

# O PONTO E A LINHA. HISTÓRIA DO DIREITO E DIREITO POSITIVO NA FORMAÇÃO DO JURISTA DO NOSSO TEMPO\*

Paolo Grossi\*\*

**Sumário:** Introdução. 1. O papel cultural da história do direito; 2. O direito pertence a uma dimensão de civilização; 3. A necessidade cultural da presença do historiador nas Faculdades de Direito; 4. Legitimando a presença do historiador do direito; 5. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** O artigo realiza reflexão sobre o papel da história e do historiador do direito quanto ao processo de formação do jurista de nosso tempo e sobre o próprio desígnio institucional das Faculdades de Direito na atualidade. O historiador, estando ao lado do operador do direito positivo, oferece contribuição a uma saudável desmistificação da dogmática jurídica. Com isso, relegitimam-se reciprocamente o historiador e o jurista.

**Palavras-chave:** História do Direito; Dogmática jurídica; Ensino jurídico.

**Abstract:** This paper aims at reflecting about the history and law historian's roles according to his background learning process nowadays, as well as the institutional purpose of Law Colleges nowadays. The historian, when side by side to the positive law operator, contributes to a healthful juridical dogmatic non-mystification. Thus, historian and jurist legitimate themselves again, respectively.

**Keywords:** Law History; Juridical Dogmatic; Law Teaching.

## Introdução

O tema sobre o qual irei refletir neste ensaio, não só por determinação própria, mas também por desejo expresso de colegas e amigos, consta entre os mais vivos e urgentes que se oferecem hoje à atenção do jurista. Contém em si a própria questão da concepção do direito, dizendo respeito, conseqüentemente, ao processo de formação do jurista e ao próprio desígnio institucional das Faculdades de Direito na atualidade.

---

\* Traduzido da língua italiana por Mônica Sol Glik.

\*\* Professor Catedrático de História do Direito Moderno e Medieval na Università degli studi di Firenze, Itália.

Trata-se de um problema resolvido por cada Estado na ordem organizacional da didática universitária, mediante a afirmação ou a negação (ou, melhor dizendo, mais com a afirmação do que com a negação) da presença obrigatória das disciplinas histórico-jurídicas nas grades curriculares dos cursos do Direito. Na Itália, por exemplo, recentemente foi ratificado o caráter obrigatório de uma disciplina ligada ao direito romano e de outra dedicada ao direito medieval e moderno.

## 1 O papel cultural da história do direito

Situemo-nos, agora, além das diferentes opções oficiais, posto que aqui o que nos interessa é a dimensão cabal de cultura. Vamos nos ocupar de uma interrogação essencial e, precisamente por isso, das mais estritas: existe para a história do direito um papel cultural, ou seja, um papel que, para efeitos funcionais, se conecte à formação do jurista de nosso tempo? E, se a resposta for positiva, que papel é esse, e qual é o nexu mediador entre o historiador do direito por um lado, e os operadores das diversas ramificações do direito vigente por outro?

Creio poder responder de modo afirmativo, sem maiores dúvidas, a primeira interrogação. Não por me deixar tomar por um sentimento apologético incontrolado pela matéria que professo, mas por razões intimamente relacionadas a uma visão crítica dos estudos jurídicos e do ofício de jurista.

Acrescento que, atualmente, tal resposta positiva se impõe de um modo particular, muito mais do que ontem. A constatação pode parecer chocante. Por isto, sinto-me na obrigação de motivá-la do modo mais completo.

Se olharmos para trás, não será difícil sentir a presença de um universo jurídico constrangido entre as redes de uma operação consciente e bem lúcida de redução. Tendo sido elevado a centro das atenções constantes do poder burguês, o direito, inclusive aquele que regula as relações cotidianas – que uma tradição plurissecular deixava à produção dos privados –, está intimamente ligado a quem detém o poder político. O Estado não só pretende criar o direito, mas também se afirmar como o único sujeito produtor do mesmo, com a conseqüência imediata e grave de se colocar também como o único ente em condições de conferir uma regra social genérica: a impressão e o privilégio da juridicidade, transformando-a em norma jurídica.

Trata-se de um processo que requer um traçado firme, e que adota um passo decidido a partir da Revolução Francesa. Se é possível reconhecer traços salientes de continuidade entre antigo e novo regime, naquilo que nos diz respeito, o novo contrasta profundamente com o velho, contrapondo-se a este. Com este fenômeno, a história jurídica contemporânea ficou marcada por fraturas irreparáveis. A operação do poder realizada pela burguesia cria obrigações rígidas, sendo, portanto, extremamente redutora: os sujeitos produtores do direito são reduzidos a um só. Este último passa a se identificar com a mera manifestação da lei, à qual, agora, torna-se fonte de qualidade superior<sup>1</sup>, acedendo, deste modo, a uma posição hierarquicamente primária. O próprio ofício de jurista, que a tradição majestosa do direito comum havia elevado a conditor iuris, agora passa a se identificar através da uniformidade redutiva do exegeta de um texto normativo, que é inteiramente estranho ao próprio jurista, pois o mesmo não participou em nenhum momento da sua produção.

É uma visão que, situando-se no centro de um projeto político-jurídico, apresenta o valor não desprezível de fazer com que a velha e caótica ordem jurídica se dirija a um sistema claro e simples, mesmo tratando-se sempre de uma operação reducionista. O resultado é um panorama substancialmente empobrecido, seja por uma visão que diminui a complexidade e a riqueza do universo jurídico, seja pelo empobrecimento de uma ciência jurídica agora restrita a uma função auxiliar. Assim, torna-se pobre o próprio ofício de jurista. O grande risco consistia na imobilização nascida de um texto autoritário, cuja obrigatoriedade não vinha da consciência social em mutação, e que assim podia, como se dava com demasiada frequência, dissociar-se da sociedade e dissecar-se como uma casca, sem o fluxo da sua linfa vital. Resumindo, o risco era o da cisão entre dimensão jurídica e civilização, dimensão jurídica e cultura em curso, normas formais e fatos vitais.

O panorama que deste modo se delineia, de um modo sumário, porém fiel, pertence ao nosso passado recente, mas tem tocado a profundidade da consciência dos juristas, arraigando-se nela como uma íntima solda. Seja pela lucidez do projeto jurídico burguês – devido a sua carga de despotismo e a proverbial preguiça do corpo dos juristas –, seja por um ou por outro moti-

---

1 Por ser expressão da vontade geral, conforme a mais que notória ideologia jurídica da Revolução Francesa. (Cfr. Déclaration, 1789, art. 6).

vo do direito, monopólio da lei, função passiva da *iurisprudentia*, são estes fatores que têm se mantido praticamente intactos. Pelo menos à convicção difusa da maioria silenciosa dos juristas.

É somente hoje que algo, ou até muito, está mudando precisamente no plano da consciência coletiva dos juristas. Na história recente de países de regime codificado, não deixaram de se manifestar gritos de sofrimento e gestos de impaciência por motivo da subserviência exegética. Mas foram gestos e gritos facilmente riscados de formulações extravagantes de personagens com odor de heresia. Assim, temos, nas duas últimas décadas do século passado, o historicismo de um Raymond Saleilles, pela França<sup>2</sup>, e o organicismo ingênuo dos civilistas neotéricos, pela Itália<sup>3</sup>. Bem como, na passagem do século, a mensagem redentora de François Géný<sup>4</sup>, ou as intrépidas aberturas de operadores do direito mercantil, como a de um Cesare Vivante, tendo por fonte do direto a “natureza dos fatos”<sup>5</sup>, ou a impaciência do seu discípulo Tullio Ascarelli frente à encarnação contra a natureza do direito em uma sucessão de textos<sup>6</sup>. No entanto, só no transcurso deste último século, lentamente e com algo de fadiga, mas sem pausa que interrompa, vai-se chegando a uma recuperação crescente da riqueza e da complexidade do universo jurídico.

Limitando-me à Itália, penso na reformulação teórica devida a um juspublicista, Santi Romano, uma operação cultural extraordinária que vai inclusive além de suas próprias previsões, permitindo o restabelecimento do direito fora do abraço sufocante do Estado. Em lugar disto, institui-se a sua vinculação com a sociedade como fato global, com toda a exuberância de suas manifestações<sup>7</sup>. Penso nas observações insistentes de Giuseppe Capograssi à noção de experiência jurídica, ao direito antes de tudo tomado como experiência, isto

---

2 Cfr. GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles. *Rivista di Diritto Civile*, v. XXXIX, 1993. p. 345 ss

3 Tentei oferecer um panorama sintético em *La scienza del diritto privato. Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 15 ss.

4 Vide QUADERNI Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, v. XX, 1991, inteiramente dedicado à figura e à obra de François Geny.

5 VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*. Torino: Bocca, 1893. vol. I. (cap. I, Le fonti, ap. 9).

6 Destaquei recentemente este aspecto no ensaio GROSSI, Paolo. *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*. *Diritto Privato*, v. III, 1997.

7 Ao jurista, permito-me recordar que a referência é ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. Pisa: [s.n.], 1918.

é, como dimensão da vida<sup>8</sup>. Penso em uma descoberta que aflora de forma contínua nos acórdãos da Corte Constitucional Italiana, do descobrimento, junto ao direito legal, de um *diritto vivente*, direito vivo e vivaz<sup>9</sup>.

O direito, que antes se situava na superfície plana e seca das normas legais, recupera toda sua complexidade. Volta a ser um universo, por assim dizer, de muitos estratos. Desta forma, retorna como articulação legítima do horizonte dos juristas a dialética entre validade e efetividade, que já havia constituído a carga dinâmica do velho direito comum. Não temos de novo tão só a medida rígida da validade, isto é, da correspondência com um modelo autoritário geral, mas também a plástica máxima da efetividade, ou seja, da apropriação social de uma regra ou de um princípio.

Assim, temos um resultado de verdadeira relevância, a ligação recuperada entre direito e civilização, a capacidade renovada para se tratar de forma crítica o legislador e os seus produtos, as leis, com impulso conseqüente de um processo que, sem prejuízo ao devido respeito à regra legal, conduz a uma saudável desmitificação. Legislador e lei descem do altar em que a insistência da propaganda burguesa os havia entronizado, para se confrontar com outras fontes, em um universo jurídico de confins notoriamente mais amplos. E emergem agora ângulos imprevistos de observação, como o caráter “razoável” da lei ou o “abuso do legislador”.

Pelo menos na Itália, este é o momento que estamos vivendo, nada fácil, mas sem dúvida fértil. Esta é a atualidade em que justamente identifiquei um papel indispensável à história do direito, ao historiador do direito, como insubstituível consciência crítica do operador do direito positivo, que se manifesta e atua em várias direções.

## 2 O direito pertence a uma dimensão de civilização

Em primeiro lugar, a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que este pertence a uma dimensão de civilização. Para

---

8 De Giuseppe Capograssi, observe-se sobretudo os *Studi sull'esperienza giuridica*. [s.l.: s.n.], 1932.

9 A mais recente é de MENGONI, Luigi. *Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica*. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano: Giuffrè, 1996.

este propósito, compete ao historiador, muito mais do que ao filósofo ou ao comparatista, um papel exclusivo: civilização significa história, um contexto histórico determinado em toda a riqueza de suas expressões. É prática característica do historiador a de colocar o dado que opera no interior do contexto que o gerou e que lhe imprime vida. É o historiador quem pode e deve recordar aos privatistas e aos publicistas – todos eles presos nos próprios textos legislativos – o fato de que o texto em si é sempre representação de uma realidade de fundo, uma representação parcial e artificiosa por somatória. O fato de que o texto é como o cume emergente de um continente submerso, sendo enganosa a observação da parte visível, o que torna necessário o mergulho para que se possa apreciar a substância efetiva do fenômeno.

A partir desta referência a todo o resto situado além e abaixo das normas, e a conseqüente complexidade do mesmo universo jurídico, somente uma figura reúne condições para realizar a tarefa: o historiador., De fato, é ele que ouve com toda sua integridade quem está voltado não a isolar, mas a captar nexos, implicações, raízes. Quando retomamos consciência de todos os extratos do jurídico, a lição metodológica da história se torna preciosa. Permite ao atual jurista tanto superar as simplificações persuasivas – pois simplificações fazem parte, afinal, do direito burguês – como também lhe permite recuperar do achatamento e da tergiversação a própria complexidade do direito.

A inserção do direito no seio do projeto jurídico liberal, instrumentalizando-o de forma tão lúcida e inflexível, é algo que tem comprometido a autonomia do jurídico e tem dissecado seus nexos naturais com a sociedade e com a história, identificando-o, ou pretendendo identificá-lo, como sistema de regras pensadas do modo mais simples e abstrato possível. A história, a grande história, mas principalmente a história de nossas vicissitudes cotidianas, que responde sempre ao signo da complexidade, tem com freqüência dado mostras de rejeição de tais simplificações, se tornando preciosa, portanto, a existência de uma figura naturalmente dedicada, pela índole do seu ofício, a se fazer portador do requerimento da complexidade.

### 3 A necessidade cultural da presença do historiador nas Faculdades de Direito

A alusão que acaba de ser feita à dialética irresoluta entre simplificação das formas jurídicas modernas e complexidade da vida jurídica, nos conduz sem saltos bruscos a identificar outra razão, não menos forte, da necessidade cultural da presença do historiador nas Faculdades de Direito. A civilização burguesa, este mundo de ontem, imobilizou o direito. Teve a presunção de imobilizá-lo dentro de regras construídas e pregadas como gerais e eternas. Na construção destas regras, positivas, a citada civilização adotava sem reparos a eficaz estratégia do direito natural, isto é, de fundações jusnaturalistas muito densas e prestíssimas, em outras palavras, de fundamentos de caráter elegantemente ético.

O êxito presumido, fruto também de uma propaganda incisiva e intolerante, chega precisamente constituído por uma imobilização: a da regra, que agora está em condições de ser codificada, último e definitivo elo de um avanço constante, que posterga ao porão todo o passado, para fixar o presente e assim o futuro. A tendência natural de todo jurista a estabilizar as coisas, enquanto organizador da realidade social em uma retícula normativa, se exacerba até o paradoxismo durante os últimos dois séculos. O operador de algum direito vigente sofre sempre a tentação de isolar e imobilizar o fragmento da atualidade em que se condensa o resultado incisivo de tal vigência, tentação que se faz irresistível se for sustentada pela convicção de que a regra em vigor possa ser fruto de leitura e de tradução objetivas de valores inscritos nas próprias coisas, como ocorre precisamente com o peso da propaganda burguesa.

Desta operação de propaganda tão penetrante, advém uma conseqüência de ordem psicológica bastante nefasta ao próprio jurista atual, que vive, assim, um momento delicado e de difícil transição, uma mistura entre o velho e o novo, e também com o muito novo: se debate, deste modo, contra a consideração dos valores jurídicos atuais, como se eles fossem os únicos, ou inclusive, os melhores que caiba conceber.

Está aqui a segunda conseqüência nefasta: a incapacidade de proceder a uma análise crítica de tais valores. Gostemos ou não, somos ainda herdeiros

ros em linha direta do jusnaturalismo do século XVIII, e temos o nosso foro interno inconscientemente contaminado pela sua sutil propaganda. Ainda hoje, diante de invocações como lei, legislador, código, legalidade, hierarquia das fontes, certeza do direito, igualdade jurídica, divisão de poderes, todo esse leque, isto é, diante dos ídolos abençoados do santuário da Revolução Francesa, nos comportamos de forma tão pouco crítica quanto um jacobino exaltado por um discurso de Robespierre.

É nesse ponto preciso que se faz viva a função ulterior da presença crítica do historiador. Sua tarefa, relacionada com seu estatuto epistemológico, é a da relativização, a de inserir o dado no seio da história, e assim relativizá-lo. É desta relatividade histórica que temos hoje necessidade. O historiador pode e deve alertar o privatista e o publicista, estes apaixonados pelos valores transmitidos pelo ontem imediato, de que os mesmos constituem somente o fruto de dito passado próximo, e que, há apenas duzentos anos, a Europa continental vive de tais valores: que o mundo histórico tem vivido também de valores, e de alguns valores alternativos, senão contrários.

Estou me referindo às grandes experiências jurídicas do direito romano, e do direito comum medieval e pós-medieval, a uma tarefa histórica de relativização, cuja eficácia poderá ser potencializada se o historiador contar com a companhia do comparatista – conhecedor solvente do planeta jurídico que convive conosco, limítrofe e, todavia, distante. O common law, um planeta que não padece da quebra sofrida no século XVIII pelo direito continental europeu, e que, assim, se situa com maior relação de continuidade aos valores representados pelo *ius commune* medieval.

Não se trata de infundir, no ânimo do publicista, e muito menos do privatista, pancadas de um ceticismo corrosivo. Assim como certamente não se trata de destruir um patrimônio ético-cultural que resulta por tantos motivos admirável. Trata-se, sim, de que se confronte a herança, de que dialeticamente se relacionem a soluções diversas, de que criticamente se robusteça, fazendo, contudo, algo bem diferente da mitologia passivamente aceita. O historiador, estando ao lado do operador do direito positivo, oferece uma contribuição insubstituível a esta saudável desmitificação: a simplificação do direito de ontem surge, agora também, como simplificação abusiva de uma realidade que cabe, antes, considerar em toda sua complexidade. Especialmente hoje,

quando urge uma revisão da teoria tradicional das fontes do direito, pode ser realmente fecunda uma voz que remita à harmonia das fontes com as que um passado aparentemente remoto edificou a grandeza da mensagem própria.

#### **4 Legitimando a presença do historiador do direito**

Consideramos até agora duas expressões de consciência crítica que por si só já legitimariam uma presença jurídica do historiador do direito, mas não queremos deixar na antecâmara outra que é, inclusive, de maior alcance. A ciência jurídica oferece hoje ao observador atento um cenário sustentado por uma pesada contradição, que tem se aprofundado de forma colossal com escavações notabilíssimas às diferentes ramificações do direito, mas às custas de se perder o sentido da unidade. As análises refinadas do civilista, do mercantilista, do trabalhista, do processualista, do penalista e dos demais especialistas do direito, constituem, sem dúvida, uma conquista e uma meta, mas têm provocado o esquecimento de que a ciência jurídica é uma pela própria unidade dos seus fundamentos epistemológicos.

Urge recuperar a percepção de tal unidade por parte de todo jurista, o que não significa que o civilista já não deva prosseguir com seu ofício, nem que tenha que improvisar como penalista ou como processualista. Estou consciente de que o grau de refinamento de nossa análise científica é proporcional a uma inevitável divisão por setores: quanto maior for o primeiro, maior será também a segunda. E não sou menos consciente de que o ecleticismo é um inimigo cultural. Impõe-se a especificidade das competências. Tudo isto, todavia, não deve se contrapor, ou sequer mitigar, à percepção da unicidade do saber jurídico. Prossiga-se com o cultivo do terreno próprio delimitado, mas tomando consciência do que está sendo feito na parcela confinante, e não abandonando jamais esta atenção, nem a disponibilidade de aprendermos com ela.

Mediante esta recuperação, cabe ao historiador do direito oferecer uma contribuição fundamental. Fazer história efetivamente se compara sempre com a vida, feito global e unitário ainda em sua indubitável complexidade. Ao historiador, sempre serão repugnantes isolamentos e compartimentos, porque a vida – a vida jurídica de um momento histórico determinado – revela-

se antes de tudo como um emaranhado intrincado de relações e correlações. Múltiplas e diversas, manifestam-se também as dimensões de uma experiência jurídica, mais precisamente como manifestações diferentes e particularizadas que afundam suas raízes em uma sólida substância unitária.

Esta é uma observação metodológica nada desprezível para quem cultiva o direito positivo, acostumado como está a debater somente com os colegas do estreito campo disciplinar que lhe é próprio.

## **5 Três operações importantes para o diálogo do historiador do direito com quem atua no direito positivo**

Recuperação da complexidade do universo jurídico, relativização saudável do santuário que cada jurista pode guardar com zelo no interior da própria alma, resgate da percepção da unidade da ciência jurídica: temos aqui três operações culturais que fazem oportunos, senão necessários, o contato e o diálogo contínuos do historiador do direito com quem atua no direito positivo.

Já disse em outras ocasiões e gostaria de repetir mais uma vez: não estamos em tempos de isolamentos ao jurista. É muito mais um tempo de trabalho em comum, de atenção e disponibilidade mútuas. Alimento um sério temor pelos isolamentos privativos, pelo especialista que trabalha solitariamente, instrumentado e satisfeito com a couraça que a própria competência específica lhe fornece. Desconfio sobretudo de dois isolamentos especialmente perniciosos: o do historiador e o do analista de um direito vigente ignorando-se reciprocamente.

Primeiramente, falemos do primeiro isolamento. Infelizmente, constitui uma estampa habitual em muitas Faculdades de Direito: o historiador trabalha com paixão e dedicação, mas afastado em um canto em que o mesmo tem se organizado, defendendo-o com empenho. É a manifestação externa de uma postura interior de profunda suficiência, que acentua a incomunicabilidade entre quem se gaba do domínio dos altos instrumentos de uma suma erudição e quem, aos seus olhos, entretêm-se, pelo usual para fins grosseiramente práticos, com os artigos de um código.

Tudo se torna menos complicado, cedendo à suficiência pela compreensão, se o historiador – quem naturalmente não pode renunciar aos instrumen-

tos preciosos de uma sólida erudição filológica e arqueológica – não desiste jamais, nem sequer por um instante, da consciência segura de ser jurista e de estar com seu trabalho científico, gerando análise de inteligência jurídica, nem mais, nem menos que o colega vizinho, cuja tarefa se realiza sobre os artigos de um código. Como costume dizer aos meus alunos: é preciso, antes de tudo, que o historiador do direito coloque as lentes de jurista e que experimente o ajuste exato delas ao seu próprio nariz. O próprio historiador deve também se comparar com esta dimensão exclusiva, às vezes dolorosa, mas sempre fundamental, da técnica jurídica.

O direito realmente possui uma autonomia própria, que se concretiza com uma visão autônoma do mundo, o que é, em suma, a autonomia de um saber específico, de um estatuto epistemológico, de conceitos, de léxico. O que não significa que o direito esteja condenado ao formalismo e aos seus excessos, como alguns incultos poderiam crer.

Ao contrário, o saber jurídico, como saber técnico, é simplesmente a nítida iluminação da dimensão jurídica dentro da grande realidade sócio-econômica, iluminação que somente tal saber tem condições de conhecer.

Ainda mais, é precisamente isto o que requerem de nós os próprios historiadores. Recordo-me sempre com satisfação de conversações mantidas com Jacques Le Goff, especialmente uma de suas conclusões: “Vocês, historiadores do direito, têm de desempenhar o ofício específico e intransferível de vocês”. “Surtout soyez vous-mêmes”, isto é, sejam juristas e desempenhem o papel de juristas; não se desnaturalizem, porque de vocês, historiadores, é justamente isso o que queremos. Somente se, no imenso repertório da realidade sócio-econômica – parecia salientar Le Goff –, vocês, historiadores do direito, conseguirem identificar a dimensão jurídica, somente desta forma, poderão chegar a historicizar, a fazer a devida história<sup>10</sup>.

E que não se diga que as considerações precedentes tenham caráter absolutamente tautológico, sendo, portanto, inúteis. Formalmente se trata de uma tautologia, mas substancialmente não. Com demasiada freqüência, o historiador do direito anda esquecido de sua identidade de jurista, da

---

10 LE GOFF, Jacques. Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo. Storia sociale e dimensione giuridica. Strumento d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 apr. 1985, Milano: Giuffrè, 1986. p. 450.

juridicidade intrínseca, do instrumental de inteligência que coloca em uso. É certo que será um jurista com um ângulo muito peculiar de observação aquele que participar com o operador do direito positivo de uma aventura intelectual compartilhada.

Chego aqui ao outro isolamento do qual desconfio. Não cabe dúvida alguma de que o privatista e o publicista têm por ofício o estudo de um direito vigente. O seu saber tem de ser específico, posto que o direito vigente é o fruto *hic et nunc* de forças históricas determinadas e alcança expressão em fontes normativas específicas. Tudo isto tomamos como óbvio. Não é óbvio, no entanto, que sua tarefa tenha que se identificar com a exegese, com uma atividade intelectual passiva, como juristas expoentes, dotados de instrumentos exclusivamente lógicos e, sobretudo, psicologicamente alheios a respeito de um complexo de normas, em cujo processo de produção eles próprios não tiveram, nem tem, tarefa alguma. Para uma ótica meramente exegética, o operador do direito positivo se restringe, de fato, a operações de caráter lógico-hermenêutico com uma limitação excessiva do seu horizonte, ou com a exclusão do enriquecimento que só pode chegar de fora do texto com uma função extremamente reduzida.

É uma função, creio, que não corresponde ao quanto se espera hoje do jurista. Atualmente, demanda-se a percepção da complexidade, aquilo que foi meu ponto de partida, como também se requer distanciamento crítico, atitude bem diferente a do desprezo. Pede-se a distância que situe o presente – vigente em uma linha elegante, movendo-se entre passado e futuro.

## Considerações finais

O exposto até agora se materializa em uma proposta de salvação cultural tripla: a favor, antes de tudo, da ciência jurídica e, mais especificamente, tanto do historiador do direito como do operador do direito positivo, resgatados ambos do exílio sombrio em que possa confiná-los ou a erudição, ou a exegese normativa.

Fica ainda por pontuar uma precisão que considero necessária para esclarecer possíveis equívocos que ameaçam em nosso campo. Pois não gostaria que desconfiassem de uma inspiração apologética deste ensaio, apologética até as

últimas conseqüências em benefício da historiografia jurídica, com a renovação da proposta, tão vácuca como repelente, de uma história mestra da atualidade.

É um risco que considero eliminado pelas próprias alusões polêmicas dirigidas a uma historiografia jurídica, que considero de fuga e excludente, de propósitos culturais bem primários. Em todo caso, quero reiterar o que não duvidei em proclamar em voz alta e clara diante de um ilustre conclave internacional de romanistas, medievalistas e modernistas<sup>11</sup>. A história não tem a incumbência de brindar modelos ao presente: eis aqui a verdade elementar que especialmente dirigia aos colegas romanistas, freqüentemente tão inclinados, todos eles, a imobilizar e dogmatizar os seus admiráveis arquétipos “clássicos”.

A comparação vertical, mas sem dúvida também a horizontal, produz algo bem diferente: oferece ao presente momentos dialéticos. Relativiza tal presente, situando-o em relação dialética a tais momentos. E ao mesmo tempo o enriquece e robustece, inserindo-o na linha que surge do passado, toca o presente e o sobre-passa, dirigindo-se, reta, em direção ao futuro.

Dialética quer dizer confronto com valores diferentes, talvez contrários, que não se valem de modelos restringentes. Quer dizer abertura e disponibilidade para experiências alheias, oportunizando reflexões, integrações, modificações. Os diferentes momentos históricos, cada um dos quais representando uma maturidade autônoma dos tempos, não são ilhas separadas, mas pontos de uma longa linha, marcados por forças próprias e peculiares, as únicas que podem ser medidos e avaliados. Mas sempre pontos, tão somente fragmentos de uma linha.

O historiador não oferece modelos, mas aponta o sentido da linha. Dissolve o absolutismo do presente, relativizando-o graças a sua inserção na linha, mas também o dotando, assim, de uma consciência mais aguda da própria direção, que não se encontra certamente desenhada por um constante movimento evolutivo sob o signo de um contínuo progresso, mas que está circunstancialmente entrelaçada com o recurso da única riqueza disponível à experiência humana – a vida inteiramente vivida, em exposição completa, com todo seu patrimônio de valores e contra valores.

---

11 Referência ao encontro internacional organizado em Ascona, na Suíça, por Pio Caroni e Gerhard Dilcher, entre os dias 24 e 27 de abril de 1996, e dedicado ao neopandectismo em relação ao direito comum europeu em construção..

O presente é só um fragmento, que, inclusive, é por natureza incompleto e mudo, tão deficiente e inexpressivo que só pode ser objeto de olhares míopes. Com as forças exclusivas do presente não se constrói o futuro. Ademais, é necessário, não como modelo, mas como momento dialético, uma maturidade manifestada em sua completa totalidade. E o historiador é, sem dúvida, um bom augúrio para o futuro, pela perfeição (no sentido latino que denota o completo) de um patrimônio do passado que lhe é familiar, e pelo qual pode fazer com que o olhar, antes míope, seja agora penetrante, possibilitando, por fim, a vitória sobre a imperfeição em si iniludível do presente.

Medito com freqüência sobre o momento nada fácil que nós, juristas, estamos vivendo. Penso particularmente em nosso esforço plausível para edificar, passo a passo, um direito comum europeu. Os problemas fazem-se quase insuperáveis se carregamos de absoluto o nosso presente, ainda repleto de Estados, soberanias minuciosas, leis nacionais. Aqui, torna-se saudável a obra do comparatista no sentido vertical: as misérias de um presente que pode parecer eterno – e que, na verdade, tem origens tão próximas – poderão imputar-se mediante confrontos com as paisagens universalistas desenhadas pelo historiador.

No momento em que uma série de princípios de um possível direito privado uniforme já está se perfilando<sup>12</sup> – embora a título particular, por parte de uma ciência responsável e experiente –, o historiador, da sua parte, pode reivindicar sem dificuldade alguma o papel fundamental e fundador tantas vezes desempenhado pela própria ciência no itinerário histórico-jurídico continental, deixando de lado as vestimentas estreitas da exegese para, ao contrário, vestirem-se com as mais comprometidas, e também mais adequadas, da interpretação, da atividade à qual o jurista é mais capaz graças à própria história.

## Referências

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Studi sull'esperienza giuridica*. [s.l.: s.n.], 1932.

\_\_\_\_\_. *Il problema della scienza del diritto*. [s.l.: s.n.], 1937.

---

12 A referência serve às várias iniciativas atualmente em curso na Europa, e particularmente aos princípios internacionais dos contratos mercantis, que têm encontrado na UNIDROIT de Roma um promotor bastante resolutivo.

GROSSI, Paolo. Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles. **Rivista di Diritto Civile**, v. XXXIX, 1993.

\_\_\_\_\_. **La scienza del diritto privato**. Una Rivista-progetto nella Firenze di fine secolo, 1893-1896. Milano: Giuffrè, 1988.

\_\_\_\_\_. Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli). **Diritto Privato**, v. III, 1997.

LE GOFF, Jacques. Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile. In: GROSSI, Paolo. **Storia sociale e dimensione giuridica**. Strumento d'indagine e ipotesi di lavoro. Atti dell'Incontro di studio, Firenze, 26-27 apr. 1985, Milano: Giuffrè, 1986.

MENCONI, Luigi. Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica. **Ermeneutica e dogmatica giuridica**. Saggi, Milano: Giuffrè, 1996.

**QUADERNI Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. XX, 1991.

ROMANO, Santi. **L'ordinamento giuridico**. Pisa: [s.n.], 1918.

VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**. Torino: Bocca, 1893. vol. I.