujeito-objeto é muito mais complexa.

Nessa relação é preciso observar, desdobrando o argumento de Gardiner, que o sujeito cognoscente não é um amador que elabora a narrativa com as categorias do senso comum, mas um historiador, ou seja, um observador em tese apetrechado (ainda que autodidata) com meios intelectuais e instrumentos operacionais. Tal condição o tornará capaz de fixar estados da arte, formular perguntas e construir problemas que ampliem, por acréscimo ou ruptura (Kuhn, 1975, p. 10), o conhecimento do campo em que atua. A ampliação, resultado de seus esforços, será incorporada ao patrimônio comum do campo, quer teórica, quer empiricamente, podendo aliás ser falseada – refutada – à medida que surjam novas contribuições (Popper, s.d., p. 47).

A historicidade das relações jurídicas – como de resto dos fenômenos historicamente percebidos em geral – constitui-se assim na cambiante realidade de uma espécie de “causação circular”

- *discurso – fenômeno – discurso* -

ou, dito de outro modo e em outra chave cognitiva,

- *problema (teoria) – empiria – teoria (novo problema)* -

Essa percepção tem a vantagem de neutralizar posições essencialistas e categorias (eventualmente, conceitos) atemporais, permitindo maior aproximação do observador – o historiador do direito – com o objeto observado – as relações jurídicas contextualizadas em seu ambiente social, intelectual e moral.

Se essas questões fluem da relação do observador com seu objeto, no âmbito da história-conhecimento, *historia rerum gestarum*, outras surgem quando da análise da dinâmica desse objeto, a história-processo, *res gestae*. Entre outros, o problema da continuidade e descontinuidade.

Historicidade e dinâmica histórica: as relações jurídicas no processo histórico

As continuidades foram muitas vezes entendidas na historiografia como dominantes e variáveis principais dos processos históricos, acumulando por sedimentação diferentes camadas do passado (“legados”). No caso da história dos fenômenos jurídicos, as continuidades correspondem a pelo menos duas formas de recepção. Uma, sequencial, desdobramento dos institutos e sua eficácia social no tempo, no quadro e nos limites de uma determinada sociedade/cultura. Outra, na forma de avatar, quando os institutos ou mais propriamente a cultura jurídica são recebidos em contexto e tempo diversos. Talvez o melhor exemplo dessa segunda forma de – valha o paradoxo – “continuidade atemporal” seja o direito comum, conforme recebido na baixa Idade Média e na Idade Moderna. Na historiografia geral, o Renascimento é exemplo semelhante de recepção de valores culturais de um passado morto, que ressurgem em um contexto diverso. São avatares, contudo, que certamente não ocorrem à idêntica imagem e semelhança de si próprios, mas que se modificam a partir da recombinação de valores e expressões: não falamos de reificação, mas de historicização.

Há, porém, as descontinuidades. Associadas às inovações e às rupturas, elas envolvem graus diversos de profundidade em relação às estruturas que visam modificar: o instituto jurídico que se modifica para sancionar uma necessidade social gera novas relações sociais lato sensu e jurídicas na sua esfera de atuação; a abolição dos direitos feudais por um só ato da Assembleia Constituinte francesa em agosto de 1789 gerou a necessidade de construir uma nova sociedade e um novo direito.

A obra de Foucault chamou a atenção para o aspecto da descontinuidade do processo histórico, mas seria injusto com grandes historiadores gerais e do direito associar a crítica aos excessos da perspectiva de continuidade histórica apenas a ele, pois muitas vezes se percebeu a relevância da ruptura, e não somente nos grandes eventos emblemáticos.

Compatibilizar continuidade e descontinuidade, permanência e ruptura implica não ignorar algumas armadilhas do conhecimento. Tratando-se de fenômenos e processos históricos, a começar pela própria noção de transformação no tempo. Se tudo flui temporalmente, nada permanece numa essência imutável à Parmênides; continuidade e permanência não podem ser sinônimos de imobilidade: pensa-se em graus de continuidade/permanência, por exemplo nos tempos braudelianos: a baixa mobilidade da longa duração (portanto alta continuidade), a média mobilidade da conjuntura (portanto média continuidade), a curta duração do acontecimento (portanto baixa continuidade). Por outro lado, a ruptura não é sempre sinônimo de ruptura radical: há graus na intensidade da ruptura, como pode haver acomodações entre o substituído e o desejado.

No universo empírico da história do direito ocidental, a percepção desse processo é especialmente evidente na transição do Antigo Regime para a Ilustração e o mundo liberal-constitu-

cional. Os diferentes recortes do direito civil fornecem inúmeros exemplos de diferentes ritmos temporais coetâneos, como estudamos com dados empíricos a propósito do direito praticado no tribunal da Relação do Rio de Janeiro na segunda metade do século XVIII: tempo acelerado do direito das obrigações, atendendo ao redimensionamento das atividades econômicas do início da Revolução Industrial, tempo médio do direito das sucessões, terreno de disputas intensas e local de marchas e contramarchas, tempo lento do direito de família, submetido a quadros mentais mais resistentes à mudança (Wehling e Wehling, 2004, p. 510). Também a própria versão final do Código Civil Francês evidencia os efeitos das ambiguidades da transição (Halpérin, 1992, p. 50; Carbonnier, s.d., p. 1332) e sua aplicação posterior mostra como os magistrados às vezes invocavam simultaneamente o antigo e o novo direito (Carbonnier, s.d., p. 1349).

Se podem ocorrer composições explícitas que sintetizam elementos de continuidade e ruptura, também podem ocorrer “mascaragens”, como quando o discurso jurídico ou político afirma uma intenção, mas o objetivo visado é diferente, eventualmente o oposto. Frequentemente a inovação pode mascarar a continuidade. O exemplo mais conhecido é o da Sicília ainda Antigo Regime do século XIX como retratado no *Gattopardo*, quando Tomasi de Lampedusa faz seu personagem dizer: “se quisermos que tudo permaneça como está, é preciso que tudo mude.”

Menos corriqueiras e mais astuciosas são as situações em que o antigo fundamenta a inovação. Exemplo eloquente dessa situação é o enunciado justificativo da Lei de 18 de agosto de 1769, dita da Boa Razão, pela qual os juristas pombalinos se propõem a modernizar Portugal em relação às “nações polidas da Europa”. O objetivo era erradicar as manifestações do direito que se opunham à vontade real e conseqüentemente reforçavam os poderes concorrentes da alta nobreza e do alto clero, substituindo os últimos vestígios da monarquia absoluta “moderada” pelo absolutismo que buscava tudo nivelar ante a máquina central de poder. No entanto o discurso manifesto no preâmbulo da lei defendia o retorno à interpretação tradicional do direito conforme fora estabelecido desde fins da Idade Média e do qual jurisprudência, doutrina e leis ter-se-iam afastado.

Aqui, a recepção, percebida como a restauração ou pelo menos a valorização de aspectos do antigo, significou ruptura e não continuidade, pelo menos na intenção do agente legislativo, o Estado absolutista pela mão de Pombal.

Podemos encontrar outro exemplo recuando para a Idade Média. Ao resenhar o livro de Maurice Halbwachs sobre a memória coletiva, Marc Bloch (1998, p. 231) chamou a atenção para a força da inovação jurídica admitida como “costume imemorial” para se constituir em norma de aplicação imediata. Em suas palavras:

Quando um juiz consciencioso, um São Luís, por exemplo, procurava a verdade jurídica, seu primeiro cuidado era voltar-se para o passado e perguntar: como fizeram antes de mim? Nestas condições pareceria à primeira vista que o direito se tinha mantido imutável durante um longo espaço de tempo; ora, o caso é que, pelo contrário, evoluiu fortemente durante os séculos em questão e isso, em muitos casos, com grande rapidez. Um sem número de novidades deslizou para a alçada do costume imemorial.

O novo na armadura antiga, a inovação embutida no direito tradicional, não como um enxerto extemporâneo, mas por efeito de uma simulação ou pelo menos de uma ficção jurídica, como norma legitimamente consolidada pelo tempo.

A explicação provavelmente está na historicidade própria à norma medieval, um direito

preexistente como ordem cósmica, social e jurídica submetida a regras teológico-jurídicas imutáveis desejadas por e originadas em Deus. Seja essa a razão ou não, a evidência é a de que mesmo o par continuidade/descontinuidade ou permanência/mudança tem nuances que, se ignoradas, induzirão a erros profundos de avaliação.

Para que historicizar?

Finalmente, pode-se indagar: para que o esforço de historicização?

Para nos acercarmos mais de nosso objeto, a história do direito, podemos responder. Todo profissional das ciências sociais – e da ciência em geral – aspira compreender ou explicar seu objeto da maneira mais cabal possível, com os instrumentos teóricos e empíricos de que dispõe. Isso o leva a refletir sobre as características do objeto (sua “natureza”) e sobre as características de seu conhecimento sobre o objeto, numa dimensão muito mais elaborada do que a ingênua relação sujeito-objeto da ótica positivista (Fonseca, 2009, p. 58) – e cientificista em geral. Não será diferente com o historiador do direito, quase sempre às voltas com as sequelas do positivismo jurídico. Recuperar a historicidade do objeto é seu principal, senão único, *problema*, no sentido popperiano do conceito. Logo, as estratégias de aproximação precisam levar em conta exatamente os elementos que a definem e constituem: a história do direito nada mais é do que a compreensão da historicidade dos fenômenos jurídicos.

Referências Bibliográficas

- Blanché, R. (1972). *L'Épistémologie*. Paris, PUF.
- Bloch, Marc (1998). *História e historiadores*. Lisboa, Teorema.
- Braithwaite, R. B. (1965). *La explicación científica*. Madri, Tecnos.
- Capellini, Paolo (2002). Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di um paradigma della modernità, in Paolo Capellini e Bernardo Sordi (Ed), *Codici: una riflessione di fine millennio*, Milão, Giuffrè.
- Carbonnier, Jean (s.d.). Le Code civil, in Pierre Nora (dir.), *Les lieux de la mémoire*, Paris, Gallimard, vol. I.
- Certeau, Michel de (1969). *L'Histoire religieuse du XVIIe. Siècle. Problèmes de méthode*, in *Recherches de sciences religieuses*. Paris, Gallimard.
- Chaunu, Pierre (1971). História econômica: retrospectiva e perspectiva, in *Anais de História*, Assis.
- Chaunu, Pierre (1976). *A história como ciência social*. Rio de Janeiro, Zahar.
- Collingwood, Robert G. (s.d.). *Ciência e filosofia*. Lisboa, Presença.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba,

Juruá.

Gardiner, Patrick (1961). *The nature of historical explanation*. Londres, OUP.

Grossi, Paolo (2008). Para além do subjetivismo jurídico moderno, in Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Cerqueira Leite Seelaender (orgs.), *História do direito em perspectiva – do Antigo Regime à modernidade*. Curitiba, Juruá.

Halpérin, Jean-Louis (1992). *L'Impossible Code Civil*. Paris, PUF.

Hartog, François (2003). *Régimes d'historicité, présentisme et expériences du temps*. Paris, Seuil.

Heidegger, Martin (1986). *Sein und Zeit*, Tübingen, M. Niemeyer.

Hespanha, Antonio Manuel (1992). *Poder e instituições no Antigo Regime*. Guia de estudo, Lisboa, Cosmos.

Jaspers, Karl (1974). *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo, Cultrix.

Koselleck, Reinhart (1967). *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, *Archiv für Begriffsgeschichte*, vol. XI.

Koselleck, Reinhart (1979). *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt.

Koselleck, Reinhart (1992). Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*, FGV, n. 10.

Kuhn, Thomas (1975). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.

Maravall, José Antonio (1967). Teoria del saber histórico, *Revista de Occidente*, Madri.

Ortega y Gasset, José (1970). *História como sistema*. Madri, El Arquero.

Ortega y Gasset, José (1983). El sentido histórico de la teoría de Einstein, in *El tema de nuestro tiempo*, *Obras Completas*. Madri, Alianza.

Pocock, J. G. A. (2002). *Virtue, commerce and history*. Cambridge, CUP.

Pocock, J. G. A. (2004). *The ancient constitution and the feudal law, a reissue with a retrospecto*. Cambridge, CUP.

Popper, Karl R. (1975). *Conhecimento objetivo*. São Paulo, Edusp-Itatiaia.

Popper, Karl R. (1975). *A lógica da investigação científica*. São Paulo, Edusp-Itatiaia.

Popper, Karl R. (s.d.). *Conjeturas e refutações*. Brasília, UNB.

Ricoeur, Paul (1968). *História e verdade*. Rio de Janeiro, Forense.

Ricoeur, Paul (2007). *A memória, a história e o esquecimento*. Campinas, Unicamp.

Seelaender, Airton Cerqueira Leite (2017). *A história do direito contemporâneo: um*

projeto possível?, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 36, ago. 2017.

Stolleis, Michael (2020). *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* São Paulo, Contracorrente.

Veyne, Paul (1972). *Como se escreve la historia, ensaio de epistemologia*. Madri, Fragua.

Wehling, Arno (1981). História e valoração – a propósito de Nietzsche. *Convivência*, vol. 5.

Wehling, Arno (1992). Fundamentos e virtualidades da epistemologia da história. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, FGV, n. 10.

Wehling, Arno (2001). *A invenção da história – estudos sobre o historicismo*. Rio de Janeiro, UFF-UGF.

Wehling, Arno; Wehling, Maria José (2004). *Direito e justiça no Brasil colonial – o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Renovar.

White, Hayden (1992). *Meta-História. A imaginação histórica do século XIX*. São Paulo, Edusp.

White, Hayden (1995). Response to Arthur Marwick. *Journal of contemporary history*, vol 30, n. 2.

Data de Recebimento: 26/04/2021

Data de Aprovação: 05/05/2021