

HISTÓRIA DO DIREITO

Cidades Invisíveis no Império do Direito Cautelas de método para a História do Direito

Invisible Cities in the Empire of Law
Methodological precautions for Legal History

Walter Guandalini Junior¹

¹ Universidade Federal do Paraná. ORCID: 0000-0003-2426-3326.

RESUMO

O presente artigo deseja contribuir para fortalecer a densidade de um ente que tem se mostrado nebuloso para a pesquisa historiográfica: o direito. Partindo do alicerce fundamental já estabelecido pelos fundadores da História do Direito (a premissa de que “o direito importa”), e levando em consideração as dificuldades enfrentadas pelos historiadores da área para delimitá-lo como objeto de pesquisa específico, pretende-se indicar locais onde as pistas jurídicas sejam mais palpáveis, e apresentar ferramentas úteis à sua identificação e à compreensão do seu significado – ressaltando-se especialmente a alteridade radical das ordens jurídicas construídas pelas sociedades de nosso passado. Afinal, se pertence ao objeto o poder de definir o método, a História precisa manter o seu espaço metodológico aberto: será o próprio direito do passado a nos dizer o que ele é, e onde poderemos encontrá-lo. Mas para que isso ocorra faz-se necessária uma abordagem metodológica que evite essencialismos, e esteja disposta a escutar as várias manifestações do fenômeno jurídico em seu tríplice aspecto: como discurso, como poder e como ordenamento.

Palavras-chave: história do direito; teoria da história; metodologia da pesquisa em história do direito.

ABSTRACT

This paper should contribute to strengthen the density of an entity that has been proven to be misty for historical research: Law. Taking as premise that “Law matters”, and considering the obstacles faced by legal historians when trying to establish their specific research object, this paper points to places where legal clues may be considered more palpable, and presents tools which may be deemed useful to its identification and understanding – concurrently highlighting the radical alterity of past legal orders. After all, if the research object holds the power to define the research method, History must keep its methodological space open: it will be past Law itself to tell us what it is, and where it can be found. But for this to happen a special methodological approach is needed: one that is able to avoid essentialistic interpretations, and that is willing to perceive the various manifestations of legal phenomena in its threefold aspect: as discourse, as power, as order.

Keywords: legal history; theory of history; research methods in legal history.

1. Em Busca das Cidades Invisíveis

No clássico de Calvino *As Cidades Invisíveis* (1990) Marco Polo se vê obrigado a descrever ao grande Kublai Khan as maravilhas do seu império desconhecido. Mas como comunicar ao Khan a natureza inapreensível das suas cidades? Como narrar a incomensurável complexidade da experiência? O trabalho é difícil, especialmente quando, como Polo, viajamos com a cabeça voltada para trás, sempre olhando para a Veneza implícita que nos permite distinguir as qualidades das novas cidades que conhecemos (Calvino, 1990:86). No entanto, não viajamos apenas para rever Veneza. Como fazer então para, apesar do nosso olhar viciado, sermos capazes de enxergar a peculiaridade dos minaretes, a excentricidade das palafitas, a magnificência dos palácios de cristal? Como perceber a névoa dessas cidades etéreas, se é sempre Veneza que descrevemos, quando descrevemos as cidades que visitamos?

O explorador precisa ser capaz de responder a essas perguntas, se deseja ter alguma possibilidade de conhecer as cidades que visita em terra estrangeira. E são idênticas as perguntas que devem ser respondidas pelo historiador do direito, se deseja ser capaz de enxergar as cidades invisíveis do seu império etéreo, apesar do espelho sólido que insiste em se interpor e refletir, do passado, o seu próprio olhar a observar-se do presente. Este breve ensaio pretende contribuir para, por um lado, esvaecer esse espelho que nos devolve impassível nosso próprio olhar, apesar dos esforços que fazemos para enxergarmos através dele; e, por outro, aumentar a densidade das brumas do nosso objeto, apresentando ferramentas que nos auxiliem a fixar o olhar nas coisas invisíveis que estudamos.

O trabalho não é simples. Afinal, se o debate sobre a autonomia disciplinar da História do Direito pode conduzir à tola resposta de que ela decorre da delimitação de seu objeto de estudo particular – o próprio direito, ora! –, menos óbvio é determinar em que consiste exatamente, e onde pode ser encontrado esse objeto. A tarefa se torna especialmente árida quando o pesquisador, consciente dos riscos da jornada, se impõe o dever de evitar o atraente precipício das duas respostas mais cômodas à sua disposição: a *resposta materialista*, que dilui o direito no oceano empírico do “social”, e a *resposta idealista*, que erige como essência do jurídico o legalismo transcendentalizado de sua versão moderna.

Apesar de parecerem soluções fáceis à pergunta sobre o objeto da História do Direito, ambas versões do etnocentrismo jurídico são obstáculos ao seu desenvolvimento. Por um lado, a resposta materialista conduz ao abandono da peculiaridade jurídica, privilegiando uma explicação contextual que afoga o direito no social. A História do Direito se transforma em História das Instituições Jurídicas, produzindo uma explicação economicista do passado jurídico e tomando-o como reles implicação de fenômenos sociais autônomos; o amálgama entre ser e dever-ser ofusca a autoimagem jurídica edificada pelas sociedades do passado, ao mesmo tempo em que projeta sobre elas modelos explicativos típicos do capitalismo industrial e do estruturalismo moderno.

Por outro lado, a resposta idealista isola o direito na transcendentalidade da norma jurídica, imunizando-o de qualquer contato com as impurezas do real. A História do Direito se apresenta como História das Leis, e acaba por ignorar a realidade do direito como fenômeno de ordenação social em nome de uma pureza ontológica inexistente. Buscar a história do direito na supremacia da lei é tentar encontrar no passado o modelo de absolutismo jurídico que caracteriza as formações jurídicas da modernidade, e renunciar à possibilidade de compreensão de

outras formas de organização social distintas da nossa, talvez até mesmo não-jurídicas. Também este um grave anacronismo a projetar no passado as concepções jurídicas do presente.

O beco sem saída teórico conduz a um problema prático a exigir resposta clara por parte do historiador do direito: afinal de contas, onde buscar o direito do passado? Qual é a natureza do direito, qual é o seu *locus*, sobre que aspectos da vida social devo me debruçar para compreender este objeto etéreo, e descobrir como se organizavam juridicamente os nossos antepassados? Em suma: como descrever as cidades invisíveis do Império de nosso passado jurídico?

Como se vê, esse é um difícil obstáculo: afinal, se tivermos um conceito de direito muito restrito, não seremos capazes de enxergá-lo em sociedades distintas, e que tenham uma concepção de direito distinta da nossa; mas por outro lado, se tivermos um conceito de direito muito amplo, há sempre o risco de que ele se dilua no corpo da história geral, e com isso percamos a especificidade do nosso objeto.

Desse modo, a definição do objeto de pesquisa da história do direito não permite resposta *a priori*, mas somente uma recomendação metodológica bastante genérica: o historiador do direito deve manter a mente suficientemente aberta para ser capaz de perceber as várias manifestações do jurídico ao longo do tempo, ao mesmo tempo sem perder de vista a especificidade do seu objeto de estudo específico. Isso significa pressupor uma concepção suficientemente flexível de direito, que seja capaz de abarcar outras manifestações distintas do legalismo estatalista que caracteriza o direito da nossa sociedade, mas também não perder de vista a especificidade normativa e sancionadora que distingue o direito de outras formas de produção cultural e convívio social.

Em outras palavras: uma viagem de exploração como a realizada por Marco Polo não pode contar com mapas; pois se não conhecemos o território a ser explorado, não temos como saber de antemão aonde desejamos chegar, ou o caminho que nos conduzirá até lá. Restam-nos os instrumentos de navegação: a bússola, o astrolábio, o quadrante, que se não podem nos dizer aonde chegaremos, ao menos nos auxiliam a mantermo-nos na direção correta durante todo o trajeto da viagem.

Se pertence ao objeto o poder de definir o método, a História precisa manter o seu espaço metodológico aberto: será o próprio direito do passado a nos dizer o que ele é; será ele próprio a nos dizer onde encontrá-lo. Mas para que isso ocorra precisamos da orientação teórica adequada, capaz de nos conduzir pelas brumas do passado sem asfaltar as trilhas por onde passamos. Essa deverá ser uma abordagem que evite essencialismos, menos preocupada em definir o que o direito é, e mais em compreender de que modo ele se apresenta em um contexto histórico específico. Em suma, uma concepção que seja capaz de libertar o direito das grandes unidades significativas, e que o aborde primeiramente a partir de sua unidade mais fundamental: como acontecimento discursivo.

2. Tamara: direito e discurso

Caminha-se por vários dias entre árvores e pedras. Raramente o olhar se fixa numa coisa, e, quando isso acontece, ela é reconhecida pelo símbolo de alguma outra coisa: a pegada na areia indica a passagem de um tigre; o pântano anuncia uma veia de água; a flor do hibisco, o fim do inverno. O resto é mudo e intercambiável — árvores e pedras são apenas aquilo que são.

Finalmente, a viagem conduz à cidade de Tamara. Penetra-se por ruas cheias de placas que pendem das paredes. Os olhos não veem coisas mas figuras de coisas que significam outras coisas: o torquês indica a casa do tira-dentes; o jarro, a taberna; as alabardas, o corpo de guarda; a balança, a quitanda. Estátuas e escudos reproduzem imagens de leões delfins torres estrelas: símbolo de que alguma coisa — sabe-se lá o quê — tem como símbolo um leão ou delfim ou torre ou estrela. Outros símbolos advertem aquilo que é proibido em algum lugar — entrar na viela com carroças, urinar atrás do quiosque, pescar com vara na ponte — e aquilo que é permitido — dar de beber às zebras, jogar bocha, incinerar o cadáver dos parentes. Na porta dos templos, veem-se as estátuas dos deuses, cada qual representado com seus atributos: a cornucópia, a ampulheta, a medusa, pelos quais os fiéis podem reconhecê-los e dirigir-lhes a oração adequada. Se um edifício não contém nenhuma insígnia ou figura, a sua forma e o lugar que ocupa na organização da cidade bastam para indicar a sua função: o palácio real, a prisão, a casa da moeda, a escola pitagórica, o bordel. Mesmo as mercadorias que os vendedores expõem em suas bancas valem não por si próprias mas como símbolos de outras coisas: a tira bordada para a testa significa elegância; a liteira dourada, poder; os volumes de Averróis, sabedoria; a pulseira para o tornozelo, voluptuosidade. O olhar percorre as ruas como se fossem páginas escritas: a cidade diz tudo o que você deve pensar, faz você repetir o discurso, e, enquanto você acredita estar visitando Tamara, não faz nada além de registrar os nomes com os quais ela define a si própria e todas as suas partes.

Como é realmente a cidade sob esse carregado invólucro de símbolos, o que contém e o que esconde, ao se sair de Tamara é impossível saber. Do lado de fora, a terra estende-se vazia até o horizonte, abre-se o céu onde correm as nuvens. Nas formas que o acaso e o vento dão às nuvens, o homem se propõe a reconhecer figuras: veleiro, mão, elefante... (Calvino, 1990, p. 14).

A cidade de Tamara é composta de símbolos, e o que existe por trás deles é impossível saber. É da natureza do etéreo império jurídico se constituir como linguagem, relação simbólica de enunciados fragmentários que se interconectam em uma racionalidade peculiar, conforme uma sintática não-semântica, para a formação de uma ordem discursiva que prescinde de quaisquer conteúdos para se afirmar como portadora de uma materialidade própria – se é que tais conteúdos existem, se é que jamais poderão existir.

A ideia foucaultiana de acontecimento discursivo (Foucault, 2005, p. 30) permite que compreendamos os enunciados em sua instância própria, estabelecendo as condições para a apreensão de outras formas de regularidade e a descrição de novas unidades para além daquelas tomadas como auto-evidentes (a tradição, a influência, a evolução, a mentalidade, a obra, a escola, o autor etc.). A suspensão das regularidades abre o espaço para a descrição de todos os enunciados em sua dispersão de acontecimentos efetivos, permitindo a superação de todas as práticas inúteis de sistematização de idéias mortas e palavras jamais proferidas.

Neste novo domínio, liberado pelo esvaziamento dos significados *a priori*, a arqueologia torna transparentes os conteúdos do discurso, abrindo a possibilidade de que olhemos através deles para enxergarmos os sistemas de dispersão que constituem uma formação discursiva determinada. O discurso, então, não será mais definido pela identidade do objeto, pela forma comum, pela repetição dos conceitos ou pela persistência dos temas, mas pelas condições a que tais elementos estão submetidos ao serem empregados em uma prática discursiva concretamente existente. A atenção se desloca do *conteúdo das produções* discursivas para as *regras de formação* discursiva, compreendendo-se que os elementos do discurso não lhe preexistem, mas são resultado de um feixe complexo de relações que limitam e estabelecem as condições de sua aparição empírica.

Desse modo, o objeto da análise discursiva deixa de ser o conteúdo proferido para se tornar o próprio enunciado, não como suporte, ou estrutura, mas como função de existência “que cruza um domínio de estruturas e de unidades possíveis e que faz com que apareçam, com conteúdos concretos, no tempo e no espaço” (Foucault, 2005, p. 98). O elemento básico da análise discursiva não é, portanto, um objeto de fala proferido por um sujeito em um contexto determinado por meio de um suporte material; menos que um pedaço de discurso, o enunciado é uma função, que estabelece as condições de possibilidade do objeto discursivo, fixa as regras para a ocupação da posição de sujeito do discurso, delimita o campo enunciativo no interior do qual o enunciado se situa e define o regime de materialidade que o constitui.

Uma concepção como essa é extremamente instigante para a pesquisa em História do Direito. Afinal, ao tratar o discurso jurídico como função, permite escapar do falso dilema entre a explicação materialista e a explicação transcendental do direito, indicando a estreita trilha pela qual se pode escapar tanto do simplismo normativista da História das Fontes e da Dogmática quanto da armadilha economicista da História Social e Institucional – que de maneiras diferentes tomam o discurso jurídico como mero efeito de causas ontológicas preexistentes, como a “justiça”, a “razão”, a “política”, a “economia”... Uma vez que o enunciado só pode se referir a coisas ditas, ele não é oculto; a análise enunciativa se mantém fora de qualquer interpretação, não pergunta ao discurso o que ele esconde, mas de que modo ele existe e quais são as regras que presidem o seu pronunciamento. Por outro lado, ele tampouco é visível; o nível enunciativo está no limite da linguagem, exigindo uma certa conversão do olhar para que possa ser percebido nas margens entre o dito e o não-dito (como relé que os distingue e os separa).

Sabemos melhor do que ninguém, como Polo, como Kublai, que “jamais se deve confundir uma cidade com o discurso que a descreve. Contudo, existe uma ligação entre eles”, pois “a mentira não está no discurso, mas nas coisas” (Calvino, 1990, p. 38). Assim, recuperar a função enunciativa do discurso jurídico significa aumentar a sua densidade como elemento material passível de explicação autônoma, sem renunciar à sua natureza essencialmente discursiva, nem cair na falácia de uma ordem jurídica transcendental. O objeto de pesquisa por excelência da História do Direito deixa de ser o texto normativo ou a realidade social subjacente, e o foco passa a ser direcionado para o próprio discurso jurídico, como conjunto de enunciados organizado a partir de regras de agrupamento e dispersão que lhe são próprias, e que variam no tempo e no espaço. O direito não perde, com isso, o seu caráter etéreo; mas adquire uma espessura própria, cujas variações cabe à História do Direito descrever.

A descrição de uma formação jurídica histórica será, então, compreendida como a análise de um conjunto de *performances* verbais, de práticas discursivas que definem a positividade de um discurso jurídico, e que concebe a si próprio como especificamente jurídico. Esta, por sua vez, desempenha o papel de um *a priori* histórico, que estabelece as condições de emergência dos enunciados jurídicos em um período particular. Trata-se, em suma, de desenvolver uma dispersão que nunca se pode conduzir a um sistema único de diferenças, e que não se relaciona a eixos absolutos de referência; trata-se de operar um descentramento que não permite privilégio a nenhum centro; trata-se de mostrar que falar já é fazer alguma coisa.

Uma História do Direito realmente preocupada em compreender o seu objeto de estudo específico, em vez de o tomar como mero efeito de outras causas mais complexas e importantes, tem muito a ganhar com o reconhecimento da natureza discursiva do fenômeno jurídico e com uma análise arqueológica voltada à descrição de sua função enunciativa. O estudo das condições de possibilidade discursivas das organizações jurídicas do passado permite um passo além do

mero catálogo de regras e institutos, sem ultrapassar os limites do especificamente jurídico para desaguar no econômico e no social: uma pesquisa desse tipo permite identificar a materialidade do discurso jurídico efetivamente em ação no contexto histórico estudado, apontando as regras que presidem a sua formação e o seu emprego prescritivo na sociedade de que faz parte, assim como os limites no interior dos quais é obrigado a se movimentar para gerar os efeitos desejados na organização social a que se refere.

Se o discurso tem materialidade própria, e se falar já é fazer alguma coisa, a História do Direito não pode se contentar em somente apresentar o conteúdo do discurso jurídico ou denunciar as suas causas sociais remotas. É preciso conhecer o sistema de regras que regula essa produção discursiva, e compreender o seu emprego concreto como instrumento de ação sobre a realidade.

3. Zaíra: direito e poder

Inutilmente, magnânimo Kublai, tentarei descrever a cidade de Zaíra dos altos bastiões. Poderia falar de quantos degraus são feitas as ruas em forma de escada, da circunferência dos arcos dos pórticos, de quais lâminas de zinco são recobertos os tetos; mas sei que seria o mesmo que não dizer nada. A cidade não é feita disso, mas das relações entre as medidas de seu espaço e os acontecimentos do passado: a distância do solo até um lampião e os pés pendentes de um usurpador enforcado; o fio esticado do lampião à balaustrada em frente e os festões que empavesavam o percurso do cortejo nupcial da rainha; a altura daquela balaustrada e o salto do adúltero que foge de madrugada; a inclinação de um canal que escoar a água das chuvas e o passo majestoso de um gato que se introduz numa janela; a linha de tiro da canhoneira que surge inesperadamente atrás do cabo e a bomba que destrói o canal; os rasgos nas redes de pesca e os três velhos remendando as redes que, sentados no molhe, contam pela milésima vez a história da canhoneira do usurpador, que dizem ser o filho ilegítimo da rainha, abandonado de cueiro ali sobre o molhe.

A cidade se embebe como uma esponja dessa onda que reflui das recordações e se dilata. Uma descrição de Zaíra como é atualmente deveria conter todo o passado de Zaíra. Mas a cidade não conta o seu passado, ela o contém como as linhas da mão, escrito nos ângulos das ruas, nas grades das janelas, nos corrimãos das escadas, nas antenas dos para-raios, nos mastros das bandeiras, cada segmento riscado por arranhões, serradelas, entalhes, esfoladuras (Calvino, 1990, p. 12).

Se Tamara é inteira discurso, Zaíra é incomunicável. Não porque seja impossível descrever a quantidade de degraus das suas escadas, ou o zinco que recobre os seus telhados, mas porque a cidade não é feita de escadas e telhados. As urnas das palavras e os féretros dos símbolos apenas podem acolher as cinzas em repouso de um império já morto, mas o império do direito é um império vivo, e é sempre de vida que ele é feito: dos acontecimentos do seu passado, das experiências dos que nele vivem, das ações que modificam as suas fronteiras. Um império vivo não é capaz de contar o seu passado, mas o contém.

Todo discurso depende de uma estrutura material que assegure a sua produção e circulação, em uma rede microfísica de saber-poder que torna inseparáveis o enunciado discursivo e os seus efeitos políticos. Isso é especialmente verdadeiro para o direito, que apesar da sua natureza essencialmente discursiva, não é um discurso como outro qualquer (o artístico, ou o científico),

pois é produzido com o objetivo explícito de gerar efeitos constitutivos e transformadores da realidade à qual se aplica, contando com um forte suporte institucional criado somente para dar apoio a tais efeitos constitutivos. A análise discursiva deve então ser complementada por uma analítica do poder que compreenda as relações entre o discurso jurídico e os efeitos concretos por ele gerados, o que permite conceber a realidade histórica como a reconfiguração constante de um campo de batalhas plural e imanente, no interior do qual se enfrentam, através do direito, posições de força variáveis e intercambiantes.

A noção foucaultiana de acontecimento também pode dar uma contribuição inestimável para a análise das funções políticas desempenhadas pelo direito na história, na medida em que proclama a necessidade de se abandonar qualquer critério de ‘interpretação’ unívoca, causal e sistemática do real, em prol da utilização de uma lógica estratégica de conexão do heterogêneo que seja capaz de, pelo método genealógico, estabelecer as conexões possíveis entre termos sem relação entre si e que permanecem sem relações mesmo após essas conexões, mantendo o acontecimento na dispersão que lhe é própria (Foucault, 2004b, p. 44). Assim se escapa dos vários métodos que, ao estudar a sociedade e o direito, resultam no condicionamento exaustivo de um pelo outro, pois o acontecimento permanece autônomo em sua peculiaridade, e se descarta a análise de causalidade em nome da valorização da pluralidade de forças em combate.

O método genealógico protege o acaso do acontecimento, impedindo a sua dissolução no interior de uma continuidade ideal; assim, o faz ressurgir em sua singularidade, reintroduzindo o descontínuo em nosso próprio ser. O acontecimento é o momento de ruptura, o acidente que dá início a mais um dos inumeráveis recomeços, a emergência de um novo equilíbrio de forças em um novo sistema de submissão. É um momento crucial de ruptura no tecido histórico, impossível de ser compreendido em conexão com outros eventos, mas que, apesar disso, compõe com eles seus efeitos de forma global e aleatória. Desse modo, permite substituir a análise da ‘causalidade’ histórica pela compreensão da ‘casualidade’ na história, revelando o presente como apenas mais uma das múltiplas virtualidades e possibilidades do passado.

Tradicionalmente, as pesquisas preocupadas com os efeitos políticos gerados pelo discurso jurídico tendem a abordar o direito a partir do exterior: ao analisarem um ordenamento ou uma norma jurídica quaisquer, buscam compreender quais são as suas motivações escondidas, quais são os seus reais objetivos econômicos, políticos e sociais. O método atrai, pois permite enxergar por trás da norma os interesses ocultos a que ela atende, e tratar o direito como construto social. No entanto, acaba reduzindo o direito a mera manifestação de superfície de questões mais profundas, deixando de lado o próprio direito para se preocupar apenas com os aspectos econômicos, políticos e sociais do objeto de pesquisa. Por outro lado, o esquema ontológico-positivista preenche de discussões intermináveis sobre a natureza jurídica e o fundamento constitucional de um tema qualquer não passa de alavanca inerte, cuja importância é dependente do seu acionamento prático durante o conflito.

Se o império do direito é feito da “linha de tiro da canhoneira” e da “bomba que destrói o canal”, é importante recordar que quem manobra o canhão e lança a bomba não é o químico, o físico ou o engenheiro, mas o soldado raso que emprega as técnicas necessárias ao acionamento de suas armas. Não devemos perder tempo, então, com o exame das peculiaridades específicas de sua composição química, mas analisar as alavancas utilizadas pelas partes em luta para combater o inimigo, o que permite compreender de que modo e com que finalidades o discurso jurídico pode ser utilizado em um conflito social concreto.

Para enxergar as práticas de poder existentes nos interstícios das normas jurídicas é preciso tratar o direito como acontecimento, o que nos permite compreender as especificidades de um acontecimento jurídico qualquer em relação aos diversos outros casos abstratamente previstos pela norma que o fundamenta, começando pela mais óbvia: a sua existência enquanto possibilidade real, e a sua capacidade de veicular práticas reais de poder. Vistos como acontecimento, as práticas jurídicas e o discurso jurídico podem ser compreendidos como aquilo que de fato são: ponto de ruptura, “uma relação de forças que se inverte, um poder confiscado, um vocabulário retomado e voltado contra seus utilizadores, uma dominação que se enfraquece [...] e outra que faz sua entrada mascarada” (Foucault, 2004a, p. 28).

O direito está irremediavelmente imerso no tecido social, e apenas pode ser compreendido em relação com as outras formas de manifestação de poder, que não apenas lhe atribuem uma posição específica na sociedade de que faz parte como também o colonizam, instrumentalizando-o para o cumprimento de funções que não estavam explicitamente previstas no texto jurídico. Assim, o direito não é apenas, como desejava Ihering (2004), aquilo *pelo quê* se luta para obter a paz; é, antes de tudo, aquilo *com o quê* se luta para vencer a guerra.

4. Fedora: direito e ordem

No centro de Fedora, metrópole de pedra cinzenta, há um palácio de metal com uma esfera de vidro em cada cômodo. Dentro de cada esfera, vê-se uma cidade azul que é o modelo para uma outra Fedora. São as formas que a cidade teria podido tomar se, por uma razão ou por outra, não tivesse se tornado o que é atualmente. Em todas as épocas, alguém, vendo Fedora tal como era, havia imaginado um modo de transformá-la na cidade ideal, mas, enquanto construía o seu modelo em miniatura, Fedora já não era mais a mesma de antes e o que até ontem havia sido um possível futuro hoje não passava de um brinquedo numa esfera de vidro.

Agora Fedora transformou o palácio das esferas em museu: os habitantes o visitam, escolhem a cidade que corresponde aos seus desejos, contemplam-na imaginando-se refletidos no aquário de medusas que deveria conter as águas do canal (se não tivesse sido dessecado), percorrendo no alto baldaquino a avenida reservada aos elefantes (agora banidos da cidade), deslizando pela espiral do minarete em forma de caracol (que perdeu a base sobre a qual se erguia).

No atlas do seu império, ó Grande Khan, devem constar tanto a grande Fedora de pedra quanto as pequenas Fedoras das esferas de vidro. Não porque sejam igualmente reais, mas porque são todas supostas. Uma reúne o que é considerado necessário, mas ainda não o é; as outras, o que se imagina possível e um minuto mais tarde deixa de sê-lo (Calvino, 1990, p. 24).

O império do Khan não é feito apenas de cidades reais, compostas com palavras ou prenes de acontecimentos. Também o compõem a profusão de cidades imaginadas, a miríade de esferas azuis que contêm aquilo que a cada momento se imagina possível, para logo em seguida deixar de o ser. Não porque essas visões fugazes do futuro sejam igualmente reais mas, pelo contrário, porque são igualmente supostas, e como mera suposição testemunham a pluralidade de projetos que, de uma forma ou de outra, também constroem o presente, e também fazem parte do passado.

Se o império do direito é feito de acontecimentos, com consequências concretas no mundo real, ele também é realidade cultural, a traduzir as concepções valorativas e ordenadoras mais

enraizadas de uma sociedade histórica – tanto ao exercer funções instituintes quanto ao consolidar o já instituído, fundindo-se nele as forças vivas dos movimentos sociais. Como explica Paolo Grossi (2005a), o Direito não é apenas poder, mas também *ordenamento*, no sentido de que não se submete integralmente à vontade do poder, mas reflete idealmente a organização ordenatória construída pela própria sociedade, espelhando-a em todas as suas facetas.

Se é assim, um método estritamente “realista” não será suficiente para a compreensão do jurídico em toda a sua complexidade. O Direito deve ser imaginado no meio das relações de interlocução e demandas de reconhecimento que formam a trama do tecido social, devendo ser compreendido de forma narrativa, como conjunto de historietas costuradas por “juristas rapsodos” (Ost, 2005, p. 55). Como narrativa, o direito não se limita a descrever e prescrever uma realidade estável, mas também descreve, interpreta e cria realidades imaginárias – testemunhando que o real é apenas uma modalidade do possível.

Deve-se compreender, porém, que a ênfase no caráter imaginário do Direito não se refere apenas à criatividade do jurista no momento hermenêutico, ou à sua capacidade de rebelar-se contra o formalismo e reconstruir a interpretação jurídica a partir do texto dado; uma visão como essa apenas reeditaria as dicotomias anteriores, invertendo os termos em relação sem reformular a própria relação. Como reclama Costa (1997), a pesquisa jus-historiográfica precisa recusar a lógica que governa a relação de oposição entre conhecimento e imaginação, reiterando o caráter criativo de toda e qualquer construção jurídica, e reconhecendo este caráter criativo ao se aproximar do discurso jurídico do passado.

As variadas releituras do Direito Romano são sempre o exemplo a ser lembrado, por demonstrar que o discurso jurídico não desempenha uma função apenas descritiva – quer essa descrição se refira ao objeto empírico da ciência (a regra prescritiva), quer se refira à realidade empírica em que tal objeto existe (as relações de poder). Além dela, o direito atua também como intervenção-projeto, com a intenção de construir uma realidade vista apenas como possibilidade para o futuro. Ao agir dessa forma o discurso jurídico seleciona da realidade confusa de interação social alguns poucos fragmentos, graças aos quais a confusão de conflitos é devolvida a uma narrativa que os expõe como momentos de uma ordem completa, o que possibilita enxergar a ordem em um mundo onde ela não existe, situando-a em uma temporalidade determinada de estabilidade ou transformação.

Não se trata, porém, de mera ideologia; o jurista não mente sobre aquilo que enxerga, nem se engana ao ver na realidade algo que não existe. De fato, ao enxergar a ordem em meio ao caos, o jurista efetivamente cria a ordem, assim como o escritor inventa a ordem em meio ao caos de personagens e acontecimentos da história que conta. Não é, portanto, um mentiroso ou um mistificador; o jurista é sempre um visionário, um profeta. O saber jurídico não se limita a ocultar a realidade objetiva, mas a codifica simbolicamente ao ordenar o conjunto de significados esparsos em um sistema lógico coerente que traduz as intenções de organização e transformação do próprio grupo social a que se refere.

Percebe-se, então, que para se compreender adequadamente a relação entre Direito e imaginação é necessário assimilar o discurso jurídico ao discurso literário, tratando-o como código de significados que traduz as concepções sociais acerca da realidade para uma linguagem específica. Ele não prescreve ações, mas escreve roteiros, que indicam ao personagem os modos como deve se comportar – sem lhe retirar, contudo, uma ampla margem de improvisação. Reconhecer este fato não significa retirar do Direito a sua força prescritiva, mas atribuir ao saber jurídico um método adequado para se compreender exatamente como essa força prescritiva

se exerce: não como restrição à liberdade de ação, mas como orientação para a ação; não como limitação de possibilidades, mas como criação de possibilidades; não como descrição analítica do real, mas como criação narrativa de novas realidades.

A adoção dessa perspectiva pela História do Direito permitirá compreender um aspecto das ordens jurídicas do passado que é inevitavelmente negligenciado pelas análises formalistas e economicistas: a sua realidade como narrativa literária, o que significa que ele atua simultaneamente como síntese simbólica estabilizadora das aspirações sociais de uma organização social e como projeto de (imagin-)ação transformador para a sociedade que se desejava construir.

Conclusão

Temos, assim, um conjunto de instrumentos de navegação teórico-metodológicos que podem ter alguma utilidade durante as incursões do historiador do direito ao passado jurídico. É claro, tudo isso são apenas indicações metodológicas, sugestões de instrumentos úteis para quem os deseje usar. Mas o império do Khan é interminável, as suas cidades são inumeráveis, e a sua substância é invisível. Diante das dificuldades de cartografia desse império, e do risco sempre presente da sua condenação ao frio estático do limbo metafísico, ou de sua destruição nas chamas do inferno materialista, o historiador do direito tem, como Polo, duas maneiras de não sofrer, mas apenas uma de permanecer vivo – ainda “historiador” e ainda “do direito”: tentar reconhecer quem e o que, no meio da história, é direito, e preservá-lo, e abrir espaço.

O Grande Khan já estava folheando em seu atlas os mapas das ameaçadoras cidades que surgem nos pesadelos e nas maldições: Enoch, Babilônia, Yahoo, Butua, Brave New World.

Disse:

— É tudo inútil, se o último porto só pode ser a cidade infernal, que está lá no fundo e que nos suga num vórtice cada vez mais estreito.

E Polo:

— O inferno dos vivos não é algo que será; se existe, é aquele que já está aqui, o inferno no qual vivemos todos os dias, que formamos estando juntos. Existem duas maneiras de não sofrer. A primeira é fácil para a maioria das pessoas: aceitar o inferno e tornar-se parte deste até o ponto de deixar de percebê-lo. A segunda é arriscada e exige atenção e aprendizagem contínuas: tentar saber reconhecer quem e o que, no meio do inferno, não é inferno, e preservá-lo, e abrir espaço (Calvino, 1990:99).

Referências Bibliográficas

- Adorno, Theodor (2001). *Epistemología y ciencias sociales* (trad. Vicente Gómez). Madrid: Cátedra.
- Calvino, Ítalo (1990). *As Cidades Invisíveis* (trad. Diogo Mainardi). São Paulo: Companhia das Letras.
- Costa, Pietro (1997). Conocimiento vs. Imaginación: un apunte introductorio, *in*: Petit, Carlos. *Pasiones del Jurista; amor, memória, melancolia, imaginación*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, p. 163-190.

- Costa, Pietro (2010). Para que serve a História do Direito? Um Humilde Elogio da Inutilidade, *in: Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, p. 63-80.
- Deleuze, Gilles (1992). *Foucault* (trad. Claudia Sant'Anna Martins). 1ª ed., 5ª reimpr. São Paulo: Brasiliense.
- Dreyfus, Hubert L.; Rabinow, Paul (2010). *Michel Foucault – uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica* (trad. Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Fonseca, Márcio Alves (2002). *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Max Limonad.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2006). Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na Segunda Metade do Século XIX, *in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 35. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, p. 339-371.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2012). O Deserto e o Vulcão – reflexões e avaliações sobre a História do Direito no Brasil, *in: Forum Historiae Iuris – Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, disponível em 20 de junho de 2012 em <<http://www.forhistiur.de/zitat/1206fonseca.html>>.
- Foucault, Michel (2000). *Em Defesa da Sociedade* (Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes.
- Foucault, Michel (2001a). *A Ordem do Discurso* (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio). 7ª ed. São Paulo: Loyola.
- Foucault, Michel (2001b). *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes). Rio de Janeiro: Nau.
- Foucault, Michel (2002). *Vigiar e Punir* (trad. Raquel Ramalhete). 28ª ed. Petrópolis: Vozes.
- Foucault, Michel (2003). *Ditos e Escritos IV: estratégias, saber-poder* (org. Manuel Barros da Motta; trad. Vera Lúcia Avellar Ribeiro). Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Foucault, Michel (2004a). *Microfísica do Poder* (trad. Roberto Machado). 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal.
- Foucault, Michel (2004b). *Naissance de la Biopolitique*. Lonrai: Gallimard/Seuil.
- Foucault, Michel (2004c). *Securité, Territoire, Population*. Lonrai: Gallimard/Seuil.
- Foucault, Michel (2005). *A Arqueologia do Saber* (trad. Luiz Felipe Baeta Neves). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- Guandalini Jr., Walter (2007). O Direito como Acontecimento, *in: EOS – Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2007. Curitiba: Dom Bosco, p. 108-114.

- Guandalini Jr., Walter (2010) *Aids, Poder e Direito: o controle de patentes de medicamentos*. Curitiba, Juruá.
- Guandalini Jr., Walter (2012) O Direito Etéreo: trilhas para um explorador do intangível, *in: Nova História Brasileira do Direito – ferramentas e artesanias* (org. Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba, Juruá, p. 83-96.
- Grossi, Paolo (2005a). *Il Diritto tra Potere e Ordinamento*. Firenze: Editoriale Scientifica.
- Grossi, Paolo (2005b). O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo (trad.: Monica Sol Glik), *in: Revista Seqüência*, v. 26, nº 51, p.41-35, dez. Florianópolis: UFSC.
- Grossi, Paolo (2006). A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora, *in: História da Propriedade e outros Ensaíos* (trad.: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). São Paulo: Renovar, p. 85-121.
- Hespanha, António Manuel (2005). *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Ihering, Rudolf Von (2004). *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Kelsen, Hans (2000) *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes.
- Ost, François (2005). *Contar a Lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos.
- Wieacker, Franz (2004). *História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Data de recebimento: 13/04/2022

Data de aprovação: 18/05/2022