

Historiografia jurídica e concepção histórica do direito

NELSON SALDANHA

“Cumpre, pois, pesquisar e aferir o direito como experiência concreta, isto é, como realidade histórico-cultural, enquanto atual e concretamente presente à consciência em geral” — REALE, *O Direito como Experiência*, Ensaio II, § 3.º, p. 31.

SUMÁRIO: 1. Teoria do direito, sistema e história. 2. Como se faz a história do Direito. 3. Historiografia jurídica e situação do saber jurídico. 4. A perspectiva histórica como redução. 5. Conclusão.

1. Teoria do direito, sistema e história

Diz-se que o direito constitui um “sistema”, e esta idéia é facilmente aceita, sobretudo depois que o pensamento jurídico do século vinte enfatizou e explorou a noção de ordenamento jurídico. Aliás, já no século passado o termo era usado, e Dilthey, em sua obra sobre as ciências do espírito, empregava a palavra sistema para designar as realidades (entre as quais o direito) que compõem a sociedade. Mais recentemente, a noção de “estrutura” veio reforçar a idéia da sistematicidade do direito, que os juristas já vinham utilizando quando em outras áreas de investigação se passou a cuidar de uma genérica “teoria dos sistemas”.

Entretanto, nem sempre se pensa suficientemente no fato de que também o *saber* jurídico é sistemático, ou melhor: na diferença que existe entre o “ser sistema” atribuído ao direito como objeto, e a sistematicidade da ciência do direito como organização de conhecimentos. Por outro lado, ocorre que a atribuição

de um cunho *sistemático* ao direito, equivalente em geral a uma atribuição de logicidade, ou racionalidade, consiste muitas vezes em ignorar o cunho *histórico* dos fenômenos jurídicos: pensa-se no direito enquanto ordem e em sua estruturação inerente, e a evolução desta ordem é pensada (quando é pensada) como evolução de algo que em si mesmo é racional. Ou seja, o lado histórico é encarado extrínseca e complementarmente; poucas vezes se entende bem a *historicidade* intrínseca do jurídico.

Na verdade, o que acontece com o objeto direito é o mesmo que com outras espécies de ordens ou “ordenações” da vida humana existentes no contexto sócio-cultural: ele tem uma estrutura, mas esta estrutura só é conhecida e pensável no processo de conhecimento: ela se configura como imagem do jurídico num ato cognoscitivo especial — como acontece com a estrutura da religião, da economia ou da linguagem. Dizer que o direito é algo racional é aceitável, mas a compreensão completa da racionalidade do direito envolve a percepção de que ela se dá na história. A “sistematicidade” do direito dá-se na história e tem uma história, justo na medida em que se configura no conhecimento jurídico. A sistematicidade (como a racionalidade) é uma categoria do pensar jurídico, e em função disto é que se apresenta como atributo do jurídico: apresenta-se como tal por força de processos histórico-culturais. O atributo *sistema* se ligou ao objeto direito como resultado de determinadas fases da experiência jurídica e do pensar respectivo, em conexão com padrões históricos bastante definidos. (1) A “teoria” do direito, por sua vez, com ser essencialmente visão e compreensão do direito, não pode ser apenas estrutural e sistemática: tem de ser também histórica, na medida em que necessita entender a formação de suas próprias bases, e incluir este entendimento

(1) — Entre os pandectistas, por exemplo, a idéia de *sistema* se vinculava à de uma conexão entre os institutos, por sua vez proveniente de uma convergência de regras, tudo obra da elaboração dogmática: cf. H. COING, “Trois formes historiques d’interprétation du droit: glossateurs, pandectistes, école de l’exégèse”, em *Revue historique de droit français et étranger*, 48.º ano, n.º 4, Paris, Sirey, 1970. Cf. também sua conferência *Die Urspruengliche Einheit der europacische Rechtswissenschaft*, Wiesbaden, ed. Franz Steiner, 1968.

em sua autoconsciência epistemológica. Mesmo porque a *praxis* respectiva é algo obviamente histórico.

2. Como se faz a história do direito

É certo, e quase um truismo, que cada grande época tem seu modo de retratar o passado e de considerar a evolução histórica; cada grande época, senão cada século ou mesmo cada geração. Assim se tem a história vista pelo providencialismo agostiniano, pelo progressismo iluminista, pelo evolucionismo spenceriano. No caso da história do direito, seu grande impulso científico correspondeu sem dúvida ao romantismo que, no século dezenove, escavou documentações e imaginou esquemas em larga escala: hajam vista os esquemas de Ihering. E toda historiografia traça seus planos de trabalho com base em pontos de referência; no caso da historiografia jurídica do oitocentos, o ponto de referência foi o direito romano, que tinha sido autoridade textual na Idade Média e modelo filológico no humanismo clássico.

Mas ao “tomar” o direito romano como ponto de referência, a historiografia jurídica oitocentista *projetava* sobre as realidades jurídicas de Roma conceitos e significados que a sistematização do saber jurídico moderno tinha alcançado: projetava-os para “rever” e reentender o passado jurídico. (2)

Se se perguntar a alguém como fazer a história do direito, a resposta pode ser mais ou menos esta: deve ser feita como saber histórico, para visão do passado, e como saber jurídico, para interpretação da experiência específica. Semelhante resposta não está propriamente errada, mas envolve um duplo *a priori*, pois pressupõe que o histórico não é direito e pressu-

(2) — O “princípio da vontade subjetiva”, por exemplo, que Ihering erigia em “fonte originária do direito privado de Roma”, traduzia em verdade um tópicos da privatística de seu tempo. Cf. R. IHERING, *L’Esprit du Droit Romain*, trad. Meulenaere, tomo I (Paris, Marescq, 1886). A respeito da sistematização vertida sobre o direito passado, cf. G. LAZZARO, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, ed. Giappichelli, Turim 1965, cap. I (sobre Ihering), pág. 19.

põe que o direito não é histórico: cai numa espécie de essencialismo analítico. (3) Ao fazer-se história do direito — e aqui pretendo que se entenda incluída a história do pensamento jurídico —, é preciso admitir desde logo que dentro do histórico se acha o jurídico, e que o jurídico, enquanto experiência humana, é histórico. (4)

3. *Historiografia jurídica e situação do saber jurídico*

Encaremos o problema dos conceitos e dos esquemas que norteiam e configuram a elaboração dos estudos de história do direito. Não podemos imaginar um historiador do direito (sobretudo se pensarmos na formação de jurista que ele deve ter) conduzindo estudos sobre o passado jurídico, elaborando uma compreensão de instituições antigas ou convicções e textos, sem

(3) — Exemplo de equívoco semelhante encontramos num autor tão eminente como CARL J. FRIEDRICH (*Perspectiva histórica da filosofia do direito*, ed. Zahar, Rio 1965, págs. 260-261), que, tentando demonstrar que “o jurista não está preocupado com a mesma dimensão de interpretação do historiador”, coisa aliás evidente, apresenta um caso do século XVII apontando o ângulo que interessa ao jurista e o ângulo que toca ao historiador. Perguntar-se-ia porém: qual jurista? Se o do século XVII, então a existência deste *também* interessará ao historiador. Se o de hoje, contemporâneo do historiador, então pouco lhe servirão tecnicamente as formas de então, no que superadas. Se ao “jurista” como ente genérico e supratemporal, então a construção de sua imagem implica traços de várias épocas e cai no âmbito histórico. *Quod erat demonstrandum*.

(4) — Um problema complementar é aqui o da relação entre a história do direito e a dos “métodos de pensar em direito”, como escreve COING (cf. loc. cit.). Aliás um problema cuja intuição Ihering teve. Uma história dos métodos de pensar se ligaria evidentemente ao problema da evolução das formas de “consciência jurídica”, e por outro lado à própria idéia fundamental da história “como consciência”, idéia ínsita na historiografia italiana (jurídica ou não) sobretudo desde Croce. A respeito, cf. ALDO CHECCHINI, “Vecchi e nuovi metodi della storiografia giuridica”, em seus *Seritti giuridici e storico-giuridici*, volume I (Cedam, Pádua 1958), princ. pág. 49. V. também FRANCESCO CALASSO, *Storicità del Diritto* (ed. Giuffré, Milão, 1966), passim. Sobre direito e consciência é que justamente um dos mais lúcidos herdeiros da tradição criticista italiana, Luigi BAGOLINI, escreveu recentemente algumas páginas valiosas: “Coscienza e diritto come esigenza esistenziale”, em *Ethica — rassegna di filosofia morale*, 1972, pp. 161-172.

que utilize esquemas expositivos onde de algum modo entra a situação “atual” do saber jurídico; sem que lance mão de conceitos de seu tempo e do saber de seu tempo, ao menos implicitamente e na intenção fundamental. Foi o caso de Hotman na “Franco-Galia”; foi o caso de Vico ao explicar o direito romano em sua visão de *corsi*; foi o caso de Gustav Hugo ao sequenciar as fases do direito de Roma lançando mão da ciência romanística de seu tempo. (5) Isto significa que o conhecimento histórico se faz cada vez mais capaz de identificar sua relação com o saber “sistemático”, na teoria do direito, e de aquilatar o quanto envolve de *projeção* de categorias. Esta projeção aproxima gnoseologicamente o saber jurídico atual, da experiência jurídica passada, realizando de certa maneira a idéia de Croce, de ser a história autêntica sempre “contemporânea”.

Ora, por outro lado o que se chama de *saber jurídico* é fruto, obviamente, de uma evolução histórica. São resultantes históricas os conceitos e os problemas que o integram. Do mesmo modo que a elaboração da historiografia “depende” do estado em que se encontra a ciência geral do direito, também esta se acha a cada passo em função de condições históricas.

Entretanto, trata-se de dois planos diferentes. Não há que remeter um ao outro facilmente, por conta de um suposto relacionamento “dialético”. É preciso reconhecer os dois planos em sua diferente perspectiva.

Uma coisa, é a produção histórica do saber jurídico, diverso em cada fase ou contexto. Ou antes: a produção de dis-

(5) — Cf. G. HUGO, *Histoire du Droit Romain*, trad. Jourdan, 2 tomos, Paris, 1925. A respeito, GIULIANO MARINI, *L'Opera di G. Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milão, Giuffré, 1969. V. também NELSON SALDANHA, *O Problema da História na Ciência Jurídica Contemporânea*, Recife, Impr. Univ. 1964, capítulo I; idem, “Sobre alguns problemas básicos para um estudo histórico do direito no Brasil”, em *Estudos Universitários*, Recife, vol. 10, n.º 1, 1970. Para uma temática lateral, v. as agudas ponderações de RENATO CZERNA, “Validade historiográfica e rigor teórico”, em *Anais do III Congresso Nacional de Filosofia*, 1961, São Paulo, edição do Instituto Brasileiro de Filosofia. Sobre a Escola Histórica cf. ainda HEINRICH MITTEIS, *Die Rechtsidee in der Geschichte* (Weimar, H. Boehlaus, 1957), pág. 503.

tintos saberes jurídicos através da história, saberes que uma identificação provinda de um ato epistemológico unifica como sendo “saber jurídico”. Isto se verifica num plano que é o da própria história e da cultura em todo o seu âmbito, ou naqueles âmbitos onde cabe reconhecer experiência jurídica e mesmo consciência jurídica.

Outra coisa é a elaboração da historiografia jurídica, disciplina e tematização especiais dentro dos saberes jurídicos; e o fato de ela basear-se em esquemas e conceitos “vigentes” na ciência jurídica deste ou daquele tempo significa que ela também se produz num plano histórico-cultural; também é afetada — logicamente — pelo fluxo histórico. Mas o fato de se basear em conceitos “atuais” a elaboração dum saber que se debruça sobre o passado corresponde a um dado epistemológico: é um problema mais restrito. Se o epistemológico se dá no cultural, isso é outra questão.

Mas também não quer dizer que os dois planos, as duas coisas estejam separadas. Isto também é evidente. A perspectiva em que se projeta a elaboração da historiografia permite que o saber jurídico se reconheça em sua *situação* emergente, e reconheça seus princípios e suas categorias sendo utilizadas naquela elaboração. Este reconhecimento se dá também “por parte” da historiografia em sua autocrítica, que lhe possibilita avaliar sua dúvida conceitual em relação ao saber genérico de que se vale e cujos esquemas utiliza.

4. A ordenação do material

O problema basilar da historiografia jurídica se encontra na ordenação do material; isto é, na imposição de uma sequência inteligível, e de conexões significantes, a uma série de informações e de fatos que são conhecidos ou “levantados” através de pesquisas. Não me refiro aqui, propriamente, ao tema dos métodos. A arrumação do material constitui trabalho prévio, ou ao menos distinto: os métodos já encontram uma disposição qualquer, e mesmo que sirvam para dispor o material, a idéia que regerá essa disposição é uma idéia que vai além do

método: ela está no modo de conceber o passado, ou de encerrar a relação dele com o presente.

A historiografia jurídica tem de utilizar esquemas ordenativos que derivam de concepções gerais. No evolucionismo de um Letourneau, por exemplo, a trajetória das instituições se traçava sobre esquemas naturalistas. O de Sumner Maine, mais refinado, tentava demonstrar a passagem do *status* ao contrato.

Como foi dito no § 2, o saber jurídico de cada época influencia nos esquemas historiográficos, e com estes se projeta sobre as realidades antigas. Quando o estudioso moderno trata de normas ou de textos arcaicos, situa-os em articulações que refletem a arquitetura do direito tal como é concebido e vivido em seu tempo: assim os assiriólogos ao separar normas administrativas de normas processuais dentro de códigos encontrados em tabletas. (6) A própria “periodização” da história do direito se prende a conceitos que são parte do saber de cada época. (7)

(6) — Cf. NELSON SALDANHA, “Ciência do Direito e Conhecimento histórico”, em *Revista Acadêmica*, Recife, 1971, número 67. Idem, *O Problema da História*, cit., págs. 72 e segs., 76 e segs. Com efeito, a reconstrução da estrutura de um “direito” como o assírio ou o egípcio, efetuada através de materiais arqueológicos, implica no uso de formas expositivas derivadas de concepções que são atuais-para-o-historiador. Algumas intuições neste sentido encontram-se nas observações de GIUSEPPE GROSSO, *Premesse Generali al Corso di Diritto Romano* (ed. Giappichelli, Turim, 1960), capítulo I, págs. 46 ss., 57 ss. — Noutro prisma, o artigo de W. EILERS, “Reflexions sur les origines du droit en Mésopotamie”, em *Revue historique de droit français et étranger*, 51.º ano, abril-junho 1973. — Um problema igualmente importante é o de caber ou não o termo “Direito” para designar a experiência ordenamental grega. Um rigorismo maior tenderá a considerar que somente a partir do caso romano houve suficiente conjunção de estruturas institucionais e tratamento conceitual para se falar em direito. Sugeri esta orientação, de passagem, em meu artigo “A idéia de sistema e o problema de uma ciência jurídica brasileira”, publicado na *Revista Acadêmica*, Recife, 1963, ano 61. Negando a existência — pelo menos isto — de uma “ciência jurídica” entre os gregos, temos por exemplo UGO PAOLI, em seus *Studi sul processo attico* (ed. Cedam, Pádua, 1933), cap. I, § 2. Igualmente GROSSO, *Premesse Generali*, pág. 59, e também MITTEIS, em *Rechtsidee in der Geschichte* (cit.), pág. 669.

(7) — A propósito, cf. GARCIA GALLO, *La historiografía jurídica contemporánea — observaciones en torno a la Deutsche Rechtsgeschichte de Planitz* (Madrid, INEJ, 1954), pp. 18 e 19.

A dependência dos esquemas historiográficos em relação às concepções de cada “atualidade” se reflete mais ainda em certas questões extremas. Como por exemplo a da *origem* do direito, que pode ser entendida de diferentes modos, vez que a perspectiva axiológica e a ideológica se infiltram no trabalho histórico. (8) Neste tipo de problema, o emprego de esquemas ligados ao saber jurídico “vigente” se torna difícil, pois o recuo empático que se pede ao estudioso o faz considerar criticamente a estes mesmos esquemas.

5. A perspectiva histórica como redução

Entre os malentendidos referentes ao entendimento do ponto de vista histórico, e do historicismo (que é a adoção deste ponto de vista como base genérica para compreensão das experiências humanas), acha-se o de identificá-lo com as coordenadas doutrinárias da obra de Savigny e de sua escola. Em verdade o historicismo de Savigny e Puchta era ainda imaturo, como é fácil entender, e ligava-se a circunstâncias culturais e políticas muito peculiares. O historicismo de hoje é um relativismo de prisma maior do que o dos romantismos do século XIX. Outro malentendido consiste em considerar como historicista o sistema do *case-law* inglês. (9)

(8) — Cf. NELSON SALDANHA, “On the origin of law — historical and axiological sides of the problem”, em *ARSP — Archiv fuer Rechts-und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, vol. 1969, LV/1, pp. 1 ss. Vale a pena rever as páginas de IHERING sobre a origem do Direito Romano, no livro I do Espírito (cf. supra, nota 2).

(9) — Nas críticas de Cossio às “escolas” jurídicas, este malentendido sempre aparece; cf. por exemplo sua idéia de que a ciência jurídica inglesa, com a “chegada do positivismo jurídico”, se definisse filosoficamente (sic) como um historicismo: *Teoria de la Verdad Jurídica*, ed. Losada, B. Aires, 1954, págs. 29 e 30. Idéia que não encontra amparo nem no historicismo político de Burke, nem no regime de precedentes que existe no sistema inglês mas que não o “constitui” propriamente. Semelhante malentendido vem a ser sublinhado pelo equívoco de identificar a “casuística” como princípio geral do direito inglês (que não se “baseia” absolutamente na casuística). A expressão “historicismo casuístico”, aplicada ao sistema inglês, vem sendo divulgada por MACHADO NETO, desde seu brilhante ensaio de juventude *O problema da ciência do direito* (ed. Progresso, Salvador, 1958), cap. IV.

Mas a perspectiva histórica, coerentemente conduzida, apresenta uma *redução*. Como são reduções a sociologia, a lógica, a política, que tomam objetos de dentro de quadros complexos e delineiam neles a demarcação a considerar. Quando precisa fortalecer-se, cada disciplina destas amplia suas demarcações: como a sociologia, que, fazendo-se sociologia do conhecimento, abarca o saber humano todo, em suas bases sociais. O mesmo ocorre com a história, que de certa forma demarca o que bem quiser. Mas em sua relação com certas temáticas, a história pratica frequentemente um reducionismo que revela seu caráter de ciência fundamental: temas em si mesmos (ou pretensamente) a-históricos, como o do conceito de direito, o do direito natural, o dos métodos ou o dos valores (10), são reduzidos ao lastro *histórico*, apanhados pela ótica historiográfica e submetidos à iluminação de um enfoque que lhes revela as raízes e o sentido.

Ao reduzir problemas “sistemáticos” ao enfoque histórico, o historiador do direito adota esquemas que lhe são contemporâneos, que são — como foi dito — correspondentes ao estado do saber jurídico na “altura dos tempos”. Um dos processos pelos quais se fazem convergir a ótica histórica e a sistemática, quer reduzindo temas abstratos a lastros históricos quer articulando materiais históricos sobre esquemas genéricos, é justamente o das *tipologias*, às vezes chamado (com terminologia algo minorativa) método tipológico. Em direito, tipologias ilustres como a de Sumner Maine ou a de Bachofen foram típicas do século XIX, sendo ao mesmo tempo tão românticas e tão importantes para a compreensão histórico-social do direito como a de Toennies para a classificação dos grupos. Mais recentemente, tipologias referentes à evolução do saber jurídico foram pensadas por Schmitt e por Kantorowicz. As tipologias, sendo repletas de relativismo, prendem-se evidentemente ao método dito

(10) — Na filosofia jurídica de Miguel Reale temos um caso de assunção dos valores pela perspectiva histórica, entendendo-se toda experiência axiológica como historicamente condicionada. Ver a respeito LUIGI BAGOLINI, “Direito e Valores no pensamento de Miguel Reale” em *Revista da Faculdade de Direito da Univ. de São Paulo*, ano 47, 1952, págs. 207 e segs.

“comparativo”, e não foi por acaso que o apogeu do Império britânico ocasionou o comparatismo histórico de um Bryce, cujos paralelos entre direito romano e direito inglês tiveram um destacado continuador em Buckland. (11)

6. Conclusão

O “conhecimento histórico” não é um tipo à parte de conhecimento, existindo ao lado das diversas ciências humanas. É um modo de conhecimento cujo âmbito e cujo plano lhe permitem relacionar-se com cada uma e com o conjunto dessas ciências, dando a elas com isso uma perspectiva peculiar. O conhecimento histórico é um *organon* que se aplica ao campo do econômico, como do jurídico, como do linguístico. No caso do saber jurídico, a integração dos materiais históricos no *corpus* de conhecimentos que o forma é algo que resulta do próprio processo de evolução desse saber: com o passar das gerações, o acúmulo de experiência e de teorização vai adquirindo feição histórica e não pode ser dispensado pela ciência do direito. Este acúmulo é paralelo ao fato de que a autoconsciência que corresponde a cada ciência social é necessariamente histórica. Cada ciência social se reconhece numa trajetória e numa continuidade de tematizações. A ciência do direito também está neste caso. O jurista, portando uma consciência geral do saber que cultiva,

(11) — O comparatismo de JAMES BRYCE, expressado em vários de seus estudos, inclusive naqueles que consagrou ao confronto histórico entre os impérios romano e inglês, foi exposto por ele em seu ensaio sobre os “métodos da ciência jurídica”. Ali, em meio a outros honestos truismos, dizia que o método comparativo “concerne ao espaço, como o método histórico ao tempo”, frase que, mais ou menos, Carnelutti repetiria muito depois. No prefácio geral de seus “Estudos”, BRYCE, no tom empertigado e ingênuo que foi um tanto de sua geração, dizia-se impressionado pela “estreita conexão entre o velho mundo greco-italiano e o nosso” (*Studies in history and Jurisprudence*, 2 volumes, Oxford Univ. Press, 1901). — A orientação comparativa de BUCKLAND, ao confrontar direito romano e direito inglês, é entretanto mais chegada ao direito privado (BUCKLAND and MAC NAIR, *Roman Law & Common Law*, Cambridge Univ. Press, 1936). Encontramos uma crítica de semelhantes aproximações em certos capítulos (o III por exemplo) do estranho e inteligente livro de J. G. A. PO-COCK, *The ancient constitution and the feudal law*, Cambridge Univ. Press, 1957.

insere-se numa consciência histórica que é referente a valores — dados como continuidade ou intermitência —, e é referente a problemas epistemológicos, dados como constantes. A história do direito (sobretudo se encarada como incluindo a história do saber jurídico) é uma *Geistesgeschichte* no pleno sentido de um testemunho do trabalho do espírito. O espírito (ou a consciência, ou a inteligência, se se prefere) se reencontra através dela, se reconhece e se reinicia, na tentativa de entender o feito e o pensado, ou na projeção de significados e intenções, que possuem sempre — tentativa ou projeção — raízes na condição dos homens de carne e osso que os juristas são e representam.

Recife, fevereiro de 1974.