

HISTÓRIA DO DIREITO: SUA (RE)INTRODUÇÃO E FUNÇÃO NOS CURSOS JURÍDICOS¹

LEGAL HISTORY: ITS (RE)INTRODUCTION AND ITS FUNCTION IN LAW SCHOOLS

*José Reinaldo de Lima Lopes**

Resumo:

O artigo conta como a História do Direito foi novamente introduzida no currículo das faculdades de direito, começando pela experiência pessoal do autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Por causa do momento histórico em que isso ocorreu, a nova História do Direito pode incluir em sua perspectiva os métodos da nova historiografia do século XX. Em seguida o texto coloca em questão o papel que uma disciplina como esta, História do Direito, pode ter na formação dos jovens juristas.

Palavras-chave: História do Direito. Educação jurídica. História institucional. História intelectual. Direito e tempo. Prática social. Prática jurídica.

Abstract:

This paper tells the story of how legal history was once again introduced into the law school curriculum, beginning with the author's personal experience at the University of São Paulo Law School. Given the historical moment in which such introduction took place, the new legal history was able to include the new, 20th century historiographical methods. The text follows on by questioning the role such a discipline, legal history, may have in the education of the young jurist.

Keywords: Legal history. Legal education. Institutional history. Intellectual history. Law and time. Social practice. Legal practice.

1. A (re)introdução da história nas faculdades de direito
- 1.1. Narrativa pessoal

Vou começar com uma narrativa em primeira pessoa. Nos anos 80 do século passado, na mesma medida em que avançava o processo de redemocratização da política brasileira, discutia-se uma reforma nos cursos de direito do País.² Eles haviam se

¹ A primeira ideia deste trabalho foi apresentada em comunicação ao Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito em Curitiba, PR, em 2015.

* Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Ver Faria (1987, p. 67-73), o qual propõe claramente a inclusão da história do direito por minha sugestão, tomando como referência dois autores sobre os quais eu mesmo me debruçara, Tullio Ascarelli e Karl Renner (sobre o qual escrevi minha tese de doutorado, *Direito e mudança social*, mais tarde publicada como *Direito e transformação social*, Belo Horizonte, 1997). Em 1972 fora editada a Resolução n. 3 do Conselho

multiplicado como instrumentos baratos que eram de ampliação do terceiro grau de ensino. Sua qualidade, porém, era notoriamente fraca, exceto por alguns centros de excelência. Estes, contudo, conservavam aulas de um caráter expositivo e profissionalizante: havia uma queixa de que não eram críticos nem práticos o bastante. O que cada uma dessas queixas poderia significar é objeto de controvérsia, mas foi nesse ambiente que algumas escolas tentaram modificar seus cursos. Entre elas estava a da Universidade de São Paulo, na qual eu fora admitido em 1984.

Minha carreira começara na área de Direito Comercial, na época muito inovadora na USP. Contava com juristas renomados, como Mauro Brandão Lopes, Oscar Barreto e Fábio Comparato. Todos tinham formação fora do padrão vigente: Comparato era doutor pela Universidade de Paris, Brandão Lopes estudara ciência política e direito na Universidade Yale, entre 1946 e 1949 e voltando ao Brasil lecionara na Escola de Sociologia Política de São Paulo e na Fundação Getúlio Vargas. Oscar Barreto era o herdeiro de uma tradição iniciada no Brasil por Tullio Ascarelli, de quem fora aluno. Cursara também economia da Escola de Sociologia e Política de São Paulo. Eram, portanto, professores de larga visão e de formação interdisciplinar.

Essa geração de comercialistas conservava de certo modo a memória da passagem de Tullio Ascarelli (1903-1959), que vivera em São Paulo entre 1941 e 1946. Durante a guerra ele havia fugido das leis raciais italianas e se estabelecido no Brasil. Terminada a guerra, voltou para a Itália mas nunca perdeu o contato com São Paulo, onde deixara amigos, clientes, discípulos. Ao morrer, sua biblioteca particular foi integrada ao patrimônio da Faculdade de Direito, por doação de sua família, e foi nos exemplares uma vez pertencentes a ele que pela primeira vez li os autores medievais, como Bártolo e Baldo, os humanistas, como Duarenus, institucionalistas como John R. Commons e comercialistas como Hedemann, entre muitos outros. Ascarelli tinha sensibilidade muito particular pela História do Direito. Seus ensaios e pareceres sempre usavam da história para melhor explicar sua interpretação e seu uso dos institutos. Outro traço marcante era o de comparatista: nunca temeu o confronto com outras tradições, particularmente com a do direito anglo-americano e algumas de suas páginas mais curiosas foram escritas sobre a metodologia da comparação, e as mais intrigantes (e divertidas) foram suas observações de comparatista sobre o Brasil, algumas das quais reunidas no seu pequeno livro *Sguardo sul*

Federal de Educação sobre o currículo mínimo dos cursos de direito (em 25 de fevereiro de 1972), na qual não figurava a história do direito. Em 1994 a Portaria n. 1.886 do Ministro da Educação, de 30 de dezembro de 1994, revisara o conteúdo mínimo do currículo, também não incluindo nele a história do direito. O Conselho Federal da OAB, quase dez anos depois do livro de Faria, organizou um debate em torno do tema do ensino do direito, sem que a história figurasse ali com destaque (*Ensino jurídico: diagnósticos, perspectivas e propostas*, Brasília, 1996).

Brasile, outras nos seus *Ensaio e pareceres*.³ Foi nessa escola descendente de Ascarelli, portanto, que fui indiretamente formado como jovem jurista.

Além disso eu havia cursado a Faculdade de Filosofia da USP, no Departamento de Letras, onde tive a oportunidade de ser aluno de excelentes professores, como Antonio Dimas, José Miguel Wisnick e Paulo Viziolli. Havia uma atitude geral de abordagem da literatura pelo viés histórico-sociológico que a influência de Antônio Cândido lhe emprestara. Havia também o curso obrigatório de linguística, pelo qual éramos introduzidos no pensamento estruturalista e sistemático. Tudo isso contribuía para que minha visão do direito fosse um pouco diferente da maioria de minha geração.

Tudo isso somado levou-me a sugerir a um dos membros da Comissão de Graduação da Faculdade de Direito, José Eduardo Faria, que na reforma do curso que planejavam inserissem a disciplina História do Direito.⁴ Entre muitas idas e vindas, a disciplina acabou incorporada como matéria obrigatória em nosso currículo e passou a ser ensinada em 1990. Ela foi deslocada do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, onde existia no curso de doutorado, para o Departamento de Direito Civil, onde adquiriu um caráter mais complementar do que propedêutico.

1.2. Os antecedentes

Embora não figurando nos cursos do século XIX, alguns brasileiros a cultivaram. Candido Mendes de Almeida fizera a sua parte: sua apresentação do *Código Philipino*, em 1870 e das *Leis de Marinha* do Visconde de Cairu, em 1874, evidenciam seu esforço. Em 1891, duas disciplinas históricas foram introduzidas pelos positivistas (e historicistas) em nossas academias: a *história da filosofia do direito* para o primeiro ano e a *história do direito nacional* para o terceiro. Logo em 1901, contudo, foram retiradas do currículo, deixando, porém, alguma produção, como a de Pedro Lessa em São Paulo e Isidoro Martins Jr. no Recife, cujo *História do direito nacional* viera à luz em 1895.⁵

Quando apreciamos a introdução da História do Direito por força da Reforma Benjamin Constant (Decreto n. 1.232 H, de 2 de janeiro de 1891) vemos esse caráter duplo: a Filosofia do Direito, e a História do Direito pátrio. Estava cindida em duas disciplinas no currículo. Primeiro, ela se anexara à Filosofia do Direito, matéria de primeiro ano que viera substituir Direito Natural. A “cadeira” chamava-se *Filosofia e História do Direito*. O que ensinava? Como substituta do Direito Natural transmitia os fundamentos

³ Ver, v.g., Tullio Ascarelli (1949).

⁴ Leiam-se as ponderações de José Eduardo Faria sobre a história do direito em seu *Reforma do ensino jurídico*, citado na nota 2.

⁵ O mesmo Martins Junior publica um *Compêndio de história geral do direito* em 1898 (Recife, Ramiro M. Costa & Cia. Editores).

filosóficos da ordem jurídica. Como o fundamento passara a ser “positivo” e “científico”, o que se ensinava era uma história da *Filosofia do Direito*, a rigor uma disciplina criada a partir do final do século XVIII por filósofos, como a *Doutrina do Direito* de Kant e a *Filosofia do Direito* de Hegel. Confundia-se, portanto, com uma resenha, um passar em revista cronológico de alguns autores. Formava-se um cânon de teorias do direito do qual estavam excluídos os juristas. Ia de Platão a Aristóteles, com um salto multissecular para São Tomás de Aquino e outro para Grócio e em seguida Kant, aterrissando finalmente em Comte e Spencer, ou Post e Jhering. A segunda disciplina, ministrada no terceiro ano sob o nome de *História do Direito Nacional*, resenhava os “monumentos” da tradição luso-brasileira, acompanhados dos grandes nomes de autores de obras legislativas ou da “literatura” jurídica. Foi o que fizeram Isidoro Martins Jr., Aurelino Leal e outros nas primeiras décadas do século XX.

A Reforma Rivadávia (Decreto n. 8.662 de 5 de abril de 1911) associou-a ao que poderia haver de história numa disciplina chamada “Introdução geral à ciência do direito” ou “Enciclopédia jurídica”. Existente desde o final do século XVIII na Europa, a matéria era um entroncamento por onde transitavam direito, história e natureza.⁶

Tal iniciativa sugere o caminho que a História do Direito poderia seguir, mesclando-se outra vez e talvez mesmo subordinando-se à História da Filosofia. Se de um lado ela correu o risco de ser absorvida pela História da Filosofia, do outro também correu - e corre ainda - o de ser absorvida pela História Política *sem mais*.⁷ Visto que a fonte de direito nos últimos dois séculos foi por excelência a lei em sentido formal, uma vertente tendeu a confundir-se com uma história do Estado, o soberano autor e aplicador da lei. Perderam-se então grandes e importantes elementos de base para o pensamento jurídico. Foi assim que se olvidou no Brasil a memória dos comentadores e intérpretes das *Ordenações*, dos juristas brasileiros e estrangeiros em cujas páginas se definiram os métodos de interpretação, as polêmicas em torno de atos, negócios e relações jurídicas.

⁶ Ver MOHNHAUPT, Heinz. *Recht, natur und geschichte als Aargument, quelle un autorität*. In: KERVÉGAN, Jean-François; MOHNHAUPT, Heinz. (Eds.). *Recht zwischen natur und geschichte*. Le droit entre nature et histoire. Deutsch-französisches symposium vom 24. bis 26. November 1994 an der Universität Cergy-Pontoise. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997. p. 73-102.; BIROCCHI, Italo. *I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia*. In: BRIZZI, Gian Paolo; TAVONI, Maria Gioia (Hrsg.). *Dalla pecia all'e-book*. Libri per l'università: stampa, editoria, circolazione e lettura. Bologna: CLUEB - Cooperativa Libreria Universitaria Editrice Bologna, 2009a. p. 377-391.; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175-176.

⁷ No caso atual do Brasil esse risco é ainda grande, pois nos encontramos nos inícios do estabelecimento da disciplina. A história política já está madura entre nós e desempenha, portanto, uma força de atração muito intensa. Essa força já foi exercida antes, como se vê exemplarmente do caso de Waldemar Ferreira, cuja história do direito brasileiro foi quase que exclusivamente uma história do poder político e de seus instrumentos de organização.

Perderam-se os nomes de um Pegas, ou de um Domat, e mesmo de um Savigny. Embora importantes pensadores da teoria, não foram mais lembrados.

Contribuiu para isso também o nascimento da universidade brasileira nos anos 1930, que veio distinguir o saber desinteressado do saber profissional. O primeiro era o das ciências e da filosofia: a busca da verdade como objeto próprio e suficiente. As faculdades de filosofia e ciência formariam professores e pesquisadores, inclusive de história. As faculdades de direito formariam juristas, ou como se diz hoje, operadores do direito, do mesmo modo que as de medicina formariam médicos, clínicos e cirurgiões. Visto que as faculdades de filosofia, ciências e letras desejavam distinguir-se das antigas escolas profissionais (direito, medicina, engenharia), as modificações pelas quais passavam as humanidades ficaram distantes das escolas de direito.

Mesmo assim, diversos professores de direito continuaram a cultivá-la: Waldemar Ferreira foi um deles, se bem que outros possam ser devidamente citados como Haroldo Valladão, Cesar Tripoli, José Gomes B. Câmara, Luis Delgado. Nos cursos de doutorado da USP era ensinada no Departamento de Filosofia e Teoria Geral pelo prof. Alexandre Correa, grande conhecedor da história da civilização grega e romana, e no Departamento de Direito Processual por Moacyr Lobo da Costa seu assistente, Luiz Carlos Azevedo (2005, p. 15-39).

1.3. Um período de mudanças

Quando voltou a ser ensinada nos anos 90 do século passado tudo foi diferente nas suas pretensões em função das mudanças do ensino jurídico. Boa parte do grande número de escolas que se estabeleceram entre 1970 e 1990 havia se convertido em estabelecimentos de ensino técnico, sem pesquisa alguma. O direito perdia progressivamente para as outras faculdades o antigo monopólio que mantivera sobre a reflexão humanista. Essas escolas técnicas e profissionais que continuavam a fornecer os quadros da burocracia estatal e da burocracia privada. Mesmo os movimentos de renovação no ensino jurídico brasileiro pareciam apontar para a crescente formação de técnicos glorificados.⁸ Muitas das reformas pensadas eram tidas como instrumentais para formar técnicos estimulando-os a conversar com seus colegas economistas e administradores. Essa preparação deveria vir acompanhada de capacidade de análise e interpretação do contexto em que se atuava e

⁸ Ver especialmente LACERDA, Gabriel; FALCÃO, Joaquim; RANGEL, Tânia. (Org.). *Aventura e legado no ensino jurídico*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012; GORDON, Robert Watson. The role of lawyers in producing the rule of law: some critical reflections. *Theoretical Inquiries in Law*, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 441-468, 2010, particularmente p. 443.

de compreensão das relações entre o limitado ambiente de uma especialidade jurídica com o projeto mais amplo, nacional e global, de desenvolvimento.

Foi nesse ambiente, em que o Brasil começava a mover-se, que algumas faculdades de direito pensaram em introduzir a história em seus currículos. No final dos anos 1980 foi pela mão da sociologia jurídica que ela fez seu ressurgimento entre nós. Daí seu caráter inicialmente mais sociológico do que especificamente histórico, mais preocupada em traçar grandes linhas do que em investigar fenômenos singulares. Daí também seu distanciamento da história das ideias ou história intelectual e de sua proximidade com a ciência política. Em parte o ambiente explica, em parte deve-se acrescentar que era mais fácil enxertá-la pela história política. Esta se encontrava bem adiantada e campos como o Direito Constitucional ou a Teoria Geral do Estado permitiam um diálogo mais imediato. A aproximação se fazia com um risco: deixar que a História do Direito fosse colonizada, perdendo de vista seu caráter específico de vida institucional, bem como das discussões internas dos juristas que mostravam o quanto a tradição e o discurso próprios os constrangiam. A aproximação com a história do direito privado e das ideias jurídicas, da teoria e da filosofia do direito, era mais trabalhosa. Era um campo a ser criado quase que “ab ovo”.

2. Uma História do Direito para juristas?

Bem, o que nos interessa nisso é que havia uma História do Direito feita por juristas, mas não havia uma História do Direito feita por historiadores. As razões para isso podem ser muitas. Uma delas, e das mais importantes creio eu, era a força com que nas faculdades de história se tornara importante certa tradição que privilegiava as grandes interpretações do Brasil, realizadas por nomes exemplares como Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado e Gilberto Freire. O enfoque privilegiado por cada um deles recaía sobre as estruturas sociais pré-institucionais ou suprainstitucionais. Para Sérgio Buarque de Holanda e para Gilberto Freire interessava o tipo de relação social que se estabelecia entre os agentes privados. Para eles a forma institucional e regrada dessas relações contrariava as formas conscientes de relação que se estabeleciam entre os brasileiros. Caio Prado esperava explicar o Brasil por meio de sua inserção em estruturas mundiais de poder econômico. Por outro lado, nenhum dos três dispunha, à época, de dados estatísticos ou seriados para fazer suas interpretações. Deixando de lado os detalhes de cada uma dessas correntes, o que importa é que sua preocupação não era exatamente com o direito. Para eles o direito formal era justamente o que atrapalhava a explicação do Brasil. O que os intrigava era a distância entre o direito formal e as relações reais de poder.

Intrigava-os a distância entre o país legal e o país real. A sociedade era o que contava, não as instituições.⁹

A obra dos historiadores não era diretamente relacionada aos juristas: era uma espécie de confronto com eles, que até então haviam detido a preeminência no campo das humanidades. O arcabouço jurídico parecia-lhes fantasmagórico. A nova historiografia brasileira nasceu, portanto, de um distanciamento do direito. Do lado dos juristas o interesse havia se concentrado na cronologia da legislação. Quando folheamos a bibliografia produzida antes de 1990 percebemos: o que se fazia era um trabalho importante de memória das fontes, essencialmente das fontes legisladas e eventualmente da produção acadêmica ou profissional, mas não uma história social do direito. O caso mais evidente e exemplar foi já citado Waldemar Martins Ferreira. Sua produção seguiu de muito perto as histórias políticas tradicionais de então.¹⁰ A diferença específica é que ele valorizava os instrumentos jurídicos na origem das instituições do poder político.¹¹

O material sobre o direito brasileiro de que dispúnhamos ao começar a ensinar História do Direito, em 1990, eram livros antigos, esgotados, que se conseguiam, se tanto, em sebos como o muito competente Cesar Tripoli (1936). Os historiadores das faculdades de filosofia e letras cultivaram a história política, privilegiando o governo e as relações de governo com o legislativo. Apareceram, claro, alguns importantes trabalhos de história das instituições: basta lembrar *O Minotauro imperial* (URICOECHEA, 1978), ou *A Milícia cidadã* (CASTRO, 1979). Veio a público também *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro, cuja primeira edição foi de 1957. Mas Faoro, embora jurista, fez uma história geral, fruto tardio das grandes interpretações do Brasil escritas nos anos de 1930. Não se concentrou nos aspectos internos do pensamento jurídico, nem em instituições estritamente produtoras de material jurídico. Em São Paulo, Luis Washington Vita começou uma carreira também de enfoque histórico que não se deixou tocar pelos novos ventos da história intelectual.

Naquela altura, em 1990, pouca gente nas faculdades de direito lia a nova historiografia jurídica, como a de Paolo Grossi, a de Antonio Hespanha, hoje autores

⁹ Algo, aliás, que fazia parte do espírito do tempo. A título de ilustração enquanto no Brasil a história pendia para a história social e o formalismo do direito liberal era submetido à crítica por um Oliveira Viana ou um Francisco Campos, nos Estados Unidos crescia a presença pública dos realistas.

¹⁰ *História do direito brasileiro*. O primeiro tomo foi publicado em 1951 pela Livraria Freitas Bastos e, como os outros volumes, dedica-se primariamente a uma história do poder político e de suas formas jurídico-institucionais. Em 1954 ele publica *História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad Editor. Outros trabalhos nessa linha apareceram, sempre priorizando o direito constitucional, público e político, narrando os eventos e seus personagens como se narram as histórias propriamente políticas, como a *História constitucional do Brasil*, de Aurelino Leal (série de conferências publicada em 1915).

¹¹ E nesse passo filia-se à corrente dos que entendiam e entendem até hoje o caráter fundador das formas feudais para a sociedade brasileira.

paradigmáticos para uma nova geração. Conheci um só jurista que tinha ouvido falar de Hespanha (por causa da história de Portugal) e nenhum, naquele tempo, que houvesse lido Grossi em São Paulo. Menos ainda a já consolidada história desenvolvida por Helmut Coing e outros no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu, com sede em Frankfurt. Basta ver que não consta até hoje na biblioteca da Faculdade de Direito da USP o *Handbuch der Quellen und Literatur...* Os romanistas não citavam a já importante obra de Mario Bretone (traduzido em Portugal), ou a nova produção de uma Eva Cantarella, por exemplo, nem a obra histórica de Aldo Schiavone. Nenhum contato havia com a historiografia social produzida nos Estados Unidos a partir do núcleo institucionalista de Wisconsin, iniciado por William Hurst e ramificado em muitas outras universidades de ponta dos Estados Unidos, como na Harvard de Morton Horwitz, ou na Stanford de Lawrence Friedman. Também não se lia a nova historiografia intelectual. Foi preciso que uma nova onda historiográfica revalorizasse os juristas como agentes relevantes e mesmo fundamentais da tradição intelectual ocidental. Isso se fez muito pela escola de Cambridge, nos trabalhos de J. G. Pocock e Quentin Skinner, e também na obra de Donald Kelley. Nada disso penetrara as faculdades de direito brasileiras. Vinte e oito anos atrás, dizia eu, tudo estava por fazer.¹²

2.1. A História do Direito é história ou é direito?

Com as reformas curriculares gestadas nos anos de 1980 pretendia-se que a História do Direito fosse de formação básica para os juristas. Isso faz sentido? Pode ser conseguido? A História do Direito não estaria melhor servida numa faculdade de filosofia? A introdução da disciplina na graduação, antes que houvesse uma pesquisa de nível doutoral daria bons resultados?

Podemos dizer que a História do Direito precisa aprender a narrativa dos historiadores, o uso das fontes primárias, a formulação de hipóteses interpretativas, as alternativas metodológicas que se inventam.¹³ Tem, porém, certas características. Ela se dirige a juristas, e desempenha um papel na sua formação, visto ser o direito mesmo intrinsecamente histórico, por ser propriamente uma prática social.¹⁴ Não se trata apenas

¹² “...no campo particular da história do direito no Brasil resta tudo por fazer”. (LOPES, 2000, p. 27).

¹³ Trata-se de uma especialidade que exige a interdisciplinaridade. A história sempre precisa de especialidades, não se pode fazer uma história de tudo ao mesmo tempo, pois tudo o que ocorre dá-se em alguma circunstância, que envolve instituições e linguagem diferentes. Cf. Reinhard Koselleck, (2002, p. 22-23).

¹⁴ Não pretendo aqui discutir as teses de Andrés Botero (2010, p. 45-70), com quem concordo em alguns pontos. Botero propõe uma *jushistoria*, como solução da alternativa: ou apartá-la da historiografia profissional (integrando-a na teoria do direito) ou submetê-la totalmente à historiografia profissional (apartando-a do direito). Para ele, a *jushistoria* tem objeto (o direito), funções (desempenhadas dentro da disciplina jurídica), finalidades e estrutura próprias. A história do direito para ele é “uma memória do jurídico”, o que

de ser uma história de uma disciplina e de uma prática particular. Isso realmente importa muito, visto que existe uma tradição consolidada de que o direito não apenas é uma prática social, mas desenvolveu instituições próprias e discurso definido. Mas ela é mais do que isso e tem relevância na formação do pensamento do jurista e na apreensão mesma do que se chama direito entre nós.

2.2. História interna ou história externa?

Conscientes de que a história forma os juristas, desde o século XIX ela foi dividida em duas perspectivas: a da história interna e a da história externa. A história interna seria uma espécie de história dos dogmas, e a história externa uma história da legislação, das fontes, das instituições e dos personagens.¹⁵ Creio que a distinção indica algo importante, mas hoje não precisa ser abraçada. Não pode ser o ponto de chegada para os historiadores do direito e duvido que possa ser sustentada como o foi até pouco tempo.

O importante que ela indica é que o direito tem, para usar a famosíssima frase de Herbert Hart (1997), um ponto de vista interno. Isto significa que se trata de uma prática social e como tal dispõe de sua própria gramática, vale dizer, suas próprias regras constitutivas.¹⁶ Isso para uma história interna. Não se pode fazê-la bem se não se tem algum domínio dessa gramática, da mesma maneira que alguém que não conhece uma língua não é capaz de lhe fazer a história ou de entender sua filologia ou sua gramática histórica. Em outras palavras, essa perspectiva interna habilita o historiador do direito a assumir plenamente a função hermenêutica particular da disciplina, habilita-o a compreender a questão jurídica em discussão, da mesma forma que um historiador da filosofia precisa compreender o que os filósofos dizem entre si, uns aos outros. Não se consegue entender um filósofo a não ser reconstruindo seus argumentos e não se consegue reconstruir seus argumentos sem colocá-los em contexto, no contexto intelectual em que foram feitos, isto é, tomando em consideração as dificuldades filosóficas e conceituais que pareciam existir para os contemporâneos.¹⁷ O “observador” da História do Direito precisa, conforme diz

a diferencia da história profissional. Ela pretende “historicizar juridicamente” (i) os juristas, (ii) a evolução das instituições jurídicas, (iii) os fenômenos do passado que fazem parte de uma disciplina jurídica. Por isso, sua identidade disciplinar (da história do direito) pressupõe um diálogo permanente com o acadêmico do direito. (BOTERO, 2010, p. 57). Ao longo do texto vai se perceber a semelhança de nossas posições.

¹⁵ Ver, por exemplo, as análises de Mario Bretonne sobre a história dos dogmas, ou história dogmática em *Diritto e tempo nella tradizione europea*. 2. ed. Bari: Laterza, 1996. Ver também Aldo Mazzacane (2001, p. 97-111).

¹⁶ Tomo a expressão de John Searle em *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969 e *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995.

¹⁷ “You cannot get at Newton by extemporizing on the ‘mind-set’ of his *Principia*. The same is true for Thomas Aquinas’s *Summa*. To read Newton is to demonstrate the propositions with him, and to read Aquinas is to reenact his dialectical arguments in all their rigor, precision, and richness of learned reference”. (JORDAN,

Winch a respeito do sociólogo, dominar os mesmos conceitos usados pelos juristas. Quem não sabe o que é rezar não entende (WINCH, 2008) o que fazem certas pessoas que lhe dizem que vão rezar, simples assim.

Nestes termos, para se fazer História do Direito é preciso começar tendo alguma ideia do que é o direito. Embora seja abrangente, como diz Raz (1990), ou seja, embora abranja todos os que habitam um certo mundo social (uma “sociedade”, um Estado, ou uma comunidade jurídica) e todas as relações sociais que se possam formalizar entre eles, essa prática social – o direito – é especializada. Diz respeito a todos e a todas as relações, mas apenas em certa “dimensão”. Todos os que moram em certa sociedade aprendem em família e nas comunidades que frequentam o essencial dessa prática, como a noção de direitos e deveres, obrigações, reciprocidade, boa-fé, validade, noções que se confundem com regras sociais em geral. Para compreender-lhe as particularidades, ou as tecnicidades, é preciso mais informação, mais tempo, mais experiência. Sua alta especialidade justifica que seja ensinada em escolas superiores.

A história desse campo, esse é o meu argumento, faz-se adequadamente conhecendo-se o sentido interno deste campo. Não se consegue entender um jurista, um grupo de juristas, uma época jurídica e seus institutos, sem reconstruir-lhe os argumentos. E seus argumentos não podem ser reconstruídos senão dentro do quadro próprio em que se articulam, dentro de sua linguagem. Isso terá enorme relevância, porque no Ocidente, como diz Schiavone foi com a tradição romana, e não outra, que a especificação de certas regras sociais básicas começou a ocorrer, levando-nos a distinguir direito de religião, direito de moral, direito de regras familiares e de identidade tribal ou comunitária, etc. (SCHIAVONE, 2005). E com o passar do tempo, essa especificação prosseguiu para separar também, como hoje pensamos, direito e política, direito e economia, direito e ciência social.

Assim, se os juristas mesmos fizeram seu esforço para separar direito e política,¹⁸ uma história do direito não pode ser uma história política *sem qualificações*, pois ainda que constituindo e constituído de elementos claramente políticos (isto é de poder social institucionalizado) de modo geral (por exemplo, no direito civil) e particular (por exemplo no direito administrativo), o direito não se confunde simplesmente com o campo da política. As decisões tomadas em um campo e noutra são diferentes, seja em escopo, seja em procedimento, seja em justificação ou razão de decidir. Diferenças, claro está, que não significam isolamento completo e diferenças que se complicam quando introduzimos, por exemplo, o controle dos processos políticos (legislativos ou administrativos) a revisão

1997, p. 8).

¹⁸ Remeto aqui, a título de exemplo, para meu estudo sobre a cultura jurídica brasileira do século XIX em *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

por corpos que os apreciam de forma jurídica, isto é, por critérios de conformidade com as leis (neste caso, a constituição, que tem a forma de lei).

Essa gramática do direito desempenha um papel de constrangimento lógico para quem dela participa. Ela não é irrelevante nem secundária. O cuidado com esse ponto de vista caracteriza muito do que se vem fazendo pela nova historiografia jurídica. É ele que nos permite colocar em dúvida, e, portanto, transformar em questão a ser respondida, o que se oculta debaixo de expressões e palavras aparentemente iguais. Porque a semântica constitui uma dimensão em que o “ponto de vista interno” é inafastável. Essa capacidade de criar e impor significados é a característica mais relevante da própria racionalidade articulada em discurso, se me perdoam o pleonismo. Como se trata da imposição ou criação de sentido num campo já constituído, não é indiferente que se avalie como esses sentidos entram no campo. Nestes termos, historiar o direito é simultaneamente compreendê-lo.

O ponto de vista externo, para usar a expressão de Hart, associava-se à ideia de história externa. Era quase que uma cronologia da legislação. Por ele estudava-se a sucessão de atores que colocavam em andamento os dogmas constitutivos do ponto de vista interno. Estudavam-se os autores, as obras, e sobretudo, disse eu, as fontes. Para uma história feita no século XIX e na primeira metade do século XX estudavam-se principalmente as fontes legisladas, devido ao predomínio entre a ideia de que a lei positiva e estatal era a forma por excelência da fonte do direito. Pretendia-se uma cronologia das fontes e dos “monumentos literários” do direito.

2.3. Superação da dicotomia: história institucional e intelectual

Vivemos hoje num ambiente em que as teorias das fontes vêm mudando há muito tempo, assim como vem mudando o uso que fazemos das fontes. Depois do enorme esforço feito do final do século XVIII até as primeiras décadas do século XX para transformar a lei emanada dos corpos legislativos (ditos representativos) do soberano em fonte principal e primária, a doutrina e a jurisprudência, como, aliás, previra o próprio organizador do Código Civil Francês de 1804, Jean-Marie de Portalis, fizeram sua reentrada no mundo das fontes. Nos países onde é proibido ou é mal visto o hábito de citar diretamente doutrina e precedentes de tribunais diversos, doutrina e jurisprudência esgueiram-se na formação dos juristas antes que nos *consideranda* das decisões. Damos conta de que a aplicação da lei exige uma compreensão dos problemas que a lei mesma sozinha não fornece.

Temos hoje do direito uma percepção muito mais interpretativa, vale dizer, uma visão de que existe nos atos de aplicação um aspecto criativo muito mais saliente do que se pensava antes. Há uma consciência mais clara do caráter institucional do

direito. (MACCORMICK, 2007). O caráter institucional torna a relação entre história externa e história interna muito mais íntima e a distinção entre elas muito mais difícil de ser estabelecida e mantida. Explico-me. Qualquer instituição, olhada do ponto de vista externo, pode ser um certo arranjo de meios e recursos para alguma coisa. Essa alguma coisa para que serve uma instituição é o seu fim, seu propósito, sua razão de ser. Logo, a disposição de meios e recursos deve ser entendida em relação e a esse fim. Esse fim deve ser apreendido de uma perspectiva *intencional* e *normativa*. Fins não estão aí no mundo sem que sejam intenções de alguém. E intenções não são apenas interesses.

Tomemos um exemplo. Um hospital é uma instituição. Podemos reconhecer um hospital apenas pelo seu aspecto externo? Não, porque o aspecto externo do hospital pode nos enganar. Pode tratar-se apenas de um cenário, ou de uma fraude, ou de uma instituição de fachada, como dizemos hoje correntemente. Para saber se se trata realmente de um hospital precisamos primeiro e antes de qualquer coisa conhecer a sua finalidade. De fato, não seríamos capazes de organizar um hospital se não tivéssemos a ideia mesma de que um hospital serve para algum fim. Em nosso mundo o hospital difere de uma escola, de um abrigo, de um hotel. A finalidade expressa uma intenção (um hospital serve para alguma coisa) e essa *intencionalidade* é normativa e constitutiva (se não serve para essa “coisa” ou é um péssimo hospital ou não é hospital algum). Lembremos do célebre quadro de Matisse em que ele pinta um cachimbo e escreve: “Isto não é um cachimbo”. Um hospital que não serve para o que pensamos que um hospital serve para fazer não é propriamente um hospital.

Na história aprendemos que certas finalidades podem ser estabelecidas, organizadas e realizadas de formas distintas. Isso nos permite então unir o estudo externo, digamos da estrutura, com o estudo interno, digamos da finalidade. Isso importa para a diferenciação da História do Direito. Sem conhecermos as finalidades e as intencionalidades das instituições e dos institutos¹⁹ não as conhecemos realmente; e esse conhecimento é tradicionalmente jurídico.

Dou alguns exemplos. No direito brasileiro há uma distinção entre agravos, apelações e recursos de revista ou especiais. Trata-se de uma distinção feita no interior da nossa prática e legislação processuais. Elas não são aparentes para os não juristas. Igualmente há uma diferença entre responsabilidade objetiva e responsabilidade por culpa, também esta elaborada discursivamente dentro do direito brasileiro. Há diferença entre prescrição e decadência, e assim por diante. O aprendizado de todas essas coisas exige o domínio de uma linguagem, ou para usar ainda a analogia anterior, uma gramática. Essas diferenças, esses diferentes institutos não dão em árvores e para existirem precisam

¹⁹ Creio ser muito útil a distinção feita por MacCormick entre coisas, agentes e arranjo. Ela deve ser subentendida em tudo o que disse até agora. Cf. Neil MacCormick (2007, p. 34-37).

de certos recursos como sejam a legislação ou a produção “literária”, a doutrina, por exemplo. Podemos estudar seja a legislação seja a doutrina nos seus aspectos digamos mais “exteriores”. Podemos estudá-las, por exemplo, em seus gêneros literários, que são e foram muito variados ao longo dos séculos, como os tratados, as sumas, os comentários, as coleções de decisões, etc. Mas nada disso substitui a necessidade de compreender os sentidos veiculados por cada um dos gêneros, dos autores, dos campos.

É disso que falamos ao tratar do caráter institucional do direito. Para entender uma prática jurídica precisamos compreendê-la por dentro e ao mesmo tempo compreender esse seu “por dentro” em relação aos recursos estruturais disponíveis para realizá-la. Se isso for verdade, podemos concluir que a História do Direito, tanto no seu aspecto antes chamado de externo quanto no seu aspecto interno dada a quase indivisibilidade entre eles, pertence legitimamente ao estudo jurídico. Apesar de a História do Direito valer-se de um ponto de vista propriamente histórico e, por causa disso, dever apropriar-se dos métodos e das técnicas de pesquisa da história profissional, ela tem dimensão interna própria do direito.

3. O que faz a história nas faculdades de direito?

Passados vinte e oito anos da criação da disciplina em minha faculdade, que deve ser dito? Ela está servindo?

3.1. Uma disciplina anômala?

Em sua resenha do papel da História do Direito nas faculdades francesas, Fatiha Cherfouh (2014) aponta em primeiro lugar sua estranheza no currículo. Os estudantes de direito surpreendem-se ao ver cursos históricos dentro da faculdade, Cherfouh (2014) e desde que a disciplina foi introduzida, as opiniões dividiram-se. Os que a celebraram viam-na como instrumento epistemológico para melhor compreender o direito positivo, ou induzir leis gerais de evolução do direito, permitindo prever suas mudanças. Outros, minimizaram sua importância, colocando-a como disciplina auxiliar. Para Cherfouh (2014) permanece o desafio de conceituá-la como relevante para pesquisadores e estudantes de direito.

A estranheza de uma disciplina vinda de fora da doutrina jurídica não é condição apenas da História do Direito. Diz respeito a todas as que preparam a consciência e inteligência do mundo e fornecem habilidades básicas para os juristas. Se a História do Direito é uma “disciplina clamorosamente diferente” nas faculdades de direito (CARONI, 2009, p. 41), algo semelhante se pode dizer da filosofia do direito, que é, nas palavras de MacCormick (1975, p. 359), uma disciplina “anômala”. Mesmo assim, ela apresenta ao jurista “horizontes mais largos, independentemente de suas expectativas” e cumpre o

papel que qualquer educação de nível superior deve cumprir (MACCORMICK, 1975, p. 361). Anthony Kronman reconhece igualmente que a filosofia não é uma disciplina que resulte num treinamento direto dos estudantes, embora desempenhe um papel relevante em sua formação, pois os habilita a trabalhar com ideias abstratas, expõe-nos a ideias básicas de uma série de clássicos e apresenta-os ao simples prazer de pensar. Como eu, Kronman pensa que ela também desempenha um papel entre os professores de direito, mas isso é outra história. (KRONMAN, 1977).²⁰

Nos anos recentes Pio Caroni (2009) produziu um longo argumento sobre o papel da História do Direito na academia europeia. Apresentando o livro de Caroni, Birocchi (2009b) refletiu sobre a mesma questão. O problema colocado por ambos é de seu papel dentro de um curso que forma juristas e não historiadores.

À história jurídica pertence quem fala *de jure condendo* e não apenas quem aplica ou formula o *jus conditum*; por isso na história é preciso considerar também as posições perdedoras, os rejeitos e as exclusões ou os textos não entrados em vigor, os projetos e a linhas propostas. (BIROCCHI, 2009b, p. 32).

A história se ensina, portanto, não apenas a quem recebe o direito posto, senão também àqueles que vão positivar novo direito pela lei, pela doutrina, pela prática da advocacia ou da magistratura. Ela se dirige a jovens juristas cuja missão será criar novo direito, diz Caroni. Criando-o dentro de um campo já existente, eles precisarão saber da linha em que se inserem e que pretendem desenvolver ou alterar. O ensino da história deve referir-se a homens e mulheres de carne e osso, diz ainda Caroni (2009, p. 201), como o ensino do direito deve referir-se a casos concretos e a situações possíveis, digo eu.

Ensina-se a juristas em formação, não a historiadores, com a consciência de que o direito, por se referir à ação, é necessariamente inserido no tempo. Penso, como Caroni, que a disciplina deve ser justificada internamente, e “não faz parte de um ensino fornecido nas faculdades de história, filosofia, letras ou magistério”. (CARONI, 2009, p. 55). Não basta constatar que dimensão histórica facilita a percepção do direito positivo. Mais do que isso, “só ela o torna possível”. Ela não pode contentar-se em falar de institutos desaparecidos, nem da história da legislação, nem do uso da interpretação histórica na exegese de textos jurídicos, nem tem apenas função cultural, nem serve apenas para criticar o imobilismo dos dogmas. Para ele, a história e o tempo propriamente constituem o direito. Não nos dão apenas a medida de sua fugacidade. O tempo é inerente à estrutura

²⁰ Ver também Oakeshott (1991, p. 192-193). Para ele, a educação universitária ensina “linguagens”, não “literaturas”, ou seja, oferece “linguagens explicativas, ou modos de pensar”, e não “linguagens prescritivas” ou profissionais simplesmente. Isso faz a diferença entre ensino profissional e ensino universitário propriamente dito.

do jurídico. Logo, a formação histórica do jurista não equivale a uma simples observação externa do direito, mas à aquisição de uma capacidade necessária ao próprio jurista. Ela não fornece apenas informação, mas uma perspectiva.

A dimensão temporal é inerente ao direito. Não o acompanha, não o decora, não o envolve, nem o enquadra. Confere-lhe aquela estrutura que nos permite percebê-lo conscientemente. Nisso se resume o princípio da historicidade. (CARONI, 2009, p. 71).

Sua afirmação poderia ser completada pela grande novidade da teoria do direito do final do século XX e inícios do século XXI: uma volta à teoria da ação ou da *prática*, que só existem no tempo e no espaço. “Toda ação é singular”, toda ação é contingente, toda ação dá-se no tempo e no espaço, embora só possa ser compreendida sob conceitos abstratos e só possa ser repetida debaixo da noção de uma regra.²¹ Com essa nova teoria do direito se afirmando, a relação entre direito e tempo pode ser outra vez determinada.²² Toda ação regrada se dá valendo-se de regras cuja existência já se pressupõe. Ao mesmo tempo, toda ação se faz para realizar algo que ainda não existe, e dessa forma se liga ao futuro. Se o direito é um sentido da ação, não pode escapar dessas tensões temporais.

3.2. Porque a História do Direito sustenta o direito como disciplina universitária

Os alunos que entravam para a escola do direito até a metade do século passado eram os que se interessavam por humanidades em geral. Não havia outro lugar para formar gente assim. O aluno de direito hoje tem a opção de fazer outras carreiras. Quando entra na faculdade de direito já descartou o estudo das humanidades. Quando não, vai buscá-lo paralelamente ou posteriormente ao estudo do direito. Assim, a História do Direito como disciplina não apresenta apelos imediatos aos jovens juristas. Para que tenha um papel na Faculdade de Direito precisa ser apresentada de certa forma e com certo

²¹ Sobre a tensão permanente entre o contingente e o particular da ação, e o universal da regra sob a qual ela é compreensível escreveu-se muito nas últimas décadas, embora não tanto no âmbito do direito e muito menos no direito brasileiro. Mas em boa parte essa temática domina o pensamento do “Segundo Wittgenstein” e foi explorada por seus comentadores principais (o problema central do “seguir uma regra”). De outro lado, a questão também é central em parte da obra de Paul Ricœur do ponto de vista da tensão entre o “episódico” (*événementiel*) do discurso e o permanente do sentido. A recuperação da teoria (ou filosofia) da ação deu-se especialmente na filosofia de língua inglesa na qual os estudos aristotélicos da primeira metade do século XX serviram de laboratório. Sugerir uma reflexão sobre isso em meu “Entre a teoria da norma e a teoria da ação” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (Org.). *Norma, moralidade e interpretação*: temas de filosofia política e do direito, Porto Alegre: Linus Editores, 2009. p. 43-80.) e em LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

²² Cf. François Ost (2005).

propósito. Esse propósito estava presente nos anos 90 quando foi reintroduzida, associada primeiramente à sociologia, e tinha um papel de “abrir a cabeça” dos alunos.²³

Primeiro, portanto, precisamos reconhecer que a Faculdade de Direito é uma escola profissional, embora o método da disciplina jurídica seja parecido com o método filosófico, pois não descreve coisas que encontra no mundo: impõe-lhes significados.²⁴ A discussão em torno dos sentidos é semelhante a discussões filosóficas, visto que o papel da filosofia é de esclarecimento conceitual.²⁵ Diante de cada ciência em particular abre-se um campo de concepções gerais do mundo, um campo da *ontologia*. Trata-se de um estudo que precede qualquer pesquisa de caráter empírico. O jurista precisa, portanto, adquirir um arcabouço conceitual e interpretativo do mundo da ação, que não se adquire por meio de experimentos ou percepções sensoriais. O sentido de um contrato não entra na minha inteligência pelos sete buracos e minha cabeça. Há, pois, um trabalho de conceituação buscando as premissas ou categorias que tornam inteligíveis as ações. Mas esses conceitos não os adquiremos senão por meio da dialética e em meio à polêmica, num esforço simultâneo de compreensão e refutação. Nisso o direito se parece com a filosofia. Não posso explorar longamente isso neste momento, mas fica aqui a sugestão de que o direito não sendo uma “ciência” empírica, está muito mais próximo da filosofia do que das ciências sociais.

Filosofia e ciência procuram a verdade e nisso se assemelham. “Há coisas que os filósofos de hoje compreendem que até os maiores filósofos do passado haviam fracassado em compreender”. (KENNY, 1994) Ao mesmo tempo, elas divergem, pois na filosofia seus clássicos não morrem, como acontece com os trabalhos antigos das ciências. Para aprender física ou química não precisamos ler Newton. Mas para aprender boa literatura lemos ainda Shakespeare, ou Cervantes, ou Camões. A formação do filósofo inclui a leitura dos clássicos. Por que isso não seria verdade para o direito também? A menos que os juristas queiram parecer cientistas, a leitura dos clássicos também importa em sua educação.²⁶

²³ A sociologia do direito serve para “abrir a cabeça”, diz Luciano Oliveira, Que (e para quê) sociologia? In: _____. Sua excelência o comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 111-136.

²⁴ O fato é sabido e repisado ao longo da história, particularmente da história moderna. Pufendorf distingue o que existe entre coisas criadas (*entia naturalia*) e significações que se aplicam às ações humanas (*entia moralia*). O modo de surgir das coisas naturais é a criação. O modo de surgir das coisas morais é a *imposição*. (Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, Amsterdam: Andrea ab Hoogenhuisen, 1688, p. 2 e 3). Não menos claro é Kelsen: normas jurídicas impõem significado (sentido objetivo, diz ele) a ações humanas. Hans Kelsen (1979, p. 20). Mais recentemente essa parece ser o entendimento de quantos associam a natureza do direito a de uma instituição. Finalmente, vejamos as palavras de Grossi sobre a imaterialidade do direito. Paolo Grossi, (2003, p. 6).

²⁵ Acompanho aqui Peter Winch (2008) e Anthony Kenny (2008, v. 1).

²⁶ “A filosofia parece ser uma ciência porque o filósofo está em busca da verdade. (...) Partilha da excitação de pertencer a uma contínua, cooperativa e cumulativa empreitada intelectual. Se é assim, o filósofo precisa estar familiarizado com os escritos atuais e a par das discussões mais elevadas. (...) Apoiamo-nos certamente

Como a filosofia, o direito não é uma ciência, embora haja uma espécie de verdade a ser buscada. Trata-se de uma disciplina. A leitura dos clássicos do direito contribui para a própria formação do jurista, e a leitura do *corpus* de uma literatura forma um crítico. A leitura dos clássicos da filosofia perpetua uma tradição de vida intelectual. Não no sentido de mantê-la imutável, bem ao contrário: perpetua a tradição da crítica permanente, da indagação rigorosamente conduzida. A leitura dos clássicos do direito perpetua, criticamente, essa tradição construída historicamente sobre um texto e um *corpus* literário, não apenas sobre regras de direito positivo.

A história também tem seus antecedentes filosóficos. Discussões metodológicas na história são discussões de filosofia. Quando o historiador deixa esse reino da metodologia, porém, seu saber distancia-se do saber dos juristas porque não tem uma pretensão prática. A sua é uma busca pela *verdade* no conhecimento, não pelo *bem*. Essa diferença explica porque o aluno de direito precisa da história para saber direito, não para ser historiador.

A história das ideias jurídicas foi feita com grande apelo para a história da Filosofia do Direito, essa disciplina moderna, nascida dos trabalhos de direito natural produzidos a partir da segunda metade do século XVII sobretudo. Ela nos chegou, portanto com um cânone de grandes nomes e obras cujo exame se devia obrigatoriamente fazer. O resultado foi que os juristas propriamente ditos desapareceram do cânon da história do pensamento jurídico, substituídos por filósofos do cânon da filosofia moderna. Quem se lembrava de um Jean Domat, por exemplo, ou de um Heinécio ou mesmo de um Portalis? E para citar os pró-domos do direito nacional, quem estudava o pensamento de um Pascoal de Melo Freire? Ou de Teixeira de Freitas, ou de Pimenta Bueno?

A história dos historiadores teve um papel relevante na transformação da historiografia jurídica quando se debruçou sobre as produções “menores” na cultura, das culturas de divulgação e populares, e ao mesmo tempo, sob a influência dos novos estudos da linguagem (em diversas de suas vertentes no século XX) levou a sério os gêneros literários, que também aparecem na produção jurídica. Assim, de uma desvalorização dos manuais e dos livros de prática e de divulgação, pode-se hoje falar de uma nova história

nos ombros de outros e grandes filósofos, mas situamo-nos acima deles. (...) as obras clássicas não ficam datadas. Se quisermos aprender física ou química, e não a história dessas disciplinas, não leremos hoje nem Newton nem Faraday. Mas, ao lermos as obras de Homero e Shakespeare, o fazemos não apenas para aprender algo sobre as coisas singulares que passavam pela cabeça das pessoas nos distantes dias há muito passados. (...) Não é meramente com o espírito de uma curiosidade de antiquário que lemos Aristóteles hoje em dia. (...) A filosofia não trata do conhecimento, mas do entendimento, vale dizer, de organizar o conhecimento”. (KENNY, 2008, v. 1, p. 14-15). Cf. ainda Oakeshott, falando de um aluno universitário: “He will come to understand that some books whose information is out-of-date or whose prescriptive utterances (if any) are unreliable (...) and are therefore worthless in a ‘vocational’ education, nevertheless have something to offer appropriate to a university education”. Oakeshott, (1991, p. 194).

das fontes que leva em conta justamente esses meios de divulgação e consolidação de ideias sobre o direito, ofício e profissão ensinados nas faculdades. A História do Direito não pode, contudo, ser feita pelo historiador sozinho, nem pelo jurista isolado. De fato, o direito tem sua dimensão metodológica própria. O historiador precisa aproximar-se dessa dimensão e saber que julgar ou decidir juridicamente é diferente de julgar e decidir em termos morais, ou em termos estratégicos, de conveniência, de política ou de poder. E o jurista tem a aprender do historiador a capacidade de investigar, formular hipóteses, articular fatos e personagens, apresentar vestígios e evidências, enredar adequadamente.²⁷

Ocorre que essa matéria pode ser cultivada de vários modos, os quais correspondem a diversas maneiras de ler e interpretar a história. Os juristas vão ao passado para resolver problemas do presente, e os historiadores também: ou à maneira tradicionalista e narrativa, ou de maneira crítica e interpretativo-reconstrutiva.

3.3. Habilidades fornecidas aos alunos

Ao iniciar minha atividade de professor e pesquisador da História do Direito disse que a disciplina História do Direito poderia ser dispensável para um aluno em particular; seria, porém, indispensável para a universidade como um todo e para aqueles que pretendem ser juristas de reflexão.²⁸ Reconhecendo seu caráter anômalo e estranho no currículo profissionalizante das escolas de direito, que podemos pensar de seu papel em nossas faculdades? Qual sua função para alunos que, como sabemos todos, fizeram a opção de não cursar história ou filosofia e se encaminharam para uma escola de formação profissional? Creio que algumas habilidades dos historiadores servem bem aos juristas. Como não acredito que professores devam ser pregadores, ou para falar com Weber, como creio que a cátedra não é um púlpito, vou começar pelas mais inocentes e aparentemente neutras.

Em primeiro lugar pode ser o ambiente onde exercitam imediatamente suas habilidades hermenêuticas. A história tem dimensão inerentemente hermenêutica, pois o que procura fazer é recuperar eventos e situações dotados de sentido, sentidos impostos pelos seres humanos e compartilhados por eles em certo tempo e lugar. A habilidade hermenêutica é essencial ao jurista e é por ele compartilhada com os historiadores.

Em segundo lugar ela, como o direito, requer e desenvolve a capacidade de interpretar textos complexos e de inserir textos singulares em contextos. Trata-se outra vez de uma habilidade hermenêutica, desta vez um pouco mais restrita, de caráter

²⁷ Tomo a ideia de “enredar” Paul Ricœur (1983, v. 1, p. 55-71; p. 85), quando fala de “mise en intrigue”.

²⁸ “Embora eu seja daqueles que acreditem que ela [a história do direito] possa ser até optativa no currículo de uma pessoa, ela não é dispensável numa faculdade de direito”. (LOPES, 2012, p. 13).

exegético. O historiador deve dominar certa linguagem²⁹ e o mesmo esforço deve ser feito pelo jovem estudante de direito. Ao entrar na faculdade ele será introduzido a uma rede conceitual vastíssima, para chegar ao final a dominar um campo inteiro, uma linguagem completa. Ora, o historiador faz algo semelhante: domina uma linguagem determinada (o historiador se especializa em algum campo) e uma linguagem que ele precisa aprender reconstruindo-a. A linguagem jurídica, com a qual ele vai operar no mundo, está determinada e ele deve aprender a usá-la, consciente de que é nela que tanto a legislação quanto a doutrina se realizam.

Em terceiro lugar, como ele aprende na história uma sequência de erros e tentativas, de sucessos e fracassos, não apenas políticos (ou seja, de projetos e intenções de poder) mas também de explicações e compreensão de certas práticas (por exemplo, o nascimento e consolidação da teoria geral dos contratos na modernidade), vai simultaneamente aprender a relativizar as soluções presentes. Vai aprender a arte de criticar metódica, analítica e rigorosamente, soluções postas. Vai aprender isso porque terá visto os casos anteriores de crítica metódica, analítica e rigorosa feitos ao longo da história. Vai aprender, em suma, de forma controlada e regrada, como se utiliza a criatividade humana em materiais jurídicos. Insere-se numa tradição, mas insere-se de forma autônoma, isto é, com capacidade para criticar e criar dentro da própria tradição. Desenvolve perante a tradição um saudável ceticismo metódico, uma independência consciente. Naturalmente nem todos aprenderão tudo isso nem se tornarão hábeis nessas tarefas, mas as faculdades precisam abrigar esse espaço em que os que puderem e quiserem possam desenvolver tais capacidades. A crítica deve conduzir à criatividade, não ao puro “desconstrutivismo”, ou ao “blá-blá-blá”, à “nova sofisticada”. (LISBOA, 2009).

Em quarto lugar pode compreender melhor a natureza mesma do direito como prática social. Compreenderá melhor o caráter regrado inerente a toda prática. Lendo um autor do século XVII ou do século XVI perceberá os limites em que se encontrava: o que podia ou não podia pensar e principalmente o que era capaz de expressar com a linguagem que havia recebido e com o universo conceitual em que estava inserido – e frequentemente tentava alterar. Quando se lê um autor como Samuel Pufendorf, por exemplo, pode-se contrastá-lo com seus antecessores, como Grócio, Hobbes e Francisco Suarez, com os quais entrava explicitamente em diálogo crítico. Pode aprender por aí que a elaboração de novas categorias não se faz por uma desqualificação da pessoa do seu

²⁹ “The historian’s first problem, then, is to identify the ‘language’ or ‘vocabulary’ with and within which the author operated, and to show how it functioned paradigmatically to prescribe what he might say and how he might say it. This task can more easily be imagined if we suppose (...) that his society possessed a number of distinguishable idioms, diverse in both their cultural origins and their linguistic functions, with which to discuss questions of politics – theological, legal, humanist, and so on”. (POCOCK, 1989, p. 25).

antecessor intelectual, mas por meio de um regime controlado de discurso, cujo resultado é inovador. Aprende a argumentar.

Finalmente, a História do Direito tira o jurista da prisão do seu provincianismo. Mostra como os grandes juristas sempre leram de tudo e de todos, como o direito vive de uma tensão entre o local (em geral o direito positivo) e o universal, representado pelas doutrinas e teorias que viajam sem cuidar muito de terem passaporte ou salvo-condutos. A história apresenta ao jovem jurista os rudimentos da comparação, dos transplantes, da comunicação das ideias.

Quero dizer, com tudo isso, que a História do Direito desenvolve habilidades e transmite informações fundamentais para formarmos juristas. A frequência da História do Direito forma o jurista. Assim como a filosofia, o direito não teme voltar permanentemente aos problemas clássicos. O direito é um decantado de soluções, de erros e tentativas nos arranjos da vida civil (OAKESHOTT, 1975; FULLER, 1964). Encontramos nesse decantado frases, pensamentos, instituições que precisam ser compreendidas, porque o mundo institucional no qual vivemos é herdeiro desses processos. É bom saber que alguém já disse que “a qualidade essencial das leis consiste em proibir, permitir, obrigar...”,³⁰ ou que “o direito se faz pensando no que acontece ordinariamente, não nos casos excepcionais”,³¹ ou que a obrigação jurídica funciona como uma espécie de substituto dos constrangimentos naturais.³² Isso não é indiferente à formação dos juristas, da mesma maneira que a leitura de Aristóteles, Platão, Agostinho, Tomás de Aquino, Guilherme de Ockham, Egídio Romano, Thomas Hobbes, Imanuel Kant ou Martin Heidegger não é indiferente para o filósofo. Como disse sumariamente Kant, toda ciência tem sua parte metafísica e é justamente essa parte metafísica o objeto permanente de reconceituação.³³

4. Concluindo

Não conseguimos entrar adequadamente no campo do direito sem nos darmos conta das tentativas anteriores, bem e mal sucedidas, de solução de problemas institucionais. Não se trata apenas de dizer que o direito é fruto da história como se

³⁰ “Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire”. (D. I, 3, 7, de Modestino).

³¹ “Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae epi to pleiston, id est, in plurimum, accidunt, non quae ek paralogou, id est, ex inopinato.” (D. I, 3, 3, Pomponius, *ad Sabinum*, l. 25); “Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur.” (D. I, 3, 4, Celsus, *Digestorum* l. 5).

³² “Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringitur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura.” (*Inst.*, L. III, t. XIII).

³³ “Desta maneira surge a idéia duma dupla metafísica, uma Metafísica da Natureza e uma Metafísica dos Costumes. A Física terá portanto a sua parte empírica, mas também uma parte racional; igualmente a Ética, se bem que nesta a parte empírica se poderia chamar especialmente Antropologia prática, enquanto a racional seria a Moral propriamente dita”. (KANT, 1974, p. 197).

fosse um fruto material de situações materiais. As situações jurídicas, como os estados de coisas na sociedade, não são fatos brutos. (ANSCOMBRE, 1958, p. 69-72). Mudam apenas na medida em que muda o que pensamos sobre eles. E o que pensamos sobre eles é pensado articulada, justificada e argumentadamente. A introdução histórica ao direito é uma introdução ao direito mesmo. O fato de sentirmos a necessidade de começar o estudo de algum instituto com referências históricas é apenas o sinal dessa relação entre a história do debate, que dá origem à solução, e o entendimento da própria solução. Essa relação pode ser feita de maneira amadora e diletante, ou de modo rigoroso. A História do Direito pretende fazê-lo de maneira rigorosa. Ela não precisa ser o laboratório da apologética do passado, nem a estufa onde se cultiva o relativismo incoerente dos céticos.

As soluções institucionais são elas mesmas dependentes de condições singulares que não se repetem. Mas a continuar nessa linha iríamos longe. “O pensamento parece uma coisa à toa, mas como é que a gente voa quando começa a pensar!...”. Paremos por aqui.

São Paulo, março de 2018.

Referências

- ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret. On brute facts. *Analysis*, v. 18, n. 3, p. 69-72, Jan. 1958.
- ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano. In: ASCARELLI, Tullio. *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.
- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BIROCCHI, Italo. I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia. In: BRIZZI, Gian Paolo; TAVONI, Maria Gioia (Hrsg.). *Dalla pecia all'e-book*. Libri per l'università: stampa, editoria, circolazione e lettura. Bologna: CLUEB - Cooperativa Librai Universitaria Editrice Bologna, 2009a. p. 377-391.
- BIROCCHI, Italo. Presentazione. In: CARONI, Pio. *La solitudine dello storico del diritto: appunti sull'inerenza di una disciplina altra*. Milano: Giuffrè, 2009b. p. 1-39. (Per la storia pensiero giuridico moderno). v. 86.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Presupuestos epistemológicos y metodológicos de la *iushistoria*. *Precedente*, Cali, p. 45-70, 2010.
- BRETONE, Mario. *Diritto e tempo nella tradizione europea*. 2. ed. Bari: Laterza, 1996.
- CARONI, Pio. *La solitudine dello storico del diritto*. Milano: Giuffrè, 2009. (Per la storia pensiero giuridico moderno). v. 86.

CASTRO, Jeanne Berrance de. *A milícia cidadã: a guarda nacional de 1831 a 1850*. 2. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

CHERFOUH, Fatiha. Les usages de l'histoire et du droit romain dans les ouvrages d'introduction au droit. In: CHAMBOST, Anne-Sophie (Dir.). *Histoire des manuels de droit*. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire. Paris: LGDJ Lextenso, 2014. p. 95-110.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *A reforma do ensino jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964.

GORDON, Robert Watson. The role of lawyers in producing the rule of law: some critical reflections. *Theoretical Inquiries in Law*, [S.l.], v. 11, n. 1, p. 441-468, 2010.

GROSSI, Paolo. *Prima lezione di diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1997.

JORDAN, Mark Durham. *The invention of sodomy in Christian theology*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997.

KANT, Immanuel. Prefácio. In: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. (Col. Os Pensadores).

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

KENNY, Anthony. *Aquinas on mind*. London: Routledge, 1994.

KENNY, Anthony. *Uma nova história da filosofia ocidental*. São Paulo: Loyola, 2008. v. 1: Filosofia antiga.

KOSELLECK, Reinhard. Social history and conceptual history. In: KOSELLECK, Reinhard. *The practice of conceptual history*. Stanford: Stanford University Press, 2002.

KRONMAN, Anthony T. Jurisprudence is not just a course: it's the key to liberating the lawyer. *Learning and the Law*, v. 4, n. 3, p. 4-8, 1977.

LACERDA, Gabriel; FALCÃO, Joaquim; RANGEL, Tânia. (Org.). *Aventura e legado no ensino jurídico*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012.

LISBOA, Wladimir Barreto. As novas sofisticas jurídicas: Chaïm Perelman e Stanley Fish. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (Org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*, Porto Alegre: Linus Editores, 2009. p. 167-192.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Entre a teoria da norma e a teoria da ação. In: STORCK, Alfredo Carlos; LISBOA, Wladimir Barreto. (Org.). *Norma, moralidade e interpretação: temas de filosofia política e do direito*, Porto Alegre: Linus Editores, 2009. p. 43-80.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *O direito na história: lições introdutórias*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O direito na história: lições introdutórias*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Institutions of law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. Jurisprudence in the law course. *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, Sheffield, v. 13, p. 359-362, 1974-1975.

MARTINS JUNIOR, José Izidoro. *Compêndio de história geral do direito*. Recife: Ramiro M. Costa & Cia. Editores, 1898.

MAZZACANE, Aldo. “Il leone fuggito dal circo”: pandettistica e diritto comune europeo. *Index*, [S.l.], v. 29, p. 97-111, 2001.

MOHNHAUPT, Heinz. Recht, natur und geschichte als Aagument, quelle un autorität. In: KERVÉGAN, Jean-François; MOHNHAUPT, Heinz. (Eds.). *Recht zwischen natur und geschichte*. Le droit entre nature et histoire. Deutsch-französisches symposion vom 24. bis 26. November 1994 an der Universität Cergy-Pontoise. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1997. p. 73-102.

OAKESHOTT, Michael. *On human conduct*. Oxford: Clarendon Press, 1975.

OAKESHOTT, Michael. The study of ‘politics’ in a university. In: _____. *Rationalism in politics and other essays*. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

OLIVEIRA, Luciano. Que (e para quê) sociologia? In: _____. *Sua excelência o comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 111-136.

OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

POCOCK, John Greville Agard. Languages and their implications: the transformation of the study of political thought. In: POCOCK, John Greville Agard. *Politics, language & time: essays on political thought and history*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989. p. 3-41.

PUFENDORF, Samuel. *De jure naturae et gentium libri octo*. Amsterdam: Andrea ab Hoogenhuisen, 1688.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1990.

RICÉUR, Paul. *Temps et récit*. Paris: Éditions du Seuil, 1983. v. 1.

SCHIAVONE, Aldo. *Ius*. L’invenzione del diritto in Occidente. Torino: Giulio Einaudi, 2005.

SCHIAVONE, Aldo. *Los orígenes del derecho burgués: Hegel contra Savigny*. Madrid: EDERSA - Editoriales de Derecho Reunidas, 1986.

SEARLE, John Rogers. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

_____. *The construction of social reality*. New York: Free Press, 1995.

TRIPOLI, Cesar. *História do direito brasileiro*. São Paulo: [s.n.], 1936. 2 v.

URICOECHEA, Fernando. *O Minotauro imperial: a burocratização do estado patrimonial brasileiro no século XIX*. Rio de Janeiro: DIFEL, 1978.

WINCH, Peter. *The idea of a social science and its relation to philosophy*. 2. ed. London: Routledge, 2008.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução de João Carlos Bruni. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.