

A HISTÓRIA DO DIREITO NA AMÉRICA LATINA E O PONTO DE VISTA EUROPEU: PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS DE UM DIÁLOGO HISTORIOGRÁFICO^{*,**}

Massimo Meccarelli^{***}

Sumário: 1 Introdução; 2 Historiografia jurídica europeia e latino-americana: potenciais de diálogo; 3 O pluralismo das experiências jurídicas na América Latina como dimensão historiográfica; 4 Um traço metodológico condutivo: a função crítica da História do Direito; 5 Um possível terreno de encontro: a história das dimensões jurídicas da justiça; 6 Conclusão.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar as possibilidades de diálogo metodológico entre as historiografias jurídicas da Europa e América Latina a partir do ponto de vista europeu. Para tanto, traça um itinerário demonstrando as raízes recentes deste diálogo, para em seguida apresentar a sua visão dos traços originais e do atual momento da História do Direito latino-americana. Por fim, estabelece como uma proposta de diálogo a história das dimensões jurídicas da justiça.

Palavras-chave: História do Direito. História da Justiça. Metodologia historiográfica.

* Artigo publicado originalmente como *La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico* na revista *Forum Historiae Iuris: Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, 24. August 2009, <http://www.forhistiur.de/2009-08-meccarelli/?l=it>.

** Traduzido por Diego Nunes, professor adjunto de História do Direito na Universidade Federal de Uberlândia. Doutor em História do Direito pela Universidade de Macerata (Itália).

*** Professor catedrático de História do Direito da Universidade de Macerata (Itália). *Affiliate researcher* do *Max Planck Institut for European Legal History* (Frankfurt, Alemanha). Autor de diversos livros e artigos sobre História do Direito.

1 Introdução

A História do Direito conhece hoje um momento de florescimento nos países latino-americanos. Ao consolidado e sempre vivo âmbito dos estudos dedicados ao *Derecho Indiano* ladeiam-se pesquisas sobre cronologias e temas diversos, desenvolvidos com instrumentos metodológicos integrados, o que produziu uma notável extensão do terreno de ação e acendeu um processo de repensar a própria identidade disciplinar.

Múltiplas são as razões que incidiram sobre este acelerar; em certa medida, elas dependem das singulares especificidades regionais que aqui não são possíveis considerar em detalhe. O objetivo dessas páginas – renunciando à pretensão de fornecer uma não mais que mínima resenha das orientações historiográficas – é propor uma reflexão sobre o relevo que pode ter, do ponto de vista europeu, tal nova fase da História do Direito na América Latina.

Trata-se de um fenômeno a se olhar com interesse pelas oportunidades que oferece, além da fascinação que o Novo Mundo desde sempre exercita sobre a cultura da velha Europa como lugar de superação dos próprios confinamentos. A História do Direito tem contínua necessidade de associar à dimensão da pesquisa uma reflexão sobre o método. No velho continente o diálogo *intradisciplinar* é de fato constantemente aberto; agora, a dimensão internacional e intercontinental parece oferecer margens para um confronto ainda mais fecundo.

Na sequência, gostaria de considerar como os desenvolvimentos latino-americanos podem interrogar um historiador do direito europeu, procurando precisar em que sentido a ordem de grandeza continental pode funcionar como chave de leitura unitária de tal fenômeno historiográfico, detendo-me sobre alguns aspectos e sensibilidades aqui perscrutáveis. Nas páginas conclusivas, procurarei refletir sobre as oportunidades representadas pelo diálogo com a historiografia latino-americana para uma estipulação metodológica comum, capaz de renovar os horizontes sobre os quais se dirige em nossos estudos.

2 Historiografia jurídica europeia e latino-americana: potenciais de diálogo

As nossas respectivas experiências jurídicas, na Europa e na América Latina, frequentemente apresentam características que nos induzem a compartilhar escolhas temáticas,

categorias interpretativas e linguagens; porém, contemporaneamente há também grandes diferenças que nos impõem contextualizar as chaves de leitura comuns e de experimentar a sua polivalência.

Isto é relevante antes de tudo sob o aspecto da definição do objeto das nossas pesquisas. Pense-se em alguns terrenos sobre os quais a historiografia europeia entreteve-se nestes últimos decênios: a codificação do direito, os regimes da legalidade, o subjetivismo jurídico, o pluralismo jurídico, a autonomia do direito, a relação direito-justiça, os caracteres da cultura jurídica, o papel da ciência jurídica no desenvolvimento do ordenamento jurídico. Esses mesmos temas observados na experiência jurídica latino-americana revelam possibilidades ulteriores, favorecendo um alargamento de horizontes aplicativos, com um benéfico efeito sobre o plano comparativo para uma ponderação mais apropriada do sentido da experiência que respectivamente estudamos.

Sob o aspecto metodológico, mais do que um diálogo historiográfico entre as duas margens do Oceano, oferece indicações úteis para definir o posicionamento relativo às outras disciplinas que necessariamente se entrecruzam com a História do Direito.

A nossa disciplina distingue-se dos outros campos da ciência jurídica pelo fato de acolher dimensões integradas do direito. Esta específica capacidade deriva do fato de combinar diversos registros epistêmicos e disciplinares: o histórico (social, institucional, político, econômico, etc.); o jurídico, nas suas diversas articulações por matéria; e, à sua volta, o filosófico, antropológico, sociológico, etc. A sua combinação respectiva é um pressuposto operativo das nossas pesquisas, porquanto aquilo que pode aparentar um confinamento disciplinar, para nós reveste em geral o valor de uma metodologia apta a favorecer a descoberta de novos resultados. Há certo grau de sofisticação nos instrumentos com os quais pretendemos elaborar o nosso saber. Interrogar-nos sobre eles é um modo de construir o campo de ação das nossas pesquisas, tanto mais se as disciplinas contíguas a que nos referimos apresentam-se também como frentes em movimento.

Creio que também sob tal aspecto o diálogo com a América Latina seja muito produtivo. A diferença de contextos (tanto os históricos como os atuais) incide sobre os caracteres do substrato de saberes integrados sobre os quais se apoia a ciência histórico-jurídica. O confronto intradisciplinar entre velho e novo continente pode, portanto, funcionar como terreno de confronto acerca da capacidade, do sentido e das eventuais potencialidades das respectivas impostações interdisciplinares.

3 O pluralismo das experiências jurídicas na América Latina como dimensão historiográfica

Como se observava, o panorama de estudos produzidos nesta nova fase historiográfica é muito rico e articulado. Pense-se, somente para trazer alguns exemplos, nas recentes pesquisas sobre os regimes jurídicos do direito privado¹ no tempo das codificações, assim como aquelas sobre os aspectos do direito penal², ou sobre os caracteres e o papel da cultura jurídica³, ou ainda, sobre as dimensões constitucionais dos ordenamentos jurídicos contemporâneos⁴; existem, também, estudos em que ponderam sobre o terreno historiográfico

¹ Cfr. V. Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina: 1810-1870: mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Librería histórica, 2008, 2. ed. revisada; A. Guzmán Brito, *La Codificación Civil en Iberoamérica: Siglos XIX y XX*, Santiago del Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000; R.M. Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, LTr, 2002; Id., *A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil*, in *Anuario mexicano de historia del derecho*, XVII, 2005, pp. 97-112; L. Beck Varela, *Das sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de historia do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005; J.R. Narváez Hernández, *La persona en el derecho civil (historia de un concepto jurídico)*, México, Porrúa, 2005; C.A. Ramos Nuñez, *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX-XX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000-2006; Id., *El código napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997; E. Cordero Quinzacara, E. Aldunate Lizana, *Evolución histórica del concepto de propiedad*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, 2008, pp. 345-385.

² Cfr. J. Hernández Díaz, *Orden y desorden social en Michoacán: el derecho penal en la República federal (1824-1835)*, Morelia, UMSNH, 1999; E. Speckman Guerra, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, El Colegio de México, UNAM, 2002; Id., *Los jueces, el honor y la muerte. Un análisis de la justicia (Ciudad de México, 1871-1931)*, in *Historia mexicana*, 55, 4, 2006, pp. 1411-1466; B. Bravo Lira, *Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26, 2004, pp. 115-155; A. Dal Ri Júnior, *O estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 2006; I. Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos. Justicia penal y orden social en Michoacan, 1750-1810*, Morelia, UMSNH, 2008.

³ Cfr. R. M. Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Sette e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, pp. 963-983; Id., *Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade de século XIX*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, 2006, pp. 339-371; E. Abásolo, *El derecho de un nuevo orden social cristiano: los católicos argentinos frente a la crisis del régimen jurídico liberal (1928-1957)*, Buenos Aires, EDUCA, 2006; Id., *La cultura jurídica indiana en el Estado de Buenos Aires. Un examen de la cuestión a partir de los diarios de sesiones de la legislatura porteña (1852-1861)*, in *Revista de historia del derecho*, 32, 2004, pp. 13-32; R.M. Fonseca, A. Cerqueira-Leite Seelaender, (Orgs.), *História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008; A.L. Cerqueira-Leite Seelaender, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre. Ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003; A.C. Wolkmer, *Síntese de uma história das idéias jurídicas. Da Antigüidade clássica à modernidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.

⁴ Cfr. D. García Belaunde, *Bases para la Historia Constitucional del Perú*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 98, 2000, pp. 547-594; J.R. Narváez Hernández, *¿Federalismo artificial? La historia de la creación de una entidad federativa en el México decimonónico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, pp. 731-771; Id., *Vacuidad constitucional: apuntes para una historia de la justicia constitucional mexicana*, in *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 5, 2006, pp. 197-215; G. Bercovici, *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, Rio

e metodológico⁵, ou são direcionados a individuar um terreno de referências interdisciplinares funcionais ao desenvolvimento da pesquisa histórico-jurídica⁶.

Esses estudos são na realidade muito diversos entre eles quanto a características, impositões, orientações, pressupostos, além das colocações espaço-temporais. Na realidade, por muitos aspectos eles parecem não se prestar a serem descritos como uma realidade orgânica. Valem aqui, sem dúvida, as convincentes observações de Ezequiel Abásolo acerca da insuficiência da *latinoamericanidad* a funcionar como critério interpretativo compreensivo de uma complexidade de experiências jurídicas⁷. Mas isto não tira consistência, como de resto ele mesmo adverte, sobre a possibilidade de considerar tal perspectiva “continental” como terreno historiográfico unitário.

Essa *latinoamericanidad*, a nosso ver, se qualifica, de fato, não tanto pela idoneidade em representar contextos diferentes como um *unicum*; mas sim pela capacidade de fazer emergir novos horizontes comuns de desenvolvimento.

de Janeiro, Azougue Editorial, 2004; Id., *Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)*, in Fonseca, Seelaender, *História do direito em perspectiva* (nota 6), pp. 375-414; Id., *Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo*, São Paulo, Quartier Latin, 2008; A. Botero Bernal, *Haciendo memoria de la denfensa judicial de la Constitución*, in *Pensamiento jurídico*, 20, 2007, pp. 91-101; E. Rabasa Gamboa et alii, 1857-2007. *Legado constitucional*, México, Porrúa, 2008.

⁵ Por exemplo J.P. Pampillo Baliño, *Historia general del Derecho*, Oxford University Press, México, 2008; J.R. Narváez Hernández, E. Rabasa Gamboa (ed.), *Problemas actuales de la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2007; V. Tau Anzoátegui (ed.), *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, *Instituto de investigaciones de historia del derecho*, 1997; J. Hernández Díaz, *Prólogo*, in Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos* (nota 5), pp. 13-18; E. Speckman Guerra, D. Marino, *Presentación: Ley y justicia (del Virreinato a la posrevolución)*, in *Historia mexicana*, 55, 4, 2006, pp. 1101-1104 e no mesmo volume J. del Arenal Fenochio, *De Altamira a Grossi: presencia de historiadores extranjeros del derecho en México*, pp. 1467-1495; Id., *La "escuela" mexicana de historiadores del derecho*, in *Anuario mexicano de historia del derecho*, 18, 2006, pp. 57-76; E. Palma González, *Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile*, in *Forum Historiae Iuris: Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, 30. März, 2009, <http://www.forhistiur.de/2009-03-palma-gonzalez/?l=es>; A. Guzmán Brito, *La Revista de estudios históricos-jurídicos de Chile en el conjunto de las revistas de su género en Iberoamérica*, in *Revista chilena de derecho*, 27, 2000, pp. 639-647; além de alguns artigos sobre o ensino da História do Direito publicados no periódico chileno *Revista de estudios histórico-jurídicos*: M. J. Peláez, *La historia del derecho y la historia de las instituciones en las nuevas licenciaturas italianas adaptadas a Europa*, (25, 2003, pp. 507-512); P. Zambrana Moral, *Las enseñanzas histórico-jurídicas y romanísticas en las principales facultades de derecho de los Estados Unidos de América* (26, 2004, pp. 561-598); M. E. Gómez Rojo, *Las asignaturas histórico-jurídicas en la reciente reforma ministerial universitaria francesa*, (24, 2002, pp. 317-346).

⁶ Vejam-se, a propósito, os volumes de R.M. Fonseca (org.), *Crítica da modernidade. Diálogos com o direito*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005; Id. (org.), *Direito e discurso. Discursos do direito*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.

⁷ E. Abásolo, *Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX*, in *Forum Historiae Iuris: Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte*, 7. Mai, 2009, <http://www.forhistiur.de/2009-05-abasolo/?l=es>, § 3-6.

Também a Europa é um contexto de experiências jurídicas diversas entre si. Porém, isto não impede de pensar numa dimensão europeia da experiência jurídica, na qual, sem desconhecer os singulares e autônomos terrenos de diferenciação, é possível observar a parábola de certos aspectos num contexto mais amplo; justamente tal alargamento de horizontes permite efetuar análises mais completas sobre o seu próprio específico.

Creio que, de forma mais ampla, considerar os observatórios de tipo geral sobre contextos espaço-temporais que fazem referência a coordenadas (conceituais e metodológicas) relativamente homogêneas tem um valor heurístico.

A tal respeito, a escala de observação da América Latina parece constituir uma ordem de grandeza adequada. Tanto mais se para uma realidade historiográfica como a latino-americana isto significa também poder valorizar fundamentos próprios e autônomos e orientar a relação com o ambiente científico europeu sobre uma trilha diversa daquela mais costumeira e consolidada do *transfert* do segundo para a primeira⁸.

Tudo isto pode ser desenvolvido somente através da abertura de um debate entre os mesmos atores que operam sobre este cenário historiográfico e do início de um confronto que deixe emergir as referências identitárias comuns possíveis e efetivas⁹.

Sem desejar então indicá-las nestas páginas, aqui interessa mais empiricamente por a atenção sobre alguns singulares perfis e sensibilidades metodológicas que nos parece emergentes. Tratam-se de perfis e sensibilidades que, vistas da Europa, podem constituir um terreno para a estipulação de um diálogo sobre uma comum plataforma metodológica.

4 Um traço metodológico dividido: a função crítica da História do Direito

As aproximações historiográficas as quais estou pensando são aquelas que nos propõem uma concepção da História do Direito em relação à atual fase da experiência jurídica. Interroga-se criticamente sobre problemas que dizem respeito ao nosso mundo jurídico; como consequência, olha-se a história – enquanto saber «*que mira hacia el presente*,

⁸ Veja-se a respeito L. Nuzzo, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio nel diritto comune*, in *Rechtsgeschichte*, 12, 2008, pp. 102-124.

⁹ Do qual se colhem alguns sinais; pense-se, apenas para a título de exemplo, ao recente *Primer Encuentro Latinoamericano de Historia del Derecho y la Justicia*, desenvolvido em Puebla em outubro de 2008, assim como as iniciativas científicas promovidas nos últimos anos pelo Instituto Brasileiro de História do Direito.

ao contrario de ubicarse en un pasado que sólo toma sentido en sí mismo»¹⁰ – para escavar algumas explicações dos fenômenos em ação, de modo a obter um ponto de vista crítico sobre esses fenômenos e «contribuir a la creación de una actitud individual y colectiva problematizadora»¹¹. Trata-se, por isto, de uma História do Direito que, numa fase de complexo repensar sobre o papel do jurista, assume para si a tarefa de alargar os horizontes da ciência jurídica chamando a sua atenção sobre os contextos históricos nos quais se desenvolvem a experiência jurídica.

Isto parece corresponder a um modo de observar (e conceber) o jurídico, que frutifica e investe com originalidade certos percursos historiográficos europeus, como os desenvolvidos por impulso dos estudos de Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero, Francisco Tomás y Valiente. Seus modelos heurísticos (sobre a historicidade do direito, sobre os nexos direito-sociedade, direito-poder político, sobre o pluralismo jurídico, sobre o papel de mediação da ciência jurídica, etc.) no panorama latino-americano, tornam-se instrumentos para redescobrir dimensões do jurídico até então negligenciadas, que são hoje emergentes e permitem afrontar os problemas atuais com um instrumental atualizado.

Pense-se, apenas para dar um exemplo, nos trabalhos que tendem a reconstruir os caracteres da relação (de elaboração e reelaboração) que o jurista historicamente estabeleceu com as estruturas sociais, econômicas e políticas¹².

Pense-se nas aproximações que conduzem à descoberta do direito popular indígena como dimensão relevante para a reconstrução da experiência jurídica¹³, deixando a nu certas dinâmicas históricas do processo de «*transcendencia jurídica europea*» no Novo Mundo e de exclusão legal das populações indígenas¹⁴.

¹⁰ R.M. Fonseca, *La historia en el derecho y la verdad en el proceso*, in Narváez Hernández, Rabasa Gamboa, *Problemas actuales* (nota 8), p. 109; o saber histórico-jurídico torna-se em tal modo um «*instrumento de analisis y de comprension, que respete la efectiva logica de la mutacion, de las contradicciones de la diacronias propias del pasado*».

¹¹ Palma González, *Pasado, presente y futuro* (nota 8), § 40.

¹² Fonseca, *Os Juristas* (nota 6), pp. 339-371.

¹³ Penso em S. Cárdenas Gutiérrez, *Historia de la cultura jurídica y simbología del Derecho*, pp. 47-75 e, em particular, pp. 60-64, in Narváez Hernández, Rabasa Gamboa, *Problemas actuales* (nota 8). No mesmo volume, veja-se também J.P. Pampillo Baliño, *La filosofía del derecho y el futuro de la tradición jurídica occidental*, pp. 19-45, e a sua proposta de uma *teoría global de derecho (antropológica-sociológica-ontológica-teleológica-simbológica-histórica)* para um *mos americanus* que deverá inserir na tradição jurídica a vitalidade dos direitos indígenas.

¹⁴ Narváez Hernández, *La persona en el derecho civil* (nota 4), pp. 149 ss; Id. *Exclusión legal del indígena en el proceso de codificación en México*, in *Relaciones: Estudios de historia y sociedad*, 104, 2005, pp. 30-55; Id.

Existem também estudos que desenvolvem a perspectiva de um reexame crítico das mitologias jurídicas da modernidade no âmbito do penal, para reconstruir possibilidades e características do processo de estatização da justiça¹⁵, encontrar novas bases de análise das dinâmicas históricas de desenvolvimento da ordem social¹⁶ ou indagar as «transfigurações» do paradigma punitivo da lesa majestade numa perspectiva de longo período trazendo a pesquisa até a fase atual¹⁷.

Este modo de ver a experiência jurídica conota também a abordagem interpretativa: os estudos histórico-jurídicos tendem a buscar descontinuidades e a produzir desvelamentos¹⁸. Penso nas páginas certas e eficazes de Ricardo Marcelo Fonseca as quais mostra como a história da cultura jurídica, mais do que um itinerário hagiográfico para se narrar um harmônico processo construtivo da ordem jurídica, pode e deve tornar-se um lugar no qual fazer reemergir os campos de tensão que determinaram aquelas alterações epistêmicas¹⁹ que estão à base de certas concepções de homem e de direito e certas práticas de sujeição. Trata-se de uma abordagem reconstrutiva que se propõe desenvolver uma genealogia do mito

Historia social del derecho y de la justicia, México, Porrúa, 2007; Id., *La otra justicia. Una experiencia de justicia comunitaria*, in E. Rabasa Gamboa, J. Ramírez Marín, (ed.), *Problemas actuales del derecho social mexicano*, vol. II, México, Porrúa, 2007, pp. 95-119. Para uma contribuição da historiografia europeia sobre este terreno cfr. B. Clavero, *Derecho indigena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994; Id., *Stato di diritto, diritti collettivi presenza indigena in America*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; Id., *Minority-Making: Indigenous People and Non-Indigenous Law Between Mexico and the United States (1785-2003)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, pp. 175-290; Id., *Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection Publications, 2005; o volume dos *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, dedicado ao tema *L'Europa e gli 'altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento* e em particular aqui o artigo de L. Nuzzo, *Dal colonialismo al postcolonialismo: temi ed avventure del 'soggetto indigeno'*, (pp. 464-508); Id., *Diritto all'identità e metanarrazioni. Riflessioni in margine ad un progetto ONU*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2, 2002, pp. 9-20; A.A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista*, (1492-1680), Milano, Giuffrè, 2004, pp. 245 ss.

¹⁵ Speckman Guerra, *Los jueces, el honor y la muerte* (nota 5).

¹⁶ Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos* (nota 5), e aqui também as observações de Hernández Díaz, *Prologo* (nota 8), pp. 13-18.

¹⁷ Dal Ri Jr., *O estado e seus inimigos* (nota 5).

¹⁸ Fonseca, *Historia en el derecho* (nota 13), pp. 109-123, em que a História do Direito, enquanto indica a inserção do direito na sociedade, oferece-se como um instrumento de «*critica y desenmascaramiento de la juridicidad vigente*».

¹⁹ Fonseca, *Historia en el derecho* (nota 13), p. 115. É um ponto recuperado pelo Autor também no artigo *Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'*, in Fonseca, *Crítica da modernidade* (nota 9): aqui, valendo-se das estratégias de reflexão do filósofo francês sobre a sociedade de normalização, Fonseca evidencia a relação entre as categorias Estado e soberania e os projeto de dominação/sujeição, pondo a exigência de indagar os nexos entre direito e procedimentos de normalização.

originário do nosso pensar juridicamente e dos modos com os quais as verdades construídas com o direito foram instrumentais aos poderes²⁰.

Tal historiografia, que rejeita o estatuto de uma disciplina neutra com relação aos fenômenos sociais²¹ mostra-se, com isto, sustentada por uma paixão civil, ou, mais exatamente ditas com as palavras de Ramon Narváez Hernández, por uma «*preocupación histórico social*»²² que instiga a verificar por via da reconstrução histórico-jurídica a distância entre dimensão formal da ordem jurídica e destinatários²³.

5 Um possível terreno de encontro: a história das dimensões jurídicas da justiça

Chegamos então a um aspecto decisivo para a nossa apresentação: através de tal concepção de direito acima apresentada, com suas abordagens interpretativas e com sua sensibilidade, põe-se ao centro dos temas estudados a questão da justiça social e da justiça substancial, mas não tanto como objeto principal quanto (e aqui está o ponto) como problema fundamental da pesquisa histórico-jurídica. Isto é, trata-se de pensar o problema jurídico em perspectiva histórica, para recuperar o sentido e os andamentos da relação entre direito e justiça.

O resultado é relevante: se dá vida a uma História do Direito a ser tratada como história da justiça, mas sem desnaturar o caráter de disciplina primordialmente e essencialmente jurídica.

Tudo isto é de particular interesse do ponto de vista europeu, porque também no velho continente é a meu ver oportuno um repensar da História do Direito enquanto história das dimensões jurídicas da justiça.

Desenvolvida por tal angulação, a História do Direito viria a se propor e a se qualificar para a contribuição que pode dar à compreensão da relação entre justiça e direito, como dispositivo de geração do jurídico, nos diversos tempos e contextos. Considerando as

²⁰ Fonseca, *Os Juristas* (nota 6), p. 341, faz referência à teoria de Foucault sobre a ‘configuração discursiva’ da cultura jurídica, e sobre a relação entre os poderes e as verdades construídas com o direito. Cfr. Cárdenas Gutiérrez, *Historia de la cultura jurídica* (nota 16), p. 63.

²¹ Palma González, *Pasado, presente y futuro*, § 40 e 53.

²² Narváez Hernández, *Historia social del derecho* (nota 17), p. IX.

²³ *Ibidem*; Id., *La persona en el derecho civil* (nota 4); Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho* (nota 4).

implicações teóricas colocar-se-ia em evidência o relevo reconhecido ao problema nos sistemas de pensamento e em particular na elaboração doutrinal das categorias e dos instrumentos jurídicos; analisando as implicações efetivas, colocaria a atenção sobre o grau de correspondência entre edificações jurídicas e constituição material da justiça.

O campo de ação se estende a todas as dimensões do jurídico e não somente aquelas mais diretamente conexas à atividade judicial, posto que aqui se considere a justiça como fator de sistema e não apenas como objeto de uma função do ordenamento jurídico.

Certo, se trata de um campo de pesquisa que, se é autônomo de outros (todavia, orientados sobre o problema da justiça), não é autorreferencial. Tal imposição historiográfica põe antes a necessidade de uma complicação metodológica, posto que induza o historiador do direito a empregar instrumentos analíticos que os permitam ver isto que há além da aparente monodimensionalidade do direito. Isto implica um empenho para a construção de um diálogo interdisciplinar seja com outras ciências do direito, seja com outras ciências sociais e humanísticas.

O diálogo a se instaurar com as ciências jurídicas (visto que uma característica desta historiografia é a sua idoneidade em funcionar como instrumento de compreensão dos fenômenos em ação) pode ter conotações múltiplas; isto depende das problemáticas da experiência jurídica atual, além das cronologias e dos temas que se entendam indagar. Não se esqueça de que este é um diálogo que pode ter também finalizações diferentes: se pode qualificar como plataforma capaz de provocar (e alimentar) a consciência crítica do jurista, mas também como espaço dialógico para individuar os terrenos sobre os quais orientar as pesquisas histórico-jurídicas mais funcionais ao aprofundamento do debate sobre problemas da contemporaneidade.

Também na relação com as ciências sociais e humanísticas as variáveis de tal abordagem historiográfica podem ser múltiplas. Por exemplo, enquanto na Europa os experimentos mais significativos de colaboração interdisciplinar são concentrados, sobretudo, sobre a relação com as ciências históricas²⁴, nas abordagens americanas, mesmo que também

²⁴ Pense-se nos campos da História do Direito Penal e na história da criminalidade; para um balanço historiográfico vejam-se M. Sbriccoli, *Histoire sociale et dimension juridique: l'historiographie italienne récente du crime et de la justice criminelle*, in *Crime, Histoire et Sociétés / Crime, History and Societies*, 2007, 11, 2, pp. 139-148; A. Zorzi, *Introduzione*, J. Chiffolaueau, C. Gauvard, A. Zorzi, (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, Ecole française e Rome, 2007, pp. 3-15 ; M. Meccarelli, *La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice*

tal situação não seja de todo ignorada, parece constituir um ponto decisivo à abertura aos registros filosóficos, jurídicos, teóricos e antropológicos.

Neste sentido, uma abordagem metodológica à História do Direito a ser tratada enquanto história das dimensões jurídicas da justiça não tende a qualificar-se tanto pelo perfil epistemológico em sentido específico, quanto pela opção epistemológica que o determina, consistente no fundar o saber jurídico sobre uma multiplicidade de registros, a fim de que se possa evidenciar a divisa entre direito e questão justiça. O critério-guia para a seleção dos irrenunciáveis interlocutores torna a funcionalidade do reagente interdisciplinar a evidenciar dinâmicas de interação entre problema jurídico e questão justiça.

Por tais razões, trata-se de um método que vem tomando forma com o tempo; a constelação epistêmica na qual quer inserir-se (ou a qual se quer dar evidência) uma História do Direito assim concebida, não somente pode assumir conotações diversas com base nos âmbitos geográficos de referência, como é também destinada a desenvolver-se no tempo. É uma estipulação que, por restar fiel ao seu específico deve ser continuamente atualizada, repensada, mas, sobretudo, verificada. Mais do que um método teórico é, pois, um método prático que individua na prática metodológica um momento de sua construção.

6 Conclusão

As oportunidades de declinar as nossas pesquisas histórico-jurídicas como história das dimensões jurídicas da justiça são então evidentes. Uma perspectiva de tal gênero parece poder favorecer a tarefa de indicar os vínculos históricos dos nossos paradigmas e favorecer úteis resgates conceituais; isto se apresenta oportunamente numa fase na qual os fenômenos jurídicos, enquanto põem uma demanda de sentido, evidenciam limites nas categorias consolidadas prepostas à sua compreensão.

O discurso histórico sobre a justiça veiculado por intermédio da História do Direito, vindo a consistir em pesquisas sobre as relações entre dimensões formais e materiais do ordenamento jurídico e instaurando um vivificante liame com as outras disciplinas jurídicas,

iria marcar-se pela capacidade de subtrair a reflexão sobre o direito pelo perigo (atual) de uma estéril autorreferencialidade.

Há também algumas experiências consolidadas das quais se pode fazer referência neste itinerário; penso nos estudos de Mario Sbriccoli sobre a história do penal²⁵, que conseguiram com sucesso desenvolverem-se em meio a tais difíceis aspectos e a mostrar a adequação, além da eficácia heurística, de tais abordagens. Todavia, trata-se de uma perspectiva que na Europa ainda não teve um pleno reconhecimento como dimensão própria da ciência histórico-jurídica.

Assim, creio que as experimentações latino-americanas possam numa certa medida servir de ulterior confirmação da atualidade de tal modo de conceber a História do Direito.

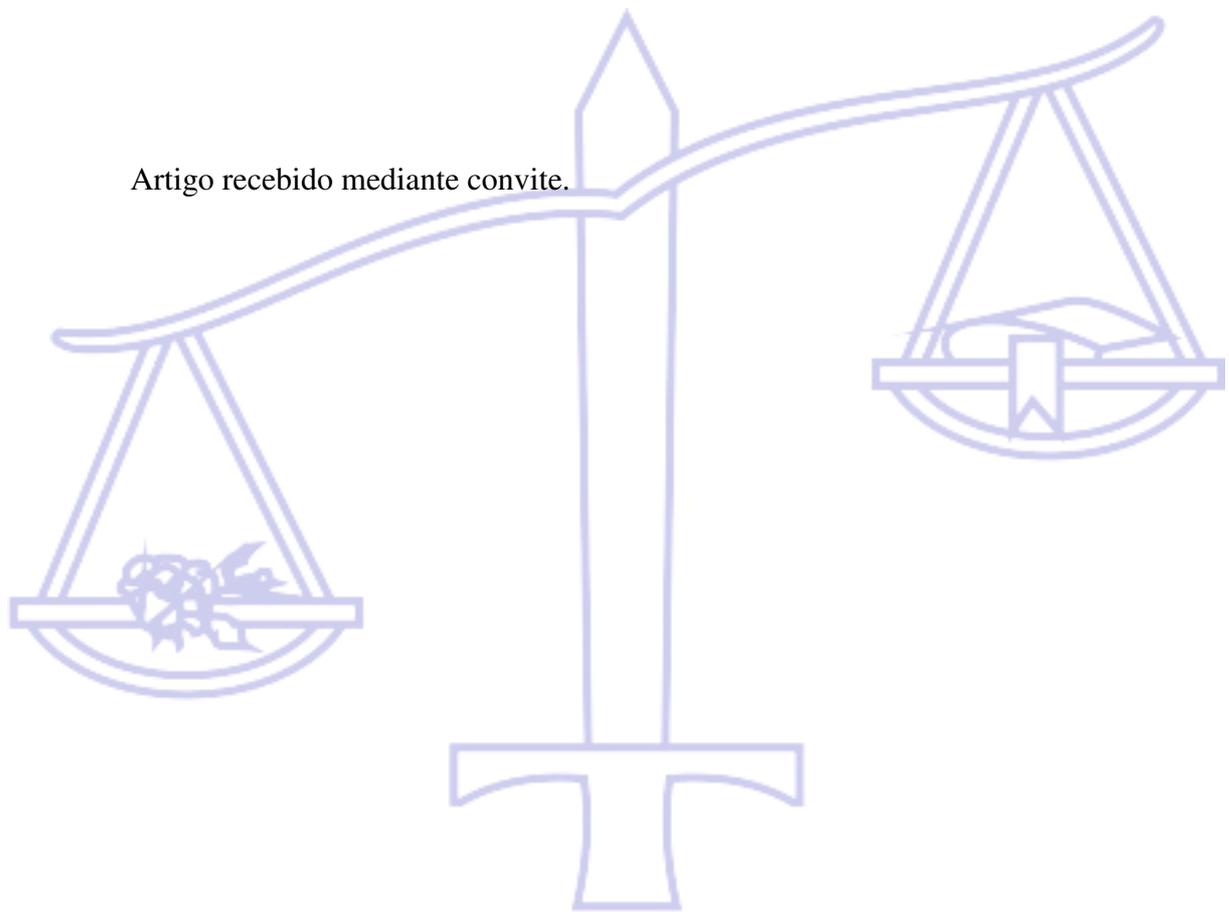
Por tudo isto, porém, há necessidade de que a nova historiografia latino-americana frutifique o próprio impulso inovador, encontrando justas maturações, experimentando-se com novos estudos que permitam conseguir ulteriores confirmações e desenvolvimentos sobre o campo. Aqui está o desafio para a historiografia latino-americana, porque o seu verdadeiro potencial, mais que na conceituação metodológica enquanto tal parece-me repousar no exercício metodológico e no progresso dos conhecimentos que através desse mostra saber se favorecer.

E é este, para retornar ao ponto de vista europeu, o mais autêntico terreno de interesse de comunicação intradisciplinar entre as duas margens do oceano. O nosso não deve ser somente um confronto sobre o método, mas também um diálogo sobre o que sabemos ler na experiência jurídica; sucede discutir não somente sobre o modo com os quais fazemos os historiadores do direito, com quais instrumentos e objetivos, mas também trocarmos os conhecimentos que maturamos na nossa quotidiana tentativa de compreender a dimensão histórica do direito.

²⁵ Cfr. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2008)*, Milano, Giuffrè, 2010. Uma bibliografia completa do estudioso maceratense prematuramente falecido é listada no volume dos anais do Congresso a ele dedicado *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli (a cura di), Macerata, EUM, 2007. Para referências metodológicas à sua obra, além do citado volume (e em particular ali os artigos de P. Costa, P. Cappellini, A. Zorzi, E. Dezza, F. Colao, L. Marafioti, Ph. Robert, R. Levy, M. Aymard), vejam-se P. Grossi, *Ricordo di Mario Sbriccoli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2004-2005, pp. 1391-1398; L. Lacchè, *Ricordo di Mario Sbriccoli (1941-2005)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVIII, 2005, pp. 402-421; Meccarelli, *La dimension doctrinale du procès* (nota 26) pp. 73-89.

Para nós europeus é também uma oportunidade para sair duma visão parcial e pré-compreensiva da nossa própria experiência jurídica, posto que como foi justamente observado²⁶, considerar a História do Direito não europeia é uma passagem necessária para escrever uma História do Direito europeia.

Parece-me então que seja uma grande sorte poder contar hoje com uma emergente, jovem e efetiva historiografia latino-americana capaz de construir seus percursos autônomos. Os desvelamentos que ela é capaz de produzir no Novo Mundo concernem e interrogam, também, nós juristas da velha Europa.



²⁶ B. Clavero, *Freedom's Law* (nota 17), p. 46. Vejam-se, ainda Id., *Europa hoy entre la Historia y el Derecho o bien entre Postcolonial y Preconstitucional*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, pp. 509-607; no mesmo volume P. Costa, *Pagina introduttiva*, pp. 8-9; Th. Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008, pp. 275 ss; Id., *In schlechter Verfassung. Bartolomé Clavero, Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, in *Rechtsgeschichte*, 13, 2008, pp. 190-192; Nuzzo, *Dall'Italia alle Indie* (nota 11), pp. 102 ss.