

CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO*

METHODOLOGICAL REMARKS ON LEGAL HISTORY

Eduardo Martiré**

RESUMO

O presente estudo versa sobre a natureza da História do Direito. Primeiro, busca-se um conceito claro para a disciplina, definindo-se como o conhecimento do passado humano, para qual importam todas as ações, pensamentos, sentimentos e obras realizadas pelo homem, valendo-se do método da ciência histórica. Logo, observa-se a existência de um bom número de histórias especiais, focadas em determinados aspectos da vida do homem no passado. Dentre elas, encontra-se a História do Direito, concebida como história especial, tendo por objeto o estudo da origem e evolução do direito através do tempo. Tal disciplina procurará conhecer não só as normas às quais os homens ajustavam suas relações em determinada época, senão também aqueles outros fatos que, por violarem a norma estabelecida, primeiro, esporadicamente e, depois, de forma reiterada, demonstrem sua inadequação aos tempos em que se vivem e, por fim, a sua queda ou abandono, sua derrogação. Ao final, analisando se a disciplina estaria inserida no ramo do Direito ou no ramo da História, chega-se à conclusão de que a História do Direito é disciplina histórica, considerando-se uma história especial, integrada ao campo da ciência histórica.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito. Método Histórico. Método Jurídico.

SUMÁRIO

1. A história e seu método. 2. As histórias especiais e a história do direito. 3. A história do direito e a história das instituições. Referências.

REFERÊNCIA: MARTIRÉ, Eduardo. Considerações metodológicas sobre a história do direito. Tradução Henrique Montagner Fernandes. Revisão da tradução Alfredo de J. Flores. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 19-31, abr. 2018.

ABSTRACT

The object of the present article is the nature of the legal history. First, seeks a clear concept of this subject, which is defined through the historical science method as the knowledge of the human past, for which all manmade actions, schools of thought, feelings, and works matter. Thus, it observes that there are a number of special histories, focused on certain aspects of human life in the past. Among these, lies the legal history, framed as a special history, since it aims to study the origins and evolution of law throughout time. This subject will seek to study not only the norms that regulated human relations at a given period, but also other facts that demonstrate inadequacy to such time by first sporadically and then repeatedly violating an established norm, and ultimately studying the relinquishment or renouncement of such norm. At last, after analyzing if the subject of legal history should be classified as a branch law or of history, this study concludes that it is a historic subject, that should be considered a special history, connected to the field of historic science.

KEYWORDS

Legal history. Historical method. Legal method.

* Versão original do texto em língua espanhola: MARTIRÉ, Eduardo. *Consideraciones metodológicas sobre la historia del derecho*. Publicaciones del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene – Lecciones de historia jurídica IV. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977. Tradução de Henrique Montagner Fernandes (doutorando PPGDir-UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (Professor Permanente PPGDir-UFRGS).

** Membro de número da *Academia Nacional de la Historia* (Argentina), da *Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* (Argentina). Membro correspondente da *Real Academia de la Historia de España*, da *Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales*, da *Academia Nacional de la Historia de México* e de outras academias americanas. Membro fundador do *Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* e do *Instituto de Investigaciones de Derecho* (Buenos Aires). Doutor em Direito e Ciências Sociais pela *Universidad de Buenos Aires*. Doutor Honoris Causa da *Universidad Nacional de Córdoba* (Argentina). Professor Catedrático de História do Direito da Faculdade de Direito da UBA e de História Econômica da Faculdade de Ciências Econômicas da mesma Universidade. Diretor fundador do Curso de História da *Universidad Católica Argentina*. Professor da *Universidad del Salvador* e da *Universidad Católica de San Isidro*.

1 A HISTÓRIA E SEU MÉTODO

Qualquer que fosse a posição que se adote frente ao problema da natureza da história do Direito, não há dúvida de que é preciso, a fim de alcançar um conceito claro de nossa disciplina, começar pela indicação, ainda que grosso modo, o que entendemos por História e qual é seu método.

Desde Heródoto foram ensaiadas inúmeras definições sobre essa ciência, todas elas fórmulas convencionais por meio das quais o estudioso busca mostrar, em breves palavras, as características relevantes e a natureza do objeto definido. Esse afã – bem justificado, certamente – de encerrar a complexa ciência da história numa breve proposição levou-me a eleger, entre muitas, a bastante breve que oferece o prestigiado historiador da Universidade de Paris, Henri-Irénée Marrou.¹ Para ele, *a história é o conhecimento do passado humano*. Seguindo-o nesta temática, aponta que esse *conhecimento* haverá de ser de características tais que signifique um conhecimento sério, válido, objetivo, enfim: verdadeiro; que, por sê-lo, oponha-se à novela, ao mito, às lendas e, inclusive, às aleluias “que o orgulho dos grandes Estados modernos inculca (...) nas almas inocentes de seus futuros cidadãos”.

Quando mencionamos o *passado humano*, queremos referir ao comportamento suscetível de compreensão direta, de captação interior; todas as ações, os pensamentos, os sentimentos, as obras realizadas pelo homem, sejam materiais, sejam espirituais. Ou seja, em definitivo, conhecimento da *vida do homem* no passado. Advirta-se também que o conhecimento desse passado *concreto* muitas vezes se quis ver como conhecimento do singular; isso é exato se entendemos que o fato concreto singular pode, ele mesmo, estar conformado por uma vasta série de fatos rotineiros, isto é, que o fato singular pode consistir por sua vez num fato global: um sistema jurídico, uma crise econômica, uma determinada civilização.

Por outro lado, ficam fora do campo da história os fenômenos da natureza, salvo se esses vierem a ter influência, de alguma maneira, no agir do homem.

A fim de alcançar esse conhecimento histórico, o investigador deve valer-se do método que a ciência histórica lhe brinda. Somente por meio dele poderá conhecer o passado, historicamente falando. O método histórico próprio dessa disciplina se desenvolve através de várias etapas, heurística, crítica, síntese, ordenação e exposição dos resultados obtidos, que importam outras tantas tarefas na busca da verdade: O conhecimento geral de quanto se escreveu sobre o tema que o preocupa, a busca de testemunhos, sua seleção e ordenação e, por fim, a exposição dos resultados obtidos por meio de livros, artigos, opúsculos ou, inclusive, notas bibliográficas.²

¹ MARROU, Henri-Irénée. El conocimiento histórico. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1968. p. 27 et seq.

² Para uma síntese do tema: cf. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; MARTIRÉ, Eduardo. Manual de Historia de las Instituciones Argentinas. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1975. p. 1-9.

2 AS HISTÓRIAS ESPECIAIS E A HISTÓRIA DO DIREITO

Dentro do marco da História surgiram, desde há muito, um bom número de *histórias especiais*, destinadas cada uma delas a estudar os aspectos econômicos, sociais, jurídicos, religiosos, linguísticos etc. da vida do homem no passado. O historiador, ao convencer-se que além dos atos guerreiros ou políticos (em cujo estudo e explicação a maioria dos historiadores do séc. XIX esgotaram seus esforços) existiriam outros de natureza distinta, porém de importância equivalente ou superior, parcializou os estudos históricos para poder compreender cabalmente a vida do homem no passado. Dessa forma, definitivamente afastado da mera reconstrução de guerras e vicissitudes políticas, o historiador moderno descobriu um amplo e desconhecido campo de ação, nele encontrando resposta adequada a múltiplas interrogações que uma visão estreita da história, sujeita ao indivíduo, ao fato isolado – geralmente guerreiro ou político – vinha lhe oferecendo. É que, como disse Marrou, “para o historiador moderno, o homem não é só um animal político”³; por isso, porque é preciso atender a toda essa sua imensa complexidade, o historiador se viu enfrentando o apaixonante e veemente problema de analisá-lo em suas ideias, em suas obras, em sua vida social, política, econômica, religiosa, jurídica etc. A resposta adequada consistiu na aparição das histórias especiais, que, sem dissociar-se de todos e de cada um daqueles aspectos, vieram a aprofundar o estudo de um ou de alguns deles, para de imediato concorrer com seu resultado ao enriquecimento da história da civilização, da história do homem em sociedade.⁴

Para poder dedicar-se ao cultivo de uma história especial, o historiador deverá possuir, além de sua formação histórica, os conhecimentos especiais imprescindíveis para fazê-lo, cuidando para que, no tratamento de sua matéria, impere “aquela compensação de forças que nem particularize demasiadamente o objeto, nem lhe atribua espaço excessivamente amplo no acontecer total”.⁵ Assim, por exemplo, para fazer História econômica é necessário um historiador, no sentido pleno da palavra, que, além da esperada preparação e capacidade nessa disciplina, deverá ter uma cultura e uma particular sensibilidade econômica⁶, e para fazer História do Direito será preciso, além das condições de historiador, ter “mentalidade jurídica”, a fim de poder interpretar com maior acerto o passado jurídico que nos preocupa.⁷ É que, na realidade, resulta imprescindível ter conhecimentos jurídicos para poder compreender o Direito pretérito e, por evidente, conhecer a técnica e o método jurídico da época em estudo. “Não

³ MARROU, Henri-Irénée. Comment comprendre le métier d'historien. In: SAMARAN, Charles. (Org.). *Encyclopédie de la Pléiade, L'Histoire et ses méthodes*. Bruges: Gallimard, 1961, p. 1473-1474.

⁴ Desenvolvemos o tema com maior amplitude em: MARTIRÉ, Eduardo. *Las Historias Especiales y la Historia del Derecho*. Trabajos y Comunicaciones, La Plata, vol. 21, 1970, p. 115-127.

⁵ BAUER, Guillermo. *Introducción al estudio de la Historia*. Barcelona: Bosch, 1952. p. 164.

⁶ FANFANI, Amintore. *Introduzione allo Studio della Storia Economica*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 84.

⁷ BIONDI, Biondo. *Prospettive romanistiche*. Milano: Vita e Pensiero, 1933. p. 16-17.

há nada tão difícil de compreender – dizia Marrou – como os termos técnicos de uma língua especial (*un argot de métier*) a quem ignora o ofício ou a técnica em questão”. Não compreendemos o outro mais que por sua semelhança a nós mesmos, a nossa experiência adquirida, a nosso próprio ambiente ou universo mental.⁸ Tão somente um historiador que, sem deixar de sê-lo, também tenha formação jurídica, pode fazer história do Direito.

Em consequência, a História do Direito, concebida como história especial, tem por objeto o estudo da origem e evolução do Direito através do tempo. Seu método é o histórico, que já caracterizamos, auxiliado pelos conhecimentos jurídicos necessários e pelo método jurídico utilizado durante a época que estudamos. Porque, como bem disse Tau Anzoátegui, “também a metodologia jurídica experimentou mudanças profundas e assim, se pretendemos estudar o direito antigo com o método jurídico do presente, não conseguiremos explicar nada e terminaremos assombrados, perguntando-nos como nossos predecessores puderam viver sem conhecer e praticar nosso atual sistema jurídico”; por isso, é necessário “rastrear a evolução do método” para poder interpretar o Direito pretérito à luz da metodologia adotada pelos juristas de seu tempo.⁹

As fontes utilizadas por essa história especial são, sem sombra de dúvida, históricas, entendendo como tais os vestígios e as tradições, isto é, os testemunhos em geral que o homem deixou ao passar pela terra. Entram dentro dessa concepção de fontes da História do Direito, utilizando palavras de Basadre, “todo fenômeno apreciável fisicamente que possa dar notícia sobre o conteúdo, a essência ou a causa de um fato, de um princípio, ou de um conjunto de princípios ou fatos jurídicos”.¹⁰

A História do Direito procurará conhecer não só as normas às quais os homens ajustavam suas relações em determinada época (e, para conhecê-las, não só buscará na legislação sancionada – direito positivo –, mas também nos repetidos atos que de maneira similar demonstram sua vigência e acatamento), senão também aqueles outros fatos que, por violarem a norma estabelecida, primeiro, esporadicamente e, depois, de forma reiterada, demonstrem sua inadequação aos tempos em que se vivem e, por fim, a sua queda ou abandono, sua derrogação. Para que fique bem claro que, enquanto a história é conhecimento do passado, fazemos história não somente quando consideramos o Direito em movimento, mas também quando o consideramos, por comodidade de exposição, estático em um determinado momento.¹¹

⁸ MARROU, Henri-Irénée. El conocimiento histórico. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1968. p. 67.

⁹ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, vol. 19, 1968, p. 221. É que, citando Marrou uma vez mais, “é próprio da ciência adaptar seu método à diversidade de seu objeto, de onde surge um novo enriquecimento à técnica histórica” (MARROU. Qu'est-ce que l'Histoire? In: SAMARAN, Charles. (Org.). *Encyclopédie de la Pléiade, L'Histoire et ses méthodes*. Bruges: Gallimard, 1961. p. 32).

¹⁰ BASADRE, Jorge. *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú, 1956. p. 22.

¹¹ BIONDI, Biondo. *Prospettive romanistiche*. Milano: Vita e Pensiero, 1933. p. 11.

3 A HISTÓRIA DO DIREITO E A HISTÓRIA DAS INSTITUIÇÕES

Para evitar que a História do Direito confunda seu objeto e se detenha mais no fato social ou político que no Direito, ou que – pelo contrário – a purificação do jurídico a leve a eliminar de seu estudo “toda consideração sobre as situações que o direito regula”, é necessário vinculá-la à História das Instituições.¹²

A História das Instituições procura o conhecimento geral das instituições, sem aprofundar em seus elementos constitutivos, que são o uso social, a moral e o Direito, para Tau Anzoátegui; ou bem, as situações de fato que se levam em consideração, a valoração dada pelo homem a essas situações e a regulação, isto é, o único propriamente jurídico das instituições, usando palavras de García Gallo.

Fez Tau Anzoátegui uma clara caracterização das instituições. Para esse ilustre estudioso de nosso passado jurídico, a instituição é uma ordenação parcial da vida do homem em sociedade, que alcançou um desenvolvimento sólido e autônomo por meio da atividade desempenhada e da renovada adesão de muitas gerações.¹³ Por sua parte, García Gallo, sustenta que as instituições são situações ou relações básicas e fundamentais na vida da sociedade. Estas *instituições* – de índole política, social, econômica, religiosa, moral etc., diz García Gallo –, são compostas por diversos elementos, que em ocasiões se mantêm em equilíbrio e outras vezes provocam fortes tensões, dando a cada uma dessas instituições uma *estrutura* peculiar:

Instituições e estruturas são situações de fato às quais a sociedade dá uma determinada ordenação conforme a valoração que faz das mesmas, segundo sua mentalidade ou interesse. Esta ordenação é a que chamamos *Direito*, ou, referida a uma daquelas, *instituição jurídica*.¹⁴

O Direito é um dos elementos integrantes da instituição – não é a própria instituição, “tampouco algo superficial que se superpõe a ela para regulá-la”; é, sim, ao contrário, o “jurídico” da instituição e, por isso, constitui o principal objetivo da História do Direito.

Porque, segue dizendo o professor espanhol, o Direito constitui um aspecto da cultura global da sociedade, “porém com entidade suficiente para poder ser objeto de estudo em si mesmo”.

Entretanto, a fim de eliminar os perigos de uma excessiva especialização, de uma “purificação” que leve a uma concepção cruamente dogmática da História do Direito, García Gallo propõe o estudo

¹² GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de historia del Derecho español*. t. I. 2ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1964. p. 18-21.

¹³ TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. El concepto histórico de las instituciones. *Revista de Historia Americana y Argentina*, Facultad de Filosofía y Letras de la Univ. Nacional de Cuyo, Mendoza, vol. 7-8, 1962-1963. Para uma síntese do tema: cf. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; MARTIRÉ, Eduardo. *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1975. p. 8-12.

¹⁴ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Metodología de la historia del Derecho Indiano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970. p. 17.

da história jurídica desde a História das Instituições. Ou seja, que o objeto da História do Direito seja tão somente um dos elementos da instituição: o jurídico, o que não significa prescindir da instituição da qual faz parte, mas justamente o contrário. O historiador do Direito deve estudar o Direito na instituição, ou seja, conhecendo a instituição, “como parte integrante da mesma (...) estuda as regulações jurídicas de que foi objeto”.¹⁵

Dessa maneira, o estudo da História das Instituições vem a constituir passagem inicial imprescindível para abordar com êxito a História do Direito. Nesse sentido, as *Primeiras Jornadas de História do Direito Argentino* (Buenos Aires, 13-14 de outubro de 1967) assinalaram:

que se revela imprescindível a existência de cátedras de História do Direito Argentino no último ano do curso jurídico^a, orientadas ao conhecimento dos institutos jurídicos do passado, para completar a formação dos egressos dessas casas de estudos. Do mesmo modo, deve haver no início do curso uma disciplina dedicada ao ensino da História das Instituições Argentinas que sirva de base essencial para que, na sequência, possa-se ensinar a história jurídica na orientação apontada anteriormente.¹⁶

Para conseguir uma História Jurídica correta, vista desde a História das Instituições, resulta ser imprescindível possuir uma sólida base conceitual sobre Direito e Instituições, pois, do contrário, correr-se-á o risco de encobrir com roupagens equivocadas um conteúdo que não chega a ser nem institucional nem jurídico. Esta precisão nos conceitos se faz mais necessária em uma disciplina que, como a nossa, encontra-se em plena etapa de expansão, transpassada por questionamentos ideológicos e de método de índole diferente.

Com efeito, ante a questão se a nossa disciplina é história ou direito, agregaram-se as preocupações decorrentes da necessidade de conceber uma “história integral”, ou bem, de alcançar uma maior “socialização” da História do Direito, quando não de salvar uma lamentada ausência de insólito peso para algum estudioso.

Quanto à primeira questão (sobre se a História do Direito é uma disciplina histórica ou jurídica) adianto minha posição, bem conhecida, certamente, afirmando que a História do Direito é uma história especial, integrando, portanto, o campo da ciência história.¹⁷

¹⁵ GARCÍA-GALLO, Alfonso. Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, vol. 18, 1967, p. 17-18. Ver também: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Instituciones indianas y Derecho indiano. Revista Chilena de Historia del Derecho, Santiago de Chile, vol. 6, 1970, p. 51-52.

^a Nota de tradução: o autor fala de “carrera de Abogacía”, como é comum na Argentina.

¹⁶ Víctor Tau Anzoátegui expôs o estado do ensino da História do Direito argentino em artigo: TAU, V. La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, vol. 19, 1968, p. 217-227.

¹⁷ Ver meu trabalho sobre o tema: MARTIRÉ, E. La Historia del Derecho, disciplina histórica. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, vol. 20, 1969, p. 88-103.

O professor Ricardo Levene havia caracterizado a nossa disciplina como histórica, retomando uma corrente que poderíamos chamar tradicional. Dizia Levene:

A História do Direito como ciência do espírito, indaga as fontes do Direito e tudo concernente ao desenvolvimento e transformação das instituições jurídicas, constituindo parte integrante – como a História econômica, social, ideológica, literária, artística etc. do dilatado domínio da História Universal e do campo mais circunscrito da História da Civilização e da Cultura.¹⁸

Essa concepção da história jurídica encontrou objeções em nosso eminente historiador do Direito, Ricardo Zorraquín Becú, que disse que “ao colocar a História do Direito exclusivamente dentro da órbita da história social ou da cultura, se a situa em uma posição secundária e de submissão às normas, finalidades e métodos dessas ciências”, correndo o risco de deter-se nas alterações e na evolução do Direito, sem penetrar “no conteúdo e na estrutura do sistema”. Zorraquín sustenta que “esta ciência, portanto, é a um só tempo histórica e jurídica”, já que, se é bem verdade que deverá conhecer o Direito pretérito “que por certo não se limita às normas sancionadas, mas que também deve compreender tudo que é referente à vida real dessas normas, à sua ação sobre a sociedade e às reações que eventualmente provocaram”, o que implica um trabalho histórico, do mesmo modo o historiador do Direito deverá ocupar-se “de exibi-lo (o Direito) como uma estrutura, assinalando as conexões de seus diversos elementos, os vínculos que ligam a diversas instituições, sua dependência recíproca e a articulação de suas diferentes partes”, e esse é o labor do jurista “porque tudo isso requer a utilização de métodos e conhecimentos próprios da ciência do direito”.¹⁹

Na verdade, esta posição trata de conciliar a postura daqueles que acentuam seus aspectos históricos e a daqueles que querem convertê-la em uma disciplina jurídica, procurando reconhecer na História do Direito “a parte que corresponde a cada uma das disciplinas que necessariamente contribuem ao estudo do direito pretérito”.²⁰

O professor García Gallo desenvolveu brilhantemente sua tese de conceber a História do Direito como disciplina jurídica. Diz o mestre espanhol que “fundamentalmente jurídica é a orientação que centra sua atenção nele [refere-se ao Direito] e trata de conhecer a este não só em seu estado atual, mas no passado, para saber como nasceu e se desenvolveu até vir a ser o que é hoje. Não se trata, aqui, de completar o panorama cultural de cada época, mas de aprofundar o conhecimento do Direito, examinando-o em sua dimensão histórica. Concebida dessa maneira – conclui García Gallo –, a História do

¹⁸ LEVENE, Ricardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Kraft, 1952, p. 13. No mesmo sentido, Alamiro de Avila Martel (AVILA MARTEL, A. *Curso de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1955, p. 33 e 35) sustenta que nossa disciplina é “uma história especial cuja matéria é a Vida do Direito no passado (...) ciência filial da história, que tem como matéria o Direito”.

¹⁹ ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Historia del Derecho Argentino*. t. I. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1966. p. 22-23.

²⁰ *Ibidem*. p. 22.

Direito é, por sua finalidade e conteúdo, uma ciência jurídica que opera auxiliada pelo método histórico²¹ e, coincidentemente com essa orientação, afirmou na *Primeira Reunião de historiadores do Direito “Indiano”* (Buenos Aires, outubro de 1966) que “a História do Direito deve ser antes de tudo uma ciência jurídica, e não histórica, ainda que, em parte, opere com um método histórico”.²² Evidentemente, García Gallo não desconhece os riscos de uma tal concepção da História do Direito, que poderia conduzir a que o Direito passado “seja estudado como um sistema dogmático desconectado da realidade que regula”, aconselhando que, para evitar esse inconveniente, utilize-se a moderna orientação institucional, preocupando-se com o “aspecto jurídico das instituições e estudar este com o método jurídico”. Em seu manual, que, segundo García Gallo, “responde a esta orientação institucional”, aponta que:

em datas recentes, encontrou espaço entre os juristas uma concepção realista do Direito que centra a sua atenção nas instituições da vida social e, em referência a elas, como parte integrante das mesmas (...), estuda as regulações jurídicas de que foram objeto. O estudo não se centra nos conceitos ou no sistema – sempre em mudança e relativos, e, com frequência, apenas aceitos por um setor da ciência jurídica –, mas nas instituições, as que constituem precisamente as bases da vida social.²³

Aderimos com entusiasmo à concepção “institucional” da História do Direito, magistralmente proposta por García Gallo, porém, isso não nos leva a conceber a nossa disciplina como fazendo parte do Direito e não da História. O erro poderia decorrer de se entender que, no caso da História do Direito, ela se ocupe do estudo do Direito “não só em seu estado atual, mas também no passado, para saber como foi e se desenvolveu até vir a ser o que é hoje”. Não é objeto da História do Direito, como não o é da História das Instituições, nem da História Econômica, ou Política, ou Religiosa etc., o estudo do Direito atual, das instituições atuais, da economia atual, da sociedade atual, ou da religião de hoje. O estudo da atualidade está excluído dessas disciplinas, que participam – por suas características históricas – do estudo do passado, não do presente nem do porvir.

Não desconhecemos que a fronteira que separa o passado do presente se encontre em permanente deslocamento, e que é esse o motivo do também constante enriquecimento do domínio da história; porém, tal circunstância não pode levar-nos a desconhecer a natureza histórica das histórias especiais, como a do Direito, ou a da Arte, ou a da Economia. Tampouco poder-se-á argumentar que o passado, por estar quase sempre presente em nós mesmos, deixe de existir como objeto de nosso conhecimento histórico.

²¹ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de historia del Derecho español*. t. I. 2ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1964. p. 16.

²² GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano*. Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, vol. 18, 1967, p. 21.

²³ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Op. cit.*, p. 18. GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de historia del Derecho español*. t. I. 2ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1964. p. 17-18.

O estudo do Direito vigente só poderia caber no campo da História do Direito se fizéssemos história jurídica partindo do Direito atual e o projetando no passado. Desta maneira, é evidente que necessitaríamos começar os estudos de história jurídica com um estudo prévio do sistema jurídico presente. Porém, isso não é História do Direito, pois o que de tal maneira fazemos é, tão somente, o estudo do sistema que rege atualmente, do qual o Direito passado é um mero antecedente, e ao qual é necessário recorrer, já que o Direito presente tem suas raízes, no mais das vezes, no Direito passado. Porém, se entendemos que o que a História do Direito deve fazer é conhecer como as distintas situações do passado foram resolvidas pelo Direito, isto é, qual foi a solução almejada em um tempo determinado, é evidente que esse tempo não pode ser o presente, mas o passado. O fato de que, em algumas ocasiões, esse Direito passado chegue a persistir na atualidade não altera o exposto, pois o historiador do Direito procurará conhecer de que maneira se o aplicou a situações do passado e não às do presente.

A Ciência do Direito se ocupa de nosso tempo; sua função é atender ao Direito atual, a seu aperfeiçoamento e a sua aplicação aos casos de hoje. A História do Direito, para melhor compreender, aperfeiçoar e aplicar esse Direito, aportará ao jurista a experiência do passado.

Talvez seja o doutor Zorraquín Becú quem tenha dado a mais clara diferenciação entre História do Direito e Direito, em função de seus fins: “A ciência do direito tem como finalidade aperfeiçoar o sistema jurídico em seu conteúdo e em sua aplicação. A história, que não divisa o futuro, mas o passado, prescinde totalmente desses problemas, porém brinda à ciência as experiências que reconhece”.

Não cremos que, como disse García Gallo, seja “a natureza das coisas, e não que estas sejam velhas ou novas (...) o que há de determinar seu estudo por uma ou outra ciência”.²⁴ Pois, de tal maneira, viríamos a negar todo o conteúdo da História, já que o passado cairia sob a lente da política, da economia, da guerra, da arte etc. É que o objeto de toda ciência, isto é, a coisa, objeto do conhecimento científico, constitui-se à base de dois elementos: o material e o formal. O objeto material pode determinar uma só formalidade, porém pode também fundar várias.²⁵

Como também assinala Avila Martel, existe “uma relação direta entre História Jurídica e as demais ciências do Direito, dogmática e filosofia jurídica, já que, em teoria, o conteúdo delas é o mesmo e a diferença radica no ponto de vista do tratamento”.²⁶

Tampouco poder-se-ia argumentar que, na medida em que nossa disciplina toma parte nos estudos de Direito, integra a ciência jurídica. Pelo contrário, nossa disciplina se estuda e se inclui nas carreiras de Direito porque tende, imediatamente, à formação do jurista, como a História Econômica se

²⁴ GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Historia, Derecho e Historia del Derecho. Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, vol. XXIII, 1953, p. 23.

²⁵ GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel. *Introducción a la Filosofía*. t. I. Madrid: EPESA, 1953. p. 285.

²⁶ AVILA MARTEL, Alamiro de. *Curso de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1955. p. 41.

estuda na Faculdade de Ciências Econômicas para formar o economista, aportando os conhecimentos necessários sobre a economia pretérita. Assim como o conhecimento dos institutos jurídicos de épocas passadas é imprescindível para o estudioso do Direito, assim também o conhecimento dos institutos econômicos pretéritos o é para quem se interessa pela economia atual, ou pretende elaborar novas fórmulas econômicas. Porém, nem a História do Direito é uma disciplina jurídica nem a História da Economia é uma disciplina econômica. Se entendêssemos assim poderíamos cair no dogmatismo jurídico ou no materialismo histórico. Reduziríamos todo nosso estudo à recriação de um sistema jurídico isolado e entenderíamos a história econômica como uma exclusiva sucessão de fatos econômicos que andam sozinhos¹, sem ligação com os demais, o que – perigosamente – conduzir-nos-ia a reduzir, enquanto fazemos História Econômica, toda a vida à vida econômica do homem.

O certo é que a História do Direito, disciplina histórica, já andou o suficiente para evitar as deformações ou exagerações do passado e cingir-se ao estudo de seu objetivo: origem e evolução do Direito. Seu estudo, por meio das instituições, irá afastá-la do dogmatismo jurídico denunciado por García Gallo e a circunscrição a seu campo evitará incluir nele toda a história da humanidade, como pareceu entender-se em outros tempos.

Uma concepção da História do Direito como a que caracterizamos não afasta o interesse prático em cultivá-la, nem a desliga do Direito vigente, nem a converte em mera especulação erudita. Se entendemos que não há ciências aplicadas, “mas aplicações das ciências, e que todas as descobertas importantes decorrem das investigações desinteressadas”²⁷, havemos de esquecer a divisão de ciências puras e aplicadas que se veio sustentando, e não nos preocupará que a História do Direito, por ser disciplina histórica, encontre-se entre as puras “sem aplicações utilitárias”.

Não podemos resignar-nos a crer que por situar nossa disciplina no interior da História da Cultura, ou da História Geral, e como ramo particular dela, possa entender-se que se a estuda por mera curiosidade. O próprio Marrou denunciou essa concepção como absolutamente superficial ou elementar. Não queremos saber por meio da História do Direito que, em outro tempo, houve homens que se ajustaram a tais normas, tinham tais costumes ou tal organização social. Cremos, com Marrou, que:

o conhecimento histórico dilata, dentro de proporções praticamente ilimitadas, meu conhecimento do homem, de sua realidade multiforme, de suas virtualidades infinitas (...), muito além dos limites sempre estreitos em que necessariamente minha experiência vivida se deterá. E que fique bem entendido que quando falamos do homem, referimo-nos a tudo aquilo a que é suscetível a natureza humana: tanto aspectos pessoais como manifestações coletivas.²⁸

A função da História do Direito, como a de toda a História, não será a de:

²⁷ HOUSSAY, Bernardo. *Recuerdos de un profesor y consideraciones sobre la investigación*. Buenos Aires: [s.n.], 1929. p. 22.

²⁸ MARROU, Henri-Irénée. *El conocimiento histórico*. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1968. p. 182.

assumir dentro da cultura humana, dentro da vida, as características de um princípio animador; sua verdadeira função, infinitamente mais humilde, porém, em seu nível, real e muito preciosa, é a de favorecer à consciência do homem que sente, que pensa, que age, uma abundância de materiais sobre os quais exercer seu juízo e vontade; sua fecundidade reside nesta extensão praticamente indefinida que ela realiza de nossa experiência, do nosso conhecimento do homem. Essa é sua grandeza, sua utilidade.²⁹

Creio ser necessário, antes de finalizar esta lição, apontar a importância da concepção “institucional” que o professor Alfonso García Gallo estruturou, importância que se destaca com maior clareza frente a novas concepções da história jurídica que buscam, por ocasiões sem propô-lo e em outras com especial empenho, destruir a História do Direito para erigir em seu lugar uma pseudo-História Social de base marxista e – é de se suspeitar – com finalidades extracientíficas.³⁰

Se entendêssemos corretamente a posição “institucional”, não poderíamos afirmar, como se fez, que houve por parte dos historiadores do Direito “um abandono voluntário (...) dos aspectos econômicos e sociais e um excesso de especialização no elemento técnico-normativo do Direito”³¹. Nada mais distante da realidade.

Um enfoque da História do Direito desde a História das Instituições terá presente, necessariamente, a *instituição* e, por ser ela mesma uma estrutura social, elaborada pelos homens em seu viver diário e dirigida a atender a satisfação de suas necessidades espirituais e materiais, não poderá dissociar-se de fatores sociais, econômicos, políticos, religiosos etc., já que são esses mesmos elementos os que estruturam a instituição, a qual, subsequentemente, será regulada pelo Direito. Pois o Direito é precisamente isso, uma regulação institucional ou, caso se queira em outros termos, as soluções jurídicas dadas a problemas que a vida do homem em sociedade apresenta.

REFERÊNCIAS

AVILA MARTEL, Alamiro de. *Curso de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1955.

BASADRE, Jorge. *Los fundamentos de la Historia del Derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú, 1956.

BIONDI, Biondo. *Prospettive romanistiche*. Milano: Vita e Pensiero, 1933.

DIOS, Salustiano de. El Derecho y la realidad social: Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones. *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, vol. 3, 1976.

²⁹ MARROU, Henri-Irénée. Op. cit., p. 271.

³⁰ Pode-se ver uma síntese das novas correntes em: DIOS, Salustiano de. El Derecho y la realidad social: Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones. *Historia, Instituciones, Documentos*, Sevilla, vol. 3, 1976. p. 187-222.

³¹ DIOS, Salustiano de. Op. cit., p. 201.

FANFANI, Amintore. *Introduzione allo Studio della Storia Economica*. Milano: Giuffrè, 1960.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. Historia, Derecho e Historia del Derecho. *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, vol. XXIII, 1953.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Manual de historia del Derecho español*. t. I. 2ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones, 1964.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. *Metodología de la historia del Derecho Indiano*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

GARCÍA-GALLO, Alfonso. Problemas metodológicos de la Historia del Derecho Indiano. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, vol. 18, 1967.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel. *Introducción a la Filosofía*. t. I. Madrid: EPESA, 1953.

HOUSSAY, Bernardo. *Recuerdos de un profesor y consideraciones sobre la investigación*. Buenos Aires: [s.n.], 1929.

LEVENE, Ricardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. Buenos Aires: Kraft, 1952.

MARROU, Henri-Irénée. Comment comprendre le métier d'historien. In: SAMARAN, Charles. (Org.). *Encyclopédie de la Pléiade, L'Histoire et ses méthodes*. Bruges: Gallimard, 1961.

MARROU, Henri-Irénée. *El conocimiento histórico*. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1968.

MARROU, Henri-Irénée. Qu'est-ce que l'Histoire? In: SAMARAN, Charles. (Org.). *Encyclopédie de la Pléiade, L'Histoire et ses méthodes*. Bruges: Gallimard, 1961.

MARTIRÉ, Eduardo. Las Historias Especiales y la Historia del Derecho. *Trabajos y Comunicaciones*, La Plata, vol. 21, 1970.

MARTIRÉ, Eduardo. La Historia del Derecho, disciplina histórica. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, vol. 20, 1969.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. El concepto histórico de las instituciones. *Revista de Historia Americana y Argentina*, Facultad de Filosofía y Letras de la Univ. Nacional de Cuyo, Mendoza, vol. 7-8, 1962-1963.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. Instituciones indianas y Derecho indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile, vol. 6, 1970.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. La enseñanza de la Historia del Derecho Argentino. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, vol. 19, 1968.

TAU ANZOÁTEGUI, Víctor; MARTIRÉ, Eduardo. *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1975.

ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo. *Historia del Derecho Argentino*. t. I. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1966.

