



RESENHA: UMA BREVE HISTÓRIA DO DIREITO (A MATRIZ EUROPEIA NOS ÚLTIMOS DOIS MILÊNIOS E MEIO)

HERZOG, Tamar. **Uma breve História do Direito** (a matriz europeia nos últimos dois milênios e meio). – São Paulo: Contracorrente, 2024.

ARNO WEHLING¹

Recentemente publicado em português, o livro da historiadora Tamar Herzog foi traduzido pelos igualmente historiadores Samuel Barbosa e Ariel Engel Pesso do original inglês.

A autora tem uma longa e relevante trajetória acadêmica, em especial como professora da Harvard Law School. Seus estudos e pesquisas trataram de temas como a administração da justiça penal em Quito, os ministros e os escrivães desta Audiência, as práticas de negociação colonial espanhola e em suas relações com a metrópole, a formação dos limites entre os países ibéricos na Europa e na América e a situação de colonos e estrangeiros nos territórios espanhóis, sempre considerando as relações atlânticas dos países ibéricos num quadro que cobre a História Moderna até o início do século XIX.

A abordagem das diferentes obras evidencia a competência de Tamar Herzog em aliar a perspectiva do historiador geral com a do historiador do direito, entendido o ordenamento jurídico como um dos elementos que compõem o processo de institucionalização de estados e sociedades.

A síntese nunca é tarefa fácil. Indispensável para os especialistas e os leigos, fixa categorias e análises que resultam em certas ideias genéricas que correspondem, quando se faz com maestria, como aqui é o caso, às referências básicas de determinado estado do conhecimento de uma ciência ou área. Antônio Manuel Hespanha fez tal esforço a propósito de um milênio – Tamar Herzog estendeu a linha para mais que o dobro.

¹ Livre docente em História Ibérica pela Universidade de São Paulo. Doutor em História pela Universidade de São Paulo. Realizou pós-doutorado em História nas Universidades do Porto e Portucalense. Professor titular aposentado da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Professor emérito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Letras. Presidente de Honra do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. E-mail: arno@wehling.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7965-1628>.

Uma breve história do direito propõe-se um grande desafio: encontrar coordenadas estruturantes ao longo de dois e meio milênios, sendo que de antemão a autora adverte tratar-se de uma proposta desconstrutora de velhos paradigmas historicistas. Recusa, portanto, uma visão cumulativa e “progressista” do direito, bem como qualquer laivo “essencialista” de uma normatividade periodicamente redescoberta. O direito, diz a autora e pensamos nós, historiadores, como os demais processos e categorias, encontra-se sob a permanente pressão da historicidade dos homens, das instituições e de suas construções materiais e simbólicas, embora muitas vezes juristas não pareçam dar-se conta disso.

Essa desconstrução tem a ver, é evidente, com a crítica genericamente rotulada como “pós-moderna” (e mais diretamente a trabalhos teóricos como os de Derrida e Foucault) no plano epistemológico e, numa ótica política e sociológica, com a descolonização das décadas de 1960 e 1970, duas vertentes que, entre outros campos, incidiram sobre um direito euro-norte-americano autoconfiante de parâmetros como a codificação, a common law, a hierarquia normativa e o controle constitucional.

Tal perspectiva revelou-se fecunda e certamente foi facilitada para a autora por sua sensibilidade para as relações entre a cambiante realidade histórica e a aparente fixidez da normatividade. Sensibilidade que se construiu a partir de pesquisas sobre o concreto da aplicação do direito e o fenômeno da circularidade entre a norma, as instituições e os agentes coletivos e individuais.

A partir dessa “vida do direito”, buscada primeiro pela sociologia e pela antropologia do direito e somente mais tarde pelos historiadores, percebe-se como esquemas, simplificações e racionalizações aparentemente corretas desmoronam como generalizações inconsistentes – justamente por não terem fundamento na realidade empírica ou baseadas em situações cuja vigência foi muito menor do que supunha a vã interpretação generalizadora.

A tal problema do conhecimento histórico-jurídico, séria aporia deste e de outros campos do conhecimento, Hespanha, no prefácio ao livro, diz corresponder uma história feita “contra o senso comum consolidado” e contra o presentismo. Poderíamos chamá-la também de uma história feita **contra** a memória, como frequentemente, aliás, ocorre na pesquisa histórica em geral, no sentido da desmontagem de “verdades” adquiridas, de conceitos muitas vezes invariantes e tidos como atemporais ou de interpretações que são desmentidas por investigações factuais ou pela reação de desconforto ante conclusões logicamente insatisfatórias.

Quem, treinado na metodologia da história do pós-guerra, não se incomodou com etiquetas como as de “burguesia” e “proletariado” nas análises do século de Péricles por grandes nomes da historiografia francesa da primeira metade do século XX, que projetavam candidamente as tipologias da III. República para o V. século AC?

Tal enfoque a fez lembrar, no início do livro, o questionamento da percepção tradicional da Magna Carta como pilar das liberdades inglesas em cima do qual teria sido construído o universo dos direitos, numa espécie de *crescendo* sinfônico até chegar à Revolução Gloriosa, ao governo de gabinete e ao arremate da grande ordem jurídica contemporânea. É notável como, quase um século depois da obra de Herbert Butterfield sobre as distorções da “interpretação whig” da História, ainda em vastos territórios do universo jurídico, aquela construção ideológica permanece intacta.

A proposta de Tamar Herzog a fez optar por “decifrar como as normas eram geradas, a fim de indicar como elas devem ser lidas e compreendidas em seu contexto histórico particular”, em lugar de descrever regras e instituições. Dessa forma, seu primeiro objetivo foi, em suas palavras, “desestabilizar a ideia de que as soluções jurídicas mudavam, mas que a estrutura jurídica (quem concebeu essas soluções, quem as implementou, que autoridade tinham e como a obtiveram) era irrelevante”. Outro objetivo que aponta, desdobrando essa abordagem, foi o de combater a interpretação tradicional de que a *common law* e o direito europeu continental terem características acentuadamente diversas.

Tais desafios envolvem a desmontagem de mitos nacionais, como bem lembrou Hespanha, alguns ciosamente preservados nas arcas dos respectivos nacionalismos. O problema é que estes mitos acompanham a formulação e desenvolvimento do Estado nacional a partir da virada da Revolução Francesa e quando projetados para um passado mais recuado do que o século XVIII, revelam-se profundamente distorcidos em relação àquele. Assim, buscar um “Estado”, uma “consciência nacional” ou mesmo um “direito nacional” para épocas mais remotas, envolve equívocos que pedem exercícios relativistas, sensibilidade empática e profundo conhecimento das fontes documentais – o que a autora demonstra na obra, em especial nos capítulos sobre a Idade Média, o *jus commune*, a *common law* e a relação *jus gentium*/direito natural.

Outro ponto em que se revela sua maestria é na percepção sobre os reais objetivos e efeitos da “continuidade e mudança” na formação dos ordenamentos jurídicos, chamando a atenção para o fato de que, enquanto retoricamente se afirmava a continuidade, se inovava, ou

vice-versa. Em matéria de elaboração e desenvolvimento do ordenamento jurídico, tal percepção é instrumento fundamental do historiador.

Mais uma vez se revela o embate entre a memória e a história e nesse ponto pode ser lembrada a observação de Marc Bloch a propósito das pesquisas sobre a memória coletiva, de Maurice Halbwachs: enquanto este destacava a importância – aliás inequívoca - da memória coletiva para a construção do direito consuetudinário, o medievalista chamava a atenção justamente para a dialética continuidade-descontinuidade, sublinhando o fato de que muitas inovações foram sendo introduzidas no ordenamento jurídico sob o manto protetor da tradição. Interpretar uma norma introduzida em determinado momento como a confirmação de uma antiga tradição poderia ser apenas artifício jurídico para garantir sua exequibilidade e não o retrato de um imobilismo normativo.

Trata-se, certamente, de um grande tema-problema, que Tamar Herzog enfrenta com argúcia, beneficiada, penso, por seu treinamento na pesquisa empírica e pela escuta da voz das fontes.

Tais abordagens permitiram que os temas do livro se desenvolvessem com grande fluidez e a sensação de permanente descoberta: assim se dá com o estudo da vasta polissemia do direito romano (três ou quatro no próprio ambiente romano e romano-bizantino, releituras medievais, *jus commune*), do *jus gentium* na colonização da América, dos avatares da *common law*, da transição para o direito natural/racional, dos desafios representados por um direito comum europeu para os próprios países da União Europeia e para as antigas áreas coloniais.

O livro encerra várias contribuições não apenas para a revisão da História do Direito, como para o próprio Direito, libertando-o de amarras quer teológicas, quer filosóficas, mostrando-o como o produto social que é, cujas construções, se podem obedecer a uma (ou mais de uma) lógica jurídica, também implicam numa intensa circularidade de aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais. Não se trata mais de um quadro axiológico e normativo derivado da transcendência ou dos gabinetes de sábios metafísicos, mas de uma historicidade própria de cada cultura, o que não impede recepções e translações, desde que referidas a processos históricos concretos.

Por outro lado, para os historiadores do Direito, evidencia como é importante na sua formação o papel da pesquisa empírica não só para a origem e adoção das normas, mas com a finalidade de compreender como agentes *individuais* (os operadores jurídicos, os que sofrem



os efeitos do mundo jurídico) e *coletivos* (as instituições) criam, ajustam, modificam e extinguem os elementos que compõem o ordenamento jurídico.

Uma breve história do direito é uma excelente oportunidade de reflexão sobre todas essas questões.