

APONTAMENTOS SOBRE A METODOLOGIA DA HISTÓRIA DO DIREITO PRIVADO

Ivan Jacopetti do Lago¹

INTRODUÇÃO

Compreender cientificamente uma determinada realidade é apreender esta realidade segundo uma atitude espiritual dirigida a encontrar aquilo que há de uniforme nesta realidade, ou ainda um sentido ou uma razão por trás dela². Para tanto, não deve o cientista buscar conhecimento fortuito, ou casual, mas munir-se de um método, que organize seu trabalho e seu modo de pensar. É o método que dá cientificidade ao conhecimento, assegurando certa margem de segurança quanto à coerência de seus resultados, e sua adequação à realidade das coisas³.

Também as ditas ciências humanas organizam o conhecimento dos objetos que lhes sejam pertinentes segundo métodos próprios⁴, dentre elas a história e o direito⁵, e a história do direito.

¹ Bacharel, Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da USP - Largo de São Francisco. Pós-graduado pelo CENOR - Centro de Estudos Notariais e Registrais da Universidade de Coimbra. Docente da Faculdade de Administração de Santa Cruz do Rio Pardo – FASC/OAPEC. Membro da Academia Paulista de Direito Registral - APDR.

² Cf. REALE, M. *Filosofia do Direito*, 19ª Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 54.

³ Idem, p. 55.

⁴ Métodos estes que pretendem não apenas explicar certos fenômenos, mas também compreendê-los, e buscar seu sentido, valorando-os. O comportamento humano é dirigido a um determinado sentido, que deve ser compreendido pelo cientista social. Cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR. *A Ciência do Direito*, 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 12.

⁵ Não obstante se reconheça que a história, além de ciência, tenha também um componente de *arte*, tal como enunciado por LEOPOLD VON RANKE no alvorecer da moderna ciência histórica, em 1830. Segundo RANKE, a historiografia se distingue das demais ciências exatamente por ter este aspecto artístico. É ciência por buscar, reunir e compreender dados; mas é arte por, a partir do conhecimento obtido por este meio, recriar e retratar realidades. Ao recriar realidades, com base nos conhecimentos obtidos, atribui sentido a realidades passadas. Para tanto, algumas cautelas devem ser observadas pelo historiador: a) ter um amor puro pela verdade, que suplante eventuais simpatias por uma circunstância, um evento ou uma pessoa que se esteja estudando, sob pena de produzir retratos que reflitam as disposições do próprio historiador, e não as coisas como efetivamente se passaram; b) realizar um estudo profundo do fenômeno em si, suas circunstâncias, o ambiente em torno, abrindo-se para a realidade com honestidade, coragem, inteligência, e livre de preconceitos; c) ter um interesse por todos os aspectos da realidade, já que nesta não há separação entre política, direito, economia, cultura, ciência etc. Somente há separação dentre estes vários âmbitos enquanto objetos de ciências distintas; mas a história que pretenda captar o real deve compreendê-lo tal como se apresenta: por inteiro; d) buscar reconhecer os nexos causais entre os acontecimentos, em especial procurando o sentido das coisas como realmente se deram. Deve-se, sempre que possível, abandonar as conjecturas com base em padrões abstratos de comportamento, buscando-se dados que demonstrem as reais motivações das pessoas, e as reais causas dos acontecimentos; e) avaliar os acontecimentos com imparcialidade, isto é, sempre que houver conflito entre grupos distintos, buscar compreender cada grupo em seu próprio ambiente, e em suas próprias circunstâncias; é um erro grave julgar o passado segundo critérios do presente; f) compreender que há uma totalidade no real, não obstante deva-se saber que a compreensão do todo é impossível – o historiador contempla vislumbres do todo pela análise e compreensão de algumas de suas partes. A respeito, cf. L. V. RANKE, *On the Character of Historical Science*, in, *The Theory and Practice of History*, edited with an introduction by Georg G. Iggers, 1a Ed., Nova Iorque, Routledge, 2011, p. 8. Originalmente publicado, a partir do manuscrito de 1830, sob o título *Idee der Universalhistorie*, in,

Ao longo do século XX, longos debates foram travados na Europa acerca da natureza e da própria razão de ser da História do Direito. Estes debates diziam respeito à posição da disciplina no quadro geral das ciências, bem como ao papel e fins que esta passaria a ter com o advento dos códigos modernos, e do resultante fim da pandectística. As conclusões atingidas, bem como os argumentos empregados por cada lado da contenda, são úteis na compreensão do papel e dos métodos que cabem hoje ao Historiador do Direito, e, por conseguinte, devem ser recordadas.

O DEBATE METODOLÓGICO NA ESPANHA

O desenvolvimento propriamente acadêmico da história do direito, na Espanha, inicia-se com a chamada “Escola de Hinojosa”⁶.

HINOJOSA aceitava a tradicional divisão entre história interna e história externa do direito. História externa seria a história das fontes jurídicas em sentido amplo; já história interna seria a origem, desenvolvimento e decadência das instituições jurídicas. No entanto, isto não implicava em uma divisão de matérias: caberia ao historiador estudá-las em conjunto, sempre iniciando seu trabalho pela história externa, já que esta seria fundamento da história interna. De modo que, para HINOJOSA, a história do direito era uma disciplina direcionada ao estudo das fontes e instituições jurídicas, mostrando o vínculo que havia entre as instituições atuais e as que existiam em épocas passadas⁷.

Historische Zeitschrift, vol. CLXXIV (1954). Por outro lado, também tem o direito facetas técnicas e tecnológicas, ao lado de seu aspecto científico. A respeito, cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *A Ciência do Direito*, 2ª. Ed., São Paulo, Atlas, 2012.

⁶ A primeira menção a uma “Escola de Hinojosa” ocorreu em 1926, em um programa de estudos direcionado à obtenção da cátedra de história do direito. No entanto, não é livre de dúvida o fato de ter ou não havido, efetivamente, uma *escola* iniciada pelo autor (cf. J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003, p. 9-19). EDUARDO DE HINOJOSA Y NAVEROS nasceu em Granada em 1852 e obteve as licenciaturas em história, direito e letras na universidade local. Em 1876 foi a Madri para cursar seu doutorado, e em 1878 partiu para a Alemanha, a fim de prosseguir em seus estudos, onde teve contato com seguidores da Escola Histórica do Direito, a qual, até então, pouca influência exercia sobre o direito espanhol. Envolveu-se na política, chegando a governador de Barcelona e Valência. Publicou seu primeiro livro em 1880, com o título *Historia del derecho romano según las mas recientes investigaciones*, rompendo com o método da mera exegese das Institutas e do Digesto. Ingressou na Academia de História da Espanha em 1889, e na de Ciências Morais e Políticas em 1907, em ambas permanecendo até sua morte. Foi, também até a morte, titular da cátedra de Instituições Medievais Espanholas da Escola Superior de Diplomática, posteriormente integrada à Universidade Central (atualmente Universidade Complutense de Madri), à qual chegou em 1884. Faleceu em Madri, em 1919. Sua obra serviu de modelo tanto a historiadores (Sánchez Albornoz, Ramos Loscertales), como a historiadores do direito (Altamira, Minguijón, Galo Sánchez). A respeito, cf. J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003, pp. 9-17; e o necrológio do autor, publicado a partir do extrato da ata da Junta Acadêmica de 22 de maio de 1919, in, *Boletín de La Real Academia Española*, T. VI, Caderno XXVIII (1919), p. 397.

⁷ Cf. J. SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003, p. 10.

Ainda, HINOJOSA não tinha qualquer dúvida em classificar a história do direito como um ramo da história geral⁸. Para ele, a disciplina teria um caráter instrumental, destinado a, uma vez fornecidos os elementos que ensejaram a configuração do direito vigente, melhorar sua compreensão⁹. Esta concepção teria sido apreendida pelo autor em virtude de sua experiência na Alemanha, a partir da qual passara a compreender o direito do passado como fenômeno histórico, ao qual se deveria aplicar o método histórico-crítico. A isto se teria chegado por uma dupla via: por um lado, os historiadores oitocentistas estariam mudando seu foco da história dos reis para a história dos povos, sua cultura e instituições; por outro, os juristas, reagindo ao racionalismo revolucionário e codificador, passariam a ver no direito do passado uma expressão genuína do povo, juntamente com sua língua, arte e outras manifestações do espírito¹⁰. Com isto, o trabalho de historiadores e de juristas cujo objeto de estudo fosse a história do direito seguiria os mesmos métodos, não se distinguindo a historiografia geral de uma historiografia propriamente jurídica¹¹.

Após a morte de HINOJOSA, sua influência ainda seria sentida na Espanha por longos anos. Contudo, no início dos anos 50, o paradigma instituído por ele começou a ser alterado. Em 25 de novembro de 1952, ALFONSO GARCIA GALLO realizou uma conferência no Instituto Nacional de Estudos Jurídicos da Espanha que trouxe grande repercussão, dando origem ao clássico "*Historia, derecho e historia del derecho: consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*".

O autor inicia sua locução elogiando a obra de HINOJOSA, e narrando seus desdobramentos, afirmando que todos os que cultivavam a história do direito no país seriam, de um modo ou de outro, seus seguidores¹². Reconhece os méritos científicos da obra dos integrantes desta 'escola'. Contudo, não deixa de observar que as vicissitudes por que vinha passando a historiografia em geral deixariam suas marcas também na historiografia jurídica. A tendência a buscar leis históricas constantes levaria à fixação de critérios simplistas e apriorísticos na explicação da evolução do direito, tal como, por exemplo, a formulação pelos

⁸ Idem, p. 25.

⁹ Id.

¹⁰ Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 11.

¹¹ Idem, p. 12.

¹² Idem, p. 5.

juristas alemães oitocentistas da ideia de que há uma luta permanente e dramática entre o direito romano e os direitos locais dos vários povos da Europa. Este critério levaria à circunstância de, em toda pesquisa de historiografia jurídica, empreender-se a busca da origem romana ou germânica do instituto estudado¹³.

Outro problema da historiografia geral apontado por GARCIA GALLO que deixaria marcas na historiografia jurídica seria o da divisão da história em períodos. Por vezes, a evolução do direito via-se dividida em períodos históricos marcados por fatos de natureza política estranhos à ordem jurídica, o que levava a artificialismos, já que ao longo de vários períodos históricos as normas e princípios estudados poderiam permanecer inalterados¹⁴.

O autor explica as anomalias pelo distanciamento que a historiografia jurídica vinha sofrendo da ciência do direito. A ciência jurídica do século XIX estava encantada com a dogmática e o conceptualismo, logrando reduzir o direito vigente a um sistema. Contudo, a ideia mesma da construção do sistema pressupunha a imobilidade da ordem jurídica, em oposição ao dinamismo da história. Com isso, os autores novecentistas viam a conciliação entre história e dogmática como algo altamente problemático. Sistematizações no âmbito da historiografia jurídica somente seriam possíveis considerando-se o direito de cada época histórica, pelo que a história do direito constituir-se-ia de uma sucessão de sistemas jurídicos. Esta sucessão não se daria por saltos, contudo; na verdade, tais autores reconheciam, a sucessão era apenas uma ficção, criada para facilitar o trabalho do estudioso¹⁵.

A historiografia jurídica havia, portanto, obtido o status de ciência, como ramo especializado da historiografia em geral. No entanto, observava GARCIA GALLO que uma grave crise abatia-se sobre a disciplina, na forma de um profundo desinteresse pelos estudantes das faculdades de direito, bem como de uma deficiência de vocações para continuá-la. E o autor via a causa desta situação na orientação que vinha sendo seguida pelos estudiosos. O fenômeno da

¹³ Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 14.

¹⁴ *Idem*, p. 15.

¹⁵ Utiliza-se GARCIA GALLO como exemplo da distinção entre o estudo do *direito romano*, tal como feito pela pandectística, do estudo da *história do direito romano*. O primeiro considerava seu objeto como um único e grande sistema; já o segundo, como uma sucessão de sistemas menores, segundo os vários períodos de seu desenvolvimento. Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 16.

codificação havia privado de utilidade prática o estudo dos direitos do passado pelos juristas, já que não se via uma conexão direta entre eles e o direito vigente. A historiografia jurídica, portanto, acabava por ser revestida de uma capa de erudição que lhe dava prestígio entre historiadores, mas que não servia para formar juristas; antes, lhes oferecia tão somente curiosidades e adornos intelectuais¹⁶.

GARCIA GALLO propôs então uma revisão da historiografia jurídica, a começar por sua posição no quadro das ciências. Segundo ele, o direito possuiria certas características que o tornavam diferente dos demais fatos históricos. Vale dizer, nem sempre o direito do passado era diferente do direito do presente. Uma lei qualquer poderia permanecer em aplicação ao longo de séculos, e, de forma geral, o direito do passado mostrar-se-ia no do presente já que este, em geral, resultava de um legado das gerações anteriores. Isto não faria com que o conhecimento 'histórico' – pela ciência historiográfica - da história do direito fosse desnecessário ou inadequado¹⁷; mas seria insuficiente, e não permitiria o pleno desenvolvimento da disciplina, se não houvesse uma historiografia jurídica focada desde a lente do direito¹⁸.

O que interessaria ao jurista seria o modo como o direito se desenvolveu em sua dinâmica, e não como era em momentos cristalizados que se sucederam no tempo. Buscar-se-ia saber, portanto, como certa ordem jurídica se formou; a razão da existência das instituições jurídicas, e até que ponto estas eram pilares da própria vida social; e o que nelas havia de perene e o que havia de mutável¹⁹. Novamente, mostrar-se-ia o direito como um fenômeno distinto dos demais

¹⁶ Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 20.

¹⁷ Em outra passagem, afirma o autor que o método histórico é importante especialmente para a crítica externa dos textos estudados, fixando e depurando seu conteúdo quando não chegaram ao presente em seu original; na determinação de sua data e procedência; em sua autenticidade etc. No entanto, haverá um interesse restrito na realização de crítica interna, já que não seria cabível analisar a sinceridade de uma norma legal ou de uma sentença judicial, não obstante o seja em fontes de cognição não jurídicas, como a arte e a literatura. Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 33.

¹⁸ *Idem*, p. 23.

¹⁹ Não deve, portanto, o jurista historiador perder de vista que há certas realidades e situações que se situam acima e além do direito, e que apresentam alguma uniformidade em sua estrutura, tais como o indivíduo, a família, a sociedade, a vida espiritual das pessoas, a posse e o uso das coisas, as relações de cooperação etc. Estas realidades podem revestir-se de roupagens variadas. No entanto, de algum modo o direito de todas as épocas as regulará, e são elas as reais bases dos processos de sua formação. Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 31.

fenômenos históricos: haveria certa 'persistência' em algumas instituições jurídicas, formando um núcleo permanente que iria além dos aspectos históricos contingentes de cada ordem jurídica²⁰.

Ainda para GARCIA GALLO, alguns cuidados, contudo, deveriam ser tomados pelo jurista historiador²¹. O primeiro deles era o de resistir à tentação de converter a historiografia jurídica em uma ciência auxiliar da dogmática jurídica, já que isto poderia levar a uma projeção do direito do presente no passado, comprometendo a cientificidade da investigação²². Por essa mesma razão, não se poderia, igualmente, pretender explicar os conceitos do passado com base em tecnicismos da atualidade²³.

Por outro lado, o fenômeno da persistência de preceitos e instituições jurídicas poria de lado a compreensão da história do direito como um suceder de sistemas jurídicos, entendidos estes como estruturas logicamente articuladas, sem contradições. A evolução do direito não se daria por saltos, e nem em uma velocidade constante²⁴. Vale dizer, o direito público tenderia a sofrer mudanças muito mais rapidamente que o direito privado, por exemplo. Desse modo, não deveria o jurista historiador buscar ordens jurídicas totais que apresentassem uma coerência interna, ou tentar resolver suas contradições; ao contrário, o que lhe interessaria era exatamente o que persistia ao longo do tempo, e como e por que surgiam novas normas²⁵. E ao realizar sua investigação deveria empregar as ferramentas que dispõe como jurista.

Esta orientação deixaria uma profunda influência sobre a historiografia jurídica espanhola da segunda metade do século XX²⁶.

Em época mais recente – mais especificamente no final dos anos 70 - BARTOLOMÉ CLAVERO, o qual, atualmente, ocupa uma cátedra de História do Direito e das Instituições na Universidade de Sevilha, ainda insistia em situar a

²⁰ Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 26.

²¹ *Idem*, p. 28.

²² Em um exemplo hipotético, a fim de facilitar a compreensão, pretender buscar no direito romano antecedentes de conceitos jurídicos modernos como o contrato de *leasing*, ou a *função social da propriedade*.

²³ Novamente em um exemplo hipotético, algo como buscar explicar os *collegia* romanos à luz das modernas teorias que dizem respeito à natureza e funcionamento das pessoas jurídicas.

²⁴ Cf. A. GARCÍA GALLO, *Historia, Derecho e Historia del Derecho – Consideraciones em torno a la Escuela de Hinojosa*, in, *Anuario de Historia del Derecho Español*, (23) (1953), p. 29.

²⁵ *Idem*, p. 30.

²⁶ Cf. J. Sanchez-Arcilla Bernal, *Jacobus, id quod ego*, 1ª Ed., Madri, Dykinson, 2003, p. 59.

historiografia jurídica dentro do âmbito da ciência do direito em geral; contudo, apresentaria pressupostos e extrairia consequências bastante diferentes.

Para o autor, a tendência que se observou na primeira metade do século XX em se buscar considerar a historiografia jurídica como parte integrante da ciência do direito responderia a um reclame de se resgatar esta última do paradigma positivista, o qual, por suas características, teria tornado possíveis as bárbaras consequências da chegada ao poder do nazi-fascismo. Tanto a história quanto a filosofia do direito teriam, portanto, a missão de repensar e refundar o direito contemporâneo²⁷.

A par disso, a compreensão puramente histórica do direito dependeria de sua compreensão jurídica, tal como a história em geral depende, também, da filologia²⁸. Por outro lado, a ciência jurídica e a historiografia jurídica compartilhariam um mesmo objeto – o direito – cuja compreensão dependeria da integração de ambas²⁹. Isto resultaria no desaparecimento da historiografia jurídica no seio da ciência do direito em geral, conservando, no entanto, um traço distintivo: uma maior amplitude no seu âmbito de investigação. Diferentemente da ciência do direito em si – que estuda o direito vigente – a história do direito dedicar-se-ia à compreensão das diversas ordens sociais havidas na história, e das “ordens compulsivas” que as teriam tornado possíveis³⁰.

No entanto, BARTOLOMÉ CLAVERO destaca que tal modo de fazer a história deveria, tal como a antropologia, fugir das analogias fáceis com ideias e sistemas contemporâneos ao estudioso. As categorias empregadas na compreensão dos fatos deveriam ser aquelas da época dos próprios fatos, a partir das representações construídas pelos homens que os viveram³¹. Reconhece, contudo, que isto apresentaria ao jurista historiador uma dificuldade: para o antropólogo, a

²⁷ Cf. B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979), p. 20.

²⁸ *Idem*, p. 42.

²⁹ O autor afirma, até mesmo, que não caberiam duas ciências sobre um mesmo objeto, ainda que a atual organização universitária, com suas filosofias, sociologias e histórias se empenhem em fazer parecer o contrário. Cf. B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979), p. 48.

³⁰ Clavero ressalta que a falta de precisão nas expressões “ordens sociais” e “ordens compulsivas” é intencional, já que uma delimitação mais elaborada do fenômeno poderia comprometer o sucesso da disciplina, tendo em vista, a historicidade do direito. Cf. B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979), p. 53.

³¹ Cf. B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Política del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979), p. 40.

existência de grandes diferenças entre o meio em que vive e o objeto de seu estudo é como que um pressuposto de sua ciência; ao passo que, para o historiador do direito, as categorias jurídicas contemporâneas são, em grande parte, herança de uma longínqua tradição³² – o que, novamente, tocaria na questão das continuidades e descontinuidades.

Ainda, somente haveria uma adequada historiografia jurídica quando se compreendia que mesmo o direito atual é histórico, levando-se o estudioso a vislumbrar que a lógica do sistema contemporâneo é própria de sua época, e a evitar projetar suas categorias e pressupostos no passado, o que o tornaria imagem especular do presente³³.

O DEBATE METODOLÓGICO NA ITÁLIA

Na Itália outro debate se estenderia ao longo do século XX, o qual, se não tinha por objeto a questão da posição da historiografia jurídica no quadro das ciências, aproximava-se bastante do cerne da questão: o da relação entre a dogmática e a compreensão histórica do fenômeno jurídico.

O debate se iniciou em circunstâncias semelhantes às encontradas na Espanha: havia uma crise de identidade na disciplina causada, principalmente, pela codificação, a qual parecia pôr fim - ao menos sob um ponto de vista prático - à necessidade de se organizar e bem compreender a formação histórica dos direitos nacionais e sua relação com o direito romano.

Seu primeiro movimento consistiu em uma aula inaugural ministrada por EMILIO BETTI para a disciplina de Instituições de Direito Romano na Universidade de Milão, no dia 14 de novembro de 1927³⁴.

Para BETTI, o esforço de compreender um direito historicamente determinado seria análogo ao de quem pretendesse reproduzir em sua mente

³² Cf. B. CLAVERO, *Historia, Ciencia, Politica del Derecho*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. VIII, (1979), p., p. 41.

³³ *Idem.*, p. 43.

³⁴ Publicada, no ano seguinte, sob o título *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928). Não obstante, reconhece-se que alguns antecedentes do que será sustentado por BETTI já haviam aparecido no panorama italiano, como, por exemplo, um trabalho de ALDO CHECCHINI de 1921, para quem a história sem a dogmática, ou a dogmática sem a história, seriam ambas insuficientes. Para ele, caberia à dogmática extrair elementos formais a partir de manifestações jurídicas concretas, deixando de fora aquilo que fosse historicamente condicionado; ou as idéias de De Francisci, com tons sociológicos, em um trabalho publicado em 1916, para quem a dogmática deveria ser acompanhada por uma busca das condições de vida dos institutos jurídicos, os quais deveriam ser pensados segundo as concepções de seus contemporâneos. Cf. P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Politica, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 7 (1978), p. 351-358.

uma obra de arte criada por um artista do passado, no intuito de contemplá-la com os olhos de seu autor, já que ambos – direito e arte – eram obras da inteligência humana. No entanto, quem pretendesse vislumbrar desta maneira uma obra de arte deveria estar ciente de que, por mais precisas que fossem as disposições do seu espírito, seria, no mínimo, enormemente difícil recriar todas as circunstâncias psicológicas e ambientais que acompanhavam o autor³⁵. Era, portanto, tão mais vã a ilusão de se querer conhecer um direito histórico em sua exatidão quanto mais o estudioso se apegasse à sua mentalidade moderna³⁶.

Por outro lado, qualquer ato de conhecimento, necessariamente, teria como um de seus elementos um sujeito, cuja mentalidade não poderia ser desprezada, já que conhecer não é um ato passivo, mas antes uma *reconstrução*. O autor buscaria, a seguir, encontrar uma posição de equilíbrio: não se devia fazer *tabula rasa* da mentalidade do estudioso da história do direito; ao invés, o adequado seria tão somente afastar as noções estranhas ao objeto estudado. Não se devia, ainda, fazer um corte entre a mentalidade do estudioso e a mentalidade que inspirou a ordem jurídica estudada, ou entre os conceitos contemporâneos, e os dogmas enunciados pelos autores que lhe foram contemporâneos. O que se deveria evitar no estudo de um direito do passado, na verdade, era o uso de dogmas particulares e específicos do direito positivo dos dias de hoje, o que, por outro lado, não afastaria o uso de conceitos que, ainda que modernos, por suas características fossem úteis na compreensão do objeto estudado tal como ele efetivamente era³⁷.

Outra dificuldade haveria, ainda, para quem estudasse um direito do passado. Um jurista que tivesse vivido na época em que vigente uma dada ordem jurídica teria, diante de si, os fatos concretos da vida que deram origem aos preceitos normativos que a compunham, de modo que, com facilidade, conseguiria reconstruir os seus institutos. O mesmo não ocorreria com o historiador, que deveria munir-se da maior quantidade possível de fontes históricas que

³⁵ Cita o autor dois exemplos bastante pitorescos: a Divina Comédia, portadora da concepção medieval da vida e do cosmos, é compreendida pelo homem moderno de forma bastante diversa daquela feita por um toscano partidário dos gibelinos e de formação escolástica; e os afrescos de Ghirlandaio e Masaccio, nas igrejas *del Carmine* e de *Santa Maria Novella*, por mais belos que pareçam a um moderno, não dirão a ele o mesmo que diriam a um pintor florentino do *quattrocento*. Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), pp. 130-132.

³⁶ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), p. 133.

³⁷ Idem.

complementassem as fontes propriamente jurídicas.

Por outro lado, o historiador teria algumas vantagens das quais os contemporâneos não dispunham: a de poder observar o desenvolvimento posterior ao período estudado, o que lhe permitiria concluir coisas que estavam além do horizonte cognitivo dos contemporâneos; e o emprego de sua mais bem apurada dogmática, o que lhe permitiria ter uma melhor compreensão do fenômeno em relação àqueles que não dispunham da formação de juristas³⁸. Deveria, no entanto, o estudioso ter sensibilidade e prudência no uso da dogmática. Esta não poderia encerrar-se em fórmulas fixas que violassem as características próprias do objeto estudado; mas seria de todo inadequada qualquer afirmação no sentido de que a dogmática fosse o oposto do conhecimento histórico do direito³⁹.

O que seria esta dogmática de que fala o autor? Para BETTI a expressão 'dogmática' encerraria múltiplos significados: um complexo de conceitos e princípios que os juristas adotam quando estudam o direito; a própria mentalidade jurídica contemporânea; a preparação que recebe um jurista quando da sua formação como tal. Segundo ele, quando um jurista moderno estuda um direito do passado não abandona seu modo de pensar, a preparação que recebeu, ou a cultura jurídica de que faz parte. A compreensão que se deveria ter, portanto, acerca da "dogmática" utilizada pelo estudioso do passado seria como que um misto de tudo isso: um conjunto de predisposições e precauções que o jurista utiliza na compreensão do fenômeno jurídico, seja o do presente, seja o do passado⁴⁰.

BETTI cita, então, alguns conceitos que, formulados ao longo da história, seriam necessários à explicação do fenômeno jurídico em geral, tais como 'ordem jurídica', 'fontes do direito', 'norma jurídica', 'relação jurídica', 'sujeito de direito', 'capacidade', 'liberdade', 'competência', 'direito subjetivo', 'negócio jurídico', 'ato ilícito', 'sanção', dentre outros⁴¹. Estes consistiriam em categorias jurídicas gerais, ou, mais do que isso, em verdadeiras categorias lógicas da mentalidade jurídica, aptas a facilitar a compreensão do direito de outros povos,

³⁸ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), p. 134.

³⁹ *Idem*, p. 139.

⁴⁰ *Id.*, p. 141.

⁴¹ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), p. 143.

e de outras épocas⁴².

BETTI vislumbra três objeções a este modo de se reconstruir a história do direito. A primeira delas seria a de que tais conceitos não têm um valor lógico apriorístico, já que foram extraídos de abstrações da realidade concreta, e, portanto, apenas seriam meios de classificar e ordenar o objeto estudado, com valor relativo e provisório. A segunda objeção seria a de não ser adequado projetar conceitos modernos sobre um direito do passado, encaixando a riqueza de formas da história do direito nos estreitos esquemas da dogmática moderna. E a terceira seria o perigo que a dogmática traria quanto à criação de falsas generalizações criadas a partir de situações individuais, como ocorreria com certas figuras que, no direito romano clássico, possuíam aplicação nitidamente limitada.

Quanto à primeira, BETTI afirma que, se tal problema existia, atingiria não apenas a historiografia jurídica, mas também a ciência do direito como um todo. No entanto, afirma que nunca se propora atribuir às categorias o valor absoluto de um universal filosófico, mas, apenas, o de generalidade, e o de não serem limitadas à compreensão do direito positivo. Quanto à segunda objeção, afirma que esta se basearia em um erro: o de se afirmar a historicidade do 'objeto', mas se esquecer da historicidade do 'sujeito'.

Em geral, a concepção que os contemporâneos do direito estudado tinham do fenômeno não era algo que se oferecia aos modernos de maneira pronta e acabada, ou mesmo de maneira fácil. Caberia ao estudioso reconstruir tal concepção, e, para tanto, teria que pensar juridicamente. E seria também um erro ter como pressuposto absoluto o haver uma antítese insuperável entre a mentalidade jurídica do passado e a do presente. Por exemplo, a concepção que os romanos tinham do direito não era algo inatingível, mas antes algo que

⁴² Idem, p. 144. Observa PIETRO COSTA que no pensamento bettiano apenas uma parte da dogmática poderia ser utilizada na reconstrução histórica. A ciência jurídica moderna seria a própria dogmática. Contudo, esta deveria ser cindida em dois planos – um deles contendo o complexo de conceitos e princípios utilizados no estudo do direito; outro, a preparação que um jurista moderno carrega quando observa o direito em geral. O primeiro plano viria repleto de conteúdo, ao passo que o segundo viria repleto de formas lógicas e conceitos com alto grau de abstração. E seria esta mentalidade jurídica pouco comprometida com o presente a parte da dogmática que deveria ser utilizada pelo historiador. Dessa forma, a dogmática teria um caráter meramente operativo na história, e a escolha dos conceitos pelo historiador não levaria em conta a distância no tempo, mas a maior ou menor capacidade descritiva dos dados do passado. Ainda, mais operativo seria o conceito quanto menos dependente de conteúdos próximos do presente, uma vez que há princípios particulares e específicos de um certo direito positivo, e outros que o ultrapassam e transcendem. Cf. P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Política, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 7 (1978), pp. 322-326.

um jurista moderno poderia reconstruir, a partir da análise das fontes deixadas por eles.

Finalmente, quanto à terceira objeção, afirma que, de fato, tal perigo há; mas o risco de haver erros não é, em si, uma razão suficiente para se renunciar de antemão ao pensamento, mas apenas para se proceder com cautela. O estudioso deveria evitar criar mais hipóteses de aplicação da norma do que aquelas que vêm previstas nas fontes sobre as quais se debruça. Vale dizer, não lhe caberia formular analogias jurídicas. Mas isto não lhe impede de formular dogmaticamente aquilo que está nas fontes. Por exemplo, ao tratar do direito romano, não deveria criar mais hipóteses de fontes de obrigações; mas poderia aprofundar a compreensão da estrutura da *obligatio*, a qual permanece única e idêntica por mais que variem as suas fontes⁴³.

BETTI conclui sua exposição propondo uma comparação daquilo que propõe ao método adotado pelos bizantinos, pelos comentadores e pelos integrantes da pandectística. Todos estes compreendiam as fontes romanas obedecendo ao impulso imperioso do desenvolvimento histórico e das transformações sociais, respondendo a urgentes necessidades práticas. Era, portanto, natural que desnaturassem seu conteúdo, criando, com base em falsas analogias, institutos absolutamente novos. Já a dogmática proposta por BETTI seria absolutamente livre de tais preocupações, podendo perseguir, com sinceridade, seu único objetivo – o de reconstruir o direito do passado⁴⁴.

Pouco tempo depois BIONDO BIONDI reagiria à proposta de BETTI, em aula inaugural na mesma universidade, em 1931⁴⁵. Segundo ele, BETTI daria ares de novidade metodológica a algo que nada mais era do que uma ressurreição das tendências reconstrutivas da pandectística, e afirmava que escolhia a história

⁴³ Cf. E. BETTI, *Diritto Romano e Dogmatica Odierna*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. XV (1928), pp. 146-149.

⁴⁴ *Idem*, p. 150. A análise feita pela pandectística era dogmática no sentido de ser esta oposta à “história” das fontes, a qual, em tal época, era feita tão somente por quem empreendia a crítica das interpolações do *Corpus Juris Civilis*. Haveria, portanto, em tal época dois ânimos distintos no estudo das fontes do passado. Por essa razão, ao não abrir mão da dogmática, BETTI foi taxado por BIONDO BIONDI, por exemplo, como um “neo-pandectista”, o que não era de todo adequado, tendo em vista o papel delimitado que reservava à dogmática, e à compreensão da necessária crítica das fontes. De forma que a pandectística parece ser em tudo diferente daquilo que Betti propõe, exceto pela ardorosa defesa de ser, e dever ser, jurídica a atividade de compreender as fontes e reconstruir o direito. Cf. P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Politica, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 7 (1978), pp. 331-333.

⁴⁵ Publicada dois anos depois, sob o título *Prospettive romanistiche*, in, *Pubblicazioni della Università Cattolica*, T. 37 (1933).

contra o dogma⁴⁶.

LUIGI DE SARLO refuta a crítica feita por BIONDO BIONDI, afirmando que o autor não lograra impugnar os múltiplos sentidos que BETTI atribuíra à dogmática, e, por conseguinte, afastar de todo modo sua aplicação no fazer da história. Segundo ele, ou se admite que é imprestável para a história toda a bagagem intelectual dos juristas modernos, e somente se deve reproduzir aquilo que foi dito pelos juristas do período estudado; ou, por outro lado, é vã qualquer crítica à proposta Bettiana.

Caberia ao historiador do direito, como jurista, não produzir mera erudição, mas recriar um elenco de institutos e categorias – um sistema. E, considerando-se como exemplo o direito romano, ter-se-ia que os juristas contemporâneos à sua criação não possuíam a noção de sistema, donde a necessidade da dogmática moderna para sua sistematização⁴⁷. Então, cita um exemplo para ilustrar seu pensamento: não obstante a figura do ‘documento’ apareça em diversas passagens do direito romano clássico, não há qualquer sistematização a seu respeito pela jurisprudência de então. E, ao aparecer, o fazia em várias formas, donde surgiria ao estudioso a necessidade de isolar nas fontes as diversas passagens que tratavam do documento, para, a seguir, classificá-lo segundo sua forma e conteúdo. Ora, se os juristas romanos não formularam quaisquer categorias acerca do documento, a organização e sistematização do material recolhido acerca dele dependeriam do uso de conceitos dogmáticos modernos que fossem aplicáveis a qualquer direito positivo⁴⁸.

Já na década de 50, RICCARDO ORESTANO realiza uma revisão da questão da posição da história do direito entre a história e o direito. Segundo o autor, a busca de uma fundamentação científica à história do direito levou a formulações que, em suma, seguiriam uma de três tendências: uma tendência histórico-dogmática; uma tendência sociológica; e uma tendência historiográfica⁴⁹.

A tendência histórico-dogmática se caracterizaria por gravitar em torno

⁴⁶ Cf. B. BIONDI, *Prospettive Romanistiche*, in, *Scritti Giuridici*, T. 1, Milão, 1965, p. 232.

⁴⁷ Cf. L. DE SARLO, *Indirizzi, Metodi e Tendenze della Moderna Scienza del Diritto Romano*, in, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, T. 27 (1934), p. 102.

⁴⁸ *Idem*, p. 110-112.

⁴⁹ Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 284.

da problemática propriamente jurídica, delimitando seu objeto aos aspectos propriamente jurídicos dos fenômenos sociais. Pretenderia contribuir com o conhecimento científico do direito, mas sem atentar contra as regras da ciência histórica. Teria gerado construções sistemáticas, que ordenam e classificam os fatos históricos que lhe são submetidos, com base em formas e esquemas elaboradas pela ciência jurídica, ou criados *ex novo*, desde que dotados de universalidade. Para ORESTANO, no entanto, este modo de construir a história resultaria no seu afastamento do concreto, do individual, do irrepetível, para buscar aquilo que era típico e constante; com isso, acabaria por afastar-se da história, e resultar tão somente no conhecimento, segundo os cânones da ciência jurídica, de um direito de outra época⁵⁰.

A tendência sociológica se caracterizaria por considerar o fenômeno jurídico como parte de um mais vasto fenômeno social, não obstante seu objeto continuasse sendo a história do direito. Diferentemente da tendência histórico-dogmática, não se importaria tanto com a construção do sistema, mas sim com a apreensão de seu desenvolvimento, buscando causas, fatores, evoluções, involuções e leis históricas que estabelecessem as linhas estruturantes do fenômeno jurídico em sua dinâmica. Pretendia estabelecer a cientificidade da história do direito nas mesmas bases da sociologia.

Dessa forma, os fatos individuais adquirem grande importância como modo de confirmação de hipóteses, e como partes integrantes de uma grande síntese, tendo em vista a criação de uma teoria geral da evolução jurídica válida para todos os tempos e todos os lugares. Para o autor, isto seria tremendamente problemático, tendo em vista o pressuposto – tido, por muitos, como ultrapassado – de se considerar o direito como fenômeno natural, no seio do qual haveria certas leis que poderiam ser descobertas pelo cientista. Não obstante, os trabalhos feitos seguindo esta orientação teriam contribuído para a expansão do horizonte de estudos da história do direito, ao desenvolver estudos comparativos entre vários direitos, ou expondo com profundidade os vínculos que unem o direito aos demais fatos da vida social⁵¹.

Já a tendência historiográfica poderia assumir mais de uma forma, tal

⁵⁰ *Idem*, p. 288.

⁵¹ Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 288-294.

como a realização de pesquisas puramente eruditas, ou de história das ideias, ou ainda considerando a história do direito como um ramo da história em geral. Esta tendência teria superado o problema da cientificidade do estudo histórico do direito, já que seus integrantes teriam renunciado a qualquer cientificidade jurídica em suas pesquisas. Para eles, seria suficiente que suas pesquisas desfrutassem do status de ciência histórica, o que se atingiria pela aplicação dos métodos da história em geral⁵².

Para ORESTANO, o conhecimento do direito sob a perspectiva da ciência jurídica, e sob a perspectiva da história deveria ser uno e incindível. No entanto, se havia um problema metodológico na história do direito, isto ocorria porque haveria um problema metodológico na própria ciência jurídica. Segundo ele, haveria três concepções correntes acerca do que seria uma metodologia da ciência do direito, todas inadequadas: uma que dizia respeito ao modo de ensinar o direito, abrangendo um roteiro de disciplinas e conteúdos, o modo de organizar e produzir trabalhos e citações bibliográficas etc.; uma segunda, que apresentava um conjunto de princípios lógicos aplicáveis ao direito; e uma terceira, que significava um conjunto de regras, princípios e procedimentos próprios da ciência do direito, em sua elaboração prática ou doutrinal⁵³.

A primeira concepção não trataria propriamente de um problema metodológico, mas, didático, instrumental e extrínseco, que facilitaria o estudo do direito⁵⁴. A segunda concepção trataria de um problema metodológico, mas que diria respeito à lógica e à teoria do conhecimento como um todo, e não ao direito especificamente⁵⁵. A terceira concepção trataria da metodologia da ciência jurídica; mas seria igualmente inadequada, já que, para o autor, este conjunto de regras, princípios e procedimentos não existiria em abstrato, universalmente, mas decorreria das variadas concepções históricas do direito. Vale dizer, o próprio modo de assim considerar a metodologia da ciência jurídica já seria fruto de uma determinada concepção do direito⁵⁶, como, por exemplo, a que o identificava o direito com a norma posta⁵⁷, ou a que considerava o direito

⁵² *Idem*, p. 294-297.

⁵³ *Id.*, p. 300.

⁵⁴ *Id.*, p. 300-301.

⁵⁵ *Id.*, p. 302.

⁵⁶ Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 307.

⁵⁷ *Idem*, p. 308.

como um fenômeno dotado de unidade ao longo do tempo, e que caminharia no sentido de uma constante evolução⁵⁸.

Ainda, a própria concepção do direito seria formulada historicamente, dentro de cada sistema jurídico; não haveria um objeto universal da ciência do direito, mas sim aquilo que esta ciência, em cada época e lugar, considerava como tal. De modo que a ciência do direito seria responsável por construir seu próprio objeto⁵⁹. Com isso, a metodologia da ciência jurídica poderia ser considerada como a teoria da estrutura interna e das aplicações de um sistema de proposições que eram derivadas de uma proposição fundamental constituída de uma dada concepção do direito, a qual não encerraria regras abstratas e universais, mas, ao contrário, conaturais àquela concepção⁶⁰.

No entanto, haveria algo no mundo real que serviria como substrato a esta construção: a experiência jurídica⁶¹. Seria a partir desta que a ciência jurídica

⁵⁸ Id., p. 313.

⁵⁹ Id., p. 319.

⁶⁰ Id., p. 324.

⁶¹ Adverte MIGUEL REALE, tratando do assunto, que não tem a ilusão de ser possível estabelecer um conceito unívoco de experiência jurídica, tantas sendo as perspectivas filosóficas e ideológicas que a condicionam (Cf. M. REALE, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 4). Dessa forma, haveria uma “experiência jurídica pré-categorial”, perene na história, que não perde sua importância com o advento das formulações científicas do direito, a qual, antes das primeiras formulações teóricas da jurisprudência romana, fazia parte de um todo confuso de experiência social, misturando-se à moral e à religião (Cf. M. REALE, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 45-48). O direito seria, nesse sentido, uma experiência cultural, uma realidade que brota da natureza social e histórica do ser humano. Como experiência cultural que é, está condicionado a valores, devendo a ciência que o estuda estar atenta a eles. No entanto, o valor que lhe inspira distingue-se dos outros (como a beleza, a verdade, a santidade, a utilidade etc), já que o objetivo do direito seria o de garantir todos os demais valores, sendo a justiça, por isso, um “valor franciscano”, cuja missão é servir (Cf. M. REALE, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 117-118). Ainda, qualquer experiência jurídica estaria marcada pela nota da bilateralidade atributiva, a qual consistiria em um enlace objetivo de conduta que fixa condutas e exibilidades entre dois ou mais sujeitos, todos integrados por algo que está além deles. Este enlace seria algo transubjetivo, ou seja, estabelecido por algo ou alguém que independe do querer arbitrário e momentâneo de qualquer dos sujeitos da relação jurídica; *bilateral*, já que deve ser estabelecido entre pessoas, duas ou mais; *atributivo*, já que estabelece a medida da exigibilidade, não sendo jurídica uma relação que dê poderes absolutos a uma pessoa sobre outra; e *garantido*, já que dotado de certeza e segurança quanto à sua implementação no mundo do ser (Cf. M. REALE, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, p. 118; *Filosofia do Direito*, 19ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 403; 693). E outro tipo de experiência jurídica, que vem a surgir posteriormente, é uma experiência jurídica *científica*, que cria categorias e abstrações. Esta, no entanto, não pode jamais se esquecer de sua irmã mais velha, sob pena de gerar artificialismos que comprometeriam a própria finalidade do direito (Cf. M. REALE, *O direito como experiência*, 2ª. Ed., São Paulo, Saraiva, 1992, pp. 45-48). ORESTANO não especifica o que entende por experiência jurídica. No entanto, afirma que a compreensão do direito como tal reconhece e afirma a historicidade do fenômeno, e, por sua amplitude, é o que melhor serve à ciência – e, por conseguinte, também a história do direito – valendo mais como uma refutação de conceitos anteriores do que propriamente como uma definição. Explicando o conceito, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA apresenta a experiência jurídica como a forma como uma regra aparece, qual é seu conteúdo, sua interpretação, aplicação, desvios e reflexões que venha a suscitar. Para MASSIMO BRUTTI, ainda, esta concepção possibilitaria, ainda, a exploração de fontes literárias, ao lado das propriamente jurídicas, e a busca do direito efetivamente aplicado, ao lado do presente na norma (Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 364; P. COSTA, *Emilio Betti: Dogmatica, Politica, Storiografia*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 7 (1978), p. 392; M. BRUTTI, *Storiografia e Critica del Sistema Pandettistico*, in, *Quaderni Fiorentini*

construiria seus conceitos⁶². E, a fim de abranger o máximo possível de fenômenos jurídicos, em suas várias expressões históricas, o estudo histórico do direito deveria, também, ter como foco esta experiência jurídica⁶³. Somente esta permitiria ao estudioso considerar o fenômeno jurídico sem amputações artificiais, e abranger quaisquer de suas manifestações concretas, reconduzindo-o à realidade da vida, ou seja, à sua dimensão histórica⁶⁴.

Com isso, a história do direito não seria apenas uma história de normas, mas também de comportamentos, ideias, fatos, ações, reflexões e instituições, constituindo o modo que em alguma época certo povo vivenciou aquele conjunto de fenômenos que podem ser considerados jurídicos – juridicidade esta, contudo, que era determinada com base nos elementos presentes naquela experiência em particular, longe de qualquer generalização abstrata⁶⁵.

Qual seria o papel da dogmática nesta perspectiva? ORESTANO afirma que descrever um direito do passado segundo a dogmática contemporânea a este mesmo direito levaria a uma reprodução pura e simples, e a um círculo vicioso que impediria qualquer aprofundamento em seu conhecimento. Desse modo, reconhecia que o único modo de se compreender e descrever um direito do passado seria utilizar os conceitos e esquemas dogmáticos do presente⁶⁶. Não se trata, contudo, de uma mera transposição dos conceitos presentes sobre o passado. Apenas, haveria uma tentativa de solução a um paradoxo: é impossível compreender utilmente um direito do passado utilizando-se seus próprios conceitos, e por outro lado, não é desejável a projeção do presente sobre o passado. A solução seria reconhecer, de forma consciente, que a limitação está no estudioso, cuja compreensão do passado depende de conceitos contemporâneos a ele, estudioso⁶⁷.

E isto seria necessário ainda que se tomasse a história do direito como sendo parte da história em geral. O emprego dos esquemas conceituais do presente seria imprescindível para a compreensão de uma experiência jurídica

per la storia del pensiero giuridico moderno, T. 8 (1979) p. 353; N. J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português. Fontes do direito*, 4ª Ed., Lisboa, Calouste, 2006, pp. 23-24).

⁶² Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 320.

⁶³ *Idem*, p. 359.

⁶⁴ *Id.*, p. 361.

⁶⁵ *Id.*, p. 366.

⁶⁶ *Id.*, p. 423.

⁶⁷ Cf. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2ª Ed., Turim, Giappichelli, 1961, p. 433.

do passado, apenas cabendo ao historiador ter sempre em mente o fato de os conceitos serem contemporâneos a ele, e não ao direito estudado, de modo a não distorcê-lo⁶⁸.

Já nos anos 70, BRUNO PARADISI afirma que a ideia ainda corrente de que caberia à história do direito fazer uma reconstrução dogmática e filológica do passado seria uma herança do Renascimento. Isto teria causado um cisma entre história e ciência do direito desde longa data, como o conflito, havido na Alemanha, entre positivistas (integrantes da pandectística) e os integrantes da Escola Histórica do Direito; e que teria se acentuado ainda mais com o fenômeno da codificação⁶⁹. Após a codificação teria sido perdido de todo o sentido de se buscar os nexos de coerência de um direito do passado, sobrando à história do direito tão somente a filologia, a erudição e a mera descrição de sua estrutura. Para o autor, o que resgataria a disciplina seria a de realizar não somente a reconstrução do passado, mas, fazê-la orientada por um interesse do presente⁷⁰. E este interesse seria o uso do direito do passado como meio de confronto com o atual, constituindo um precioso subsídio à solução de seus problemas⁷¹.

Tal seria possível, segundo o autor, em razão da existência de uma 'persistência' das instituições jurídicas, tal como já afirmado por GARCIA GALLO. O direito privado, especialmente, por ser expressão da sociedade, conteria certos institutos que guardam uma coerência que contrasta com as mudanças repentinas da história política, já que não se constitui de constructo da mera vontade de um soberano, mas do surgimento de necessidades da vida social. Tais institutos não brotariam de uma norma, mas, antes, de uma exigência econômica, ou de uma valoração moral⁷². Em uma interessante – e famosa – analogia, afirma que a ordem jurídica é como um imenso relógio, dotado de infinitas engrenagens e partes móveis; algumas girariam mais rapidamente, outras menos, e outras, ainda, de modo quase invisível, mas presente, sendo necessários grandes períodos de tempo para a compreensão de sua efetiva articulação⁷³.

⁶⁸ Idem, p. 425.

⁶⁹ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, T. 1 (1972) pp. 12-17.

⁷⁰ Idem, p. 21.

⁷¹ Id., p. 37.

⁷² Id., p. 29.

⁷³ Cf. B. PARADISI, *Questioni Fondamentali per una Moderna Storia del Diritto*, in, *Quaderni Fiorentini per la storia del*

O DEBATE METODOLÓGICO NA ALEMANHA

Na Alemanha, somente a segunda metade do século XX veria surgir um debate acerca da história do direito e seus métodos, não obstante a longa tradição de estudos históricos existente no país. Os principais pontos discutidos, resumidos por HELMUT COING, foram o isolamento que o direito vinha sofrendo em relação aos demais âmbitos da cultura; e o uso do próprio direito e de suas estruturas contemporâneas na compreensão dos direitos do passado⁷⁴. Ou seja, novamente os tópicos discutidos eram bastante semelhantes ao debatido na Espanha e na Itália quanto à posição da disciplina no quadro das ciências sociais e quanto ao papel da dogmática no seu desenvolvimento. Tais questões seriam derivadas, na Alemanha, da proposta e método de trabalho da Escola Histórica, que se esgotara. Segundo tal proposta, caberia à história do direito estudar apenas a evolução orgânica das instituições jurídicas, estudo este empreendido segundo os cânones da romanística, e que acabaria distanciando a história do direito da história social e econômica, bem como aplicando aos direitos do passado os mesmos meios de compreensão do direito então vigente, que ainda era o direito romano⁷⁵.

No final dos anos 70, HELMUT COING, revendo estes pontos, empreenderia um estudo que acabaria por gerar uma metodologia completa da disciplina. O autor considera a disciplina como um ramo especializado da história, tal como a história da arte; e considera como “direito”, para fins do seu estudo histórico, toda ordenação de uma sociedade humana mediante normas sancionadas. Isto significa que o primeiro objetivo do direito é o de alcançar a paz social, o que se obtém pela segurança. Esta segurança dependeria da coordenação dos direitos e interesses das pessoas, da organização da cooperação entre elas e da canalização dos conflitos eventualmente surgidos em meios de solução predefinidos. Além disso, deveria o direito ser apto a fazer cumprir suas disposições, o que seria sua *realização*⁷⁶. Com base nessa concepção, estabelece as etapas que deveriam ser vencidas por quem pretendesse

pensiero giuridico moderno, T. 1 (1972) p. 31.

⁷⁴ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 18-19.

⁷⁵ *Idem*, p. 12-13.

⁷⁶ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 36-40.

conhecer um direito do passado: encontrar quais são as fontes que ensejam a ordenação da sociedade; como estas surgiram; qual é seu sentido; e como se deu – ou não - sua realização.

Quanto às fontes, o autor entende que estas variam com o tempo, de modo que, em cada situação histórica, varia a compreensão do que seja ou não fonte do direito. Para tanto, mostrar-se-ia necessário o estudo do pensamento dos juristas que a vivenciaram, e o que consideravam como fonte. E, não obstante discordasse da existência de qualquer teoria que pudesse pretender-se *suprahistórica* quanto a tais fontes, afirmava ser conveniente à sua compreensão a criação de certos tipos ideais, que possibilitassem classificá-las, bem como a elaboração de tipos ideais do pensamento dos juristas. Com isso, estas seriam as duas primeiras tarefas do historiador do direito: fixar as fontes do período estudado, e expor o pensamento jurídico da época a esse respeito⁷⁷.

A partir disso, deveria passar o historiador a uma próxima etapa: a da compreensão do sentido das normas, e das instituições jurídicas que nelas habitam. E, para isso, reconhecia ser necessário o uso da dogmática – esta entendida de forma bastante semelhante à concepção de BETTI. Não obstante COING entendesse que os modernos conceitos jurídicos seriam em regra inapropriados para servir como parâmetro abstrato das fontes, afirma que alguns deles poderiam trazer luz à compreensão de alguns casos concretos – por exemplo, classificar normas que tratem de contratos conforme digam respeito à divisão dos riscos entre os sujeitos, ou a alterações sofridas pela prestação. O autor vai ainda mais além: em alguns casos, até mesmo a experiência profissional do historiador como jurista pode ser útil, pelas percepções que pode despertar⁷⁸. Estas condições subjetivas do historiador seriam inafastáveis (ainda que idealmente se devesse compreender o direito do passado sempre à luz de sua própria mentalidade). E o que traria cientificidade à disciplina, portanto, não seria a disposição do sujeito cognoscente, mas o correto uso da hermenêutica e das fontes. As hipóteses formuladas pelo historiador do direito deveriam sempre basear-se numa interpretação de fontes, passível de verificação, e, portanto,

⁷⁷ *Idem*, pp. 45-48.

⁷⁸ *Id.*, p. 50.

dotadas de cientificidade⁷⁹.

Por outro lado, a história do direito não deveria se limitar à análise de questões técnicas, mas integrar estas últimas dentro de uma problemática mais ampla, que abrangesse a ordenação da sociedade como um todo e sua cultura; como, por exemplo, ao estudar certas normas que perduram ao longo do tempo, e outras que sofrem mutações repentinas, fazê-lo de modo vinculado à compreensão da existência de certas tradições, bem como revoluções, cujas consequências se espraiam no direito. Os vários pontos desta assim dita ordenação ampla da sociedade serviriam como condicionantes do direito estudado, tais como as relações de poder e legitimidade, a cultura econômica e a própria economia, as ideias religiosas e morais etc.⁸⁰.

No entanto, há dificuldades nesta integração entre questões técnicas e circunstâncias; como deve o historiador do direito empreendê-la? O autor aponta dois modos de fazê-lo. O primeiro, menos adequado, seria por meio de uma exposição geral das circunstâncias históricas do momento (*globale Verknupfung*). Isto apresentaria dois possíveis inconvenientes: o de gerar algo que fique tão somente justaposto à questão técnica estudada, sem estar rigorosamente conectado a ela; e o de o historiador se deixar levar por sua compreensão do mundo, enxergando uma 'marcha da história' que tudo condiciona, ou certos prismas conceptuais abrangentes⁸¹. Já o segundo seria o de se fazer uma "concatenação especial" (*spezielle Verknüpfung*): a elaboração de uma conexão da norma estudada a um elemento especial da cultura total, demonstrando-se a existência de uma ligação específica por meio do uso de fontes⁸².

⁷⁹ Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 27-31.

⁸⁰ Idem, pp. 51-56.

⁸¹ Id., pp. 55-57. O autor ressalta que há, ao longo da história, rupturas e continuidades, devendo o historiador estar aberto a ambas. Seria de todo inadequado crer em uma evolução permanente e total do direito, em um certo sentido que o move, já que, com frequência, há rupturas; e, por outro lado, não se pode negar peremptoriamente que alguns institutos jurídicos evoluam. Caberá ao historiador construir as conexões entre normas e circunstâncias históricas relacionadas, compreendendo que se trata de um fenômeno que vai além das fronteiras de cada país; em que há o peculiar fenômeno da *recepção* de outros direitos, e que esta ocorre de maneira diferente em cada situação; e que toda evolução, se existente, não ocorre por si mesma, mas pela atuação de seres humanos (Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 76-81).

⁸² Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 60-61. O autor cita dois exemplos interessantes. O primeiro deles é o do desaparecimento das ordálias, ou juízos de Deus, no direito processual do século XIII, e sua substituição por provas

Feito isto, a próxima tarefa do historiador seria a de verificar o efetivo cumprimento dos preceitos jurídicos analisados, a sua *realização*. Para tanto, deveria compreender o poder que os garante; a organização institucional que disciplina este poder; os homens que integram esta organização, e nela ocupam cargos; como efetivamente funcionavam estas instituições, o que abrange, por exemplo, saber quanto tempo duravam os processos, quanto havia de corrupção etc.; e, finalmente, se as pessoas efetivamente recorriam a elas, se observavam os preceitos fixados, e o que foi ou não eficaz⁸³.

Com tudo isso, integraria a história do direito ao âmbito da história em geral, tirando o fenômeno jurídico de um estado de sublimação da realidade, sem, contudo, abrir mão do uso de conceitos jurídicos modernos onde se mostrem necessários à análise.

O DEBATE METODOLÓGICO EM PORTUGAL E NO BRASIL

Em Portugal e no Brasil pouco se escreveu sobre o tema da metodologia da história do direito. No final dos anos 60, em Portugal, CABRAL DE MONCADA revelou uma visão bastante jurídica da história do direito, não obstante não tenha adentrado este debate de forma expressa. Para ele, caberia ao historiador do direito buscar os nexos entre as próprias instituições jurídicas, como conceitos construídos pelo espírito. O que deveria ser buscado era sempre o sistema que os articulava, e não qualquer tipo de *causa* das normas e instituições – *causa* esta entendida em sentido naturalístico. Caberia ao historiador em geral buscar a causa de uma guerra, ou do advento de um certo regime econômico; mas não ao historiador do direito. O papel deste seria reconstruir sistemas jurídicos, e explica-los pelas relações lógicas e espirituais, e não com base nos demais fatos sociais. Somente este modo de se construir a história do direito preservaria sua

racionalis. Uma exposição geral se limitaria a ligar o fato ao chamado “renascimento do século XII”. Já uma concatenação especial indicaria que em certas cidades surgiram privilégios nesse sentido, por exigência dos cidadãos; que o cânon XVIII do Concílio de Latrão proibiu os clérigos de presenciarem as ordálias; e que alguns teólogos as rejeitavam, como tentações a Deus. Tais fontes permitiriam a formulação de uma hipótese empiricamente comprovável. O outro seria o da estruturação do registro de imóveis na Alemanha do século XIX. Uma análise global o explicaria com base na expansão do comércio e do crédito. Já uma observação mais próxima resultaria na compreensão de que a estruturação do registro derivou de uma situação político-econômica específica: um pensamento de que a exploração racional da agricultura deveria anteceder a industrialização do país, sob pena de todos os créditos fugirem para esta, pensamento este que teria inspirado diretamente a constituição do registro de Hamburgo, a partir dos interesses de certos grupos de proprietários de imóveis (Cf. H. COING, *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, 1ª Ed., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1977, pp. 62-64).

⁸³ Idem, pp. 65-67.

utilidade no ensino jurídico⁸⁴.

Duas décadas depois, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA exporia opinião bastante diferente. O autor aludia à questão da posição que a história do direito deveria ocupar dentre as disciplinas históricas e jurídicas, expondo, sucintamente, as ideias daqueles que entendem que a história do direito se trata de ramo da ciência da história, e a outra, que entende tratar-se de ramo da ciência do direito. Se fosse entendida como parte da ciência histórica, integraria a chamada "história genética", pela qual se teria por objetivo compreender fatos, ideias e instituições do passado em sequência, ou em nexos de dependência orgânica, dentro de um processo causal e teleológico⁸⁵. Sob esta concepção, ter-se-ia como objetivo explicar os fenômenos jurídicos do passado, e não apenas descrevê-los. Já como parte da ciência jurídica, estaria ao lado de dois outros modos de se estudar o direito, que são a dogmática - a compreensão técnica das normas vigentes; e a filosofia do direito - que considera o fenômeno jurídico de forma supratemporal, e discute seus fundamentos. À história jurídica do direito caberia o papel de estudar instituições e princípios jurídicos no seu passado, buscando saber como e por que surgiram⁸⁶. E conclui que a história do direito nunca será propriamente uma ciência jurídica, mas antes um ramo da ciência histórica que se vê profundamente influenciado pelas particularidades do seu objeto, sendo, portanto, tributário das duas ciências, que se complementam⁸⁷.

MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, ainda, trata do objeto da disciplina, e de seus métodos. Quanto ao objeto, afirma que, sob este ângulo, a história do direito pode ser considerada de três maneiras: a história *das fontes*, cujo objeto seria o estudo destas consideradas como fundamento de validade do direito, ou como os órgãos que as criam, ou como os modos de sua revelação, ou como os diplomas que as contêm, ou, ainda, como as suas origens sociais; a história *das instituições*, cujo objeto é o direito em si mesmo, tal como se apresenta na norma jurídica do momento histórico estudado, bem como se tais normas eram

⁸⁴ Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, pp. 206-211.

⁸⁵ Segundo JOSÉ HONÓRIO RODRIGUES, a história "genética" ou "científica" é aquela que se inicia no século XIX, especialmente pela obra de Niebuhr e Leopold Von Ranke, sendo alçada à categoria de ciência pelo amplo uso e crítica das fontes. Cf. J. H. RODRIGUES, *Teoria da História do Brasil: Introdução Metodológica*, 3ª Ed., São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1969, pp. 52-53.

⁸⁶ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 23-28.

⁸⁷ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 25.

efetivamente aplicadas, ou se, por outro lado, constituíam letra morta; e a história do pensamento jurídico, cujo objeto – em si, sujeito a questionamentos, por sua amplitude – consistiria na formação e no modo de pensar do jurista atuante em certa época, ou ainda integrante de certa corrente de pensamento; seria a atividade científica, cultural e prática que acompanha o direito⁸⁸.

Quanto ao método, apresentava os vários modos de se fazer a história do direito. Inicialmente, tratava da distinção entre história interna e história externa do direito. Em um sentido clássico, tal como formulado por LEIBNIZ, a história interna seria a história do direito propriamente dita, buscando compreender os sistemas jurídicos do passado em suas articulações internas; e a história externa buscaria a compreensão dos fatores que repercutiram nesta ordem jurídica, não obstante não fossem propriamente jurídicos, tais como a política, economia, organização social e religiosa etc. Já em um sentido mais moderno, história interna seria o estudo das instituições jurídicas do passado, ao passo que história externa seria o estudo das fontes (tal como apresentados retro)⁸⁹.

A seguir, o autor apresentava a distinção entre história geral e história especial do direito. A história geral pretenderia fornecer uma visão de conjunto do direito de uma determinada época, ao passo que a história especial teria por objetivo estudar as instituições jurídicas de maneira individual e pormenorizada⁹⁰. Finalmente, distinguia a história, ainda, segundo o método cronológico ou monográfico. O método cronológico consistiria na exposição das fontes, instituições e pensamento jurídico ao longo de certos períodos preestabelecidos, fornecendo uma visão de conjunto; já o método monográfico consistiria na análise da linha evolutiva de certas instituições consideradas individualmente, sem que houvesse, necessariamente, preocupação com as demais instituições que lhe eram contemporâneas⁹¹.

No Brasil, LUIZ CARLOS AZEVEDO também considerava a história do direito

⁸⁸ Idem, pp. 29-31.

⁸⁹ Id., pp. 32-33.

⁹⁰ Id., pp. 33-34.

⁹¹ Cf. M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3ª Ed., Coimbra, Almedina, 2008, pp. 34-36. CABRAL DE MONCADA entende ser inexequível qualquer exposição histórica que separe a história das fontes da história das instituições, empregando-se o critério cronológico quanto as primeiras, e o monográfico quanto às segundas. Apenas aplicando-se o método cronológico a ambas, captando-se uma evolução conjunta, seria possível obter a unidade do direito (Cf. L. CABRAL DE MONCADA, *O Problema metodológico na ciência da história do direito português*, in, *Estudos de História do Direito*, Vol. 2, 1ª Ed., Coimbra, Editora da Universidade, 1949, p. 181).

como disciplina da história e do direito. Não se conformava com a mera descrição dos fenômenos jurídicos, mas buscava compreendê-los e explicá-los. Por essa razão, seria fundamental a compreensão do direito sob a perspectiva histórica, já que este não surgiu do nada, tendo sido sempre estado condicionado às circunstâncias de cada época⁹². Já RICARDO MARCELO DA FONSECA considera que há história do direito sempre que o objeto de estudo histórico seja constituído por questões propriamente jurídicas, não aparecendo o direito meramente como instrumento de compreensão de realidades econômicas, sociais etc. Nestes casos, a investigação levaria em conta uma compreensão interna das fontes⁹³.

Em sua obra sobre a metodologia da disciplina, o autor, a seguir, realiza uma exposição da evolução da metodologia da história em geral, apresentando pontos de conexão com a história do direito. E conclui pela necessidade imperiosa de se abandonar a exposição do direito passado como uma teia harmoniosa, quando, na verdade, em geral resulta de conflitos o que, segundo o autor, acabaria por justificar e legitimar o direito atual. Ainda, afirma que se deve desconfiar de qualquer exposição que apresente o passado do direito ocidental como uma justaposição tranquila de direito romano, canônico e germânico. Finalmente, a história do direito não poderia se satisfazer com a função de auxiliar na compreensão do direito atual, já que não trata apenas da história das leis, mas também das situações concretas da vida⁹⁴.

CONCLUSÕES

Há efetivamente mais de uma historiografia jurídica. Com efeito, a história do direito desenvolvida por juristas ou destinada a esclarecer aspectos jurídicos do direito do presente é parte integrante da ciência do direito em geral, em razão de seu objeto, de sua finalidade, e de seus métodos. Não obstante, nada obsta que historiadores se debrucem sobre fontes jurídicas, e as estudem com os métodos e finalidades próprios de sua ciência, o que levará a resultados distintos.

Quanto ao objeto da historiografia jurídica, este é o direito, entendido de forma ampla, tal como formulado por HELMUT COING: ordenação de uma

⁹² Cf. L. C. DE AZEVEDO, *Introdução à História do Direito*, 1ª Ed., São Paulo, RT, 2005, pp. 22-23.

⁹³ Cf. R. M. FONSECA, *Introdução Teórica à História do Direito*, 1ª Ed., Curitiba, Juruá, 2010, p. 34.

⁹⁴ *Idem*, pp. 160-161.

sociedade humana mediante normas sancionadas. Isto abrange as normas de conduta, mas também tudo aquilo que abrange sua 'ordenação': a jurisprudência, o pensamento dos autores que a estudaram e desenvolveram e aquilo que os influenciou, e as instituições que lhe foram contemporâneas, resultando no modo com que as normas sancionadas foram efetivamente compreendidas e aplicadas.

Quanto ao método, a historiografia jurídica pretende *reconstruir* o direito do passado com base em subsídios fornecidos pelas fontes que lhe eram contemporâneas. A busca das fontes deve ser tão exaustiva quanto possível, abrangendo não apenas textos legais, mas outros subsídios que permitam sua compreensão e *realização*. No entanto, para o estudo destas fontes e dos problemas jurídicos concretos algumas categorias dogmáticas são fundamentais. Contudo, deve-se atentar às advertências dos autores citados no sentido de se evitar projetar os dogmas do presente em um direito do passado. Os conceitos dogmáticos são úteis, mas não podem ser alçados ao status de princípios *suprahistóricos*. Trata-se de uma ferramenta, e não do próprio objeto.

Este, aliás, é um problema capital: é bastante comum que análises históricas feitas na introdução de trabalhos dogmáticos encontrem origens históricas espúrias para institutos surgidos em virtude de necessidades contemporâneas, sem antepassados diretos nos sistemas precedentes. Como medida de precaução, é sempre importante que o historiador do direito empregue em sua pesquisa, tanto quanto possível, conceitos e o modo de pensar da própria época sob estudo. Deve o estudioso buscar a *persistência* onde ela efetivamente exista, mas não criá-la, por conveniência de seu tema de estudo, onde não exista.

Apesar disso, os preceitos do direito privado em geral surgem de certas necessidades ou experiências humanas que ocorreram em alguma época e lugar. Abandonar estas experiências priva o direito de um substrato fundamental, o que, por vezes, leva a conclusões tautológicas. Assim, a busca do modo como se formou um instituto jurídico – o que abrange não apenas o sistema jurídico então vigente, mas também as circunstâncias de fato que então vigoravam – é fundamental à sua compreensão, ainda que o direito do presente tenha disciplinado a questão de outra maneira. E isto deve ser feito não pela busca de

grandes movimentos históricos, mas dos fatos específicos que levaram ao surgimento daquele instituto, ou daquela solução, ou àquela mudança, segundo a chamada *concatenação especial* de COING.

Dessa forma, quanto à finalidade, tem-se a história do direito como um meio imprescindível de se compreender o direito do presente, sem o qual muitos dos conceitos explorados pela doutrina – por exemplo, as várias classificações dos bens, ou dos contratos - tornam-se meros fetiches e jogos de palavras.

E negar cientificidade à história do direito realizada desta maneira – com recurso a conceitos dogmáticos, bem como com a finalidade última de se compreender o direito do presente – seria negar cientificidade à própria ciência do direito.