
THEMIS USANDO OS TRAJES DE CLIO: CONTRIBUIÇÕES METODOLÓGICAS PARA UMA RENOVAÇÃO NO CAMPO DA HISTÓRIA DO DIREITO

Giscard F. Agra
Professor Assistente UFPB
Doutorando em História UFPE
gfagra@yahoo.com.br

Introdução

O retorno da disciplina História do Direito à grade obrigatória dos cursos de formação de juristas encontrou um espaço da produção acadêmica despreparado para receber tal disciplina e lidar com a produção do conhecimento que podia ser extraído a partir dela. Os cursos de direito, que então se caracterizavam por uma formação altamente conservadora, dogmática e tecnicista, herança de duas décadas de regime militar, paulatinamente passaram a sofrer alterações curriculares para contemplar disciplinas zetéticas, que servissem como espaços de questionamentos aos princípios dogmáticos de então: inicialmente, Sociologia Jurídica, História do Direito e Filosofia Jurídica, e, pouco depois, Antropologia Jurídica. A inserção e a obrigatoriedade de tais disciplinas, consolidada pela Resolução n. 9, de 24 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação, objetivou alterar o enfoque dos cursos jurídicos, proporcionando uma formação crítica e humanística, e não mais apenas utilitarista e tecnicista¹.

Entretanto, em sendo a proposta da reforma curricular estabelecer um espaço acadêmico interdisciplinar hábil à produção de um conhecimento crítico acerca do social e do humano, penso ser esta ainda uma pretensão falha. Refiro-me especificamente à disciplina História do Direito, objeto do presente texto e de minha experiência, sem, entretanto, querer dar a entender que a situação com as demais disciplinas encontra-se de maneira satisfatória.

Tanto no tocante à formação do profissional que atua nesta área, quanto à qualidade dos livros que são comercializados versando sobre este tema, a fragilidade do conhecimento aí produzido é tamanha que, na maioria das vezes, ele se sustenta sobre bases de uma historiografia em crise desde o início do século XX, mas que, apesar de

continuar existindo no nível do senso comum e no espaço acadêmico, não se sustenta mais enquanto discurso científico.

Pretendo, com isto, afirmar que, na pretensão de interdisciplinaridade presente na disciplina História do Direito, os estudiosos deveriam levar em consideração as maneiras como os conhecimentos são produzidos em ambas as áreas, ou seja, tanto na área da História quanto na área do Direito. O que muitos realizam, entretanto, é uma apropriação da História vista pelo senso comum para narrar, com todos os vícios presentes em tal visão, uma história linear, progressista, evolucionista, enfim, positivista.

Não que esse tipo de história que foi naturalizada e tornou-se senso comum não tenha sido, um dia, científica: efetivamente, esse posicionamento teórico foi responsável pela própria conquista do estatuto científico que os historiadores alcançaram no século XIX, por meio da Escola Metódica francesa, de Ranke.

No presente texto, pretendo analisar como o diálogo com a renovação que houve no campo da historiografia ao longo do século XX, especialmente com a emergência da Escola dos Annales, na década de 1920, passa, em muito, despercebida pelos estudos de história do direito, que ainda lêem a história a partir do viés positivista do século XIX. É esta falta de diálogo com o que se produz no campo da história que faz com que no direito o passado seja visto a partir de uma série de conceitos e posturas que hoje não encontram mais legitimidade acadêmica entre os historiadores, mas continuam sendo a base a partir da qual majoritariamente produz-se o conhecimento de história do direito.

1. O antigo regime na historiografia do direito

A Escola Metódica da Historiografia foi a principal responsável pela conquista do estatuto científico da história. Para tal, os metódicos precisaram adequar a produção do conhecimento histórico ao paradigma científico de então, ou seja, o modelo de produção do conhecimento das ciências naturais. Tal modelo pautava-se na experimentação e na repetição dos fenômenos que eram estudados a fim de produzir-se uma certeza como resultado da interação entre elementos. Na História, na

impossibilidade de repetirem-se os eventos, a certeza adviria da fonte que se utilizava para ter acesso ao passado: os documentos escritos oficiais.

Seria pelo acesso aos documentos escritos produzidos e legitimados pelo Estado que o historiador teria certeza de que trabalharia com a verdade dos fatos e, assim, que estaria produzindo uma “história verdadeira”. Tais documentos pareciam ao historiador, seguindo ainda o paradigma dominante, o passado tal qual havia acontecido e caberia a ele tão somente narrar os eventos descritos em tais documentos para reconstruí-lo e revelá-lo em toda a sua verdade. Entre o passado enquanto experiência e o passado reconstruído pela narrativa historiográfica, portanto, o historiador apenas deveria agir na elaboração de um texto narrativo que desse conta de dispor todos os fatos documentados em uma sequência temporal e linear (método progressivo), trazendo à tona os eventos que foram se sucedendo no tempo até a eclosão de um grande evento histórico – estaria, desta maneira, tanto seguindo a idéia de neutralidade científica quanto a idéia newtoniana de causa e consequência, características do paradigma dominante.

A História, para os metódicos, por poder ser tão somente acessada através de documentos escritos e legitimados pelo Estado, consistia numa história acima de tudo de eventos políticos, na qual desfilavam os “grandes nomes”, os chamados “heróis”, considerados responsáveis pela formação, construção e consolidação do Estado. Os demais sujeitos que não participavam diretamente da política estatal eram invisíveis a tais documentos e, portanto, à própria História.

Como corolário de tais atitudes, a historiografia metódica produzia uma história política contada linearmente, dos tempos mais primitivos aos tempos mais recentes, numa atitude progressista e evolucionista, analisando o presente como resultado direto do que havia sido o passado, inventando uma linha de continuidade entre um tempo e outro. Da mesma forma, a história positivista apresentava uma análise teleológica, ou seja, consciente ou inconscientemente, partia-se para o passado como maneira de legitimar as forças atuantes no presente do investigador, fossem forças políticas, econômicas, culturais ou religiosas. Sabia-se já de antemão para onde a “flecha da história” apontaria, cabia, portanto, analisar do passado os elementos que haviam sido responsáveis pelo lançamento da flecha. Sendo o presente a continuidade

do passado, analisar o passado seria analisar os eventos que antecederam a formação do presente.

A história positivista, assim, foi criticada pela historiografia do século XX, em especial, a que parte da Escola dos Annales, a partir de 1929, justamente por ser a produção de um conhecimento tremendamente vinculado aos interesses políticos de sua época, aos grupos de poder de então, o que era contrário à suposta neutralidade científica que tanto propunham. Produzir uma história do Brasil, por exemplo, no início da década de 1880 e produzir uma história do Brasil no início da década de 1890 era produzir duas histórias completamente diferentes: a primeira enfatizaria a ação da Família Real na construção do Estado Imperial, exaltando os feitos portugueses, enquanto a segunda enfatizaria a ação dos militares nacionais no golpe de Estado republicano e na expulsão de D. Pedro II com o fim de propiciar a evolução política nacional. A história positivista, portanto, foi apontada como sendo um espaço de produção científica que servia como legitimadora do *status quo*.

Outra crítica apontada contra o metodismo historiográfico consistiu na fonte escrita e oficial como única fonte através da qual seria possível chegar-se ao conhecimento histórico. Tal comportamento exigia das sociedades humanas dois elementos específicos: a escrita como meio de registrar informações e o Estado como ente político organizado. Ambos eram experiências particulares de certas sociedades, inventados em certas circunstâncias perante as quais outras sociedades haviam respondido de maneiras distintas. Para ambos, o conhecimento tradicional da historiografia ofereceu respostas insatisfatórias.

Para o problema da escrita, a Escola Metódica propôs o conceito de “pré-história” para caracterizar o tempo anterior à escrita cuneiforme inventada pelos sumérios ou à escrita hieroglífica inventada pelos egípcios, por volta de 6 mil anos A. P., ou mesmo para caracterizar os povos que, mesmo vivendo em tempos posteriores a esse, viviam sem produzir vestígios escritos e, portanto, não podiam ter suas histórias contadas².

Para o problema do Estado, foi trazida para a historiografia uma vulgarização do termo que já existia em outros espaços de produção científica que consistia em nomear quaisquer formas de governo político de “Estado”, equiparando, assim, os dois

conceitos. O conceito de Estado para representar uma forma de governo político organizado, portanto, inventado propriamente na Idade Moderna por pensadores como Maquiavel, Hobbes, Locke e outros, foi ampliado retrospectivamente para caracterizar todas as formas anteriores de governo político, inclusive aqueles centrados no governo de uma cidade (a *polis* grega ou a *civitas* romana) que eram nomeadas de “cidades-estados”. É daí que nascem os conceitos de “estados teocráticos do oriente”, “cidade-estado ateniense”, “estado imperial romano”, que desfilam pelo campo de investigação que nomeamos de teoria geral do Estado³. Este é um típico caso de anacronismo conceitual provocado por uma leitura teleológica da história, conforme apontei anteriormente, com o objetivo de demonstrar como o Estado moderno seria uma continuidade evolutiva política das formas antigas de Estado que foram constituídas na antiguidade clássica⁴.

No campo do direito, a emergência do juspositivismo alemão no início do século XIX pode ser vista de maneira paralela à produção do campo da historiografia francesa no mesmo século, pois aquela escola tinha como postura metodológica considerar que o direito nada mais era do que as leis escritas produzidas pelo ente político organizado na figura do Estado. No tocante à forma escrita e à leitura ampliada do conceito de Estado, tanto o positivismo na História quanto o positivismo no jurídico estabeleceram conexões muito próximas, por necessidades conceituais e metodológicas.

A Escola Histórica do Direito, por sua vez, capitaneada por Savigny, enunciava que o direito de um povo era oriundo de uma evolução histórica da tradição, esta, lida de maneira idealizada, sacralizada, vista a influência do Romantismo do século XVIII sobre tais pensadores. O amor pelo passado consistia num dos elementos exaltados pelos historicistas, e estabelecer o presente como continuidade desse passado idealizado, uma postura político-filosófica⁵. O papel de Roma e da civilização que os romanos produziram na antiguidade clássica, aqui, serviu mais uma vez como “idade de ouro”⁶, como passado idealizado e sacralizado ao qual se remeter, princípio desencadeador da evolução que desembocaria na constituição histórica daqueles ordenamentos jurídicos de então, melhores e mais perfeitos do que os do passado, mas que a este deveriam atribuir suas raízes.

Consistindo, desta maneira, o positivismo no modelo hegemônico de produção do conhecimento das ciências humanas do século XIX e do início do século XX, os seus enunciados eram convencioneados pelos grupos de poder como verdades e repetidos à exaustão. A quebra desse modelo metodológico, na História, só começou a ser realizada quando do advento dos *Annales*, a partir de 1929. Com o Direito, entretanto, o positivismo consolidou-se e perdurou por mais tempo. Os *Annales* não foram capazes de romper a leitura metódica da história do direito, até porque pouco se produziu sobre este aspecto dentro da escola, com a exceção, posso assim dizer, de Marc Bloch⁷. A luta dos *Annales* era contra o modelo historiográfico positivista, que centralizava a sua análise no Estado e em suas manifestações de poder, dentre elas, o direito. Desta maneira, opor-se ao modelo metódico, era opor-se também às temáticas principais de tal postura, era rejeitar, portanto, o direito como temática. Isto fez com que os *Annales*, apesar de renovarem a historiografia, não contribuísem diretamente para uma releitura e uma renovação da historiografia do direito, sendo isto possível tão somente na segunda metade do século XX, e, no Brasil, apenas na virada do século⁸.

A consolidação da postura positivista no direito em muito se deveu também às codificações legislativas ocidentais que, do Código Civil Napoleônico de 1804 ao Código Civil Alemão de 1900, seguiram tal posicionamento. No século XX, tivemos ainda, sob o modelo positivista, dentre outros, o Código Civil brasileiro de 1916, bem como as codificações dos países africanos independentes, quando da descolonização daquele continente a partir da década de 1950, em muito influenciadas pelo trabalho doutrinário do jurista francês René David, que chegou, inclusive, a presidir a comissão de elaboração do direito civil da Etiópia⁹, exportando para lá o modelo de direito francês produzido a partir daquilo que ele nomeou de “família romano-germânica”¹⁰.

Essa força que o positivismo conquistou na seara jurídica persiste ainda hoje, em maior ou menor medida, em todos os países que tiveram como modelo de codificação o *Code Napoleon* de 1804, principal expressão do juspositivismo.

Dito tudo isto, penso, portanto, que uma série de fatores, internos e externos ao campo jurídico, são em maior ou menor medida responsáveis pela predominância da leitura metódica da história do direito. Em primeiro lugar, a força que ainda persiste do juspositivismo nos ordenamentos jurídicos de uma grande quantidade de Estados

nacionais, dos quais posso citar, dentre outros, França, Alemanha, os Estados africanos e os Estados latino-americanos, dentre eles, o próprio Brasil; em segundo lugar, o desinteresse pela história política e pelo estudo dos direitos dos povos demonstrado majoritariamente pelo movimento dos Annales; em terceiro lugar, a proximidade metodológica entre abordagens positivistas, tanto a jurídica quanto a historiográfica, num momento em que a ciência se constrói como sendo a reveladora das verdades absolutas sobre o mundo; e, por fim, em quarto lugar, a própria naturalização da idéia salvacionista da história em sua forma científica proposta pela Escola Metódica, apresentando uma abordagem linear, evolutiva e progressista, ligando de maneira contínua o passado ao presente, colocando este como produto direto daquele.

2. E Roma construiu um império que dura ainda hoje...

Analisar o tratamento que foi dado a Roma, o seu império e o seu direito, desde o fim de sua unidade política imperial no século V, oferece-me um exemplo típico de uma leitura repleta de vícios metodológicos do juspositivismo e do positivismo historiográfico e que se constituiu enquanto dogma no espaço jurídico.

O papel de Roma na constituição jurídica dos Estados ocidentais é exemplar de uma abordagem altamente problemática da história da qual ainda hoje muitos de nossos juristas fazem uso acrítico. Historicamente, houve sociedades que se constituíram sob o discurso sacralizador de Roma, legitimando-se enquanto continuadoras do “legado romano”, fosse este cultural, político, religioso, lingüístico ou mesmo jurídico: Bizâncio buscou se estabelecer enquanto a parte do Império romano que não havia sucumbido aos germânicos no século V; o Sacro Império Romano-Germânico se instituiu enquanto o renascimento do Império Romano por meio da ação unificadora dos francos; os reinos cristãos da Península Ibérica, que iriam originar Portugal, no século XII, e Espanha, no século XV, insistiam na idéia de que cabia a eles a responsabilidade de levar adiante a cultura religiosa que havia nascido no Império e da qual eles, por terem sido constituídos por povos federados aliados a Roma, eram legítimos descendentes. Legitimando-se enquanto herdeiros do legado romano, tais povos também se legitimavam na busca por tentar “recuperar” os territórios “perdidos”, então na posse de

outros povos. Isto levou, dentre outras consequências, à expansão territorial de tais povos e a batalhas entre francos e germânicos, visigodos e suevos, cristãos e muçulmanos.

Por sua vez, os reinos da Península Itálica justificavam-se justamente no elemento territorial para ligar o seu presente ao passado romano. E foi aí, em território italiano, que, no final do século XII e início do século XIII, outro fator passou a compor a lista de elementos que eram alegados para ligar as duas temporalidades: o nascimento das universidades fez com que o direito romano “renascesse” pelo trabalho acadêmico da universidade de Bolonha.

O direito romano, enquanto elemento que está na base dos ordenamentos de vários Estados nacionais da contemporaneidade, estava bem distante de representar o direito que era experienciado em Roma. O direito romano que “renasce” no século XII em Bolonha é, de fato, uma representação do direito positivo que vigorava em Roma elaborado e alterado por ordem do imperador bizantino Justiniano, entre 529 e 533, compilado em quatro livros e posteriormente denominado de *Corpus Iuris Civilis*. O principal livro denomina-se *Digesto*, que reúne uma série de pareceres proferidos pelos jurisconsultos da época clássica do direito romano (entre os séculos II a. C. e II d. C.). O trabalho de compilação de tais pareceres, entretanto, estabeleceu recortes drásticos no direito positivo de Roma a que os jurisconsultos de Justiniano tiveram acesso: houve uma seleção dos jurisconsultos que iriam compor o *Digesto*, daí uma seleção dos pareceres de tais jurisconsultos e, por fim, a interpolação de trechos presentes nesta última seleção, com a subtração, o acréscimo ou a alteração de certas palavras do texto original. Isto fez com que o *Digesto* não representasse uma compilação do direito romano, mas com que ele se constituísse como um olhar do Império do Oriente sobre o direito positivo do Império do Ocidente que estava em vigor séculos antes de sua fragmentação política. Ou seja, as universidades da Baixa Idade Média não estudavam o direito romano enquanto experiência histórica vivida, mas nomearam de “direito romano” aquela série de regras que estavam presentes na imagem que Justiniano havia produzido sobre o direito positivo do Ocidente, que há muito já deixara de ser experienciada.

Por sua vez, o que as universidades fizeram desde então foi elaborar estudos sobre o direito romano justinianeu buscando nele justamente aquilo a que ele não se prestava: o estabelecimento de regras gerais abstratas. Cada escola que se seguiu, dentre elas, a dos glosadores, a dos comentadores, a escola elegante, a escola histórica, o jusnaturalismo racionalismo e o juspositivismo, utilizando como principal base o *Corpus Iuris Civilis*, mas também outros documentos e outras leis que foram sendo paulatinamente recuperados da experiência romana e comparados com o que se tinha no *Digesto*, foi elaborando uma nova imagem de direito romano, que não era igual às imagens anteriores, nem mesmo igual ao texto de Justiniano, nem também igual à complexidade do direito vivido enquanto experiência em Roma, mas era um direito romano novo, produto justamente do olhar lançado a ele pelos novos pensadores.

Estabelecer, entretanto, essa ligação com Roma e o seu legado jurídico serviu e serve ainda hoje como elemento que legitima certos espaços de fala. Acriticamente, ainda hoje existem autores, dentre eles juristas e mesmo historiadores, que exaltam o papel e o esplendor de Roma e estabelecem a ligação para com esta civilização por meio da tradição jurídica. No Brasil, já foi muito forte essa postura que, apesar de problematizada nas últimas décadas, é encontrada ainda hoje em alguns discursos que circulam nas academias e nos livros de história do direito. Exemplo disto é o trecho que segue, extraído do livro *História do Direito Geral e Brasil* da historiadora Flávia Lages de Castro, que ressalta a suposta ligação entre brasileiros e romanos, entre ordenamento brasileiro e direito positivo romano, fazendo inclusive uso de reticências num tom até mesmo nostálgico.

A História de Roma é a história de todos nós... história que perpassa todo o ocidente e nos faz oriundos dos mesmos pais... Latinos, antes de tudo. Isto com todos os defeitos e qualidades que possam ser atribuídos à latinidade. Isto com todas as formas dos seres humanos, iguais a nós, que conquistaram o mundo inteiro de então... (...)

Somos romanos até quando falamos, nossa língua é filha do latim, somos romanos na nossa noção urbana, somos romanos em nossa literatura, somos romanos mesmo quando temos uma noção de patriotismo. Somos romanos quando falamos em Direito, quando fundamos nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito este sistematizado pelos romanos antigos¹¹.

Roma, portanto, aos romanistas brasileiros, parece dar um ar de legitimidade e importância ao direito nacional. Pelo nosso direito civil, de base, conforme eles

insistem, romanística, parecemos estar mais próximos do grande legado cultural que foi o legado jurídico romano. Tal ligação parece legitimar o nosso ordenamento, dar-lhe uma importância histórica, mostrar-nos enquanto continuidade daquela tradição. O que faz, entretanto, é negar a possibilidade de enxergarmos a diferença, a autenticidade, a originalidade de nossas respostas. Nega a experiência histórica brasileira que possibilitou que o ordenamento nacional fosse constituído de tal maneira, e não de outra. Ao atrelar-se o direito brasileiro ao direito romano, submete-se aquele a este, constrói-se o direito romano enquanto elemento que irá fornecer as respostas às lacunas do brasileiro, enquanto elemento que coordena a própria formação deste último.

A complexidade da experiência vivida, possibilitadora da formação original de um direito novo que descende de uma série de relações entre povos os mais diversos que contribuíram em maior ou menor medida para a atual situação (dentre eles, portugueses, franceses, alemães, holandeses, ingleses), simplesmente é negada e simplificada quando metodologicamente continua-se a pensar o direito atual como evolução contínua e linear de um passado sacralizado. A história, a antropologia, a filosofia e a sociologia já criticam tais posturas há décadas. Cabe, agora, ao direito, fazer parte deste diálogo.

¹ Para discussão mais detalhada acerca dos modelos curriculares, cf. LIMA, Abili Lázaro Castro de. **A função e a importância das disciplinas propedêuticas na estrutura curricular dos cursos de direito no Brasil**. Disponível em: <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/5180/3896>. Acesso em: 3 out. 2010.

² Cf. AGRA, Giscard F. **A invenção da Pré-História: a recente produção de um suposto passado remoto**. Monografia de licenciatura em História. Campina Grande, PB: UFCG, 100p.

³ Cf. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 39 ed. Rio de Janeiro: Globo, 2010; BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. Malheiros, 2010; DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010; MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴ Propondo uma nova discussão sobre este tema, cf. FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁵ Sobre a escola histórica do direito, cf. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006; sobre a crítica à visão romantizada do passado trazido por certa postura acadêmica, cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. “Sobre a história do direito: seus métodos e tarefas”. In: **O direito na história – lições introdutórias**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 01-14.

⁶ Cf. GIRARDET, Raoul. “A idade de ouro”. In: **Mitos e mitologias políticas** [trad. Maria Lucia Machado]. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, pp. 97-139.

⁷ Cf. BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Lisboa: Edições 70, 1979.

⁸ Com esta proposta de renovação da historiografia do direito tomando como modelo de produção a metodologia oriunda da escola dos Annales, cf. FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009 (Biblioteca de História do Direito).

⁹ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** [trad. Marcela Varejão]. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 49.

¹⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** [trad. Hermínio Carvalho]. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 25-64.

¹¹ CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito** – Geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 77.