



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS
VOLUME ESPECIAL - NÚMERO 36

Considerações sobre a pesquisa em História do Direito

Considerations on research in Legal History



UFRGS

Abelardo Levaggi
Universidad de Buenos Aires



Considerações sobre a pesquisa em História do Direito*

Considerations on research in Legal History

Abelardo Levaggi**

REFERÊNCIA

LEVAGGI, Abelardo. Considerações sobre a pesquisa em História do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 36, vol. esp., p. 3-11, out. 2017.

RESUMO

O objeto da História do Direito e, portanto, os temas que o historiador do Direito deve investigar, como também o método que há de seguir em suas investigações, foram e são matéria de controvérsia. Atualmente, triunfa na historiografia a História social do Direito, quase sempre entendida como história da prática jurídica ou do Direito vivo, tanto em sua gênese como em sua aplicação. Mas uma coisa é a História social do Direito e outra distinta a visão que do Direito pode ter a História social, especialidade que, na pior das hipóteses, arrasta em vários de seus cultores o preconceito de negar valor ao Direito, considerando-o uma ficção da qual não vale a pena ocupar-se. Para a História social do Direito, o Direito é a matéria objeto do conhecimento e o eixo ao redor do qual há de girar a reconstrução do passado. O que não se admite dúvida é a obrigação de fundamentar nossos juízos históricos em fontes objetivas e de identificá-las com precisão para permitir a sua verificação. Nisto consiste, em última instância, a cientificidade do fazer historiográfico.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito. Metodologia da História do Direito. História Social. História social do Direito.

SUMÁRIO

1. Objeto reduzido ou integral. 2. História social do Direito e História social. 3. O historiador do Direito como historiador: fontes e método. 4. Relação entre o passado e o presente. Reflexões finais. Referências.

ABSTRACT

The object of legal history and, therefore, the topics that the legal historian must investigate, as well as the method that he is to follow in its investigations, were and are subject of controversy. Today, the legal social history triumphs in the historiography field, almost always understood as a history of legal practice or living law, both in its genesis and its application. But one thing is legal social history and another is the view that law can have of social history, a specialty that, in the worst case, drags its researchers to the prejudice of denying value to the law, considering it a fiction of which it is not worth taking up. For the legal social history, law is the subject of knowledge and the axis around which the reconstruction of the past must revolve. What does not admit doubts is the obligation to base our historical judgments on objective sources and to identify them with precision to allow their verification. In this lies the scientificity of the historiographical work.

KEYWORDS

Legal History. Legal History Methodology. Social History. Legal Social History.

1 Objeto reduzido ou integral

O objeto da História do Direito e, portanto, os temas que o historiador do Direito deve investigar, como também o método que há de

* Publicação original em língua espanhola: LEVAGGI, Abelardo. Consideraciones sobre investigación en historia del derecho. *IusHistoria* (Revista del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho, Universidad del Salvador, Argentina), n. 05, 2012. Disponível em: < <http://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/2067/2593> >. Tradução para língua portuguesa por Alfredo de J. Flores (Prof. Permanente PPGDir-UFRGS).

** Pesquisador Sênior (Investigador Superior) do Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET) da Argentina. Catedrático de História do Direito na Universidad de Buenos Aires (UBA) e na Universidad del Salvador (USAL).





seguir em suas investigações, foram e são matéria de controvérsia. Seguem sendo, ainda que descartada hoje em dia a velha ideia positivista-legalista de reduzir o estudo dos sistemas jurídicos do passado – como se fazia com os do presente – à legislação e até somente aos códigos, se é que os havia, sem encontrar respostas para as épocas carentes de leis, como são os casos da Alta Idade Média e da maioria das culturas indígenas, entre outros.

Com distintos fundamentos e em contextos culturais diferentes, o mesmo reparo pode ser feito também às posturas não menos reducionistas ou monistas que fazem dos livros de Direito, dos textos escritos ou da ciência jurídica, incluída a teoria presumidamente ínsita na prática jurídica institucional e não-institucional, o objeto único da historiografia jurídica. A questão tem relação, em parte, com o conceito de Direito que se emprega, em sentido objetivo ou subjetivo; já no de ordenamento ou ciência, sustentando-se, por exemplo, se a historiografia jurídica há de ser entendida como uma atividade científica, racionalizante e não meramente descritiva, o seu objeto não pode ser outro que a ciência jurídica. A validade da premissa é indubitável, mas não se desprende desta necessariamente tal conclusão.

A objeção que faço às teorias citadas se dirige à pretensão destas de reduzir a tarefa do historiador do Direito somente ao estudo de cada um destes objetos. O juízo crítico que formulo não significa desconhecer a relevância que tem, v.g., analisar as proposições constitutivas do sistema jurídico que se tenta reconstruir ou indagar sobre sua legitimidade desde o ponto de vista normativo, como também do fático. O valor e ainda a necessidade dessas análises estão fora de discussão. A controvérsia se radica em outra questão: se a historiografia jurídica deve limitar-se a essa classe de problemas ou há de ir mais

além desse limite. No outro extremo do arco metodológico está a tese, tão reducionista como as anteriores, que identifica o Direito com o Direito cotidiano, tese que, em sua falta de flexibilidade, nega à historiografia a possibilidade do estudo de qualquer ciência do Direito, dado que, segundo seus postulados, trata-se de uma irrelevante abstração.

Frente a tais reducionismos, inclino-me a uma teoria integral que, não prescindindo a priori, dogmaticamente, de nada que se relacione com o Direito, esteja ao serviço da reconstrução, com o maior grau de fidelidade e de amplitude possível, dos sistemas jurídicos pretéritos, com suas peculiares características. Custa para mim aceitar os argumentos aduzidos por teóricos do reducionismo e resignar-me à delimitação da disciplina no âmbito de uma conceitualização que segue em sentido contrário ao do mais pleno conhecimento do passado jurídico, com todas as suas manifestações e antecedentes. Concebo que seja tarefa do jus-historiador reunir toda a informação possível acerca deste passado, desde a origem das normas constitutivas do sistema até sua sanção e colocação em prática, a engenharia do sistema e o espírito que o anima, sem renunciar a nenhuma das abordagens suscetíveis de enriquecer esse conhecimento e de responder a quantas perguntas se possam formular sobre o Direito, desde a História do Direito ou desde outras disciplinas.

Coincido, em princípio, com os três círculos de problemas que indica Helmut Coing como de atenção necessária para compreender um sistema jurídico¹. A saber: 1º) o próprio sistema, ou seja, sua reconstrução e o conteúdo de seus princípios, instituições e normas; 2º) as condições fáticas e ideais que gestaram o sistema – pode-se dizer, também, o contexto cultural em que nasceu e que impulsionou suas mutações e reformas

¹ COING, Helmut. *Las tareas del historiador del Derecho* (Reflexiones metodológicas). Trad. de Antonio Merchán. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977. p. 40.





(incluiremos no contexto as influências recebidas desde o exterior por parte de modelos doutrinários e normativos; não menos indispensável será estudar a doutrina dos juristas); e 3º) o cumprimento do Direito, isto é, a efetividade do ordenamento jurídico, com as diferentes possibilidades afirmativas e negativas que supõe, desde a observância pontual até o desconhecimento e ainda o desprezo da norma.

Este último problema não é de fácil solução quando se está frente a sistemas complexos ou corpos de Direito – como o foram os anteriores à codificação moderna, entre eles os nossos – sistemas que exigem do intérprete prestar fina atenção à pluralidade e heterogeneidade de fontes que os constituem, nos que a lei é somente uma delas e nem sempre a norma mais importante. Tenha-se em mente as interpretações disparatadas que foram feitas da fórmula castelhano-indiana (colonial) “obedece-se ou se acata, mas não se cumpre”, por falta dessa atenção.

A ditos círculos de problemas, cabe ainda acrescentar o estudo da organização institucional – judicial, notarial e administrativa – encarregada de aplicar o Direito e, da mesma forma, o estudo do perfil intelectual e social de seus agentes, estudo esse que pode ser chave para explicar mentalidades, ideias e condutas. Ademais, não se deve desconhecer que todo fato – incluindo o jurídico – tem um entorno, com o qual interage e que faz possível a sua realização. Dito entorno está estruturado de acordo com umas relações já estabelecidas e uma lógica de funcionamento e regulação que o historiador do Direito tentará descobrir, valendo-se da produção historiográfica auxiliar.

Os problemas, como assinala Coing, devem ser propostos de uma dupla maneira: sincronicamente, tentando compreender o ordenamento jurídico do passado em cada um desses círculos, e diacronicamente, procurando explicar o seu desenvolvimento no tempo². É

provável que os problemas relativos ao contexto e ao cumprimento do Direito sejam os que apareçam ao investigador como as maiores dificuldades de índole metodológica.

2 História social do Direito e História social

Atualmente, triunfa na historiografia a História social do Direito, quase sempre entendida como história da prática jurídica ou do Direito vivo, tanto em sua gênese como em sua aplicação. Ela se propõe a contextualizar o Direito desde vários pontos de vista: cultural no sentido mais amplo, sociológico, antropológico, moral, político, econômico, etc. Para interpretar, por exemplo, o porquê de determinadas normas, remete-se ao conteúdo do ensino do Direito, à mentalidade dos juristas, juízes e legisladores, ao impacto produzido neles pelas crenças religiosas, pelas doutrinas filosóficas e científicas em geral, pelos movimentos sociais e as estruturas econômicas. Para isso, rende culto à disciplina múltipla, apelando sobretudo à sociologia e à antropologia.

Mas uma coisa é a História social do Direito e outra distinta a visão que do Direito pode ter a História social, especialidade que, na pior das hipóteses, arrasta em vários de seus cultores o preconceito de negar valor ao Direito, considerando-o uma ficção da qual não vale a pena ocupar-se. O desprezo ao Direito, em cuja origem muito teve que ver o positivismo legalista, é trasladado para a sua história. Para a História social do Direito, o Direito é a matéria objeto do conhecimento e o eixo ao redor do qual há de girar a reconstrução do passado. Para a História social, em troca, o Direito – segundo a visão mais favorável – é um dos vários fenômenos que se observam na sociedade, que não interessa conhecer em si mesmo, mas somente na medida de sua influência nas relações sociais, as quais constituem o verdadeiro objeto de conhecimento.

² Ibidem, p. 41.





Vejamus um exemplo: a criminalidade presente numa sociedade, abordada desde a História social do Direito, interessa como fonte material, enquanto possa ser um dos fatores determinantes da criação e aplicação das normas penais, além de índice da maior ou menor eficácia do sistema punitivo. Por outro lado, para a História social lhe interessa somente como patologia dessa sociedade e não unicamente desde o ponto de vista estatístico, mas até nos pormenores dos atos criminais, a cujo través tenta descobrir tendências, necessidades ou vícios próprios dessa sociedade.

O risco ao qual se expõe a História social do Direito, se não adota os cuidados indispensáveis, é imitar a História social e relegar o Direito a um segundo plano, priorizando na reconstrução histórica o marco social e diluindo neste o jurídico. Este enfoque o encontramos em vários trabalhos de historiadores sociais sobre temas jurídicos, temas que abordam desde a sua perspectiva e com seu aparelho intelectual, os quais, obviamente, não são os do historiador-jurista. Erram ditos trabalhos na interpretação dos fenômenos por desconhecimento de dados fundamentais dos sistemas jurídicos e por supor possível o estudo daqueles fora do sistema, de desentranhar seu significado de forma isolada, sem dar-se conta que as normas jurídicas, ainda que em ordenamentos estranhos à sistemática racionalista, não existem isoladas, mas em relação com as demais. Em que pese tais defeitos, nem sempre são depreciáveis esses trabalhos. Um jus-historiador precavido pode descobrir em alguns deles enfoques ou dados de interesse. O requisito é que aprofunde a crítica e reexamine os fatos com sua particular visão.

Evitar que se confundam os objetos e os métodos de ambas as histórias não impede reconhecer que um diálogo com a História social, do mesmo modo que com outras disciplinas,

salvando a identidade de cada uma, lançaria resultados benéficos para todas. Marc Bloch alertou do perigo que corre “cada canto do saber quando se pensa uma pátria”, em vez de descompor o real para melhor observá-lo, graças a um jogo de luzes cruzadas, cujas características se combinem e se interpenetrem constantemente, como o reclama a ciência³.

As considerações que deixo feitas acerca da História social não se dirigem, obviamente, aos historiadores sociais que investigam temas jurídicos conscientes da necessidade de capacitar-se no conhecimento do Direito pretérito – mediante leituras e assessoramento – e que se colocam em condições de fazê-lo com total idoneidade.

Voltando à História social do Direito, o que parece inquestionável no estado atual da historiografia, e como se disse para a história geral, é que nunca se pode assegurar plenamente que a explicação de uma realidade seja suficiente e exaustiva, mas sim se pode pretender que uma situação histórica seja inteligível como um todo, que a explicação busque alguma forma de “contextualismo” que relacione as partes e o todo por sua recíproca implicação⁴.

3 O historiador do Direito como historiador: fontes e método

Para alcançar os fins apetevidos, o historiador do Direito será sempre consciente de seu papel de historiador, necessitado de instrumentos que lhe proporcionem a epistemologia e a metodologia da história, já que, de outro modo, não poderia conhecer o passado jurídico, irrepetível no presente. O papel de jurista, insubstituível para a reconstrução e interpretação do Direito, subordina-se, contudo, ao papel de historiador.

³ BLOCH, Marc. *Introducción a la Historia*. 1ª reimpr. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 117.

⁴ ARÓSTEGUI, Julio. *La investigación histórica: teoría y método*. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 1995, p. 245.





Enquanto historiador, põe-se em contato com a gama mais completa e variada de testemunhos que lhe seja possível, sem abdicar, por certo, do comportamento crítico que se deve ter sempre frente a estes. Buscará a informação tanto nas fontes jurídicas como nas não-jurídicas (científicas, literárias, artísticas, provérbios, símbolos, etc.), submetendo-as todas às críticas de autenticidade, veracidade e objetividade que prescreve a metodologia científica – ou, como também se diz, à análise documental dirigida à depuração dos dados – e, ademais, à determinação de autoridade ou valor que gozaram em seu tempo. Determinadas obras literárias e artísticas – pensemos num Cervantes ou um Lope de Vega e num Goya ou um Daumier – estão dotadas de maior eloquência testemunhal que frios textos jurídicos.

Tão exaustiva deverá ser a exploração bibliográfica como a investigação de arquivo. Quanto a esta última, ainda que haja bastante documentação editada, poucas vezes poderá limitar-se aos arquivos gerais de nossas nações e das antigas metrópoles, crendo que com essa busca se tenha completado a tarefa. Com frequência, os temas de investigação nos obrigam a estender a pesquisa aos arquivos locais – provinciais e municipais (em seu caso, também aos de nações estrangeiras) –, onde quiçá se ache documentação de maior importância, reveladora da cara oculta de uma realidade que nos põe a coberto de falsas teorizações. Sobretudo nas nações de estrutura federal, deve-se tomar consciência de que não existe nenhum “panóptico” da observação histórica. Por isso, a necessidade de ampliar o campo de investigação a esses repositórios locais. Ainda que nem sempre seja indispensável reunir até o último papel, deve-se combater o erro, baseado num absurdo centralismo heurístico, de supor que a informação mais importante esteja nos arquivos de maior hierarquia burocrática, quando a experiência nos

demonstra que, longe de ser assim, pode suceder o contrário.

Feita a reunião de materiais – jurídicos e não-jurídicos – segue a etapa de análise, com a seleção, relação, ajuste, “problematização” e interpretação, que derivarão na reconstrução dos fatos históricos, incluindo nesta denominação objetos tão abstratos como possam ser os conceitos jurídicos: capacidade, obrigação, contrato, domínio, sucessão, etc. Uma rigorosa análise de conteúdo, ou seja, da linguagem, permitirá revelar a mensagem que encerram as fontes diretas escritas, obter a partir da análise uma informação adicional e mais precisa dos documentos.

De sua parte, a história dos conceitos jurídicos, dotados com frequência de uma historicidade própria – pensemos em conceitos como constituição, república, testamento, propriedade, jurisprudência e muitos mais, e nas suas mudanças de significado através do tempo –, é um método especial da crítica de fontes e um aspecto fundamental de análise semântica. Ilumina o caminho do jus-historiador, prevenindo-o do traslado irreflexivo de conceitos e expressões atuais à análise do passado e o habilitando para fazer uma leitura mais correta das fontes, leitura essa distinta daquela que resultaria de uma visão superficial, feita de modo acrítico.

4 Relação entre o passado e o presente

Estas considerações nos levam a refletir sobre a relação entre o presente do historiador e o passado que investiga. O presente nos sugere, normalmente, os temas de investigação, temas que, constituindo interrogantes da sociedade atual, esperam orientações ou respostas das experiências do passado. A isto obedece a ideia da história como “passado presente” ou como “presente das coisas passadas”. Porém, ademais dessa presença do presente nos afazeres jus-





historiográficos, as vivências pessoais do jus-historiador, sua experiência jurídica, trasladada ao passado com consciência tanto das diferenças como das semelhanças, permitirão a este – e somente assim – reconstruir com boas probabilidades de êxito o sistema jurídico que estude, com suas fontes, método, instituições, doutrina, etc., ou alguma instituição em particular. Como dizia Bloch, “sempre tomamos de nossas experiências cotidianas, matizadas, onde é preciso, com novos tons, os elementos que nos servem para reconstruir o passado”. Para interpretar os documentos e propor corretamente os problemas de épocas afastadas, uma primeira condição é observar e analisar o presente⁵.

Daí a importância que tem para o historiador do Direito manter-se em contato intelectual com a teoria e a prática do Direito contemporâneo. Mas terá o cuidado de não cair na ilusão da existência de relações lineares entre as instituições de distintas épocas nem na tentação de encontrar conexões diretas entre elas. Submergir-se no passado demanda flexibilidade mental, uma flexibilidade que esteja em razão direta com o afastamento deste passado.

Tampouco pretenderá utilizar o passado como aríete para demolir as instituições atuais e, para tal efeito, construir uma nova história do Direito. O conhecimento do passado está em constante transformação e aperfeiçoamento, como acontece com todo conhecimento científico, a partir de nossa falibilidade e graças ao desenvolvimento de novas investigações capazes de revelar as debilidades dessas “verdades científicas”. Contudo, se o conhecimento é suscetível de correções e, por conseguinte, de modificações, não o são os fatos que constituem o seu objeto e seria um proceder censurável desde o ponto de vista ético instrumentalizá-los com fins extracientíficos.

Não é da competência do historiador atuar sobre o presente, como o fazem o sociólogo e o

político, mas bem somente por à sua disposição o caudal de experiência que possa recolher. O perigo que aguarda ao historiador, o mesmo que pretende interpretar o passado com a mentalidade atual, é o de colocá-lo no “leito de Procusto” do tempo atual, concluindo assim por mutilá-lo e desfigurá-lo, tornando-o irreconhecível.

Reflexões finais

Se bem que o processo histórico-jurídico ibero-americano se desenvolveu, em termos gerais, sem mudanças demasiadamente bruscas, inclusive na época da revolução pela independência, não cabe dúvida que registra diferenças essenciais em matéria de ideias jurídicas, fontes formais e método, ademais de várias instituições. Isto o observamos se comparamos, por exemplo, o sistema jurídico “índiano” (hispano-colonial) com o sistema jurídico republicano codificado. Uma abundante produção bibliográfica estuda desde diferentes ângulos esse processo, sem que isso signifique que não haja espaço para novas investigações. O historiador do Direito deve ser consciente das diferenças apontadas para não incorrer em anacronismos. Mas me mantenho na opinião de que, tanto no Direito privado como no público (o Direito político foi, a todas luzes, o que experimentou a mais pronta transformação), a mudança foi gradual e paulatina, e isso desde a mesma época tardo-colonial. Nossas sociedades foram, comumente, impermeáveis aos projetos iconoclastas e valorizaram positivamente a cultura tradicional. As ideias francamente revolucionárias permaneceram acantonadas em grupos minoritários, não sendo compartilhadas pela generalidade da população, nem sequer pela maior parte da elite.

Mesmo que esta opinião cause adesão ou rechaço, o que não se admite dúvida é a obrigação de fundamentar nossos juízos históricos em fontes

⁵ BLOCH, *Introducción...*, cit. p. 39 e 41.





objetivas e de identificá-las com precisão para permitir a sua verificação. Nisto consiste, em última instância, a cientificidade do afazer historiográfico. Somente sob esta condição escapará à nota de subjetividade e poderá merecer o reconhecimento da comunidade científica. A recomendação tem sua razão de ser em vista de aparentes trabalhos científicos que, na realidade, são simples ensaios por faltar-lhes o aparato erudito que os respalde.

Concluindo com estas considerações, não incorrerei na puerilidade de apresentar uma lista de temas de investigações vacantes, sempre arbitrárias e incompletas, mas sim assinalar o interesse que existe em intensificar as pesquisas sobre o passado jurídico comum. Penso na presença em nossos sistemas jurídicos nacionais de fontes e instituições da época monárquica – medievais e modernas, castelhanas e lusitanas – como um fator positivo de relação entre nossas

culturas em geral e nossos ordenamentos jurídicos em particular. Dois exemplos poderiam ser a aplicação das Siete Partidas de Afonso o Sábio em ambas as monarquias e sua recepção pelos direitos nacionais, e a relação existente entre duas produções do reinado de Felipe II de Espanha e I de Portugal: a Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla e as Ordenações Filipinas. Seria essa uma maneira eficaz de contribuir para a criação de uma cultura histórico-jurídica propriamente ibero-americana e, através dela, a um melhor conhecimento mútuo.

Para alcançar semelhante resultado, não se devem impor limites temporais às investigações, respeitando as necessidades próprias de cada tema, sem descartar o que possa nos remeter a um passado muito afastado. Os limites os ditará a natureza do tema e não serão estabelecidos arbitrariamente. Está em jogo nada menos que a fortaleza do conhecimento.

REFERÊNCIAS

- ARÓSTEGUI, Julio. *La investigación histórica: teoría y método*. Barcelona: Grijalbo Mondadori, 1995.
- BLOCH, Marc. *Introducción a la Historia*. 1ª reimpr. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- COING, Helmut. *Las tareas del historiador del Derecho* (Reflexiones metodológicas). Trad. de Antonio Merchán. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1977.

Recebido em: 20/10/2017

Aceito em: 20/10/2017



