

OS SETE ERROS DE ABORDAGENS SUPOSTAMENTE HISTÓRICAS DO DIREITO CIVIL

SEVEN MISTAKES IN APPROACHES SUPPOSEDLY HISTORIC TO CIVIL LAW

Carlos Nelson Konder¹

Resumo

Nos trabalhos científicos de direito civil a abordagem dita histórica costuma resumir-se a “históricos” sobre a evolução dos institutos abordados, normalmente de forma descontextualizada das circunstâncias sociais dos contextos referidos, invocando juristas e institutos do passado como mecanismo de legitimações das posições defendidas. O artigo, recorrendo a metodologia indutiva e pesquisa bibliográfica, confronta essa praxe com as premissas metodológicas da historiografia contemporânea, inferindo aí persistente influência do dogmatismo na atividade doutrinária da civilística tradicional.

Palavras-chaves: História. Metodologia. Direito civil. Relativismo. Dogmatismo.

Abstract

In scientific works of civil law, the so-called historical approach is usually reduced to a evolutionary historic of the institutes addressed, usually in a way decontextualized from the social circumstances of the contexts referred to, invoking jurists and institutes of the past as a mechanism of legitimation of the positions defended. The article, using inductive methodology and bibliographic research, confronts this practice with the methodological premises of contemporary historiography, inferring the persistent influence of dogmatism on the doctrinal activity of civil tradition.

Keywords: History. Methodology. Civil Law. Relativism. Dogmatism.

1. INTRODUÇÃO

O direito civil é tido por um dos mais tradicionais ramos do direito, oriundo de uma experiência milenar, cujas reflexões iniciais costumam ser tributadas ao direito romano. Por conta disso, é comum encontrar nos trabalhos científicos que se destinam a investigar e analisar problemas de direito civil argumentos baseados em fontes e referências do direito romano e de outras experiências jurídicas que historicamente o sucederam, como a escola de exegese francesa firmada a partir do *Code Napoléon* e a Pandectística, desenvolvida no âmbito do que hoje é a Alemanha. Em particular, é praxe iniciar os trabalhos monográficos por um “histórico”, que traça a “evolução” do instituto estudado, em geral iniciado no direito romano ou ainda em experiências anteriores, saltando para o medievo e em seguida para a citada doutrina europeia francesa e alemã. Os mais detalhistas, perpassam ainda um exame da experiência brasileira, pautada essencialmente na legislação formalmente aplicável: as Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1916 e o diploma vigente. Seria isso, efetivamente, uma abordagem histórica?

Essa é a questão que o presente artigo visa investigar. A hipótese levantada é que esse tipo de abordagem envolve diversos erros metodológicos – aqui sistematizados em sete – oriundos de uma tradição de pesquisa marcada pelo dogmatismo, em confronto com o desenvolvimento das reflexões epistemológicas oriundas do restante das ciências sociais, em particular a história, a antropologia e a sociologia. Por meio de metodologia indutiva e de pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar esse contraste metodológico, aprofundando reflexões iniciais já traçadas em outra sede (KONDER, 2015, p. 31-48). O objetivo é estimular a reflexão sobre hábitos consolidados na doutrina civilista que não se casam com a constatação de que o direito civil é parte de um conjunto mais amplo de ciências sociais.

¹ Professor Titular do Departamento de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor e mestre em direito civil pela UERJ. Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino (Itália). Parecerista e árbitro.

2. O PRIMEIRO ERRO: COLOCAR A HISTÓRIA NO INSTITUTO E NÃO O INSTITUTO NA HISTÓRIA

A historiografia contemporânea parece ter superado a tradição de limitar-se a empreender uma narrativa de acontecimentos importantes, fatos e datas, focando o estudo nos supostos protagonistas da história, grandes vultos que seriam os responsáveis pelo desenrolar de tais fatos. Assistiu-se a uma paradigmática mudança, a partir especialmente da chamada Escola dos *Annales*, oriunda de um movimento referido por *Nova História*, que reúne tendências heterogêneas que trazem em comum a busca por uma “história total”, envolvendo não apenas a atividade estatal, mas toda a atividade humana: não apenas a política, mas a arte, a ciência, as ideias e tópicos específicos como “a infância, a morte, a loucura, o clima, os odores, a sujeira, a limpeza, os gestos, o corpo [...], a feminilidade, a leitura [...], a fala e até mesmo o silêncio” (BURKE, 1992, p. 11). Marcada por um relativismo cultural implícito e pela convergência com a antropologia e a sociologia, ela rompe a distinção entre o central e o periférico, substitui a narrativa dos acontecimentos pela análise das estruturas, a história vista de cima por uma história vista de baixo, e abre mão do ideal de uma história “objetiva” (BURKE, 1992, p. 12 e ss).

Esse movimento impele também uma distinta postura por parte do pesquisador. Cabe a ele reconhecer seu próprio protagonismo nesse processo de reconstrução, sob pena de inviabilizar qualquer esforço na busca por imparcialidade. Permanece atual a observação pioneira de BLOCH que, contrapondo-se a uma história apenas de datas e nomes, política e militar, destaca que “documentos são vestígios” e que o passado não é um dado rígido: “o passado é, por definição, um dado que nada mais modificará; mas o conhecimento do passado é uma coisa em progresso, que incessantemente se transforma e aperfeiçoa” (BLOCH, 2008, p. 75).

Nesse contexto, a postura de realizar “históricos” dos institutos de direito civil, que estabelecem uma narrativa iniciada em um suposto surgimento do instituto e que desenvolve sua evolução pelo tempo até o momento atual, é, na realidade, um enorme desprestígio à ciência da história, já que desconsidera todas as conquistas implementadas nas últimas décadas pela historiografia. Esse tipo de conduta, comum nos pesquisadores civilistas, serve exatamente a destacar o objeto de estudo da história, separando-o da experiência social em que ele se insere e na qual teria que ser compreendido. Afinal, “as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social” (HESPANHA, 2005, p. 35).

Os “históricos” transformam o instituto jurídico numa entidade autônoma e abstrata, que sobrevive por todo o tempo, em contínua evolução até o presente, e que se legitima exatamente por sua antiguidade e sobrevivência. Em lugar de servir a compreender o contexto social em que o instituto ganha significado, a abordagem acabar por legitimá-lo com base em suposta continuidade evolutiva: “combustível para uma glorificação da positividade jurídica vigente”.²

A deturpação da tradição romanista é uma das grandes causas dessa perversão da abordagem histórica. Enquanto os verdadeiros romanistas estudam os institutos de direito romano inseridos naquela complexa comunidade que os originou, esforçando-se para resgatar e compreender sua lógica naquele contexto específico, como genuínos comparatistas, muitos civilistas descuraram desse esforço e, ao estudar institutos atuais, limitam-se a atribuir-lhe alguma raiz no direito romano, sem levar em conta a drástica distinção entre as duas sociedades. A prática chega ao ponto de, por vezes, encontrarem-se, em trabalhos acadêmicos, históricos de institutos que se iniciam com longas páginas

² A expressão é de FONSECA (2012, p. 62), que destaca como a prática nefasta das “introduções históricas” ou “escorços históricos” está associada a uma abordagem de matriz positivista.

apenas para informar que o instituto em questão ainda não existia no direito romano, verdadeira manifestação do “ídolo das origens” ou “obsessão embriogênica” a que se refere BLOCH (2008, p. 56).

Um exemplo ilustrativo, nesse caso, pode ser a dissolução de vínculos conjugais no Brasil. O “histórico” tradicionalmente empreendido se inicia pelo relato da indissolubilidade do casamento sob a vigência do Código Civil de 1916, avança para a previsão da separação judicial e do divórcio indireto, reconhecidos pela Lei n. 6.515/77, para então concluir na Constituição de 1988 com o divórcio direto, por vezes com um *post scriptum* sobre o Código de 2002 e a recente controvérsia sobre se ainda existia a separação judicial. Inserir o instituto na história, isto é, efetivamente contextualizá-lo historicamente, seria abordar como a introdução do divórcio no Brasil foi um movimento emancipador contramajoritário, que sofreu frente a forças conservadoras de matriz religiosa (TEPEDINO, 2008, p. 448-449), ou então como a livre dissolução dos vínculos conjugais reflete um movimento social de forte valorização cultural do aspecto intransferível da escolha pessoal, próprio dos chamados então “casais modernos” (VELHO, 1986, p. 27).

Historicizar um instituto, dar-lhe uma abordagem histórica, não é traçar um longo histórico em abstrato, que lhe reconheça uma continuidade evolutiva ao longo de séculos, imune e apartado do restante da experiência social. Trata-se, ao contrário, de inseri-lo no grande fluxo da história, de maneira a compreender toda a rica complexidade social na qual ele desempenha – ou desempenhou – sua função. Como explica TEPEDINO:

A perspectiva binária, separando realidade social e ciência jurídica, ignora que a atuação do direito depende visceralmente dos fatos, em recíproco condicionamento, de modo que a conceituação analítica das diversas espécies de fatos (jurídicos) mostra-se indispensável para a definição da disciplina normativa correspondente (2019, p. 29).

Impõe-se compreender os interesses sociais envolvidos no significado prático de cada instituto, as forças econômicas que desencadearam sua existência, os anseios culturais que movem sua aplicação, a influência das peculiaridades educacionais e religiosas próprias daquela comunidade na sua interpretação, enfim, compreender como todo instituto jurídico, em um dado momento, representa um delicado e transitório equilíbrio entre forças sociais de conservação e de transformação. Trata-se, afinal de contas, de descer o pensamento jurídico de seu pedestal de abstração, reconhecendo o direito como uma experiência social não autônoma.

3. O SEGUNDO ERRO: PRETENDER UM DIREITO CIVIL UNIVERSAL

Corolário da preferência por “históricos” é a abordagem universalizante dos institutos, igualmente incongruente com as orientações da historiografia contemporânea. Ao abstrair do contexto de origem e narrar a contínua evolução em abstrato, os institutos aparentemente se desenvolveriam e se modificariam da mesma forma em todos os lugares. Não importa onde ele tenha surgido, em que ordenamento tenha se modificado ou com que contexto ele se depare, o instituto permaneceria imune e indiferente às características próprias da sociedade a que se destine.

Trata-se de postura própria do dogmatismo, pelo qual se busca a construção de uma doutrina neutra, cientificamente adequada independente do contexto social a que se aplique, no que já foi descrito como “a definitiva alienação da ciência jurídica em face da realidade social, política e moral do direito”.³ Sem descurar a importância da coerência

³ A frase é atribuída a Franz WIEACKER por Karl LARENZ (2005, p. 29). No entanto, vale destacar que embora WIEACKER afirme que, por conta da Pandectística, “a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do

teórica para garantir a cientificidade do direito, a atividade interpretativa não pode abrir mão da perspectiva de que se destina a atuar na realidade social, sob pena de o rigor científico, que deve guiar a análise conceitual, degenerar no puro gosto pela classificação, sem função e alienada da realidade (PERLINGIERI, 2008, p. 94).

Nos históricos que perpassam a Roma antiga, a França revolucionária, a Alemanha pré-unificação e o Brasil agrário, sugere-se a inverossímil impressão de que o mesmo instituto esteve presente em todos esses contextos, mantendo sua identidade com apenas pontuais sacrifícios e concessões, que serviram apenas a melhorá-lo. A prática se associa a outra tendência da pesquisa dogmatista, consistente em seguir ao item “histórico” um item “direito comparado”, contendo referência à legislação (somente ela) em diversos países distintos.

Tratar-se-ia, portanto, de um instituto universal, idôneo a resolver todos os males do objeto de estudo. Entretanto, a experiência jurídica é sempre contingencial, produto de anseios e conflitos que se colocam de forma diversa para cada época e local. Na lição de PERLINGIERI:

Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar. (...) O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa-se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos (PERLINGIERI, 1998/1999, p. 63-64).

Ao lidar com direito comparado, Constantinesco alerta que é necessário passar pelos três “C”: conhecer, compreender e comparar. Trata-se de conhecer o instituto em sua singularidade, conforme as fontes, os instrumentos e a perspectiva de seu ordenamento de origem; compreender como o instituto é construído, apresentado e justificado no seu ordenamento de origem, reintegrando-o nas relações que mantêm com os outros elementos, jurídicos e extrajurídicos daquele sistema; e, enfim, comparar, identificando as semelhanças e diferenças, reais ou puramente conceituais, na dogmática ou na sua aplicação prática (CONSTANTINESCO, 2000). O rigor neste processo permite um conhecimento mais científico e genuíno daquele instituto, de maneira a evitar uma impressão superficial e, muitas vezes, equivocada. Impõe, ainda, o recurso a outras ciências, para além do direito civil, e mesmo para além do direito, como a sociologia, antropologia e, é claro, a própria história.

O Direito não está somente no conjunto de normas, mas também em elementos subjacentes a ela, insuscetíveis à pena do legislador, que dão continuidade histórica à experiência jurídica, de infinita diversidade (DAVID, 1996). Em particular, a perspectiva histórica demanda do pesquisador abrir mão até mesmo do princípio de não contradição, fetiche do jurista fechado em um sistema, para reconhecer que seu objeto de estudo é mais complexo que a teoria do ordenamento (SACCO, 2001). Reconhece-se, entre os comparatistas, que o cotejo entre as diferentes experiências jurídicas não serve a pretender encontrar uma verdade universal (ANCEL, 1980). Nesse sentido, já se afirmou que a comparação jurídica é um exercício de humildade (KISCHEL, 2019, p. 31).

Ocorre, portanto, um verdadeiro movimento “antropofágico” na assimilação de categorias jurídicas estrangeiras, que devem ser adaptadas e ressignificadas para corresponder a anseios e interesses que são primordialmente locais.⁴ Isto somente é

juracionalismo moderno”, destaca também que “os seus conceitos fundamentais se fundaram numa ética autônoma do dever e da liberdade tal como correspondia à consciência ética da maior parte dos seus contemporâneos” (WIEACKER, 2004, p. 13 e 504, respectivamente).

⁴ A expressão é de SIQUEIRA, 2014.

possível por meio de uma leitura densa das fontes, que desconfia de pretensões a um direito racional e exato, sob pena de incorrer no reiterado problema nacional das “ideias fora de lugar”.⁵

Nesse sentido, cumpre compreender a trajetória de categorias estrangeiras no direito nacional à luz das peculiaridades sociais da comunidade brasileira, como se verifica no estudo clássico de GOMES:

A explicação dessa singularidade [“as Ordenações compiladas para o reino de Portugal tiveram vida mais longa e influência mais decisiva no Brasil”] não reside na circunstância de ter durado mais no Brasil a legislação civil baseada nas Ordenações Filipinas. Além da conservação por mais tempo, entre nós, das condições e formas de vida para as quase fôra ditada a legislação filipina, Portugal estava mais próximo da influência exercida no movimento de renovação legislativa, no século XIX, pelo Código de Napoleão. Sobre a Europa sopravam os ventos do individualismo jurídico. A organização das relações privadas animava-se, assim, de novo espírito, infenso à tradição (GOMES, 1959, p. 16).

Um esforço dessa magnitude, que envolve uma adequada utilização do método comparativo, jamais pode ser implementado abordando, em um mesmo trabalho científico, diversos contextos, sob pena de ser superficial na abordagem de cada um deles. É fundamental, nos trabalhos acadêmicos de pesquisa em direito, que a abordagem histórica abra mão de explicitar toda a trajetória do instituto, e selecione apenas um ou poucos contextos, para realizar essa compreensão mais ampla do seu real significado.

4. O TERCEIRO ERRO: ESTUDAR OS TERMOS EM LUGAR DOS SIGNIFICADOS

Passando das contribuições da historiografia, sociologia e antropologia para beber das águas da teoria do direito, é possível identificar outro problema metodológico frequente na doutrina civilista que empreende abordagens supostamente históricas. Com efeito, as correntes de pensamento de teoria do direito mais contemporâneas vêm destacando a distinção entre enunciado normativo e norma, de modo que o texto do enunciado normativo serve de base para que o intérprete, à luz da resolução do caso concreto, extraia a norma. Da mesma forma, reconhece-se que mesmo nos ordenamentos romano-germânicos, em que a fonte legal assume protagonismo, o direito legislado não exaure a totalidade do ordenamento, de modo que o direito vigente não é somente o texto legal. O direito existe como direito aplicado e interpretado e a atribuição de significado depende necessariamente da postura do intérprete diante do significante.

Diante disso, é grave equívoco presumir que um instituto que manteve o mesmo *nomen iuris* tenha mantido também o mesmo significado, aplicado da mesma forma, nos vários períodos históricos em que existiu ou nos diversos contextos locais em que esteve em vigor. É difícil até afirmar que ele fosse, durante todo esse tempo ou nesses diversos locais, o mesmo instituto. A utilização de denominações similares ou mesmo idêntica pode induzir o intérprete a estabelecer analogias que não correspondam ao real significado, devendo-se tomar cuidado na tradução de conceitos que sejam “falsos amigos”, na expressão de BURKE (2000, p. 204).

Dessa forma, não é possível presumir que dispositivos legais semelhantes implicam soluções normativas semelhantes e que institutos jurídicos com o mesmo nome se prestam sempre à mesma função. Os institutos jurídicos mudam de significado com a passagem do tempo e de lugar para lugar, prestando-se a funções que antes não realizavam

⁵ Expressão consagrada por SCHWARCZ, 2014.

e deixando de ser aplicados para as finalidades que originalmente foram concebidos. Por vezes, embora permaneçam reconhecidos na legislação e mesmo abordados na doutrina, deixam de ter qualquer aplicação prática, como se percebe no fenômeno do desuso de normas jurídicas. É o que leciona HESPANHA:

Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície de sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. [...] O conceito de *família*, embora use o mesmo suporte vocabular, desde o direito romano (*familia*), abrangia, não apenas parentelas muito mais vastas, mas também não parentes (como os criados ou escravos [*famulā*]) e até os bens ‘da casa’ (HESPANHA, 2005, p. 26-27 – grifos no original).

O apego ainda exacerbado à doutrina e à lei no estudo dos institutos é incompatível com uma abordagem histórica efetivamente científica, pois desconsidera que o direito é também uma experiência social, que se realiza na sua prática. Torna-se fundamental para o pesquisador civilista, portanto, “duvidar das fontes” (SIQUEIRA, 2015, p. 230).

Um exemplo simples seria considerar a hipótese de um estrangeiro que lê o disposto no art. 226 § 3º da Constituição brasileira (“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”) e extrai a conclusão de que a união entre pessoas do mesmo sexo não é admitida juridicamente no Brasil, em contradição com a realidade declarada jurisprudencialmente.

Para não trabalhar em cima de um direito civil que não é aquele que atua na realidade, cabe mesmo ao civilista da família romano-germânica lembrar a distinção da família anglo-saxã entre *law in books* e *law in action*: cabe ao pesquisador debruçar-se sobre o direito que estava efetivamente em vigor, que não corresponde sempre ao que constava dos textos legais ou doutrinários (VICENTE, 2018). A norma legal afastada da prática se torna “um organismo morto e desprovido de significado” (ASCARELLI, 1952, p. 8). Nesse sentido, restou consagrada entre os pesquisadores de direito comparado a segunda tese de Trento:

A comparação volta sua atenção para os diversos fenômenos jurídicos concretizados no passado ou no presente, segundo um critério pelo qual o ocorrido é considerado real. Nesse sentido, a comparação tem o mesmo critério de validação que as ciências históricas.

Providência salutar para evitar esse erro é o movimento, em muito produzido pelo intercâmbio entre as famílias romano-germânica e anglo-saxã, de valorizar o estudo da jurisprudência e dos precedentes. O exame das decisões judiciais é mais apto a revelar o real significado dos institutos jurídicos no contexto objeto de estudo, revelando sua atuação na prática. Mas mesmo no uso desse instrumento é necessário ter cuidado, pois se deve levar em conta a complexidade, o dinamismo e a heterogeneidade presente em cada Judiciário e, especialmente, deve-se lembrar que parte significativa das relações sociais permanecem alijadas do acesso ao “direito oficial” ou “estatal”, e por isso as disputas são resolvidas por outros meios.

De modo geral, trata-se de priorizar a realidade sobre a teoria, o problema sobre o sistema, como alerta PERLINGIERI (2008, p. 138). O autor destaca, como

especialmente ilustrativo, o exemplo da Alemanha durante a divisão pós-guerra, marcada pelo Muro de Berlim:

Em dois regimes politicamente heterogêneos foi mantido um código inspirado em um regime diverso de ambos. O que leva a compreender que as técnicas adotadas nos códigos podem ser funcionalizadas, sob alguns aspectos, a objetivos diversos. As escolhas ideológicas de fundo eram diversas, e diversas eram as funções que os dois distintos ordenamentos atribuíam àquelas técnicas (PERLINGIERI, 2008, p. 141).

Em síntese, os panoramas, em alto grau de generalidade, sobre determinado instituto em diversos momentos históricos arriscam não estar tratando, de fato, do mesmo instituto. Ao se guiar pelo seu *nomen iuris*, descuram da função prática que, naquele contexto, venham efetivamente a desempenhar, apresentando, portanto, resultados que não correspondem à realidade estudada, mas sim a vieses interpretativos do próprio pesquisador.

5. O QUARTO ERRO: PRESSUPOR EVOLUÇÃO EM VEZ DE MODIFICAÇÃO

Existe um melhor “destino”, rumo ao qual o direito civil está continuamente se dirigindo? O direito atual é objetivamente melhor do que o do passado – e não tão bom quanto será o do futuro? As abordagens supostamente históricas tradicionais à doutrina civilística parecem pressupor que sim, perspectiva que revela mais do que um injustificado otimismo, uma verdadeira renúncia a qualquer esforço de cientificidade.

Ao relatar uma constante evolução do instituto estudado, que passaria por fases ou etapas de aperfeiçoamento até chegar ao seu auge no momento presente – ou em um futuro próximo indicado (e desejado) pelo pesquisador – reduz-se toda a complexidade e riqueza do passado a uma visão tendenciosa filtrada pelos valores do presente. Como explica FONSECA:

O direito moderno frequentemente é visto como o resultado final de uma evolução histórica onde tudo aquilo que era bom no passado vai sendo sabiamente assimilado e decantado, de modo a transformar o nosso direito vigente na mais sofisticada e elaborada maneira de abordar o fenômeno jurídico (FONSECA, 2012, p. 23).

Com efeito, na historiografia clássica era frequente o debate acerca da existência um “caminho” da história.⁶ Entretanto, no âmbito da doutrina civilista, em lugar de se encontrar esse debate de forma franca, parece haver uma tomada de posição implícita, que serve, na realidade, a instrumentalizar o passado para a legitimação do presente. É importante reconhecer a espessura e autonomia dos contextos que nos antecederam, com desafios e valores bastante diversos dos nossos. Nesse sentido, não é possível partir da concepção de que o presente é um apogeu do passado, tampouco de que o direito atual representa, no embate entre as várias propostas e disputas políticas, a vitória do melhor projeto.

É tentador, por vezes, olhar para as diversas transformações operadas no âmbito jurídico e visualizar uma sequência de conquistas e de progressos, mas é importante sempre reconhecer que essa avaliação é guiada essencialmente por valores que são também contingentes, não apenas à época e local do intérprete, mas também aos interesses que reputa merecedores de tutela. Isso resta claro se observarmos, do outro lado, como sujeitos

⁶ Nesta linha, KANT, 2011, e MARX, 2007, especialmente p. 7-54.

insatisfeitos com transformações contemporâneas tendem a manifestar saudosismo e nostalgia, junto com uma sobrevalorização do passado. Por conta disso, impõe-se ao pesquisador, na sua atividade científica, não ler *a priori* as modificações de um instituto como aspectos de uma evolução. Explica HESPANHA:

Esta teoria do progresso linear resulta frequentemente de o observador ler o passado da perspectiva do que acabou por acontecer. [...] a história progressista promove uma sacralização do presente, glorificado como meta, como o único horizonte possível da evolução humana [...], o passado é lido a partir (e tornado prisioneiro) das categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de as resolver (2005, p. 29-30).

Com efeito, a história recente revela diversos movimentos que poderiam ser considerados retrocessos à luz da expansão dos direitos fundamentais, sobre os quais dificilmente autores progressistas se refeririam como uma evolução. Da mesma forma, portanto, o intérprete deve reconhecer que aquelas modificações que reputa serem de fato conquistas o são apenas à luz de determinado olhar, cabendo ao pesquisador reconhecer que toda avaliação deste matiz é, inevitavelmente, parcial.

É importante, dessa forma, que qualquer análise de direito civil que se aprofunde na perspectiva histórica não parta do pressuposto de que as transformações do instituto jurídico são parte necessariamente de uma evolução, nem de que o passado dos conceitos é uma etapa preliminar primária e instrumental ao seu presente. O passado atende a uma lógica própria e autônoma e deve ser enxergado sob a perspectiva de uma análise comparativa com o presente.

6. O QUINTO ERRO: BUSCAR CONTINUIDADE EM VEZ DE RUPTURA

Mais grave do que os “históricos” de institutos que absorvem suas mudanças como parte de uma constante evolução em etapas são aquelas abordagens que sequer enxergam as mudanças ou menosprezam sua profundidade. Nesses casos, referências históricas, juristas do passado e argumentos antigos são colocados lado a lado, sem destacar que são manifestações produzidas em contextos diversos, sob pontos de vista diferentes e endereçando problemas distintos.

A identidade do instituto é afirmada ao longo de um grande espaço de tempo com base exclusivamente no seu *nomen iuris*, sacrificando todas as transformações funcionais pelas quais ele passou nas diversas épocas. Trata-se de corolário do excesso de abstração na aproximação do objeto de estudo e da desconsideração do direito como parte, também, da mais ampla experiência social. Essa prática atua de forma perniciosamente conservadora, como explica HESPANHA: “a continuidade dos dogmas (dos conceitos, das classificações, dos princípios) jurídicos constitui, de facto, a via real para a *naturalização* do direito e dos modelos estabelecidos de poder” (2005, p. 54).

É fundamental construir a dogmática sem recair no dogmatismo e isto implica reconhecer as diversas rupturas que ocorrem na função de um instituto jurídico durante a sua utilização na história. Afinal, se um mesmo instituto foi capaz de estar presente em sociedades tão díspares como a Roma clássica, a França revolucionária e o Brasil do século XXI, é inevitável que não desempenhasse exatamente a mesma função em cada um desses contextos. Até mesmo porque, como observado, o significado funcional do instituto somente se constrói na interação com os demais elementos do sistema jurídico e, principalmente, com os elementos extrajurídicos pertinentes à experiência social como um todo. Nesse sentido, “o estudo do passado do direito passa a importar justamente para, ao

demonstrar as profundas diferenças existentes entre experiências jurídicas do passado e da atualidade, ter a capacidade de relativizar o presente” (FONSECA, 2012, p. 36).

Diante disso, é imperioso ao estudo de um instituto jurídico que perdurou no tempo, em primeiro lugar, verificar se, de fato, é possível dizer tratar-se do mesmo instituto, se há de fato uma identidade única que vá além da manutenção do *nomen iuris*. Em segundo lugar, é fundamental ter maior atenção às rupturas, aos momentos de transformação, eis que o nosso olhar tende a buscar continuidades para legitimar nossas posições e, como é cediço, a conjuntura presente é determinante na nossa leitura do passado.

O exemplo mais ilustrativo disso, no âmbito do direito civil, são os trabalhos com a categoria da “privacidade”. Uma mesma “privacidade” é pinçada na Grécia Antiga, no Direito Romano, no Medievo, nas revoluções burguesas, no Brasil colonial e na sociedade da informação, instaurando apenas modificações e adaptações no seu conteúdo. Contudo, a maior parte dessas modificações são verdadeiras rupturas, algumas tão dramáticas que tornam, no mínimo, contraproducente, em termos científicos, afirmar tratar-se de uma mesma “privacidade”.⁷

Ainda que se possa inferir na maior parte das sociedades a existência de uma divisão entre o público e o privado, sobre a qual se fundaria a privacidade, os termos de sua colocação, a amplitude e a importância de cada espaço, são historicamente construídos. “Espaço público” e “espaço privado”, “casa” e “rua”, “jardim” e “praça”, são espaços sociais que, embora referidos por termos bastante similares, variam drasticamente em seu significado. A partir da reformulação da separação entre o público e o privado, com a valorização dos espaços de privacidade, constroem-se, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado (SARMENTO, 2005).

Dessa forma, o pesquisador de direito civil que se dedique a analisar seu objeto de estudo sob uma perspectiva histórica deve atentar para as rupturas ocorridas na significação do instituto, que são especialmente aptas a permitir a compreensão adequada no seu alcance contemporâneo e a viabilizar uma análise crítica de sua pertinência.

7. O SEXTO ERRO: RETIRAR OS JURISTAS DE SEUS CONTEXTOS

A abstração que permeia essa abordagem descuidada da história dos institutos de direito civil é tão intensa que atinge até os autores que são referenciados nesses estudos. Assim como os institutos são colocados num plano de puras ideias, como uma matemática do direito civil, os juristas citados e os argumentos por eles levantados são completamente desligados do contexto em que viveram e no qual manifestaram seu pensamento. No entanto, é preciso ter em mente “que as práticas de que a história se ocupa são práticas de homens, de alguma forma decorrentes de atos de cognição, de afectividade, de avaliação e de volição” (HESPANHA, 2005, p. 86).

É fundamental para um adequado entendimento das ideias de um autor a compreensão de seu contexto, dos anseios sociais e dificuldades concretas que o permeavam, dos conflitos e interesses em jogo. Uma abordagem que desconsidera esses elementos e critica ou referenda o pensamento em questão fará sempre uma análise imprecisa e tendencialmente injusta, pois descontextualiza aquela ideia do momento e do espaço no qual ela adquiriria sentido.

Novamente, as conquistas da ciência da história são contribuições fundamentais ao processo reflexivo do civilista. É necessário reconduzir as representações coletivas e as

⁷ Para uma perspectiva crítica do tema, v. RODOTÀ, 2008; DONEDA, 2006; e KONDER, 2013.

condutas individuais ao contexto social de que se originam, compreendendo que ainda que existam gênios cujas ideias se projetam para além do seu tempo, a própria possibilidade e forma de frutificação de suas ideias é condicionada pelas condições históricas em que surgiram, conforme destacado pioneiramente por FEBVRE (FEBVRE, 1978, p. 108-121). Trata-se de abrir mão de uma “história intelectual desencarnada”, reinserindo os sistemas intelectuais na história da produção cultural (SOUZA, 2011, p. 262).

Não se pode prescindir, portanto, de compreender o contexto do qual o civilista manifesta suas ideias, quem eram seus interlocutores e opositores, com quem dialogava, que dificuldades enfrentava, que anseios o motivavam, que interesses o impeliam. A mitificação dos juristas do passado, como vultos atemporais, presta um desserviço à real compreensão de suas ideias e acaba por, contraditoriamente, desmerecer a força de suas ideias, pois desconsiderava as circunstâncias com a qual tiveram que lidar.

Nesse sentido, as recorrentes referências aos protagonistas da codificação e do desenvolvimento do direito civil brasileiro, como Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua e Ruy Barbosa, não podem prescindir de um estudo contextualizado, que leve em conta, por exemplo, como naquele período histórico houve uma mudança do perfil esperado dos juristas, com a passagem do modelo do grande orador, o retórico não racionalista, para um modelo cientificista e evolucionista (FONSECA, 2008). Também são contribuições significativas aquelas que buscam desvendar como as circunstâncias pessoais, orientações morais e até mesmo convicções religiosas interferiram na produção intelectual e nas ideias defendidas por esses juristas.⁸

É claro que não se pode exigir do civilista a mesma postura investigativa e a mesma profundidade de compreensão do historiador, mas incumbe-lhe, ao menos, ao citar um jurista do passado, ou fazê-lo dialogar com um de outra época, reconhecer a distinção de origem das ideias e contextualizá-las quanto ao auditório a que se dirigiram, sob pena de fazer injustiça na avaliação delas.

8. O SÉTIMO ERRO: LEGITIMAR EM LUGAR DE CRITICAR

Enfim, o ponto mais grave e perigoso dessa abordagem inadequada da história nos estudos de direito civil é a perda de uma função crítica que a utilização da história permite. Quando olhamos para o passado naturalmente tendemos a vê-lo com nossos parâmetros, mas a atenção às diferenças, a constatação das modificações, a leitura densa das fontes e o reconhecimento da espessura e autonomia do passado permite que, no confronto com a diferença, tenhamos uma nova visão do presente.

A constatação de que havia outras opções, outros caminhos, e de que houve outros efeitos e outros valores, oferece ao intérprete uma janela de relativização do presente, que deixa de ser o resultado natural de uma única e abstrata trajetória evolutiva. A história, nesse ponto, não deve se prestar a legitimar o instituto jurídico, fazendo do passado um tributo ao seu aperfeiçoamento, um relato do seu desenvolvimento. Ao contrário, ela revela que as escolhas políticas, as pressões de grupos de interesse, o impacto de forças econômicas ou mesmo eventos aleatórios contribuíram para que ele se tornasse o que hoje é e não o que poderia, de outra forma, ter sido. Como explica FONSECA:

a história (e, em particular, a história do direito) pode ter outro escopo: *explicar e problematizar criticamente* (e não somente enunciar dados sepultados, como numa curiosidade necrófila tanto inútil quanto nociva), fazendo-o de um modo tal que esse saber sirva, de algum modo (de um crítico, que complexifique e problematize), ao nosso presente (FONSECA, 2012, p. 18).

⁸ Por exemplo, CERQUEIRA FILHO; NEDER, 2007.

Novamente, o estudo do direito romano, que, levado a sério, teria o fantástico impacto e toda a riqueza de nos confrontar com soluções pensadas para uma sociedade radicalmente diversa da nossa, torna-se, em vez disso, um argumento de autoridade, um discurso de legitimação, sob o pálio falacioso da sabedoria atemporal de juristas que construíram institutos imunes às mudanças sociais e políticas que o sucederam, “algo que contém em si mesmo um núcleo precioso, de juridicidade ‘pura’, e que poderia ser aplicada diretamente (ou após algumas poucas mediações) na nossa realidade moderna” (FONSECA, 2012, p. 23). Na síntese de HESPANHA: “a missão da história do direito é antes a de *problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas*, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é *o racional, o necessário, o definitivo*” (HESPANHA, 2005, p. 21 – grifos no original).

Talvez seja por isso que o direito civil contemporâneo consegue, em sua maioria, até hoje permanecer alheio às grandes questões sociojurídicas que conduzem a debates acalorados em outros ramos do direito, como relativas à desigualdade racial e de gênero. Nas últimas décadas, temos assistido salutar movimento reativo de parte da doutrina civilista no sentido de debruçar-se sobre a tutela de grupos vulneráveis, associando a necessidade dessa proteção à realidade histórica e socioeconômica brasileira.

Nesse sentido, podemos citar como a tutela da criança e do adolescente no Brasil se compreende mais adequadamente a partir de um olhar crítico sobre a clivagem histórica entre as classes sociais em que crianças e adolescentes se encontram, no que já foi referido por FRANCISCO como a contraposição entre a perspectiva de “futuro da nação” e “problema da nação” (2015, p. 29).

Mencione-se, ainda, a proteção do idoso que deve ser lida à luz da consolidação histórica de uma sociedade que prioriza a produtividade e supervaloriza os corpos saudáveis, de modo que o envelhecimento é invisibilizado e o idoso tratado como um fardo, senão enquanto veículo para a obtenção de crédito. A compreensão dessas circunstâncias históricas é fundamental para um olhar crítico à normativa de proteção ao idoso (BARLETTA, 2010; SCHMITT, 2014; BARBOZA, 2008).

Cabe citar, ademais, que embora a perspectiva racial, que alimentou o rico debate sobre ação afirmativa e política de quotas em outros ramos do direito, permanece relegada a segundo plano no direito civil, embora tenha sido justamente na relação entre particulares que durante séculos a escravidão negra no Brasil se estabeleceu e até hoje persistem seus efeitos nocivos. Daí a importância de trabalhos que, em especial no âmbito do tratamento de dados pessoais, incluindo criação de perfis, reconhecimento facial e discriminação algorítmicas, vem analisando as normas de direito civil aplicáveis às novas tecnologias à luz do preconceito racial historicamente consolidado na sociedade brasileira (MULHOLLAND; KREMER, 2020; COSTA; KREMER, 2022).

Entretanto, parece cada vez mais necessário, reconhecer que essas questões sociais devem não somente ser abordadas no âmbito do objeto de pesquisa, mas na própria metodologia do pesquisador. Cabe ao jurista – em particular ao civilista – reconhecer-se também como imerso em um contexto histórico-social que tem o potencial para induzir-lhe vieses na atividade científica, não percebendo ou mesmo reproduzindo os preconceitos própria da comunidade em que constituiu sua própria identidade.

O âmbito em que maior transformação parece operar-se diz respeito à desigualdade de gênero. Com efeito, já há algum tempo observam-se abordagens que examinam o tema à luz da opressão historicamente consolidada às mulheres, em particular no âmbito do estudo do direito de família (MORAES, 2010). Mais recentemente, contudo, a perspectiva de gênero tem conseguido ultrapassar campos específicos de estudo para integrar a própria abordagem metodológica, inclusive no âmbito judicial, como se observa do recente protocolo para julgamento com perspectiva de gênero proposto no âmbito do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tradição positivista de matriz dogmatista se faz sentir com firmeza no âmbito das abordagens supostamente históricas empregadas com frequência nos estudos de direito civil. A despeito das premissas metodológicas próprias da historiografia contemporânea, a doutrina civilista em sua maioria resiste a reconhecer a necessidade de reinserir as categorias na realidade concreta de que se originam e à qual se destinam, transformando a pesquisa em direito civil em um instrumento de conservação e legitimação do *status quo* em lugar de seu potencial papel crítico e construtivo para a sociedade contemporânea.

Essa incongruência metodológica se percebe nos “históricos” de conceitos surpreendentemente desprendidos da história, nas abordagens universalizantes de fenômenos inevitavelmente contextuais, no estudo dos textos sem referência aos seus contextos, na implícita leitura evolutiva das modificações, na tendenciosa desconsideração das rupturas, na descontextualizações dos civilistas e de suas obras e no desprestígio ao papel crítico da pesquisa científica.

Reconhecendo-se que o Direito Civil não se resume ao estudo das relações disciplinadas pelo Código Civil, mas constitui a disciplina normativa das relações privadas como um todo, cumpre recuperar as questões sociais reais para este campo de estudo, à luz da unidade do próprio ordenamento jurídico, guiada pela supremacia do texto constitucional. Somente assim será possível conferir ao direito civil, efetivamente, uma função promocional e transformadora. É necessário, a partir de abordagens efetivamente históricas, desmistificar o dogmatismo jurídico para permitir a construção de um direito civil mais apropriado aos problemas de nossa época e de nosso local e, nesse processo, a história tem um papel transformador e não conservador.

10. REFERÊNCIAS

- ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.
- ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1952.
- BARBOZA, Heloísa Helena. O melhor interesse do idoso. In PEREIRA, T. S. e OLIVEIRA, G. (coord.). **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57-60.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **O direito à saúde da pessoa idosa**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BLOCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BURKE, Peter. Abertura: a nova história, seu passado e seu futuro. In BURKE, P. (org.). **A escrita da história**. São Paulo: UNESP, 1992, p. 1-13.
- BURKE, Peter. Entrevista. In PALLARES-BURKE, M. L. G. (org.). **As muitas faces da história: nove entrevistas**. São Paulo: UNESP, 2000.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio, e NEDER, Gizlene. Sinfonia inacabada: Augusto Teixeira de Freitas, a ‘Consolidação das Leis Cíveis’ e o ‘Esboço de Código Civil’ para o Brasil. In NEDER, G. (org.). **História e direito**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 95-107
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça – CNJ; Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados — Enfam, 2021.

- CONSTANTINESCO, Leontin.-Jean. **II metodo comparativo**, 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000.
- COSTA, Ramon; KREMER, Bianca. Inteligência artificial e discriminação: desafios e perspectivas para a proteção de grupos vulneráveis diante das tecnologias de reconhecimento facial. **Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte**, ano 16, p. 145-167, out. 2022.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FEBVRE, Lucien. História e psicologia segundo Febvre. **L. Febvre: história**. São Paulo: Ática, 1978.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica e os perfis dos juristas brasileiros do século XIX. **Revista brasileira de estudos políticos**, v. 98. Belo Horizonte, 2008, p. 257-293.
- FRANCISCO, Raquel Pereira. **Pequenos desvalidos: a infância pobre, abandonada e operária de Juiz de Fora (1888-1930)**. Tese de Doutorado. Niterói: UFF, 2015.
- GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. Salvador: Progresso, 1959.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
- KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal com propósito cosmopolita**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KISCHEL, Uwe. **Comparative Law**. Oxford: Oxford University, 2019.
- KONDER, Carlos Nelson. Apontamentos iniciais sobre a contingencialidade dos institutos de direito civil. In MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz Costa; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (coord.). **Direito civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 31-48.
- KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar (UNIFOR)**, v. 18. Fortaleza: 2013, p. 352-398.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Vulnerabilidades nas relações de família: o problema da desigualdade de gênero. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, n. 3. Porto Alegre, 2010, p. 20-33.
- MULHOLLAND, Caitlin; KREMER, Bianca. Responsabilidade civil por danos causados pela violação do princípio da igualdade no tratamento de dados pessoais. In: TEPEDINO, G.; SILVA, R. G. (coord.). **O Direito Civil na era da inteligência artificial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 565-584.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. **Revista da faculdade de direito da UERJ**, n. 6 e 7, 1998/1999, p. 63-77.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SACCO, Rodolfo. **Introdução ao Direito Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARMENTO, Daniel. A trajetória da dicotomia público/privado. **Revista trimestral de direito civil**, vol. 22. Rio de Janeiro, abr./jun. 2005, p. 239-257.

- SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHWARCZ, Roberto. As ideias fora de lugar. In **As ideias fora de lugar: ensaios selecionados**. São Paulo: Companhia das letras, 2014, p. 47-64.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. Experiências de greve no Estado Novo. In SIQUEIRA, G. S.; FONSECA, R. M. (org.). **Revista Direito e Práxis**, 6(2), p. 226–253.
- SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **História do direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SOUZA, Rodrigo Augusto de. **Algumas contribuições de Lucien Febvre para a história intelectual**. *Educativa*, vol. 14, n. 2. Goiânia: jul.-dez./2011, p. 255-266.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Gustavo. Ativismo judicial e construção do direito civil: entre dogmática e práxis. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, vol. 24, n. 1. Itajaí/SC, jan.-abr. 2019, p. 22-52.
- VELHO, Gilberto. **Subjetividade e sociedade: uma experiência de geração**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- VICENTE, Dario Moura. **Direito comparado** vol. I, 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.