



REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

NÚMERO 38

Dois temas que os historiadores do Direito devem ter presentes

Two topics legal historians should bear in mind

Dos temas que deben tener presentes los historiadores del derecho



UFRGS

José María Díaz Couselo
Universidade de Buenos Aires



Dois temas que os historiadores do Direito devem ter presentes*

Two topics legal historians should bear in mind

Dos temas que deben tener presentes los historiadores del derecho

José María Díaz Couselo**

REFERÊNCIA

COUSELO, José María Díaz. Dois temas que os historiadores do Direito devem ter presentes. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 38, p. 20-34, ago. 2018.

RESUMO

Com efeito, as ideias jurídicas mostram as características da cultura jurídica de uma comunidade e devem ser detectadas e explicadas pela História jurídica, uma vez que desempenham um papel decisivo no desenvolvimento do Direito, enquanto estão presentes nos três momentos fundamentais de sua existência: sua criação, sua interpretação e sua aplicação. Mas não agem sozinhas, pois junto a elas intervêm outras forças, que emanam e são próprias da atual realidade histórica vigente no âmbito em que um ordenamento jurídico está destinado a reger.

ABSTRACT

In effect, legal ideas manifest the features of the legal culture of a community and must be detected and explained by the Legal History, since they play a decisive role in the development of Law as they are present in the three fundamental moments of its existence: its creation, its interpretation and its application. But they do not act alone, because other forces intervene, which emanate and are characteristic of the current historical reality in the area in which a legal order is destined to govern.

RESUMEN

En efecto, las ideas jurídicas manifiestan los rasgos de la cultura jurídica de una comunidad y deben ser detectadas y explicadas por la Historia Jurídica, pues desempeñan un papel decisivo en el desenvolvimiento del Derecho en tanto están presentes en los tres momentos fundamentales de su existencia: su creación, su interpretación y su aplicación. Pero no actúan solas, pues junto a ellas intervienen otras fuerzas, que emanan y son propias de la realidad histórica vigente en el ámbito en que un ordenamiento jurídico está destinado a regir.

PALAVRAS-CHAVE

História do Direito. Ideias jurídicas. História comparada do Direito.

KEYWORDS

Access to Justice. Restorative Juvenile Justice. Public Policy.

PALABRAS CLAVE

Historia del Derecho. Ideas jurídicas. Historia comparada del derecho.

SUMÁRIO

Introdução. 1. As ideias jurídicas. 2. História Comparada do Direito. Referências.

INTRODUÇÃO

Agradeço aos organizadores deste IV Encontro do Instituto Latino-Americano de História do Direito

o convite para pronunciar essa conferência, como fechamento das atividades acadêmicas deste segundo dia de sua programação. Nela vou considerar dois temas, um relacionado com o

* Conferência pronunciada na Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidad del Salvador no dia 13 de junho de 2013, publicada posteriormente – DÍAZ COUSELO, José María. Dos temas que deben tener presentes los historiadores del derecho. *Revista Iushistoria*, n. 07, p. 189-201, 2014. Tradução de Denis Guilherme Rolla (Mestre em História do Direito pelo PPGDir-UFRGS). Revisão da tradução por Alfredo de J. Flores (Prof. permanente PPGDir-UFRGS).

** Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidade de Buenos Aires. Professor consultor titular na Faculdade de Direito e Ciências Sociais na mesma Universidade.





objeto da ciência que cultivamos e o outro com a utilização do método comparativo em nossos estudos, que estimo como relevantes na tarefa do investigador do passado jurídico.

Ao enfrentar em qualquer campo do conhecimento “essa aventura magnífica que se chama pesquisar”, como Aftalión apontou, os limites da tarefa a ser desenvolvida devem ser determinados de antemão, pois dessa precisão metodológica depende o sucesso do trabalho a ser realizado e isso é aplicável à História do Direito. Acompanhamos o autor quando ele apontar que talvez:

[...] a etapa mais delicada está na definição dos limites e confins da tarefa a ser desenvolvida. Se este deslinde e marcação não se efetuam com rigor, como requisito prévio, os resultados da indagação se ressentirão, forçosamente, pela imprecisão do objeto investigado. O que foi dito adquire uma validade particular, se o aplicarmos às pesquisas que versam sobre a História do Direito argentino. Da análise das que, em geral, se encontram compreendidas sob a referida epígrafe, resulta que, até hoje, ao menos, não existe um acordo total sobre o temário da disciplina¹.

Apesar do tempo que passou, podemos apontar que estamos diante da mesma situação.

1 AS IDEIAS JURÍDICAS

Quanto à questão apontada por Aftalión, a que nos referimos no parágrafo transcrito, faz mais de duas décadas adotamos o critério declarado por José Antonio Escudero, segundo o qual, para determinar o objeto de nossa disciplina, deve-se estabelecer a sua delimitação material, temporal e espacial; isto é, deve-se precisar essa

¹ AFTALION, Enrique R. El juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la creación judicial de Derecho. *Temas Jurídicos*, n. 08, Buenos Aires, Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho, p. 06, 1963.

tripla abordagem, tendo-a presente em todas as nossas investigações.

Com relação à delimitação material, o jurídico deve ser distinguido do que não o é – isto é, do extrajurídico – e determinar os temas que serão considerados pelo historiador. Isso foi matéria de um estudo realizado anteriormente, ao qual remetemos, mas que queremos expandir, fazendo referência nesta exposição ao papel que as ideias jurídicas desempenham no conhecimento do direito pretérito. Naquela oportunidade, após analisarmos diferentes posições sobre a questão, concluímos que, em nossa opinião, cabe ao historiador do direito o estudo das fontes formais e materiais, e das instituições jurídicas públicas e privadas, categorias essas variáveis através do tempo².

Resolver a primeira questão consiste em determinar o que se considerou como jurídico em cada época, mas para fazê-lo, deve-se partir de uma noção prévia sobre isso, pois, do contrário, não saberíamos o que estamos procurando no passado; pelo qual, para quebrar este círculo, deve-se partir de um conceito provisório instrumental do jurídico. Ante isso, Tomás y Valiente destaca que:

[...] é necessário formar um conceito provisório e incompleto de Direito, suscetível de ser revisado, abandonado ou simplesmente completado após a investigação histórica, mas que, ao mesmo tempo, sirva de orientação na pesquisa e no catálogo ou repertório de problemas a serem investigados³.

Segundo essa ideia presente na maioria dos historiadores e a modo de exemplo, apontamos que, para efeitos de adentrar-se em seu estudo, García Gallo conceitua o Direito como

² DÍAZ COUSELO, José María. Algunos problemas de la historiografía jurídica actual. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 8, Buenos Aires, p. 144-157, 1988.

³ TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Historia del Derecho y Derecho. In: *Obras Completas*. t. IV. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978. p. 3374 et seq.





uma “ordenação da vida social com força vinculante”⁴ e Hermann Kantorowicz como “um corpo de normas que ordenam o comportamento externo e são consideradas aplicáveis pela justiça”⁵. Noções que, por sua amplitude, podem aplicar-se a todo tempo, sem prejuízo das precisões que se façam quando se estuda em uma geografia particular e em um período determinado.

Embora afirmemos que essa distinção entre jurídico e extrajurídico deva ser feita, não queremos dizer que nossa visão deva se concentrar apenas na lei, como fazem alguns historiadores, que consideram a legislação como a única fonte formal de direito, nem como fazem outros que, com uma maior ou menor amplitude, estendem sua visão a outras fontes formais, como o costume, a jurisprudência e a doutrina dos juristas; todas de importância ímpar, de acordo com o desenvolvimento que se apresente o ordenamento jurídico em estudo, dentro do marco temporal em que é considerada.

Mas entendemos que, além disto, quando o historiador se depara com o estudo do passado do Direito, não deve deixar de lado aqueles fatores que, embora não sejam jurídicos, influenciam na criação normativa, e ao que nós chamamos de fontes materiais. A estas nós dedicamos um estudo no ano de 1994, que apareceu em uma revista publicada em Portugal, de escassa difusão na Argentina⁶, e numa comunicação que permanece inédita – apresentada na Terceiro Encontro da Associação Nacional de Professores e Pesquisadores em História do Direito Argentino, realizado em Buenos Aires em 2011. Nesse encontro,

sustentamos a necessidade de incluir esse tipo de estudo nos cursos de História do Direito que são oferecidos nas faculdades de direito.

Mas o que agora pretendemos é insistir na necessidade de incluir no objeto da História do Direito a análise do estudo das ideias jurídicas, que não é tema da Filosofia do Direito, mas da História do Direito. À História jurídica não corresponde avaliar as conclusões alcançadas pelas diferentes correntes da Filosofia do Direito ou Filosofia Geral, ou ainda da Ciência do Direito. Mas, independentemente de o historiador participar ou não delas, ou as considere verdadeiras ou falsas, ele deve estudá-las para determinar o grau de influência que exerceram na criação e transformação da ordem jurídica. Pois, como nos diz Zorraquín Becú, “as ideias que precederam e orientaram a formação do direito o acompanham, explicam-no, são seu fundamento teórico e, em consequência, merecem ser estudadas como parte da história jurídica”⁷.

Com efeito, as ideias jurídicas mostram as características da cultura jurídica de uma comunidade e devem ser detectadas e explicadas pela História jurídica, uma vez que desempenham um papel decisivo no desenvolvimento do Direito, enquanto estão presentes nos três momentos fundamentais de sua existência: sua criação, sua interpretação e sua aplicação. Mas não agem sozinhas, pois junto a elas intervêm outras forças, que emanam e são próprias da atual realidade histórica vigente no âmbito em que um ordenamento jurídico está destinado a reger. Por meio dessa dialética permanente entre teoria e prática, presente na formação de todo Direito, a

⁴ GARCÍA GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del derecho español*. t. I. 4ª ed. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A., 1971. p. 01.

⁵ KANTOROWICZ, Hermann. La definición del Derecho. *Revista de Occidente*, Madrid, p. 43 et seq., 1964.

⁶ DÍAZ COUSELO, José María. Consideraciones sobre las fuentes materiales del Derecho como tema de la historia

jurídica. *Fides, Direito e Humanidades*, III, Porto, Portugal, 1994, p. 65-81.

⁷ ZORRAQUÍN BECU, Ricardo. Apuntes para una teoría de la Historia del Derecho. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, n. 24, Buenos Aires, p. 332 et seq., 1979. Houve reprodução posterior – ZORRAQUÍN BECU, R. *Estudios de Historia del Derecho*. t. III. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho-Abeledo Perrot, 1992. p. 473 et seq.





cultura jurídica argentina começa a constituir-se, como já afirmamos em outra oportunidade⁸.

Isso que assinalamos coincide com o exposto pelo professor Víctor Tau Anzoátegui, quando adverte que “presidem a formação da mentalidade dos juristas, fixam o conceito de Direito, estabelecem suas fontes, precisando a interpretação jurídica e gravitando, portanto, sobre uma parte considerável da ação do homem em sociedade”. Também concordamos com sua afirmação de que existe “dificuldade de estudá-los separadamente, já que seguidamente estão unidas ao pensamento filosófico, crenças religiosas, valores morais, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, ideias e fatos políticos e econômicos e expressões da cultura e da arte”⁹.

Ou seja, com o que chamamos de fontes materiais. Mas entendemos que isso acontece não só frequentemente, mas sempre, porque em todo suposto que analisemos existe relação, em maior ou menor grau, entre o pensamento jurídico e uma (geralmente com mais de uma) das outras fontes materiais.

A Escola clássica e Escola positiva, no campo do direito penal, partem de postulados básicos distintos, quanto ao caráter filosófico, metodológico, antropológico e político-criminal, o que se manifesta nas ideias que cada uma destas correntes sustenta. O extraordinário desenvolvimento econômico e industrial do séc. XIX causou flagrantes abusos nas relações de

trabalho, então reguladas por um direito liberal individualista, o que provocou agitação social em diferentes latitudes. Tratou-se de encaminhar juridicamente estas situações, surgindo uma legislação nova que, no início do século passado, tinha alcançado – segundo Joaquín V. González, em toda a Europa, Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos – os altos desenvolvimentos de uma ciência, quando então (1910) também começou a crescer entre nós, inspirado pelos princípios humanitários, aquela que se denominou Legislação trabalhista e, depois, Direito do trabalho¹⁰. Os exemplos podem se multiplicar, porque os encontraremos em todas as áreas do Direito.

Para compreender com profundidade a Constituição argentina de 1853 e sua reforma de 1860, é necessário conhecer suas fontes materiais, porque, do contrário, para aqueles que as ignoram, muitas de suas disposições são incompreensíveis. Para possuir uma noção acabada de seu oitavo artigo¹¹, deve-se ter em mente o desenvolvimento da cidadania após 1820; cada província a concedia com efeitos dentro de sua jurisdição, conferindo faculdades e obrigações determinados por seu direito local. Também não se poderia entender¹² seu artigo 29, que tem como fonte a experiência histórica anterior a 1853 e a doutrina que dela emerge, se não se analisa a atuação do governador Juan Manuel de Rosas e outros

⁸ DÍAZ COUSELO, José María. Pensamiento jurídico y renovación legislativa. In: *Nueva Historia de la nación argentina*. t. V. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia-Planeta, 2000. p. 363.

⁹ TAU ANZOTEGUI, Víctor. *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977. p. 13. Esse prólogo da primeira edição se insere nas edições posteriores.

¹⁰ GONZÁLEZ, Joaquín V. *El juicio del siglo*. Edição comentada por Alberto R. Dalla Via e Jorge R. Vanossi. 1910. p. 111 et seq. (utilizada para a citação). A obra apareceu por entregas no jornal *La Nación* e se encontra datada no dia 25 de maio de 1910, dia em que se redigiu o último capítulo. Logo apareceu em volume, com seguinte título – GONZÁLEZ, Joaquín V. *El juicio del siglo o cien*

años de Historia argentina. Buenos Aires: Librería la Facultad de Juan Roldán, 1913. Existem numerosas edições posteriores.

¹¹ “Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherente al título de ciudadano de las demás”.

¹² “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas provinciales a los Gobernadores de Provincia, las facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de Gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a quienes los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los traidores a la Patria”.





caudilhos que detiveram o poder durante o doloroso período de nossas guerras civis.

Mas outra dificuldade que apresenta o tema das ideias jurídicas é determinar o conceito que se tem delas, pois sobre o tema existem diferentes posições. Aftalión lhes dá um sentido restrito, pois utiliza a locução “ideias jurídicas” fazendo referência ao pensamento que os homens têm ou tiveram na esfera do Direito em tempos diferentes. Eles são tanto os juristas práticos – os juízes e advogados –, como os juristas teóricos – sejam tratadistas ou professores de um ramo do direito positivo¹³.

Por outro lado, Zorraquín Becú confere um significado mais amplo ao conceito de “ideias jurídicas”, pois inclui o de juristas como o dos leigos, para quem em todos os tempos a realidade do Direito é, ao mesmo tempo, um conjunto de normas ou regras externas que impõem deveres e concedem faculdades e o produto de uma série de fatores sociais, com o propósito de realizar valores. Para esse professor, as ideias constituem a fonte material direta, enquanto que as fontes materiais restantes são indiretas.

Por sua vez, García Gallo assinala que existem diversos níveis de conhecimento, mais pronunciados quanto maior a cultura de um povo. No Direito, segundo ele, existe um nível normativo básico, estabelecido por fontes formais; ao lado deste há outro vulgar que se manifesta em sua interpretação e aplicação pelos funcionários, juízes, notários e advogados. Acima do normativo há, por vezes, outro nível culto, o de juristas e filósofos que o elaboram racional e

tecnicamente. Abaixo do normativo, outro popular é refletido na mentalidade da massa social, em parte reflexo daquele (normativo) e em parte em concepções ou reações intuitivas¹⁴.

2 HISTÓRIA COMPARADA DO DIREITO

Outra questão que desejo abordar é a determinação do âmbito espacial da História do Direito, que reveste grande importância na hora de se fazer uma análise científica da mesma, conforme declarou Escudero¹⁵ em 1969. A realidade nos mostra que a tendência que predomina é reduzir o objeto de nossa disciplina ao estudo do Direito nacional.

Entende Lalinde Abadía que essa delimitação espacial, que ele chama de nacionalismo histórico, baseia-se em um fundamento triplo: o nacionalismo político, especialmente o do século XIX, no qual se desenvolve a História do Direito – e que, em nossa opinião, também teve manifestações muito importantes no século passado e ainda tem em nossos dias –; a divisão e especialização do trabalho, isso porque seu fundamento é que, se o homem quer aprofundar e recriar a análise de detalhes, ele é forçado a renunciar a visões muito amplas, e precisa de um “todo” que possa ser compreendido – e esse todo o constitui a Nação. Finalmente, ele ressalta que isso também é baseado no fato de que, nas Faculdades de Direito,

¹³ AFTALIÓN, Enrique R.; GARCÍA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960 (ver capítulos XXI-XXII). AFTALIÓN, Enrique R. Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino. *Revista Jurídica La Ley*, tomo 143, Sección Doctrina, p. 1025 et seq., 1971. Ver: DÍAZ COUSELO, José María. Enrique R. Aftalión y la historia del derecho. *Revista de Historia del Derecho*, n. 34, 2006, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, p. 60 et seq.

¹⁴ GARCÍA GALLO, Alfonso. Notas sobre la dinámica del Derecho. In: *Liber amicorum Profesor Ignacio de la Concha*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1986. p. 248.

¹⁵ ESCUDERO, José Antonio. En torno al objeto de la Historia del Derecho. *Revista de la Universidad de Madrid*, n. 34-35-36, Madrid, p. 15-65, 1969. Reimpresão: ESCUDERO, José Antonio. *Historia del Derecho: historiografía y problemas*. Madrid: Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio, 1973. p. 15-65. As futuras citações faremos deste livro.





estuda-se como preparação profissional, o Direito nacional¹⁶.

Além disso, apresenta-se outra questão que dificulta essas construções, que é um obstáculo difícil de superar, constituído pela diferença entre as diversas culturas, o que impediria a constituição de uma disciplina unitária como a História Universal do Direito, ou que, sem ser universal, ultrapassou os limites nacionais, pois, para a sua elaboração, deveria fixar sua atenção em ordenamentos jurídicos com marcadas diferenças ideológicas.

No entanto, desenvolveram-se tarefas tendentes a elaborar uma História que ultrapassasse as fronteiras nacionais, ampliando os conteúdos das histórias nacionais mediante a realização de estudos supranacionais. Nestas tentativas distinguem-se distintos enfoques, entre os quais se destacou o desenvolvimento de uma História Geral do Direito; as pesquisas etnológicas que se baseiam em considerar que os povos, com o passar do tempo, atravessam vários graus sucessivos de sua evolução e seu desenvolvimento jurídico; ou ainda os estudos do chamado Direito comparado, que buscam encontrar similitudes ou diferenças normativas no tratamento de problemas essencialmente básicos¹⁷.

Ante essas tentativas, foi necessário delimitar ou distinguir entre a História do Direito e o Direito comparado, que só foi estabelecido no século passado, ficando este último circunscrito aos Direitos vigentes¹⁸.

O destacado comparatista Solá de Cañizares assinala que o Direito comparado se distingue da História do Direito, onde:

[...] a distinção é clara, porque entendemos – embora isso ainda esteja sendo discutido – que o Direito comparado está limitado aos direitos em vigor. Mas a utilidade do método comparativo nos estudos da História do direito não pode oferecer nenhuma dúvida. Essa utilidade é tal que se quis, mediante uma história universal comparada do direito, encontrar os fundamentos da evolução jurídica e descobrir as leis da ordenação jurídica do mundo. Neste aspecto, o Direito comparado e a História do direito são os elementos da chamada etnologia jurídica, e a comparação na história tenta descobrir com o estudo das evoluções e transformações passadas, os princípios que irão reger as futuras transformações jurídicas.¹⁹

Delimitação com que vários autores concordam²⁰. Também Escudero acredita na autonomia de uma História do Direito desde pressupostos mais amplos do que os estritamente nacionais²¹.

O Direito comparado “estuda sistemas jurídicos ou instituições vigentes de distintos ordenamentos jurídicos”, é um aspecto da ciência do Direito localizado em cada um dos ramos em que se o divide para seu estudo. Este modo de encarar o estudo do Direito leva-o a determinar similitudes e diferenças que existem entre os diferentes países, a fim de obter um conhecimento melhor e mais amplo sobre os diferentes ordenamentos, assim como servir de auxiliar com relação à interpretação jurídica e às possíveis reformas legislativas em um Estado, e à

¹⁶ LALINDE ABADÍA, Jesús. La superación del nacionalismo histórico. In: *I Seminario de Historia del derecho y Derecho Privado: nuevas técnicas de investigación*. Barcelona: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona; Bellaterra, 1982. p. 178 et seq.

¹⁷ GÓMEZ ROJO, María Encarnación. *Historia del Derecho e historiografía jurídica contemporánea en Francia, Italia y Alemania*. Málaga: Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2009. p. 84 et seq. Publicado on line: <http://eumed.net/libros/2009b/553>

¹⁸ ESCUDERO, *Historia del Derecho...* cit., p. 58 et seq.

¹⁹ SOLA Y CAÑIZARES, Felipe de. *Iniciación al Derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954. p. 116.

²⁰ Ver: FIX ZAMUDIO, Héctor. *Docencia e investigación jurídicas*. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 274. Também: TOSCANO PANIAGUA, Ma. de Lourdes. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Facultad de Ciencias Sociales, Morelia, p. 05.

²¹ ESCUDERO, *Historia del Derecho...* cit., p. 59.





progressiva unificação do Direito em instituições que têm influência nas relações internacionais públicas ou privadas²².

O que entendemos como objeto da História do Direito, apontamos quando nos referimos às ideias jurídicas na primeira parte desse texto, e remetemos a um estudo anterior²³. Quanto ao que é o Direito comparado, é uma pergunta reiterada em numerosas oportunidades, e que teve respostas surpreendentes.

Quanto à natureza jurídica do chamado Direito comparado, existem distintas posições, entre as quais destacamos a daqueles que afirmam que é uma ciência (Lambert²⁴, que sempre apontou, mesmo nos rótulos de suas obras)²⁵; e a daqueles que sustentam que é um método de estudo que nos permite o conhecimento e aprofundamento das ciências jurídicas (Rene David²⁶ e Messineo, entre outros) e a daqueles que argumentam que não é uma disciplina autônoma, mas auxiliar de outras ciências jurídicas, como, por exemplo, a História do Direito, Sociologia jurídica, Filosofia do Direito e Dogmática ou Ciência do Direito²⁷.

O jurista mexicano Fix-Zamudio, que dedicou importantes trabalhos à questão que estamos considerando, aponta que:

[...] embora tenha imposto, pelo menos nas línguas latinas, o nome ‘direito comparado’ (*diritto comparato*, *droit comparé*, *derecho comparado*), bem como em inglês (*comparative*

law), para designar o setor do conhecimento que estuda a comparação de ordenamentos jurídicos, devemos estar cientes de que esta denominação não é estritamente correta, mas sim mais próxima da realidade que os escritores alemães usam: *Rechtsvergleichung* (literalmente, comparação jurídica)²⁸.

Na sequência, aponta como a doutrina pôs em manifesto que, em nossa época, deve-se considerar superada a disputa que em outros tempos:

[...] provocou debates acirrados, sobre se o Direito comparado deveria ser considerado como uma disciplina científica ou como um simples método de caráter jurídico, pois predominou o critério daqueles que subscrevem uma concepção metodológica, quando se enfatiza que, em sentido estrito, devemos falar de um ‘método jurídico comparativo’, de ‘comparação jurídica’.

Ou de “estudo comparativo do direito”²⁹.

Na Argentina, o ilustre jurista Enrique R. Aftalión destacou que é uma disciplina de “caráter auxiliar”, pois:

[...] enquanto a Ciência jurídica, a História do Direito e a Sociologia jurídica têm, cada uma, um objeto e um método próprio que as tipificam, o Direito comparado, por outro lado, caracteriza-se exclusivamente pelo método comparativo, em que o objeto de sua investigação deve ser, necessariamente, o próprio de algumas dessas disciplinas previamente mencionadas³⁰.

²² Conf.: ROJAS PELLERANO, Héctor F.; KIPER, Jorge. Diferenciación de las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico. In: *Introducción al Derecho cátedra del Dr. Héctor Rojas Pellerano*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977. p. 101.

²³ DÍAZ COUSELO, Algunos problemas... cit., p. 144-157.

²⁴ Ver: LAMBERT, Edouard. *L'Institut de Droit Comparé son programme ses méthodes d'enseignement*. Lyon: Faculté de Droit de Lyon; A. Rey Imprimeur-éditeur de l'Université, 1921. Sobre a questão, ver: SARFATTI, Mario. *Introducción al Derecho Comparado*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – Universidad Autónoma de México, 1945. p. 50, nota 67 (Edição espanhola, 1933 – número 2 da Série Monografias, capítulo II, número 1). Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/632/6.pdf>>.

²⁵ Ver: SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Derecho comparado, ciencia autónoma. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VI, n. 17, Universidad Autónoma de México, p. 09-25, maio-ago 1953.

²⁶ Ver: DAVID, René. *Traté élémentaire de droit civil compare*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 04-06.

²⁷ Sobre a questão, ver: SARFATTI, *Introducción...* cit., p. 49-56 e suas importantes notas.

²⁸ FIX-ZAMUDIO, Héctor. La modernización de los estudios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 64, p. 65, 1989.

²⁹ Idem.

³⁰ AFTALION, GARCIA OLANO Y VILANOVA, *Introducción...* cit., p. 95.





Também o conhecido jurista argentino Ignacio Winizky aponta que muito se tem escrito e argumentado sobre o problema de saber se estamos ante um método ou um ramo do Direito, e que, para ele, “é uma técnica, é uma ferramenta de trabalho baseada em princípios científicos, sim, mas não ciência”³¹.

Compartilhamos em geral a posição sustentada por esses três juristas latino-americanos, e nos distanciamos daqueles que consideram o “Direito comparado” uma disciplina jurídica científica autônoma.

Sem prejuízo disso, pode-se assinalar que este setor do conhecimento, ao que se lhe atribui como pressuposto teórico a busca de notas comuns de distintos ordenamentos positivos e, como uma finalidade prática, um melhor e mais amplo conhecimento entre os diversos povos, tem uma importância destacada no aperfeiçoamento do conhecimento jurídico. Damos como exemplo o papel que desempenha, quanto à interpretação jurídica, as reformas do sistema jurídico de um país e a progressiva unificação do direito no mundo. Além disso, advertimos que, embora seja designada como disciplina auxiliar de outros, isso não implica em desqualificação, pois não significa negar o valor que possui para o desenvolvimento de estudos jurídicos.

O distinto pesquisador da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, Rolando Tamayo e Salmorán, com relação à existência do chamado Direito comparado, nos diz:

³¹ WINIZKY, Ignacio. De la técnica comparativa en el Derecho. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Universidad Nacional Autónoma, v. 13, n. 38, p. 45, maio-ago 1960.

³² TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Teoría jurídica y Derecho comparado. *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento del Derecho, n. 27, p. 34 et seq, 2007. Ver: TAMAYO Y SALMORAN. El ‘Derecho comparado’, técnica jurídica

Uma resposta de caráter extremo, mas não incomum, é: ‘não existe’. No outro hemisfério de respostas, há lutas amargas (sem inimigos). Dentro da rapsódia de posições e opiniões presentes nessas contendas, dois pontos são admitidos por unanimidade:

(1) A expressão ‘direito comparado’ é vaga, ambígua e equívoca e, portanto, uma fonte inesgotável de perplexidades. (2) Não obstante o teor da expressão, admite-se que não existe um ramo do direito positivo nacional ou internacional positivo (no sentido em que os juristas falam de ‘direito civil’, ‘direito administrativo’, ‘direito penal’, *et sit cetera*) que é chamado ‘direito comparado’. A equivocidade da expressão foi rapidamente percebida. Provavelmente, por essa mesma razão, os juristas de língua alemã a evitaram. Eles usam o termo (die) Rechtsvergleichung. Com esta expressão, não apenas foram evitadas algumas das perplexidades, mas também, diretamente, confrontação de ordens ou instituições jurídicas. Por esta razão e outras não explicitadas, preferiu-se a expressão ‘comparação jurídica’ a de ‘direito comparado’³².

Depois de apontar a necessidade de diferenciar a História comparada do chamado Direito comparado, voltemos à primeira dessas disciplinas. Em primeiro lugar, não devemos deixar de indicar, observando objetivamente a situação, que as tentativas de uma História Universal do Direito projetada não superaram, em nossa opinião, um estado embrionário, como as tentativas em setores geográficos menores não deram resultados convincentes³³.

Já Alamiro de Ávila Martel, há várias décadas e quanto aos projetos para desenvolver uma História geral de todo o Direito, apontou agudamente que devemos rejeitá-la por estar

dogmática o historia jurídica comparada. In: *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador en las Ciencias jurídicas*, tomo II. México: UNAM: Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie E. Varios, núm. 42, 1988. Versão on line: Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/642/25.pdf>>.

³³ Cfr. ESCUDERO, *Historia del Derecho...* cit., p. 61.





destituída de base científica essa ideia de uma História universal, acariciada por aqueles que partem da premissa da unidade do gênero humano ou do conceito de evolução sociológica similar. Para este distinto estudioso chileno, “há a impossibilidade de reduzir à unidade o que é múltiplo e variou por caminhos diferentes” e, portanto, “ao empreender qualquer trabalho histórico é preciso situarmo-nos no espaço e limitar a matéria que nos interessa”³⁴.

A construção dessa História Geral do Direito apresenta diversas dificuldades. Uma delas é estabelecer uma única periodização universal, quando já tem suas dificuldades em relação a um âmbito territorial mais reduzido, inclusive o nacional: “a periodização de escala universal é simplesmente dramática”³⁵.

Mas, além do problema da periodização, faltam fontes que permitam conhecer em profundidade e cientificamente toda o Direito da Antiguidade, observação que atinge também aqueles que pretendem construir a História geral baseada na pesquisa etnológica, que se baseia na convicção de que todas os povos seguem com o tempo idênticos graus de evolução e de desenvolvimento jurídico. Assim, poder-se-ia conhecer a evolução histórica de uma sociedade de alto desenvolvimento mediante a análise de sociedades que a alcançaram em menor grau; mas esta investigação para encontrar analogias entre diferentes direitos antigos tropeça no inconveniente de não poder ser capaz de compreender todos os direitos do passado com uma profundidade científica e válida aceitável, e as tentativas feitas nesse sentido foram praticamente reduzidas aos direitos grego e romano.

Mas entendemos que, apesar das dificuldades que apresenta, uma História do Direito é possível em um âmbito mais amplo que

o estritamente nacional; mais ainda, que estudos supranacionais devam ser realizados – sem a pretensão de que sejam universais – reduzidos a um âmbito espacial que tenha as mesmas influências. Uma excelente mostra é a obra de Wieacker quanto ao Direito privado europeu, ou com base em certas instituições. Entendemos que, embora não se deva forçar generalizações utópicas, de conteúdo questionável, não corresponde o fechar o campo de espaço de História do direito aos limites de um Estado.

A aspiração a uma análise supranacional se vê agora favorecida pela existência de instituições de prestígio, dedicadas a estudos comparativos de História do Direito, como o Instituto Max Planck de História do Direito Europeu, o *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Universidade Moderna* de Florença e do Centro de História e Etnologia Jurídica da Universidade Livre de Bruxelas.

Na América Latina, uma História do Direito pode ser construída com supostos mais amplos que os nacionais, uma vez que existem instituições supranacionais comuns a vários países que têm as mesmas raízes e apresentam uma semelhança institucional muito significativa, como, por exemplo, o estatuto do comerciante. O âmbito geográfico sobre o qual se estende um sistema jurídico, constitui uma área jurídica que geralmente também é uma cultura que excede os limites de um Estado. Além disso, como assinala García Gallo, vários sistemas ou áreas podem coincidir plenamente, formando tipos ou círculos jurídicos ou culturais.³⁶

Sobre esta questão, Agustín Parise é muito claro quando diz que a América Latina enfrentaria com vantagens uma aplicação do método comparativo na História do Direito. Baseia-se no “tronco comum que as jurisdições latino-

³⁴ ÁVILA MARTEL, Alamiro de. *Curso de Historia del Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1955. p. 05.

³⁵ ESCUDERO, *Historia del Derecho...* cit., p. 62.

³⁶ Ver: GARCÍA GALLO, *Manual...* cit., p. 05.





americanas têm, onde se compartilha em grande medida uma história do direito que se bifurca no final do período *indiano* [hispano-colonial]” e “há maior uniformidade linguística”, já que castelhano prevalece na região, seguido do português. Além disso, ele considera que o discurso acadêmico norte-americano deveria ser convidado, especialmente em relação às regiões que integraram o domínio espanhol e em aspectos de direito público, “com o inglês como língua franca”³⁷.

Isso que foi sustentado recentemente por Parise, concorda com o assinalado por García Gallo faz décadas:

[...] o direito herdado dos maiores sempre pesa de forma decisiva e nunca chega a ser descartado de um golpe nem por inteiro. Devido ao caráter tradicional e conservador do Direito, os povos que descendem do mesmo tronco preservam em boa parte, mesmo depois de centenas e milhares de anos, as mesmas normas que pertenciam a seus ancestrais. Isso faz com que, ao comparar-se os direitos dos povos que descendem de um tronco comum – indo-europeus, alemães, etc. – seja possível apreciar certas analogias que encontram sua explicação em sua origem comum³⁸.

Com relação aos territórios americanos das monarquias espanhola e portuguesa, produz-se um transplante da cultura do Direito comum³⁹; há uma mesma base na formação do Direito que regia ou deveria reger nos territórios americanos sob seu domínio, o que não significa a existência de uniformidade, uma vez que havia peculiaridades, que configuravam o Direito indiano provincial e local.⁴⁰

O ilustre historiador chileno Bernardino Bravo Lira salientou que o estudo do Direito indiano nos habituou a considerar os povos de língua espanhola como um todo. Não poderia ser diferente, porque suas diferenças e contrastes no campo jurídico são entendidos a partir do que é comum a todos eles. Algo semelhante acontece entre Espanha e Portugal, cuja história nos planos geral e jurídico se separa pouco. E o mesmo pode ser dito, em suma, dos povos nascidos da expansão da Espanha e de Portugal em ultramar, entre os quais está em primeiro termo a América espanhola e a América portuguesa⁴¹. A ele agrega:

[...] não há nenhuma razão para abandonar essa visão de conjunto no estudo do Direito mais recente, inclusive contemporâneo. Também suas diferenças e contrastes nos distintos povos de fala castelhana e portuguesa só podem explicar-se

³⁷ PARISE, Agustín. Sobre el estudio comparado de la Historia del derecho. *Revista de Historia del Derecho* [online], n. 42 [citado 2015-05-02], p. 212-218, 2011. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso

³⁸ GARCÍA GALLO, *Manual...* cit, p. 05.

³⁹ Ver: TAU ANZOATEGUI, Víctor. El Derecho indiano y el trasplante de la cultura del Derecho Común (siglos XVI y XVII). In: *Cultura Jurídica Europea: una herencia persistente*. Seminario Permanente de Cultura jurídica, I, Sevilla, 2001, p. 23-38. Ver: MARTIRÉ, Eduardo. El Derecho Indiano un Derecho propio particular. *Revista de Historia del Derecho*, n. 29, Buenos Aires, p. 331-361, 2002. Também: MARTIRE, Eduardo. Algo más sobre el Derecho Indiano (entre ius commune medieval y la modernidad). *Anuario de Historia del Derecho Español*, n. 73, Madrid, p. 179-200, 2003. E ainda: MARILUZ URQUIJO, José M. Ius commune y Nuevo Mundo. In: *Panta rei, Studi dedicati a Manlio Bellomo*. vol. III. Orazio

Condorelli (ed. Lit.). Roma, Il Cigno Edizioni, 2004. p. 513-522.

⁴⁰ Ver: TAU ANZOATEGUI, Víctor. *Nuevos horizontes en el estudio histórico del Derecho Indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1997. p. 85-95 (Cap. IV). Do mesmo autor: TAU ANZOATEGUI, Víctor. Una visión historiográfica del Derecho Indiano provincial y local. In: *Derecho, instituciones y procesos históricos*. Ed. de José de la Puente Brunke e Jorge Armando Guevara Gil. t. II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008. p. 309-336; TAU ANZOATEGUI, V. La configuración del Derecho Indiano provincial y local. Problemas terminológicos e históricos. *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Coord. Manuel Torres Aguilar. tomo I. Córdoba (España): IIHDI, 2005. p. 231-253.

⁴¹ BRAVO LIRA, Bernardino. El Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980). Sus grandes etapas históricas. In: *Memorias del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie C: Estudios Históricos, n. 10, 1981, p. 565.





cabalmente a partir do que é comum a todos eles. Fenômenos como o constitucionalismo e a codificação são gerais na Península Ibérica e na Iberoamérica e se produzem dentro de uma mesma época e de um mesmo contexto histórico⁴².

Obras dessa natureza existem e temos como exemplo o excelente trabalho do professor Alejandro Guzmán Brito, em relação à codificação civil na América Latina⁴³.

Também pode ser apontado, por exemplo, que abordamos a história de diferentes instituições comerciais (longe das abordagens nacionais desde o início deste âmbito) como um direito profissional baseado no costume derivado de práticas comerciais; embora em seu

desenvolvimento desde a Idade Média tenha gradualmente aumentado a intervenção estatal em sua elaboração – até que se tornou uma criação do Estado com codificação – nunca perdeu seu caráter de universalidade.

O Instituto Latino-Americano de História do Direito, que hoje reúne em Buenos Aires a tão destacados pesquisadores do passado jurídico com relação ao campo que indica sua denominação, deve enfrentar a realização de uma História do Direito da América Latina, utilizando o método comparativo; trabalho já proposto por Abel Chagnetón⁴⁴ em 1939, mesmo em relação a um escopo geográfico limitado à América Latina.

REFERÊNCIAS

AFTALION, Enrique R.; GARCIA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*. 6ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.

AFTALION, Enrique R. El juez Marshall, la Historia del Derecho Argentino y la creación judicial de Derecho. Buenos Aires: Publicaciones Movimiento Humanista de Derecho, 1963. *Temas Jurídicos*, 8.

_____. Abogados y jueces en la evolución del derecho argentino. *Revista Jurídica La Ley*, tomo 143, Sección Doctrina, 1971.

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

BRAVO LIRA, Bernardino. El Estado Constitucional en los países de habla castellana y portuguesa (1811-1980). Sus grandes etapas históricas. *Memorias del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980. Serie C: Estudios Históricos, n° 10, 1981.

DAVID, René. *Traté élémentaire de droit civil comparé*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950.

DIAZ COUSELO, José María. Algunos problemas de la historiografía jurídica actual, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, 8, 1988.

⁴² *Ibidem*, p. 566.

⁴³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *La codificación civil en Iberoamérica (siglos XIX y XX)*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. Também: GUZMAN BRITO, Alejandro.

Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Pamplona (Navarra): Editorial Aranzadi, 2006.

⁴⁴ CHANETÓN, Abel. Temas de Historia Jurídica, una disciplina olvidada. Buenos Aires, *Diario La Nación*, 29 de noviembre de 1939.





_____. Consideraciones sobre las Fuentes Materiales del Derecho como tema de la Historia Jurídica. *Fides, Direito e Humanidades*, III. Porto: [s.n.], 1994.

_____. *Revista de Historia del Derecho*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, n° 34, 2006.

_____. *Historia del Derecho: historiografía y problemas*. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio: 1973.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La modernización de los estudios jurídicos comparativos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, n. 64, 1989.

GARCIA GALLO, Alfonso. *Manual de Historia del derecho Español*, 4ª ed. revisada. Madrid: Artes Gráficas y Ediciones S. A, 1971.

_____. Notas sobre la dinámica del Derecho. *Liber amicorum, Profesor Ignacio de la Concha*. Oviedo: Universidad de Oviedo, 1986.

GÓMEZ ROJO, María Encarnación. *Historia del Derecho e Historiografía Jurídica contemporánea en Francia, Italia y Alemania*, Málaga, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2009.

GONZALEZ, Joaquín V. *El juicio del siglo*. Edição comentada por Alberto R. Dalla Vía y Jorge R. Vanossi. [S.l.: s.n.], 1910

KANTOROWICZ, Hermann. La definición del Derecho. *Revista de Occidente*, Madri, 1964.

LALINDE ABADIA, Jesús. La superación del nacionalismo histórico. *I Seminario de Historia del derecho y Derecho Privado: nuevas técnicas de investigación*. Barcelona: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982

LAMBERT, Edouard. *L'Institut de Droit Comparé son programme ses méthodes d'enseignement*. Lyon: Faculté de Droit de Lyon, A. Rey Imprimeur-éditeur de l'Université, 1921.

PARISE, Agustín. Sobre el estudio comparado de la Historia del derecho, *Revista de Historia del Derecho*, n. 42. p. 212-218, 2011, n. 42. Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842011000200010&Ing=es&nrm=iso>. ISSN 1853-1784>. Acessado em: 02 mai. 2015.

ROJAS PELLERANO, Héctor F.; KIPER, Jorge. Diferenciación de las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico. In: *Introducción al Derecho cátedra del Dr. Héctor Rojas Pellerano*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

SILVA PEREIRA, Caio Mario da. Derecho comparado, ciencia autónoma. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, ano VI, n° 17, Universidad Autónoma de México, mai./ago. 1953.

SOLA Y CAÑIZARES, Felipe de. *Iniciación al Derecho comparado*. Barcelona: Instituto de Derecho Comparado, 1954.





TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. Teoría Jurídica y Derecho Comparado. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del Derecho*. México D. F.: Instituto Tecnológico Autônomo de México, Departamento del Derecho, 2007.

TAU ANZOTEGUI, Víctor. *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1977.

TOMAS Y VALIENTE, Francisco. Historia del Derecho y Derecho. In: *Obras Completas*, t. IV. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1978.

WINIZKY, Ignacio. De la técnica comparativa en el Derecho. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, Universidad Nacional Autónoma, v. 13, n° 38, mai./ago., 1960.

ZAMUDIO, Héctor. *Docencia e Investigación Jurídicas*. México: Editorial Porrúa, 2001.

Recebido em: 28/08/2018

Aceito em: 31/08/2018





Dois temas que os historiadores do Direito devem ter presentes

Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p. 20-34, ago. 2018.

ISSN: 0104-6594 Site <http://seer.ufrgs.br/revfacdir> Email: revistafacdir@ufrgs.br

Faculdade de Direito da UFRGS - Avenida João Pessoa, 80 - Centro Histórico - Porto Alegre - RS - Brasil
CEP 90040-000 - Telefone: +55 51 3308-3118 - Site <http://www.ufrgs.br/direito/>

